BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

BESCHLUSS

BVerwG 6 P 6.13
OVG 17 LP 10/11

In der Personalvertretungssache

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 1. Oktober 2013
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Neumann und
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Büge, Dr. Möller, Hahn und
Prof. Dr. Hecker

beschlossen:

Der Beschluss des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts (Fachsenat für Personalvertretungssachen des Bundes) vom 30. Januar 2013 wird vollständig, der Beschluss des Verwaltungsgerichts Osnabrück vom 14. Oktober 2011 in seinem feststellenden Teil aufgehoben.

Auch der Hilfsantrag wird abgelehnt.

G r ü n d e :

I

1 Der Beteiligte zu 1 absolvierte ab 1. September 2007 bei der Wehrtechnischen Dienststelle für Waffen und Munition (WTD 91) eine Berufsausbildung im Aus-

bildungsberuf Industriemechaniker. Am 3., 12. und 19. November sowie am 3. Dezember 2009 und am 11. Januar 2010 nahm er in Vertretung für ordentliche Mitglieder der Jugend- und Auszubildendenvertretung bei der WTD 91, der Beteiligten zu 3, an deren Sitzung teil. Mit Schreiben vom 11. Januar 2010 bat er um Weiterbeschäftigung nach Beendigung seiner Berufsausbildung gemäß § 9 Abs. 2 BPersVG. Am 15. Januar 2010 bestand er die Abschlussprüfung.

2 Am 19. Januar 2010 hat die Antragstellerin das Verwaltungsgericht angerufen und dort zunächst beantragt, das nach § 9 Abs. 2 BPersVG begründete Arbeitsverhältnis aufzulösen. Im Anhörungstermin des Verwaltungsgerichts vom 14. Oktober 2011 hat sie hilfsweise Feststellung beantragt, dass ein entsprechendes Arbeitsverhältnis nicht begründet wurde. Das Verwaltungsgericht hat den Auflösungsantrag abgelehnt und dem Hilfsantrag stattgegeben. Die Beschwerden der Beteiligten zu 1 bis 3 hat das Oberverwaltungsgericht aus folgenden Gründen zurückgewiesen: Negative Feststellungsanträge des Arbeitgebers im personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahren, die darauf gerichtet seien, dass ein Weiterbeschäftigungsverhältnis wegen Nichterfüllung der Voraussetzungen in § 9 Abs. 2 und 3 BPersVG nicht zustande gekommen sei, seien zulässig. Auf derartige Anträge sei das Fristerfordernis nach § 9 Abs. 4 Satz 1 BPersVG nicht entsprechend anzuwenden. Zwischen der Antragstellerin und dem Beteiligten zu 1 sei im Anschluss an dessen Ausbildung kein Arbeitsverhältnis begründet worden. Der Beteiligte zu 1 habe lediglich als Ersatzmitglied von Fall zu Fall aus unterschiedlichen Gründen jeweils eines der gewählten Mitglieder der Beteiligten zu 3 vertreten. Er sei zu keinem Zeitpunkt, auch nicht zum insoweit maßgeblichen Zeitpunkt seines Weiterbeschäftigungsverlangens am 11. Januar 2010, über einen länger zusammenhängenden Zeitraum Ersatzmitglied der Beteiligten zu 3 gewesen. Die Ersatzmitgliedschaft habe sich allein auf die Zeiten der tatsächlichen Teilnahme an den Sitzungen erstreckt. Da der Beteiligte zu 1 kein gewähltes Mitglied der örtlichen Jugend- und Auszubildendenvertretung gewesen sei, sei eine entsprechende Anwendung des § 9 Abs. 2 und 3 BPersVG ausnahmsweise nur dann möglich, wenn er der Beteiligten zu 3 als Ersatzmitglied über einen längeren, in sich geschlossenen Zeitraum angehört oder zeitlich getrennte Vertretungstätigkeiten in einer so großen Zahl von Einzelfällen ausgeübt habe, dass sie in ihrer Gesamtheit einer über einen

längeren, in sich geschlossenen Zeitraum bestehenden Ersatzmitgliedschaft gleichkämen und sich eine missbräuchliche Begünstigung ausschließen lasse. Diese Voraussetzung sei nicht gegeben. Der Beteiligte zu 1 habe lediglich an fünf Sitzungen teilgenommen und sei zu diesen nicht kontinuierlich, sondern mit zwei Unterbrechungen herangezogen worden.

3 Die Beteiligten zu 1 bis 3 tragen zur Begründung ihrer vom Senat zugelassenen Rechtsbeschwerde vor: Es sei unzulässig, den Hauptantrag auf Auflösung des Beschäftigungsverhältnisses mit dem Hilfsantrag auf Feststellung seiner Nichtbegründung zu verbinden. Nur die umgekehrte Antragstellung sei möglich. Ferner sei der noch streitige Feststellungsantrag verfristet. Der Schutzbereich des § 9 BPersVG sei bereits bei einmaliger Vertretung eröffnet. Der Schutzzweck der Vorschrift gelte auch für das zeitweilig nachgerückte Ersatzmitglied uneingeschränkt. Dieses könne ebenso wie das ordentliche Mitglied in Situationen kommen, in denen es aus Furcht, sich gegen den Arbeitgeber stellen zu müssen und deshalb am Ende der Ausbildung nicht übernommen zu werden, seinen Pflichten als Mitglied eines personalvertretungsrechtlichen Organs nicht nachzukommen imstande sei. Abgesehen davon genieße der Beteiligte zu 1 bereits wegen der Häufigkeit seiner Sitzungsteilnahme in der Zeit vom 3. November 2009 bis 11. Januar 2010 den Weiterbeschäftigungsschutz. Im Übrigen sei er bei Ausbildungsende noch Ersatzmitglied gewesen, so dass es noch nicht einmal auf die Anzahl der Sitzungen ankomme.

4 Die Beteiligten zu 1 bis 3 beantragen sinngemäß,

> den Beschluss des Oberverwaltungsgerichts vollständig sowie den Beschluss des Verwaltungsgerichts in seinem feststellenden Teil aufzuheben und auch den Hilfsantrag abzulehnen.

5 Die Antragstellerin beantragt,

> die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

6 Sie verteidigt ebenso wie der Vertreter des Bundesinteresses den angefochtenen Beschluss.

II

7 Die zulässige Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 1 bis 3 ist begründet. Der Beschluss des Oberverwaltungsgerichts beruht auf der unrichtigen Anwendung von Rechtsnormen (§ 83 Abs. 2 BPersVG i.V.m. § 93 Abs. 1 Satz 1 ArbGG). Er ist daher - ebenso wie der durch ihn bestätigte erstinstanzliche Beschluss in seinem feststellenden Teil - aufzuheben; da der Sachverhalt geklärt ist, entscheidet der Senat in der Sache selbst (§ 96 Abs. 1 Satz 2 ArbGG i.V.m. § 562 Abs. 1, § 563 Abs. 3 ZPO). Danach ist das Hilfsbegehren der Antragstellerin abzulehnen. Zwischen ihr und dem Beteiligten zu 1 ist am 15. Januar 2010 ein Arbeitsverhältnis begründet worden.

