

**Titel:**

**Kein Weiterbeschäftigungsanspruch eines Auszubildenden als Jugendvertreter mangels Dauerarbeitsplatz**

**Normenkette:**

BayPVG Art. 9

**Leitsätze:**

1. Der Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach Art. 9 Abs. 4 S. 1 BayPVG ist zum einen Prozesshandlung und zum anderen Ausübung eines materiellen, auf das Arbeitsverhältnis bezogenen Gestaltungsrechts; wegen dieser Doppelnatur handelt für den öffentlichen Arbeitgeber diejenige Person, die berechtigt ist, über die Weiterbeschäftigung des Jugendvertreters zu entscheiden, und die ferner befugt ist, den öffentlichen Arbeitgeber im Verfahren wegen der Auflösung des Arbeitsverhältnisses vor Gericht zu vertreten. (Rn. 23) (redaktioneller Leitsatz)
2. Gemäß Art. 9 Abs. 5 BayPVG ist die Unterlassung der Mitteilung bzw. eine nicht ordnungsgemäße Mitteilung weder für den Eintritt der Fiktion des Art. 9 Abs. 2 BayPVG von Bedeutung, noch ist der Arbeitgeber daran gehindert, eine gerichtliche Entscheidung nach Art. 9 Abs. 4 BayPVG zu beantragen. (Rn. 27) (redaktioneller Leitsatz)
3. Für die Beurteilung der Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Jugendvertreter ist grundsätzlich der Zeitpunkt der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses maßgebend. Auf einen erst nach Abschluss der Ausbildung freiwerdenden Arbeitsplatz kommt es nicht an; dem Arbeitgeber kann es aber im Einzelfall zumutbar sein, den Jugendvertreter auf Dauer in einem Arbeitsverhältnis zu beschäftigen, weil er einen kurz vor der Beendigung der Berufsausbildung freigewordenen Arbeitsplatz wiederbesetzt hat, statt ihn für einen nach Art. 9 BayPVG geschützten Auszubildenden freizuhalten. Das gilt regelmäßig bei einer Besetzung, die innerhalb von drei Monaten vor der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses vorgenommen wird. (Rn. 30) (redaktioneller Leitsatz)
4. Der sich aus Art. 9 BayPVG ergebende grundsätzliche Anspruch auf Übernahme des Jugendvertreters erstreckt sich ausschließlich auf einen Dauerarbeitsplatz. Das Angebot des Jugendvertreters, eine befristete Einstellung zu akzeptieren, muss der Arbeitgeber nicht annehmen. (Rn. 42) (redaktioneller Leitsatz)
5. Die Vorschriften der Art. 8, Art. 47 BayPVG finden keine Anwendung wenn die Auflösung des (fingierten) Arbeitsverhältnisses nicht durch den Arbeitgeber, sondern durch die Fachkammer des Verwaltungsgerichts erfolgt. (Rn. 43) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Weiterbeschäftigungsanspruch eines Auszubildenden als Jugendvertreter, ordnungsgemäße Vertretung des Freistaats, Bayern als Arbeitgeber, Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung, fehlender ausbildungsadäquater Dauerarbeitsplatz

**Rechtsmittelinstanz:**

VGH München, Beschluss vom 15.11.2022 – 17 P 22.21

**Tenor**

- I. Das zwischen dem Antragsteller und dem Beteiligten zu 1 gemäß Art. 9 Absätze 2 und 3 BayPVG gesetzlich begründete Arbeitsverhältnis ist aufgelöst.
- II. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst.

**Gründe**

I.

1

Die Antragstellerin und die Beteiligten streiten über die Auflösung eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen der Antragstellerin und einem Vertreter der Jugend- und Auszubildendenvertretung.

2

Die Antragstellerin, vertreten durch die ...-Universität\* ... (im Folgenden: ...\*), schloss mit dem Beteiligten zu 1 im Januar 2017 einen Ausbildungsvertrag über die Ausbildung zum Gärtner (Zierpflanzenbau). Das Ausbildungsverhältnis begann am 1. September 2017 und sollte nach dem Ausbildungsvertrag am 31. August 2019 bzw. vorzeitig mit dem Bestehen der Abschlussprüfung enden.

3

Der Beteiligte zu 1 wurde für die Amtsperiode vom 1. Februar 2019 bis 31. Juli 2021 als ordentliches Mitglied in die Jugend- und Auszubildendenvertretung der ... gewählt. Nach Beendigung dieser Amtszeit wurde keine neue Jugend- und Auszubildendenvertretung bei der ... gebildet. Der Beteiligte zu 1 ist mit Wirkung zum 1. August 2021 zum ordentlichen Mitglied des Beteiligten zu 2, der Personalvertretung bei der ..., gewählt worden.

4

Mit Schreiben vom 30. April 2019 wies die ... den Beteiligten zu 1 darauf hin, dass er zum derzeitigen Stand mangels verfügbarer Stellen nach Ende des Ausbildungsverhältnisses nicht in ein Arbeitsverhältnis übernommen werden könne.

5

Der Beteiligte zu 1 beantragte mit Schreiben vom 28. Juni 2019 die Weiterbeschäftigung an der ... nach erfolgreicher Beendigung seines Ausbildungsverhältnisses. Soweit eine unbefristete Weiterbeschäftigung nicht möglich sein sollte, sei er auch mit einer befristeten Beschäftigung einverstanden.

6

Am 11. Juli 2019 legte der Beigeladene zu 1 erfolgreich die Abschlussprüfung im staatlich anerkannten Ausbildungsberuf Gärtner, Fachrichtung Zierpflanzenbau, ab.

