

Verzicht auf Weiterbeschäftigungsanspruch durch Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages

Ob der Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages durch einen Jugendvertreter innerhalb der letzten drei Monate vor Ausbildungsende als Verzicht auf den Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 9 Abs. 2 BayPVG zu werten ist, hängt entscheidend von dem Wortlaut und den Begleitumständen der Erklärung ab und ist durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln.

Ein außerhalb der Dreimonatsfrist des Art. 9 Abs. 2 BayPVG geäußertes Übernahmeverlangen ist formunwirksam.

Unterzeichnet der Jugendvertreter eindeutig und unbedingte einen befristeten Arbeitsvertrag, so kann ein nachträglich geäußelter Vorbehalt den hiermit zum Ausdruck gebrachten Verzicht auf Übernahme in ein unbefristetes Vollzeitverhältnis nicht mehr rückgängig machen.

(Leitsätze der Schriftleitung)

VGH Bayern, Beschluss v. 17.10.2011 – 17 P 11.1085 –

Zum Sachverhalt

Der Antragsteller wendet sich gegen seine Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung der Beteiligten zu 1, Frau Er ist der Vorstand der Klinik K.... Die Beteiligte zu 1 ist Mitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung der Klinik, der Beteiligte zu 2 der Personalrat der Klinik und der Beteiligte zu 3 die Jugend- und Auszubildendenvertretung.

Die Beteiligte zu 1 hat ihre Ausbildung zur Gesundheits- und Krankenpflegerin an der Berufsfachschule für Krankenpflege, die der Klinik angeschlossen ist, am 30. September 2010 erfolgreich abgeschlossen. Bereits im April 2010 machte sie erstmals ihre Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis nach Art. 9 BayPVG geltend. Daraufhin teilte der Antragsteller mit Schreiben vom 24. Juni 2010 den Beteiligten zu 1 bis 3 mit, dass nur eine geringe Anzahl von Stellen für befristete Übernahmen zur Verfügung stünden. Am 2. August 2010 bat er den Beteiligten zu 2 um Zustimmung zur befristeten Einstellung der Beteiligten zu 1 für die Zeit vom 1. Oktober 2010 bis zum 30. September 2011. Der Beteiligte zu 2 stimmte unter dem 4. August 2010 der Maßnahme zu mit der Maßgabe, dass der Befristung nicht zugestimmt werde, da diese nicht im Einklang mit Art. 9 Abs. 2 BayPVG stehe. In der Folgezeit schlossen der Antragsteller und die Beteiligte zu 1 einen auf den 10. August 2010 datierten Arbeitsvertrag, der nach § 14 Abs. 2 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) auf den Zeitraum vom 1. Oktober 2010 bis 30. September 2011 befristet war. Die Beteiligte zu 1 sollte in Vollzeit eingestellt werden. Nach Angaben der Beteiligten zu 1 hat diese den Vertrag am 17. August 2010 unterschrieben.

Mit Schreiben vom 18. August 2010 machte die Beteiligte zu 1 gegenüber dem Antragsteller ein Übernahmeverlangen nach Art. 9 Abs. 2 BayPVG geltend. Gleichzeitig brachte sie in dem Schreiben zum Ausdruck, dass sie den am 17. August 2010 unterschriebenen befristeten Arbeitsvertrag vorbehaltlich einer rechtlichen Klärung unterzeichnet habe.

Den am 11. Oktober 2010 beim Verwaltungsgericht Ansbach eingegangenen Antrag auf Feststellung, dass zwischen der Beteiligten zu 1 und dem Antragsteller kein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit nach Art. 9 Abs. 2 BayPVG zustande gekommen sei, deutete das Verwaltungsgericht nach Durchführung einer mündlichen Anhörung am 1. März 2011, fortgesetzt am 5. April 2011, in einen Antrag auf Feststellung um, dass ein bereits nach Art. 9 Abs. 2 BayPVG begründetes Arbeitsverhältnis aufgelöst werde und gab dem Antrag statt. Zur Begründung heißt es dazu im Wesentlichen, eine Weiterbeschäftigung der Beteiligten zu 1 könne dem Antragsteller unter Berücksichtigung aller Umstände nicht zugemutet werden. Ausbildungsgerechte Arbeitsplätze für eine unbefristete Weiterbeschäftigung seien beim Antragsteller nicht vorhanden. Es sei anerkannt, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses insbesondere dann nicht zumutbar sei, wenn der Arbeitgeber dem Auszubildenden zum Zeitpunkt der Beendigung der Berufsausbildung keinen auf Dauer angelegten Arbeitsplatz bereitstellen könne, der seiner Ausbildung entspreche und ihn sowohl hinsichtlich der rechtlichen Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses als auch hinsichtlich der Vergütung und der beruflichen Entwicklungsmöglichkeiten einem Beschäftigten gleichstelle, der vom Arbeitgeber für vergleichbare Tätigkeiten ausgewählt und eingestellt worden sei. Abzustellen sei dabei jeweils auf den Zeitpunkt der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses. Der Arbeitgeber sei auch nicht gehalten,

