



Verwaltungsgericht Hamburg

Beschluss

In der Personalvertretungssache

- Antragsteller(in) -

Prozessbevollmächtigte(r):

und

Vorstandsvorsitzender

- Beteiligte(r) -

Prozessbevollmächtigte(r):

hat das Verwaltungsgericht Hamburg, Fachkammer 25 nach dem Hamburgischen Personalvertretungsgesetz, am 24. September 2021 durch

beschlossen:

Es wird festgestellt, dass der Beteiligte das Mitbestimmungsrecht des Antragstellers verletzt, indem er Frau A. als Kreativtherapeutin Senior eingestellt und der Stufe 1 zugeordnet hat, ohne dass der Antragsteller dem zugestimmt hat bzw. ohne dass dessen Zustimmung ersetzt wurde.

Der Antrag im Übrigen wird abgelehnt.

Gründe

I.

In Streit steht die Mitbestimmung des Personalrats bei Einstellung (Kreativtherapeutin Senior), Eingruppierung (Entgeltgruppe 10 TVöD-K) sowie Stufenzuordnung (Stufe 1).

Der Antragsteller ist der für das nichtwissenschaftliche Personal gebildete Personalrat der vom Beteiligten geleiteten Dienststelle Universitätsklinikum Hamburg-Eppendorf (UKE).

Der Beteiligte legte dem Antragsteller am 14. Dezember 2017 einen am 7. Dezember 2017 (die handschriftlichen Anmerkungen hinweggedacht Anlage 3 = Bl. 10-11) gefertigten ersten Personalantrag vor:

„Antrag auf:
Einstellung und Eingruppierung [...] A. [...]
Tätigkeit
Neu: Sozialpädagogin Senior
Funktionsbereich: Therapiebereich
Ab: 01.07.2018 Bis: 31.12.2018 [...]“

Entgeltgr./Entgeltst.

EG 10 / 2

Zugleich legte er vor: Initiativbewerbung von Frau A. als Kunsttherapeutin vom 3. September 2017 (Bet. 1 = Bl. 66-69), Diplom „LOM®-Therapeutin, Ausbildung LOM® Lösungsorientierte Malentherapie [!] hik nach ...“ vom 7. Juli 2017 (Anlage 6 = Bl. 16), Schreiben Frau Prof. Dr. B., vom 15. November 2017, Ausschreibungsverzicht (Bet. 2 = 70-71), Anerkennung von Vorzeiten, Berechnung der Stufe 2 (die handschriftlichen Anmerkungen hinweggedacht Bet. 3 = Bl. 72-73). Frau Prof. Dr. B. richtete ferner an den Antragsteller am 14. Dezember 2017 (enthalten in Anlage Bet. 3 = Bl. 74) ein Schreiben, gerne möchte man Frau A. aufgrund förderlicher Zeiten der Stufe 2 zuordnen. Sie verfüge über sechs Monate praktische Erfahrung als „LOM“-Therapeutin und könne zudem mehr als 18 Jahre Erfahrung im Umgang mit Menschen am Lebensende vorweisen. Die Kombination dieser Erfahrungen sehe man als förderlich an.

Der Antragsteller informierte den Beteiligten mit am 22. Dezember 2017 eingegangenen Schreiben vom 21. Dezember 2017 (Anlage 4 = Bl. 12-14) über folgenden Beschluss:

„Der NPR kann der Einstellung und Eingruppierung von Frau A. nicht zustimmen, da noch Klärungsbedarf besteht:

1. Es liegt keine Urkunde über den Abschluss eines Studiums oder Berufserlaubnis bei.
2. Frau A. hat sich als Kunsttherapeutin beworben und auch aus dem Schreiben von Frau Prof. Dr. B. vom 15.11.2017 ist zu entnehmen, dass Kunsttherapie und nicht Sozialarbeit gemeint ist – der PA ist aber auf Sozialpädagogin Senior ausgefüllt. Ist hier vielleicht Kunsttherapeutin mit analoger Eingruppierung Sozialpädagogin Senior gemeint?
3. Die Eingruppierung ist ohne o.g. Urkunde nicht nachvollziehbar.
4. Die Stufenzuordnung ist ferner nicht nachvollziehbar – in den Anträgen wird eine Berufserfahrung von 18 Jahren angegeben, was eine andere Stufe ergäbe.“

Der Beteiligte legte dem Antragsteller am 3. Januar 2018 einen am 2. Januar 2018 (Anlagen 5-7 = Bl. 14-18) gefertigten zweiten Personalantrag vor mit den Anlagen: Diplom „LOM®-Therapeutin“, hik vom 7. Juli 2017, Bescheinigung über ein Praktikum in der Kunsttherapie einer psychiatrischen Klinik vom 28. Oktober 2015, undatiertes Zwischenzeugnis des Kuratoriums Deutsche Altershilfe.

Der Antragsteller informierte den Beteiligten mit am 12. Januar 2018 eingegangenen Schreiben vom 11. Januar 2018 (Anlage 8 = Bl. 19-20) über einen gefassten Beschluss, es bestehe noch Klärungsbedarf.

Der Beteiligte legte dem Antragsteller am 17. Januar 2018 einen am 15. Januar 2018 gefertigten dritten Personalantrag bestehend aus Anschreiben (Anlage 9 = Bl. 21-22) mit dem Hinweis:

„Stufenzuordnung: nach Rücksprache mit dem Bereich und genauer Sicht vom Lebenslauf, Zuordnung zu Stufe 1, seit 08.2017 Selbständig als Kunsttherapeutin“

und dem Antragsformular (Anlage 3 mit handschriftlichen Anmerkungen):

„Antrag auf:
Einstellung und Eingruppierung [...]

A. [...]

Tätigkeit	Entgeltgr./Entgeltst.
Neu: Sozialpädagogin Senior/Analog Kunsttherapeutin	EG 10 / 2 1
Funktionsbereich: Therapiebereich	
Ab: 01.07.2018	Bis: 31.12.2018“

sowie als Anlagen „Zertifikat Grundausbildung Kunsttherapie: „Personenorientierte Malthherapie POM“, Hamburger Institut für Kunsttherapie, hik, vom 5. Januar 2018 (Anlage 10 = Bl. 23) sowie Urkunde der Universität zu Köln vom 23. Januar 2018 (Bet. 4 = Bl. 75-76) über den Erwerb des Magister Artium, in Philologie mit dem Hauptfach Deutsche Philologie, den Nebenfächern Englische Philologie sowie Allgemeine Sprachwissenschaft.

Der Antragsteller informierte den Beteiligten mit am 31. Januar 2018 mit Telefax um 20:26 Uhr übermittelten Schreiben vom 25. Januar 2018 (Anlage 11 = Bl. 25-27) über folgenden Beschluss:

„Der NPR bedankt sich für die erstmalige Übersendung des Zertifikats ‚Grundausbildung Kunsttherapie ...‘. Wie die Dienststelle den Unterlagen entnehmen kann, reichend [!] die Stunden der Ausbildung nicht aus, um vergleichbare Kenntnisse und Fähigkeiten mit einem nach der Stellenbeschreibung und -bewertung geforderten Fachhochschulabschluss nachweisen zu können. [...] Dann wäre aber von einer anderen/niedrigeren Grundeingruppierung auszugehen. Mithin erfüllt Frau A. nicht die Voraussetzung zur Besetzung der Stelle und zur Eingruppierung. Zur Stufenfestsetzung kann erst dann abschließend beschlossen werden, wenn die richtige Eingruppierung ermittelt wurde.“

Der Beteiligte führte ohne erneuten Antrag auf Zustimmung unter dem 15. Februar 2018 (Anlage 12 = Bl. 28) aus:

„Frau A. hat keinen Fachhochschulabschluss, allerdings aus Sicht vom Bereich und Personal [!], wie in der Stellenbeschreibung angefordert vergleichbare Kenntnisse und Fähigkeiten“.

Darauf entgegnete der Antragsteller unter dem 22. Februar 2018 (Anlage 13 = Bl. 29-30).

Der Beteiligte legte dem Antragsteller am 9. November 2018 einen am 8. November 2017 (Anlage 15 = Bl. 81-83) gefertigten vierten Personalantrag vor:

„Antrag auf:
Weiterbeschäftigung Gleicher Sachgrund [...]

A. [...]

Tätigkeit	Entgeltgr./Entgeltst.
-----------	-----------------------

Alt: - " - / Analog Kunsttherapeutin	E 10 / 1
--------------------------------------	----------

Neu: - " -	E 10 / 1
------------	----------

Funktionsbereich: Therapiebereich

Ab: 01.01.2019 Bis: 31.12.2019“

Der Antragsteller informierte den Beteiligten mit am 20. November 2018 eingegangenen Schreiben vom 15. November 2018 (Anlage 16 = Bl. 84) über folgenden Beschluss:

„[Es] reichen die Stunden der Ausbildung nicht aus, um vergleichbare Kenntnisse und Fähigkeiten mit einem nach der Stellenbeschreibung und -bewertung geforderten Fachhochschulabschluss nachweisen zu können. Deshalb erfüllt Frau A. aus Sicht des NPR nicht die Voraussetzung zur Besetzung der Stelle und zur Eingruppierung.“

Der NPR stimmt der Stufenzuordnung nicht zu, da diese nicht begründet ist. Wie schon im Beschluss vom 21.12.2017 und am 11.01.2018 bereits ausgeführt, ist die Stufenzuordnung nicht nachvollziehbar. [...]"

Der Beteiligte teilte dem Antragsteller am 21. Dezember 2018 (Anlage 17 = Bl. 87-88) mit:

„Wie bereits dargelegt verfügt Frau A. aufgrund der dem NPR vorliegenden Zertifikate sowie ihrer Berufserfahrung über vergleichbare Kenntnisse und Fähigkeiten wie die einer Kunsttherapeutin mit Fachhochschulabschluss. [...]"

Angesichts der Berufserfahrung von Frau A. ist die beantragte Stufe tatsächlich nicht plausibel. Hierzu wird eine Überprüfung erfolgen.

Damit gilt die Zustimmung zur Einstellung, Weiterbeschäftigung sowie zur Eingruppierung von Frau A. gemäß § 80 Abs. 6 Satz 9 HmbPersVG als erteilt.

Für die Stufenzuordnung wird ein korrigierter Antrag nachgereicht.“

Der Beteiligte legte dem Antragsteller am 7. Oktober 2019 einen am 4. Oktober 2019 (Anlage 19 = Bl. 97-99) gefertigten fünften Personalantrag vor:

„Antrag auf:
Weiterbeschäftigung Sonstige Vertragsverlängerung [...]
A. [...]"

Tätigkeit	Entgeltgr./Entgeltst.
Alt: - " - / Analog Kunsttherapeutin	E 10 / 2
Neu: - " -	E 10 / 2
Funktionsbereich: Therapiebereich	

Ab: 01.01.2020 Bis: 31.12.2020 [...]"

