

# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **BESCHLUSS**

BVerwG 6 P 3.05  
VGH 22 TL 312/04

In der Personalvertretungssache

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
am 1. November 2005  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht  
Dr. B a r d e n h e w e r und die Richter am Bundesverwaltungsgericht  
Dr. H a h n , B ü g e , V o r m e i e r und Dr. B i e r

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 1 gegen den  
Beschluss des Fachsenats für Personalvertretungssachen  
(Land) des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom  
18. November 2004 wird zurückgewiesen.

G r ü n d e :

I.

**<rd nr="1"/>**Die am 23. Juni 1980 geborene Beteiligte zu 1 absolvierte aufgrund des  
Berufsausbildungsvertrages vom 14. Juli 2000 an der Fachhochschule Gi. ab  
1. August 2000 eine Ausbildung im Ausbildungsberuf Fachinformatikerin. Seit Juni  
2002 war sie Mitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung der Fachhochschu-  
le Gi., der Beteiligten zu 3. Mit Schreiben vom 6. Februar 2003 teilte der Präsident  
der Fachhochschule der Beteiligten zu 1 mit, dass er keine Möglichkeit sehe, sie  
nach erfolgreicher Ablegung ihrer Abschlussprüfung in ein Arbeitsverhältnis zu über-  
nehmen, da zurzeit keine entsprechende Stelle zur Verfügung stehe. Mit Schreiben  
vom 31. März 2003 beantragte die Beteiligte zu 1 ihre Weiterbeschäftigung auf un-  
bestimmte Zeit im Anschluss an die Beendigung des Berufsausbildungsverhältnis-  
ses. Am 27. Juni 2003 bestand sie die berufliche Abschlussprüfung.

**<rd nr="2"/>**Am 7. Juli 2003 hat der Antragsteller beim Verwaltungsgericht beantragt,  
das zwischen ihm und der Beteiligten zu 1 begründete Arbeitsverhältnis aufzulösen.

Dem hat das Verwaltungsgericht entsprochen. Die Beschwerde der Beteiligten zu 1 hat der Verwaltungsgerichtshof aus folgenden Gründen zurückgewiesen: Bei der Frage, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung unzumutbar sei, sei auf die konkrete Dienststelle abzustellen, bei der das frühere Mitglied einer Personalvertretung oder einer Jugend- und Auszubildendenvertretung seine Ausbildung erhalten habe. Dies ergebe sich zum einen daraus, dass die Weiterbeschäftigung in der ausbildenden Dienststelle nach Abschluss der Ausbildung nicht zur Beendigung der Mitgliedschaft in der Jugend- und Auszubildendenvertretung führe, während ein gewähltes Mitglied diese Rechtsstellung verlöre, wenn es infolge der Weiterbeschäftigung die Dienststelle wechseln müsste. In einem derartigen Fall würde der Weiterbeschäftigungsanspruch den Zweck der Sicherung der Amtskontinuität verfehlen. Zum anderen werde die Beschränkung des Weiterbeschäftigungsanspruchs auf die Ausbildungsdienststelle auch dem individuellen Schutz des Jugendvertreters zur Sicherung seiner Unabhängigkeit und damit auch der Unabhängigkeit des Gremiums als solchen gerecht. Denn der von vornherein auszuräumende Verdacht einer Benachteiligungsabsicht wegen der Tätigkeit in der Jugendvertretung richte sich naturgemäß in erster Linie auf die ihr gegenüberstehende Dienststellenleitung. Eine landes- oder gar bundesweite Ausdehnung des Weiterbeschäftigungsanspruchs würde demgegenüber eine vom personalvertretungsrechtlichen Schutzzweck nicht mehr gerechtfertigte Bevorzugung von Jugend- und Auszubildendenvertretern bedeuten. Schließlich entstehe durch das Übernahmeverlangen des Auszubildenden ein unbefristetes Vollzeitverhältnis, das einen Anspruch auf ausbildungsgerechte Beschäftigung in der Ausbildungsdienststelle begründe, während inhaltliche Abänderungen dieses Arbeitsverhältnisses nur im Wege einer Einigung zustande kommen könnten.

**<rd nr="3"/>** Der Antragsteller habe das Nichtbestehen eines ausbildungsadäquaten Dauerarbeitsplatzes im Bereich der Fachhochschule Gi. im Einzelnen überzeugend damit begründet, dass nach Änderung des Hessischen Hochschulgesetzes keine Stellen mehr in einem Stellenplan des Ministeriums ausgewiesen, sondern lediglich der Hochschule bzw. den einzelnen Fachbereichen generell Haushaltsmittel zugewiesen würden, mit denen sie in eigener Verantwortung auch Personalbewirtschaftung betreiben müssten, und dass in Wahrnehmung dieser Entscheidungskompetenz aufgrund der knappen Haushaltsmittel weder in den Fachbereichen noch in zentralen Einrichtungen Stellen für Fachinformatiker eingerichtet worden seien. Dem könne die

Beteiligte zu 1 nicht entgegenhalten, im Wege einer Interessenabwägung hätte ein entsprechender Bedarf ermittelt und sodann ein entsprechender Arbeitsplatz durch organisatorische Maßnahmen geschaffen werden müssen. Nach der nunmehr eingeführten Budgetierung komme es für die Frage des Bestehens eines ausbildungsadäquaten Dauerarbeitsplatzes bei der Dienststelle auf Vorgaben des Haushaltsgesetzgebers für Personaleinsparungen generell nicht mehr an. Die Behörden sollten weitgehend nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen geführt werden, so dass Sonderkonstruktionen für öffentlich-rechtliche Dienststellen grundsätzlich nicht mehr angebracht und vielmehr solche Maßstäbe heranzuziehen seien, wie sie in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu der gleich lautenden Vorschrift des § 78 a Abs. 4 BetrVG entwickelt worden seien. Danach sei im Rahmen eines Auflösungsverfahrens die unternehmerische Entscheidung, etwa zur Umorganisation des Betriebes, nicht auf ihre Zweckmäßigkeit oder Notwendigkeit hin zu überprüfen. Welche Arbeiten im Betrieb verrichtet und wie viele Arbeitnehmer damit beschäftigt werden sollten, bestimme der Arbeitgeber durch seine arbeitstechnischen Vorgaben und seine Personalplanung. Er sei grundsätzlich nicht verpflichtet, durch eine Änderung seiner Arbeitsorganisation einen neuen Arbeitsplatz zu schaffen, um einen durch § 78 a BetrVG geschützten Auszubildenden weiterbeschäftigen zu können. Soweit er mit seinen Organisationsmaßnahmen nicht erkennbar das Ziel verfolge, gerade die Übernahme geschützter Auszubildender zu verhindern, stehe es in seiner nicht eingeschränkten, sondern allenfalls einer Missbrauchskontrolle unterliegenden unternehmerischen Entscheidungsfreiheit, durch wie viele Arbeitnehmer er die anfallenden Arbeiten verrichten lasse. Diese Grundsätze seien auch im vorliegenden Fall anwendbar. Es könne nicht Sinn und Zweck der Vorschrift des § 9 BPersVG sein, Mitglieder personalvertretungsrechtlicher Organe dadurch zu privilegieren, dass die Dienststelle besondere finanzielle und organisatorische Anstrengungen unternehmen müsste, um ihre Weiterbeschäftigung zu ermöglichen. Wenn im maßgeblichen Zeitpunkt des Berufsausbildungsabschlusses der Beteiligten zu 1 keiner der ausgebildeten Fachinformatiker im Bereich der Fachhochschule Gi. nach Abschluss der Ausbildung eingestellt worden sei, könne auch nicht der geringste Verdacht entstehen, dass der Nichteinstellung der Beteiligten zu 1 eine Benachteiligungsabsicht zugrunde liegen könnte.

