



VERWALTUNGSGERICHT BERLIN

BESCHLUSS

In der Personalvertretungssache

Anstalt des öffentlichen Rechts,
vertreten durch den Vorstand,

Art. 2, 7, 40 Abs. 1 S. 1 BVerfGG	Wiederholungs	
DGB Rechtsschutz GmbH Büro Berlin		
07. SEP. 2015		
Erledigt	Fristen + Termine	Bearbeitet

Antragstellerin,

Verfahrensbevollmächtigte:
Rechtsanwälte

Berlin,

beteiligt:

vertreten durch den Vorsitzenden,

3. Jugend- und Auszubildendenvertretung

Verfahrensbevollmächtigte zu 1:
DGB Rechtsschutz GmbH,
Genthiner Str. 35, 10785 Berlin,
Verfahrensbevollmächtigte zu 2 und 3:

Berlin,

hat das Verwaltungsgericht Berlin, Fachkammer für Personalvertretungssachen
- Berlin - (62. Kammer), durch

den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht Patermann,
den ehrenamtlichen Richter Worlitzer,
die ehrenamtliche Richterin Woosmann,
die ehrenamtliche Richterin Hollmann und
den ehrenamtlichen Richter Tosberg

am 3. September 2015 beschlossen:

Der Antrag wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Beteiligten streiten um die Weiterbeschäftigung eines ehemaligen (Ersatz-) Mitglieds einer Jugend- und Auszubildendenvertretung (JAV).

Die Antragstellerin ist die durch das Bäder-Anstaltsgesetz errichtete rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts. Frau gehört zu ihrem Vorstand. Die Antragstellerin schloss mit dem 1989 geborenen Beteiligten zu 1 (im Folgenden: Auszubildenden) einen Ausbildungsvertrag zum Fachangestellten für Bäderbetriebe, der am 1. September 2011 begann und am 31. August 2014 enden sollte. Er bestand die Prüfung im Juli 2014 nicht. Die Vertragsparteien verlängerten den Ausbildungsvertrag im Juli 2014 für längstens ein Jahr. Am 27. Februar 2015 legte der Auszubildende die Abschlussprüfung ab und bestand sie mit „ausreichend (63 Punkte)“. Die Höchstpunktzahl lag bei 100. Andere Prüfungsteilnehmer bestanden die Prüfung mit ausreichend/66 Punkten bzw. befriedigend/70, 72 bzw. 77 Punkten.

Der Auszubildende war vom 25. April 2012 bis zum 28. Mai 2014 (Ersatz-) Mitglied der Beteiligten zu 3, der JAV. Nach Verhinderungsververtretungen rückte er nach dem Ausscheiden eines JAV-Mitglieds zum 1. September 2013 an dessen Stelle nach. Unter dem 15. Mai 2014 verlangte er seine Weiterbeschäftigung im Falle des Bestehens der Abschlussprüfung im Juli 2014. Unter dem 9. Dezember 2014 wiederholte er dieses Anliegen mit Blick auf die Prüfung im Februar 2015.

Bereits unter dem 25. November 2014 hatte die Antragstellerin ihm mitgeteilt, dass sie nicht beabsichtige, ihn nach bestandener Abschlussprüfung in ein Arbeitsverhältnis zu übernehmen.

Der Auszubildende war im Jahr 2011 an 21 Arbeitstagen arbeitsunfähig erkrankt, im Jahr 2012 an 88 Arbeitstagen, im Jahr 2013 an 63 Arbeitstagen, im Jahr 2014 an 60

Arbeitstagen und im Jahr 2015 bis zum 10. März 2015 (Antragsschriftsatz) an neun Arbeitstagen. Grund dafür waren vor allem Infektionskrankheiten der oberen Atemwege.