Letzter Stufenaufstieg am: 01.02.19“

Der Antragsteller informierte den Beteiligten mit am 21. Oktober 2019 eingegangenen Schreiben vom 17. Oktober 2019 (Anlage 20 = Bl. 100-102) über folgenden Beschluss:

„[Es] reichen die Stunden der Ausbildung nicht aus, um vergleichbare Kenntnisse und Fähigkeiten mit einem nach der Stellenbeschreibung und -bewertung geforderten Fachhochschulabschluss nachweisen zu können. Deshalb erfüllt Frau A. aus Sicht des NPR nicht die Voraussetzung zur Besetzung der Stelle und zur Eingruppierung.

Der NPR stimmt der Stufenzuordnung nicht zu, da diese nicht begründet ist. Wie schon im Beschluss vom 21.12.2017 und am 11.01.2018 bereits ausgeführt, ist die Stufenzuordnung nicht nachvollziehbar. Der NPR bittet hier wiederholt genau die Zeiten einschlägiger Berufserfahrung mit Tätigkeit und Arbeitgeber anzugeben, als auch ggf. die förderlichen Zeiten mit genauen Angaben. [...]"

Der Beteiligte entgegnete mit am 24. Oktober 2019 eingegangenen Schreiben vom 23. Oktober 2019 (Anlage 21 = Bl. 103), ohne erneut eine Zustimmung zu beantragen.

Der Antragsteller informierte den Beteiligten mit am selben Tag eingegangenen Schreiben vom 7. November 2019 (Anlage 22 = Bl. 104-106) über einen weiteren Beschluss.

Der Beteiligte legte dem Antragsteller am 6. November 2020 einen am 5. November 2020 (Anlage 24 = Bl. 121-123) gefertigten sechsten Personalantrag vor:

„Antrag auf:
Weiterbeschäftigung Sonstige Vertragsverlängerung [...]
A. [...]

Tätigkeit	Entgeltgr./Entgeltst.
Alt: Sozialpädagogin/ Kunsttherapeutin	E 10 / 2
Neu: Sozialpädagog_in Senior/Kunsttherapeutin	E 10 / 2
Funktionsbereich: Therapiebereich	
Ab: 01.01.2021	Bis: 31.12.2021“

Der Antragsteller informierte den Beteiligten mit am 20. November 2020 eingegangenen Schreiben vom 19. November 2020 (Anlage 25 = Bl. 124-126) über folgenden Beschluss:

„[Es] reichen die Stunden der Ausbildung nicht aus, um vergleichbare Kenntnisse und Fähigkeiten mit einem nach der Stellenbeschreibung und -bewertung geforderten Fachhochschulabschluss nachweisen zu können. Deshalb erfüllt Frau A. aus Sicht des NPR nicht die Voraussetzung zur Besetzung der Stelle und zur Eingruppierung [...].“

Der Antragsteller hat unterdessen durch seine Prozessbevollmächtigten am 22. Mai 2018 das Verwaltungsgericht Hamburg angerufen und auf seinen Einleitungsbeschluss vom 8. März 2018 (Anlage 2 = Bl. 8) verwiesen. Für die Fortsetzung des Verfahrens hat er auf seine Einleitungsbeschlüsse vom 8. Januar 2019 (Anlage 18 = Bl. 89), vom 9. Januar 2020 (Anlage 23 = Bl. 108) sowie vom 21. Januar 2021 (Anlage 28 = Bl. 131) Bezug genommen.

Zur Begründung bringt der Antragsteller insbesondere vor:

Kunsttherapeutinnen und Kunsttherapeuten würden analog der (Plan-)Stellenbeschreibung „Sozialpädagog_in Senior“ eingruppiert (Anlage 14 = Bl. 36-37). Dort ist angegeben:

„(Plan-)Stellenbeschreibung
Stand: Juli 2017 [...]

Planstellenbezeichnung	Tarifliche Eingruppierung
Sozialpädagog_in Senior	EG10 TV-KAH

[...]

Erforderliche Qualifikation

Ausbildung

Fachhochschulabschluss: Sozialpädagogik/Soziale Arbeit (FH), Sport- und Bewegungstherapie (FH), Familien-/Systemische [!] Therapie (FH), Kunsttherapie (FH), Musiktherapie (FH) oder vergleichbare Kenntnisse und Fähigkeiten oder wissenschaftlicher Hochschulabschluss: Sozialpädagogik/Soziale Arbeit, Tanz- und Bewegungstherapie, Musiktherapie, Suchtprävention und Suchttherapie oder vergleichbare Kenntnisse und Fähigkeiten.“

Der Antragsteller beantragt,

festzustellen, dass der Beteiligte das Mitbestimmungsrecht des Antragstellers verletzt, indem er Frau A. als Kreativtherapeutin Senior eingestellt, in die Entgeltgruppe 10 TVöD-K eingruppiert und der Stufe 1 zugeordnet hat, ohne dass der Antragsteller dem zugestimmt hat bzw. ohne dass dessen Zustimmung ersetzt wurde.

Der Beteiligte beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Zur Begründung bringt der Beteiligte insbesondere vor:

Das Zustimmungsverweigerungsschreiben vom 25. Januar 2018 sei am letzten Tag der Frist erst um 20.36 Uhr eingegangen und damit erst am Folgetag und außerhalb der Frist „zugegangen“.

Der gegen die (erstmalige) Einstellung erhobene Einwand, es liege „keine Urkunde über den Abschluss eines Studiums oder Berufserlaubnis“ bei, sei unbeachtlich, da der Abschluss des Studiums nicht zwingende Voraussetzung für die Besetzung der Stelle sei, sondern auch vergleichbare Kenntnisse und Fähigkeiten ausreichen. Dies sei bei Frau A. erfüllt. „LOM“ sei eine Methode mithilfe derer Gefühle, Zustände und Sinneswahrnehmungen mit bildlichen Metaphern bearbeitet würden. Für die Auswahlentscheidung verweist der Beteiligte auf § 77 Abs. 5 HmbHG.

Zur Stufenzuordnung verweist der Beteiligte auf das Schreiben „Anerkennung von Vorzeiten“, nach dem einschlägige Berufserfahrung nicht vorgelegen habe.

Weiter hat der Beteiligte vorgelegt (Anlage Bet 1, richtig Bet 4):

„(Plan-)Stellenbeschreibung
Stand: Januar 2020 [...]

Planstellenbezeichnung
Sozialpädagog_in Senior

Tarifliche Eingruppierung
S 15 Fg. 3 [...]

Erforderliche Qualifikation

Ausbildung

Abgeschlossenes Hochschulstudium: Sozialpädagogik, Soziale Arbeit, Familien-/Systemische Therapie, ggf. Spezialisierung in der auszuübenden Fachrichtung [...]"

sowie (Anlage Bet 2, richtig Bet 4)

„(Plan-)Stellenbeschreibung
Stand: Juni 2020 [...]

Planstellenbezeichnung
Kreativtherapeut_in Senior¹

Tarifliche Eingruppierung
EG 10 ¹ [...]

¹ Sollten eine abgeschlossene Hochschulbildung in der jeweiligen Fachrichtung oder gleichwertige Fähigkeiten und Erfahrungen nicht vorliegen, sind zur Einstellung als Kreativtherapeut_in Senior eine erfolgreich abgeschlossene Berufsausbildung eines Gesundheitsfachberufes oder sozialen Berufes (z.B. Erzieher_in), eine mindestens 600-stündige einschlägige Fachweiterbildung mit Zertifikat und eine entsprechende mind. 3-jährige Berufserfahrung Voraussetzung. Nur dann erfolgt die Eingruppierung, entsprechend der Vorbemerkung Nr. 2 zur Entgeltordnung, eine Entgeltgruppe niedriger. [...]

Erforderliche Qualifikation

Ausbildung

Abgeschlossenes Hochschulstudium: Kunsttherapie, Musiktherapie oder Tanz- und Bewegungstherapie oder gleichwertige Fähigkeiten und Erfahrungen [...]"

II.

Der Antrag hat hinsichtlich der Einstellung (hierzu unter 1.) und der Stufenzuordnung (hierzu unter 3.) Erfolg, nicht aber hinsichtlich der Eingruppierung (hierzu unter 2.).

1. Der Antrag festzustellen, dass der Beteiligte das Mitbestimmungsrecht des Antragstellers verletzt, indem er Frau A. als Kreativtherapeutin Senior eingestellt hat, ohne dass der Antragsteller dem zugestimmt hat bzw. ohne dass dessen Zustimmung ersetzt wurde (hierzu unter a)) ist zulässig (hierzu unter b)) und begründet (hierzu unter c)).

a) Hinsichtlich der Einstellung betrifft der Antrag nach sachdienlicher Auslegung die Einstellung zur Weiterbeschäftigung im Zeitraum ab 1. Januar 2021 und nicht mehr wie bei Anrufung des Gerichts die erstmalige Einstellung ab 1. Juli 2018. Im Einzelnen:

Der Streitgegenstand wird nach dem zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff durch das im Antrag zum Ausdruck kommende Begehren und den ihm zugrunde gelegten Sachverhalt

bestimmt (BVerwG, Urt. v. 26.4.2018, 3 C 11/16, juris Rn. 17; OVG Hamburg, Urt. v. 19.4.2021, 4 Bf 227/16, juris Rn. 76; VG Hamburg, Beschl. v. 10.9.2019, 25 FL 28/18, <http://justiz.hamburg.de/contentblob/15431358/596e1541450b08781b6ca132948b6cc8/data/25-fl-28-18-beschluss-vom-10-09-2021.pdf>, mit gleichem Antragsteller und Beteiligten). Der zugrundeliegende Sachverhalt hat sich mit der Weiterbeschäftigung von Frau A. weiterentwickelt. Dem Antrag liegt nicht länger die erstmalige Einstellung für den Zeitraum vom 1. Juli bis 31. Dezember 2018 zugrunde, sondern nach mehrfacher Verlängerung nunmehr die Einstellung zur Weiterbeschäftigung vom 1. Januar bis 31. Dezember 2021.

