

I-37/13

## Beschluss

In dem Schiedsverfahren

der Dienststellenleitung A

Antragstellerin,

Verfahrensbevollmächtigter: B

gegen

die Mitarbeitervertretung C

Antragsgegnerin,

Verfahrensbevollmächtigte D

hat die Schiedsstelle aufgrund der mündlichen Verhandlung am 20. September 2013

b e s c h l o s s e n:

Die Anträge werden abgewiesen.

G r ü n d e:

### I.

Die Beteiligten streiten über das Erfordernis der Zustimmung nach § 41 MVG DWBO zur Einstellung/Weiterbeschäftigung der Frau E als leitende Ärztin des Zentrums für Kinder- und Jugendgastroenterologie in der Abteilung Kinder- und Jugendmedizin sowie über die Zustimmung zur Einstellung/Weiterbeschäftigung der Arzthelferin Frau F als Arzthelferin in der vorbezeichneten Abteilung.

Die Antragstellerin beschäftigte mit Zustimmung der Antragsgegnerin seit dem 01.04.2013 die Ärztin Frau E als leitende Ärztin für Kinder- und Jugendgastroenterologie in der Abteilung Kinder- und Jugendmedizin mit einer 50% regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit. Eine entsprechende Zulassung der Kassenärztlichen Vereinigung Berlin hatte Frau E nicht. Frau F ist seit dem 01.03.2013 als Arzthelferin für die Ärztin Frau E bei der Antragstellerin mit einer 100% regelmäßigen Arbeitszeit beschäftigt.

Da die Ärztin Frau E die für die Einstellung vorausgesetzte Zulassung der Kassenärztlichen Vereinigung Berlin nicht erhalten hatte wurde sowohl ihr als auch Frau F unter der Beteiligung der Antragsgegnerin eine Kündigung zum 31.07.2013 innerhalb der Probezeit ausgesprochen. Noch vor Ablauf der Kündigungsfrist beschloss die Antragstellerin nun doch die entsprechende Zulassung der Kassenärztlichen Vereinigung einzuholen bzw. gegen deren Ablehnungsbescheid Widerspruch einzulegen. Gleichzeitig wurde deshalb der Entschluss gefasst Frau E und Frau F übergangsweise bis zum 31.12.2013 weiter zu beschäftigen.

Mit Schreiben vom 05.07.2013, zugegangen bei der Antragsgegnerseite am 18.07.2013 beantragte die Antragstellerseite Frau E mit 50% regelmäßiger wöchentlicher Arbeitszeit und die Arzthelferin Frau F mit 100% regelmäßiger wöchentlicher Arbeitszeit beginnend ab dem 01.08.2013 befristet bis zum 31.12.2013 erneut wieder einzustellen. Mit Schreiben vom 18.07.2013 widersprach die Antragsgegnerin diesen Einstellungen.

Gleichwohl wandte sich die Antragstellerin erneut an die Mitarbeitervertretung mit Schreiben vom 19.07.2013. Dieses Schreiben wies folgende Betreffzeilen auf: "Vorläufige Maßnahme Frau F bzw. vorläufige Maßnahme Frau E". Die Antragstellerin erklärte der Antragsgegnerseite weiterhin:

"... wir möchten ihnen mitteilen, dass wir Frau E als leitende Ärztin des Zentrums für Kinder- und Jugendmedizin zum 01.08.2013 einstellen und vorläufige Regelungen treffen. ...Beigefügt übersenden wir ihnen den Maßnahmebogen zur Mitbestimmung." Ein gleichlautendes Schreiben erhielt die Antragsgegnerin auch bzgl. der Frau F. Diesem Schreiben war der übliche Bogen zur Personaleinstellung beigefügt worden. Unter der Rubrik Bemerkung führte die Antragstellerin folgenden Passus ein:

"... erneute Personalmaßnahme aufgrund eine vorläufigen Maßnahme mit der Bitte um Mitbestimmung (s. Anlage)."

Dieses Schreiben ging der Antragsgegnerseite am 22.07.2013 zu. Am 01.08.2013 verweigerte die Antragsgegnerseite die Zustimmung erneut. Die Antragsgegnerseite verwies in ihrer Begründung auf die Ablehnungsgründe im vorangegangenen Zustimmungsverfahren vom 18.07.2013.