Die Anträge der Antragstellerin,

festzustellen, dass zwischen ihr und dem Auszubildenden nach Ablauf der Ausbildungszeit am 25. Februar 2015 ein Arbeitsverhältnis nicht begründet worden ist hilfsweise

das zwischen ihr und dem Auszubildenden begründete Arbeitsverhältnis aufzulösen,

sind am 10. März 2015 bei Gericht eingegangen. Dem Antragsschriftsatz ist eine die Anträge enthaltende, von Vorstand und dem Leiter Betrieb unterzeichnete Vollmacht beigelegt. Die Antragstellerin macht geltend: Die Weiterbeschäftigung des Auszubildenden sei ihr unzumutbar. Bei Ausbildungsende sei durch den Wirtschaftsplan 2015 und die Mittelfristplanung 2015 bis 2019 eine unbefristete Einstellung nicht mehr möglich gewesen. Erst seit Ende Juli 2015 wisse sie, dass sie künftig 15 unbefristete Stellen besetzen könne. Der Vortrag des Auszubildenden lasse nicht erkennen, auf welcher Stelle er weiterbeschäftigt werden sollte. Die Weiterbeschäftigung sei ihr auch deshalb unzumutbar, weil die häufigen Kurzerkrankungen des Auszubildenden eine Kündigung rechtfertigten. Sie sei ihr auch unzumutbar, weil der Auszubildende fachlich nicht geeignet sei.

Nach Rücknahme im Übrigen beantragt die Antragstellerin,

das zwischen ihr und dem Auszubildenden gegründete Arbeitsverhältnis aufzulösen.

Der in der Anhörung wegen Erkrankung ausgebliebene Auszubildende beantragt,

die Anträge zurückzuweisen.

Er macht geltend: Die Antragstellerin sei nicht antragsbefugt, da ihre Ablehnung nach § 10 Abs. 1 PersVG mangels Begründung formunwirksam sei. Die Antragstellerin habe sieben ehemalige Auszubildende für jeweils ein Jahr übernommen. Zudem würden Saisonkräfte und Leiharbeiter beschäftigt. Es sei eine Personalunterdeckung von bis zu 100 Fachkräften vorhanden. Die Ursachen seiner Kurzerkrankungen seien fast ausnahmslos ausgeheilt. Lediglich eine Migräneanfälligkeit

bestehe fort. Seine Infektanfälligkeit sei die Folge täglichen Schwimmtrainings und täglicher 1000m-Läufe. Er arbeite in feuchter, keimbelasteter Umgebung. Seine Abschlussnote sei im Verhältnis zu allen Teilnehmern durchschnittlich.

Personalrat (PR) und JAV beantragen,

die Anträge zurückzuweisen.

Sie machen geltend: Nur sehr schwerwiegende Gründe persönlicher Art könnten die Weiterbeschäftigung unzumutbar sein lassen. Solche Gründe lägen hier nicht vor. Die abnehmenden Krankheitszeiten erlaubten eine positive Prognose.

II.

A. Der Antrag nach dem hier nach § 107 Satz 2 BPersVG entsprechend anwendbaren § 9 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BPersVG ist zulässig. Danach kann der Arbeitgeber spätestens bis zum Ablauf von zwei Wochen nach Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses beim Verwaltungsgericht beantragen, das bereits nach § 9 Abs. 2 oder 3 BPersVG begründete Arbeitsverhältnis aufzulösen.

Den Antrag kann der Arbeitgeber stellen, woran ihn auch etwaige Verstöße gegen § 9 Abs. 1 BPersVG nicht hinderten, da § 9 Abs. 4 unabhängig davon anzuwenden ist, ob der Arbeitgeber seiner Mitteilungspflicht nach Absatz 1 nachgekommen ist (§ 9 Abs. 5 BPersVG). Der Antrag wahrt die Frist des § 9 Abs. 4 Satz 1 BPersVG von zwei Wochen nach Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses. Die Prüfung fand am Freitag, dem 27. Februar 2015, statt. Der Antrag ist am 10. März 2015, mithin vor dem 13. März 2015, eingekommen. Es ist auch nach der Erörterung dieses Punktes in der Anhörung nicht im Streit, dass die Vollmachtsurkunde auf Bl. 55 d. A. von Vertretungsberechtigten unterzeichnet ist. Zu diesbezüglichen Ermittlungen im Amtsblatt für Berlin hat danach kein Anlass bestanden.

B. Der Antrag ist unbegründet.

1. Allerdings ist zwischen der Anstalt und dem Auszubildenden ist nach § 9 Abs. 3 und Abs. 2 BPersVG ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit begründet worden. Das ist nach der Anhörung und der Rücknahme des ursprünglichen Hauptantrags nicht näher zu erläutern, insbesondere da der Auszubildende das ihn betreffende

Schreiben der Dienststellenleitung unter dem 19. Juni 2014 an den PR vorgelegt hat, wonach sie „beabsichtigt auf Grund seiner Tätigkeit als Mitglied der JAV“ ihn unbestimmt einzustellen. Die einjährige Frist des § 9 Abs. 3 BPersVG, die am 28. Mai 2014 begonnen hatte, war bei Ausbildungsende am 27. Februar 2015 noch nicht abgelaufen.