Allein diese Auslegung gewährleistet, dass der Antrag auf Feststellung des Mitbestimmungsrechts des Antragstellers sich auf eine Maßnahme des Beteiligten bezieht, die noch Rechtswirkung entfaltet, was erst eine Sachentscheidung eröffnet (s.u. b)). Nur bei der Einstellung zur Weiterbeschäftigung im Kalenderjahr 2021 handelt es sich um eine noch nicht erledigte Maßnahme, die den Mitbestimmungstatbestand der Einstellung nach § 88 Abs. 1 Nr. 1 HmbPersVG (erneut) erfüllt. Einstellung ist die Eingliederung eines Beschäftigten in die Dienststelle; die Eingliederung ihrerseits ist durch eine tatsächliche Arbeitsaufnahme innerhalb der Arbeitsorganisation der Dienststelle und durch ein rechtliches Band geprägt, durch welches ein Weisungsrecht der Dienststelle, verbunden mit entsprechenden Schutzpflichten, und damit korrespondierend eine Weisungsgebundenheit des Dienstleistenden, verbunden mit entsprechenden Schutzrechten, begründet wird (BVerwG, Beschl. v. 26.5.2015, 5 P 10/14, juris Rn. 7; BVerwG, Beschl. v. 25.8.1988, 6 P 36.85, PersR 1988, 298, juris; BVerwG, Urt. v. 21.3.2007, 6 P 4.06, BVerwGE 128, 212, juris Rn. 10 und 23; Beschl. v. 14.8.2014, 6 P 8.12, BVerwGE 147, 305, juris Rn. 9; OVG Hamburg, Beschl. v. 2.8.2021, 8 Bf 353/18.PVL, n.v., mit gleichem Antragsteller und Beteiligten). Eine auf das Kalenderjahr 2021 erstreckte Eingliederung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht und damit eine mitbestimmungspflichtige Einstellung mit der Weiterbeschäftigung verbunden.

Die dieser Auslegung des Antrags entsprechende Antragsänderung ist gemäß § 99 Abs. 2 HmbPersVG i.V.m. § 81 Abs. 3 Satz 1 ArbGG zulässig, da sie sachdienlich ist.

b) Der Antrag ist insoweit zulässig.

Der Feststellungsantrag ist nach § 188 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 99 Abs. 2 HmbPersVG i.V.m. §§ 80 Abs. 2 Satz 1, 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG i.V.m. §§ 459, 256 Abs. 1 ZPO statthaft. Das

Feststellungsinteresse besteht fort. Die nach Antragsänderung antragsgegenständliche Einstellung zur Weiterbeschäftigung im Kalenderjahr 2021 dauert im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung an.

Der Antragstellung bei Gericht durch Prozessbevollmächtigte liegt der erforderliche Beschluss des Antragstellers zugrunde. Die Einleitung eines personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahrens durch Prozessbevollmächtigte erfordert bis zum Abschluss der Instanz einen wirksamen Beschluss der Personalvertretung (BVerwG, Beschl. v. 19.12.1996, 6 P 10/94, PersR 1997, 309, juris Rn. 18, 23; OVG Hamburg, Beschl. v. 7.1.2021, 14 Bs 249/20.PVL, PersV 2021, 233, juris Rn. 16, 18; VG Hamburg, Beschl. v. 27.8.2021, 25 FL 53/21, juris Rn. 16). Der Antragsteller hat unter dem 21. Januar 2021 die Fortsetzung des aufgrund Beschlusses vom 8. März 2018 durch die Prozessbevollmächtigten eingeleiteten Verfahrens angesichts der Vertragsverlängerung für den Zeitraum ab 1. Januar 2021 beschlossen. Damit hat er schlüssig in seinen Willen den Antrag auf gerichtliche Feststellung der Verletzung seines Mitbestimmungsrechts bei der Einstellung zur gegenwärtigen Weiterbeschäftigung aufgenommen.

c) Der Antrag ist insoweit auch begründet. Die erstrebte Feststellung ist vom Gericht zu treffen. Der Beteiligte hat das Mitbestimmungsrecht des Antragstellers verletzt, indem er Frau A. als Kreativtherapeutin Senior eingestellt hat, ohne dass der Antragsteller dem zugestimmt hat bzw. ohne dass dessen Zustimmung ersetzt wurde.

Die nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 HmbPersVG der Mitbestimmung des Antragstellers als zuständigem Personalrat unterliegende Maßnahme der Einstellung darf gemäß § 80 Abs. 4 HmbPersVG nur mit seiner Zustimmung getroffen werden, soweit in diesem Gesetz nichts anderes bestimmt ist. Seine Zustimmung hat der Antragsteller weder ausdrücklich erteilt noch ist sie ersetzt oder nach dem Gesetz ausnahmsweise entbehrlich. Sie gilt auch nicht als erteilt. Die Voraussetzungen der Zustimmungsfiktion (hierzu unter aa)) sind nicht verwirklicht (hierzu unter bb)).

aa) Ein Eintritt der gesetzlichen Zustimmungsfiktion setzt voraus, dass der Dienststellenleiter die Zustimmung wirksam beantragt und der Personalrat sie nicht wirksam verweigert. Dies ist § 80 Abs. 6 HmbPersVG zu entnehmen. Im Einzelnen:

Nach Satz 1 Halbs. 1 dieser Vorschrift unterrichtet die Dienststelle den Personalrat von der beabsichtigten Maßnahme einschließlich der diese vorbereitenden Handlungen und

beantragt seine Zustimmung. Nach Satz 1 Halbs. 2 ist der Antrag zu begründen. Nach Satz 2 ist der Beschluss des Personalrats der Dienststelle innerhalb von zwei Wochen nach dem Eingang des Antrags mitzuteilen und bei Ablehnung der beabsichtigten Maßnahme zu begründen. Nach Satz 3 kann die Dienststelle die Frist in dringenden Fällen auf eine Woche abkürzen, in den Fällen der §§ 41 und 72 HmbPersVG auf drei Wochen verlängern. Nach Satz 4 gilt die Zustimmung als erteilt, wenn der Personalrat sie nicht innerhalb der Frist nach den Sätzen 2 und 3 schriftlich und aus darzulegenden triftigen Gründen, die im Aufgabenbereich des Personalrates liegen, verweigert. Nach Satz 5 hat der Personalrat die für ihn maßgeblichen Einwände inhaltlich nachvollziehbar zu benennen. Nach Satz 6 hat sich in den Fällen des § 88 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 11, 14 und 22 sowie Abs. 4 Satz 4 HmbPersVG die Begründung ersichtlich auf die beantragte Maßnahme zu beziehen. Nach Satz 7 ist bei den darzulegenden Sachgründen auf die Argumentation der Dienststelle einzugehen. Nach Satz 8 ist den Sachgründen gleichgestellt, wenn der Personalrat innerhalb der Frist geltend macht, dass (Nr. 1) die Maßnahme gegen (Buchst. a) eine Bestimmung in einer Rechtsvorschrift oder (Buchst. b) in einem Tarifvertrag, (Buchst. c) eine gerichtliche Entscheidung, (Buchst. d) eine allgemeine Regelung der obersten Dienstbehörde nach § 93 HmbPersVG, (Buchst. e) eine Dienstvereinbarung oder (Buchst. f) eine Unfallverhütungsvorschrift verstößt, oder die begründete Besorgnis besteht, (Nr. 2) dass durch die Maßnahme die oder der Betroffene oder andere Angehörige des öffentlichen Dienstes benachteiligt werden, ohne dass dies aus dienstlichen oder persönlichen Gründen gerechtfertigt ist, oder (Nr. 3) dass die oder der Angehörige des öffentlichen Dienstes oder die Bewerberin oder der Bewerber den Frieden in der Dienststelle durch unsoziales oder gesetzwidriges Verhalten stören werde, oder (Nr. 4), dass das Verfahren, die Begründung und die Form der beabsichtigten Maßnahme nicht den erforderlichen Anforderungen entsprechen. Nach Satz 9 gilt ohne eine Begründung nach den Sätzen 6 und 7 oder ein Geltendmachen der Gründe nach Satz 8 Nr. 1 bis 4 die Zustimmung als erteilt.

Der Beteiligte muss im Personalantrag seinen Willen, beim Personalrat eine Zustimmung zu beantragen, zwar nicht ausdrücklich erklären und kann sich der Wille ebenso schlüssig aus den aus dem Empfängerhorizont ersichtlichen Begleitumständen ergeben (VG Hamburg, Beschl. v. 22.1.2021, 25 FL 49/18, juris Rn. 80). Gibt der Dienststellenleiter zu erkennen, dass er nicht von einer mitbestimmungspflichtigen Maßnahme ausgeht oder die Zustimmungsfiktion bereits für eingetreten hält, ohne zumindest hilfsweise die Zustimmung zu beantragen, liegt kein wirksamer Personalantrag vor, auf den der Personalrat innerhalb

der Frist die Zustimmung verweigern muss, um den Eintritt der Zustimmungsfiktion zu verhindern.

Der Personalantrag muss, um wirksam zu sein, den Personalrat zwar über die beabsichtigte Maßnahme unterrichten. Auch ist der Dienststellenleiter verpflichtet, dem Personalrat alle für dessen Entscheidung erforderlichen Informationen verfügbar zu halten. Doch hängt die Wirksamkeit des Personalantrags nicht von der Erfüllung dieser Pflicht ab. Der Personalantrag löst jedoch selbst dann die Obliegenheit des Personalrats zur fristgemäßen Äußerung aus, wenn die Informationsmöglichkeit noch fehlt. In Mitbestimmungsangelegenheiten finden zwischen Dienststellenleiter und Personalrat eine vertrauensvolle und fortlaufende Kommunikation (anknüpfend an VG Hamburg, Beschl. v. 12.12.2018, 25 FL 216/18, juris Rn. 37) und ein partnerschaftliches Miteinander statt (anknüpfend an OVG Hamburg, Beschl. v. 21.6.2019, 14 Bf 98/19.PVL, ZfPR online 2019, Nr. 11, 10, juris Rn. 77). Daraus folgt, dass der Lauf der Äußerungsfrist mit der von ihr erfassten Billigungsfiktion für den Fall, dass eine Äußerung überhaupt nicht oder nicht den gesetzlichen Anforderungen entsprechend abgegeben wird, nicht erst mit der vollständigen Unterrichtung des Personalrats in Gang gesetzt wird (Abgrenzung gegenüber BVerwG, Beschl. v. 7.4.2010, 6 P 6/09, BVerwGE 136, 271, Rn. 20, OVG Hamburg, Beschl. v. 29.11.2011, 8 Bf 95/11.PVL, PersR 2012, 115, juris Rn. 33). Der Personalrat muss in der Äußerungsfrist aufzeigen, weshalb ausgehend von seinem, möglicherweise unzureichenden, Informationsstand nicht ausgeschlossen werden kann, dass die beabsichtigte Maßnahme in der Sache zu beanstanden ist (VG Hamburg, Beschl. v. 22.1.2021, a.a.O., Rn. 38). Um eine Zustimmungsfiktion zu vermeiden muss er noch innerhalb der Äußerungsfrist um Vervollständigung der erteilten Auskünfte bitten. Erforderlich sind fallbezogene Ausführungen des Personalrats, etwa indem er darlegt, dass der Dienststellenleiter ihn über einzelne für die Maßnahme wesentliche - jedoch ihm nicht ohne weiteres bekannte - Umstände unterrichten müsse, aber bislang nicht unterrichtet habe (BVerwG, Beschl. v. 29.1.1996, 6 P 38/93, PersR 1996, 239, juris Rn. 33, zust. Ilbertz, ZfPR 1996, Nr. 4, 126; VG Hamburg, Beschl. v. 22.1. 2021, a.a.O., Rn. 38).