**<rd nr="4"/>**Die Beteiligte zu 1 trägt zur Begründung ihrer Rechtsbeschwerde vor: Der Verwaltungsgerichtshof habe Tatsachenfeststellungen aufgrund unzureichenden Vortrags des Antragstellers unter Verkennung der diesem obliegenden Darlegungs- und Beweislast getroffen. Darin liege ein Verfahrensfehler, auf dem der angegriffene Beschluss beruhe. Der Arbeitgeber trage die volle Darlegungs- und Beweislast für die Gründe seiner Ablehnung einer Weiterbeschäftigung des Jugendvertreters. Er müsse also den konkreten Nachweis führen, dass und aus welchen gewichtigen Gründen ihm die Weiterbeschäftigung ausnahmsweise unzumutbar sei, und jeden Verdacht, die Tätigkeit in den Personalvertretungsorganen könne seine Entscheidung beeinflusst haben, ausräumen. Diese Pflicht erfülle er nicht, indem er schlicht und ohne nähere Substanziierung behaupte, eine freie besetzbare Stelle, welche dem Ausbildungsniveau des Betroffenen entspreche, sei nicht vorhanden. Er müsse vielmehr vortragen, wo in seinem Organisationsbereich Aufgaben zu erfüllen und Tätigkeiten auszuüben seien, die dem Qualifikationsprofil des fraglichen Ausbildungsberufs entsprächen, wie dieser Bedarf in fraglichen Bereichen bei Ende der Berufsausbildung personell abgedeckt worden sei und welche zusätzlichen und freiwerdenden Stellen sowie Neubesetzungen es in dem fraglichen Bereich innerhalb der letzten drei Monate vor Beendigung der Ausbildung gegeben habe. Sofern der Arbeitgeber im zeitlichen Zusammenhang mit der Beendigung der Berufsausbildung des Jugendvertreters zusätzliche Stellen mit Aufgaben schaffe, die - teilweise - auch von einem Arbeitnehmer mit dem Ausbildungsbereich des Jugendvertreters ausgeübt werden könnten, müsse er darlegen, aus welchen Gründen eine Beschäftigung des Jugendvertreters auf den neu geschaffenen Stellen nicht möglich sei. Diese Anforderungen entsprächen jenen, wie sie die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu betriebsbedingten Kündigungen entwickelt habe.

**<rd nr="5"/>**In Erlassen des Hessischen Ministeriums des Innern und für Sport sowie des Hessischen Ministeriums für Wissenschaft und Kunst sei gerade in der Umstellung auf das kaufmännische Rechnungswesen und die elektronische Vernetzung ein Bedarf an zunehmender Beschäftigung von Fachinformatikern gesehen und daraus die Bitte um Prüfung abgeleitet worden, ob im Bereich der hessischen Hochschulen Übernahmemöglichkeiten für Fachinformatiker bestünden. Dass ein Bedarf an einer zusätzlichen Beschäftigung im Bereich der Informations- und Telekommunikationstechnik bei der Fachhochschule Gi. gegeben sei, werde daran deutlich, dass diese in

dem Zeitraum, nachdem die Weiterbeschäftigung geltend gemacht worden sei, neue Stellen für zwei Mitarbeiter im Datenverarbeitungsservicezentrum Gi. ausgeschrieben habe. Ferner würden für Tätigkeiten im Bereich der Informations- und Telekommunikationstechnik laufend studentische Hilfskräfte beschäftigt.

<rd nr="6"/>Der Verwaltungsgerichtshof habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, indem er ihr keine Gelegenheit gegeben habe, zum Schriftsatz des Antragstellers vom 8. November 2004 hinsichtlich des im Datenverarbeitungsservicezentrum Fr. beschäftigten Fachinformatikers Stellung zu nehmen.

<rd nr="7"/>Schließlich leide der angegriffene Beschluss unter der materiellrechtlichen Verletzung des § 9 Abs. 4 BPersVG. Zu Unrecht habe der Verwaltungsgerichtshof sich auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu § 78 a BetrVG gestützt. Hintergrund dieser Rechtsprechung sei die im Kernbereich durch Art. 14 GG grundrechtlich geschützte Unternehmerfreiheit, für die es im Bereich des öffentlichen Dienstes keine Entsprechung gebe.

<rd nr="8"/>Die Beteiligte zu 1 beantragt sinngemäß,

die Beschlüsse der Vorinstanzen aufzuheben und den Antrag abzulehnen.

<rd nr="9"/>Der Antragsteller beantragt,

die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

<rd nr="10"/>Er verteidigt den angefochtenen Beschluss ebenso wie der Vertreter des Bundesinteresses.

## II.

<rd nr="11"/>Die zulässige Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 1 ist nicht begründet. Der Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs beruht nicht auf der Nichtanwendung oder der unrichtigen Anwendung einer Rechtsnorm (§ 111 Abs. 3 Satz 1 He-

PersVG vom 24. März 1988, GVBI I S. 103, zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 18. Dezember 2003, GVBI I S. 513, i.V.m. § 93 Abs. 1 Satz 1 ArbGG). Das Arbeitsverhältnis zwischen dem Antragsteller und der Beteiligten zu 1 ist aufzulösen.

**<rd nr="12"/>**1. Das streitige Auflösungsbegehren richtet sich nach § 9 BPersVG. Dessen entsprechende Anwendung in den Ländern bestimmt § 107 Satz 2 BPersVG. Daraus sowie aus der Kapitelüberschrift "Unmittelbar für die Länder geltende Vorschriften" ergibt sich, dass § 9 BPersVG unmittelbar für die Länder gilt (vgl. Beschluss vom 1. Dezember 2003 - BVerwG 6 P 11.03 - BVerwGE 119, 270, 271 m.w.N.).

**<rd nr="13"/>**2. Gemäß § 9 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BPersVG kann der Arbeitgeber spätestens bis zum Ablauf von zwei Wochen nach Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses beim Verwaltungsgericht beantragen, das bereits nach § 9 Abs. 2 BPersVG begründete Arbeitsverhältnis aufzulösen. Die danach erforderlichen Voraussetzungen für die Geltendmachung des Auflösungsbegehrens sind hier gegeben.

**<rd nr="14"/>**a) Das antragstellende Land Hessen ist Arbeitgeber im Sinne von § 9 Abs. 4 Satz 1 BPersVG. Das ist derjenige, der beim Vertragsschluss Vertragspartner des Arbeitnehmers wäre (vgl. Beschluss vom 1. Dezember 2003 a.a.O. S. 272 m.w.N). Nach § 69 Abs. 1 des Hessischen Hochschulgesetzes - HHG - vom 31. Juli 2000, GVBI I S. 374, hier anzuwenden i.d.F. von Art. 2 des Gesetzes vom 14. Juni 2002, GVBI I S. 255, steht das Personal der Hochschulen im Dienste des Landes. Das Land Hessen wäre daher Vertragspartner der Beteiligten zu 1 gewesen, wenn es zum Abschluss eines Arbeitsvertrages über deren Beschäftigung als Fachinformatikerin an der Fachhochschule Gi. gekommen wäre.

**<rd nr="15"/>**b) Im Verfahren nach § 9 Abs. 4 BPersVG handelt für den Arbeitgeber derjenige, der ihn gerichtlich zu vertreten hat (vgl. Beschluss vom 1. Dezember 2003 a.a.O. S. 272). Dies ist hier der Präsident der Fachhochschule Gi. (§ 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 der Anordnung über die Vertretung des Landes Hessen in den Zuständigkeitsbereichen der hessischen Hochschulen vom 5. Mai 1999, Staatsanzeiger S. 1823, i.d.F. der Änderungsanordnung vom 11. Dezember 2000, Staatsanzeiger S. 4303, i.V.m. Abschnitt I Nr. 6 Buchst. a der Anordnung über Zuständigkeiten bei Abschluss,

Änderung und Beendigung von Arbeitsverträgen mit Angestellten sowie mit Arbeiterinnen und Arbeitern im Geschäftsbereich des Ministeriums für Wissenschaft und Kunst vom 10. Mai 1999, Staatsanzeiger S. 1825, i.d.F. der Änderungsanordnung vom 18. Dezember 2001, Staatsanzeiger 2002 S. 37, und Nr. 621 des Beschlusses über die Zuständigkeit der einzelnen Ministerinnen und Minister nach Art. 104 Abs. 2 der Verfassung des Landes Hessen vom 28. April 2003, GVBl I S. 130), der die Antragschrift vom 4. Juli 2003 persönlich unterzeichnet hat.