2. Indes scheidet der Antrag daran, dass § 9 Abs. 4 Satz 1 BPersVG voraussetzt, dass zu seiner Begründetheit Tatsachen vorliegen müssen, auf Grund derer dem Arbeitgeber unter Berücksichtigung aller Umstände die Weiterbeschäftigung nicht zugemutet werden kann. Es fehlt an Tatsachen, die diese Wertung tragen.

a. Im Ansatz zutreffend führt die Antragstellerin betriebliche Gründe an. Diese können etwa dann zur Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung führen, wenn der öffentliche Arbeitgeber darlegt und im Zweifelsfall beweist, dass er dem Jugendvertreter zum Zeitpunkt der Beendigung der Berufsausbildung und im Zeitraum der vorhergehenden drei Monate im Bereich der Ausbildungsdienststelle keinen ausbildungsadäquaten Dauerarbeitsplatz bereitstellen kann (vgl. Obergericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 11. Dezember 2014 – OVG 60 PV 24.13 –, Abdruck Seite 8). Das lässt sich hier auch nach dem gerichtlichen Hinweis vom 28. August 2015 sowie der Erörterung dieses Kriteriums in der Anhörung nicht feststellen. Die Darlegung der Antragstellerin ist unzureichend. Das Fehlen eines Stellenplans hindert die Antragstellerin nicht, die ihr voraussichtlich zur Verfügung stehenden Mittel zu kalkulieren und daraus abzuleiten, ob sie damit einen Fachangestellten für Bäderbetriebe dauerhaft beschäftigen können. Das hat die Antragstellerin nicht im Ansatz dargetan.

b. Denkbar ist es, in zu geringer Eignung des Auszubildenden einen Auflösungsgrund zu sehen (vgl. Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 9. September 1999 – BVerwG 6 P 5.98 –, PersR 2000, 156 [158]). Dann müsste es objektiv wesentlich fähigere Bewerber gegeben haben, was bei einem Abstand von deutlich mehr als einer vollen Notenstufe der Fall ist (aaO, Seite 159). Schon bezogen auf die Absolventen, deren Zeugnisse die Antragstellerin eingereicht hat, lässt sich das nicht sagen. Der Auszubildende ist zwar der schlechteste Absolvent, doch bleibt er hinter den anderen allenfalls um eine Note (ausreichend statt befriedigend) zurück.

c. Im Ausgangspunkt verständlich, da gesundheitliche Gegebenheiten zu den Eignungsmerkmalen des hier anwendbaren Art. 33 Abs. 2 GG gehören, stellt die An-

tragstellerin auf die krankheitsbedingten Fehlzeiten des Auszubildenden ab. Zwar erinnert die Wortwahl des § 9 Abs. 4 Satz 1 BPersVG an die Tatbestandsvoraussetzungen für eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund nach § 626 Abs. 1 BGB. Doch lässt sich allenfalls sagen, dass ein wichtiger Grund nach § 626 Abs. 1 BGB wohl erst recht ein Grund im Sinne des § 9 Abs. 4 Satz 1 BPersVG wäre. In Anbetracht des § 108 Abs. 1 BPersVG erscheint es hingegen ausgeschlossen, nur in einem wichtigen Grund nach § 626 Abs. 1 BGB auch einen Grund im Sinne des § 9 Abs. 4 Satz 1 BPersVG zu sehen (vgl. GKÖD, K § 9 BPersVG Rn. 50 Seite 30; Lorenzen u.a., BPersVG, Teil II § 9 Rn. 61). Anderenfalls hätte man nicht die Auflösung des Arbeitsverhältnisses vorsehen müssen, sondern es bei der außerordentlichen Kündigung belassen können. Mit anderen Worten kann es jenseits eines hier nicht gegebenen Grundes für eine fristlose Kündigung noch andere Umstände geben, die die Weiterbeschäftigung unzumutbar erscheinen lassen.