8 A. Das in der Rechtsbeschwerdeinstanz noch streitige Feststellungsbegehren der Antragstellerin ist zulässig.

9 1. Der Senat hat nicht zu prüfen, ob dieses Begehren vor den Verwaltungsgerichten im personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahren zu verfolgen war. Dies folgt aus § 83 Abs. 2 BPersVG i.V.m. §§ 65, 88, 93 Abs. 2 ArbGG. Danach prüfen die Rechtsmittelgerichte im personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahren nicht, ob der beschrittene Rechtsweg und die Verfahrensart zulässig sind. Sie befinden daher nicht darüber, ob der streitige Anspruch richtigerweise vor die Arbeitsgerichte gehört oder ob darüber richtigerweise im Urteilsverfahren nach der Verwaltungsgerichtsordnung zu entscheiden ist (vgl. Beschluss vom 30. Januar 2013 - BVerwG 6 P 5.12 - Buchholz 300 § 17 GVG Nr. 4 Rn. 11).

10 Allerdings tritt die Prüfsperre nicht ein, wenn das Verwaltungsgericht gegen die verfahrensrechtlichen Bestimmungen verstoßen hat, welche im Zusammenhang mit der Beurteilung des Rechtsweges und der Verfahrensart zu beachten sind (vgl. Beschluss vom 30. Januar 2013 a.a.O. Rn. 12). Nach § 48 Abs. 1, § 80 Abs. 3 ArbGG gelten dafür die §§ 17 bis 17b GVG entsprechend. Gegen diese

Bestimmungen hat das Verwaltungsgericht hier nicht verstoßen. Insbesondere hat es nicht die Regelung in § 17a Abs. 3 Satz 2 GVG verletzt, wonach es vorab zu entscheiden hat, wenn ein Beteiligter die Zulässigkeit des Rechtsweges oder der Verfahrensart rügt.

11 Die Antragstellerin hat ihren jetzt noch streitigen Feststellungsantrag erstmals - hilfsweise - im Schriftsatz an das Verwaltungsgericht vom 26. September 2011 gestellt. Daraufhin haben zwar die Beteiligten zu 2 und 3 im Schriftsatz vom 10. Oktober 2011 beanstandet, der Hilfsantrag sei mit Blick auf § 9 Abs. 4 Satz 1 BPersVG verfristet. Sie haben jedoch nicht gerügt, dass dieser Antrag vor die Arbeitsgerichte gehöre oder dass darüber im Urteilsverfahren nach der Verwaltungsgerichtsordnung zu entscheiden sei.

12 2. Abgesehen davon ist in der Senatsrechtsprechung die Frage nach Rechtsweg und Verfahrensart für Fälle der vorliegenden Art im Sinne der Vorinstanzen geklärt. Bestreitet der öffentliche Arbeitgeber, dass ein Arbeitsverhältnis zwischen ihm und dem Jugendvertreter nach Maßgabe von § 9 Abs. 2 und 3 BPersVG überhaupt begründet worden ist, so kann er im personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahren - jedenfalls in Kombination mit einem Auflösungsbegehren - einen dahingehenden Feststellungsantrag stellen (vgl. Beschlüsse vom 18. August 2010 - BVerwG 6 P 15.09 - BVerwGE 137, 346 Rn. 15 = Buchholz 250 § 9 BPersVG Nr. 41 und vom 21. Februar 2011 - BVerwG 6 P 12.10 - BVerwGE 139, 29 Rn. 14 = Buchholz 250 § 9 BPersVG Nr. 42 m.w.N.).

13 Eine Abweichung von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts liegt nicht vor. Dieses hat zwar zu § 78a BetrVG entschieden, dass das negative Feststellungsbegehren des Arbeitgebers im arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren zu verfolgen ist (vgl. BAG, Beschluss vom 29. November 1989 - 7 ABR 67/88 - BAGE 63, 319 <333 ff.>). In einer späteren Entscheidung hat das Bundesarbeitsgericht jedoch zu erkennen gegeben, dass es in dieser Frage zu einer Rechtsprechungsänderung neigt (vgl. BAG, Urteil vom 11. Januar 1995 - 7 AZR 574/94 - AP Nr. 24 zu § 78a BetrVG 1972 S. 1044; offen gelassen im Beschluss vom 5. Dezember 2007 - 7 ABR 65/06 - juris Rn. 17). Der danach für

eine Abweichung allein in Betracht zu ziehende Beschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 29. November 1989 ist zu § 78a BetrVG ergangen. Das für die Jugendvertreter im öffentlichen Dienst geltende Regelwerk lautet anders. Für die Senatsrechtsprechung war die vorbehaltlose Bezugnahme auf § 9 BPersVG in § 83 Abs. 1 BPersVG wesentlich (vgl. Beschluss vom 9. Oktober 1996 - BVerwG 6 P 21.94 - BVerwGE 102, 106 <109> = Buchholz 250 § 9 BPersVG Nr. 17 S. 31). Eine vergleichbar eindeutige Aussage lässt sich § 2a Abs. 1 Nr. 1 ArbGG und § 78a BetrVG nicht entnehmen.

14 3. Im Übrigen bestehen gegen die Zulässigkeit des in erster Instanz hilfsweise geltend gemachten und - nach rechtskräftiger Ablehnung des als Hauptantrag geltend gemachten Auflösungsbegehrens durch das Verwaltungsgericht - in den Rechtsmittelinstanzen weiter verfolgten Feststellungsbegehrens der Antragstellerin keine Bedenken.

15 a) Dies gilt zunächst für die Reihenfolge der Antragstellung. Ist der öffentliche Arbeitgeber der Auffassung, dass ein gesetzliches Arbeitsverhältnis zwischen ihm und dem Jugendvertreter nach Maßgabe von § 9 Abs. 1 bis 3 BPersVG nicht zustande gekommen ist, so entspricht es regelmäßig seiner Interessenlage, bei Gericht eine dahingehende Feststellung zu beantragen und den Auflösungsantrag gemäß § 9 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BPersVG hilfsweise zu stellen. Er kann sich aber auch auf das vorbezeichnete Feststellungsbegehren beschränken. Dies wird etwa dann der Fall sein, wenn er selbst der Auffassung ist, dass ihm die Weiterbeschäftigung des Jugendvertreters im Sinne von § 9 Abs. 4 Satz 1 BPersVG zumutbar ist. Schließlich hält er sich ebenfalls im Rahmen der Dispositionsmaxime, wenn er mit dem Hauptantrag die Auflösung des Arbeitsverhältnisses und hilfsweise begehrt, das Arbeitsverhältnis sei nicht zustande gekommen (so bereits ausdrücklich Beschluss vom 9. Oktober 1996 a.a.O. S. 110 bzw. S. 32). Dies erscheint dann durchaus sinnvoll, wenn der öffentliche Arbeitgeber selbst von einem zustande gekommenen Arbeitsverhältnis ausgeht, aber vermeiden will, dass das Auflösungsbegehren wegen Fehlens der Voraussetzungen nach § 9 Abs. 1 bis 3 BPersVG abgewiesen wird, ohne dass es zugleich zu einem dahingehenden gerichtlichen Ausspruch kommt, der Klarheit

schafft und der rechtskraftfähig ist. Durch diese Reihenfolge der Antragstellung wird die Rechtsverteidigung des Jugendvertreters nicht beeinträchtigt.