<rd nr="16"/>c) Zwischen dem Antragsteller und der Beteiligten zu 1 war bereits am 27. Juni 2003 gemäß § 9 Abs. 2 BPersVG ein Arbeitsverhältnis begründet worden. Die Beteiligte zu 1 war seinerzeit Auszubildende nach § 9 Abs. 1 BPersVG. Aufgrund des Berufsausbildungsvertrages vom 14. Juli 2000 stand sie als Auszubildende im Ausbildungsberuf Fachinformatikerin in einem Berufsausbildungsverhältnis nach dem Berufsbildungsgesetz, welches gemäß § 14 Abs. 2 BBiG mit dem Bestehen der Abschlussprüfung am 27. Juni 2003 endete. Zu diesem Zeitpunkt war sie Mitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung der Fachhochschule Gi., der Beteiligten zu 3. Sie hat innerhalb der letzten drei Monate vor Ausbildungsende, nämlich mit Schreiben vom 31. März 2003, vom Antragsteller ihre Weiterbeschäftigung verlangt. Damit galt zwischen ihr und dem Antragsteller ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit als begründet.

<rd nr="17"/>d) Der Antragsteller hat am 7. Juli 2003 und damit innerhalb der in § 9 Abs. 4 Satz 1 BPersVG normierten Frist von zwei Wochen nach Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses beim Verwaltungsgericht den Auflösungsantrag gestellt.

<rd nr="18"/>3. Begründet ist der Auflösungsantrag gemäß § 9 Abs. 4 Satz 1 BPersVG, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Arbeitgeber unter Berücksichtigung aller Umstände die Weiterbeschäftigung nicht zugemutet werden kann. Diese Voraussetzungen sind hier gegeben.

<rd nr="19"/>Nach der Rechtsprechung des Senats ist die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses insbesondere dann unzumutbar, wenn der Arbeitgeber dem Jugendvertreter zum Zeitpunkt der Beendigung der Berufsausbildung keinen auf Dauer an-



gelegten 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 eingestellt worden ist. 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. Beschluss vom 9. September 1999 - BVerwG 6 P 5.98 - BVerwGE 109, 295, 297 f.; Beschluss vom 17. Mai 2000 - BVerwG 6 P 8.99 - Buchholz 250 § 9 BPersVG Nr. 19 S. 10 jeweils m.w.N.).

**<rd nr="20"/>a)** Für die Frage, ob ein ausbildungsadäquater Dauerarbeitsplatz für den Jugendvertreter zur Verfügung steht, kommt es allein auf den Bereich der Ausbildungsdienststelle an. Das Land als Arbeitgeber des Jugendvertreters ist nicht verpflichtet, diesem einen Arbeitsplatz in einer anderen Dienststelle des Landes zuzuweisen. Der Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 9 Abs. 2 BPersVG besteht nicht landesweit, sondern nur in Bezug auf diejenige Dienststelle, in welcher der Jugendvertreter seine Berufsausbildung erhalten hat (vgl. Beschluss vom 15. Oktober 1985 - BVerwG 6 P 13.84 - BVerwGE 72, 154, 160):

**<rd nr="21"/>aa)** Für die Dienststellenbezogenheit des Weiterbeschäftigungsanspruchs spricht, dass auch die in § 9 BPersVG geschützten personalvertretungsrechtlichen Funktionen dienststellenbezogen sind. Personalräte sowie Jugend- und Auszubildendenvertretungen werden in Dienststellen gebildet (§§ 12, 57, 95 Abs. 2 Satz 1, § 98 Abs. 2 BPersVG und § 12 Abs. 1, § 54 Abs. 1 Satz 1 HePersVG). Der Schutzbereich der Vorschrift erstreckt sich grundsätzlich auf diejenige Dienststelle, bei welcher die personalvertretungsrechtliche Funktion wahrgenommen wird. Die Dienststellenbezogenheit wird bei Mitgliedern von Stufen- und Gesamtjugend- und Auszubildendenvertretungen (§ 64 BPersVG und § 58 HePersVG) nicht in Frage gestellt, auch wenn hier die Ausbildungsdienststelle nicht mit derjenigen Dienststelle übereinstimmen muss, in welcher die personalvertretungsrechtliche Funktion wahrgenommen wird.

**<rd nr="22"/>**bb) Dass in § 9 BPersVG nur vom Arbeitgeber und nicht vom Leiter der Dienststelle die Rede ist und dass folglich allein der Arbeitgeber die Aktivlegitimation für den Auflösungsantrag hat, findet seine Erklärung darin, dass Vertragspartner des Auszubildenden nur die betreffende juristische Person des öffentlichen Rechts sein kann, nicht aber der Leiter der Dienststelle, welche für diese juristische Person öffentliche Aufgaben erfüllt. Ein überzeugendes Argument für einen dienststellenübergreifenden Weiterbeschäftigungsanspruch lässt sich daraus nicht herleiten (a.A. v. Roetteken, in: Hessisches Bedienstetenrecht, Teilausgabe I, § 65 Rn. 86).

**<rd nr="23"/>**cc) Schutzzweck der Regelung in § 9 BPersVG ist es, Auszubildende vor Personalmaßnahmen zu bewahren, die sie an der Ausübung ihrer Personalrats- und Jugendvertreterarbeit hindern oder ihre Unabhängigkeit in dieser Arbeit beeinträchtigen können. Indem § 9 BPersVG die amtierende Personalvertretung bzw. Jugend- und Auszubildendenvertretung vor dauernden oder vorübergehenden Änderungen ihrer Zusammensetzung schützt, dient er zugleich der Kontinuität der Gremienarbeit (vgl. Beschluss vom 1. Dezember 2003 a.a.O. S. 277 m.w.N.). Das kollektivrechtliche Element des Schutzzwecks wird nicht erreicht, wenn der Auszubildende in einer anderen Dienststelle weiterbeschäftigt wird. Denn damit erlischt seine Mitgliedschaft im Personalrat bzw. in der Jugend- und Auszubildendenvertretung (§ 29 Abs. 1 Nr. 4, § 60 Abs. 4 BPersVG und § 26 Nr. 4, § 54 Abs. 3 Satz 2 HPersVG).

**<rd nr="24"/>**dd) Durch das Übernahmeverlangen des Auszubildenden nach § 9 Abs. 2 BPersVG entsteht ein unbefristetes Vollzeitarbeitsverhältnis, das einen Anspruch auf ausbildungsgerechte Beschäftigung in der Ausbildungsdienststelle begründet. Inhaltliche Änderungen dieses Arbeitsverhältnisses unterliegen dem Konsensprinzip, so dass der Auflösungsantrag nach § 9 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BPersVG nicht mit der Begründung abgewiesen werden darf, dem Arbeitgeber wäre die Begründung eines anderen als des nach § 9 Abs. 2 BPersVG entstehenden Arbeitsverhältnisses zumutbar gewesen (vgl. zu § 78 a BetrVG: BAG, Beschluss vom 24. Juli 1991 - 7 ABR 68/90 - BAGE 68, 187, 195; Beschluss vom 6. November 1996 - 7 ABR 54/95 - BAGE 84, 294, 298). Die Beschäftigung in der Ausbildungsdienststelle ist wesentliches Element des Beschäftigungsverhältnisses während der Ausbildung, so dass die gemäß § 9 Abs. 2 BPersVG kraft gesetzlicher Fiktion eintretende

Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sich ebenfalls nur auf die Ausbildungsdienststelle beziehen kann.

**<rd nr="25"/>**ee) Rechtsgedanken aus dem Kündigungsschutzrecht, namentlich in Anlehnung an die Regelungen in § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. b und § 15 Abs. 4 und 5 KSchG sowie § 79 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 BPersVG, spielen hier keine Rolle (a.A. v. Roetteken, a.a.O.; Faber, in: Lorenzen/Etzel/Gerhold/Schlatmann/Rehak/Faber, Bundespersonalvertretungsgesetz, § 9 Rn. 83). Die Kündigung eines bestehenden Arbeitsverhältnisses einerseits und die gesetzliche Begründung eines Arbeitsverhältnisses im Anschluss an eine Berufsausbildung andererseits sind wesensverschiedene Fallgestaltungen. Ein Arbeitnehmer, der sich in einem Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit befindet, ist in einer stärkeren Rechtsposition als ein Auszubildender, dessen Beschäftigungsverhältnis mit Beendigung der Berufsausbildung in Ermangelung einer Übernahmezusage des Arbeitgebers endet. Dieser Unterschied bleibt auch bei Übernahme personalvertretungsrechtlicher Funktionen bestehen. Das dem Auszubildenden nach § 9 BPersVG zustehende Schutzniveau muss daher nicht in jeder Hinsicht demjenigen entsprechen, welches einem Arbeitnehmer in solchen Funktionen durch §§ 47, 108 BPersVG und § 15 KSchG garantiert ist. Deswegen kann daraus, dass nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts über den Wortlaut des § 15 Abs. 4 KSchG hinaus die betriebsbedingte Kündigung eines Betriebsratsmitgliedes wegen Stilllegung des Betriebes nur gerechtfertigt ist, wenn keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in einem anderen Betrieb des Unternehmens besteht (vgl. Urteil vom 13. August 1992 - 2 AZR 22/92 - AP Nr. 32 zu § 15 KSchG 1969 Bl. 218) für den Weiterbeschäftigungsanspruch des Jugendvertreters nach § 9 BPersVG nichts hergeleitet werden. Das Bundesarbeitsgericht selbst zieht einen derartigen Schluss für den Bereich des § 78 a BetrVG jedenfalls nicht.