7

Der Antragsteller leitete am 23. Juli 2019 ein Verfahren zur Entbindung von der Weiterbeschäftigungspflicht des Jugend- und Auszubildendenvertreters bei der Fachkammer für Personalvertretungsrecht ein. Zur Begründung führte er aus, die ... sei durch das Fehlen einer entsprechenden Stelle gehindert, einen auf Dauer angelegten Arbeitsplatz bereitzustellen, der der Ausbildung des Beteiligten zu 1 entspreche. Im Jahr 2019 sei bisher nur eine Stelle als Gärtner zu besetzen gewesen. Diese am 25. April 2019 intern ausgeschriebene Stelle sei bereits vor der Geltendmachung des Weiterbeschäftigungsanspruchs durch den Beteiligten zu 1 mit Herrn ... besetzt worden, der bereits seit Mai 2017 bis zum 14. Mai 2019 befristet als Gärtner mit der Entgeltgruppe 6 im Botanischen Garten angestellt gewesen sei, damit dieser ab dem 15. Mai 2019 unbefristet weiterbeschäftigt werden könne. Der Arbeitsplatz sei daher nicht frei gewesen, sondern durch Herrn ... besetzt gewesen, wenn auch zunächst nur befristet. Es sei lediglich eine Entfristung zum 15. Mai 2019, also keine Neu- bzw. Wiederbesetzung der Stelle erfolgt. Diese habe zudem außerhalb des maßgeblichen Drei-Monats-Zeitraums stattgefunden, weil sich der Drei-Monats-Zeitraum wegen fehlender Vorhersehbarkeit des Bekanntgabetermins des positiven Prüfungsergebnisses nach dem vereinbarten Ende des Ausbildungsverhältnisses richten müsse. Daher sei hier der 31. August 2017 maßgeblich. Darüber hinaus sei diese Stelle auch nicht für einen Berufsanfänger geeignet gewesen, weil die Anforderungen an diesen Arbeitsplatz weit über die Kenntnisse und Fertigkeiten, die der Beteiligte zu 1 in seiner Ausbildung erworben habe, hinausgingen. Es seien unter anderem eine mehrjährige Berufserfahrung und Erfahrung mit der Kultur und Pflege teils seltener und anspruchsvoller Pflanzen erforderlich, weshalb die Stelle mit der Entgeltgruppe 6 bewertet worden sei. Herr ... habe darüber hinaus eine über fünfjährige Berufserfahrung als Staudengärtner. Diese notwendige Qualifikation besitze der Beteiligte zu 1 nicht, weshalb man diesen Arbeitsplatz nicht für ihn habe freihalten können. Die Tätigkeit eines Staudengärtners unterscheide sich erheblich von der eines Zierpflanzengärtners. Stauden seien mehrjährige krautige Pflanzen, die eine deutlich aufwändigere Vermehrung (zum Beispiel gehemmtes/verzögertes Keimverhalten und Keimruhe, langsamere Anfangsentwicklung, dauerhafte Kultur über viele Jahre) hätten und in der Regel länger kultiviert würden als einjährige Sommerblumen (kurzer, schneller Lebenszyklus, relativ einheitliche/ähnliche Standort-, Kultur- und Vermehrungsansprüche), die hauptsächlich von den Zierpflanzengärtnern vermehrt würden. Stauden könnten je nach Art durchaus 50 Jahre und älter werden. Im Botanischen Garten würden diese auch deutlich länger kultiviert werden als in einer Produktionsgärtnerei, was zusätzlich Ansprüche an das Substrat und die Kultur im Topf notwendig mache. Viele Stauden seien dauerhaft im Topf (Mutter-, Ausstellungspflanzen, Erhaltungskulturen). Schon

die Auswahl und Mischung der Substrate erfordere deutlich mehr Erfahrung und Wissen als bei fertig gemischten Torfsubstraten für Einjahres- und Verkaufskulturen.

## 8

Der Beteiligte zu 1 sei nach erfolgreicher Ausbildung in der Entgeltgruppe 5, Teil III, Unterabschnitt 3.2.1 der Entgeltordnung zum TV-L einzugruppieren. Man habe daher geprüft, ob zum Zeitpunkt der Beendigung der Ausbildung bzw. drei Monate zuvor eine freie E-5 Stelle an der ... zur Verfügung stehe, die mit einem Gärtner zu besetzen wäre. Solche Stellen seien zum Stand 1. April 2019 bereits mit anderen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern besetzt gewesen. Soweit freie Stellen bzw. Stellenanteile vorhanden seien, seien diese für Tierpfleger der naturwissenschaftlichen Fakultät zugewiesen. Dort seien als Gärtnerinnen zwei Mitarbeiterinnen unbefristet beschäftigt, die in der Entgeltgruppe 6 eingruppiert seien und somit diese Arbeitsplätze besetzten. Im Department Sportwissenschaft seien die Sportplatzwarte zwar mit der Rasenpflege betraut, diese Aufgabe sei jedoch nur ein geringer Anteil ihrer sonstigen Arbeitsaufgaben, weshalb auch dort kein freier Arbeitsplatz als Gärtner vorhanden sei. Im Übrigen gebe es keine zur Besetzung mit einem Gärtner geeignete Stelle an der ... Der Weiterbeschäftigungsanspruch aus § 9 Abs. 2 BPersG (richtig: BayPVG) finde dort seine Grenze, wo dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden könne, ihn zu erfüllen. Das sei u.a. dann der Fall, wenn dieser dem Mitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung keinen auf Dauer angelegten Arbeitsplatz zum Zeitpunkt der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses bereitstellen könne. In diesem Falle müsse der Arbeitgeber gemäß § 9 Abs. 4 Satz 1 BPersG (richtig: BayPVG) von der Weiterbeschäftigungsverpflichtung entbunden werden. Der Antragsteller sei nicht verpflichtet, den Beteiligten zu 1 vorläufig auf einer befristeten Stelle oder auf mehreren aneinander anschließenden befristeten Stellen zu beschäftigen, wenn ihm im maßgeblichen Zeitraum kein Dauerarbeitsplatz zur Verfügung stehe. Er könne dem Weiterbeschäftigungsverlangen nur nachkommen, wenn zum maßgeblichen Zeitpunkt eine geeignete freie Dauerarbeitsstelle vorhanden sei. Nach dem bayerischen Haushaltsgesetz dürften Beschäftigte ausschließlich auf solchen Stellen geführt werden. Den Arbeitgeber treffe keine Verpflichtung, einen neuen Arbeitsplatz zu schaffen oder anstelle der regelmäßigen Beschäftigung von Aushilfen die dafür vorgesehenen Mittel oder freien Anteile von Stellen zu vollen Arbeitsplätzen zusammenzuführen. Die Frage nach einem freien Arbeitsplatz bestimme sich auch nicht danach, ob Arbeitsaufgaben vorhanden seien, mit deren Verrichtung der Arbeitnehmer betraut werden könnte.

