MEISTERERNST
DÜSING
MANSTETTEN

Rechtsanwältinnen
Rechtsanwälte · Notarin

ÖFFENTLICHER DIENST

ALLES WAS RECHT IST

news letter
BEAMTENRECHT
Kostenlos abonnieren!

PRAXISREPORT
2013

Inhalt

BEAMTENRECHT

- Bundesverfassungsgericht setzt Grenzen für die Ausschärfung von Beurteilungen im Rahmen der Beförderungsauswahl 4
- Beurteilungen müssen transparent sein! 5
- Beförderungsentscheidung muss ausreichend begründet sein 6
- Abbruch des Auswahlverfahrens häufig rechtswidrig! 7
- Gehaltskürzung als Disziplinarmaßnahme bei einem Dienstvergehen 8
- Finanzielle Abgeltung von Urlaubsansprüchen im Beamtenverhältnis 10
- Finanzieller Ausgleich für Feuerwehrbeamte wegen europarechtswidriger Arbeitszeiten 11
- Behinderung schließt Übernahme in das Beamtenverhältnis nicht aus! 12
- Verfassungswidrige Ungleichbehandlung von eingetragenen Lebenspartnerschaften im deutschen Beamtenrecht 13
- Rechtsanspruch auf U-3-Betreuung? 14
- Beamtenrechtliche Beihilfe zu Aufwendungen bei dauernder Pflegebedürftigkeit 16
- Streikrecht für Beamte? 18

ARBEITSRECHT

- Erstattung von Reisekosten für Lehrer bei Klassenfahrten 20
- Kettenbefristungen können rechtsmissbräuchlich sein 21
- Tarifliche Unkündbarkeit greift auch bei Outsourcing 22
- Urlaub bei lang anhaltender Krankheit 23
- Nichtberücksichtigung von Mutterschutzzeiten bei der Zusatzversorgung verfassungswidrig 24
- Berechnung der Jahressonderzahlung bei Arbeitsverhältnissen mit Unterbrechungen 24
- Anspruch auf Verringerung der Sollarbeitszeit wegen Feiertagen bei Angestellten, die nach einem Dienstplan arbeiten 25

PERSONALVERTRETUNGSRECHT

- Beteiligungsrechte des Personalrates im Zusammenhang mit der Beschäftigung von Lehrbeauftragten 26
- Wählbarkeit von Beschäftigten des öffentlichen Dienstes in den Betriebsrat von Privatbetrieben 27
- Weiterbeschäftigung von Jugendvertretern zu geänderten Arbeitsbedingungen 27

- ÜBER UNS 28

MEISTERERNST
DÜSING
MANSTETTEN

Rechtsanwältinnen
Rechtsanwälte · Notarin

Postfach 10 05 61
48054 Münster

Wolbecker Straße 16a
48155 Münster

Tel. 0251/5 20 91-0
Fax 0251/5 20 91-52
E-Mail: post@meisterernst.de
www.meisterernst.de

Titelfoto: © Picture-Factory - Fotolia.com

Münster, im März 2013

Liebe Leserin, lieber Leser,

»Alles was Recht ist« erscheint als Praxisreport unserer Anwaltssozietät in unregelmäßiger Folge. Die vorliegende Ausgabe enthält Informationen zu Rechtsfragen rund um das Thema »Öffentlicher Dienst«.
Die Vorhaben des Gesetzgebers, das Beamtenrecht neu zu gestalten, die Umsetzung der Vorgaben der Europäischen Union zum Verbot der Diskriminierung sowie immer noch zahlreiche Probleme bei den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bahn und Deutschen Post werfen Rechtsfragen auf, die den Angestellten und den Beamten im öffentlichen Dienst unmittelbar betreffen.
»Alles was Recht ist« soll Ihnen helfen, unnötige Fehler zu vermeiden und Rechte konsequent wahrzunehmen.

Umfassendere Informationen – auch aus anderen Rechtsgebieten – können Sie in unseren Mandantenseminaren erhalten. Dieser Service unseres Büros gibt Ihnen nicht nur die Möglichkeit, eine zusammenhängende Darstellung der Sie interessierenden Problembereiche zu erhalten. Darüber hinaus werden Sie durch Frage und Antwort eine breitere Informationsgrundlage für Ihre Entscheidungen gewinnen. Wir laden Sie herzlich ein, dieses Angebot zu nutzen.

Übrigens: Die in dieser Ausgabe von »Alles was Recht ist« aufgenommenen Beiträge sowie weitere Informationen können auch im Internet unter *www.meisterernst.de* eingesehen werden.

Recht viel Lesegewinn wünschen Ihnen
im Namen der Sozietät

DR. FRANK SCHULZE
Fachanwalt für Verwaltungsrecht · Dipl.-Verwaltungswirt

KLAUS KETTNER
Fachanwalt für Arbeits- und Sozialrecht

JUTTA SIEVERDINGBECK-LEWERS
Rechtsanwältin

FRANZISKA LANGENBACH
Rechtsanwältin

news letter BEAMTENRECHT
Kostenlos abonnieren!

Wir freuen uns, Ihnen in Kürze die erste Ausgabe unseres „newsletter Beamtenrecht“ vorstellen zu können.

Unter anderen werden folgende Artikel erscheinen:

- *Überbeurteilung muss plausibel sein*
- *Mit Übergewicht Beamter werden?*
- *Voraussetzungen für die Anordnung einer amtsärztlichen Untersuchung*

Mit unserem neuen, digitalen Service möchten wir Mandantinnen und Mandanten unserer Sozietät exklusiv und regelmäßig über rechtliche Belange rund um das Thema „Beamtenrecht“ informieren. Aktuelle Beiträge per Mausklick, das heißt für Sie, noch schneller und direkter informiert zu sein.

Das Abonnement ist selbstverständlich kostenlos.

Wenn uns Ihre E-Mail-Adresse bereits bekannt ist, wird Ihnen der Newsletter automatisch zugesandt. Ansonsten bitten wir Sie, sich bei Interesse auf unserer Webseite unter »Beamtenrecht« (www.meisterernst.de/beamtenrecht.html) durch Klick auf den entsprechenden Button für den Newsletter anzumelden.

Übrigens kann jeder – nicht nur unsere MandantInnen – den Newsletter kostenlos abonnieren.

DR. FRANK SCHULZE
Fachanwalt für Verwaltungsrecht · Dipl.-Verwaltungswirt

Bundesverfassungsgericht setzt Grenzen für die Ausschärfung von Beurteilungen im Rahmen der Beförderungsauswahl

Grundlage für eine Beförderungsentscheidung hat grundsätzlich die letzte Beurteilung, die einem Beamten erteilt worden ist, zu sein. Nur so kann nach der Rechtsprechung die Vorgabe des Grundgesetzes, wonach für die Vergabe eines Amtes ausschließlich die Eignung, Befähigung und fachliche Leistung eines Beamten maßgeblich sind, erfüllt werden. Die Beurteilungen sind in ihrer Gesamtheit zu würdigen. Maßgeblich ist in erster Linie das abschließende Gesamturteil. In den Fällen, in denen bei zwei Bewerbern um eine Beförderungsstelle die jeweiligen Beurteilungen dasselbe Gesamtergebnis ausweisen, ist die Rechtsprechung seit einigen Jahren dazu übergegangen, den Dienstherrn zu verpflichten, die jeweiligen Beurteilungen daraufhin zu überprüfen, ob sich aus Einzelaussagen im Beurteilungstext ein Leistungsvorsprung für einen der Bewerber ergibt. Eine derartige Ausschärfung von Beurteilungen ist allerdings immer problematisch, da die jeweils von dem Beurteiler gewählten Formulierungen letztlich zu dem gleichen Gesamtergebnis geführt haben. Eine Auswertung der Einzelaussagen muss daher eindeutig zu einem Leistungsvorsprung eines Bewerbers führen.

Ein derartiger Leistungsvorsprung kann sich beispielsweise dann ergeben, wenn für die Beurteilungen der Bewerber ein unterschiedlicher Maßstab zu Grunde gelegt worden ist. Dies ist dann der Fall, wenn sich die konkurrierenden Bewerber in unterschiedlichen statusrechtlichen Ämtern befinden. Nach der Rechtsprechung wird bei einer Beurteilung eines Beamten in einem höheren statusrechtlichen Amt ein strengerer Beurteilungsmaßstab angewandt, da an den Beamten im höheren statusrechtlichen Amt auch höhere Anforderungen gestellt werden.

In einem von uns geführten Verfahren hatten sich zwei Beamte auf eine ausgeschriebene Stelle beworben. Beide hatten die Bestbeurteilung erhalten. Einer der Beamten befand sich jedoch im höheren statusrechtlichen Amt. Man hätte nun erwarten müssen, dass vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung der Dienstherr den Beamten, der sich in dem höheren statusrechtlichen Amt befindet, ausgewählt hätte. Tatsächlich geschah dies jedoch nicht. Vielmehr wurde eine Ausschärfung der Beurteilungen vorgenommen, die letztlich zu einem Eignungsvorsprung des Bewerbers, der sich in dem niedrigeren statusrechtlichen Amt befand, führen sollte. Gegen diese Auswahlentscheidung wurde von dem nicht ausgewählten Bewerber Klage erhoben. Gleichzeitig wurde beim Verwaltungsgericht beantragt, dem Dienstherrn durch eine einstweilige Anordnung zu untersagen, den Mitbewerber bis zum Abschluss des Klageverfahrens zu ernennen. Dieses beamtenrechtliche Konkurrentenverfahren wurde bis zum Bundesverfassungsgericht geführt.

Nachdem das Verwaltungsgericht Gelsenkirchen zunächst die beantragte einstweilige Anordnung erlassen hatte, wurde diese im Beschwerdeverfahren durch das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen aufgehoben. Gegen diese Beschwerdeentscheidung wurde von dem unterlegenen Bewerber Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht eingelegt. Das Bundesverfassungsgericht hat in einem Beschluss vom 4. Oktober 2012 dieser Verfassungsbeschwerde stattgegeben, den Beschluss des Oberverwaltungsgerichts aufgehoben und die Angelegenheit an das Oberverwaltungsgericht zurückverwiesen.

Das Bundesverfassungsgericht hält dem Oberverwaltungsgericht entgegen, dass es nicht ohne Weiteres eine Ausschärfung der Einzelaussagen in den Beurteilungen hätte vornehmen dürfen, ohne zu berücksichtigen, dass sich einer der Bewerber im höheren statusrechtlichen Amt befunden habe. Es sei auch nicht zulässig, den sich hieraus ergebenden Leistungsvorsprung dadurch zu relativieren, dass sich die Tätigkeit dieses Bewerbers bisher nur auf einen Teilbereich des Aufgabenbereiches bezogen habe, der mit dem zu vergebenden Beförderungsamt verbunden ist. Ein Leistungsvorsprung, der sich aus dem höheren statusrechtlichen Amt ergibt, bleibe in jedem Fall bestehen. Wörtlich führt dann das Bundesverfassungsgericht Folgendes aus:

Wäre es in einem Fall wie dem vorliegenden allgemein zulässig, Teilelemente der Beurteilung höher oder niedriger zu gewichten oder einzelne Punkte aus dem Beurteilungstext herauszugreifen und unmittelbar zur Grundlage eines Bewerbervergleichs zu machen, so würde die Grenze zur Beliebigkeit leicht überschritten. Wenn der Charakter der Beurteilung als Gesamtbewertung auf diese Weise entscheidend geschwächt wird, verliert sie ihren Wert.

Das Bundesverfassungsgericht hat folglich enge Grenzen für eine Ausschärfung von Beurteilungen gezogen. Damit ist nun sichergestellt, dass über eine ergebnisorientierte Ausschärfung von Beurteilungen einzelne Beamte weder bevorzugt noch benachteiligt werden dürfen. ■

DR. FRANK SCHULZE
Fachanwalt für Verwaltungsrecht · Dipl.-Verwaltungswirt

Beurteilungen müssen transparent sein!