**<rd nr="26"/>**ff) Vielmehr nimmt es in ständiger Rechtsprechung an, dass sich der Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 78 a BetrVG und folgerichtig auch die Frage nach einem freien ausbildungsadäquaten Dauerarbeitsplatz auf den Ausbildungsbetrieb beschränkt (vgl. Beschluss vom 6. November 1996 a.a.O.; Beschluss vom 12. November 1997 - 7 ABR 63/96 - BAGE 87, 105, 107; Beschluss vom 12. November 1997 - 7 ABR 73/96 - BAGE 87, 110, 112; Beschluss vom 28. Juni 2000 - 7 ABR 57/98 - juris Rn. 12). Es hat allerdings erwogen, dass in Fällen, in de-

nen der Auszubildende (hilfsweise) sein Einverständnis mit einer Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen erklärt hat, der Schutzzweck des § 78 a BetrVG es gebieten kann, dass der Arbeitgeber auf derartige Änderungswünsche eingeht. Zur Vermeidung einer Benachteiligung wegen der Amtsausübung kann der Arbeitgeber gehalten sein, Änderungswünschen, denen er auch bei anderen Auszubildenden nachkommen würde, bei einem durch § 78 a BetrVG geschützten Auszubildenden bevorzugt Rechnung zu tragen. Voraussetzung dafür ist, dass der Auszubildende dem Arbeitgeber frühzeitig, regelmäßig nach dessen Nichtübernahmemitteilung nach § 78 a Abs. 1 BetrVG und spätestens mit dem eigenen Weiterbeschäftigungsverlangen, zu erkennen gibt, zu welchen abweichenden Arbeitsbedingungen er sich seine Weiterbeschäftigung vorstellt (vgl. Beschluss vom 6. November 1996 a.a.O. S. 298 f.).

**<rd nr="27"/>**Diesen Erwägungen tritt der Senat für den Anwendungsbereich des § 9 BPersVG bei. Damit ist ein Schutzniveau gewährleistet, welches sich daran orientiert, dass § 9 BPersVG eine spezielle Ausformung des in § 8 BPersVG normierten Benachteiligungsverbots darstellt (vgl. Beschluss vom 15. Oktober 1985 a.a.O. S. 155 f.; Beschluss vom 13. März 1989 - BVerwG 6 P 22.85 - Buchholz 250 § 9 BPersVG Nr. 6 S. 13). Pfllegt der öffentliche Arbeitgeber Auszubildende, welche er in der Ausbildungsdienststelle nicht weiterbeschäftigen kann, bei anderen Dienststellen seines Zuständigkeits- und Verantwortungsbereichs einzustellen, so ist es bei Wahrung des Benachteiligungsverbots nicht gerechtfertigt, Auszubildenden in personalvertretungsrechtlichen Funktionen diese Möglichkeit zu verweigern. Wäre der öffentliche Arbeitgeber dagegen gehalten, jeden freien ausbildungsadäquaten Dauerarbeitsplatz, der im jeweiligen Zeitpunkt der Beendigung der Berufsausbildung in irgendeiner seiner Dienststellen verfügbar ist, für Auszubildende mit personalvertretungsrechtlichen Funktionen zu reservieren, so käme dies in den Fällen, in denen der Bund oder ein Land Arbeitgeber ist, faktisch einer Beschäftigungsgarantie nahe, weil sich bei Bund und Ländern mit ihren zahlreichen Dienststellen zumeist eine Stelle finden wird, die der Qualifikation des jeweiligen Jugendvertreters adäquat ist. Dadurch würde der Grundsatz in Frage gestellt, wonach die Regelung in § 9 BPersVG kein totales Einstellungsgebot beinhaltet (vgl. Beschluss vom 2. November 1994 - BVerwG 6 P 48.93 - Buchholz 250 § 9 BPersVG Nr. 11 S. 16), sondern offen ist für eine einzelfallbezogene Abwägung, deren Ergebnis sein kann, dass die Weiterbe-

schäftigung unzumutbar ist. Zudem wäre eine arbeitgeberbezogene Betrachtungsweise gleichbedeutend mit einer erheblichen Privilegierung der Jugendvertreter in Bund und Ländern gegenüber denjenigen bei anderen öffentlichen und privaten Arbeitgebern, ohne dass dafür eine sachliche Rechtfertigung ersichtlich wäre. Am Ende würde sich für jene Jugendvertreter der Schwerpunkt der rechtlichen Schutzbetrachtungen aus dem Bereich des § 9 BPersVG hinaus- und in ein "Ortsverteilungsverfahren" hineinverlagern, welches nur mehr der Beurteilung nach § 8 BPersVG unterläge.

<rd nr="28"/>b) Darüber, ob in der Ausbildungsdienststelle ein geeigneter und besetzbarer Arbeitsplatz zur Verfügung steht, hat primär der Haushaltsgesetzgeber zu entscheiden (vgl. Beschluss vom 2. November 1994 - BVerwG 6 P 39.93 - BVerwGE 97, 68, 77).

<rd nr="29"/>aa) Auf das Vorhandensein von "Planstellen" kommt es dabei nach der Terminologie des Haushaltsrechts schon deswegen nicht an, weil Planstellen nur Stellen für Beamte auf Lebenszeit sind (§ 17 Abs. 5 und Abs. 7 Satz 1 der Hessischen Landeshaushaltsordnung - LHO - i.d.F. vom 15. März 1999, GVBI I S. 248; vgl. dazu Nr. 4 VV-BHO zu § 17; Piduch, Bundeshaushaltsrecht, § 17 Rn. 14 ff.). Bei Stellen für Angestellte, um die es im Rahmen der Weiterbeschäftigungspflicht nach § 9 BPersVG geht, handelt es sich um "andere Stellen als Planstellen", welche in den Erläuterungen des Haushaltsplans auszuweisen sind (§ 17 Abs. 6 LHO; Piduch a.a.O. Rn. 20). Soweit die in den Erläuterungen ausgewiesenen Stellen für Angestellte einschließlich der dazugehörigen Zweckbestimmungen verbindlich sind, ist dies maßgeblich für die Inanspruchnahme der personellen Ausgaben durch die Verwaltung (§ 17 Abs. 1 Satz 2, § 45 Abs. 1 Satz 1 LHO; vgl. dazu Piduch a.a.O. Rn. 6 ff.). Ist daher in den verbindlichen Erläuterungen des Haushaltsplans eine Stelle für Angestellte für die vom Jugendvertreter erworbene Qualifikation ausgewiesen und ist diese Stelle im maßgeblichen Zeitpunkt der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses unbesetzt, so ist diese Stelle vorrangig mit dem Jugendvertreter zu besetzen (vgl. Beschluss vom 13. März 1989 a.a.O. S. 14; Beschluss vom 2. November 1994 - BVerwG 6 P 39.93 - a.a.O. S. 77).