Der Personalrat kann zur Äußerung die Frist ausschöpfen. Für die Fristlänge gilt (VG Hamburg, Beschl. v. 22.1.2021, a.a.O., Rn. 66; Beschl. v. 20.10.2017, 25 FL 12/17, n.v.):

„Die Abkürzung der Frist ist nur zulässig, wenn gewichtige Gründe dies rechtfertigen. Die Einhaltung der Regelfrist muss hierfür nach Lage der Dinge nicht in zumutbarer Weise möglich sein oder jedenfalls zu einer erheblichen

Beeinträchtigung öffentlicher Belange führen. Es ist hingegen nicht zulässig, die Anforderungen an die Dringlichkeit auf eine Zweckmäßigkeitsfrage zu reduzieren (vgl. BVerwG, Beschl. v. 15.11.1995, 6 P 4/94, juris Rn. 40). Ob ein derartiger dringender Fall vorliegt, entscheidet der Dienststellenleiter nach pflichtgemäßem Ermessen im jeweiligen Einzelfall nach Abwägung aller erheblichen Umstände (vgl. BVerwG, a. a. O., Rn. 41; Berg, in Altvater u. a., BPersVG, 9. Aufl. 2016, § 69 Rn. 25). Die Abkürzung der Frist ist dem Personalrat gleichzeitig mit dem Zustimmungsantrag mitzuteilen und ihm gegenüber zu begründen (Berg, a.a.O.; Weber, in: Richardi/Dörner/Weber, Personalvertretungsrecht, 4. Aufl. 2012, § 69 Rn. 41). Wegen der Notwendigkeit einer im Einzelfall zu treffenden Entscheidung und in Anbetracht der durch den Fristablauf eintretenden Zustimmungsfiktion muss die Verkürzung der Frist in Bezug auf jeden einzelnen Zustimmungsantrag gesondert und ausdrücklich erfolgen.“

Eine im Einzelfall erklärte Fristverkürzung ist dabei auch dann wirksam, wenn sie nicht zulässig ist. Zumindest muss der Personalrat, um eine reguläre Äußerungsfrist freizuhalten, innerhalb der verkürzten Frist sich unter Auseinandersetzung mit dem Vorbringen des Dienststellenleiters darlegen, weshalb eine Verkürzung unzulässig sein sollte. Der Personalrat kann einen Zustimmungsantrag des Dienststellenleiters nicht folgenlos ignorieren. Denn dies widerspräche wiederum den Grundsätzen der vertrauensvollen und fortlaufenden Kommunikation und des partnerschaftlichen Miteinanders in Mitbestimmungsangelegenheiten (VG Hamburg, Beschl. v. 22.1.2021, a.a.O., Rn. 67).

Für den Fristlauf gilt (VG Hamburg, Beschl. v. 22.1.2021, a.a.O., Rn. 69; Beschl. v. 29.6.2018, 25 FL 30/17, n.v.):

„Für die Berechnung der gesetzlichen Äußerungsfrist des Personalrats enthält das Hamburgische Personalvertretungsrecht keine ausdrückliche Regelung. Deshalb finden als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens nach § 186 i. V. m. §§ 187 bis 193 BGB die dortigen Auslegungsvorschriften für Fristen und Termine entsprechende Anwendung. [...]“

Für die Ausschöpfung der Frist gilt (VG Hamburg, Beschl. v. 22.1.2021, a.a.O., Rn. 72; Beschl. v. 29.6.2018, a.a.O.):

„Der Eingang der Äußerung des Personalrats setzt keinen Zugang nach zivilrechtlichen Maßstäben voraus. Nach § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB findet eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie im zugeht. Im privatrechtlichen Verkehr ist die Vorschrift wegen der übereinstimmenden Interessenlage auf geschäftsähnliche Handlungen und Mitteilungen analog anzuwenden (Singer/Benedikt, in Staudinger, BGB, Bearbeitung 2017, § 130 Rn. 14). Auch gilt die Vorschrift gemäß § 130 Abs. 3 BGB für gegenüber einer Behörde abzugebenden, ‚amtsempfangsbedürftigen‘ Willenserklärungen (zu diesem Begriff Singer/Benedikt, a. a. O., Rn. 13). Soweit allein deshalb aber angenommen wird, die Vorschrift finde im öffentlichen Recht Anwendung (so Singer/Benedikt, a. a. O.), geht dies bereits wegen der nach Art. 70 Abs. 1 GG nur in dem im Grundgesetz

benannten Fällen bestehenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes zu weit. Voraussetzung für die Anwendung des § 130 BGB ist, dass der Erklärende in privatrechtlicher Form handelt. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Vielmehr handelt der Personalrat als interne Einrichtung der Verwaltung durch verwaltungsinterne öffentlich-rechtliche Erklärung. Im öffentlichen Recht können Fristen voll ausgeschöpft werden. Für den Eingang von Erklärung im externen oder im internen Verwaltungsrechtsverhältnis genügt es, dass eine Erklärung rechtzeitig in die Verfügungsgewalt der jeweils zuständigen Instanz gelangt ist (vgl. BVerfG, Beschl. v. 3.10.1979, 1 BvR 726/78, BVerfGE 52, 203, juris Rn. 18; BVerwG, Urt. v. 12.2.1964, IV C 95/63, BVerwGE 18, 51, juris Ls.).

Unabhängig davon gilt für Fristen auch im Privatrecht, dass § 188 BGB für alle Fristen klarstellt, dass es eine ‚Unzeit‘ nicht geben kann, weil die Frist erst mit dem Ablauf des letzten Tages endigt; dem Erklärenden muss demgemäß bis 24.00 Uhr ein fristwahrender Zugang möglich sein (Singer/Benedict, a. a. O., Rn. 76). In Übereinstimmung damit kommt nach der höchstzivilrichterlichen Rechtsprechung der Ablauf der Wochenfrist für Aktionäre nach § 126 AktG eine unmittelbare oder entsprechende Anwendung des § 130 Abs. 1 BGB nicht in Betracht (BGH, Urt. v. 24.1.2000, II ZR 268/98, BGHZ 143, 339, juris Rn. 12 ff.).“

Der Personalrat muss dem Dienststellenleiter in der fristgemäßen Äußerung mitteilen, dass er die Zustimmung durch Beschluss abgelehnt hat (VG Hamburg, Beschl. v. 24.6.2021, 25 FLE 65/21, juris Rn. 56). Das Erfordernis einer Begründung bei der Zustimmungsverweigerung konkretisiert die Fachkammer mit der obergerichtlichen Rechtsprechung (OVG Hamburg, Beschl. v. 24.11.2020, 8 Bf 13/19.PVL, n.v.; VG Hamburg, Beschl. v. 22.1.2021, a.a.O., Rn. 44 ff.):

„Eine Zustimmungsverweigerung durch den Antragsteller löst nur dann die Folge des § 80 Abs. 4 HmbPersVG - das Verbot für den Beteiligten, die beabsichtigte Maßnahme durchzuführen - aus, wenn diese beachtlich ist. Ist die Zustimmungsverweigerung hingegen unbeachtlich, so gilt sie als erteilt (sog. Zustimmungsfiktion). Dies kommt in den Fällen des § 80 Abs. 6 Sätze 4 und 5 HmbPersVG und in den Fällen des § 80 Abs. 6 Satz 9 HmbPersVG in Betracht. Ob einer dieser Fälle vorliegt, ist allein anhand der von dem Personalrat für seine Zustimmungsverweigerung gegebenen Begründung zu beurteilen.

Gemäß § 80 Abs. 6 Satz 4 HmbPersVG gilt die Zustimmung als erteilt, wenn der Personalrat sie nicht ‚aus darzulegenden triftigen Gründen, die im Aufgabenbereich des Personalrats liegen, verweigert‘. Dabei hat der Personalrat die für ihn maßgeblichen Einwände gemäß § 80 Abs. 6 Satz 5 HmbPersVG inhaltlich nachvollziehbar zu benennen.

Nach der Gesetzesbegründung müssen die dargelegten Gründe ‚triftig sein (..)‘. Dies ist der Fall, wenn die genannten Gründe das Vorliegen eines Mitbestimmungstatbestandes jedenfalls möglich erscheinen lassen. Nicht in den Aufgabenbereich des Personalrats fallende Umstände stellen keine triftigen Gründe dar. Dazu gehören beispielsweise allgemeine tarif- oder arbeitsmarktpolitische Erwägungen, weil sie nicht von der mitbestimmungsrechtlichen Allzuständigkeit des Personalrates umfasst sind. Die in der Begründung angeführten maßgeblichen Einwände sind inhaltlich nachvollziehbar zu benennen (..). Die Anforderungen an die Begründung dürfen allerdings nicht so weit gehen, dass damit das

Einigungsstellenverfahren vorweggenommen wird. Ob sich die angeführten Gründe im konkreten Fall tatsächlich einem gesetzlichen Mitbestimmungstatbestand zuordnen lassen, ist erst in diesem Verfahren zu beurteilen und darf nicht im Wege einer Zustimmungsfiktion vorab angenommen werden' (Bü-Drs. 20/10838, S. 62).

Die Gesetzesbegründung nimmt damit auf die in der Rechtsprechung entwickelten Kriterien zur (Un-)Beachtlichkeit einer Zustimmungsverweigerung Bezug. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. Beschl. v. 3.3.2016, 5 PB 31.15, PersR 2017, 47, juris Rn. 5; Beschl. v. 30.11.1994, 6 P 11/93, PersR 1995, 130, juris Rn. 14), der sich der beschließende Fachsenat anschließt (vgl. Beschl. v. 29.11.2011, 8 Bf 95/11.PVL, PersR 2012, 115, juris Rn. 32; s. auch OVG Hamburg, Beschl. v. 6.4.2019, 14 Bs 86/19.PVL, juris Rn. 30 f.), ist die Verweigerung der Zustimmung zu einer mitbestimmungspflichtigen Maßnahme unbeachtlich, wenn die von dem Personalrat angegebenen Gründe offensichtlich außerhalb der Mitbestimmung liegen. Dem Personalrat ist es nicht gestattet, von einer Mitbestimmungsbefugnis zwar in der vorgeschriebenen Form, aber ohne inhaltlichen Bezug zu einem gesetzlichen Mitbestimmungstatbestand Gebrauch zu machen. An einem derartigen Bezug fehlt es, wenn die vom Personalrat angeführten Gründe sich dem gesetzlichen Mitbestimmungstatbestand nicht mehr zuordnen lassen. Ist eine Zuordnung offensichtlich nicht möglich, so lässt das erkennen, dass die Personalvertretung keine Regelung auf der Grundlage eines Mitbestimmungsrechts anstrebt, sondern die Zustimmung ohne einen vom Gesetz gebilligten Grund verweigert. Ein solches Verhalten wird durch das Recht nicht geschützt.