betriebliche oder finanzielle Vorkehrungen zu treffen, um Mitgliedern der Jugend- und Auszubildendenvertretung, die ihre Ausbildung beenden, auf deren Verlangen einen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen. Nach dem gesamten und auch nachvollziehbaren Vortrag des Antragstellers seien zum maßgeblichen Zeitpunkt keine entsprechenden Stellen frei gewesen (wird näher ausgeführt). Auch aufgelaufene Mehrarbeit- und Überstunden könnten einen Übernahmeanspruch nicht begründen, denn es sei allgemein anerkannt, dass es dem Arbeitgeber überlassen bleibe, ob er mit Überstunden arbeite oder ob er neue Stellen schaffe. Es seien keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass Art. 9 BayPVG dem Art. 7 der Richtlinie 2002/14/EG nicht entspreche. Die Entscheidung habe keinerlei Einfluss auf das zwischen der Beteiligten zu 1 und dem Antragsteller begründete befristete Arbeitsverhältnis. Daher sei auch eine Aussetzung des Verfahrens im Hinblick auf das Vorabentscheidungsersuchen des Bundesarbeitsgerichts vom 17. November 2010 (Az. 7 AZR 443/09) nicht veranlasst. Die Entscheidung über dieses Vorabentscheidungsersuchen sei nicht relevant für den vorliegenden Fall.

Gegen die den Beteiligten ausweislich des Empfangsbekennnisses jeweils am 13. April 2011 zugestellte Entscheidung erhoben die Beteiligten zu 1 bis 3 über ihre Bevollmächtigten am 9. Mai 2011 (Beteiligte zu 2 und 3) bzw. am 12. Mai 2011 (Beteiligte zu 1) Beschwerde.

Zur Begründung tragen die Beteiligten zu 2 und 3 im Wesentlichen vor, das Arbeitsverhältnis mit der Beteiligten zu 1 sei nicht aufgelöst, sondern bestehe auf unbestimmte Zeit fort. Die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sei dem Antragsteller nicht unzumutbar. Der Begriff der Unzumutbarkeit sei vor dem Hintergrund des Art. 7 der Richtlinie 2002/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2002 (Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 23.3.2002, Nr. L 80/29) eng auszulegen. Das habe das Verwaltungsgericht verkannt; zudem habe es die Frage nicht dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt. Ferner habe das Verwaltungsgericht auch § 4 Abs. 10 Krankenhausentgeltgesetz über die Förderungsfähigkeit bei der Schaffung neuer Arbeitsplätze im Pflegebereich nicht berücksichtigt. So seien beim Antragsteller in den Jahren 2010 und 2011 insgesamt 14 zusätzliche Vollzeitstellen in der Pflege geschaffen worden. Es bestehe eine Verpflichtung des Antragstellers zumindest eine dieser neuen Stellen für ein Mitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung vorzuhalten. Dies sei nicht erfolgt. Auch der Begriff der Unzumutbarkeit sei falsch ausgelegt worden. Es seien insofern die vom Bundesarbeitsgericht zu § 626 BGB entwickelten Grundsätze heranzuziehen. Der Antragsteller habe nicht alle ihm zumutbaren mildernden Mittel ausgeschöpft. Er habe insbesondere nicht hinreichend berücksichtigt, dass sich eine ganze Anzahl von Arbeitnehmern im Sonderurlaub befänden, langzeiterkrankt seien etc.. Jedenfalls bei einigen dieser Arbeitnehmer könne nicht mehr ernsthaft von einer Rückkehrmöglichkeit gesprochen werden. Im Übrigen habe der Antragsteller bei diesen Arbeitnehmern nicht nachgefragt, ob sie ggf. zurückkehren wollten. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts verlange Art. 9 BayPVG sehr wohl organisatorische Maßnahmen des Arbeitgebers zur Schaffung einer Beschäftigungsmöglichkeit für Mitglieder der Jugend- und Auszubildendenvertretung. Das gelte insbesondere bei einer – wie vorliegend – massiven Überstundenproblematik (hier: 8.686 geplante Mehrarbeitsstunden). Werde Art. 9 BayPVG richtlinienkonform ausgelegt, dann könne nicht zweifelhaft sein, dass zu den dem Arbeitgeber zumutbaren Vorkehrungen für eine Weiterbeschäftigung auch der Abbau laufend geleisteter Überstunden zähle. Dies sei in der Literatur im Rahmen des gleichlautenden § 78a BetrVG allgemein anerkannt. Im Rahmen des Art. 9 BayPVG könne nichts anderes gelten. Unabhängig hiervon bestehe aber ohnehin schon ein unbefristetes Arbeitsverhältnis, denn die Befristung im Arbeitsvertrag vom 10. August 2010 sei unwirksam; sie verstoße gegen Art. 9 BayPVG sowie gegen Europäisches Recht. Da das Verwaltungsgericht das Verfahren im Hinblick auf die Auswirkungen des Art. 7 der Richtlinie 2002/14/EG auf die Auslegung des Art. 9 BayPVG nicht ausgesetzt und nicht den EuGH angerufen habe, liege insofern auch ein Verstoß gegen den gesetzlichen Richter vor. Dementsprechend werde hilfsweise beantragt, das Verfahren auszusetzen und den EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens anzurufen.