**<rd nr="30"/>**bb) Liegt eine der Qualifikation des Jugendvertreters entsprechende Zweckbestimmung des Haushaltsgesetzgebers nicht vor, so ist ein freier Arbeitsplatz nicht deswegen vorhanden, weil eine im maßgeblichen Zeitpunkt freie Stelle ohne Verstoß gegen das Haushaltsrecht mit dem Jugendvertreter besetzt werden könnte. Das Haushaltsrecht weist - insbesondere durch das Institut der Deckungsfähigkeit (§§ 20, 46 LHO) - ein hohes Maß an Flexibilität auf, welches es erlaubt, Ausgaben unter Durchbrechung des Grundsatzes der sachlichen Bindung zu leisten. Diese Flexibilität des Haushaltsrechts besagt jedoch nicht, dass jede im maßgeblichen Zeitpunkt freie Stelle mit Rücksicht auf § 9 BPersVG zugunsten des Jugendvertreters in Anspruch genommen werden muss. Zwar ist der Senat von freien Arbeitsplätzen auch in Fällen ausgegangen, in denen beim Arbeitgeber die Übung bestand, unbefristete Arbeitsverträge mit Absolventen einer Berufsausbildung abzuschließen, solange die Vergütung aus dem Gesamtbudget gesichert war (vgl. Beschluss vom 9. September 1999 a.a.O. S. 298 f.), oder in denen die vorläufige Weiterbeschäftigung auf einer "Beförderungsstelle" unter dem Vorbehalt möglich war, dass die Beschäftigung später auf dem durch den vorgesehenen Beförderungsvorgang demnächst freiwerdenden Arbeitsplatz fortgesetzt werden sollte (vgl. Beschluss vom 17. Mai 2000 a.a.O. S. 11 f.; ablehnend zu einer derartigen "Kettenreaktion" im Bereich von § 78 a BetrVG: BAG, Beschluss vom 28. Juni 2000 a.a.O. Rn. 20). Hierbei handelte es sich jedoch - in Übereinstimmung mit der in § 9 Abs. 4 Satz 1 BPersVG vorgeschriebenen Einzelfallwürdigung - um besondere Fallgestaltungen, die den Grundsatz nicht in Frage stellen, wonach der Weiterbeschäftigung des Jugendvertreters das Fehlen eines freien ausbildungsadäquaten Dauerarbeitsplatzes entgegengehalten werden kann. Dieser Grundsatz ließe sich nicht mehr aufrechterhalten, wenn der Arbeitgeber alle Instrumente des Haushaltsrechts ausschöpfen müsste, um dem Jugendvertreter einen Arbeitsplatz zu verschaffen (insoweit konsequent: v. Roetteken a.a.O. Rn. 84).

**<rd nr="31"/>**c) Soweit es sich wie im vorliegenden Fall bei der Ausbildungsdienststelle um eine Hochschule des Landes Hessen handelt (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 3 HHG), existiert keine verbindliche Vorgabe des Haushaltsgesetzgebers, die in Bezug auf berufliche Qualifikation und Fachrichtung bei der Stellenbesetzung zu beachten wäre. Haushaltsrechtliche Grundlage für eine solcherart bewirkte Finanzautonomie ist § 7 a LHO, wonach die Einnahmen, Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen im

Rahmen eines Systems der dezentralen Verantwortung einer Organisationseinheit veranschlagt und bewirtschaftet werden können, wobei die Finanzverantwortung auf der Grundlage der Haushaltsermächtigung auf die Organisationseinheiten übertragen wird, die die Fach- und Sachverantwortung haben. Die Anwendung dieser Vorschrift ordnet § 89 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 HHG für den Bereich der Hochschulen ausdrücklich an. Dabei ging es dem Landesgesetzgeber darum, den Hochschulen ein leistungsorientiertes Globalbudget zuzuweisen, dessen Vorgaben mit den Festlegungen der Zielvereinbarungen nach § 88 Abs. 2 HHG die Grenzen der freien Mittelverwendung im Rahmen der Finanzautonomie bestimmen, sowie darum, das parlamentarische Budgetrecht nicht mehr durch die Festlegung von starren Ausgabenzwecken in kameralen Titeln, sondern durch die Vorgabe von ergebnisorientierten Leistungszwecken im Hochschulprogrammhaushalt zu sichern (vgl. LTDrucks 15/1076 S. 41 f. zu § 92). Demgemäß verbindet § 91 HHG das System der vertikalen Mittelverteilung vom Ministerium auf die Hochschulen, vom Präsidium auf die Fachbereiche und vom Dekanat auf die Fachgebiete mit dem Grundsatz der dezentralen Mittelverwendung, wonach die Zweckbestimmung der Ausgaben auf der jeweils untersten Ebene erfolgt. Die Zweckbestimmung durch das jeweils zuständige Gremium der Hochschule oder des Fachbereichs ist die maßgebliche Entscheidung dafür, ob für einen Jugendvertreter, der an der Hochschule eine Berufsausbildung absolviert hat, ein ausbildungsadäquater Dauerarbeitsplatz zur Verfügung steht.

<rd nr="32"/>aa) Bei dieser Entscheidung ist das jeweils zuständige Hochschulorgan nicht durch § 9 BPersVG gebunden. 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 § 9 BPersVG bestehenden Weiterbeschäftigungspflicht erzwungen werden (vgl. Beschluss vom 15. Oktober 1985 a.a.O. S. 159). Auf die Mittelverwendung durch die Hochschule übertragen bedeutet dies, dass die zuständigen Hochschulgremien nicht gezwungen sind, auf ihnen zu Gebote stehenden freien Stellen Arbeitsplätze zu schaffen, die auf die Qualifikation von Jugendvertretern zugeschnitten sind, die ihre Weiterbeschäftigung geltend machen. § 9 BPersVG gebietet nicht, dass sich die Hochschule bei der Bewirtschaftung der ihr zugewiesenen knappen finanziellen Ressourcen in Widerspruch zu den von ihr intendierten Prioritä-

ten setzt. Bei der Entscheidung über die Mittelverwendung obliegt ihr auch keine Prüfpflicht zugunsten des Jugendvertreters, deren Erfüllung der Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte unterliegt. Der § 9 BPersVG prägende Gedanke des Diskriminierungsschutzes ist nicht berührt, wenn die Hochschule bei der Verwendung der ihr zugewiesenen personellen Mittel im Rahmen der allgemeinen gesetzlichen Vorgaben frei darüber entscheidet, wie sie die ihr übertragenen öffentlichen Aufgaben am besten erfüllt. Auf dieser Ebene der Entscheidungsfindung beschränkt sich die Wirkung von § 9 BPersVG auf eine Missbrauchskontrolle: Die Weiterbeschäftigung ist ausnahmsweise dann zumutbar, wenn die Entscheidung über die Zweckbestimmung der Mittelverwendung erkennbar das Ziel verfolgte, die Weiterbeschäftigung des Jugendvertreters zu verhindern (vgl. zu § 78 a BetrVG: BAG, Beschluss vom 12. November 1997 - 7 ABR 73/96 - a.a.O. S. 113).

**<rd nr="33"/>**bb) Anders verhält es sich, wenn die zuständigen Hochschulgremien entschieden haben, zur Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben mit den ihnen zugewiesenen Mitteln Arbeitsplätze zu schaffen, die der Qualifikation des Jugendvertreters entsprechen. Auf dieser zweiten Entscheidungsebene, nämlich derjenigen der Stellenbesetzung, kommt der in § 9 BPersVG normierte qualifizierte Diskriminierungsschutz zum Tragen, welcher - über § 8 BPersVG hinaus - selbst dann eintritt, wenn nachgewiesen werden kann, dass der Arbeitgeber den Betroffenen nicht wegen seiner Tätigkeit für die Jugend- und Auszubildendenvertretung benachteiligt hat (vgl. Beschluss vom 24. April 1991 - BVerwG 6 PB 18.90 - Buchholz 250 § 9 BPersVG Nr. 9 S. 33 f.; Beschluss vom 2. November 1994 - BVerwG 6 P 39.93 - a.a.O. S. 76). Die Stelle ist vorrangig mit dem Jugendvertreter zu besetzen, es sei denn, die Weiterbeschäftigung ist aus gewichtigen Gründen ausnahmsweise unzumutbar, etwa weil Mitbewerber objektiv wesentlich fähiger und geeigneter sind (vgl. Beschluss vom 9. September 1999 a.a.O. S. 301; Beschluss vom 17. Mai 2000 - BVerwG 6 P 9.99 - Buchholz 250 § 9 BPersVG Nr. 20 S. 15).