## 9

Der Antragsteller beantragt,

Das Arbeitsverhältnis zwischen dem Antragsteller, vertreten durch die ... und dem Beteiligten zu 1 wird im Anschluss an das am 11. Juli 2019 erfolgreich beendete Berufsausbildungsverhältnis aufgelöst.

## 10

Die Beteiligten zu 1 und 2 beantragen die Ablehnung des Antrags.

## 11

Der Beteiligte zu 2 macht geltend, es fehle bereits an einer ordnungsgemäßen Bevollmächtigung für den Auflösungsantrag nach Art. 9 Abs. 4 BayPVG. Die vorgelegte Vollmacht der ... vom 18. Juli 2019 lasse bereits nicht erkennen, dass diese auch die gerichtliche Vertretung umfassen solle. Zudem hätte die ... das Landesamt für Finanzen (im Folgenden LfF) bevollmächtigen müssen, das wiederum seine Bediensteten hätte bevollmächtigen müssen. Überdies sei diese Vollmacht vom Kanzler der ... ausgestellt worden, obwohl nach Art. 23 Abs. 3 Satz 1, Art. 21 Abs. 10 Satz 1 BayHSchG der Präsident der ... der Dienstvorgesetzte sei. Die Vollmacht des im weiteren gerichtlichen Verfahren vortragenden Oberregierungsrats des LfF sei außerhalb der Zwei-Wochen-Frist vorgelegt worden und beinhalte darüber hinaus keine Bevollmächtigung zur Ausübung des materiellen Gestattungsrechts, also zur Abgabe der Erklärung, das Arbeitsverhältnis des Beteiligten zu 1 auflösen zu wollen.

## 12

Unabhängig davon könne es im Einzelfall dem Arbeitgeber zumutbar sein, den Jugendvertreter auf Dauer in einem Arbeitsverhältnis zu beschäftigen, weil er einen kurz vor dessen Beendigung seiner Berufsausbildung freigewordenen Arbeitsplatz wiederbesetzt habe, statt ihn für diesen freizuhalten. Dies gelte regelmäßig bei einer Besetzung, die innerhalb von drei Monaten vor dem vereinbarten Ende des Ausbildungsverhältnisses des nach Art. 9 BayPVG geschützten Jugendvertreters vorgenommen werde, weil der Arbeitgeber innerhalb dieses Zeitraums mit einem Übernahmeverlangen rechnen müsse. Daher sei dem Antragsteller die

Beschäftigung des Beteiligten zu 1 bei der ... zumutbar, weil er mit dem bislang befristet beschäftigten Mitarbeiter ... am 15. Mai 2019 und damit innerhalb des Drei-Monats-Zeitraums vor dem Ausbildungsende am 11. Juli 2019 einen Gärtner-Arbeitsplatz besetzt habe, statt diesen für den Beteiligten zu 1 freizuhalten. Maßgeblich sei das Datum der mündlichen Abschlussprüfung für das Ende der Ausbildung, die in jedem Jahr Anfang/Mitte Juli stattfindende und ausweislich des Internetauftritts der Universität auch im Jahr 2019 bekannt gewesen sei.