Die beamtenrechtliche Beurteilung hat erhebliche Bedeutung für das berufliche Fortkommen eines Beamten. Beförderungsentscheidungen sind nach ständiger Rechtsprechung auf der Grundlage einer aktuellen Beurteilung der jeweiligen Bewerber zu treffen. Aus diesem Grunde schreibt beispielsweise § 93 Landesbeamtengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen ausdrücklich vor, dass Beamte in regelmäßigen Abständen beurteilt werden sollen. Gesetzliche Regelungen über den Inhalt und den Aufbau von Beurteilungen gibt es aber nicht. Insoweit kann der jeweilige Dienstherr des Beamten eigene Richtlinien aufstellen, nach denen dann Beurteilungen zu erstellen sind. Die fehlenden gesetzlichen Vorgaben haben dazu geführt, dass zahlreiche unterschiedliche Richtlinien über die Beurteilung von Beamten bestehen. Die Rechtsprechung hat sich immer wieder mit der Frage zu befassen, ob und inwieweit eine einzelne Richtlinie gewährleistet, dass die hiernach erstellte Beurteilung ihren Zweck, umfassend Auskunft über die Leistungen und die Befähigung des Beamten zu erteilen, erfüllt.

So hatte sich das Verwaltungsgericht Darmstadt in einer Entscheidung vom 16.03.2012 – 1 K 632/11.DA – mit den Beurteilungsrichtlinien in der Zollverwaltung zu befassen. Diese Richtlinien sehen ein Beurteilungssystem vor, bei dem im Rahmen der Beurteilung kein Beurteilungstext erstellt wird. Vielmehr hat der Beurteiler einzelne Beurteilungskriterien – beispielsweise Arbeitsmenge und Termingerechtigkeit oder Fachwissen – anhand einer bestimmten Beurteilungsskala zu bewerten. Dabei hat er sich zwischen fünf Ausprägungsgraden von A (überragend ausgeprägt) bis F (sehr schwach ausgeprägt) zu entscheiden. Am Ende der Beurteilung ist dann ein Gesamturteil zu bilden. Derartige Beurteilungssysteme sind weit verbreitet. Sie sind dadurch geprägt, dass die Vergabe der einzelnen »Noten« durch den Beurteiler für den Beamten häufig nicht nachvollziehbar ist. Dennoch hält die Rechtsprechung bisher derartige Beurteilungssysteme für zulässig.

Das Verwaltungsrecht Darmstadt hatte sich mit einem Fall zu befassen, in dem einem Beamten eine Beurteilung erteilt worden ist, bei der der Beurteiler bei 23 von 24 Beurteilungsmerkmalen den gleichen Ausprägungsgrad bescheinigt, also die gleiche »Note« vergeben hatte. Das Verwaltungsgericht stellte klar, dass eine derartige Beurteilung für den Beamten nicht nachvollziehbar sei. Sie gebe dem Beamten keinen Aufschluss darüber, welche der von ihm erbrachten konkreten Leistungen mit welcher Überlegung des Dienstherrn welche Würdigung erfahren habe. Der Beamte habe bei einer derartigen Beurteilung auch keine Möglichkeit nachzuvollziehen, wo sein Dienstherr im Hinblick auf seine Person Steigerungsmöglichkeiten sehe. Bei dieser auf den konkreten Einzelfall bezogenen Kritik an der Beurteilung hat es das Verwaltungsgericht Darmstadt allerdings nicht belassen. Die Beurteilung der einzelnen Kompetenzen erweise sich aufgrund der Beschränkung auf die Vergabe von bloßen Noten ohne verbale Zusätze aus sich heraus als nicht aussagekräftig. Eine derartige Form der Beurteilung sei nur dann rechtmäßig, wenn sie sich frei von Widersprüchen zeige und zumindest im Rahmen des Gesamturteils am Ende der Beurteilung dargelegt werde, nach welchen Kriterien und mit welcher Gewichtung das Gesamturteil begründet werde. Nur dann könne von einer transparenten Beurteilung gesprochen werden, die auch Grundlage für eine Auswahlentscheidung im Rahmen eines Beförderungsverfahrens sein könne.

Der Kritik des Verwaltungsgerichts an Beurteilungen, die auf einem bloßen Punktesystem beruhen, ist zuzustimmen. Derartige Beurteilung sind nicht transparent und bieten für den Beurteiler und den Dienstherrn ein großes Maß von Manipulationsmöglichkeiten. Es bleibt abzuwarten, ob die obergerichtliche Rechtsprechung dem Ansatz des Verwaltungsgerichts folgt, dass zumindest das Gesamturteil der Beurteilung schlüssig begründet werden muss.

Unabhängig davon ist dem Verwaltungsgericht aber auch darin zuzustimmen, dass Beurteilungen, in denen dem Beurteilten im Hinblick auf nahezu alle Beurteilungskriterien die gleiche Befähigung bzw. Leistung durch Vergabe derselben Punktzahl attestiert wird, rechtswidrig sind. Derartige Beurteilungen belegen, dass der Beurteiler die einzelnen Kriterien, nach denen die Leistungen und die Befähigung des Beamten beurteilt werden sollen, gerade nicht objektiv bewertet hat. ■

DR. FRANK SCHULZE
Fachanwalt für Verwaltungsrecht · Dipl.-Verwaltungswirt

Beförderungsentscheidung muss ausreichend begründet sein

Bei der Auswahl einer Bewerberin bzw. eines Bewerbers für ein Beförderungsamt muss der Dienstherr seine Entscheidung im Rahmen des Auswahlverfahrens umfassend begründen und diese Begründung in den Akten auch dokumentieren. Dies hat das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen in einem Beschluss vom 17.08.2011 in einem von uns geführten Verfahren nochmals ausdrücklich hervorgehoben.

Insbesondere ist es dem Dienstherrn verwehrt, im Rahmen einer späteren Auseinandersetzung um das Beförderungsamt die Auswahlentscheidung mit neuen Argumenten ergänzend zu begründen. Vielmehr wird er an seiner in den Akten dokumentierten Begründung festgehalten. Diese allein ist zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung relevant. Nach Auffassung des Oberverwaltungsgerichts kann nur mithilfe einer hinreichend nachvollziehbaren, aussagekräftigen und schlüssigen Dokumentation die Rechtmäßigkeit einer Auswahlentscheidung gerichtlich kontrolliert werden. Ist die Auswahlentscheidung nicht ausreichend begründet worden, ist sie bereits aus formalen Gründen rechtswidrig und wird im verwaltungsgerichtlichen Verfahren aufgehoben.

Allerdings muss dem Beamten, der nach dem Ergebnis der Auswahlentscheidung nicht befördert werden soll, die Begründung hierfür nicht unmittelbar vollständig mitgeteilt werden. Er hat aber die Möglichkeit, von der zuständigen Stelle Auskunft über die maßgebenden Gründe für die getroffene Entscheidung zu verlangen. Auf der Grundlage der dann erhaltenen Information kann beurteilt werden, ob die Entscheidung des Dienstherrn rechtmäßig ist.

Wichtig ist, dass der nicht berücksichtigte Bewerber unmittelbar nach Erhalt der so genannten Konkurrentenmitteilung tätig wird, da er damit rechnen muss, dass der ausgewählte Bewerber nach Ablauf der in der Mitteilung genannten Frist bereits ernannt wird. Eine derartige Ernennung kann dann nicht mehr rückgängig gemacht werden. Will der nicht berücksichtigte Bewerber somit die getroffene Auswahlentscheidung nicht akzeptieren, muss er unverzüglich ein verwaltungsgerichtliches Eilverfahren einleiten, mit dem die Ernennung des Mitbewerbers zunächst verhindert wird.

Eine lapidare Erklärung der zuständigen Stelle, dass man den Bewerber bei der Auswahl für den Beförderungsposten nicht habe berücksichtigen können, muss somit nicht in jedem Fall akzeptiert werden. Zumindest sollte von dem Dienstherrn eine nachvollziehbare Begründung für diese Entscheidung verlangt werden. ■

DR. FRANK SCHULZE
Fachanwalt für Verwaltungsrecht · Dipl.-Verwaltungswirt

Abbruch des Auswahlverfahrens häufig rechtswidrig!

Im Rahmen von Beförderungsentscheidungen muss die hierfür zuständige Stelle im Regelfall eine Auswahl zwischen mehreren Bewerbern vornehmen. Dabei sind ausschließlich die Kriterien Eignung, Befähigung und fachliche Leistung zu berücksichtigen. Zur Anwendung dieser Kriterien hat die Rechtsprechung in den vergangenen Jahrzehnten klare Regeln aufgestellt, die zwingend zu beachten sind. Bei der Auswahlentscheidung nicht berücksichtigte Bewerber haben die Möglichkeit, gegen die Entscheidung ihres Dienstherrn Rechtsmittel einzulegen. Zusätzlich muss ein verwaltungsgerichtliches Eilverfahren eingeleitet werden, um zu verhindern, dass der ausgewählte Bewerber ernannt wird. Man spricht dann von einem beamtenrechtlichen Konkurrentenverfahren.

Wird in einem derartigen verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren vom Gericht festgestellt, dass im Rahmen der Auswahlentscheidung Fehler gemacht worden sind, wird dem Dienstherrn untersagt, den ausgewählten Bewerber zu ernennen, bis über das Rechtsmittel des nicht berücksichtigten Bewerbers in der Hauptsache entschieden worden ist. Häufig versuchen die Personalabteilungen nach einer derartigen positiven Entscheidung in einem verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren eine Entscheidung im Hauptsacheverfahren dadurch zu vermeiden, dass sie das Auswahlverfahren abbrechen. Die Stelle wird dann neu – häufig mit einem anderen Anforderungsprofil – ausgeschrieben. In der neuen Auswahlentscheidung soll dann wiederum der bereits einmal ausgewählte Bewerber zum Zuge kommen, dann allerdings mit einer anderen Begründung.

Die bisherige verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung hat einen derartigen Abbruch des Auswahlverfahrens grundsätzlich für zulässig erachtet. Die Entscheidung über den Abbruch hat sie dem Organisationsermessen des Dienstherrn zugeordnet. Damit war eine Überprüfung des Abbruchs im Hinblick auf seine Rechtmäßigkeit praktisch ausgeschlossen. Lediglich dann, wenn dem Dienstherrn Willkür nachgewiesen werden konnte, war die Rechtsprechung bereit einzuschreiten. Die Möglichkeit, das Auswahlverfahren abzubrechen, wurde von den Personalabteilungen in der Vergangenheit daher häufig genutzt, um den gewünschten Bewerber doch noch durchzudrücken.

Dieser Verfahrensweise hat nun das Bundesverfassungsgericht einen Riegel vorgeschoben. In seiner Entscheidung vom 28.11.2011 – 2 BvR 1181/11 – stellt das Bundesverfassungsgericht klar, dass der Abbruch eines Auswahlverfahrens nur aus einem sachlichen Grund erfolgen darf. Liegt ein derartiger sachlicher Grund nicht vor, darf keine Neuausschreibung der Stelle erfolgen. Geschieht dies dennoch, kann der in rechtswidriger Weise nicht berücksichtigte Bewerber verlangen, dass die Auswahlentscheidung nicht aufgrund der Neuausschreibung erfolgt. Damit hat sich die rechtliche Position des zu Unrecht ausgeschlossenen Bewerbers im Vergleich zur früheren Rechtsprechung erheblich verbessert. Auf der Grundlage der früheren Rechtsprechung konnte der Dienstherr unter Hinweis auf sein Organisationsermessen ein Auswahlverfahren jederzeit abbrechen. Der Nachweis, dass hierfür sachwidrige Gründe vorlagen, oblag dem Beamten. Nunmehr muss der Dienstherr die Gründe für den Abbruch des Auswahlverfahrens benennen und dokumentieren. Dabei reicht der Hinweis, dass die erste Auswahlentscheidung im Rahmen eines verwaltungsgerichtlichen Eilverfahrens für rechtswidrig erachtet worden sei, allein nicht aus. In den meisten Fällen kann nämlich die Auswahlentscheidung neu getroffen werden, ohne dass es einer Neuausschreibung der Stelle bedarf. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn das Verwaltungsgericht in seiner Eilentscheidung zu dem Ergebnis gelangt ist, dass zwar beide Konkurrenten in der letzten Beurteilung das gleiche Ergebnis erzielt haben, die Leistungen des zunächst nicht berücksichtigten Beamten in der Beurteilung davor aber besser bewertet worden sind. Diese Nichtberücksichtigung der so genannten Leistungsentwicklung kann im Rahmen einer neuen Auswahlentscheidung ohne weiteres korrigiert werden. Einer Neuausschreibung der Stelle bedarf es hierfür nicht.