**<rd nr="34"/>**cc) Die dargelegten Grundsätze stimmten überein mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu § 78 a BetrVG. Danach bestimmt sich die Frage nach einem freien Arbeitsplatz für einen durch § 78 a BetrVG geschützten Auszubildenden nicht danach, ob Arbeitsaufgaben vorhanden sind, mit deren Verrichtung der Arbeitnehmer betraut werden könnte. Welche Arbeiten im Betrieb



verrichtet werden sollen und wie viele Arbeitnehmer damit beschäftigt werden, bestimmt vielmehr der Arbeitgeber durch seine arbeitstechnischen Vorgaben und seine Personalplanung. Hat er keinen Einstellungsbedarf, ist ein freier Arbeitsplatz nicht vorhanden (vgl. Beschluss vom 6. November 1996 a.a.O. S. 296 f.; Beschluss vom 12. November 1997 - 7 ABR 63/96 - a.a.O. S. 107 f.; Beschluss vom 12. November 1997 - 7 ABR 73/96 - a.a.O. S. 112, Beschluss vom 28. Juni 2000 a.a.O. Rn. 14).

**<rd nr="35"/>**Zwar hat die Befugnis des Arbeitgebers, über die Einrichtung von Arbeitsplätzen zu entscheiden, in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst unterschiedliche rechtliche Wurzeln. Damit ist jedoch nicht zugleich gesagt, dass das durch § 78 a BetrVG einerseits und § 9 BPersVG andererseits jeweils angestrebte Schutzniveau verschieden ausfällt. Dagegen spricht schon die Entstehungsgeschichte beider Vorschriften. § 78 a BetrVG ist durch Art. 1 des Gesetzes vom 18. Januar 1974, BGBl I S. 85, in das Betriebsverfassungsgesetz eingefügt worden. Die Ergänzung beruhte auf einem Gesetzesentwurf der Koalitionsfraktionen vom 26. Oktober 1973 (BTDrucks 7/1170), welcher in der Fassung des Berichts des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung vom 3. Dezember 1973 (BTDrucks 7/1334) Gesetz geworden ist. Der Innenausschuss hat in seinem Antrag vom 5. Dezember 1973 in den damals vorliegenden Entwurf eines Bundespersonalvertretungsgesetzes einen § 8 a eingefügt, der mit § 78 a BetrVG nahezu wortgleich war (BTDrucks 7/1339 S. 6 f.; 7/1373 S. 3 zu § 8) und als § 9 des BPersVG vom 15. März 1974, BGBl I S. 693, verabschiedet worden ist. Angesichts dessen erscheint es ausgeschlossen, dass die Entscheidungsfreiheit des öffentlichen Arbeitgebers bei der Schaffung von Arbeitsplätzen mit Rücksicht auf die Weiterbeschäftigung von Jugendvertretern durch § 9 BPersVG stärker eingeschränkt werden sollte als diejenige des privaten Arbeitgebers durch § 78 a BetrVG. Dass der öffentliche Arbeitgeber an Vorgaben des Haushaltsgesetzgebers gebunden ist und daraus gegebenenfalls auf das Vorhandensein freier ausbildungsadäquater Dauerarbeitsplätze geschlossen werden kann, erklärt sich daraus, dass die parlamentarische Willensäußerung dem staatlichen Rechtsträger zuzurechnen ist und damit als vorweggenommene Entscheidung des Arbeitgebers über die mit der Stellenausweisung verfolgten Verwaltungszwecke gilt. Fehlt es wie im vorliegenden Fall an derartigen Vorgaben des Haushaltsgesetzgebers, so besteht

kein Anlass, öffentliche und private Arbeitgeber im Bezug auf die Weiterbeschäftigung von Jugendvertretern unterschiedlich zu behandeln.

**<rd nr="36"/>**d) Eine regelmäßige Pflicht des Arbeitgebers zur Einrichtung eines Arbeitsplatzes für den Jugendvertreter kann auch nicht aus § 626 Abs. 1 BGB hergeleitet werden (so aber v. Roetteken a.a.O. Rn. 84). Denn während diese Vorschrift darauf abstellt, ob dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses lediglich bis zum Ablauf der Kündigungsfrist bzw. bis zur vereinbarten Beendigung zugemutet werden kann, ist bei § 9 Abs. 4 BPersVG zu entscheiden, ob ihm die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis zumutbar ist (vgl. Beschluss vom 26. Juni 1981 - BVerwG 6 P 71.78 - BVerwGE 62, 364, 370; zu § 78 a BetrVG: BAG, Beschluss vom 6. November 1996 a.a.O. S. 296; Beschluss vom 12. November 1997 - 7 ABR 63/96 - a.a.O. S. 107; Beschluss vom 12. November 1997 - 7 ABR 73/96 - a.a.O. S. 112).

**<rd nr="37"/>**e) Wie bereits eingangs erwähnt, ist der Zeitpunkt der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses für die Beurteilung der Zumutbarkeit nach § 9 Abs. 4 Satz 1 BPersVG maßgebend. 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 § 9 BPersVG geschützten Auszubildenden freizuhalten. Das gilt regelmäßig bei einer Besetzung, die innerhalb von drei Monaten vor dem vereinbarten Ende des Ausbildungsverhältnisses vorgenommen wird. Das folgt aus dem Zweck der Schutzbestimmungen des § 9 BPersVG. Der Arbeitgeber muss innerhalb des Drei-Monats-Zeitraumes des § 9 Abs. 2 BPersVG mit einem Übernahmeverlangen rechnen. Er muss dem Verlangen entsprechen, wenn nicht der Ausnahmetatbestand des § 9 Abs. 4 Satz 1 BPersVG vorliegt. Daraus folgt seine ergänzende Pflicht, bei Einstellungsvorhaben in diesem Zeitraum die Möglichkeit eines Übernahmeverlangens gemäß § 9 Abs. 2 BPersVG und damit das Entstehen eines Arbeitsverhältnisses kraft Gesetzes zu berücksichtigen (vgl. zu § 78 a BetrVG: BAG, Beschluss vom 12. November 1997 - 7 ABR 63/96 - a.a.O. S. 108).

**<rd nr="38"/>**f) Das Begehren nach § 9 Abs. 4, § 107 Satz 2 BPersVG ist im personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahren zu verfolgen (vgl. Beschluss vom

1. Dezember 2003 a.a.O. S. 275 m.w.N.). Es gilt daher auch hier die Verweisung in § 111 Abs. 3 Satz 1 HePersVG auf die Vorschriften des Arbeitsgerichtsgesetzes über das Beschlussverfahren. In den gerichtlichen Tatsacheninstanzen herrscht der Untersuchungsgrundsatz (§ 83 Abs. 1 Satz 1, § 90 Abs. 2 ArbGG). Danach erforscht das Gericht den Sachverhalt im Rahmen der gestellten Anträge von Amts wegen. Hat demgemäß das Gericht den entscheidungserheblichen Sachverhalt erschöpfend aufgeklärt, so ist dies die tatsächliche Grundlage für die Rechtsanwendung. Ob der Tatsachenvortrag des Arbeitgebers für sich betrachtet geeignet war, die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung im Sinne von § 9 Abs. 4 Satz 1 BPersVG darzulegen, ist letztlich unerheblich, ebenso ob und inwieweit dieser Vortrag von den übrigen Beteiligten substantiiert oder mit Nichtwissen bestritten wurde.

<rd nr="39"/>Freilich haben die am Verfahren Beteiligten an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken (§ 83 Abs. 1 Satz 2 ArbGG). Vor allem der antragstellende Arbeitgeber hat sich über die ausschließlich in seinem Wahrnehmungsbereich stattfindenden Vorgänge zu erklären. Aber auch die übrigen Beteiligten müssen im Rahmen ihrer Möglichkeiten ihren Beitrag zur Sachverhaltsaufklärung leisten. Dies gilt in besonderem Maße für die nach § 9 Abs. 4 Satz 2 BPersVG stets am Verfahren beteiligte Personalvertretung. Diese ist in Ausübung ihres Mitbestimmungsrechts bei Einstellungen nach § 77 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a HePersVG darüber unterrichtet, ob im maßgeblichen Zeitpunkt andere Auszubildende gleicher Fachrichtung vom Arbeitgeber übernommen wurden. Behauptet der Arbeitgeber, dass dies nicht der Fall ist, und widerspricht dem der Personalrat nicht, so kann das Gericht in Ermangelung abweichender Erkenntnisse daraus schließen, dass die Behauptung zutrifft; das bloße Bestreiten mit Nichtwissen durch den Jugendvertreter muss es daran nicht hindern.