Umgekehrt kann die Zustimmungsverweigerung nicht als von vornherein unbeachtlich angesehen werden, wenn es zumindest als möglich erscheint, die Verweigerung der Zustimmung einem Mitbestimmungstatbestand zuzuordnen (vgl. BVerwG, Beschl. v. 30.4.2001, 6 P 9.00, PersR 2001, 382, juris Rn. 28). Der Dienststelle ist es verwehrt, die angegebene Begründung einer Schlüssigkeitsprüfung zu unterziehen und die einzelnen Gründe auf ihre Richtigkeit zu untersuchen (vgl. BVerwG, Beschl. v. 3.3.2016, 5 PB 31.15, PersR 2017, 47, juris Rn. 5, m.w.N.). Nur wenn die vom Personalrat angegebenen Gründe offensichtlich außerhalb der eingeräumten Mitbestimmung liegen, fehlt es der gegebenen Begründung an Beachtlichkeit. Das Merkmal der Offensichtlichkeit stellt sicher, dass sich der Abbruch des Mitbestimmungsverfahrens durch die Dienststelle trotz rechtzeitiger formgerechter Zustimmungsverweigerung des Personalrats auf Fälle beschränkt, in denen der Personalrat seine durch den jeweiligen Mitbestimmungstatbestand begrenzten Kompetenzen eindeutig überschreitet (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 27.1.2005, 1 A 1994/03.PVL, PersR 2005, 365, juris Rn. 37 ff.).

Die Zustimmung des Personalrats gilt gemäß § 80 Abs. 6 Satz 9 HmbPersVG ferner als erteilt, wenn eine gegebene Begründung nicht den Anforderungen von § 80 Abs. 6 Sätze 6 und 7 HmbPersVG genügt und auch kein Grund nach § 80 Abs. 6 Satz 8 HmbPersVG geltend gemacht wird. Gemäß § 80 Abs. 6 Satz 6 HmbPersVG hat sich die Begründung (u.a.) in den Fällen des § 88 Abs. 1 Nr. 2 und 4 HmbPersVG „ersichtlich auf die beantragte Maßnahme zu beziehen“. Gemäß § 80 Abs. 6 Satz 7 HmbPersVG ist bei den darzulegenden Sachgründen auf die Argumentation der Dienststelle einzugehen. Gemäß § 80 Abs. 6 Satz 8 HmbPersVG ist es den Sachgründen gleichgestellt, wenn sich der Personalrat auf einen der im Katalog von § 80 Abs. 6 Satz 8 Nr. 1 bis 4 HmbPersVG enthaltenen Verweigerungsgründe beruft.

Nach der Gesetzesbegründung müssen die vom Personalrat angeführten Einwände danach ‚einen Bezug zur konkreten Maßnahme aufweisen. Eine lediglich formelhafte Wiederholung des Gesetzestextes reicht hierfür nicht‘ (Bü-Drs. 20/10838, S. 62). Auch insoweit lehnen sich das Gesetz und die Gesetzesbegründung an Kriterien an, die in der Rechtsprechung entwickelt worden sind: Der Personalrat darf sich nicht auf eine nur formelhafte Begründung beschränken, die den konkreten Anlass und damit auch den Bezug zum konkreten Einzelfall selbst bei großzügiger Würdigung nicht erkennen lässt (vgl. BVerwG, Beschl. v. 29.1.1996, 6 P 38.93, PersR 1996, 239, juris Rn. 32). Vielmehr hat er fallbezogene Ausführungen zu machen (vgl. VGH Kassel, Beschl. v. 29.10.2009, 22 A 539/08.PV, juris Rn. 68) und darf sich nicht auf formelhafte Wendungen beschränken (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 29.11.2011, 8 Bf 95/11.PVL, PersR 2012, 115, juris Rn. 32). § 80 Abs. 6 Sätze 6 und 7 HmbPersVG knüpfen die Beachtlichkeit der Zustimmungsverweigerung des Personalrats danach auch an formale Bedingungen, denen die dafür gegebene Begründung genügen muss. Während § 80 Abs. 6 Sätze 4 und 5 HmbPersVG vor allem die inhaltlichen (Mindest-)Voraussetzungen der Zustimmungsverweigerung betreffen - die dafür gegebene Begründung muss triftig/plausibel, vom Aufgabenbereich des Personalrats gedeckt und inhaltlich nachvollziehbar sein -, sind in § 80 Abs. 6 Sätze 6 und 7 HmbPersVG die auch formalen (Mindest-)Voraussetzungen - die für die Zustimmungsverweigerung gegebene Begründung muss sich auf den konkreten zur Mitbestimmung gestellten Einzelfall beziehen und es hat eine Auseinandersetzung mit der von der Dienststelle für die beabsichtigte Maßnahme gegebenen Begründung zu erfolgen - normiert.

Aus der Zusammenschau insbesondere der in § 80 Abs. 6 Sätze 4 bis 7 HmbPersVG formulierten Anforderungen ergibt sich, dass allein anhand der von dem Personalrat für seine Zustimmungsverweigerung gegebenen Begründung zu beurteilen ist, ob diese beachtlich ist oder ob ein Fall der Zustimmungsfiktion vorliegt. Eine Zustimmungsverweigerung ist demgegenüber nicht schon dann beachtlich, wenn Gründe denkbar sind, die der Personalrat in beachtlicher Weise einwenden könnte. Vielmehr kommt es maßgeblich auf die Gründe an, die der Personalrat tatsächlich geltend macht. Mangelt es diesen Gründen an Beachtlichkeit, so greift die Zustimmungsfiktion auch dann ein, wenn die Geltendmachung beachtlicher Einwände möglich wäre.“

Dabei gilt (OVG Hamburg, Beschl. v. 21.6.2019, 14 Bf 98/19.PVL, ZfPR online 2019, Nr. 11, 10, juris Rn. 77):

„Aus dem partnerschaftlichen Miteinander in Mitbestimmungsangelegenheiten folgt das Erfordernis eines inneren Zusammenhangs gerade zwischen dem in Anspruch genommenen Mitbestimmungstatbestand und den geltend gemachten Ablehnungsgründen. Der Personalrat kann die Zustimmung nur aus Gründen verweigern, die auf den konkreten Zweck des jeweiligen Mitbestimmungstatbestandes bezogen sind (vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 9.4.2014, 17 LP 5/13, PersV 2014, 341, juris Rn. 10; Beschl. v. 17.4.2012, 18 LP 1/11, PersV 2012, 309, juris Rn. 32; s. auch OVG Münster, Beschl. v. 19.5.2004, 1 A 4557/02.PVL, PersV 2005, 24, juris Rn. 30).“

bb) Ausgehend davon gilt die Zustimmung nicht als erteilt.

Der Beteiligte hat dem Antragsteller mit am 5. November 2020 gefertigten und am 6. November 2020 eingegangenen sechsten Personalantrag die Einstellung zur Weiterbeschäftigung im Zeitraum 1. Januar bis 31. Dezember 2021 zur Zustimmung angetragen.

Der Antragsteller hat innerhalb der Zweiwochenfrist am 20. November 2020 mit am 19. November 2020 gefertigten Schreiben seine Zustimmung zu dieser Einstellung mit beachtlicher Begründung verweigert. Der dort vom Antragsteller erhobene Einwand, es reichten die „Stunden der Ausbildung nicht aus, um vergleichbare Kenntnisse und Fähigkeiten mit einem nach der Stellenbeschreibung und -bewertung geforderten Fachhochschulabschluss nachweisen zu können“, weshalb „Frau A. aus Sicht des [Antragstellers] nicht die Voraussetzung zur Besetzung der Stelle und zur Eingruppierung“ erfüllte, weist – hinsichtlich der Einstellung, wenngleich nicht der Eingruppierung (vgl. u. 2. c)) – einen konkreten Bezug auf. Mit dem Einwand zieht der Antragsteller die erforderliche Qualifikation als Voraussetzung einer Einstellung von Frau A. zur Weiterbeschäftigung als Kreativtherapeutin Senior in Frage.

Ob der Einwand schlüssig und ob Frau A. im Ergebnis die erforderliche Qualifikation doch aufweist, ist im vorliegenden Verfahren dabei nicht zu klären. Vielmehr genügt es, dass Frau A. die Voraussetzungen zumindest nicht offensichtlich erfüllt und der Antragsteller dies aufgezeigt hat.

Nicht die Frage der vorausgesetzten beruflichen Qualifikation, sondern nur die Auswahl unter qualifizierten Bewerbern betrifft dabei das vom Beteiligten bemühte Vorschlagsrecht des das Vorhaben aus Drittmitteln durchführenden Hochschulmitglieds Frau Prof. Dr. B. nach § 77 Abs. 5 Satz 2 HmbHG. Danach setzt die Einstellung von aus Mitteln Dritter bezahlten hauptberuflichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern an der Hochschule durchgeführten Forschungsvorhaben voraus, dass die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter von dem Hochschulmitglied, das das Vorhaben durchführt, vorgeschlagen werden. Der Vorschlag des Hochschulmitglieds ist bei der Verwendung von Drittmitteln damit notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzung der Einstellung und ersetzt die Qualifikation nicht.

Die vom Beteiligten selbst gestellten qualifikatorischen Anforderungen für eine Weiterbeschäftigung als Kreativtherapeutin Senior ab dem 1. Januar 2021 sind vielmehr

seiner diesbezüglichen (Plan-)Stellenbeschreibung, nach dem Stand vom Juni 2020 zu entnehmen. Diese sieht drei Möglichkeiten einer hinreichenden Qualifikation für diese Tätigkeit vor. Erstens und grundsätzlich ist erforderliche Ausbildung ein abgeschlossenes Hochschulstudium in Kunsttherapie, Musiktherapie oder Tanz- und Bewegungstherapie, d.h. in einer für Kreativtherapeuten einschlägigen Fachrichtung. Zweitens kann ein abgeschlossenes Hochschulstudium in einer einschlägigen Fachrichtung ersetzt werden durch (dazu) gleichwertige Fähigkeiten und Erfahrungen. Drittens können ein abgeschlossenes Hochschulstudium in einer einschlägigen Fachrichtung oder dazu gleichwertige Fähigkeiten und Erfahrungen ersetzt werden durch eine Kombination aus einer (die Grundlage bietenden) abgeschlossenen Berufsausbildung eines Gesundheitsfach- oder sozialen Berufes und einer (die Zusatzqualifikation vermittelnden) mindestens 600-stündige einschlägige Fachweiterbildung mit Zertifikat und einer (darauf bezogenen) entsprechenden mindestens dreijährigen Berufserfahrung.