Erklärt somit ein Dienstherr im Rahmen eines beamtenrechtlichen Konkurrentenverfahrens ohne weitere Begründung den Abbruch des Auswahlverfahrens, muss jeweils sehr genau geprüft werden, ob diese Entscheidung rechtmäßig ist. Gegebenenfalls muss wiederum verwaltungsgerichtliche Hilfe in Anspruch genommen werden. ■

DR. FRANK SCHULZE
Fachanwalt für Verwaltungsrecht · Dipl.-Verwaltungswirt

Gehaltskürzung als Disziplinarmaßnahme bei einem Dienstvergehen

Der Beamte hat innerhalb und außerhalb des Dienstes die ihm durch Gesetz auferlegten Dienstpflichten zu erfüllen. Hierzu gehört nicht nur die ordnungsgemäße Erbringung der geforderten Arbeitsleistung auf dem zugewiesenen Dienstposten. Hierzu gehört z. B. auch die Pflicht sich regelmäßig fortzubilden, Verschwiegenheit in dienstlichen Angelegenheiten zu üben sowie das Verbot der Annahme von Geschenken und Belohnungen. Nach § 34 S. 3 Beamtenstatusgesetz muss der Beamte darüber hinaus in seinem Verhalten der Achtung und dem Vertrauen gerecht werden, die sein Beruf erfordert. Die Dienstpflichten eines Beamten sind somit im Gesetz teilweise sehr konkret, teilweise aber auch sehr allgemein formuliert. Ein Verstoß gegen die Dienstpflichten kann ein Dienstvergehen darstellen. Dies kann im Einzelfall dazu führen, dass eine Disziplinarmaßnahme gegen den Beamten verhängt wird.

Besteht der Verdacht eines Dienstvergehens, leitet der Dienstherr ein förmliches Disziplinarverfahren ein. Dieses dient – ähnlich einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren – zunächst einmal dazu, in tatsächlicher Hinsicht den Sachverhalt aufzuklären. Das Ergebnis der Ermittlungen wird dann von dem Ermittlungsführer in einem abschließenden Vermerk rechtlich bewertet. Er legt also dar, ob nach seiner Auffassung ein Dienstvergehen vorliegt. Im Rahmen dieses förmlichen Verfahrens kann eine Beweisaufnahme stattfinden. Der betroffene Beamte hat das Recht – aber nicht die Pflicht – sich zum Sachverhalt zu äußern. Wird ein Disziplinarverfahren eingeleitet, ist im Regelfall die Einschaltung eines Rechtsanwalts notwendig. Dieser wird die Ermittlungsakten einsehen und mit dem Beamten besprechen. Sodann wird gemeinsam entschieden, ob und gegebenenfalls mit welcher Schwerpunktsetzung eine Stellungnahme abgegeben wird.

Liegt der Abschlussvermerk des Ermittlungsführers vor, entscheidet der Dienstherr, ob gegen den Beamten im Rahmen einer Disziplinarverfügung eine Disziplinarmaßnahme verhängt wird. Mit einer Disziplinarverfügung können folgende Disziplinarmaßnahmen gegen den aktiven Beamten verhängt werden:

- Verweis
- Geldbuße
- Gehaltskürzung.

Bei besonders schweren Dienstvergehen kann der Dienstherr Disziplinarklage vor dem Disziplinargericht – angesiedelt bei den Verwaltungsgerichten – mit dem Ziel erheben, dass der Beamte in ein Amt mit einer geringeren Besoldung zurückgestuft oder gar aus dem Beamtenverhältnis entfernt wird.

Gegen Ruhestandsbeamte sind folgende Disziplinarmaßnahmen möglich:

- Kürzung des Ruhegehaltes
- Aberkennung des Ruhegehaltes.

Eine Kürzung des Ruhegehaltes kann durch eine Disziplinarverfügung ausgesprochen werden. Eine Aberkennung des Ruhegehaltes kann nur durch das Disziplinargericht nach Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens verhängt werden. Dabei gelten nach einer Entscheidung des Verwaltungsgerichts Düsseldorf Beamte, die sich in der Freistellungsphase ihrer Altersteilzeit befinden, als aktive Beamte.

Eine Gehaltskürzung sowie eine Kürzung des Ruhegehaltes stellen somit die Disziplinarmaßnahmen dar, welche noch durch eine Disziplinarverfügung verhängt werden dürfen. Dabei sind zwei Komponenten zu bewerten. Zum einen ist in der Disziplinarverfügung festzulegen, in welchem Umfang eine Kürzung erfolgt. Nach dem Gesetz kann eine Kürzung bis zu höchstens 20 % angeordnet werden. Ferner ist festzulegen, für welchen Zeitraum die Gehaltskürzung erfolgen soll. Dies ist nach dem Gesetz für höchstens drei Jahre möglich. Folglich stehen dem Dienstherrn bei der Festsetzung dieser Disziplinarmaßnahme eine Vielzahl von Variationen zur Verfügung. Allerdings sind hierbei die Vorgaben des Gesetzes zu beachten.

Im Hinblick auf den Umfang der Kürzung – also bei der Festlegung des Prozentsatzes – sind ausschließlich die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beamten maßgebend. Ein besonders hoher Prozentsatz darf somit nicht mit der Begründung angeordnet werden, dass ein besonders schweres Dienstvergehen vorliegt. Der betroffene Beamte ist daher – z. B. wenn er in erheblichem Umfang Kreditverbindlichkeiten zu bedienen hat – gut beraten, wenn er im Disziplinarverfahren umfassend zu seinen wirtschaftlichen Verhältnissen vorträgt und diese auch belegt.

Der Darstellung der wirtschaftlichen Verhältnisse wird im Disziplinarverfahren häufig nicht genug Aufmerksamkeit geschenkt, weil sich der betroffene Beamte darauf konzentriert, inhaltlich zu den erhobenen Vorwürfen Stellung zu nehmen. Dies kann dann bei der Festsetzung der Disziplinarmaßnahme zu erheblichen Nachteilen führen.

Umgekehrt ist bei der Festlegung der Dauer der Gehaltskürzung ausschließlich die Schwere des Dienstvergehens zu gewichten. Beachtet der Dienstherr diese Vorgaben im Rahmen der Disziplinarverfügung nicht, können sich hieraus Vorteile für den Beamten im Rahmen des Klageverfahrens ergeben. Ist der Umfang der Gehaltskürzung somit nach der Begründung der Disziplinarverfügung in erster Linie mit der Schwere des Dienstvergehens begründet worden und wurde dafür im Gegenzug die Dauer der Gehaltskürzung beschränkt, so hat das Verwaltungsgericht der Klage des Beamten stattzugeben und den Umfang der Gehaltskürzung zu reduzieren. Dabei ist es dem Verwaltungsgericht aber verwehrt, im Gegenzug die Dauer der Gehaltskürzung zu verlängern. Dies würde nämlich gegen das Verschlechterungsverbot verstoßen.

Es lohnt sich daher, die Begründung einer Disziplinarverfügung, mit der eine Gehaltskürzung verhängt wird, genau zu lesen und erst dann zu entscheiden, ob Rechtsmittel eingelegt werden. ■

JUTTA SIEVERDINGBECK-LEWERS
Rechtsanwältin

Finanzielle Abgeltung von Urlaubsansprüchen im Beamtenverhältnis

Mit seinem Urteil vom 03.05.2012 (Az. C-337/10) hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) in der Rechtssache »Neidel« bestätigt, dass auch Beamte einen Anspruch auf finanzielle Abgeltung der Urlaubsansprüche gegenüber ihrem Dienstherrn haben können. Die Anspruchsgrundlage hierfür bildet nicht etwa eine Regelung des deutschen Beamtenrechts, sondern allein die europarechtliche Norm des Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88/EG. Das Bundesverwaltungsgericht hat diesen Anspruch mit seinem aktuellen Urteil vom 31.01.2013 (BVerwG 2 C 10.12) bestätigt und die Rechtsfolgen und Vorausaussetzungen weiter konkretisiert.

Erste Anspruchsvoraussetzung ist, dass der Beamte die Urlaubsansprüche *vor seiner Versetzung in den Ruhestand oder anderweitigen Beendigung des Dienstverhältnisses* nicht mehr in Anspruch nehmen konnte. Er muss während des gesamten Bezugs und/oder Übertragungszeitraums oder eines Teils davon krank gewesen sein.

Ein Abgeltungsanspruch setzt somit voraus, dass der Beamte *dienstunfähig erkrankt* und ohne jemals wieder dienstfähig zu werden, in den Ruhestand versetzt wird. Alternativ kann der Anspruch auch dann gegeben sein, wenn der Beamte nach einer krankheitsbedingten Dienstunfähigkeit für einen gewissen Zeitraum seinen Dienst wieder verrichtet, aber im Anschluss erneut erkrankt und vor seiner Genesung in den Ruhestand versetzt wird, ohne den Resturlaub in Anspruch genommen zu haben. Selbst wenn sich später herausstellt, dass er während seiner Dienstfähigkeit den Urlaub theoretisch hätte nehmen können, ist diese Voraussetzung für einen Abgeltungsanspruch dennoch gegeben. Es kommt darauf an, ob während und nach der Erkrankung bis zum Eintritt in den Ruhestand die Möglichkeit bestand, den Urlaubsanspruch zu realisieren.

Zweite Voraussetzung ist, dass dem Beamten weniger als *20 Tage Urlaub* je Kalenderjahr vor der Pensionierung oder anderweitigen Beendigung des Dienstverhältnisses gewährt wurden. Da das deutsche Beamtenrecht keine Regeln für die finanzielle Abgeltung von Urlaubsansprüchen kennt, sind allein die europarechtlichen Vorgaben maßgeblich. Die Richtlinie sieht für »Arbeitnehmer« einen bezahlten Jahresurlaub von mindestens vier Wochen vor. Dies entspricht 20 Urlaubstagen. Die Urlaubsansprüche von Beamten nach den beamtenrechtlichen Erholungsurlaubsverordnungen gehen in der Regel darüber hinaus (26 Tage und mehr). Da der Umfang des Abgeltungsanspruchs allein europarechtlich geprägt ist, ist er auf den Mindesturlaub von 20 Tagen begrenzt. Wenn einem Beamten somit tatsächlich mehr als 20 Urlaubstage im Kalenderjahr zustanden, kann er nach der Rechtsprechung eine finanzielle Abgeltung maximal für 20 nicht in Anspruch genommene Urlaubstage verlangen. Es ist außerdem darauf hinzuweisen, dass diese Beschränkung auch für Sonderurlaubsansprüche, z.B. aufgrund einer Schwerbehinderung, gilt. Diese sind nicht von dem finanziellen Abgeltungsanspruch umfasst. Hat ein Beamter z.B. bereits 15 Tage des zustehenden Jahresurlaubs von 30 Tagen in Anspruch genommen, kann folglich eine finanzielle Abgeltung lediglich für 5, und nicht für 15 Urlaubstage verlangt werden.

Die Höhe der finanziellen Abgeltung berechnet sich nach dem Bruttogehalt, das dem Beamten unmittelbar vor der Versetzung in den Ruhestand zustand. Der Dienstherr muss zudem Verzugszinsen zahlen. Der Anspruch verjährt innerhalb von 3 Jahren, beginnend mit dem Ende des Jahres, in dem der Beamte in den Ruhestand tritt.

Bei der Versetzung in den Ruhestand, aber auch bei anderweitiger Beendigung des Dienstverhältnisses, ist unbedingt zu prüfen, ob eine finanzielle Abgeltung von Urlaubsansprüchen in Betracht kommt. Eine finanzielle Abgeltung wird nach unserer bisherigen Erfahrung häufig nicht von Amts wegen, sondern nur auf besonderen *Antrag* hin gewährt. Deswegen sollte bei der Versetzung in den Ruhestand oder einer anderweitigen Beendigung eines Dienstverhältnisses unbedingt daran gedacht werden, einen entsprechenden Antrag zu stellen. ■

FRANZISKA LANGENBACH
Rechtsanwältin

Finanzieller Ausgleich für Feuerwehrbeamte wegen europarechtswidriger Arbeitszeiten

Mit zwei Urteilen hat das Bundesverwaltungsgericht jüngst die Rechte von Feuerwehrbeamten gestärkt, deren durchschnittliche Wochenarbeitszeit über der europarechtlich zulässigen Höchstarbeitszeit von 48 Stunden pro Woche liegt.