<rd nr="40"/>Das Auflösungsbegehren des Arbeitgebers nach § 9 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BPersVG hat Erfolg, wenn die Weiterbeschäftigung des Jugendvertreters unzumutbar ist. Nach allgemeinen Grundsätzen muss derjenige, der aus dem Vorliegen einer Tatsache eine ihn begünstigende Rechtsfolge herleitet, diese Tatsache beweisen (materielle Beweislast). Den Arbeitgeber trifft somit die materielle Beweislast hinsichtlich derjenigen Tatsachen, aus denen sich die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung herleiten lässt. Lässt sich nach erschöpfender Aufklärung des

Sachverhalts durch das Gericht unter Mitwirkung der Beteiligten nicht zweifelsfrei ermitteln, ob solche Tatsachen vorliegen, ist das Auflösungsbegehren abzulehnen (vgl. Beschluss vom 24. April 1991 - BVerwG 6 PB 18.90 - a.a.O. S. 34; Beschluss vom 2. November 1994 - BVerwGE 6 P 39.93 - a.a.O. S. 76 f.).

**<rd nr="41"/>**4. In Ansehung der vorstehenden Grundsätze und auf der Grundlage der vom Verwaltungsgerichtshof getroffenen Feststellungen steht fest, dass im Zeitpunkt der Beendigung der Berufsausbildung zur Fachinformatikerin am 27. Juni 2003 für die Beteiligte zu 1 an der Fachhochschule Gi. kein ausbildungsadäquater Dauerarbeitsplatz vorhanden war, sodass die Weiterbeschäftigung durch den Antragsteller unzumutbar war.

**<rd nr="42"/>**a) Auf das Vorhandensein eines Arbeitsplatzes für die Beteiligte zu 1 lässt sich nicht daraus schließen, dass die Fachhochschule im maßgeblichen Zeitpunkt laut Ausschreibung zwei Mitarbeiter im Datenverarbeitungszentrum Gi. mit den Schwerpunkten "Netzwerktechnik" und "UNIX Administration" suchte. Diese beiden Arbeitsplätze waren für die Beteiligte zu 1 nicht ausbildungsadäquat. Denn die Fachhochschule verlangte für beide Stellen ein abgeschlossenes einschlägiges Hochschulstudium (Informatik oder vergleichbares Studium), ersatzweise mehrjährige einschlägige Berufserfahrung. Diese Qualifikationsanforderungen erfüllte die Beteiligte zu 1 nicht. Die Fachhochschule war nicht mit Blick auf § 9 BPersVG verpflichtet, zu prüfen, ob als Anforderungsprofil für eine der beiden Stellen eine abgeschlossene Berufsausbildung zur Fachinformatikerin genügte. Vielmehr stand es ihr frei, aus sach- und fachbezogenen Erwägungen - ohne Ansehen der Person - für beide Stellen eine höhere Qualifikation zu verlangen. Hier erschöpft sich die Rechtswirkung des § 9 BPersVG in einer Missbrauchskontrolle. Anhaltspunkte dafür, die Fachhochschule habe sich für die höheren Qualifikationsanforderungen - mit der daraus resultierenden höheren Vergütung - entschieden, um einer ihrer Jugendvertreterinnen, der Beteiligte zu 1, zu schaden, ergeben sich aus den vom Verwaltungsgerichtshof festgestellten Sachverhalt nicht.

**<rd nr="43"/>**b) Aus dem Umstand, dass seit Ende 2001 im Datenverarbeitungsservicezentrum Fr. ein Fachinformatiker beschäftigt ist, kann die Beteiligte zu 1 ebenfalls nichts zu ihren Gunsten herleiten. Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorhandensein

eines freien Arbeitsplatzes ist die Beendigung der Berufsausbildung; der Drei-Monats-Zeitraum davor ist wegen § 9 Abs. 2 BPersVG einzubeziehen. Dass die Fachhochschule Ende 2001 über einen freien Arbeitsplatz für einen Fachinformatiker verfügte, konnte der Beteiligten zu 1 im für sie maßgeblichen Zeitraum ab frühestens Ende März 2003 nicht zu einem Arbeitsplatz verhelfen. Eine Kündigung des genannten Mitarbeiters, um der Beteiligten zu 1 einen Arbeitsplatz zu verschaffen, schied aus (vgl. BAG, Beschluss vom 16. August 1995 - 7 ABR 52/94 - AP Nr. 25 zu § 78 a BetrVG 1972 Bl. 876).

<rd nr="44"/>c) Die Fachhochschule war nicht durch § 9 BPersVG gehalten, Stellen für studentische Hilfskräfte in eine Stelle für eine Fachinformatikerin umzuwandeln. Wie aus § 87 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Halbsatz 1 HHG ersichtlich ist, sollen die von studentischen Hilfskräften zu erbringenden Dienstleistungen in Forschung und Lehre zugleich ihrer eigenen wissenschaftlichen Ausbildung dienen (vgl. LTDruks 15/1076 S. 41 zu § 90). Der Einsatz von studentischen Hilfskräften dient somit speziellen Zwecken, die mit der Beschäftigung einer beruflichen Fachkraft nicht verfolgt werden und auf deren Förderung die Hochschule nicht zugunsten der Weiterbeschäftigung von Jugendvertretern verzichten muss.

<rd nr="45"/>d) Der Erlass des Hessischen Ministerium für Wissenschaft und Kunst vom 25. Juni 2003, durch welche die Hochschulen des Landes unter Bezug auf einen Erlass des hessischen Ministeriums des Innern und für Sport vom 11. Juni 2003 um Prüfung gebeten wurden, ob in ihrem Bereich Übernahmemöglichkeiten für IT-Auszubildende bestünden, berührte die Entschließungsfreiheit der Hochschulen nicht und war daher nicht geeignet, die Auslegung der Regelung in § 9 Abs. 4 Satz 1 BPersVG unter dem Gesichtspunkt vorhandener Arbeitsplätze zu steuern.

<rd nr="46"/>e) Im Übrigen hat der Verwaltungsgerichtshof unter Zugrundlegung zutreffender rechtlicher Maßstäbe festgestellt, dass weder in den Fachbereichen noch in den zentralen Einrichtungen der Fachhochschule Stellen für Fachinformatiker eingerichtet worden sind. Eine Verletzung von Grundsätzen der Beweiswürdigung ist nicht ersichtlich. Ein Verstoß gegen die sich aus § 9 Abs. 4 Satz 1 BPersVG ergebende Beweislastverteilung ist ihm ebenfalls nicht unterlaufen. Da er die Überzeugung gewonnen hat, dass im maßgeblichen Zeitpunkt ein freier ausbildungsadäqua-

ter Dauerarbeitsplatz für die Beteiligte zu 1 nicht zur Verfügung stand, war die für den Antragsteller anspruchsbegründende Tatsache erwiesen, sodass nicht unter Beweislastgesichtspunkten zu entscheiden war. Wenn der Verwaltungsgerichtshof im Rahmen der auch von ihm für erforderlich gehaltenen Missbrauchskontrolle aus dem Umstand, dass im maßgeblichen Zeitpunkt des Berufsausbildungsabschlusses der Beteiligten zu 1 keiner der ausgebildeten Fachinformatiker im Bereich der Fachhochschule Gi. nach Abschluss der Ausbildung eingestellt worden ist, auf das Fehlen einer Benachteiligungsabsicht zu Lasten der Beteiligten zu 1 geschlossen hat, so lässt auch dies eine Verletzung von Grundsätzen der Beweiswürdigung nicht erkennen.

<rd nr="47"/>f) Das vom Verwaltungsgerichtshof angesprochene Problem des Einstellungsstopps stellt sich hier nicht (vgl. dazu allgemein: Beschluss vom 2. November 1994 - BVerwG 6 P 39.93 - a.a.O. S. 77 ff.; Beschluss vom 13. September 2001 - BVerwG 6 PB 9.01 - Buchholz 250 § 9 BPersVG Nr. 22; zum damaligen Sondervermögen Deutsche Bundespost Telekom: Beschluss vom 2. November 1994 - BVerwG 6 P 48.93 - a.a.O. S. 15 ff.). Über die Auswirkungen einer Besetzungssperre auf die Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung nach § 9 Abs. 4 Satz 1 BPersVG ist zu entscheiden, wenn Stellen vorhanden sind, deren Zweckbestimmung auf die Qualifikation des Jugendvertreters zugeschnitten ist, sodass der Besetzung der Stelle mit dem Jugendvertreter ohne den Einstellungsstopp nichts im Wege stünde (vgl. Beschluss vom 13. März 1989 a.a.O. S. 14 f.). Im vorliegenden Fall fehlt es jedoch bereits an einer derartigen Widmung seitens der dafür zuständigen und verantwortlichen Gremien der Hochschule.