16 b) Für das streitige Feststellungsbegehren gilt das Fristerfordernis nach § 9 Abs. 4 Satz 1 BPersVG nicht. Für eine Analogie fehlt es an einer planwidrigen Lücke. Dass der öffentliche Arbeitgeber mit seinem Feststellungsbegehren, mit welchem er das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zwischen ihm und dem Jugendvertreter bestreitet, an die Zwei-Wochen-Frist nach § 9 Abs. 4 Satz 1 BPersVG nicht gebunden ist, ist vom Gesetzgeber gewollt und im übrigen system- und sachgerecht (vgl. Beschlüsse vom 18. August 2010 a.a.O. Rn. 15 ff. und vom 21. Februar 2011 a.a.O. Rn. 14).

17 c) Ist somit das Fristerfordernis nach § 9 Abs. 4 Satz 1 BPersVG auf den Feststellungsantrag der Antragstellerin nicht entsprechend anzuwenden, so kommt auch der daraus herzuleitende Grundsatz, wonach die vom gesetzlichen Vertreter des öffentlichen Arbeitgebers unterzeichnete Vollmacht innerhalb der Ausschlussfrist dem Gericht vorzulegen ist, nicht zum Tragen. Es gelten daher die allgemeinen Grundsätze. Danach reicht es aus, wenn die Frage der ordnungsgemäßen Bevollmächtigung im Laufe des Gerichtsverfahrens geklärt wird (vgl. Beschlüsse vom 18. August 2010 a.a.O. Rn. 19 und vom 21. Februar 2011 a.a.O. Rn. 15). Dies ist hier geschehen, wie das Oberverwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat (BA S. 7 f.). Im Übrigen bestehen in dieser Hinsicht spätestens seit demjenigen Zeitpunkt keine Bedenken mehr, seit welchem die Antragstellerin anwaltlich vertreten ist (§ 88 Abs. 2 ZPO).

18 B. Das Feststellungsbegehren der Antragstellerin ist nicht begründet. Zwischen ihr und dem Beteiligten zu 1 ist am 15. Januar 2010 ein Arbeitsverhältnis entstanden.

19 1. Verlangt ein Auszubildender, der Mitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung ist, innerhalb der letzten drei Monate vor Ausbildungsende, das mit Bestehen der Abschlussprüfung eintritt (§ 21 Abs. 2 BBiG), vom öffentlichen Arbeitgeber seine Weiterbeschäftigung, so wird im Anschluss an das Ausbildungsende ein gesetzliches Arbeitsverhältnis begründet (§ 9 Abs. 1 und 2

BPersVG). Diese Rechtsfolge tritt nach Maßgabe von § 9 Abs. 3 BPersVG auch ein, wenn der Auszubildende im letzten Jahr vor Ausbildungsende Mitglied der Jugendvertretung war. Den vorbezeichneten Weiterbeschäftigungsschutz genießen auch Ersatzmitglieder, die für ein ausscheidendes Mitglied in die Jugendvertretung eintreten (§ 31 Abs. 1 Satz 1, § 60 Abs. 4 BPersVG). Ersatzmitglieder, welche für ein zeitweilig verhindertes Mitglied der Jugendvertretung nachrücken (§ 31 Abs. 1 Satz 2, § 60 Abs. 4 BPersVG), werden vom Weiterbeschäftigungsschutz ebenfalls erfasst.

20 a) Nach bisheriger Senatsrechtsprechung genießt der Verhinderungsvertreter Weiterbeschäftigungsschutz nach § 9 Abs. 2 BPersVG, wenn er bei Eingang seines Weiterbeschäftigungsverlangens Mitglied der Jugendvertretung ist (vgl. Urteil vom 25. Juni 1986 - BVerwG 6 P 27.84 - BVerwGE 74, 280 <283 f.> = Buchholz 238.3 A § 9 BPersVG Nr. 3 S. 19 f. sowie Beschluss vom 28. Februar 1990 - BVerwG 6 P 21.87 - BVerwGE 85, 5 <8> = Buchholz 250 § 9 BPersVG Nr. 7 S. 18 f.). In direkter Anwendung des § 9 Abs. 3 BPersVG kann er seine Weiterbeschäftigung verlangen, wenn er der Jugendvertretung über einen längeren, in sich geschlossenen Zeitraum angehört hat (vgl. Urteil vom 25. Juni 1986 a.a.O. S. 284 bzw. S. 20 sowie Beschluss vom 28. Februar 1990 a.a.O. S. 10 f. bzw. S. 21). § 9 Abs. 3 BPersVG findet entsprechende Anwendung, wenn Ersatzmitglieder zeitlich getrennte Vertretungstätigkeiten in einer so großen Zahl von Einzelfällen ausgeübt haben, dass diese in ihrer Gesamtheit einer über einen längeren, in sich abgeschlossenen Zeitraum bestehenden Ersatzmitgliedschaft gleichkommen, und wenn sich eine missbräuchliche Begünstigung ausschließen lässt (vgl. Beschlüsse vom 28. Februar 1990 a.a.O. S. 11 bzw. S. 21 und vom 9. Oktober 1996 a.a.O. S. 112 bzw. S. 34).

21 b) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts setzt die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses nach § 9 Abs. 2 BPersVG nur die Zugehörigkeit des Auszubildenden zur Jugendvertretung und ein form- und fristgerecht gegenüber dem Arbeitgeber geäußertes Weiterbeschäftigungsverlangen voraus. Das gilt nach § 9 Abs. 3 BPersVG auch für das vorübergehend nachgerückte Ersatzmitglied der Jugendvertretung, wenn das Berufsausbildungsverhältnis innerhalb eines Jahres nach dem Vertretungsfall erfolgreich abgeschlossen wird und der

Auszubildende innerhalb von drei Monaten vor der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses seine Weiterbeschäftigung schriftlich verlangt (zu § 9 BPersVG: BAG, Urteil vom 13. März 1986 - 6 AZR 207/85 - BAGE 51, 261 <268 ff.>; zu § 78a BetrVG: Beschluss vom 5. Dezember 2007 - 7 ABR 65/06 - juris Rn. 20 und 26).

22 c) Der zitierten Senatsrechtsprechung haben sich die Oberverwaltungsgerichte durchweg angeschlossen (vgl. OVG Bremen, Beschluss vom 9. Juli 1991 - PV-B 6/90 - juris Rn. 21; OVG Münster, Beschluss vom 8. Juni 1994 - 1 A 575/93.PVB - PersR 1995, 338; VGH München, Beschluss vom 23. April 1997 - 17 P 96.2260 - PersR 1998, 196; OVG Magdeburg, Beschluss vom 18. Januar 2007 - 5 L 19/06 - juris Rn. 21 ff.; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 16. Dezember 2010 - 62 PV 2.10 - juris Rn. 20). Die Kommentarliteratur zum Bundespersonalvertretungsgesetz folgt überwiegend der zitierten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. Kröll, in: Altvater/Baden/Berg/Kröll/Noll/Seulen, Bundespersonalvertretungsgesetz, 8. Aufl. 2013, § 9 Rn. 3 und 10; Treber, in: Richardi/Dörner/Weber, Personalvertretungsrecht, 4. Aufl. 2012, § 9 Rn. 20; Fischer/Goeres/Gronimus, in: GKÖD Bd. V, K § 9 Rn. 12 ff.; Ilbertz, in: Ilbertz/Widmaier/Sommer, Bundespersonalvertretungsgesetz, 12. Aufl. 2012, § 9 Rn. 7; a.A. Faber, in: Lorenzen/Etzel/Gerhold/Schlatmann/Rehak/Faber, Bundespersonalvertretungsgesetz, Bd. I, § 9 Rn. 16).