Die Beteiligten zu 2 und 3 beantragen:

1. Der Beschluss des Verwaltungsgerichts Ansbach vom 5. April 2011 wird abgeändert.
2. Der Antrag wird zurückgewiesen.

Hilfsweise, dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) wird im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Art. 267 AEUV folgende Frage vorgelegt:

„Ist der Schutz der Arbeitnehmervertretung bei Ausübung ihrer Funktion hinreichend im Hinblick auf Art. 7 der Richtlinie 2002/14/EG, wenn in einer nationalen Vorschrift, wie Art. 9 BayPVG, für Arbeitnehmervertreter (Jugend- und Auszubildendenvertreter nach Ausbildungsende) zugelassen ist, dass der Arbeitgeber nach der Ausbildung ein Verlangen auf unbefristete Weiterbeschäftigung dieser als Arbeitnehmervertreter fungierenden Jugend- und Auszubildendenvertretung ablehnen kann, weil andere Mitarbeiter, deren Arbeitsverhältnisse seit Jahren ruhen oder welche suspendiert sind (Erwerbsunfähigkeit, Sonderurlaub, Langzeiterkrankung) jeweils einen theoretischen Anspruch auf Rückkehr in das Arbeitsverhältnis besitzen?“

Ist der Schutz insbesondere dann noch hinreichend und genießen diese jugendlichen Arbeitnehmervertreter noch genügend Sicherheit, wenn vom Arbeitgeber in der nationalen Vorschrift keinerlei Überprüfung gefordert wird, ob die Voraussetzung einer endgültigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei diesen Arbeitnehmern längst eingetreten ist, bzw. er den Sonderurlaub freiwillig gewährt, also ohne Verpflichtung?“

3. Der Gegenstandswert wird festgesetzt.

Die Beteiligte zu 1 führt zur Begründung ihrer Beschwerde aus, die Argumentation des Erstgerichts greife zu kurz. Tatsache sei, dass eine Vielzahl von Mitarbeitern mit „Rückkehroption“ bereits seit Jahren freigestellt sei und regelmäßig weitere Freistellungen erhalte. Es bestehe ein dauerhafter Personalbedarf zur Vertretung der beurlaubten Mitarbeiter. Es sei undenkbar, dass alle oder auch nur die Hälfte der beurlaubten Mitarbeiter zur gleichen Zeit auf einen Vollzeitarbeitsplatz zurückkehrten. Der entsprechende Beschäftigungsanspruch werde sich nicht gleichzeitig realisieren. Im Betrieb des Antragstellers bestehe eine erhebliche Zahl von Mehrarbeitsstunden. Das Personal reiche nicht aus. Daher seien für 2010 und 2011 fünf bzw. sieben weitere Vollzeitstellen für den Pflegedienst vorgeschlagen worden. Auch mit Blick auf Art. 9 Abs. 2 BayPVG sei die Übernahme der Beteiligten zu 1 in ein unbefristetes Beschäftigungsverhältnis für den Antragsteller nicht unzumutbar.