### 13

Warum diese lediglich intern ausgeschriebene Gärtner-Stelle nicht für einen Berufsanfänger geeignet sein solle, erschließe sich nicht. Hierzu reiche der Hinweis auf die Stellenausschreibung nicht aus. Es werde bestritten, dass unter anderem eine mehrjährige Berufserfahrung und Erfahrung mit der Kultur und Pflege teils seltener und anspruchsvoller Pflanzen erforderlich seien und Herr ... über eine fünfjährige Berufserfahrung als Staudengärtner verfüge. Auch erschließe sich die Bewertung der Stelle mit der Entgeltgruppe 6 nicht. Der Beteiligte zu 1 bringe die erforderliche Qualifikation und Erfahrung für diese Stelle mit. Die Unterschiede zwischen einem Gärtner in der Fachrichtung Stauden und einem Gärtner in der Fachrichtung Zierpflanzenbau seien gering. Ausweislich der Ausbildungspläne bestünden gerade bei diesen beiden Fachrichtungen große fachliche Überschneidungen. Beide seien dem Produktionsgartenbau zuzuordnen. Soweit die Stelle mit der Pflege und der Vermehrung der teils heiklen Erhaltungskulturen heimischer Wildpflanzen einhergehe, spreche dies gerade dafür, sie mit dem Beteiligten zu 1 zu besetzen, da sich dieser mit heimischen Wildpflanzen gut auskenne und während seiner Berufsausbildung häufig im Bereich der Acker-Wildkräuter eingesetzt gewesen sei. Im Übrigen sei ein Beschäftigungsbedarf für den Beteiligten zu 1 vorhanden. Der Antragsteller setze diesen nach wie vor im Botanischen Garten in ... ein und beschäftige ihn dort als Gärtner. Dort beschäftige man ohne Auszubildende rund zehn Beschäftigte mit einer Gärtnerausbildung, wovon lediglich Herr ... der einzige Staudengärtner sei, während zwei weitere Beschäftigte Zierpflanzengärtner, zwei weitere Beschäftigte Garten- und Landschaftsbau Gärtner und fünf Beschäftigte als Gärtner ohne Angabe der Fachrichtung arbeiten würden. Sofern im Botanischen Garten Gärtner ausgebildet würden, erfolge die Ausbildung stets in der Fachrichtung Zierpflanzenbau. Bislang könne der Botanisch Garten also reibungslos ohne Staudengärtner betrieben werden, zumal in der Praxis kaum ein Unterschied zwischen Zierpflanzen- und Staudengärtnern bestehe. Ausweislich des Arbeitszeugnisses vom 18. Januar 2021 sei der Beteiligte zu 1 vollumfänglich und äußerst flexibel einsetzbar. Überdies übernehme dieser derzeit während der mittlerweile über sechs Monate andauernden Arbeitsunfähigkeit des Herrn ... eigenverantwortlich dessen Vertretung. Auch aus dem vorgelegten Revierplan ergebe sich, dass er die ihm übertragenen Aufgaben ohne die fachliche Anleitung eines Staudengärtners tatsächlich übernehme und dabei gerade auch Aufgaben wahrnehme, bei denen es nicht lediglich um einjährige Zierpflanzen gehe.

### 14

Soweit der Antragsteller vortrage, alle E-5-Stellen seien zum Stand 1. April 2019 bereits mit anderen Beschäftigten besetzt gewesen, werde bereits nicht dargetan, ob bis zum Ende des Ausbildungsverhältnisses am 11. Juli 2019 Stellen wieder freigegeben worden seien. Es gebe bei der Universität Stellenbewirtschaftungspläne. Die insgesamt fünf Fakultäten der Universität seien in Departments unterteilt. Die naturwissenschaftliche Fakultät bestehe aus fünf Departments, darunter das Department Biologie, zu welcher der Botanische Garten gehöre. Daneben umfasse das Department Biologie 13 Lehrstühle, die die Arbeitsstellen eigenverantwortlich besetzen könnten. Es sei dabei möglich, anteilige Stellen bereichsübergreifend zusammenzuziehen. Sollte es danach jeweils eine Viertel-Stelle mit einem Arbeitsumfang von 25% in unterschiedlichen Bereichen geben, so könne hieraus eine Vollzeitstelle gebildet werden. Daher ergäben sich aus der vorgelegte Stellenübersicht freie Stellen, auf welchen der Beteiligte zu 1 beschäftigt werden könne. Aufgrund der zur Stellenfinanzierung zur Verfügung gestellten Sachhaushaltsmittel spiele es keine Rolle, ob die freie Stelle mit einem Gärtner oder beispielsweise mit einer Verwaltungskraft besetzt würde. Es gebe keine spezielle Gärtner-Stellen, die Besetzung einer freien Stelle hänge ausschließlich davon ab, ob die Beschäftigung eines/r Arbeitnehmers/in auf dieser Stelle finanziert werden könne. Zudem ergebe sich aus den handschriftlichen Anmerkungen der vorgelegten Stellenübersicht, dass Arbeitsstellen frei gewesen seien, wenngleich reserviert. Zudem hätte der Antragsteller seiner Weiterbeschäftigungspflicht auch mit der befristeten Weiterbeschäftigung des Beteiligten zu 1, der einer solchen ausdrücklich zugestimmt habe, nachkommen können. Überdies sei der Beteiligte als Mitglied des Personalrats mittlerweile ohnehin besonders schutzbedürftig.

## 15

Der Beteiligte zu 1 verweist auf die Ausführungen des Beteiligten zu 2 und führt aus, er werde seit Beendigung des Ausbildungsverhältnisses in Bereichen eingesetzt, welche üblicherweise von Staudengärtnern betreut würden. Der Schwerpunkt seiner Ausbildung habe im Bereich des Zierpflanzengartenbaus gelegen, sie habe aber auch den Bereich Staudengartenbau mit zum Inhalt gehabt. Im Botanischen Garten seien diese Bereiche nicht strikt getrennt, sondern stellten eine Einheit dar. Die Tätigkeit im Zierpflanzengartenbau unterscheide sich gerade nicht erheblich vom Staudengartenbau. Sie sei nicht auf blühende und einjährige Pflanzen beschränkt, sondern umfasse auch die Kultivierung von grünen Topfpflanzen, welche gleichfalls ein erhebliches Alter erreichen könnten. Dies erfordere ein ebenso langes Kultivieren wie es bei Staudenpflanzen erforderlich sei. Gleiches gelte für die dauerhafte Haltung im Topf. Demzufolge handele es sich bei der von ihm absolvierten Ausbildung auch um eine einheitliche Ausbildung in sämtlichen genannten Bereichen.

## 16

Die Fachkammer hat in der Anhörung am 16. November 2021 Beweis erhoben durch Einvernahme des Leiters des Botanischen Gartens ... als Zeugen. Hinsichtlich seiner Aussage wird auf die Sitzungsniederschrift verwiesen.

## 17

Wegen weiterer Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Gerichtsakte Bezug genommen.

II.

## 18

Der zulässige Antrag ist begründet. Dem Antrag des Antragstellers auf Auflösung des mit dem Beteiligten zu 1 nach Art. 9 Abs. 2 BayPVG gesetzlich begründeten Arbeitsverhältnisses ist stattzugeben.