23 2. Nach erneuter Überprüfung hält der Senat an seiner bisherigen Rechtsprechung zur Weiterbeschäftigung zeitweilig nachgerückter Ersatzmitglieder der Jugendvertretung nicht fest. Er folgt nunmehr - insbesondere zwecks Herstellung der Rechtseinheit - der zitierten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. Im Einzelnen gilt folgendes:

24 a) Für den Weiterbeschäftigungsschutz nach § 9 Abs. 2 BPersVG muss die Mitgliedschaft in der Jugendvertretung im Zeitpunkt des Ausbildungsendes vorliegen. § 9 Abs. 3 BPersVG regelt diejenigen Fälle, in welchen die Mitgliedschaft in der Jugendvertretung im letzten Jahr vor der Beendigung der Ausbildung endete. Im Gegenschluss kann sich die Grundaussage in § 9 Abs. 2 BPersVG, an welche die Regelung in § 9 Abs. 3 BPersVG anknüpft („die Absät-

ze 1 und 2 gelten auch“), nur auf diejenigen Fälle beziehen, in welchen die Gremienmitgliedschaft gerade im Zeitpunkt des Ausbildungsendes besteht. Davon ist der Senat in seiner jüngeren Rechtsprechung bereits ausgegangen (vgl. Beschlüsse vom 1. November 2005 - BVerwG 6 P 3.05 - BVerwGE 124, 292 <295> = Buchholz 250 § 9 BPersVG Nr. 25 S. 37 und vom 19. Januar 2009 - BVerwG 6 P 1.08 - BVerwGE 133, 42 Rn. 11 = Buchholz 250 § 9 BPersVG, Nr. 33). Dass der Weiterbeschäftigungsschutz Fallgestaltungen erfasst, in welchen der Auszubildende im Zeitpunkt des Weiterbeschäftigungsverlangens nicht Mitglied der Jugendvertretung ist, zeigt wiederum die Regelung in § 9 Abs. 3 BPersVG. Danach ist eine Mitgliedschaft in der Jugendvertretung innerhalb des Jahreszeitraums vor Beendigung der Ausbildung auch dann beachtlich, wenn sie endet, bevor der Weiterbeschäftigungsantrag nach § 9 Abs. 2 BPersVG überhaupt gestellt werden kann.

25 b) Demgemäß wird gemäß § 9 Abs. 2 BPersVG das gesetzliche Arbeitsverhältnis zwischen dem öffentlichen Arbeitgeber und dem Jugendvertreter begründet, wenn dieser bei Ausbildungsende der Jugendvertretung als gewähltes ordentliches Mitglied angehört und in den letzten drei Monaten vor Ausbildungsende eine Weiterbeschäftigung verlangt hat. Dieselbe Rechtsfolge tritt - bei rechtzeitiger Geltendmachung des Weiterbeschäftigungsverlangens - zugunsten des Ersatzmitglieds ein, welches für ein ausgeschiedenes Mitglied nachgerückt ist und in dieser Eigenschaft der Jugendvertretung bei Ausbildungsende angehört. Nichts anderes gilt für ein Ersatzmitglied, welches vor Ausbildungsende wegen zeitweiliger Verhinderung eines ordentlichen Mitglieds in die Jugendvertretung eingetreten und bei Ausbildungsende in dieser Rechtsstellung wegen Fortdauerns der Verhinderung verblieben ist. In keiner dieser Fallgestaltungen ist der Weiterbeschäftigungsschutz davon abhängig, dass der Betreffende über einen längeren Zeitraum Mitglied der Jugendvertretung gewesen ist. Da die Regelungen in § 9 Abs. 1 und 2 BPersVG an die Mitgliedschaft in der Jugendvertretung anknüpfen, ist im Falle des gerade gewählten Mitglieds der Jugendvertretung für dessen Weiterbeschäftigungsschutz noch nicht einmal erforderlich, dass bei Ausbildungsende die Amtszeit der neu gewählten Jugendvertretung bereits begonnen hat (vgl. Beschluss vom 22. September 2009 - BVerwG 6 PB 26.09 - Buchholz 250 § 9 BPersVG Nr. 38 Rn. 3 ff.; BAG, Urteil vom 22. September

1983 - 6 AZR 323/81 - BAGE 44, 154 <158 f.>). Die auf Dauer oder zeitweilig nachgerückten Ersatzmitglieder der Jugendvertretung können demnach ihre Weiterbeschäftigung auch dann verlangen, wenn sie diese Funktion erst kurz vor Ausbildungsende erworben haben. Dies ist systematisch folgerichtig. Denn Ersatzmitglieder sind während der Dauer des Vertretungsfalles vollwertige Mitglieder der Jugendvertretung und haben die gleichen Rechte und Pflichten wie ein ordentliches Mitglied der Jugendvertretung. Sie vertreten das ordentliche Mitglied der Jugendvertretung nicht nur in einzelnen Amtsgeschäften, sondern bezogen auf die Gesamtfunktion (vgl. Urteil vom 25. Juni 1986 a.a.O. S. 284 bzw. S. 20; BAG, Urteile vom 15. Januar 1980 - 6 AZR 726/79 - AP Nr. 8 zu § 78a BetrVG 1972 S. 751 und vom 5. September 1986 - 7 AZR 175/85 - BAGE 53, 23 <26>).

26 Dass nicht auf die Dauer der Mitgliedschaft in der Jugendvertretung abzustellen ist, ist wegen des Schutzzwecks der Regelung in § 9 BPersVG gerechtfertigt. Dieser geht dahin, den Jugendvertreter vor den nachteiligen Folgen seiner Amtsausübung zu schützen und die Kontinuität der Gremienarbeit sicherzustellen (vgl. Beschlüsse vom 21. Februar 2011 - BVerwG 6 P 12.10 - BVerwGE 139, 29 Rn. 30 = Buchholz 250 § 9 BPersVG Nr. 42 und vom 12. November 2012 - BVerwG 6 P 1.12 - BVerwGE 145, 79 Rn. 16 = Buchholz 251.6 § 53 NdsPersVG Nr. 1).

27 Der individualrechtliche Normzweck des § 9 BPersVG, nämlich der Schutz vor den nachteiligen Folgen der Amtsausübung, knüpft an die Aufgaben und Befugnisse der Jugend- und Auszubildendenvertretung an. Diese sind eingebettet in die Arbeit des Personalrats. Beim Antragsrecht, bei der Vertretung von Anregungen und Beschwerden, bei der Beeinflussung der Tagesordnung, beim suspensiven Vetorecht, beim Recht auf beratende und stimmberechtigte Teilnahme an Sitzungen ist Adressat jeweils der Personalrat, dem die Jugend- und Auszubildendenvertretung zugeordnet ist (§ 34 Abs. 3, § 39 Abs. 1 und 2, § 40 Abs. 1, § 61 Abs. 1 und 2 BPersVG). Bei den Monatsbesprechungen zwischen Personalvertretung und Dienststellenleiter kommt es zu einer direkten Begegnung zwischen diesem und der Jugend- und Auszubildendenvertretung, wenn jugendliche Beschäftigte und Auszubildende besonders betroffen sind (§§ 57, 61

Abs. 4, § 66 Abs. 1 BPersVG). Dies kommt auch in Personalratssitzungen in Betracht (vgl. § 34 Abs. 4 BPersVG). Bei der Wahrnehmung der Aufgaben, welche der Jugend- und Auszubildendenvertretung zugewiesen sind, geraten deren Mitglieder in jenen typischen Interessengegensatz zum Dienststellenleiter, wie er für die Bipolarität der personalvertretungsrechtlichen Dienststellenverfassung kennzeichnend ist und wie er auch den Regelungen in §§ 47, 62 Satz 2 BPersVG zugrunde liegt (vgl. Beschlüsse vom 19. Januar 2009 a.a.O. Rn. 31 f. und vom 12. November 2012 a.a.O. Rn. 17).