Verständlich ist dann weiter, als solche Umstände diejenigen gelten zu lassen, die eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus Krankheitsgründen rechtfertigen. In der Arbeitsrechtsprechung ist anerkannt, dass eine Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen sozial gerechtfertigt ist, wenn (1.) eine negative Gesundheitsprognose gegeben ist, wenn (2.) die prognostizierten Fehlzeiten zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führen und wenn (3.) diese Beeinträchtigungen vom Arbeitgeber billigerweise nicht mehr hingenommen werden müssen (vgl. Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 15. Aufl. 2013, § 131 Rn. 31 mit Verweis etwa auf Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 8. November 2007 – 2 AZR 292/06 -, NZA 2008, 593). Selbst bei Anwendung dieser Erwägungen scheitert der Antrag der Antragstellerin an der dritten Stufe dieser Prüfung.

Auch nach der Anhörung hält die Fachkammer in Bezug auf den Auszubildenden eine negative Gesundheitsprognose für gerechtfertigt (erste Prüfungsstufe). Als junger Mensch fehlte er über Jahre hinweg an mindestens etwa einem Viertel der Arbeitstage. In der Abnahme (von 88 über 63 auf 60 pro Jahr) kann die Fachkammer keinen positiven Trend erkennen, weil auch 60 versäumte Arbeitstage negativ viel sind. Bei der Erörterung dieses Punktes haben die mit dem Betrieb vertrauten Anwesenden nicht behauptet, dass alle Beschäftigten der Dienststelle quasi berufsbedingt (hohe Luftfeuchtigkeit) so hohe Krankheitstage aufweisen. Unfallbedingte Ausfallzeiten, die der PR angedeutet hat, haben sich in der Anhörung nicht in einer Weise quantifizieren lassen, dass sich die Ausgangslage für die Prognose wesentlich anders darstellt. Der Einwand, dass es neben den von der Antragstellerin aufgeschlüs-

selten Diagnosen noch eine Reihe anderer gab, führt nur auf eine Anfälligkeit des Auszubildenden, die ebenfalls eine negative Prognose begründet. Die von der in der Anhörung anwesenden Mutter des erkrankten Auszubildenden eingebrachte Behauptung, der Auszubildende habe eine überwundene Immunschwäche gehabt, bietet für weitere Aufklärung keinen genügenden Anhalt.

Soweit der Fachkammer erkennbar, stellen nach der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung schon allein die auch hier zukünftig zu erwartenden Entgeltfortzahlungskosten, die jeweils für einen Zeitraum von mehr als sechs Wochen jährlich aufzuwenden sind, eine erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen dar (vgl. Bundesarbeitsgericht, aaO, NZA 2006, 657) – zweite Prüfungsstufe. Es leuchtet der Fachkammer nicht ein, warum eine tarifvertragliche Pflicht zu einer weitergehenden Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall diese Beeinträchtigung beseitigen oder ihre Wertung als erheblich hindern soll.

Letztlich scheitert der Auflösungsantrag an der nötigen Interessenabwägung auf der dritten Prüfungsstufe. Mag man auch hier annehmen, dass wenig für den Auszubildenden spricht, so ist nicht zu übersehen, dass eine Kündigung ein letztes Mittel sein soll. Zu Recht haben die Beteiligten in der Anhörung darauf verwiesen, dass § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB-IX vorschreibt, dass der Arbeitgeber mit Zustimmung und Beteiligung der betroffenen Person die Möglichkeiten klärt, wie die Arbeitsunfähigkeit überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann, wenn der Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder – wie hier – wiederholt arbeitsunfähig ist. Das damit vorgeschriebene betriebliche Eingliederungsmanagement betrifft auch Auszubildende; auch sie sind in diesem Sinn Beschäftigte (vgl. Dau/Düwell/Joussen, SGB IX, 4. Aufl. 2014, § 84 Rn. 60). Die Antragstellerin führte das betriebliche Eingliederungsmanagement in Bezug auf den Auszubildenden nicht durch. Das wirkt sich jedenfalls auf die hier anzustellende Interessenabwägung aus (vgl. Dau/Düwell/Joussen, aaO, Rn. 107), weil sich mangels diesbezüglicher Darlegung der Antragstellerin nicht feststellen lässt, dass sich das Arbeitsverhältnis auch nach dem betrieblichen Eingliederungsmanagement nicht in einer auch die Interessen der Antragstellerin befriedigenden Weise gestaltet hätte. Es ist nicht feststellbar, dass sich an den hohen Fehlzeiten nichts Wesentliches geändert hätte.