## 19

Das streitige Auflösungsbegehren richtet sich nach Art. 9 BayPVG. Nach dem Grundgedanken der Vorschrift ist der Arbeitgeber verpflichtet, die in einem Berufsausbildungsverhältnis stehenden Mitglieder der Personal- oder Jugend- und Auszubildendenvertretung auf ihr Verlangen nach erfolgreicher Beendigung des Ausbildungsverhältnisses in ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit zu übernehmen. Liegt wie im vorliegenden Fall ein fristgemäß gestellter schriftlicher Antrag des Mitglieds der Jugend- und Auszubildendenvertretung auf Weiterbeschäftigung vor, gilt zwischen ihm und dem Arbeitgeber ein Arbeitsverhältnis als begründet, wenn die Berufsausbildung erfolgreich beendet ist (Art. 9 Abs. 2 BayPVG). Gemäß Art. 9 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BayPVG kann der Arbeitgeber spätestens bis zum Ablauf von zwei Wochen nach Beendigung des Ausbildungsverhältnisses die Auflösung dieses Arbeitsverhältnisses beantragen, wenn ihm unter Berücksichtigung aller Umstände die Weiterbeschäftigung nicht zugemutet werden kann. Diese vom Antragsteller gestellte Auflösungsantrag ist zulässig (vgl. unter 1.) und begründet (vgl. unter 2.).

## 20

1. Der Antrag ist zulässig. Der Auflösungsantrag wurde fristgerecht und formwirksam beim Verwaltungsgericht gestellt.

## 21

1.1 Der Freistaat Bayern, vertreten durch das Landesamt für Finanzen, Dienststelle ..., hat den Auflösungsantrag am 23. Juli 2019 und damit innerhalb der Zwei-Wochen-Frist des Art. 9 Abs. 4 Satz 1 BayPVG gestellt. Maßgeblich für die Berechnung der Frist ist hier nicht der Ablauf der vereinbarten Ausbildungszeit, mit dem ein Berufsausbildungsverhältnis in der Regel endet (§ 21 Abs. 1 BBiG), sondern der 11. Juli 2019, an dem der Beteiligte zu 1 die Abschlussprüfung erfolgreich abgeschlossen hatte und ihm das Ergebnis der Prüfung mitgeteilt worden war (§ 21 Abs. 2 BBiG).

## 22

1.2 Der Antragsteller war bei der Einleitung des Verfahrens ordnungsgemäß vertreten (vgl. hierzu ausführlich BayVGH, B.v. 9.3.2015 - 17 P 14.1220 - juris Rn. 21 ff.).

## 23

Der Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach Art. 9 Abs. 4 Satz 1 BayPVG ist zum einen Prozesshandlung und zum anderen Ausübung eines materiellen, auf das Arbeitsverhältnis bezogenen

Gestaltungsrechts; wegen dieser Doppelnatur handelt für den öffentlichen Arbeitgeber diejenige Person, die berechtigt ist, über die Weiterbeschäftigung des Jugendvertreters zu entscheiden, und die ferner befugt ist, den öffentlichen Arbeitgeber im Verfahren wegen der Auflösung des Arbeitsverhältnisses vor Gericht zu vertreten (BayVGH a.a.O. juris Rn. 21 m.w.N.).

## 24

Der Antragsteller ist ausweislich des zwischen ihm, vertreten durch die Universität, und dem Beteiligten zu 1 geschlossenen Ausbildungsvertrags vom 24./29. Januar 2017 dessen Arbeitgeber im Sinne von Art. 9 BayPVG. Gemäß Art. 12 Abs. 3 Nr. 1 BayHSchG nimmt die Universität die Personalverwaltung als staatliche Angelegenheit war. Das Landesamt für Finanzen, Dienststelle ..., ist nach § 1 Abs. 1 Nr. 3a, § 2 Abs. 4 der Verordnung über die gerichtliche Vertretung des Freistaats Bayern (Vertretungsverordnung - VertrV - hier im maßgeblichen Zeitpunkt der Antragstellung i.d.F.d. Bek. vom 4.10.1995, zuletzt geändert mit VO v. 26.3.2019) kraft Gesetzes befugt, den Freistaat Bayern in Verfahren vor den Gerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit, wenn er Klage erhebt, zu vertreten. Der Nachweis einer Bevollmächtigung durch die Universität ist insoweit daher nicht erforderlich. Die Berechtigung des die Antragschrift unterzeichnenden Regierungsdirektors ergibt sich aus der vom Präsidenten des Landesamts unterzeichneten Bestätigung vom 21. Dezember 2018, die mit der Antragschrift vorgelegt wurde (Bl. 26 der Gerichtsakte). Die Bevollmächtigung des im späteren Verfahren auftretenden (Ober-)Regierungsrats ergibt sich aus der Bestätigung des Präsidenten des Landesamts vom 7. November 2014 (Bl. 87 der Gerichtsakte).

## 25

Die Berechtigung der in diesem Verfahren handelnden Vertreter des Landesamts für Finanzen zur Ausübung des materiellen Gestaltungsrechts im Rahmen des Auflösungsantrags nach Art. 9 Abs. 4 BayPVG ergibt sich aus der vom Kanzler der Universität unterzeichneten Vollmacht vom 18. Juli 2019, die auf beide ausgestellt und dem Antrag ebenfalls beigelegt war und damit innerhalb der Ausschlussfrist nachgewiesen wurde. Nach Art. 23 Abs. 3 Satz 1 BayHSchG leitet der Kanzler die Verwaltung der Hochschule und ist Dienstvorgesetzter der an der Hochschule tätigen Bediensteten des Freistaats Bayern sowie der im Dienst der Hochschule stehenden Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, soweit diese nicht wissenschaftlich oder künstlerisch tätig sind (Art. 21 Abs. 10 Satz 1 BayHSchG; vgl. auch Reich, Bayerisches Hochschulgesetz, 5. Aufl., Art. 21 Rn. 20). Als Dienstvorgesetzter ist er für die beamten- und dienstrechtlichen Entscheidungen in den persönlichen Angelegenheiten dieses Personenkreises zuständig (vgl. Reich a.a.O. Art. 23 Rn. 23).