28 Der potentiellen Diskriminierungsgefahr trägt die Regelung in § 9 BPersVG vorbeugend Rechnung. Die Ausgestaltung des Schutzes knüpft an die Gremienmitgliedschaft als solche und die damit einhergehende abstrakte Gefährdungslage an. Die Regelung fragt nicht danach, ob der Jugendvertreter wegen Art und Umfang von ihm in dieser Eigenschaft unternommener Aktivitäten mit konkreter Benachteiligung bei künftigen Auswahlentscheidungen des öffentlichen Arbeitgebers zu rechnen hat (vgl. BAG, Urteil vom 13. März 1986 a.a.O. S. 273). Damit erweist sich § 9 BPersVG als effektive Schutznorm, die zugleich Rechtsicherheit schafft, da sich die Frage nach der Gremienmitgliedschaft im maßgeblichen Zeitpunkt des Ausbildungsendes in der Regel einfach beantworten lässt.

29 c) § 9 Abs. 3 BPersVG erweitert den Weiterbeschäftigungsschutz auf Auszubildende, die der Jugendvertretung zwar nicht im Zeitpunkt der Beendigung ihrer Ausbildung, aber im Jahr davor angehört haben. Die Vorschrift stellt nach ihrem Wortlaut auf die Beendigung der Amtszeit der Jugendvertretung, nicht des Jugendvertreters ab. Sie ist daher in jedem Fall anzuwenden auf Auszubildende, welche im Jahr vor Ausbildungsende der Jugendvertretung als ordentliche Mitglieder angehört, bei der darauffolgenden Neuwahl jedoch kein Mandat mehr erhalten haben. Dasselbe gilt zweifelsfrei für Auszubildende, die für ein ausgeschiedenes Mitglied in die Jugendvertretung nachgerückt und dort bis zur Neuwahl im Jahr vor Ausbildungsende verblieben sind (vgl. Urteil vom 22. April 1987 - BVerwG 6 P 15.83 - Buchholz 250 § 9 BPersVG Nr. 4 S. 4). Auch diese Variante erfasst Fallgestaltungen, in welchen das nach § 31 Abs. 1 Satz 1 BPersVG nachgerückte Ersatzmitglied der Jugendvertretung nur kurze Zeit an-

gehört hat (vgl. BAG, Beschluss vom 17. Februar 2010 - 7 ABR 89/08 - AP Nr. 53 zu § 78a BetrVG 1972 Rn. 25).

30 aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hängt der nachwirkende Schutz des Jugendvertreters - sowohl nach § 78a Abs. 3 BetrVG als auch nach § 9 Abs. 3 BPersVG - nicht von der Amtszeit des Organs ab, sondern von der persönlichen Zugehörigkeit des Jugendvertreters zum Organ, also seiner Mitgliedschaft in der Jugendvertretung. Zur Begründung verweist das Bundesarbeitsgericht auf seine eigene Rechtsprechung zum nachwirkenden Kündigungsschutz für Betriebsratsmitglieder nach § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG sowie darauf, dass die Regelungen in § 78a BetrVG und § 9 BPersVG für Auszubildende in Betriebsverfassungsorganen eine vergleichbare berufliche Sicherung schaffen wollten wie für Betriebsratsmitglieder in unbefristetem Arbeitsverhältnis. Dabei hebt es hervor, dass der nachwirkende Schutz des Jugendvertreters diesem individuell gegenüber dem Arbeitgeber gewährt wird und seine sachliche Begründung und zeitliche Begrenzung in der Zugehörigkeit des Jugendvertreters zu dem betriebsverfassungsrechtlichen Organ Jugendvertretung hat (vgl. BAG, Urteile vom 21. August 1979 - 6 AZR 789/77 - AP Nr. 6 zu § 78a BetrVG 1972 = juris Rn. 19 ff., vom 15. Januar 1980 a.a.O. S. 751 R und vom 22. September 1983 a.a.O. S. 158 sowie vom 13. März 1986 a.a.O. S. 269).

31 Diese Rechtsprechung verdient Zustimmung. Nach der vorbezeichneten Auslegung werden vom Anwendungsbereich des nachwirkenden Weiterbeschäftigungsschutzes Fallgestaltungen erfasst, bei welchen dies in hohem Maße angemessen erscheint. Zu denken ist etwa an einen Auszubildenden, der als ordentliches Mitglied der Jugendvertretung sich engagiert für die Belange der von ihm vertretenen jugendlichen Beschäftigten und Auszubildenden eingesetzt hat und wenige Monate vor Ablauf der Amtszeit der Jugendvertretung sein Amt zwecks Vorbereitung auf die berufliche Abschlussprüfung niederlegt.

32 bb) Nach der bisherigen Darstellung genießen Auszubildende Weiterbeschäftigungsschutz nach § 9 Abs. 2 BPersVG, wenn sie als Nachrücker für endgültig ausgeschiedene Mitglieder oder als Vertreter für zeitweilig verhinderte Mitglieder im Zeitpunkt der Beendigung ihrer Berufsausbildung Mitglieder der Jugend-

vertretung sind. Gleiches gilt nach § 9 Abs. 3 BPersVG, wenn sie im Jahr vor Ausbildungsende als ordentliche Mitglieder oder endgültig nachgerückte Ersatzmitglieder der Jugendvertretung angehört haben. Es ist daher systematisch folgerichtig, § 9 Abs. 3 BPersVG auch auf solche Auszubildenden anzuwenden, welche ordentliche Mitglieder der Jugendvertretung während des maßgeblichen Jahreszeitraums vor Ausbildungsende zeitweilig vertreten haben. Denn auch diese waren während des Vertretungszeitraumes innerhalb der maßgeblichen Jahresfrist Mitglieder der Jugendvertretung (vgl. BAG, Urteil vom 13. März 1986 a.a.O. S. 269).

33 cc) Dafür sprechen ebenfalls Sinn und Zweck des Weiterbeschäftigungsschutzes. Dieser geht - wie bereits erwähnt - dahin, den Jugendvertreter vor den nachteiligen Folgen der Amtsausübung zu schützen. Dabei geht es nicht um eine Belohnung für geleistete Dienste, die etwa in kontinuierlicher oder häufiger Sitzungstätigkeit gemessen wird. Die Effizienz des Weiterbeschäftigungsschutzes steht vielmehr im Wesentlichen in seiner Vorwirkung. Der Jugendvertreter soll bei seiner Amtsausübung, welche ihn in einen natürlichen Interessengegensatz zum öffentlichen Arbeitgeber bringt, nicht befürchten müssen, bei der späteren Personalauslese benachteiligt zu werden. Diese Sorge soll dem Jugendvertreter von Anfang an genommen werden (vgl. BAG, Urteil vom 13. März 1986 a.a.O. S. 270). Eine Betrachtungsweise, die auf die Kontinuität und Häufigkeit der Sitzungsteilnahme abstellt, beeinträchtigt die Unabhängigkeit des Ersatzmitglieds bei Wahrnehmung seiner Tätigkeit in der Jugendvertretung in erheblichem Maße. Bei Anlegung dieses Maßstabes ist das Ersatzmitglied in den ersten Sitzungen in seiner Entscheidungsfreiheit eingeschränkt, weil es weiß, dass ihm der Weiterbeschäftigungsschutz nicht zukommt. Auch später stellt sich die nötige Gewissheit nicht ein, weil die in der bisherigen Senatsrechtsprechung anerkannten Kriterien - längerer, in sich abgeschlossener Zeitraum; große Zahl von Einzelfällen - zwar abstrakt nachvollziehbar, einer präzisen Abgrenzung aber nur schwer zugänglich sind.