Die Beteiligte zu 1 beantragt:

1. Der Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichts Ansbach vom 5. April 2011 wird abgeändert.
2. Der Antrag des Antragstellers vom 8. Oktober 2010 wird abgewiesen.

Hilfsweise:

Das Verfahren wird ausgesetzt, bis eine Antwort des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) auf das Vorabentscheidungsersuchen des Bundesarbeitsgerichts vom 17. November 2010 (Az. 7 AZR 443/09) vorliegt.

Der Antragsteller beantragt sinngemäß:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Zur Begründung führt er im Wesentlichen aus, im Bereich Normalpflege existierten keine unbefristeten Stellen, die der Beteiligten zu 1 angeboten werden könnten. Insgesamt gebe es 105 Vollzeitstellen, von denen insgesamt 102,23 besetzt seien, davon 91,87 mit unbefristeten Vollzeitkräften. Es verbleibe damit ein Rest von 13,13 Vollzeitstellen. Dem stünden jedoch 27,59 Beschäftigte gegenüber, die langzeiterkrankt, in Sonderurlaub oder zeitweise verrentet seien. Der Antragsteller könne daher diese 13,13 Stellen nicht mit unbefristeten Arbeitsverhältnissen besetzen, sondern müsse diese Stellen offenhalten, da die theoretische Möglichkeit der Wiederbeschäftigung der genannten Personen gegeben sei. Eine Pflicht zur Rückfrage bei dem genannten Personenkreis, ob und ggf. wann sie in den Betrieb des Antragstellers zurückkehren wollten, bestehe nicht. Im Übrigen sei insofern mit Sicherheit keine verlässliche Antwort zu erwarten. Auch hinsichtlich der finanziellen Förderung neu geschaffener Stellen griffen die Beteiligten zu 2 und 3 zu kurz, denn es bleibe unberücksichtigt, dass neu eingerichtete Stellen ab dem Jahr 2012 vom Antragsteller zu 100 % selbst finanziert werden müssten. Vor diesem Hintergrund sei die Auflösungsentscheidung des Verwaltungsgerichts zu Recht ergangen, da eine unbefristete Beschäftigung der Beteiligten zu 1 dem Antragsteller nicht zumutbar sei. Dabei sei in der

Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes geklärt, dass die Unzumutbarkeit nicht im Sinne von § 626 BGB auszulegen sei. Die entsprechende frühere Rechtsprechung habe das Bundesarbeitsgericht zwischenzeitlich aufgegeben. Auf die Wirksamkeit der Befristungsklausel im Arbeitsvertrag vom 10. August 2010 komme es nicht an. Vor diesem Hintergrund sei auch eine Aussetzung des vorliegenden Verfahrens bis zur Entscheidung des EuGH über die Vorlagefrage des Bundesarbeitsgerichts nicht veranlasst. Auch eine Vorlage an den EuGH im Hinblick auf die Auslegung des Art. 9 BayPVG im Lichte des Art. 7 der Richtlinie 2002/14/EG sei nicht erforderlich, denn Art. 9 BayPVG entspreche § 78a BetrVG und garantiere europarechtskonformen Schutz für Mitglieder von Personalvertretungsorganen.

Der Beteiligte zu 4) hat sich nicht geäußert.

Der Senat hat die Beteiligten am 17. Oktober 2011 mündlich angehört.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Niederschrift über die mündliche Anhörung und die Gerichtsakten verwiesen.

Aus den Gründen

Die Beschwerde war mit der aus dem Tenor ersichtlichen Maßgabe zurückzuweisen.