## 26

1.3 Der Zulässigkeit des Antrags steht auch nicht entgegen, dass die mit Schreiben der Universität vom 30. April 2019 erfolgte Ankündigung, den Beteiligten zu 1 nach Abschluss des Ausbildungsverhältnisses nicht übernehmen zu wollen, nicht innerhalb der Drei-Monats-Frist des Art. 9 Abs. 1 BayPVG erfolgt ist.

## 27

Nach dieser Vorschrift hat der Arbeitgeber dem Mitglied der Personalvertretung drei Monate vor Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses schriftlich mitzuteilen, dass er ihn nach erfolgreichem Abschluss der Ausbildung nicht in ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit übernehmen will. Diese Frist hat die Universität hier nicht eingehalten. Wie bereits oben unter II.1.1 ausgeführt, war das Ausbildungsverhältnis des Beteiligten zu 1 mit der Mitteilung seines Prüfungsergebnisses am 11. Juli 2019 beendet (§ 21 Abs. 2 BBiG). Demnach hätte diesem die Mitteilung spätestens am 11. April 2019 zugehen müssen. Aus der Bestimmung des Art. 9 Abs. 5 BayPVG ergibt sich jedoch, dass die Unterlassung der Mitteilung bzw. eine nicht ordnungsgemäße Mitteilung weder für den Eintritt der Fiktion des Art. 9 Abs. 2 BayPVG Bedeutung hat, noch den Arbeitgeber daran hindert, eine gerichtliche Entscheidung nach Art. 9 Abs. 4 BayPVG zu beantragen (vgl. Ballerstedt/Schleicher/Faber, Bayerisches Personalvertretungsgesetz, Stand März 2021, Art. 9 Rn. 34 m.w.N.).

## 28

2. Der Auflösungsantrag ist auch begründet, weil Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Antragsteller unter Berücksichtigung aller Umstände die Weiterbeschäftigung des Beteiligten zu 1 nicht zugemutet werden kann (Art. 9 Abs. 4 Satz 1 BayPVG).

## 29

Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung ist die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses insbesondere dann unzumutbar, wenn der Arbeitgeber dem Jugendvertreter zum Zeitpunkt der Beendigung der Berufsausbildung keinen auf Dauer angelegten Arbeitsplatz bereitstellen kann, der dessen Ausbildung entspricht und ihn sowohl hinsichtlich der rechtlichen Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses als auch der Vergütung und der beruflichen Entwicklungsmöglichkeiten einem Beschäftigten gleichstellt, der vom Arbeitgeber für eine vergleichbare Tätigkeit ausgewählt und angestellt würde. Dabei ist die Weiterbeschäftigungspflicht des öffentlichen Arbeitgebers an das Vorhandensein einer freien Planstelle nicht notwendig gebunden; entscheidend ist vielmehr, ob ein ausbildungsadäquater, auf Dauer angelegter und gesicherter Arbeitsplatz zur Verfügung steht (vgl. BVerwG, B.v. 9.9.1999 - 6 P 5.98 - BVerwGE 109, 295 = juris Rn. 15 m.w.N.; Ballerstedt/Schleicher/Faber, Art. 9 Rn. 69 f. m.w.N.).

### 30

Für die Beurteilung der Zumutbarkeit ist grundsätzlich der Zeitpunkt der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses maßgebend (BVerwG, B.v. 2.11.1994 - 6 P 48.93 - juris Rn. 34). Auf einen erst nach Abschluss der Ausbildung freiwerdenden Arbeitsplatz kommt es nicht an; dem Arbeitgeber kann es aber im Einzelfall zumutbar sein, den Jugendvertreter auf Dauer in einem Arbeitsverhältnis zu beschäftigen, weil er einen kurz vor der Beendigung der Berufsausbildung freigewordenen Arbeitsplatz wiederbesetzt hat, statt ihn für einen nach Art. 9 geschützten Auszubildenden freizuhalten. Das gilt regelmäßig bei einer Besetzung, die innerhalb von drei Monaten vor der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses vorgenommen wird, da er innerhalb der Drei-Monats-Frist des Art. 9 Abs. 2 BayPVG mit einem Übernahmeverlangen rechnen muss. (stRspr, vgl. etwa BVerwG, B.v. 1.11.2005 - 6 P 3.05 - BVerwGE 124, 292 = juris Rn. 37).

### 31

2.1 Vorliegend hat die ... nachgewiesen, dass ein der Ausbildung des Beteiligten zu 1 entsprechender, auf Dauer angelegter Arbeitsplatz in diesem fraglichen Zeitraum nicht zur Verfügung stand. Durch die Vorlage der Stellenübersicht hat sie belegt, dass in ihrer Dienststelle im April 2019 keine freie und für den Beteiligten zu 1 ausbildungsadäquate Gärtner-Stelle zur Verfügung stand. Die Beklagtenvertreter haben in der Anhörung auch überzeugend vorgetragen, dass sich dies bis zur Beendigung der Ausbildung des Beteiligten zu 1 am 11. Juli 1919 nicht geändert hatte.