Wie vom Antragsteller bei der Verweigerung seiner Zustimmung aufgezeigt, ist es nicht offensichtlich, dass Frau A. über eine der drei möglichen Qualifikationen verfügt. Im Einzelnen:

Erstens ist nicht offensichtlich, dass Frau A. ein fachlich einschlägiges Hochschulstudium abgeschlossen hätte. Bekannt ist vielmehr nur, dass sie an einer Hochschule einen Bachelorstudiengang in der nicht einschlägigen Fachrichtung Philologie absolviert hat. Der Antragsteller hat im Zustimmungsverweigerungsschreiben darauf hingewiesen, dass Frau A. eben nicht den grundsätzlich geforderten Abschluss nachgewiesen hat.

Zweitens ist nicht offensichtlich, dass Frau A. zu einem fachlich einschlägigen abgeschlossenen Hochschulstudium gleichwertige Fähigkeiten und Erfahrungen aufweist. Die insoweit zu stellenden Anforderungen sind hoch. Zum einen verlangt die (Plan-)Stellenbeschreibung grundsätzlich eine spezifische Hochschulausbildung, mithin gerade in einer der Fachrichtungen der Kreativtherapie einen Abschluss an einer Ausbildungsstätte höchsten Ranges. Eine Rangfolge der Ausbildungsstätten im deutschen Bildungssystem kann dabei als Ausdruck eines allgemeinen Verständnisses etwa dem Katalog des § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 6 BAföG entnommen werden. Zum anderen müssen die Fähigkeiten und Erfahrungen, um einem einschlägigen Hochschulstudium gleichwertig zu sein und die zweite Möglichkeit der Einstellungen zu eröffnen, ein (noch) höheres Niveau erreichen als nach der dritten Möglichkeit, die zwar die Einstellung trägt, aber nur in einer geringeren

Entgeltgruppe. Dass Frau A. über Fähigkeiten und Erfahrungen verfügt, die zum höchstmöglichen formalen Abschluss gleichwertig sind und ihn damit entbehrlich machen könnten, ist zumindest nicht offensichtlich. Zwar ist in dem Schreiben von Frau Prof. Dr. B., vom 15. November 2017, ausgeführt, dass Kunsttherapie erst allmählich in die Palliativversorgung in Deutschland integriert werde, so dass kaum Therapeutinnen mit Erfahrung bei schwerst- oder sterbenskranken bzw. älteren Patienten in Deutschland existierten und überwiegend nicht an der Arbeit mit sterbenskranken Menschen interessiert seien. Frau A. sei eine der sehr seltenen Therapeutinnen mit längerer praktischer Erfahrung in der Kunsttherapie am Lebensende und entspreche genau den fachlichen Erwartungen. Doch geht weder aus diesem Schreiben noch im Übrigen aus den im Zuge der sechs Personalanträgen übersandten Unterlagen zweifelsfrei hervor, dass die mitgebrachten Fähigkeiten und Erfahrungen dem höchsten formalisierten Berufsabschluss gleichwertig oder mit ihm auch nur vergleichbar wären. Zwar hat der Beteiligte im Schreiben vom 15. Februar 2018 seine Bewertung mitgeteilt, dass Frau A. [...] keinen Fachhochschulabschluss, allerdings [...] wie in der Stellenbeschreibung angefordert vergleichbare Kenntnisse und Fähigkeiten“ aufweise. Seine Auffassung hat er aber nicht nachvollziehbar begründet, so dass es keinen substantiierten Vortrag gab, mit dem sich der Antragsteller hätte näher auseinandersetzen müssen, um den Eintritt der Zustimmungsfiktion zu verhindern. Die nach der (Plan-)Stellenbeschreibung geforderte Gleichwertigkeit geht dabei über eine Vergleichbarkeit hinaus, schließt aber eine Vergleichbarkeit ein. Auf die Zweifel bereits an der Vergleichbarkeit hat der Antragsteller im Zustimmungsverweigerungsschreiben verwiesen, indem er „vergleichbare Kenntnisse und Fähigkeiten mit einem nach der Stellenbeschreibung und -bewertung geforderten Fachhochschulabschluss“ für nicht nachgewiesen erachtet hat.

Drittens ist nicht offensichtlich, dass Frau A. eine Kombination aus einer (die Grundlage bietenden) abgeschlossenen Berufsausbildung eines Gesundheitsfach- oder sozialen Berufes und einer (die Zusatzqualifikation vermittelnden) mindestens 600-stündige einschlägige Fachweiterbildung mit Zertifikat und einer (darauf bezogenen) entsprechenden mindestens dreijährige Berufserfahrung mitbrächte.

Die dritte Möglichkeit der erforderlichen Qualifikation verlangt nicht wie die zweite Möglichkeit eine Gleichwertigkeit mit der ersten Möglichkeit. Das Niveau der Fähigkeiten und Erfahrungen wie bei einem Hochschulabschluss in einer engeren Fachrichtung der

Kreativtherapie muss nicht erreicht sein. Abstriche davon sind in der dritten Möglichkeit sowohl hinsichtlich des Rangs der besuchten Ausbildungsstätte als auch hinsichtlich der fachlichen Spezialisierung möglich. Dennoch verlangt die dritte Möglichkeit als Grundlage für Zusatzqualifikation und Berufserfahrung zumindest eine anerkannte Berufsausbildung im weiteren fachlichen Bereich der Gesundheit oder des Sozialen. In diesem Sinne müssen zumindest Ansätze einer Vergleichbarkeit bestehen. Ein berufsqualifizierender Abschluss liegt etwa im Sinne des Ausbildungsförderungsrechts dann vor, wenn der Auszubildende in dem von ihm durchlaufenen Ausbildungsgang einen Ausbildungsstand erreicht hat, der ihm die Aufnahme eines Berufes ermöglicht, insbesondere eine als Zugangsvoraussetzung für einen Beruf durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften vorgesehene Prüfung bestanden ist oder am Ende der Ausbildungsveranstaltungen an einer Ausbildungsstätte Kenntnisse und Fertigkeiten erworben sind, die ihn zur Aufnahme eines Berufes befähigen (vgl. BVerwG, Beschl. v. 8.10.2012, 5 B 25/12, juris Rn. 6). Nach Aktenlage bestehen für die Berufsqualifikation eines Gesundheitsfach- oder sozialen Berufes zumindest Zweifel. In ihrer Bewerbung zur erstmaligen Einstellung hat Frau A. als „Abschlüsse“ genannt: „Magister Artium (M.A.)“, „Fundraising-Managerin (FA)“ sowie „LOM®-Therapeutin“. Es bliebe zu klären, ob die private Einrichtung Hamburger Institut für Kunsttherapie ausweislich „Zertifikat Grundausbildung Kunsttherapie“ in zehn Workshops freitags-sonntags mit 220 Stunden Selbststudium und 100 Stunden Praktikum sowie ausweislich „Diplom „LOM®-Therapeutin, Ausbildung LOM® Lösungsorientierte Malentherapie [!] hik nach ...“ in 323 Stunden lediglich Zusatzqualifikationen vermittelt hat oder eine anerkannte grundständige Berufsausbildung. Eine nach den Regeln des Beteiligten selbst zu fordernde abgeschlossene Berufsausbildung eines Gesundheitsfach- oder sozialen Berufes ist zumindest nicht offensichtlich. Der vom Antragsteller im Zustimmungsverweigerungsschreiben hinsichtlich vergleichbarer Fähigkeiten und Erfahrungen erhobene Einwand ist zwanglos auch darauf zu beziehen, da „Stunden der Ausbildung“ auch nach der dritten Möglichkeit der nach der (Plan-)Stellenbeschreibung erforderlichen Qualifikation allein nicht ausreichen.

Der Nichteintritt der Zustimmungsfiktion wäre nicht anders zu beurteilen, wenn nicht die Einstellung zur Weiterbeschäftigung ab 1. Januar 2021 gemäß sechstem Personalantrag, sondern die Einstellung zur erstmaligen Einstellung ab 1. Juli 2018 gemäß erstem bis drittem Personalantrag, zur Weiterbeschäftigung ab 1. Januar 2019 gemäß viertem Personalantrag oder ab 1. Januar 2020 gemäß fünftem Personalantrag in Rede stünde. In

jedem Fall hat der Antragsteller innerhalb der geltenden Frist und mit dem beachtlichen Einwand des nach den jeweils geltenden Regeln des Beteiligten selbst fehlenden Nachweises einer beruflichen Qualifikation von Frau A. die Zustimmung zur Einstellung verweigert. Der gesamte Vorgang zeigt ein nachhaltiges Unterlassen des Beteiligten, auf einen im Einzelfall beachtlichen Einwand des Antragstellers einzugehen.

2. Der Antrag festzustellen, dass der Beteiligte das Mitbestimmungsrecht des Antragstellers verletzt, indem er Frau A. in die Entgeltgruppe 10 TVöD-K eingruppiert hat, ohne dass der Antragsteller dem zugestimmt hat bzw. ohne dass dessen Zustimmung ersetzt wurde (hierzu unter a)), ist zwar zulässig (hierzu unter b)), aber gleichwohl unbegründet (hierzu unter c)).

a) Hinsichtlich der Eingruppierung bezieht sich der Antrag nach sachdienlicher Auslegung nunmehr auf die bestätigende Eingruppierung in die bisherige Entgeltgruppe ab 1. Januar 2020. Im Einzelnen:

Unter Eingruppierung im Sinne der Mitbestimmungstatbestände ist nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung (BVerwG, Beschl. v. 7.3.2011, 6 P 15/10, juris Rn. 12, 25 m.w.N.) die Einreihung des Arbeitnehmers in ein kollektives Entgeltschema zu verstehen. Die Eingruppierung ist dabei ein Akt strikter Rechtsanwendung. Die Mitbestimmung des Personalrats bei Eingruppierung ist kein Mitgestaltungs-, sondern ein Mitbeurteilungsrecht. Sie soll sicherstellen, dass die Rechtsanwendung möglichst zutreffend erfolgt. Sie soll die Personalvertretung in den Stand setzen, mitprüfend darauf zu achten, dass die beabsichtigte Eingruppierung mit dem anzuwendenden Tarifvertrag im Einklang steht. Im Interesse der betroffenen Arbeitnehmer soll verhindert werden, dass durch eine unsachliche Beurteilung im Rahmen bestehender Auslegungsspielräume einzelne Arbeitnehmer bevorzugt, andere dagegen benachteiligt werden. Auf diese Weise dient die Mitbestimmung bei der Eingruppierung der einheitlichen und gleichmäßigen Anwendung der Entgeltordnung in gleichen und vergleichbaren Fällen und damit der Lohngerechtigkeit und Transparenz der Entgeltpraxis in der Dienststelle.