Die Antragstellerin meint, die Antragsgegnerin könne keine Gründe für die Zustimmungsverweigerung geltend machen. Insbesondere dürfe sie bei ihrer Entscheidung, wirtschaftliche bzw. die Tendenz der Einrichtung betreffenden Fragen nicht berücksichtigen. § 41 MVG DWBO enthalte einen enumerativen Katalog von Verweigerungsgründen. Eine Prognoseentscheidung, die beabsichtigte Einstellung werde die erhoffte Wirtschaftlichkeit nicht herbeiführen, sei in § 41 MVG DWBO nicht enthalten, so dass aus diesem Grund wie geschehen, eine Verweigerung durch die Antragsgegnerseite nicht hätte erfolgen dürfen. Ferner meint die Antragstellerin, die Rücknahme einer Kündigung bzw. die Befristung eines bestehenden Vertrages würde der Mitbestimmung nicht unterliegen.

Die Antragstellerin beantragt daher,

1. festzustellen, dass für die Mitarbeitervertretung ein Grund zur Verweigerung der Zustimmung nach § 41 MVG DWBO zur Einstellung/Weiterbeschäftigung von Frau E als leitende Ärztin des Zentrums für Kinder- und Jugendgastroenterologie in der Abteilung Kinder- und Jugendmedizin mit 50% regelmäßiger wöchentlicher Arbeitszeit nicht vorliegt; damit gilt die Zustimmung als ersetzt.
2. Ferner festzustellen, dass für die Mitarbeitervertretung ein Grund zur Verweigerung der Zustimmung nach § 41 MVG DWBO zur Einstellung/Weiterbeschäftigung von Frau F als Arzthelferin des Zentrums für Kinder- und Jugendgastroenterologie in der Abteilung Kinder- und Jugendmedizin mit 100% regelmäßiger wöchentlicher Arbeitszeit nicht vorliegt; damit gilt die Zustimmung als ersetzt.

Die Antragsgegnerseite beantragt,

die Anträge zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerseite trägt im Wesentlichen vor, die Antragsgegnerseite habe ein Zustimmungseretzungsverfahren innerhalb der Frist des § 38 Abs. 4 MVG DWBO nicht eingeleitet. Daher sei bereits aus diesem Grund der Antrag unbegründet. Sie hätte auf jeden Fall ein Zustimmungseretzungsverfahren einleiten müssen, da eine ausdrückliche Ablehnung der beabsichtigten Maßnahme von Seiten der Antragsgegnerseite ausgesprochen worden war und eine Fiktion daher im Sinne von § 38 Abs. 3 MVG DWBO nicht eintreten konnte. Rein vorsorglich mache sie einen Verstoß gegen § 14 Abs. 2 TzBfG geltend.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen ergänzend verwiesen.

## II.

Der zulässige Antrag ist unbegründet. Die Antragstellerin hat die Frist des § 38 Absatz 5 MVG-DWBO nicht eingehalten.

Danach kann die Dienststellenleitung innerhalb von zwei Wochen nach Abschluss der Erörterung oder nach Eingang der schriftlichen Verweigerung die Schiedsstelle anrufen.

Einen solchen entsprechenden Antrag hätte die Antragstellerin nach Zugang des Ablehnungsschreibens der Antragsgegnerin vom 18.7.2013 stellen müssen, da dadurch die Neueinstellung der beiden Mitarbeiterinnen abgelehnt worden ist.

Bei dem begehrten Vorgang der Antragstellerin handelt es sich auch um zwei Neueinstellungen.

Unstreitig hat die Antragstellerin die beiden Mitarbeiterinnen E und F innerhalb der Probezeit zum 31.07.2012 gekündigt. Somit endeten beide Arbeitsverhältnisse zu diesem Zeitpunkt. Eine Fortsetzung der Arbeitsverhältnisse über den 31.7.2013 hätte die Antragstellerin nur dadurch erreichen können, indem sie erklärt, aus den ausgesprochenen Kündigungen keinerlei Rechte herzuleiten und indem sie den beiden betroffenen Mitarbeiterinnen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Fortgeltung der bisherigen Arbeitsbedingungen angeboten und die beiden Mitarbeiterinnen dieses Angebot angenommen hätten. Dieses ist jedoch