### 32

Entgegen dem Vorbringen der Beteiligten war die Universität auch nicht verpflichtet, etwa durch Zusammenlegung mehrerer freier Stellenanteile einen neuen Arbeitsplatz für einen Gärtner zu schaffen. Es ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung anerkannt, dass die Bestimmung des Art. 9 BayPVG nicht beinhaltet, dass der Arbeitgeber alle Instrumente des Haushaltsrechts ausschöpfen muss, um den Jugendvertreter einen Arbeitsplatz zu verschaffen (BayVGH, B.v. 9.3.2015 - 17 P 14.1220 - BayVBI 2016, 271 - juris Rn. 25). Der Arbeitgeber ist nicht gehalten, betriebliche oder finanzielle Vorkehrungen zu schaffen, um Mitgliedern einer Jugend- oder Personalvertretung, die ihre Ausbildung beenden, auf deren Verlangen einen Arbeitsplatz zur Verfügung stellen zu können. Die Schaffung neuer Arbeitsplätze kann nicht über den Weg der nach Art. 9 BayPVG bestehenden Weiterbeschäftigungspflicht erzwungen werden (vgl. zur gleichlautenden bundesrechtlichen Vorschrift des § 9 BPersVG: BVerwG, B.v. 1.11.2005 - 6 P 3.05 - BVerwGE 124, 292 = juris Rn. 32). Auch ist es schon im Hinblick auf den nach höchstrichterlicher Rechtsprechung maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung der Frage der Unzumutbarkeit ohne Belang, ob - wie im vorliegenden Fall aufgrund der langfristigen Erkrankung eines anderen Mitarbeiters - aktuell ein Beschäftigungsbedarf für den Beteiligten zu 1 besteht.

### 33

2.2 Etwas Anderes ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass die Universität zum 15. Mai 2019 einen Arbeitsvertrag mit Herrn ... abgeschlossen hat.

### 34

2.2.1 Entgegen der Auffassung der Universität ist dieser Vertragsschluss zwar als Neueinstellung zu bewerten. Die Argumentation, dass lediglich das bereits bestehende befristete Arbeitsverhältnis mit Herrn ... entfristet wurde und dies nicht als Neueinstellung verstanden werden könne, verfängt nicht. Das macht bereits der Umstand deutlich, dass die Universität diese Stelle - wenn auch nur intern - als eine (Neu-)Einstellung ausgeschrieben hat. Die Befristung des zunächst mit Herrn ... abgeschlossenen Arbeitsverhältnisses hatte zur Folge, dass dessen Arbeitsverhältnis am 14. Mai 2019 um 24:00 Uhr endete.

Durch den Abschluss des neuen, unbefristeten Vertrages wurde zwar am 15. Mai 2019 um 0:00 Uhr nahtlos hieran angeschlossen, dies ändert jedoch nichts daran, dass ein neues Arbeitsverhältnis begründet wurde.

### **35**

2.2.2 Diese Neueinstellung erfolgte auch innerhalb der hier maßgeblichen Drei-Monats-Frist. Denn entsprechend obigen Ausführungen unter II 1.1 ist auch insoweit nicht auf das vertraglich vereinbarte Ausbildungsende am 31. August 2019 abzustellen, sondern vielmehr gemäß § 12 Abs. 2 BBiG, wie dies auch der Vorbehalt im Ausbildungsvertrag vorsieht, auf die Bekanntgabe des erfolgreichen Abschlusses des Ausbildungsverhältnisses (§ 21 Abs. 2 BBiG).

### **36**

2.2.3 Dass bei der ... kein geeigneter und im fraglichen Zeitraum besetzbarer Dauerarbeitsplatz für den Beteiligten zu 1 zur Verfügung stand, ergibt sich jedoch daraus, dass die am 25. April 2019 ausgeschriebene und zum 15. Mai 2019 mit Herrn ... besetzte Stelle keine für den Beteiligten zu 1 ausbildungsadäquate Stelle darstellte.

### **37**

Diese war ausweislich der Ausschreibung als eine in der Besoldungsgruppe E6 eingruppierte Stelle im Botanischen Garten der ... ausgeschrieben. Im Anforderungsprofil war ausdrücklich eine mehrjährige Berufserfahrung und Erfahrung mit der Kultur und Pflege teils seltener und anspruchsvoller Pflanzen gefordert worden. Diesen Anforderungen erfüllte der Beteiligte zu 1 unmittelbar nach Abschluss seiner Berufsausbildung nicht, so dass die Frage, ob das Erfordernis einer Ausbildung als Staudengärtner mit dem vom Beteiligten zu 1 erworbenen Abschluss eines Zierpflanzengärtners vergleichbar ist, letztlich dahinstehen kann.

### **38**

Wie oben (unter II 2.1) erläutert, gebietet Art. 9 BayPVG nicht, dass die Universität bei der Entscheidung über die ihr zugewiesenen Mittel einer Prüfpflicht obliegt, ob sie eine auf die Qualifikation von Jugendvertretern zugeschnittene Stelle anbieten kann. Die Vorschrift besagt nicht, dass jede im maßgeblichen Zeitpunkt freie Stelle zu Gunsten des Jugendvertreters in Anspruch genommen werden muss (BVerwG, B.v. 1.11.2005 - 6 P 3.05 - BVerwGE 124, 292 = juris Rn. 30, 32). Schutzzweck der Regelung ist es ausschließlich, Auszubildende vor Personalmaßnahmen zu bewahren, die sie an der Ausübung ihrer Personalrats- bzw. Jugendvertreterarbeit hindern oder ihre Unabhängigkeit in dieser Arbeit beeinträchtigen können (BVerwG a.a.O Rn. 23, 27 m.w.N.).