Nach einer Grundsatzentscheidung des Europäischen Gerichtshofs aus dem Jahr 2005 stand bereits fest, dass die EU-Arbeitszeitrichtlinie, die die maximal zulässige Wochenarbeitszeit für Arbeitnehmer in der Europäischen Union regelt, auch für Feuerwehrbeamte gilt. Konkret bedeutet dies, dass Feuerwehrbeamte durchschnittlich nicht mehr als 48 Stunden pro Woche arbeiten dürfen. In den meisten Bundesländern lag die wöchentliche Arbeitszeit hingegen mit Berücksichtigung von Bereitschaftsdiensten bei etwa 54 Stunden.

Unklar waren bislang allerdings die rechtlichen Konsequenzen, die aus der Überschreitung der Höchstarbeitszeit folgen. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinen Urteilen vom 29.09.2011 (2 C 32.10) und vom 26.07.2012 (2 C 70/11 u.a.) entschieden, dass Beamte des feuerwehrtechnischen Dienstes eine Geldentschädigung für die rechtswidrig abverlangte Dienstzeit verlangen können.

Dabei ist hervorzuheben, dass auch Zeiten des Bereitschaftsdienstes in vollem Umfang ausgeglichen werden müssen. Da Bereitschaftszeiten nach dem europäischen Recht als reguläre Arbeitszeiten anerkannt werden, würde eine reduzierte Berücksichtigung von Bereitschaftsdiensten gegen EU-Recht verstoßen. Fest steht nun auch, dass für die Berechnung der Höhe des Ausgleichsanspruchs die Stundensätze zugrunde zu legen sind, die in der jeweils geltenden Mehrarbeitsvergütungsverordnung bestimmt sind. Für nordrhein-westfälische Beamte der Besoldungsgruppe A 8 bedeutet dies zum Beispiel eine Stundenvergütung in Höhe von 13,05 Euro.

Zwar muss vorrangig vor einem finanziellen Ausgleich geprüft werden, ob die zu viel geleistete Arbeit durch Freizeitausgleich kompensiert werden kann. Der Anspruch auf Freizeitausgleich muss innerhalb eines Jahres nach der endgültigen Entscheidung über den Ausgleichsanspruch erfüllt werden. Nach Ablauf dieses Jahres kann der Ausgleich nur durch finanzielle Vergütung der Zuvielarbeit erfolgen.

Sollte die Gewährung von Freizeitausgleich aus zwingenden Gründen nicht innerhalb des ersten Jahres möglich sein, wandelt sich dieser Anspruch ebenfalls in einen Geldanspruch um. Nach den Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts liegt ein solcher zwingender dienstlicher Grund insbesondere dann vor, wenn der Freizeitausgleich »mit großer Wahrscheinlichkeit zu schwerwiegenden Beeinträchtigungen des Dienstbetriebs führen würde«. Da von dem Ausgleichsanspruch eine Vielzahl von Feuerwehrbeamten betroffen ist, wird sich ein Freizeitausgleich vermutlich kaum ohne Einschränkungen des dienstlichen Betriebs verwirklichen lassen, sodass die Kompensation in den meisten Fällen durch finanziellen Ausgleich erfolgen wird.

Beamte, die durchschnittlich mehr als 48 Stunden pro Woche arbeiten müssen, sollten unbedingt – ggf. mit anwaltlicher Hilfe – überprüfen, ob ihnen nach den vom Bundesverwaltungsgericht aufgestellten Grundsätzen ein Anspruch auf Freizeit- oder Geldausgleich zusteht. Zu beachten ist hierbei, dass diese Ansprüche innerhalb von drei Jahren verjähren, sodass eine rechtzeitige Geltendmachung der Ansprüche erforderlich ist.

Unabhängig davon verlangt die Rechtsprechung im Hinblick auf den beamtenrechtlichen Ausgleichsanspruch eine Rüge des Beamten innerhalb des Kalenderjahres, in dem die zulässige Arbeitszeit überschritten wurde. Erforderlich ist hierfür eine schriftliche Erklärung des Beamten an seinen Dienstherrn, dass er die wöchentliche Arbeitszeit für zu hoch festgesetzt hält. ■

DR. FRANK SCHULZE
Fachanwalt für Verwaltungsrecht · Dipl.- Verwaltungswirt

Behinderung schließt Übernahme in das Beamtenverhältnis nicht aus!

Für die Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe hat die Bewerberin bzw. der Bewerber nachzuweisen, dass die so genannte gesundheitliche Eignung für die angestrebte Laufbahn vorliegt. Nach der Rechtsprechung muss insoweit geprüft werden, ob künftige Erkrankungen und eine dauernde vorzeitige Dienstunfähigkeit mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden können. Zu diesem Zweck wird regelmäßig ein amtsärztliches Gutachten eingeholt.

Liegt bei der Bewerberin bzw. dem Bewerber eine chronische Erkrankung vor, wird von den zuständigen Gesundheitsbehörden grundsätzlich eine Prognose abgegeben, wonach ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit dafür, dass eine vorzeitige dauernde Dienstunfähigkeit nicht eintreten wird, verneint wird. Dies führt regelmäßig dazu, dass eine Übernahme in das Beamtenverhältnis nicht erfolgt. Diese Entscheidungspraxis ist rechtlich aber sehr zweifelhaft.

Das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht hat in einer Entscheidung vom 25.01.2011 bei einem Bewerber, bei dem eine Multiple Sklerose diagnostiziert worden war, die ablehnende Entscheidung der Dienststelle aufgehoben und das Land Niedersachsen verpflichtet, über den Antrag auf Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe neu zu entscheiden. Rechtlicher Ansatzpunkt für dieses Urteil war der Umstand, dass bei dem Bewerber ein Grad der Behinderung von 30 % anerkannt worden war. Damit galt er zwar nicht als Schwerbehinderter im Sinne des Schwerbehindertenrechts, eine Behinderung im Sinne des Grundgesetzes (GG) lag aber vor. Nach Art. 3 Abs. 3 GG darf niemand wegen einer Behinderung benachteiligt werden. Dieses Grundrecht sah das Oberverwaltungsgericht als verletzt an. Schließlich war der Bewerber allein aufgrund seiner chronischen Erkrankung nicht in das Beamtenverhältnis übernommen worden. Eine Benachteiligung lag daher vor.

Das Oberverwaltungsgericht sieht das Grundrecht des Bewerbers nur dann als gewahrt an, wenn der Begriff der gesundheitlichen Eignung modifiziert wird. Ein behinderter Beamtenbewerber ist nach Auffassung des Oberverwaltungsgerichts bereits dann gesundheitlich geeignet, wenn nach Einschätzung des Dienstherrn künftige Erkrankungen des Bewerbers und eine dauernde vorzeitige Dienstunfähigkeit mit einem überwiegenden Grad an Wahrscheinlichkeit – also mit mehr als 50 % – ausgeschlossen werden können.

Diese Herabsenkung des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs sollte von Bewerberinnen und Bewerbern, die an einer chronischen Erkrankung leiden, unbedingt eingefordert werden. Vor dem Hintergrund der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts macht es daher auch dann Sinn, eine Anerkennung als Schwerbehinderter zu beantragen, wenn nicht mit einer Anerkennung des Grades der Behinderung von mindestens 50 % gerechnet werden kann.

Die Entscheidung des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts hat unmittelbare Auswirkungen zunächst für die Verwaltung in Niedersachsen. Sie strahlt jedoch über das Bundesland hinaus. Auch die Oberverwaltungsgerichte anderer Bundesländer müssen sich nunmehr mit der Frage befassen, inwieweit das Grundrecht behinderter Menschen, wegen ihrer Behinderung nicht benachteiligt zu werden, zu einer Herabsetzung des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs bei Prüfung der gesundheitlichen Eignung führen muss. ■

FRANZISKA LANGENBACH
Rechtsanwältin

Verfassungswidrige Ungleichbehandlung von eingetragenen Lebenspartnerschaften im deutschen Beamtenrecht

Mehr als ein Jahrzehnt nach Inkrafttreten des Lebenspartnerschaftsgesetzes (LPartG) wurden die Rechte von gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern im vergangenen Jahr durch eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts weiter gestärkt.

Mit dem LPartG aus dem Jahr 2001 wurde der rechtliche Rahmen für die gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaft geschaffen. Ziel des Gesetzes war es zum einen, in Anlehnung an das Institut der Ehe eine rechtlich verbindliche Form des Zusammenlebens gleichgeschlechtlicher Partner zu etablieren und zum anderen, die rechtliche Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften gegenüber Ehepartnern abzubauen.

Obwohl der Gesetzgeber in den vergangenen Jahren die mit dem LPartG angestoßene Gleichstellung von Lebenspartnerschaften auf immer mehr Rechtsbereiche ausgedehnt hat, besteht in einigen Bereichen noch Nachbesserungsbedarf. Insbesondere auf dem Gebiet des Beamtenrechts blieb der Gesetzgeber lange untätig.

Hierfür wurde das Parlament in jüngster Zeit durch einige bedeutende höchstrichterliche Entscheidungen abgestraft. Möglich wurde dies durch eine Änderung der Rechtsprechung des 2. Senats des Bundesverfassungsgerichts sowie die konsequente Anwendung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinie im deutschen Rechtssystem.

In seiner Entscheidung vom 19.6.2012 (Az. 2 BvR 1397/09) setzte das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf das Besoldungsrecht ein deutliches Zeichen. Da das Gericht in dieser Entscheidung einige grundsätzliche Aussagen zur Frage der Ungleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft getroffen hat, ist zu erwarten, dass sie eine weitreichende, über das Beamtenrecht hinausgehende Wirkung haben wird. Das Urteil befasst sich mit der Frage, ob Beamte, die in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft leben, einen Anspruch auf Gewährung des Familienzuschlags der Stufe 1 haben. Diese Frage war im Hinblick auf sog. Altfälle, d.h. solche Beamte, die den Familienzuschlag für die Zeit vor dem 01.01.2009 begehrten, zu beurteilen.

Seit 2009 steht nämlich verpartnerten Beamten gem. § 40 Abs. 1 BBesG ein gesetzlich geregelter Anspruch auf Gewährung des Familienzuschlags der Stufe 1 bei der Besoldung zu. Das BVerfG hatte also zu entscheiden, ob die zwischen Inkrafttreten des LPartG und Änderung des Bundesbesoldungsgesetzes geltende Rechtslage gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG verstieß.

Entgegen einer Entscheidung aus dem Jahr 2007, mit der das BVerfG noch die Ungleichbehandlung von verheirateten und in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft lebenden Beamten mit der besonderen Schutzbedürftigkeit der Ehe gerechtfertigt hatte, erklärte das Gericht nun die bis 2009 geltende Rechtslage für verfassungswidrig.

Der Senat führt in seiner Entscheidung aus, dass der Gesetzgeber zwar grundsätzlich berechtigt sei, die Ehe als rechtlich verbindliche und in besonderer Weise mit gegenseitigen Einstandspflichten ausgestattete dauerhafte Paarbeziehung gegenüber anderen Lebensformen zu begünstigen. Er betont jedoch, dass der bloße Verweis auf das Schutzgebot der Ehe deren Privilegierung dann nicht rechtfertigen könne, wenn sie mit einer Benachteiligung anderer Lebensformen einhergehe, die in vergleichbarer Weise rechtlich verfasst seien. Diesbezüglich stellt das Gericht fest, dass seit der Einführung des LPartG der Grad der rechtlichen Bindung und die gegenseitigen Einstandspflichten in Ehe und Lebenspartnerschaft weitgehend angeglichen seien.

Aus diesem Grund sei für die Besserstellung verheirateter Beamter beim Familienzuschlag ein hinreichend gewichtiger Sachgrund erforderlich, der gemessen am Rege- →

lungsgegenstand und -ziel des Familienzuschlags die Benachteiligung der Lebensform der eingetragenen Lebenspartnerschaft rechtfertige. Im Hinblick auf die Zielsetzung des Familienzuschlags verneint das Gericht das Bestehen eines solchen Sachgrundes. Die Funktion des Familienzuschlags bestehe darin, im Interesse der Funktionsfähigkeit des Berufsbeamtentums zur Unabhängigkeit des verheirateten Bediensteten beizutragen und dessen faktische Mehrbedarfe im Vergleich zu ledigen Beamten auszugleichen. Da dieser Bedarf bei Beamten in gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaft in gleicher Weise bestehe wie bei verheirateten Beamten, sei eine Privilegierung verheirateter Beamter im Verhältnis zu verpartnerten Beamten aus dem Gesetzeszweck nicht zu rechtfertigen.