Verlangt ein Auszubildender, der sich in einem Berufsausbildungsverhältnis nach dem Berufsbildungsgesetz, dem Krankenpflegegesetz oder dem Hebammengesetz befindet und Mitglied einer Personalvertretung oder einer Jugend- und Auszubildendenvertretung ist, 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 Berufsausbildungsverhältnis ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit als begründet (Art. 9 Abs. 2 BayPVG). Diese Übernahmeverpflichtung soll die Ämterkontinuität der in Art. 9 Abs. 1 BayPVG genannten Arbeitnehmervertretungen gewährleisten und den Amtsträger vor nachteiligen Folgen bei seiner Amtsführung während des Berufsausbildungsverhältnisses schützen. Die Vorschrift stellt eine besondere gesetzliche Ausformung des personalvertretungsrechtlichen Benachteiligungsverbots von Amtsträgern dar. Durch ein form- und fristgerechtes Übernahmeverlangen des Auszubildenden entsteht zwischen dem Arbeitgeber und dem Mitglied der in Art. 9 Abs. 1 BayPVG genannten Arbeitnehmervertretungen gemäß Art. 9 Abs. 2 BayPVG ein unbefristetes Vollzeitverhältnis in seinem Ausbildungsberuf.

In Bezug auf das Weiterbeschäftigungsverlangen nach Art. 9 Abs. 2 BayPVG ist allerdings zu beachten, dass der Auszubildende nicht verpflichtet ist, von seinem aus Art. 9 Abs. 2 BayPVG folgenden Recht Gebrauch zu machen; vielmehr kann er hiervon auch in freier Entscheidung absehen. Dem entspricht es, dass er ein geltend gemachtes Weiterbeschäftigungsverlangen bis zum Abschluss einer Berufsausbildung wirksam widerrufen kann. Ebenso wenig bestehen grundsätzliche Bedenken gegen die Wirksamkeit einer innerhalb der letzten drei Monate vor Ausbildungsende abgegebenen Erklärung, mit welcher der Jugendvertreter gegenüber dem Arbeitgeber auf seinen Weiterbeschäftigungsanspruch verzichtet. Eine solche Verzichtserklärung kann in beiderseitigem Interesse liegen, etwa wenn der Jugendvertreter für die Zeit nach Ausbildungsende bereits eine anderweitige Beschäftigungszusage hat und der Arbeitgeber über den Arbeitsplatz frühzeitig verfügen will. Eine solche Verzichtserklärung kann ausdrücklich, aber auch konkludent erfolgen (vgl. BVerwG vom 31.5.2005 Buchholz 250, § 9 BPersVG Nr. 24 = NZA-RR 2006, 613 m.w.N.). Insofern ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass der Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages durch den Jugendvertreter innerhalb der letzten drei Monate vor Ausbildungsende als Verzicht auf den Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 9 Abs. 2 BayPVG zu bewerten sein kann. Dabei kommt es aber entscheidend auf den Wortlaut und auf die Begleitumstände der Erklärung an (vgl. etwa BVerwG vom 31.5.2005 a.a.O.; BVerwG vom 19.1.2009 BVerwGE 133, 42). Ob diese Voraussetzungen vorliegen, ist durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln.

Als Reaktion auf die Geltendmachung eines Weiterbeschäftigungsanspruchs nach Art. 9 Abs. 2 BayPVG kann der Arbeitgeber allerdings spätestens bis zum Ablauf von zwei Wochen nach Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses beim Verwaltungsgericht beantragen festzustellen, dass ein Arbeitsverhältnis nach Art. 9 Abs. 2 BayPVG nicht begründet wurde (Art. 9 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 BayPVG) oder dass ein bereits nach Art. 9 Abs. 2 BayPVG begründetes Arbeitsverhältnis aufgelöst wird (Art. 9 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BayPVG). Letzteres ist allerdings nur dann zulässig, wenn Tatsachen vorliegen,

aufgrund derer dem Arbeitgeber unter Berücksichtigung aller Umstände die Weiterbeschäftigung nicht zugemutet werden kann. Wird ein Feststellungsantrag nach Art. 9 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 BayPVG gestellt, hierüber aber nicht bereits vor Begründung eines Arbeitsverhältnisses nach Art. 9 Abs. 2 BayPVG rechtskräftig entschieden, so wandelt sich beim Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 9 Abs. 2 BayPVG der Feststellungsantrag nach Art. 9 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 BayPVG in einen solchen nach Art. 9 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BayPVG auf Auflösung des nunmehr begründeten Arbeitsverhältnisses um, ohne dass es einer förmlichen Antragsänderung bedarf (vgl. z.B. BAG vom 29.11.1989 BAGE 63, 319 unter Aufgabe von BAG vom 14.5.1987 BAGE 55, 284; Ballerstedt/Schleicher/Faber, Bayerisches Personalvertretungsgesetz mit Wahlordnung, RdNr. 53 zu Art. 9 BayPVG). Liegen dagegen die Voraussetzungen nach Art. 9 Abs. 2 BayPVG nicht vor, so bleibt auch nach dem Ende des Berufsausbildungsverhältnisses der Feststellungsantrag nach Art. 9 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 BayPVG maßgeblich.