34 d) Die im beschriebenen Umfang gebotene Einbeziehung von Ersatzmitgliedern der Jugendvertretung in den Weiterbeschäftigungsschutz führt nicht zu einem Wertungswiderspruch im Vergleich zu Gremienmitgliedern in einer Ausbildung,

die nicht von § 9 Abs. 1 BPersVG erfasst wird. Wenn diese Vorschrift ihren Anwendungsbereich auf Auszubildende nach dem Berufsbildungsgesetz, dem Krankenpflegegesetz und dem Hebammengesetz begrenzt, so bringt der Gesetzgeber damit im Rahmen seines Gestaltungsspielraums zum Ausdruck, dass Personen in Ausbildungen geschützt werden sollen, die bestimmte Qualitätsmerkmale erfüllen. Wenn demnach Personen in Ausbildungen unterhalb dieses Niveaus vom Weiterbeschäftigungsschutz ausgeschlossen werden, ist dies die vom Gesetzgeber gewollte Folge. Davon unberührt bleibt die Frage, ob auf Personen in gleichwertigen Ausbildungen, die nicht in § 9 Abs. 1 BPersVG genannt sind, der Weiterbeschäftigungsschutz entsprechend anzuwenden ist (vgl. dazu Kröll, a.a.O. § 9 Rn. 2a; Treber, a.a.O. § 9 Rn. 10; vgl. in diesem Zusammenhang ferner Urteil vom 31. Mai 1990 - BVerwG 6 P 16.88 - Buchholz 250 § 9 BPersVG Nr. 8 S. 26 ff.).

35 e) Durch die im beschriebenen Umfang vorzunehmende Einbeziehung der Ersatzmitglieder in den Weiterbeschäftigungsschutz werden die öffentlichen Arbeitgeber zusätzlich belastet. Ein Übermaß verneint das Bundesarbeitsgericht unter Hinweis auf das Verfahren nach § 9 Abs. 4 BPersVG, mit Hilfe dessen der öffentliche Arbeitgeber die Auflösung des nach § 9 Abs. 2 und 3 BPersVG begründeten Arbeitsverhältnisses durchsetzen kann (vgl. BAG, Urteil vom 13. März 1986 a.a.O. S. 273). Freilich tritt die Auflösung des Arbeitsverhältnisses erst mit der Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung nach § 9 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BPersVG ein; bis dahin dauert das nach § 9 Abs. 2 und 3 BPersVG begründete gesetzliche Arbeitsverhältnis fort (vgl. Beschlüsse vom 29. März 2006 - BVerwG 6 PB 2.06 - Buchholz 250 § 9 BPersVG Nr. 26 Rn. 6 m.w.N. sowie vom 26. Mai 2009 - BVerwG 6 PB 4.09 - Buchholz 250 § 9 BPersVG Nr. 34 Rn. 11). Hat das Verwaltungsgericht dem Auflösungsbegehren des öffentlichen Arbeitgebers entsprochen, steht dem Jugendvertreter die Beschwerde zum Oberverwaltungsgericht zu. Wird die Beschwerde zurückgewiesen, so kann der Jugendvertreter in jedem Fall noch Nichtzulassungsbeschwerde beim Bundesverwaltungsgericht einlegen. Das Ausmaß der Belastung für den öffentlichen Arbeitgeber durch den nachwirkenden Weiterbeschäftigungsschutz für Verhinderungsvertreter in der Jugendvertretung hängt wesentlich davon ab, wie schnell die Verwaltungsgerichte entscheiden. Diese sind

daher gehalten, alles ihnen Mögliche und Zumutbare zu unternehmen, um die Verfahren nach § 9 Abs. 4 BPersVG zügig der Erledigung zuzuführen.

36 f) Die Erstreckung des Weiterbeschäftigungsschutzes von zeitweilig nachgerückten Ersatzmitgliedern der Jugendvertretung verbietet sich nicht unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs. Von Rechtsmissbrauch ist auszugehen, wenn ordentliche Mitglieder und Ersatzmitglieder der Jugendvertretung kollusiv zusammenwirken, um unter Vortäuschung einer in Wirklichkeit nicht gegebenen Verhinderung auf Seiten des ordentlichen Mitglieds dem Ersatzmitglied einen Weiterbeschäftigungsanspruch zu verschaffen (vgl. Beschlüsse vom 28. Februar 1990 - BVerwG 6 P 21.87 - BVerwGE 85, 5 <11> = Buchholz 250 § 9 BPersVG Nr. 7 S. 21 f. und vom 9. Oktober 1996 - BVerwG 6 P 21.94 - BVerwGE 102, 106 <112> = Buchholz 250 § 9 BPersVG Nr. 17 S. 34; BAG, Urteil vom 5. September 1986 a.a.O. S. 28).

37 aa) Die Interessenlage der ordentlichen Mitglieder der Jugendvertretung ist nicht derart eindeutig, dass ein Rechtsmissbrauch im großen Stil naheliegt. In den Verfahren nach § 9 Abs. 4 BPersVG macht der öffentliche Arbeitgeber in den allermeisten Fällen das Fehlen eines ausbildungsadäquaten Dauerarbeitsplatzes geltend. In diesen Fällen besteht daher eine Knappheitslage, in welcher nicht für alle in der Dienststelle Ausgebildeten dort angemessene Arbeitsplätze zur Verfügung stehen. Diese Lage wird durch Einbeziehung von Ersatzmitgliedern in den Weiterbeschäftigungsschutz verschärft. Ordentliche Mitglieder der Jugendvertretung können daher ihre eigene Perspektive verschlechtern, wenn sie Ersatzmitgliedern einen Weiterbeschäftigungsanspruch verschaffen. Ordentlichen Mitgliedern steht nicht ohne Weiteres ein vorrangiger Zugriff auf einen freien Arbeitsplatz zu; der öffentliche Arbeitgeber kann sich vielmehr für das Ersatzmitglied entscheiden, wenn dieses besser qualifiziert ist (vgl. zur Weiterbeschäftigung örtlicher und überörtlicher Jugendvertreter: Beschluss vom 12. Oktober 2009 - BVerwG 6 PB 28.09 - Buchholz 250 § 9 BPersVG Nr. 39 Rn. 15).

38 Andererseits ist nicht auszuschließen, dass ordentliche Mitglieder der Jugendvertretung versucht sein können, Ersatzmitgliedern einen Weiterbeschäfti-

gungsanspruch zu verschaffen. Zu denken ist daran etwa, wenn sie selbst an einer Weiterbeschäftigung nicht interessiert sind, wenn sie sich selbst nicht in Ausbildung befinden (vgl. § 58 Abs. 2 Satz 1 BPersVG) oder wenn die Konkurrenz um einen Arbeitsplatz wegen unterschiedlicher Ausbildungen ausscheidet.