<rd nr="48"/>g) Dahinstehen kann, ob der Antragsteller verpflichtet gewesen wäre, ein Verlangen der Beteiligten zu 1 auf Weiterbeschäftigung in einer anderen Dienststelle zu prüfen. Denn die Beteiligte zu 1 hat bei der Anmeldung ihres Weiterbeschäftigungsanspruchs mit Schreiben vom 31. März 2003 ein derartiges Begehren nicht, auch nicht hilfsweise, geltend gemacht.

<rd nr="49"/>5. Die Verfahrensrügen der Beteiligten zu 1 greifen nicht durch.

**<rd nr="50"/>**a) Die unter Abschnitt I der Rechtsbeschwerdebegründung erhobene Verfahrensrüge geht fehl. Die diesbezüglichen Ausführungen der Beteiligten zu 1 gehen ersichtlich - wie auch die Bezugnahme auf den Kündigungsschutzprozess belegt - von der Geltung des Beibringungsgrundsatzes aus und rügen sinngemäß die Verletzung der dafür geltenden Regeln für die gerichtlichen Tatsachenfeststellungen (§ 138 ZPO). Richtigerweise gilt im vorliegenden Verfahren jedoch der Untersuchungsgrundsatz, wie oben dargelegt wurde. Verstöße gegen die gerichtliche Ermittlungspflicht unterliegen der Aufklärungsrüge. Eine solche Rüge hat die Beteiligte zu 1 in der Rechtsbeschwerdebegründung weder ausdrücklich noch sinngemäß erhoben. Wegen des verfahrensrechtlich unzutreffenden Ansatzes ist dem Senat die Umdeutung in eine Aufklärungsrüge nicht möglich. Eine ordnungsgemäß erhobene Gehörsrüge vermag der Senat den Ausführungen in Abschnitt I der Rechtsbeschwerdebegründung ebenfalls nicht zu entnehmen. Im Übrigen trifft der Vorwurf der Beteiligten zu 1, der Verwaltungsgerichtshof habe ihren Vortrag offenkundig verkannt, nicht zu. Vielmehr geben die Ausführungen im angefochtenen Beschluss zu erkennen, dass der Verwaltungsgerichtshof das Vorbringen der Beteiligten zu 1 zwar bedacht, aber aus Rechtsgründen nicht für erheblich gehalten hat.

**<rd nr="51"/>**Soweit die Ausführungen in Abschnitt I der Rechtsbeschwerdebegründung in Wahrheit materiellrechtlicher Natur sind, insbesondere sich zu den rechtlichen Maßstäben verhalten, die bei der Auslegung und Anwendung des Merkmals der Unzumutbarkeit in § 9 Abs. 4 Satz 1 BPersVG zu beachten sind, hat sie der Senat im Rahmen der obigen Ausführungen bedacht und gewürdigt.

**<rd nr="52"/>**b) Mit der in Abschnitt II der Rechtsbeschwerdebegründung erhobenen Gehörsrüge kommt die Beteiligte zu 1 ebenfalls nicht zum Zuge.

**<rd nr="53"/>**aa) Diese Rüge ist bereits unzulässig. Nach § 72 Abs. 5, § 92 Abs. 2 Satz 1, § 94 Abs. 2 Satz 2 ArbGG i.V.m. § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO muss die Rechtsbeschwerdebegründung, soweit ein Verfahrensmangel geltend gemacht wird, die Bezeichnung der Tatsachen angeben, die den Mangel ergeben. Da die Verletzung rechtlichen Gehörs nicht zu den in § 547 ZPO aufgezählten absoluten Revisionsgründen gehört, muss in der Rechtsbeschwerdebegründung auch die Kausalität zwischen Verfahrensmangel und Ergebnis der Beschwerdeentscheidung dar-

gelegt werden. Hierbei ist darzutun, was der Rechtsbeschwerdeführer bei ausreichender Gehörschöpfung noch vorgetragen und dass das Beschwerdegericht bei Berücksichtigung dieses Vorbringens möglicherweise anders entschieden hätte (vgl. Beschluss vom 3. Mai 1999 - BVerwG 6 P 2.98 - juris Rn. 49; BAG, Beschluss vom 6. Januar 2004 - 9 AZR 680/02 - BAGE 109, 145, 149; Beschluss vom 14. März 2005 - 1 AZN 1002/04 - juris Rn. 5). Diesen Anforderungen genügt das Vorbringen der Beteiligten zu 1 nicht. Sie legt nicht dar, was sie noch vorgetragen hätte, wenn der Verwaltungsgerichtshof ihr Gelegenheit gegeben hätte, zum Schriftsatz des Antragstellers vom 8. November 2004 bezüglich des im Datenverarbeitungsservicezentrum Fr. beschäftigten Fachinformatikers Stellung zu nehmen. Dieser Vortrag kann nach Ablauf der für die Erhebung und Begründung der Verfahrensrüge maßgeblichen Rechtsbeschwerdebegründungsfrist nicht mehr nachgeholt werden.

**<rd nr="54"/>**bb) Abgesehen davon ist die Gehörschöpfung offensichtlich unbegründet, weil der Vortrag des Antragstellers im Schriftsatz vom 8. November 2004 auf die von der Beteiligten zu 1 beanstandete Feststellung des Verwaltungsgerichtshofs auf S. 17 seines Beschlusses keinen Einfluss gehabt hat. Der Verwaltungsgerichtshof hat dort festgestellt, dass "im maßgeblichen Zeitpunkt des Berufsausbildungsabschlusses der Beteiligten zu 1 keiner der ausgebildeten Fachinformatiker/innen im Bereich der FH Gi. nach Abschluss der Ausbildung eingestellt worden ist". Diese Feststellung kann sich nur auf Auszubildende beziehen, die zeitgleich mit der Beteiligten zu 1 ihre Berufsausbildung zum Fachinformatiker abgeschlossen haben. Der im Datenverarbeitungsservicezentrum Fr. beschäftigte Fachinformatiker war aber bereits im Dezember 2001 und damit 1 ½ Jahre vor dem beruflichen Abschluss der Beteiligten zu 1 eingestellt worden, wie bereits oben erörtert wurde.

Bardenhewer

Hahn

Büge

Vormeier

Bier



## B e s c h l u s s

Der Gegenstandswert wird für das Rechtsbeschwerdeverfahren auf 4 000 € festgesetzt (§ 23 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2, § 33 Abs. 1, Abs. 8 Satz 1 Halbsatz 1 RVG).

Büge

Sachgebiet:

BVerwGE: ja

Personalvertretungsrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquelle:

BPersVG § 9

Stichworte:

Weiterbeschäftigung des Jugendvertreters; Vorhandensein eines Arbeitsplatzes; Vorgaben des Haushaltsgesetzgebers; Entscheidungsfreiheit der Ausbildungsdienststelle; Missbrauchskontrolle.

Leitsätze:

1. Für die Frage, ob ein ausbildungsadäquater Dauerarbeitsplatz für den Jugendvertreter zur Verfügung steht, kommt es allein auf den Bereich der Ausbildungsdienststelle an.

2. Unterliegt die Ausbildungsdienststelle bei der Stellenbewirtschaftung keinen Vorgaben des Haushaltsgesetzgebers in Bezug auf berufliche Qualifikation und Fachrichtung, so ist sie bei der Festlegung des Anforderungsprofils für die zu besetzende Stelle nicht durch § 9 BPersVG gebunden; dessen Wirkung erschöpft sich hier in einer gerichtlichen Missbrauchskontrolle.

3. Entscheidet sich die Ausbildungsdienststelle dafür, mit den ihr zugewiesenen Mitteln einen Arbeitsplatz zu schaffen, der der Qualifikation des Jugendvertreters entspricht, so ist dieser Arbeitsplatz vorrangig mit dem Jugendvertreter zu besetzen.

Beschluss des 6. Senats vom 1. November 2005 - BVerwG 6 P 3.05

I. VG Gießen vom 19.12.2003 - Az.: VG 22 L 2449/03 -

II. VGH Kassel vom 19.11.2004 - Az.: VGH 22 TL 312/04 -