Allerdings geht die Weiterbeschäftigung eines befristet Beschäftigten grundsätzlich zwar einher mit einer neuen Maßnahme der Einstellung i.S.d. Mitbestimmungstatbestands § 88 Abs. 1 Nr. 2 HmbPersVG, nicht aber mit einer neuen Maßnahme der Eingruppierung i.S.d. Mitbestimmungstatbestands § 88 Abs. 1 Nr. 4 Var. 1 HmbPersVG. Eine Maßnahme des

Dienststellenleiters erledigt sich erst dann, wenn sie keine Rechtswirkung mehr entfaltet (BVerwG, Beschl. v. 11.3.2014, 6 PB 41/13, juris Rn. 7). Die Eingruppierung bei befristeter erstmaliger Einstellung erledigt sich mithin dann nicht, wenn es zu einer Weiterbeschäftigung unter gleichen tariflichen und tatsächlichen Bedingungen kommt. Die Frage der richtigen Einreihung in ein kollektives Entgeltschema, die vom Dienststellenleiter vorzunehmen und vom Personalrat zu kontrollieren ist, stellt sich bei einer Weiterbeschäftigung unter gleichen Bedingungen nicht erneut.

Indessen erfordert die vorausgesetzte Gleichheit der Bedingungen zum einen, dass in tatsächlicher Hinsicht auf dem gleichen Arbeitsplatz weiterbeschäftigt wird (OVG Hamburg, Beschl. v. 23.10.2019, 8 Bf 198/17.PVL, juris, PersV 2020, 259, Rn. 28 f., zust. Busch, jurisPR-ArbR 27/2020 Anm. 7):

„Eine mitbestimmungspflichtige Eingruppierung in diesem Sinne liegt nicht nur dann vor, wenn ein Arbeitnehmer bei der Einstellung erstmals in ein kollektives Entgeltschema eingereiht wird, sondern auch wenn der Dienststellenleiter einem Arbeitnehmer einen neuen Arbeitsplatz zuweist und er die Beibehaltung der bisherigen Eingruppierung beabsichtigt. In diesem Falle sind unter Eingruppierungsgesichtspunkten drei verschiedene Alternativen denkbar: Höhergruppierung, Rückgruppierung oder Bestätigung der bisherigen Eingruppierung. Dabei sprechen mit Blick auf das Mitbestimmungsrecht des Personalrats bereits abstrakte systematische Erwägungen dafür, alle drei Alternativen gleich zu behandeln. In den beiden ersten Alternativen (vgl. § 88 Abs. 1 Nr. 5 und 6 HmbPersVG) kann das Mitbestimmungsverfahren den Entscheidungsvorschlag des Dienststellenleiters bestätigen, aber auch dazu führen, dass die Höhergruppierung oder Rückgruppierung sich als unrichtig erweist und es deshalb bei der bisherigen Eingruppierung verbleibt. In der dritten Alternative kann sich die Bestätigung der bisherigen Eingruppierung ergeben, jedoch auch das Resultat, dass die bisherige Eingruppierung auf dem neuen Arbeitsplatz unrichtig und der Arbeitnehmer höher- oder rückzugruppiert ist. Vor allem erfordern aber die Eigenart der Mitbestimmung bei Eingruppierung und deren Sinn und Zweck die Gleichbehandlung der drei Alternativen. Denn die Eingruppierung ist ein Akt strikter Rechtsanwendung. Die Mitbestimmung soll dabei sicherstellen, dass die Rechtsanwendung möglichst zutreffend erfolgt, und die Personalvertretung in den Stand versetzen, mitprüfend darauf zu achten, dass die beabsichtigte Eingruppierung mit dem anzuwendenden Tarifvertrag im Einklang steht. Im Interesse der betroffenen Arbeitnehmer soll verhindert werden, dass durch eine unsachliche Beurteilung im Rahmen bestehender Auslegungsspielräume einzelne Arbeitnehmer bevorzugt, andere dagegen benachteiligt werden. Auf diese Weise dient die Mitbestimmung bei der Eingruppierung der einheitlichen und gleichmäßigen Anwendung der Entgeltordnung in gleichen und vergleichbaren Fällen und damit der Lohngerechtigkeit und Transparenz der Entgeltpraxis in der Dienststelle. Weist der Dienststellenleiter dem Arbeitnehmer einen neuen Arbeitsplatz zu, so besteht ein Bedürfnis dafür, dass die Einordnung in die in der Dienststelle geltende Entgeltordnung zutreffend erfolgt. Die Richtigkeitskontrolle des Personalrats, die der Gesetzgeber gemäß § 88 Abs. 1 Nr. 4 bis 6 HmbPersVG für geboten hält, kommt unabhängig davon zu tragen, ob der Dienststellenleiter

beabsichtigt, die bisherige Entgeltgruppe zu ändern oder zu bestätigen. Die Mitbestimmung bei Eingruppierung aus Anlass der Zuweisung eines neuen Arbeitsplatzes ist im Übrigen unabhängig davon anzuerkennen, ob dieser Arbeitsplatz bereits einmal von der Dienststelle unter Beteiligung des Personalrats bewertet worden ist oder nicht (vgl. zu Allem BVerwG, Beschl. v. 8.11.2011, 6 P 23/10, BVerwGE 141, 134, juris Rn. 16 ff.; vgl. ferner BVerwG, Beschl. v. 8.12.1999, 6 P 3/98, BVerwGE 110, 151, juris Rn. 21 ff.; BAG, Beschl. v. 21.3.1995, 1 ABR 46/94, PersR 1995, 498).

Allerdings muss die Veränderung des Aufgabenkreises des Arbeitnehmers wesentlich sein. Zur Abgrenzung ist dabei auf den Inhalt des Umsetzungsbegriffes abzustellen. Umsetzung eines Arbeitnehmers ist die Zuweisung eines anderen Arbeitsplatzes. Darunter fällt zum einen der komplette Austausch des bisherigen Tätigkeitsbereichs. Zum anderen reicht es aber auch aus, wenn der neue Arbeitsplatz durch wesentliche Änderungen im Aufgabenbereich eine neue, andere Prägung aufweist. Liegt eine Umsetzung in diesem Sinne vor, so ist wegen der erheblichen Veränderung im übertragenen Arbeitsbereich eine Überprüfung der Eingruppierung unvermeidlich. Ob deren Ergebnis ausdrücklich ausgesprochen wird, ist für das Vorliegen einer mitbestimmungspflichtigen Maßnahme nicht von Belang (vgl. BVerwG, Beschl. v. 8.11.2011, 6 P 23/10, BVerwGE 141, 134, juris Rn. 21 f. m.w.N).“

Zum anderen erfordert eine Gleichheit der Bedingungen, dass in tariflicher Hinsicht die Tätigkeit anhand des gleichen kollektiven Entgeltschemas wie zuvor eingereicht wird. Daran fehlt es insbesondere dann, wenn die Eingruppierung eines Beschäftigten bei erstmaliger Einstellung zunächst in Analogie zu einer anderen Tätigkeit einer bestimmten Tätigkeit zugeordnet wird, die durch Änderung der tariflichen Grundlage geänderte Zuordnung der anderen Tätigkeit jedoch nicht nachvollzogen wird, d.h. die Zuordnung zur bestimmten Entgeltgruppe von einer Analogie zu der anderen Tätigkeit entkoppelt wird. Denn in diesem Fall stellt sich die Frage der Einreihung in ein kollektives Entgeltschema objektiv in gleicher Weise erneut wie bei einer wesentlichen Veränderung des Aufgabenkreises. Dieser Fall ist hier gegeben.

Bei erstmaliger Einstellung zum 1. Juli 2018 ist Frau A. wegen ihrer Tätigkeit analog einer Sozialpädagogin Senior in die Entgeltgruppe 10 eingereicht worden. Diese Analogie ist aber verlassen worden, als die Tätigkeit einer Sozialpädagogin Senior durch Änderung des Entgeltschemas ab dem 1. Januar 2020 gemäß der neu geschaffenen S-Tabelle neu tarifiert worden ist. Die Tätigkeit von Frau A. ist weiterhin und nunmehr abweichend von der Tätigkeit einer Sozialpädagogin Senior der Entgeltgruppe 10 zugeordnet geblieben. Mit der Ausreihung der Sozialpädagogen Senior aus der Entgeltgruppe 10 zum 1. Januar 2020 (vgl. 17. Änderung des TvöD) ist die Frage der richtigen Eingruppierung der bislang analog bewerteten Tätigkeit Kreativtherapeutin Senior objektiv erneut aufgeworfen worden. Eine

Eingruppierung kann nicht nur als erstmalige Einreihung einer Tätigkeit in das kollektive Entgeltschema anlässlich der Einstellung des diese Tätigkeit ausübenden Beschäftigten auftreten, sondern ist auch später während der Zugehörigkeit zur Dienststelle - als (Neu-)Eingruppierung - bei entsprechend aufgetretenem Bedürfnis nach einer neuen, zukunftsweisenden initialen Zuordnung der Tätigkeit des Beschäftigten zu Entgeltgruppen (und ggf. Stufen) denkbar (OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.11.2019, 18 LP 4/18, juris Rn. 30 m.w.N.). Die Weiterführung der Eingruppierung von Frau A. unter veränderten tariflichen Bedingungen ist damit eine neue mitbestimmungspflichtige Maßnahme.

Ausdruck des objektiven Anlasses einer Neubewertung ab 1. Januar 2020 sind die vom Beteiligten nach dem Stand vom Januar bzw. Juni 2020 erstellten neuen und differenzierenden (Plan-)Stellenbeschreibungen „Sozialpädagoge_in Senior“ (Entgeltgruppe S 15 Fg. 3) einerseits und „Kreativtherapeut_in Senior“ (Entgeltgruppe 10 oder 9) andererseits.

Nicht maßgebend ist, ob die fortbleibende Einreihung des Beschäftigten durch den Dienststellenleiter bei der bisherigen Entgeltgruppe des kollektiven Entgeltschemas subjektiv eine Neubewertung vorausgegangen ist. Entscheidend ist vielmehr der objektive Anlass für die Neubewertung. Für eine der Mitbestimmung durch den Personalrat unterliegende bestätigende Eingruppierung ist es weder hinreichend noch ist es notwendig, dass der Dienststellenleiter in einem gesonderten Verwaltungsvorgang in einen Akt der Überprüfung eingetreten ist. Eine bloße Überprüfung ohne objektiven Anlass ist keine mitbestimmungspflichtige (Neu-)Eingruppierung (vgl. OVG Koblenz, Beschl. v. 25.11.2015, 5 A 10556/15, juris Rn. 19). In subjektiver Hinsicht genügt, dass der Dienststellenleiter weiterhin die Einreihung bei einer bestimmten Entgeltgruppe deklariert. Die Eingruppierung unterscheidet sich von anderen Maßnahmen des Dienststellenleiters dadurch, dass sie wegen der „Tarifautomatik“ nicht konstitutiver, sondern deklaratorischer Natur ist (vgl. BVerwG, Beschl. v. 8.11.2011, 6 P 23/10, BVerwGE 141, 134, juris Rn. 13 f.; OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.11.2019, a.a.O., Rn. 30).

b) Der Antrag ist insoweit zulässig.