Für den vorliegenden Fall ergibt sich damit Folgendes:

Die Beteiligte zu 1 hat bereits im April 2010 gegenüber dem Antragsteller einen Weiterbeschäftigungsanspruch nach Art. 9 Abs. 2 BayPVG geltend gemacht. Da dieses Verlangen jedoch außerhalb der Dreimonatsfrist des Art. 9 Abs. 2 BayPVG lag (Ausbildungsende 30.9.2010, womit der Dreimonatszeitraum am 1.7.2010 begann und am 30.9.2010 endete), war dieses Übernahmeverlangen formunwirksam.

In der Folgezeit teilte der Antragsteller (Schreiben vom 24.6.2010) u.a. der Beteiligten zu 1 mit, dass nur eine geringe Anzahl von Stellen für befristete Übernahmen zur Verfügung stünden. Ferner bat er den Beteiligten zu 2 um Zustimmung zur befristeten Einstellung der Beteiligten zu 1. Der Beteiligte zu 2 stimmte unter dem 4. August 2010 der Maßnahme mit der Maßgabe zu, dass der Befristung des Arbeitsverhältnisses nicht zugestimmt werde. Gleichwohl ging die Beteiligte zu 1 mit einem auf den 10. August 2010 datierten Arbeitsvertrag, der nach ihrem unwidersprochenen Vortrag von ihr am 17. August 2010 unterschrieben worden ist, mit dem Antragsteller ein befristetes Arbeitsverhältnis (1.10.2010 bis 30.9.2011) ein. Anhaltspunkte dafür, dass sie diesen Vertrag unter einem Vorbehalt abgeschlossen hat, wie z.B., dass ein unbefristetes Arbeitsverhältnis nach Art. 9 Abs. 2 BayPVG nicht zustande gekommen sei, ergeben sich aus den dem Senat vorliegenden Akten nicht und werden von der Beteiligten zu 1 auch nicht behauptet. Ihre auf den Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages gerichtete Willenserklärung war eindeutig und unbedingte.

Unter dem 18. August 2010 hat die Beteiligte zu 1 dann zwar (erstmalig) ein wirksames Weiterbeschäftigungsverlangen nach Art. 9 Abs. 2 BayPVG gestellt. In diesem Schreiben wies sie auch darauf hin, dass sie den befristeten Arbeitsvertrag unter dem Vorbehalt einer rechtlichen Klärung unterzeichnet habe. Zweifelhaft ist schon, worauf sich dieser Vorbehalt beziehen soll. Das könnte – wie die Beteiligte zu 1 in der mündlichen Anhörung vorgetragen hat – das rechtswirksame Zustandekommen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses nach Art. 9 Abs. 2 BayPVG sein, wobei sich dann allerdings die Frage stellt, inwiefern eine „rechtliche Klärung“ intendiert sein sollte, da mit dem frist- und formgerechten Übernahmeverlangen kraft Gesetzes ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zustande kommt und die Beteiligte zu 1 zu diesem Zeitpunkt nicht voraussehen konnte, ob der Antragsteller einen Antrag nach Art. 9 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BayPVG stellen würde; das könnte aber genauso gut eine rechtliche Klärung im Hinblick auf die Zulässigkeit der Befristung von Arbeitsverträgen im Allgemeinen und speziell vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gewesen sein. Ungeachtet dessen ist der Vorbehalt jedenfalls erst nach Vertragsschluss erklärt worden. Ein nachvertraglicher Vorbehalt kann aber eine zuvor erfolgte vorbehaltlose Einigung zwischen den Vertragsparteien nicht mehr in Frage stellen (§ 116 Satz 1 BGB).