39 bb) Häufige Verhinderungsgründe sind Krankheit und Urlaub. Dahingehende Unterlagen sind in der Beschäftigungsdienststelle vorhanden (vgl. § 5 Abs. 1 des Entgeltfortzahlungsgesetzes vom 26. Mai 1994, BGBl I S. 1014), so dass der öffentliche Arbeitgeber über die Berechtigung einer entsprechenden Verhinderung unterrichtet ist.

40 Schwieriger sind die Verhältnisse, wenn sich das ordentliche Mitglied der Jugendvertretung aus dienstlichen Gründen für verhindert erklärt. Wie sich aus den Regelungen in § 46 Abs. 2 Satz 1, § 62 Satz 1 BPersVG ergibt, sind die Jugendvertreter in dem Maße vom Dienst befreit, wie dies zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung der Aufgaben der Jugendvertretung erforderlich ist (vgl. Kröll, a.a.O. § 62 Rn. 7; Fischer/Goeres/Gronimus, a.a.O. K § 62 Rn. 19). Für die Jugendvertreter hat demnach die Wahrnehmung von Aufgaben der Jugendvertretung Vorrang vor der Erfüllung der Dienstpflicht; dies gilt insbesondere auch für die Teilnahme an den Sitzungen der Jugendvertretung. Allerdings folgt aus § 46 Abs. 3 Satz 6, § 62 Satz 1 BPersVG, dass die Freistellung nach § 46 Abs. 3 Satz 1 BPersVG, die für Jugendvertreter ebenfalls in Betracht kommt, nicht zur Beeinträchtigung ihres beruflichen Werdegangs führen darf. Daraus wird in der Kommentarliteratur zum Bundespersonalvertretungsgesetz einhellig und zutreffend gefolgert, dass für Jugendvertreter nach Möglichkeit nur Teilfreistellungen ausgesprochen werden dürfen (vgl. Kröll, a.a.O. § 62 Rn. 9; Fischer/Goeres/Gronimus, a.a.O. K § 62 Rn. 22; Gerhold, in: Lorenzen u.a., a.a.O., Bd. II, § 62 Rn. 22; Sommer, in: Ilbertz u.a., a.a.O. § 62 Rn. 11; Gräfl, in: Richardi u.a., a.a.O. § 62 Rn. 15). Zwar geht es hier nicht um die Freistellung von der dienstlichen Tätigkeit, sondern um die Ausübung einer konkreten Tätigkeit für die Jugendvertretung, für welche Dienstbefreiung zu gewähren ist. Doch kann den Regelungen in § 46 Abs. 3 Satz 6, § 62 Satz 1 BPersVG ein allgemeiner Rechtsgedanke entnommen werden, der es erlaubt, dem Dienst wegen

wichtiger Ausbildungsbelange im Einzelfall ausnahmsweise den Vorrang einzuräumen vor der Jugendvertretertätigkeit.

41 cc) Der öffentliche Arbeitgeber hat es in der Hand, einem etwaigen Rechtsmissbrauch entgegenzuwirken.

42 (1) Der Leiter der Ausbildungsdienststelle kann in einer Anordnung an die Adresse der ordentlichen Mitglieder und der Ersatzmitglieder der Jugendvertretung sowie der Ausbilder darauf hinweisen, dass die Wahrnehmung von Aufgaben der Jugendvertretung Vorrang hat und Ausnahmen nur wegen wichtiger Belange der Ausbildung zulässig sind. Er kann vorsehen, dass ihm Vertretungsfälle in der Jugendvertretung unverzüglich vorab zu melden sind. Er kann dazu insbesondere die Ausbilder verpflichten, bei denen sich die Ersatzmitglieder zwecks Teilnahme an einer Sitzung der Jugendvertretung abzumelden haben (vgl. Faber, a.a.O. § 46 Rn. 44; Noll, in: Altvater u.a., a.a.O. § 46 Rn. 24; Sommer, a.a.O. § 46 Rn. 5; Fischer/Goeres/Gronimus, a.a.O. K § 46 Rn. 23; Treber, a.a.O. § 46 Rn. 21). Gelangt der Dienststellenleiter zu der Überzeugung, dass ein Vertretungsfall nicht vorliegt, so kann er das betroffene ordentliche Mitglied und das betroffene Ersatzmitglied auffordern, sich entsprechend zu verhalten. Setzen diese sich darüber hinweg und liegt ein Vertretungsfall im Sinne von § 31 Abs. 1 Satz 2 BPersVG eindeutig nicht vor, so ist von einem Rechtsmissbrauch auszugehen. Ein derartiger Vertretungsfall führt nicht zur Einbeziehung des Ersatzmitglieds in den Weiterbeschäftigungsschutz (vgl. in diesem Zusammenhang Beschluss vom 28. Februar 1990 - BVerwG 6 P 21.87 - Buchholz 250 § 9 BPersVG Nr. 7 S. 22 f. <insoweit bei BVerwGE 85, 5 nicht abgedruckt>). Ein Ersatzmitglied ist daher nicht geschützt, wenn alle nach § 9 Abs. 3 BPersVG in Betracht zu ziehenden Vertretungsfälle rechtsmissbräuchlich herbeigeführt wurden.

43 (2) Ferner kann der Dienststellenleiter vom Personalrat verlangen, über die Vertretungsfälle in der Jugendvertretung und die Gründe dafür unterrichtet zu werden.

44 Zu den Sitzungen der Jugendvertretung lädt deren Vorsitzender (§ 34 Abs. 2 Satz 3, § 61 Abs. 5 Satz 1 Halbs. 2 BPersVG). Dem verhinderten Mitglied obliegt es, unverzüglich dem Vorsitzenden der Jugendvertretung die Gründe seiner Verhinderung mitzuteilen. Dieser hat dann zu prüfen, ob eine Verhinderung gegeben ist (vgl. Beschlüsse vom 14. Februar 1969 - BVerwG 7 P 11.67 - juris Rn. 15 <in BVerwGE 31, 298 und Buchholz 238.3 § 26 PersVG Nr. 7 nicht abgedruckt>, und vom 24. Oktober 1975 - BVerwG 7 P 14.73 - BVerwGE 49, 271 <274> = Buchholz 238.3 A § 31 BPersVG Nr. 1 S. 3).

45 Von jeder Sitzung der Jugendvertretung ist eine Niederschrift nebst Anwesenheitsliste zu fertigen (vgl. Gerhold, a.a.O. § 61 Rn. 73; Kröll, a.a.O. § 61 Rn. 10a). Darin ist ein etwaiger Verhinderungsgrund des ordentlichen Mitglieds zu dokumentieren.

46 Die Sitzungsniederschrift nebst Anwesenheitsliste ist an den Personalrat weiterzuleiten. Dies folgt schon aus dem § 61 BPersVG zugrundeliegenden allgemeinen Grundsatz, wonach die Arbeit der Jugendvertretung in diejenige des Personalrats eingebunden ist. Demgemäß bestimmt § 61 Abs. 5 BPersVG, dass der Personalrat von den Sitzungen der Jugendvertretung zu verständigen ist und dass ein Personalratsmitglied daran teilnehmen kann. Daraus folgt, dass der Personalrat über die Sitzung der Jugendvertretung in personeller und sachlicher Hinsicht informiert sein muss.