unstreitig nicht erfolgt, so dass ab dem 1.8.2013 nur eine Neueinstellung zur begehrten „Weiterbeschäftigung“ geführt hätte. Dieses hat die Antragstellerin offensichtlich ebenso gesehen, da sie mit Schreiben vom 5.7.2013 der Antragsgegnerin ein entsprechendes Schreiben mit der Überschrift „Personal-Einstellung zum 1.8.2013“ zuleitete. Dieses Schreiben leitete damit das Mitbestimmungsverfahren im Sinne des § 42 MVG DWBO ein. Das Schreiben der Antragsgegnerin vom 18.7.2013 enthält eine ausdrückliche Ablehnung, so dass dieses Schreiben das Mitbestimmungsverfahren beendete und die zwei Wochen Frist des § 38 Absatz 4 MVG DWBO in Gang setzte.

Somit hätte die Antragstellerin innerhalb von zwei Wochen, mithin bis spätestens zum 05.08.2013 ein entsprechendes Verfahren vor der Schiedsstelle einleiten müssen. Dieses unterblieb jedoch. Erst mit Antrag vom 13.08.2013, eingegangen bei der Schieds- und Schlichtungsstelle am 14.08.2013 - und damit verspätet- wurde ein entsprechender Antrag gestellt.

Die Antragstellerin hat stattdessen am 19.07.2013, einen Tag nach der Ablehnung, eine weiteren „Maßnahmenbogen zur Mitbestimmung“ der Antragsgegnerin übersandt. Die Antragsgegnerin hat zwar in der mündlichen Verhandlung am 20.09.2013 erklärt, sie habe dieses Schreiben nicht nur als Antrag zur vorläufigen Maßnahme sondern auch als Antrag zur Einstellung verstanden. Auf Grund des eindeutigen Wortlautes des Schreibens der Antragstellerin vom 19.7.2013 handelt es sich gerade nicht um einen Antrag auf Zustimmung zur Einstellung der beiden Mitarbeiterinnen sondern um ein Mitteilungsschreiben im Sinne des § 38 Absatz 5 MVG DWBO. Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin in diesem Schreiben mitgeteilt, sie werde **„Frau E als Leitende Ärztin des Zentrums für ....zum 1.8.2013 einstellen und vorläufige Regelungen treffen“**.

Das Anschreiben der Antragstellerin weist auch in der Betreffzeile eindeutig den Begriff der **vorläufigen Maßnahme** auf. Auch hat die Antragstellerin in dem beigefügten Bogen unter der Rubrik „Bemerkung“ Folgendes mitgeteilt:

„Erneute Personalmaßnahme aufgrund einer vorläufigen Maßnahme ....“

Daraus schließt die Kammer, dass mit dem Schreiben vom 19.7.2013 nur eine Information der Antragsgegnerin über die vorläufige Beschäftigung der betroffenen Mitarbeiterinnen bis zur endgültigen Entscheidung erfolgen sollte. Auch der zeitliche Zusammenhang spricht für diese Auslegung. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Antragstellerin, nur einen Tag nach der Ablehnung durch die Antragsgegnerin, erneut ein Mitbestimmungsverfahren zur Einstellung einleiten will, obwohl sich weder tatsächlich noch rechtlich etwas geändert hatte.

Wie bereits oben ausgeführt, hatte die Antragstellerin jedoch ein erforderliches Zustimmungsersetzungsverfahren auf Grund der Ablehnung vom 18.7.2013, nicht fristgerecht eingeleitet, so dass beide Anträge aus diesem Grund abzuweisen waren.

Aber selbst wenn man in dem Schreiben der Antragstellerin einen Antrag auf Zustimmung zur Einstellung der beiden Mitarbeiterinnen sehen will, so stellt sich dieser Antrag als rechtsmissbräuchlich dar. Wie bereits oben ausgeführt wurde, hat sich zwischen dem Antrag des Antragstellerin vom 5.7.2013 und vom 19.7.2013 weder tatsächlich noch rechtlich etwas geändert. Der Dienstgeber kann nicht die Verfristung dadurch heilen, indem er den gleichen Antrag nach Ablehnung durch die MAV erneut stellt. Durch eine solche Möglichkeit würde die Antragsfrist des § 38 Absatz 4 MVG DWBO ins Leere laufen.

Die Anträge waren daher abzuweisen.

#### Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben.

Berlin, den 20. September 2013

gez. Thomas