Ist aber aufgrund der konkreten Umstände des vorliegenden Einzelfalles und unter Berücksichtigung der von der Beteiligten zu 1 gemachten Erklärungen davon auszugehen, dass sie am 17. August 2010 vorbehaltlos und in Kenntnis ihres nach Art. 9 Abs. 2 BayPVG bestehenden Weiterbeschäftigungsanspruches einen befristeten Arbeitsvertrag mit dem Antragsteller geschlossen hat, so ist hierin ein - zumindest konkludenter - Verzicht auf Weiterbeschäftigung in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis nach Art. 9 Abs. 2 BayPVG zu sehen (ebenso VGH BW vom 18.1.2005 IÖD 2005, 81; siehe auch LAG Köln vom 23.2.2000 AiB 2001, 53). Hat die Beteiligte zu 1 aber rechtswirksam auf ihr Weiterbeschäftigungsrecht verzichtet, dann konnte durch die Erklärung vom 18. August 2010 kein Weiterbeschäftigungsanspruch mehr begründet werden. Folglich ist mit Ablauf des 30. September 2010 auch kein unbefristetes Arbeitsverhältnis i.S.v. Art. 9 Abs. 2 BayPVG zwischen dem Antragsteller und der

Beteiligten zu 1 zustande gekommen. Dementsprechend war der ursprünglich vom Antragsteller gestellte Antrag auf Feststellung, dass zwischen ihm und der Beteiligten zu 1 kein unbefristetes Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist, begründet. Da das Verwaltungsgericht diesen Antrag - von seinem Standpunkt aus konsequent -umgedeutet hat in eine Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Antragsteller und der Beteiligten zu 1 aufgelöst wird, war die Beschwerde mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Antragsteller und der Beteiligten zu 1 nicht zustande gekommen ist.

Soweit die Beteiligten zu 2 und 3 beantragt haben, das vorliegende Verfahren auszusetzen und die Frage der Vereinbarkeit des Art. 9 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BayPVG mit Art. 7 der Richtlinie 2002/14/EG des Europäischen Parlamentes und des Rats vom 11. März 2002 (Amtsblatt d. Europäischen Gemeinschaften vom 23.3.2002 Nr. L 80/29) zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft dem Europäischen Gerichtshof zur Entscheidung nach Art. 267 AEUV vorzulegen, war dem Antrag nicht nachzukommen, da diese Frage nicht entscheidungserheblich ist. Wie soeben ausgeführt, hat die Beteiligte zu 1 rechtswirksam auf ihren Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 9 Abs. 2 BayPVG verzichtet, womit nach dem 30. September 2010 kein unbefristetes Arbeitsverhältnis mehr zustande kommen konnte. Dementsprechend kommt es nicht mehr auf die Frage an, ob dem Antragsteller die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses i.S.v. Art. 9 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BayPVG unzumutbar ist oder nicht.

Auch dem Antrag der Beteiligten zu 1, das vorliegende Verfahren auszusetzen bis der Europäische Gerichtshof über die Vorlage des Bundesarbeitsgerichts vom 17. November 2010 (NZA 2011, 34) über die Vereinbarkeit von wiederholten Befristungen nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG aufgrund eines ständigen Vertretungsbedarfs mit Gemeinschaftsrecht entschieden habe, war nicht zu entsprechen, denn die in diesem Verfahren klärungsbedürftigen Rechtsfragen sind vorliegend ebenfalls nicht entscheidungserheblich. Zum einen liegt hier keine wiederholte Befristung i.S.v. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG, sondern eine erstmalige Befristung ohne Sachgrund nach § 14 Abs. 2 TzBfG vor. Zum anderen betrifft die Vorlage allein die arbeitsrechtliche Seite und hat mit der personalvertretungsrechtlichen Problematik des vorliegenden Falles nichts zu tun.

Einer Kostenentscheidung bedarf es nicht, denn das Verfahren ist gerichtskostenfrei (Art. 81 Abs. 2 Satz 1 BayPVG; § 2a Abs. 1 Nr. 1 ArbGG, § 2 Abs. 2 GKG).

Auf Antrag der Beteiligten zu 2 und 3 war der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren festzusetzen. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats (vgl. z.B. BayVGh vom 27.2.2000 Az.: 17 C 05.1527; BayVGh vom 16.1.2006 Az.: 17 P 05.167; BayVGh vom 6. April 2009 Az.: 17 P 09.166; BayVGh vom 20. April 2009 Az.: 17 PC 08.475) beträgt der Gegenstandswert in Personalvertretungsangelegenheiten regelmäßig – so auch hier – 4.000 Euro.

Diese Entscheidung ist gemäß Art. 81 Abs. 2 BayPVG endgültig.