### **39**

Demzufolge konnte die Hochschule, die insoweit keinen Vorgaben des Haushaltsgesetzgebers unterliegt, bei der Verwendung der ihr zugewiesenen personellen Mittel im Rahmen der allgemeinen gesetzlichen Vorgaben in Bezug auf die berufliche Qualifikation und Fachrichtung frei darüber entscheiden, wie sie die ihr übertragenen Aufgaben am besten erfüllt und demzufolge auch, welches Anforderungsprofil sie für die ausgeschriebene Stelle festlegt. Sie ist insoweit nicht durch Art. 9 BayPVG gebunden. Auf dieser Ebene der Entscheidungsfindung beschränkt sich die Wirkung dieser Vorschrift lediglich auf eine Missbrauchskontrolle. Danach ist die Weiterbeschäftigung nur ausnahmsweise dann zumutbar im Sinne des Art. 9 Abs. 4 Satz 1 BayPVG, wenn die Entscheidung über die Zweckbestimmung der Mittelverwendung erkennbar das Ziel verfolgt, die Weiterbeschäftigung des Jugendvertreters zu verhindern (BVerwG, B.v. 1.11.2005 - 6 P 3.05 - BVerwGE 124, 292 = juris Rn.32 m.w.N.).

### **40**

Davon ist vorliegend nach Überzeugung der Fachkammer nicht auszugehen. Dies ergibt sich aus der nachvollziehbaren und glaubwürdigen Erläuterung des Leiters des Botanischen Gartens der ..., der plausibel und in sich widerspruchsfrei erläutert hat, aus welchen Gründen im Anforderungsprofil der am 25. April 2019 ausgeschriebenen Gärtnerstelle eine mehrjährige Berufserfahrung gefordert worden war. Danach sollte hiermit die Stelle im Botanischen Garten in Nachfolge eines langjährig tätigen, sehr erfahrenen Gärtners (Herrn ...\*) besetzt werden, der vor seiner Einstellung bei der Universität die Staudenabteilung in einer Gärtnerei geleitet hatte und sich hierbei sowie in der weiteren Tätigkeit bei der ... viel Erfahrung und Fachwissen erarbeitet hatte. Eine derartige Praxiserfahrung, die auch über die Tätigkeit im Botanischen Garten hinausging und mit der ausweislich des in der Anhörung vorgelegten Schreibens vom 22. September 2016 auch die Eingruppierung der zunächst befristet und im April 2019 unbefristet ausgeschriebenen Stelle begründet wurde, konnte der Beteiligte zu 1 unmittelbar nach Abschluss seiner

Ausbildung noch nicht vorweisen. Dass eine solche für die ausgeschriebene Stelle erforderlich war und das Anforderungsprofil in der Ausschreibung vom 25. April 2019 nicht allein deswegen so ausgestaltet wurde, um eine Weiterbeschäftigungspflicht im Hinblick auf den Beteiligten zu 1 zu verhindern, steht nach Überzeugung der Fachkammer aufgrund der Aussage des als Zeugen einvernommenen Leiters des Botanischen Gartens, der ersichtlich um objektive Angaben bemüht war, fest.

#### **41**

Nachdem entsprechend vorstehenden Ausführungen (vergleiche unter II 2) für die Beurteilung der Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung auf den Zeitpunkt der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses abzustellen ist, kann es nach den gesetzlichen Vorgaben für die Beurteilung der Frage, ob dem Antragsteller eine Weiterbeschäftigung des Beteiligten zu 1 nach Art. 9 Abs. 4 Satz 1 BayPVG zuzumuten ist, auch keine Berücksichtigung finden, dass sich der Beteiligte zu 1 offensichtlich inzwischen sehr gut eingearbeitet hat, dass er Berufserfahrung gesammelt und viel Engagement bewiesen hat sowie mittlerweile sogar den langfristig erkrankten Herrn ... zumindest teilweise vertritt. Gleichermaßen kann die zwischen den Verfahrensbeteiligten unterschiedlich bewertete Frage dahinstehen, ob für die ausgeschriebene Stelle tatsächlich die Ausbildung eines Staudengärtners erforderlich war, oder ob die vom Beteiligten zu 1 absolvierte Ausbildung im Zierpflanzenbau als gleichwertig zu bewerten ist.

#### **42**

2.3 Die ... musste auch nicht dem Angebot des Beteiligten zu 1 entsprechen, ihn notfalls befristet einzustellen. Der sich aus Art. 9 BayPVG ergebende grundsätzliche Anspruch auf Übernahme des Jugendvertreters erstreckt sich ausschließlich auf einen Dauerarbeitsplatz.

#### **43**

2.4 Auch der Umstand, dass der Beteiligte zu 1 mittlerweile in den Personalrat gewählt wurde, steht dem Auflösungsbegehren des Antragstellers nicht entgegen. Die Vorschriften der Art. 8, 47 BayPVG finden hier keine Anwendung, da vorliegend nicht eine Kündigung im Raum steht, sondern vielmehr die Feststellung, dass die nach Art. 9 Abs. 2 BayPVG begründete Fiktion aufgelöst ist (vgl. Ballerstedt/Schleicher/Faber, Art. 9 Rn.77). Zwar hat die gerichtliche Feststellung lediglich Wirkung ex nunc, die Interessenslage ist jedoch nicht vergleichbar. Denn der Sinn und Zweck von Art. 8, 47 BayPVG besteht darin, dass Betroffene nicht abgeschreckt werden sollen, aus Angst vor einer Kündigung Personalvertretungsaufgaben zu übernehmen. Hier erfolgt die Auflösung des (fingierten) Arbeitsverhältnisses jedoch nicht durch den Arbeitgeber, sondern durch die Fachkammer.

#### **44**

3. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst.

#### **45**

Der Gegenstandswert wird nur auf Antrag des Antragstellers (§ 33 Abs. 1 RVG) festgesetzt.