Der Gesetzgeber ist nun aufgefordert, die verfassungswidrige Rechtslage rückwirkend zu beseitigen. Von der nachträglichen Gewährung des Familienzuschlags werden voraussichtlich nur solche Beamte profitieren, die ihren Anspruch zum damaligen Zeitpunkt rechtzeitig geltend gemacht haben. Diese Einschränkung wäre nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zulässig.

Wie die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts konkret vom Gesetzgeber umgesetzt werden, bleibt nun abzuwarten. ■

FRANZISKA LANGENBACH
Rechtsanwältin

Rechtsanspruch auf U 3-Betreuung?

Da die Sicherung der Lebensgrundlage für die Familie längst nicht mehr in der Verantwortung nur eines Ehe- oder Lebenspartners liegt und die beruflichen Entwicklungsmöglichkeiten und Aufstiegschancen für qualifizierte Beamte und Angestellte einen hohen Stellenwert haben, ist die aktuelle Diskussion über den Ausbau der Betreuung für unter Dreijährige auch für den öffentlichen Dienst von besonderem Interesse. Für erwerbstätige Eltern stellt sich bei der Familienplanung häufig die Herausforderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie.

Nach der Zielsetzung des Gesetzgebers soll der gesetzliche Anspruch auf Kleinkindbetreuung ab dem 2. Lebensjahr Eltern Wege für eine verbesserte Vereinbarkeit von Familie und Erwerbsleben eröffnen. Häufig möchten die betreuenden Elternteile sowohl aus finanziellen als auch aus beruflichen Gründen nach Vollendung des ersten Lebensjahres ihres Kindes ihre Berufstätigkeit wieder aufzunehmen.

Sofern sich ein Elternteil, in den meisten Fällen die Mutter, für die Betreuung des Kindes nach dessen Geburt entscheidet, werden die finanziellen Einbußen, die durch den Wegfall ihres Erwerbseinkommens entstehen, innerhalb der ersten 12 Monate nach der Geburt zumindest teilweise durch den Bezug von Elterngeld kompensiert. Nach dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) erhält der betreuende Elternteil ein monatliches Elterngeld in Höhe von 67 % seines vorherigen Nettoeinkommens.

Zwar ist es nach geltender Rechtslage sowohl für Beamte als auch für Angestellte im öffentlichen Dienst möglich, bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres ihres Kindes Elternzeit in Anspruch zu nehmen. Da der Anspruch auf Elterngeld jedoch nach einem Jahr endet und der betroffene Elternteil in der Folgezeit keine weiteren Bezüge erhält und damit ein Erwerbseinkommen in der Familie vollständig ausfällt, legt der ab 01.08.2013 geltende Rechtsanspruch auf eine U3- Betreuung eine wichtige Grundlage für den Wiedereinstieg des betreuenden Elternteils in die Berufstätigkeit. Denn ohne ein flächendeckendes Betreuungsangebot für Kleinkinder lässt sich die Erwerbstätigkeit beider Elternteile schwierig realisieren.

Nach derzeitiger Prognose ist jedoch zu befürchten, dass es den Kommunen nicht gelingen wird, die benötigten Betreuungsplätze bis zum Stichtag am 1. August 2013 bereitzustellen. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, welchen Inhalt der vom Gesetzgeber beschlossene Rechtsanspruch hat und wie sich dieser juristisch durchsetzen lässt.

1. Kann man künftig tatsächlich erfolgversprechend auf einen Kita-Platz klagen?

Fest steht: Sofern der Gesetzgeber den Jugendämtern trotz des schleppenden Ausbaus der Kita-Plätze keine längeren Übergangsfristen einräumt, tritt zum 1. August 2013 die Neufassung von § 24 Abs. 2 SGB VIII in Kraft. Die Vorschrift statuiert den Anspruch von Kindern zwischen 1 und 3 Jahren auf *»frühkindliche Förderung in einer Tageseinrichtung oder in Kindertagespflege«*.

Mit »Kindertagespflege« ist die pädagogische Betreuung von Kindern durch eine Tagesmutter gemeint, unter »Tageseinrichtung« werden Kindertageseinrichtungen (sog. Kitas) verstanden. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll der Rechtsanspruch aus § 24 Abs. 2 SGB VIII entsprechend den *»Wünschen bzw. Bedürfnissen des Kindes und der Eltern sowohl in Kindertageseinrichtungen als auch in der Kindertagespflege«* erfüllt werden. Dies spricht für ein Wahlrecht der Eltern hinsichtlich des Ortes der frühkindlichen Förderung. Da das Gesetz jedoch für die frühkindliche Förderung alternativ die Tageseinrichtung oder die Kindertagespflege vorsieht, stellt sich die Frage, ob die Neufassung von § 24 Abs. 2 SGB VIII den Eltern bzw. dem Kind tatsächlich ein Wahlrecht zwischen Tageseinrichtung und Kindertagespflege einräumt. Konkret heißt dies: Sollte das Jugendamt zwar nicht genügend Kita-Plätze zur Verfügung stellen können, gelänge es ihm aber den Betreuungsbedarf für unter Dreijährige durch die Bereitstellung einer ausreichenden Anzahl von Tagesmüttern abzudecken, werden sich die Kommunen möglicherweise auf den Standpunkt stellen, dass sie damit den Anspruch auf frühkindliche Förderung von unter Dreijährigen erfüllen. Ob dies zutreffend ist, wird von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängen, insbesondere von der Frage, ob die Betreuung durch eine Tagesmutter als gleichwertig gegenüber der Kita-Betreuung angesehen werden kann.

Angesichts der aktuellen Meldungen scheint es jedoch keineswegs sicher zu sein, dass bis zum 01.08.2013 genügend Tagesmütter vorhanden sind, um eine bedarfsgerechte Betreuung sicherzustellen. Sofern also ab dem Stichtag keine der beiden Betreuungsformen in ausreichender Anzahl bereitgestellt werden, besteht die Möglichkeit, den Rechtsanspruch auf frühkindliche Betreuung vor dem Verwaltungsgericht einzuklagen.

2. Wie kann der Anspruch auf frühkindliche Förderung durchgesetzt werden?

Um den ab 01.08.2013 geltenden Betreuungsanspruch zu sichern, sollten betroffene Eltern unbedingt eine rechtzeitige Anmeldung ihres Kindes bei einer Betreuungseinrichtung vornehmen. Üblicherweise erfolgt die Bewerbung um einen Kita-Platz parallel bei mehreren Einrichtungen. Die Anmeldefristen und –modalitäten sind in den Kommunen unterschiedlich geregelt. Informieren Sie sich frühzeitig, wie das Anmeldeverfahren in Ihrer Kommune ausgestaltet ist!

Da kein Anspruch auf Aufnahme des Kindes in eine bestimmte Einrichtung existiert, besteht gegen die Absagen einzelner Kitas in der Regel keine juristische Handhabe. Falls Betroffene von sämtlichen Kitas Absagen erhalten, sollten sie bei der Kommune selbst rechtzeitig einen Antrag auf Zuweisung eines Betreuungsplatzes stellen. Erst wenn das Jugendamt unter Hinweis auf nicht ausreichend vorhandene Betreuungsplätze in der gesamten Gemeinde die Aufnahme des Kindes in eine Tageseinrichtung ablehnt, können Rechtsmittel eingelegt werden. Der Anspruch auf einen Betreuungsplatz kann dann gerichtlich durchgesetzt werden. In einem Klageverfahren vor dem Verwaltungsgericht wird überprüft, ob die Betreuungskapazitäten der jeweiligen Kommune tatsächlich erschöpft sind. Sollte dies nicht der Fall sein, kann das Jugendamt zur Bereitstellung zusätzlicher Betreuungsplätze verpflichtet werden.

Sofern die Betreuungskapazitäten erschöpft sind und sich der Betreuungsanspruch schon aus praktischen Gründen nicht verwirklichen lässt, besteht die Möglichkeit gegen den zuständigen Jugendhilfeträger Schadensersatzansprüche geltend zu machen. Der Anspruch umfasst den Ersatz der finanziellen Nachteile, die durch die Versagung des Betreuungsplatzes entstanden sind. Dies können sowohl die Kosten sein, die für eine alternative Betreuung etwa durch eine andere Betreuungsperson anfallen, als auch der Verdienstausfall des Elternteils, der die Betreuung – unter zeitweiser Aufgabe der Berufstätigkeit – selbst durchführt.

Da der Schadensersatzanspruch aus Amtshaftung von weiteren Voraussetzungen abhängt und etwa erfordert, dass die Versagung des Betreuungsplatzes mit den zur Verfügung stehenden Rechtsmitteln angegriffen wird, ist betroffenen Eltern zu empfehlen, sich bei einer ablehnenden Entscheidung des Jugendamts frühzeitig anwaltlich beraten lassen. ■

FRANZISKA LANGENBACH
Rechtsanwältin

Beamtenrechtliche Beihilfe zu Aufwendungen bei dauernder Pflegebedürftigkeit

Ruhestandsbeamten steht abhängig von der Höhe des maßgeblichen Bemessungssatzes ein Anspruch auf Beihilfe zu den pflegebedingten Kosten zu. Da eine dauerhafte Pflegebedürftigkeit zu einer nicht unerheblichen finanziellen Belastung für die Betroffenen führt, ist für Ruhestandsbeamte und ihre Familienangehörigen entscheidend, für welche Pflegeleistungen Beihilfe gewährt wird.

Bei dauernder Pflegebedürftigkeit sind Aufwendungen für häusliche, teilstationäre oder stationäre Pflege beihilfefähig. Bei der Beihilfe zu Aufwendungen im Rahmen stationärer Pflege differenziert das Beihilfenrecht zwischen Pflegekosten einerseits und Unterkunfts-, Verpflegungs- und Investitionskosten andererseits.

Aufwendungen für Unterkunfts-, Verpflegungs- und Investitionskosten

Die Beihilfenverordnung sieht im Grundsatz vor, dass für Aufwendungen zu Unterkunfts-, Verpflegungs- und Investitionskosten keine Beihilfe geleistet wird. Solche Aufwendungen sind nur dann beihilfefähig, wenn sie einen bestimmten Eigenanteil übersteigen, den der Beihilfeberechtigte selbst tragen muss. Die Höhe dieses Eigenanteils ist für Landes- und Kommunalbeamte des Landes Nordrhein-Westfalen in § 5c der nordrhein-westfälischen Beihilfenverordnung (BVO NRW) festgelegt und liegt zwischen 35 % und 70 % des monatlichen Einkommens des Beihilfeberechtigten.

Für die Berechnung des Eigenanteils ist die Höhe der monatlichen Einnahmen, d.h. der Dienst- und Versorgungsbezüge sowie etwaiger Renten aus der gesetzlichen Rentenversicherung und aus einer zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung maßgeblich.

Die über den Eigenanteil hinausgehenden Aufwendungen sind zu 100 % beihilfefähig. Ob und in welcher Höhe Beihilfe für Unterkunfts-, Verpflegungs- und Investitionskosten gezahlt wird, hängt also davon ab, welches Einkommen der Berechnung des Eigenanteils zugrunde gelegt wird. Nicht sämtliche monatliche Einnahmen gelten als Einkommen im beihilferechtlichen Sinne. Andererseits wird ein etwaig gewährtes Pflegewohngeld anspruchsmindernd berücksichtigt. Betroffene sollten sorgfältig – gegebenenfalls mithilfe anwaltlicher Beratung – überprüfen, ob das für den Eigenanteil maßgebliche Einkommen zutreffend ermittelt wurde. Bestehen hieran Zweifel, ist gegen die Festsetzung der Beihilfe rechtzeitig Widerspruch einzulegen.