47 Der Personalrat ist seinerseits verpflichtet, den Dienststellenleiter über den ordnungsgemäß dokumentierten Verhinderungsgrund eines ordentlichen Mitglieds der Jugendvertretung zu unterrichten. Dies folgt aus dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit (§ 2 Abs. 1 BPersVG) sowie daraus, dass Personalrat und Jugendvertretung ebenso wie die Dienststelle dafür verantwortlich sind, dass der Weiterbeschäftigungsschutz nach § 9 BPersVG nach Recht und Gesetz vollzogen wird (vgl. Beschluss vom 28. Februar 1990 a.a.O. S. 22 f. <insoweit bei BVerwGE 85, 5 nicht abgedruckt>).

48 (3) Die aufgezeigten doppelten Kontrollmöglichkeiten des Dienststellenleiters sind geeignet, Rechtsmissbrauch beim Weiterbeschäftigungsschutz von Er-

satzmitgliedern der Jugendvertretung in Grenzen zu halten. Bei effizienter Überprüfungspraxis wird sich ein ordentliches Mitglied der Jugendvertretung überlegen, ob er seinen eigenen Weiterbeschäftigungsschutz aufs Spiel setzt. Denn dem öffentlichen Arbeitgeber ist die Weiterbeschäftigung im Sinne von § 9 Abs. 4 Satz 1 BPersVG unzumutbar, wenn das betreffende ordentliche Mitglied der Jugendvertretung zugunsten eines Ersatzmitglieds manipuliert hat.

49 g) Ist die Einbeziehung von Ersatzmitgliedern der Jugendvertretung in den Weiterbeschäftigungsschutz zur Abwendung beruflicher Nachteile erforderlich, so kann darin keine unzulässige Begünstigung liegen (vgl. Beschluss vom 12. November 2012 - BVerwG 6 P 1.12 - BVerwGE 145, 79 Rn. 18 = Buchholz 251.6 § 53 NdsPersVG Nr. 1). Aus diesem Grund ist der Eingriff in die Personalhoheit des öffentlichen Arbeitgebers ebenfalls gerechtfertigt. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist anerkannt, dass das Grundgesetz Raum lässt für die Beteiligung der Personalräte (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 27. März 1979 - 2 BvL 2/77 - BVerfGE 51, 43 <58> und vom 24. Mai 1995 - 2 BvF 1/92 - BVerfGE 93, 37 <69>). Die Effektivität der Beteiligung setzt aber voraus, dass die Mitglieder personalvertretungsrechtlicher Gremien vor nachteiligen Folgen ihrer Amtsausübung hinreichend geschützt werden. Dem dient die Regelung in § 9 BPersVG auf eine Weise, welche der speziellen Situation von Auszubildenden Rechnung trägt, für die der Kündigungsschutz nach § 47 Abs. 1 BPersVG und § 15 Abs. 2 KSchG wegen der Befristung des Ausbildungsverhältnisses versagt (vgl. Beschluss vom 1. Dezember 2003 - BVerwG 6 P 11.03 - BVerwGE 119, 270 <276 f.> = Buchholz 250 § 9 BPersVG Nr. 23 S. 28).

50 Geht es um die Einbeziehung von Ersatzmitgliedern in den Weiterbeschäftigungsschutz, so ist Art. 33 Abs. 2 GG nicht berührt. Dies ist erst der Fall, wenn der öffentliche Arbeitgeber im Rahmen des Verfahrens nach § 9 Abs. 4 BPersVG die Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung gerade wegen eines besser qualifizierten Mitbewerbers verneint. Damit setzt er sich durch, wenn der Mitbewerber objektiv wesentlich fähiger und geeigneter ist (vgl. Beschlüsse vom 9. September 1999 - BVerwG 6 P 5.98 - BVerwGE 109, 295 <300 ff.> = Buchholz 250 § 9 BPersVG Nr. 18 S. 5 ff., vom 17. Mai 2000 - BVerwG 6 P

9.99 - Buchholz 250 § 9 BPersVG Nr. 20 S. 15 ff. und vom 1. November 2005 - BVerwG 6 P 3.05 - BVerwGE 124, 292 <303> = Buchholz 250 § 9 BPersVG Nr. 25 S. 43).

51 3. Nach den vorstehenden Grundsätzen ist zwischen der Antragstellerin und dem Beteiligten zu 1 am 15. Januar 2010 ein gesetzliches Arbeitsverhältnis begründet worden. Der Beteiligte zu 1 hat mit Schreiben vom 11. Januar 2010 und damit innerhalb der maßgeblichen Drei-Monats-Frist nach § 9 Abs. 2 BPersVG seine Weiterbeschäftigung verlangt. Nach den Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts hatte er im maßgeblichen Jahreszeitraum gemäß § 9 Abs. 3 BPersVG fünfmal an den Sitzungen der Jugendvertretung teilgenommen. Wie das Oberverwaltungsgericht ferner festgestellt hat, konnte die Antragstellerin in höchstens zwei der fünf Vertretungsfälle Anlass haben, von einer rechtsmissbräuchlichen Begünstigung des Beteiligten zu 1 auszugehen (BA S. 10). War somit der Beteiligte zu 1 im Jahr vor Beendigung seiner Ausbildung mindestens dreimal in rechtlich nicht zu beanstandender Weise als Ersatzmitglied für die Beteiligte zu 3 tätig, so steht seiner Einbeziehung in den Weiterbeschäftigungsschutz nichts im Wege. Davon unberührt bleibt in derartigen Fällen das Recht des öffentlichen Arbeitgebers, im Verfahren nach § 9 Abs. 4 BPersVG die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung mit der Begründung geltend zu machen, er sei vom Ersatzmitglied zwar nicht in allen, aber in einem oder mehreren Fällen hintergangen worden.

Neumann Büge RiBVerwG Dr. Möller ist wegen Erkrankung verhindert zu unterschreiben. Neumann

Hahn Prof. Dr. Hecker

Sachgebiet:	BVerwGE: ja
Personalvertretungsrecht	Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

BPersVG §§ 9, 31, 83

Stichworte:

Weiterbeschäftigung von Jugendvertretern; Auflösungsantrag des öffentlichen Arbeitgebers; Hilfsantrag auf Feststellung; Nichtzustandekommen eines Arbeitsverhältnisses; Ersatzmitglied der Jugendvertretung; zeitweilige Verhinderung des ordentlichen Mitglieds.

Leitsätze:

1. Der öffentliche Arbeitgeber kann im personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahren seinen Auflösungsantrag nach § 9 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BPersVG mit dem Hilfsantrag auf Feststellung verbinden, dass ein Arbeitsverhältnis mit dem Jugendvertreter wegen Fehlens der Voraussetzungen nach § 9 Abs. 1 bis 3 BPersVG nicht zustande gekommen ist.

2. Zwischen dem wegen zeitweiliger Verhinderung nachgerückten Ersatzmitglied der Jugendvertretung und dem öffentlichen Arbeitgeber kommt ein Arbeitsverhältnis nach § 9 Abs. 3 BPersVG zustande, wenn der Vertretungsfall innerhalb des letzten Jahres vor Ausbildungsende stattgefunden und das Ersatzmitglied innerhalb der letzten drei Monate vor Ausbildungsende seine Weiterbeschäftigung beantragt hat.

Beschluss des 6. Senats vom 1. Oktober 2013 - BVerwG 6 P 6.13

I. VG Osnabrück vom 14.10.2011 - Az.: VG 7 A 1/10 -
II. OVG Lüneburg vom 30.01.2013 - Az.: OVG 17 LP 10/11 -