Aufwendungen für vollstationäre Pflege

Für pflegebedingte Aufwendungen wird Beihilfe entsprechend dem üblichen beihilferechtlichen Bemessungssatz gewährt. Die Höhe der beihilfefähigen Pflegekosten richtet sich nach dem Grad der Pflegestufe. Während von Seiten der Beihilfeträger häufig die pflegebedingten Aufwendungen lediglich in Höhe der durch das SGB XI vorgesehenen pauschalen Pflegesätze als beihilfefähig anerkannt werden, ist diese Beschränkung in

der BVO NRW nicht vorgesehen. Da der tatsächlich vom Pflegeheim in Rechnung gestellte Pflegesatz oftmals höher ist als der pauschale Pflegesatz nach dem SGB XI, sollten Betroffene überprüfen, welche Pflegekosten im Einzelfall als beihilfefähig anerkannt werden und gegen diese Entscheidung gegebenenfalls Rechtsmittel einlegen.

Beihilfezuschuss in besonderen Härtefällen

Zusätzlich zu dem an der Höhe des Pflegesatzes bemessenen Beihilfeanspruch besteht möglicherweise ein Anspruch auf Gewährung eines Beihilfezuschusses. Dies steht nach einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24.01.2012 (Az. 2 C 24/10) fest, mit dem die jüngere Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen bestätigt wurde.

Das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen hatte mit Urteil vom 26.11.2009 (Az. 1 A 1447/08) entschieden, dass ein Beamter und seine Familienangehörigen einen Anspruch auf Bewilligung weiterer Beihilfeleistungen haben, wenn die Bezüge und die Leistungen der Pflegeversicherung für einen stationären Pflegeheimaufenthalt sowie ein Minimum an Lebenskomfort nicht mehr ausreichen. Dieser Anspruch ergibt sich aus der allgemeinen Härtefallklausel des § 12 Abs. 5 BVO NRW, wonach die beihilferechtlichen Bemessungssätze in besonderen Ausnahmefällen erhöht werden können. Nach der Rechtsprechung liegt ein solcher Ausnahmefall vor, wenn ohne den Beihilfezuschuss der amtsangemessene Lebensunterhalt nicht mehr sichergestellt ist. Dies resultiere aus der gemäß Art. 33 Abs. 5 Grundgesetz gewährleisteten Fürsorgepflicht, die es gebiete, den amtsangemessen Lebensunterhalt der Beamten und ihrer Familie auch in besonderen Belastungssituationen wie Krankheit oder Pflegebedürftigkeit sicherzustellen. Dies gelte allerdings nur, sofern die durch die Pflegebedürftigkeit verursachten erheblichen zusätzlichen Aufwendungen nicht durch eine zumutbare Eigenvorsorge und durch den vom Dienstherrn geleisteten Lebensunterhalt bewältigt werden könnten.

Hinsichtlich der Höhe des vom Dienstherrn zu leistenden Beihilfezuschusses geht die Rechtsprechung davon aus, dass den Beihilfeberechtigten nach Abzug der von ihnen zu tragenden Kosten für die stationäre Pflege etwa 30 % ihrer monatlichen Bruttobezüge erhalten bleiben müssen, damit sie ihre weiteren allgemeinen Lebenserhaltungskosten bestreiten können.

Auf Bundesebene hat der Verordnungsgeber inzwischen auf diese Rechtsprechung reagiert und die Voraussetzungen für die Gewährung des Beihilfenzuschusses in die Bundesbeihilfenverordnung (BBhV) eingefügt. Die BBhV differenziert zwischen vier Fallgruppen und legt für diese jeweils einen monatlichen Mindestbetrag fest, der den Betroffenen nach Abzug aller Kosten zur Verfügung stehen muss. Danach richtet sich die Höhe des zu gewährenden Beihilfezuschusses.

Unbedingt zu beachten ist, dass der Beihilfezuschuss nicht ohne Weiteres von den Beihilfestellen ausgezahlt wird. Sowohl nach der BBhV als auch nach der nordrhein-westfälischen Beihilfenverordnung ist die Stellung eines gesonderten Antrags erforderlich. Betroffene sollten also möglichst frühzeitig einen solchen Antrag bei der Beihilfestelle stellen, um ihren Anspruch zu sichern!

Für den Fall, dass der Zuschuss nicht gewährt wird oder zu gering ausfällt, empfiehlt es sich zu prüfen, ob hiergegen ggf. mit anwaltlicher Hilfe Widerspruch eingelegt werden sollte. ■

FRANZISKA LANGENBACH
Rechtsanwältin

Streikrecht für Beamte?

Das Streikverbot für Beamte war über Jahrzehnte eines der unangefochtenen Prinzipien des deutschen Beamtenrechts. Unter Verweis auf die »hergebrachten Grundsätze des Beamtentums«, die durch Art. 33 Abs. 5 des Grundgesetzes gewährleistet werden, wird nach höchstrichterlicher Rechtsprechung deutschen Beamten seit jeher das Recht an der Teilnahme an einem Streik abgesprochen.

Begründet wird dies mit der Dienst-, Treue- und Gehorsamspflicht, die dem Beamten gegenüber seinem Dienstherrn obliegt. Das Beamtenverhältnis ist u.a. dadurch geprägt, dass sich der Beamte seinem Dienstherrn mit voller Arbeitsleistung zur Verfügung stellt und seine Dienstpflichten nach Kräften erfüllt. Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist es mit diesem Leitbild nicht zu vereinbaren, dass Beamte – wie Arbeitnehmer – wirtschaftliche Kampf- und Druckmittel, wie z.B. den kollektiven Arbeitskampf, zur Durchsetzung eigener Interessen einsetzen.

Dieser Grundsatz ist nun durch die europäische Rechtsprechung in Frage gestellt worden. Mit den beachtlichen Entscheidungen einiger Verwaltungsgerichte ist die Diskussion über das Streikverbot für Beamte in jüngster Zeit neu angestoßen worden. Nachdem der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in mehreren gegen die Türkei geführten Verfahren das durch die Europäische Menschrechtskonvention (EMRK) gewährleistete Streikrecht gestärkt hatte, sahen die Verwaltungsgerichte Kassel und Düsseldorf in dem für beamtete Lehrer geltenden Streikverbot eine Verletzung der EMRK.

Unter Bezugnahme auf zwei Entscheidungen des EGMR aus den Jahren 2008 und 2009 führt das Verwaltungsgericht Kassel in seinem Urteil vom 27.07.2011 (Az. 28 K 574/10.KS.D) aus, dass ein Streikverbot gemäß Art. 11 Abs. 2 EMRK unzulässig sei, sofern es sich allgemein auf alle im öffentlichen Dienst tätigen Personen beziehe. Das Streikverbot für Beamte sei unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR dahingehend zu verstehen, dass es nur für solche Beamte gelten könne, die im hoheitlichen Bereich der Staatsverwaltung (etwa Mitglieder der Polizei) tätig seien.

Nach Auffassung des Verwaltungsgerichts Kassel gehören Lehrer nicht zu dieser Personengruppe, da sie nicht zwingend hoheitliche Aufgaben ausführen würden. Zur Begründung wird angeführt, dass vielfach Lehrkräfte im Angestelltenverhältnis beschäftigt seien, die dieselben Aufgaben ausübten wie beamtete Lehrer. Dass angestellte Lehrer in den Arbeitskampf treten dürften, während beamteten Lehrern die Teilnahme an einem Streik untersagt sei, stelle einen Verstoß gegen die EMRK dar. Die Geltung des Streikverbots müsse sich nach der konkreten Tätigkeit der im öffentlichen Dienst stehenden Personengruppe und nicht allein nach deren Status als Beamter oder Angestellter richten.

Ähnlich wie das Verwaltungsgericht Kassel hat sich auch das Verwaltungsgericht Düsseldorf in seinem Urteil vom 15.12.2010 (Az. 31 K 3904/10.O) aufgrund der Rechtsprechung des EGMR für eine Einschränkung des Streikverbots für beamtete Lehrer ausgesprochen. Diese Entscheidung ist jedoch durch das jüngste Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen (OVG NRW) vom 07.03.2012 (Az. 3d A 317/11.O) aufgehoben worden. Das OVG NRW hat in dem Berufungsverfahren das Streikrecht für Beamte in Deutschland abgelehnt und die Verhängung einer Disziplinarmaßnahme gegen eine Lehrerin für rechtmäßig erachtet, die ohne Genehmigung vom Unterricht ferngeblieben war, um an einem Streik teilzunehmen.

In seiner Begründung betont das OVG NRW, dass die Unzulässigkeit des Beamtenstreiks nach wie vor einen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums darstelle, der verfassungsrechtlich geschützt sei. Es bestünden grundlegende Unterschiede zwischen einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis und dem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis eines Beamten. Insbesondere stehe dem Beamten hinsichtlich seiner Besoldung keine verhandelbare und tariffähige Position zu. Da die Beamtenbesoldung sich aus der Alimentationspflicht des Dienstherrn ergebe und einseitig durch Gesetz festgesetzt werde, sei das Beamtenverhältnis nicht vom Prinzip der Arbeitskampfparität beherrscht, das gerade für das private Arbeitsrecht charakteristisch sei.

Die von den Instanzgerichten vorgenommene Differenzierung zwischen denjenigen Beamten, die im Kernbereich hoheitliche Aufgaben wahrnehmen und solchen Beamten, die überwiegend andere Funktionen ausüben, teilt das OVG NRW nicht. Das aus der Treuepflicht resultierende Streikverbot gelte »statusbezogen« für sämtliche Beamte, unabhängig von ihrer Funktion. Eine Mischform sehe das deutsche Beamtenrecht nicht vor. Das OVG NRW sieht in dem Streikverbot auch keine Verletzung der EMRK. Die Entscheidungen des EGMR zum türkischen Streikrecht hält es im Hinblick auf die Besonderheiten des deutschen Beamtenrechts für nicht anwendbar.

Das Oberverwaltungsgericht für das Land Niedersachsen hat sich in der Zwischenzeit inhaltlich der Entscheidung des OVG NRW angeschlossen. Da Rechtsmittel gegen das Urteil des OVG NRW eingelegt wurden, bleibt abzuwarten, wie das Bundesverwaltungsgericht diese Rechtsfrage beurteilt.

Solange höchstrichterlich nichts anderes entschieden ist, müssen Beamte damit rechnen, dass der Dienstherr bei der ungenehmigten Teilnahme von Beamten an Maßnahmen des Arbeitskampfes Disziplinarverfahren gegen die betreffenden Beamten einleiten wird. Kommt es zur Verhängung einer Disziplinarmaßnahme, ist – gegebenenfalls mit anwaltlicher Beratung – zu prüfen, ob hiergegen Rechtsmittel eingelegt werden. ■

Erstattung von Reisekosten für Lehrer bei Klassenfahrten

KLAUS KETTNER
Fachanwalt für Arbeits- und Sozialrecht

Die Durchführung von Klassenfahrten darf nicht davon abhängig gemacht werden, dass die mitfahrenden Lehrer vorab auf die Erstattung ihrer Reisekosten verzichten. Dies hat das Bundesarbeitsgericht am 16.10.2012 in einem von uns geführten Verfahren entschieden (9 AZR 183/11). In Nordrhein Westfahlen wurden Schulfahrten nur genehmigt, wenn die Lehrer vorab auf die Erstattung der Reisekosten verzichteten. Mit diesem Verfahren war eine von uns vertretene angestellte Lehrerin nicht einverstanden. Nachdem ihre Klage in der ersten Instanz ohne Erfolg war, haben das Landesarbeitsgericht Hamm und nunmehr das Bundesarbeitsgericht diese Praxis für rechtswidrig erachtet. Die Lehrer hätten nur die Wahl zwischen zwei Übeln. Sie könnten entweder auf die Rückerstattung ihrer Auslagen verzichten oder aber die Verantwortung dafür übernehmen, dass es keine Schulfahrten gebe. Hierin sah das Bundesarbeitsgericht eine Verletzung der Fürsorgepflicht, vor allem weil die Schulfahrten Bestandteile der Bildungs- und Erziehungsarbeit seien.

Eine entsprechende Entscheidung hat das Oberverwaltungsgericht NRW in einer Entscheidung vom 14.11.2012 (1 A 1579/10) für eine verbeamtete Lehrerin gefällt. Gegen dieses Urteil des Oberverwaltungsgerichtes ist die Revision zum Bundesverwaltungsgericht möglich. Es ist jedoch zu hoffen, dass das Land NRW seine bisherige Verwaltungspraxis ändert, da sowohl die Arbeitsgerichtsbarkeit für angestellte Lehrer als nun auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit für verbeamtete Lehrer zu Recht einen groben Verstoß gegen die Fürsorgepflicht erkannt haben. ■

KLAUS KETTNER
Fachanwalt für Arbeits- und Sozialrecht

Kettenbefristungen können rechtsmissbräuchlich sein

Arbeitsverträge dürfen befristet werden, wenn die Befristung durch einen sogenannten sachlichen Grund begründet ist. Ein typischer Befristungsgrund ist die Vertretung eines vorübergehend verhinderten Arbeitnehmers, z. B. durch eine länger anhaltende Krankheit oder durch eine Elternzeit. Größere Arbeitgeber im Bereich des öffentlichen Dienstes haben ständig Vertretungsbedarf, da ständig Arbeitnehmer ausfallen. Wenn ein ständiger Vertretungsbedarf überwiegend durch unbefristete Einstellungen befriedigt werden könnte, z. B. durch die Einstellung einer Vertretungsreserve, ist es ärgerlich, wenn bestimmte Arbeitnehmer immer wieder lediglich befristet zur Vertretung eingestellt werden und so nie zu einer sozialen Sicherheit bezüglich ihres Arbeitsplatzes gelangen können.

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat auf Vorlage des Bundesarbeitsgerichts geprüft, ob die befristete Beschäftigung von Arbeitnehmern gegen Europäisches Recht verstößt, wenn ein ständiger Vertretungsbedarf besteht. Der EuGH antwortete mit Urteil vom 26.01.2012 (C-586/10), dass der Umstand, dass ein Arbeitgeber wiederholt oder sogar dauerhaft auf befristete Vertretungen zurück greife, weder der Annahme eines sachlichen Grundes im Sinne des Europäischen Rechtes entgegen stehe, noch einen Missbrauch der Möglichkeit der befristeten Beschäftigung darstelle. Dennoch müsse in jedem Einzelfall auch bei Vorliegen eines sachlichen Grundes zur Befristung von Arbeitsverträgen geprüft werden, ob es Hinweise auf einen Missbrauch der befristeten Beschäftigung gebe. Bei der Prüfung, ob eine Befristung rechtsmissbräuchlich ist, müssten Zahl und Dauer der mit demselben Arbeitgeber geschlossenen aufeinander folgenden Verträge berücksichtigt werden.

Auf dieser Grundlage hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass die befristete Beschäftigung einer Justizangestellten über mehr als 10 Jahre aufgrund von insgesamt 13 befristeten Arbeitsverträgen dafür spreche, dass das beklagte Land die an sich mögliche Befristung zur Vertretung rechtsmissbräuchlich ausgenutzt hat. Allerdings müsse dem beklagten Land Gelegenheit gegeben werden, Umstände vorzutragen, die der Annahme eines Rechtsmissbrauches entgegen stehen. Das Bundesarbeitsgericht hat die Rechtssache also nicht endgültig entschieden (Urteil vom 18.07.2012 – 7 AZR 743/09 –).

Am gleichen Tag hat das Bundesarbeitsgericht allerdings eine Klage einer Arbeitnehmerin auf unbefristete Weiterbeschäftigung abgewiesen, die in einem Zeitraum von mehr als sieben Jahren aufgrund von vier befristeten Arbeitsverträgen tätig war. Die Gesamtdauer der Beschäftigung von sieben Jahren und neun Monaten bei einer Anzahl von vier Befristungen gäbe keine Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs (Urteil vom 18.07.2012 – 7 AZR 783/10 –).

Diese neue Rechtsprechung gibt für Beschäftigte, die aufgrund einer Kette von befristeten Arbeitsverträgen über mehrere Jahre beschäftigt werden, einen Hoffnungsschimmer auf Durchsetzung einer unbefristeten Beschäftigung. Sie bleibt allerdings unklar und gibt keine klaren Anhaltspunkte dafür, wann ein Rechtsmissbrauch vorliegen soll und wann nicht. Es ist leider weiterhin möglich, dass Beschäftigte in befristeten Arbeitsverträgen arbeiten müssen, obwohl ohne Weiteres eine unbefristete Beschäftigung möglich wäre. Im Einzelfall lohnt es sich jedoch immer, die Wirksamkeit einer Befristung rechtlich prüfen zu lassen, wenn ein Beschäftigter über mehrere Jahre aufgrund von mehreren befristeten Arbeitsverträgen arbeiten muss. Die Unwirksamkeit einer Befristung kann immer nur bis spätestens drei Wochen nach Ablauf der vereinbarten Befristung geltend gemacht werden. Bis zu diesem Zeitpunkt muss Klage vor dem Arbeitsgericht erhoben werden. Die Überprüfung ist auch dann nicht möglich, wenn man bereits zuvor einen neuen Vertrag unterschrieben hat. Wird also eine weitere befristete Beschäftigung angeboten und hat man Zweifel an der Wirksamkeit der vorherigen Befristung, sollte man die letzte Befristung rechtlich prüfen lassen, bevor der neue Arbeitsvertrag unterschrieben wird. ■

KLAUS KETTNER
Fachanwalt für Arbeits- und Sozialrecht

Tarifliche Unkündbarkeit greift auch bei Outsourcing

Nach § 34 Abs. 2 TVöD bzw. TV-L können Beschäftigte nach Vollendung des 40. Lebensjahres und einer Beschäftigungszeit von mehr als 15 Jahren nur aus wichtigem Grunde gekündigt werden. Eine normale betriebsbedingte ordentliche Kündigung aufgrund einer unternehmerischen Entscheidung, nach welcher der Arbeitsplatz wegfällt, ist nicht mehr möglich. Ein wichtiger Grund im Sinne der tariflichen Vorschrift liegt z.B. dann vor, wenn ein Arbeitnehmer den Arbeitgeber bestohlen hat. Auch betriebliche Gründe können nach ständiger Rechtsprechung ausnahmsweise einen wichtigen Grund darstellen, wenn das Arbeitsverhältnis ansonsten nur als leere Hülse fort bestehen würde und eine Weiterbeschäftigung oder Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses unter keinen Umständen möglich ist. Hierbei handelt es sich jedoch um Ausnahmefälle.

Das LAG Hamm hat in einer Entscheidung vom 18.11.2010 (8 Sa 483/10) die Kündigung einer Beschäftigten für unwirksam gehalten, die im Bereich der Kasse und als Reinigungskraft tätig war. Die Arbeitgeberin hatte die unternehmerische Entscheidung getroffen, die Aufgaben der Klägerin im Bereich der Kasse und Kundenbetreuung mit der Aufstellung eines Kassenautomaten entfallen zu lassen und die Reinigungsarbeiten outzusourcen. Die Arbeitgeberin sah einen wichtigen Grund für die Kündigung der tariflich unkündbaren Arbeitnehmerin als gegeben an, da eine Weiterbeschäftigung unter keinen Umständen mehr möglich war. Dem entgegen hat das LAG Hamm ausgeführt, dass ein Arbeitgeber tariflich unkündbarer Arbeitnehmer ggf. verpflichtet sei, diesen im Wege der Personalgestellung neue Aufgaben zuzuweisen. Die Klägerin könne im Wege der Personalgestellung bei der neu beauftragten Reinigungsfirma arbeiten. Etwaige Kostendifferenzen habe die Beklagte im Hinblick auf die eingegangene vertragliche Bindung und Zusage der tariflichen Unkündbarkeit hinzunehmen.

In einer ähnlichen Entscheidung hat das LAG Berlin-Brandenburg am 07.02.2012 (7 Sa 2164/11) einen Arbeitgeber nicht für berechtigt gehalten, das Arbeitsverhältnis einer Reinigungskraft durch außerordentliche Kündigung zu beenden, nachdem er im Rahmen von Umstrukturierungen die unternehmerische Entscheidung getroffen hatte, Reinigungsarbeiten nicht mehr durch eigene Kräfte durchzuführen. Die beklagte Arbeitgeberin könne sich nicht ohne Weiteres von ihrer tariflichen und vertraglichen Bindung lossagen und müsse die ordentliche Unkündbarkeit der Reinigungskraft bereits bei der Erstellung ihres unternehmerischen Konzeptes in Rechnung stellen.

Festzuhalten bleibt, dass bei einer tariflichen ordentlichen Unkündbarkeit eine betriebsbedingte Kündigung nicht ohne Weiteres als außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslauffrist möglich ist, wenn gegenüber einem ordentlich kündbaren Beschäftigten eine betriebsbedingte Kündigung aufgrund unternehmerischer Entscheidung möglich wäre. Ist vertraglich oder tariflich eine ordentliche Unkündbarkeit gegeben, muss der oder die Arbeitgeber/in alles versuchen, um den Bestand des Arbeitsverhältnisses zu erhalten. ■

KLAUS KETTNER
Fachanwalt für Arbeits- und Sozialrecht

Urlaub bei lang anhaltender Krankheit

Arbeitnehmer erwerben auch bei lang anhaltender Krankheit in jedem Jahr Urlaubsansprüche. Diese verfallen jedoch nach einer gewissen Zeit, wenn der Urlaub wegen der fortdauernden Krankheit nicht genommen werden kann. Bezüglich des Verfalles ist zwischen dem gesetzlichen Mindesturlaub von vier Wochen (24 Tage bei einer Sechs-Tage-Woche) und dem tariflichen Mehrurlaub zu unterscheiden.

Der gesetzliche Mindesturlaub von vier Wochen verfällt erst 15 Monate nach Ablauf des jeweiligen Urlaubsjahres (Kalenderjahres). Dies bedeutet z. B., dass der Urlaubsanspruch aus dem Jahre 2012 mit Ablauf des 31.03.2014 verfällt, wenn er zuvor nicht genommen wurde. Dies hat das Bundesarbeitsgericht in einer Entscheidung vom 07.08.2012 (9 AZR 353/10) klargestellt.

Etwas anderes gilt bezüglich des tariflichen Mehrurlaubes im öffentlichen Dienst nach § 26 des Tarifvertrages für den öffentlichen Dienst (TVöD) oder § 26 des Tarifvertrages der Länder (TV-L). Nach § 26 II a der vorgenannten Tarifverträge muss Erholungsurlaub im Falle seiner Übertragung bis zum 31.05. des Folgejahres angetreten werden, wenn er wegen Arbeitsunfähigkeit nicht bis zum 31.03. des Folgejahres angetreten werden konnte. Diese Regelungen haben für den tariflichen Mehrurlaub Gültigkeit. Sie verstoßen nicht gegen europäisches Recht, da durch das Europarecht nur der gesetzliche Mindesturlaub geschützt wird. Der über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehende Urlaub verfällt also wie im Tarifvertrag vorgesehen bei lang anhaltender Krankheit mit Ablauf des 31.05. des Folgejahres, während der gesetzliche Mindesturlaub von vier Wochen wie oben dargestellt noch bis zum Ablauf von 15 Monaten nach Ablauf des Urlaubsjahres genommen werden kann.

Der Europäische Gerichtshof hatte im Jahre 2009 entschieden, dass der nach dem Bundesurlaubsgesetz vorgesehene Verfall des Urlaubs mit Ablauf des 31.03. des Folgejahres im Falle lang anhaltender Krankheit europarechtswidrig ist. Diese Entscheidung hatte viele Fragen aufgeworfen, die durch die oben dargestellten Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichtes nunmehr geklärt sind. Es ist durchaus zu begrüßen, dass sich Erholungsurlaub bei lang anhaltender Krankheit nicht über mehrere Jahre summieren kann. Wäre dies der Fall, sähen sich die öffentlichen Arbeitgeber gehalten, solche Arbeitsverhältnisse wegen lang anhaltender Arbeitsunfähigkeit zu kündigen, um nicht bei Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit für mehrere Jahre Urlaub gewähren zu müssen, ohne eine Gegenleistung erlangt zu haben. Insofern ist es für die Arbeitnehmer durchaus von Vorteil, wenn nach Beendigung einer mehrere Jahre andauernden Krankheit nicht noch die Urlaubsansprüche aus mehreren Jahren bestehen bleiben. ■

KLAUS KETTNER
Fachanwalt für Arbeits- und Sozialrecht

Berechnung der Jahressonderzahlung bei Arbeitsverhältnissen mit Unterbrechungen

Nach den Tarifverträgen für den öffentlichen Dienst (TVöD und TV-L) haben Beschäftigte, die am 01. Dezember in einem Arbeitsverhältnis stehen, Anspruch auf eine Jahressonderzahlung. Dieser Anspruch verringert sich um 1/12 für jeden Monat, in dem der Arbeitnehmer keinen Entgeltanspruch hat.

Umstritten war die Höhe der Jahressonderzahlung, wenn ein Arbeitnehmer in einem Jahr mehrere befristete Arbeitsverhältnisse zu demselben Arbeitgeber hatte, die nicht ohne Unterbrechung aufeinander folgten. Seitens der Arbeitgeber wurde die Auffassung vertreten, dass bei der Berechnung der Jahressonderzahlung nur das Arbeitsverhältnis zählte, welches noch am 01.12. des Jahres bestand.

Diese Rechtsauffassung findet keine Stütze in den tariflichen Regelungen. Das Bundesarbeitsgericht hat am 12.12.2012 (10 AZR 922/12) für den Bereich des Tarifvertrages der Länder (TV-L) entschieden, dass für die Höhe des Anspruches auf eine Jahressonderzahlung alle Arbeitsverhältnisse zu berücksichtigen sind, die im Kalenderjahr zu demselben Arbeitgeber bestanden haben. Im vorliegenden Fall war eine Arbeitnehmerin zunächst von Oktober 2008 bis zum 16.08.2009 und sodann vom 31.08.2009 bis zum 27.08.2010 beschäftigt worden. Das beklagte Land zahlte für das Jahr 2009 eine anteilige Sonderzahlung, ohne den ersten befristeten Arbeitsvertrag zu berücksichtigen. Da die Klägerin jedoch für jeden Monat des Jahres 2009 einen Entgeltanspruch hatte, kam eine Kürzung nicht in Betracht.

Diese Rechtsprechung dürfte ohne Weiteres auf den Tarifvertrag für den Bereich der Kommunen und des Bundes (TVöD) zu übertragen sein. Wieder einmal hat der öffentliche Dienst versucht, auf Kosten der eh schon benachteiligten befristet Beschäftigten Ausgaben zu sparen. ■

KLAUS KETTNER
Fachanwalt für Arbeits- und Sozialrecht

Nichtberücksichtigung von Mutterschutzzeiten bei der Zusatzversorgung verfassungswidrig

Das Bundesverfassungsgericht hat mit Beschluss vom 28.04.2011 (1 BvR 1409/10) eine bis 2001 geltende Regelung der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder für verfassungswidrig erklärt, nach der Zeiten des Mutterschutzes nicht bei der Berechnung der Betriebsrente berücksichtigt wurden.

Bereits nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes aus dem Jahr 2005 mussten Mutterschutzzeiten, die nach dem 17.05.1990 lagen, angerechnet werden. Diese Entscheidung haben die Tarifvertragsparteien mit dem Änderungstarifvertrag Nr. 5 zum Tarifvertrag über die zusätzliche Altersvorsorge im öffentlichen Dienst umgesetzt. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes geht darüber hinaus, weil nunmehr auch Zeiten des Mutterschutzes vor dem 18.05.1990 bei der Berechnung der Betriebsrente berücksichtigt werden müssen.

Wir raten daher, bereits jetzt formlos vorsorglich einen Antrag auf Berücksichtigung von Mutterschutzzeiten auch für Zeiten vor dem 18.05.1990 zu stellen. ■

KLAUS KETTNER
Fachanwalt für Arbeits- und Sozialrecht

Anspruch auf Verringerung der Sollarbeitszeit wegen Feiertagen bei Angestellten, die nach einem Dienstplan arbeiten

Nach § 6 III S. 3 TVöD ist die Sollarbeitszeit von Arbeitnehmern, die an gesetzlichen Feiertagen dienstplanmäßig frei haben und ihre Arbeitszeit an anderen Tagen erbringen müssen, um die dienstplanmäßig ausfallenden Stunden zu verringern.

Die Vorschrift ist so zu verstehen, dass Beschäftigte, die feiertagsunabhängig allein wegen einer Dienstplangestaltung an einem Wochenfeiertag frei haben, in den Genuss einer dem Feiertag gleichwertigen bezahlten Freizeit kommen sollen. Sie sollen den Beschäftigten, die in Folge des Feiertags frei haben und Entgeltfortzahlung erhalten, gleichgestellt werden. Dies hat das Bundesarbeitsgericht in einem Urteil vom 08.12.2010 (5 AZR 667/09) festgestellt. Der Kläger war als Flugzeugabfertiger beschäftigt und hatte am 01.11.2006 (Allerheiligen) und 07.06.2007 (Fronleichnam) dienstplanmäßig frei. Das Bundesarbeitsgericht hat klargestellt, dass er deshalb einen Anspruch auf Verminderung der Sollarbeitszeit hatte. Er soll allerdings keinen Anspruch auf eine Zeitgutschrift auf einem Arbeitszeitkonto haben, wenn er die Verminderung der Sollarbeitszeit nicht geltend gemacht hat und diese nicht durchgeführt wurde.

Bei der Dienstplangestaltung ist also darauf zu achten, dass sich die Wochenarbeitszeit für alle Beschäftigten bei einem Wochenfeiertag um einen Arbeitstag verringert. Dies gilt unabhängig davon, ob bei der Dienstplanung gezielt Feiertage ausgespart werden oder ob Beschäftigte laut Dienstplan auch ohne den Feiertag an diesem Tag nicht gearbeitet hätten. Alle sollen in den Genuss eines bezahlten freien Tages kommen.

In gleicher Weise ist die wortgleiche Regelung des § 6 III S. 3 TV-L anzuwenden. ■

KLAUS KETTNER
Fachanwalt für Arbeits- und Sozialrecht

Beteiligungsrechte des Personalrates im Zusammenhang mit der Beschäftigung von Lehrbeauftragten

In der bis Juli 2011 geltenden Fassung des LPVG waren Lehrbeauftragte von der Anwendung des Gesetzes ausgenommen. Selbst im Gesetzesentwurf der Landesregierung vom 04. April 2011 zur Änderung des LPVG galt dies noch für alle Lehrbeauftragten. Erst im Zusammenhang mit den Beratungen über das Gesetz kam es zu einer Differenzierung, die letztlich Eingang in das Änderungsgesetz zur Änderung des Landespersonalvertretungsgesetzes vom 05.07.2011 gefunden hat. Nunmehr gelten Lehrbeauftragte mit einem Lehrumfang von unter vier Lehrveranstaltungsstunden nicht als Beschäftigte im Sinne des LPVG. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass Lehrbeauftragte mit einer Beschäftigung von vier und mehr Semesterwochenstunden im Wege der gesetzlichen Fiktion Beschäftigte der Hochschule im personalvertretungsrechtlichen Sinne sind. Ziel der Gesetzesänderung war es, Beschäftigte nicht von der Geltung des LPVG auszuschließen, die in der Praxis auf Grund der bestehenden Beschäftigungsverhältnisse besonders schutzwürdig sind, wie insbesondere die »nur – Lehrbeauftragten« im Wissenschaftsbereich der Hochschulen.

Als Konsequenz hat das Verwaltungsgericht Aachen am 27.04.2012 (16 K 1027/12.PVL) entschieden, dass die Vergabe eines Lehrauftrages mit vier und mehr Semesterwochenstunden der Mitbestimmung bei Einstellung unterliegt.

Darüber hinaus werden sich weitere Beteiligungsrechte finden lassen, die dazu genutzt werden können, die rechtliche Situation von Lehrbeauftragten zu verbessern. So hat der Personalrat nach § 72 IV Zif. 5 LPVG bei Fragen der Gestaltung des Entgeltes innerhalb der Dienststelle mitzubestimmen, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht. Der Personalrat hat somit nunmehr die Möglichkeit, ein Eingruppierungssystem für Lehrbeauftragte vorzuschlagen und mit der Dienststelle zu verhandeln. Da die Lehrbeauftragten keine Arbeitnehmer im Sinne des Tarifrechtes sind und somit keine tariflichen Eingruppierungsmerkmale für Lehrbeauftragte existieren, besteht hier ein Mitbestimmungs- und Initiativrecht des Personalrates. Auf diese Weise kann der ungleichen und willkürlichen Behandlung von Lehrbeauftragten entgegnet werden. Die Personalräte der wissenschaftlichen Mitarbeiter sollten überlegen, wie das LPVG zur Verbesserung der Situation von Lehrbeauftragten genutzt werden kann. ■

KLAUS KETTNER
Fachanwalt für Arbeits- und Sozialrecht

Wählbarkeit von Beschäftigten des öffentlichen Dienstes in den Betriebsrat von Privatbetrieben

Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes, die mindestens sechs Monate in einem Privatbetrieb tätig sind, können dort in den Betriebsrat gewählt werden.

Seit dem Tarifwechsel im öffentlichen Dienst in den Jahren 2005 und 2006 ist die so genannte Personalgestellung tarifvertraglich geregelt. Werden die Aufgaben der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes vom öffentlichen Dienstgeber zu einem Dritten verlagert, ist auf Verlangen des öffentlichen Arbeitgebers bei einem weiterbestehenden Arbeitsverhältnis die arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitsleistung bei einem Dritten, häufig bei Privatbetrieben, zu erbringen. Dieses Mittel der Personalgestellung wird häufig im Rahmen von Auslagerung von Aufgaben auf private Unternehmen genutzt. Problematisch war in diesen Fällen die personalvertretungsrechtliche Stellung der Beschäftigten.

Die Wählbarkeit in den Betriebsrat von Privatbetrieben ist auf Grund einer gesetzlichen Änderung mittlerweile geklärt. Nach § 5 I S. 3 des Betriebsverfassungsgesetzes gelten auch Beamte sowie Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes als Arbeitnehmer im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne, wenn sie in Betrieben privatrechtlich organisierter Unternehmen tätig sind. Wahlberechtigt sind alle Arbeitnehmer eines Betriebes, die das 18. Lebensjahr vollendet haben. Gehören diese sechs Monate dem Betrieb an, sind sie auch wählbar.

Beamte und Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes können daher, obwohl sie in keinem Arbeitsverhältnis zu einem privaten Unternehmen stehen, nach sechs Monaten Betriebszugehörigkeit in den Betriebsrat gewählt werden. Voraussetzung ist allein, dass sie in den Betrieb eingegliedert sind (Bundesarbeitsgericht vom 15.08.2012 – 7 ABR 34/11 –). ■

KLAUS KETTNER
Fachanwalt für Arbeits- und Sozialrecht

Weiterbeschäftigung von Jugendvertretern zu geänderten Arbeitsbedingungen

Verlangt ein Jugend- und Auszubildendenvertreter innerhalb der letzten drei Monate vor Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses schriftlich vom Arbeitgeber seine Weiterbeschäftigung, so gilt zwischen dem Auszubildenden und dem Arbeitgeber im Anschluss an das erfolgreiche Ausbildungsverhältnis ein unbefristetes Arbeitsverhältnis als begründet (§ 9 II BPersVG; § 7 III LPVG NW). In diesen Fällen kann der öffentliche Arbeitgeber die Auflösung des Arbeitsverhältnisses beim Verwaltungsgericht beantragen, wenn ihm die Weiterbeschäftigung des Jugend- und Auszubildendenvertreters nicht zugemutet werden kann (§ 9 IV BPersVG; §7 V LPVG NW). Die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ist grundsätzlich dann unzumutbar, wenn der Arbeitgeber dem Jugendvertreter zum Zeitpunkt der Beendigung der Berufsausbildung keinen ausbildungsadäquaten Dauerarbeitsplatz bereitstellen kann, d. h., wenn kein freier ausbildungsadäquater Arbeitsplatz vorhanden ist.

Hat der Jugendvertreter dem öffentlichen Arbeitgeber frühzeitig zu erkennen gegeben, dass er hilfsweise bereit ist, zu geänderten Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigt zu werden, muss der öffentliche Arbeitgeber auf derartige Änderungswünsche eingehen, wenn unter diesen Bedingungen eine Weiterbeschäftigung möglich ist. Der Jugendvertreter muss dem öffentlichen Arbeitgeber insoweit allerdings frühzeitig mitteilen, zu welchen abweichenden Bedingungen er sich eine Weiterbeschäftigung vorstellen kann (Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 18.01.2012, 6 PB 21.11). ■