Der Feststellungsantrag ist statthaft. Wegen der Antragsänderung kommt dem Antragsteller weiterhin ein Feststellungsinteresse zu. Die bestätigende Eingruppierung von Frau A. in die

Entgeltgruppe 10 ab 1. Januar 2020 wirkt bei seitdem gleichbleibenden tariflichen und tatsächlichen Bedingungen fort.

Der erforderliche Einleitungsbeschluss ist gefasst. Der Antragsteller hat unter dem 9. Januar 2020 die Fortsetzung des aufgrund Beschlusses vom 8. März 2018 durch die Prozessbevollmächtigten eingeleiteten Verfahrens angesichts der „Vertragsverlängerung“ für den Zeitraum ab 1. Januar 2020 beschlossen. Bei dieser Vertragsverlängerung handelt es sich um die erste unter den neuen tariflichen Bedingungen. Die Vertragsverlängerung selbst ist zwar nicht Gegenstand der Mitbestimmung und Gegenstand des gerichtlichen Antrags. Der Beschluss des Antragstellers ist aber so auszulegen, dass alle im Zuge der Vertragsverlängerung vorgenommenen Maßnahmen der Einstellung sowie bestätigenden Eingruppierung nebst Stufenzuordnung erfasst sind.

c) Der Antrag ist insoweit aber unbegründet. Die erstrebte Feststellung ist nicht zu treffen. Der Beteiligte hat das Mitbestimmungsrecht des Antragstellers nicht verletzt, indem er Frau A. in die Entgeltgruppe 10 TVöD-K eingruppiert hat, ohne dass der Antragsteller dem zugestimmt hat bzw. ohne dass dessen Zustimmung ersetzt wurde.

Die bestätigende Eingruppierung ab dem 1. Januar 2020 unterliegt als Maßnahme des Beteiligten nach § 80 Abs. 1 Nr. 5 Var. 1 HmbPersVG der Mitbestimmung des Antragstellers als zuständigem Personalrat (s.o. a)). Diese Maßnahme darf gemäß § 80 Abs. 4 HmbPersVG nur mit Zustimmung des Personalrats getroffen werden, soweit in diesem Gesetz nichts anderes bestimmt ist. Seine Zustimmung hat der Antragsteller weder ausdrücklich erteilt noch ist sie ersetzt oder nach dem Gesetz ausnahmsweise entbehrlich, sie gilt jedoch als erteilt. Denn die Voraussetzungen der Zustimmungsfiktion (dazu s.o. 1. c) aa)) sind verwirklicht. Im Einzelnen:

Zur Zustimmung angetragen hat der Beteiligte dem Antragsteller die bestätigende Eingruppierung in die Entgeltgruppe 10 für den Zeitraum ab 1. Januar 2020 mit dem fünften Personalantrag, gefertigt am 4. Oktober 2019, eingegangen am 7. Oktober 2019. Der Wille des Dienststellenleiters, auch insoweit eine Zustimmung des Personalrats zu beantragen, geht zumindest schlüssig aus dem Empfängerhorizont ersichtlichen Begleitumständen hervor. Der Personalantrag ist dem Antragsteller nicht nur zur Kenntnisnahme, sondern zur Zustimmung vorgelegt worden. Als Gegenstand des Antrags wurde benannt „Weiterbeschäftigung Sonstige Vertragsverlängerung“. Im Sinne der vertrauensvollen und

fortlaufenden Kommunikation sowie des partnerschaftlichen Miteinanders (dazu s.o. 1. c) aa)) liegt allein die Auslegung, dass der Beteiligte alle mitbestimmungspflichtigen Maßnahmen, über die er in dem ausdrücklich zur Zustimmung gestellten Personalantrag den Personalrat unterrichtet, dem Personalrat zur Zustimmung vorlegt. Die im Antrag benannte „Weiterbeschäftigung“ ist ebenso wenig wie die dort benannte „sonstige Vertragsverlängerung“ eine mitbestimmungspflichtige Maßnahme. Zur Mitbestimmung gestellt sind vielmehr die mit der Weiterbeschäftigung ab dem 1. Januar 2020 verknüpften Maßnahmen, über die Einstellung zur Weiterbeschäftigung ab 1. Januar 2020 hinaus insbesondere die bestätigende Eingruppierung bei dieser Weiterbeschäftigung.

Der Antragsteller hat mit am 21. Oktober 2019 eingegangenen Schreiben vom 17. Oktober 2019 seine Zustimmung zum fünften Personalantrag zwar fristgemäß, aber hinsichtlich der Eingruppierung ohne beachtliche Begründung verweigert. Der dort erhobene Einwand, Frau A. erfülle „nicht die Voraussetzung zur Besetzung der Stelle und zur Eingruppierung“, weist bereits im Ansatz einen konkreten Bezug nur zur Einstellung auf, nicht aber zur Eingruppierung. Wenn Frau A. die Voraussetzungen der Stelle nicht erfüllt, darf sie nicht eingestellt werden. In welcher Weise im Fall einer Einstellung aber eingruppiert wird, folgt jedoch unabhängig vom Vorliegen der Einstellungsvoraussetzungen der „Tarifautomatik“. Auch wer nicht hätte eingestellt werden dürfen muss im Fall der Einstellung entsprechend eingruppiert werden. Die Entscheidung des Dienststellenleiters, den Arbeitnehmer einer bestimmter Entgeltgruppe zuzuordnen, ist nicht konstitutiver, sondern deklaratorischer Natur. Sie bietet keinen Raum für eine gestalterische Entscheidung des Dienststellenleiters wie etwa in einem Auswahlverfahren (dazu VG Hamburg, Beschl. v. 17.9.2021, 25 FL 66/21, <https://justiz.hamburg.de/contentblob/15431360/d312881bbc024bafd94691decaea06bb/data/25-fl-66-21-beschluss-vom-17-09-2021.pdf>). Ob die von Frau A. belegten „Stunden der Ausbildung“ ausreichen, „um vergleichbare Kenntnisse und Fähigkeiten mit einem nach der Stellenbeschreibung und -bewertung geforderten Fachhochschulabschluss nachweisen zu können“, betrifft deshalb allein die Einstellung (vgl. oben 1. c) bb)), nicht aber die Eingruppierung.

Der Eintritt der Zustimmungsfiktion wäre nicht anderes zu beurteilen, wenn nicht die mit dem fünften Personalantrag hin zur Zustimmung gestellte bestätigende Eingruppierung unter den veränderten, ab 1. Januar 2020 geltenden, tariflichen Bedingungen, sondern die Eingruppierung ab 1. Juli 2018 gemäß drittem Personalantrag in Rede stünde. Auch der

vom Antragsteller auf die den dritten Personalantrag hin erhobene Einwand betrifft im Ansatz lediglich die für die Einstellung erforderliche Berufsqualifikation.

3. Der Antrag festzustellen, dass der Beteiligte das Mitbestimmungsrecht des Antragstellers verletzt, indem er Frau A. der Stufe 1 zugeordnet hat, ohne dass der Antragsteller dem zugestimmt hat bzw. ohne dass dessen Zustimmung ersetzt wurde, (hierzu unter a)) ist ebenso zulässig (hierzu unter b)) wie begründet (hierzu unter c)).

a) Hinsichtlich der Stufenzuordnung ist Antragsgegenstand die bei der bestätigenden Eingruppierung ab 1. Januar 2020 rückblickend auf die erstmalige Einstellung vorgenommene Zuordnung zur Stufe 1. Eine andere Auslegung wäre nicht sachdienlich. Zum einen hat die Stufenzuordnung mit der bestätigenden Eingruppierung ab 1. Januar 2020 (dazu s.o. 2. a)) eine neue Grundlage erhalten. Zum anderen ist ein von Frau A. auf der innegehabten Stelle vollzogener regulärer Aufstieg in die Stufe 2, etwa gemäß Annahme im fünften Personalantrag zum 1. Februar 2019, ist selbst nicht mitbestimmungspflichtig.

b) Der Antrag ist insoweit zulässig.

Der Feststellungsantrag ist statthaft. Ein Feststellungsinteresse kommt dem Antragsteller weiterhin zu. Die auf die erstmalige Einstellung bezogene Zuordnung zur Stufe 1 wirkt fort, da sie die Grundlage für den vom Beteiligten angenommenen und nicht seinerseits eigenständig mitbestimmungspflichtigen regulären Stufenaufstieg zum 1. Februar 2019 bietet.

Den zur Einbeziehung der bestätigenden Eingruppierung nebst Stufenzuordnung erforderlichen Beschluss hat der Antragsteller am 9. Januar 2020 gefasst (s.o. 2. b)).

c) Der Antrag ist insoweit auch begründet. Die erstrebte Feststellung ist vom Gericht zu treffen. Der Beteiligte hat das Mitbestimmungsrecht des Antragstellers verletzt, indem er Frau A. der Stufe 1 zugeordnet hat, ohne dass der Antragsteller dem zugestimmt hat bzw. ohne dass dessen Zustimmung ersetzt wurde.

Die nach § 80 Abs. 1 Nr. 5 Var. 2 HmbPersVG der Mitbestimmung des Antragstellers als zuständigem Personalrat unterliegende Maßnahme der Stufenzuordnung darf gemäß § 80 Abs. 4 HmbPersVG nur mit seiner Zustimmung getroffen werden, soweit in diesem Gesetz nichts anderes bestimmt ist. Seine Zustimmung hat der Antragsteller weder ausdrücklich

erteilt noch ist sie ersetzt oder nach dem Gesetz ausnahmsweise entbehrlich. Die Voraussetzungen der Zustimmungsfiktion (dazu s.o. 1. c) aa)) sind nicht erfüllt.

Da die Zuordnung zu einer Stufe ausgehend von einer bestimmten Entgeltgruppe erfolgt, liegt der maßgebliche Antrag auf Zustimmung zur Stufenzuordnung erst im fünften Personalantrag, gefertigt am 4. Oktober 2019, eingegangen am 7. Oktober 2019, der die letztlich maßgebliche Eingruppierung betrifft (dazu s.o. 2. a)).

Der Antragsteller hat daraufhin mit am 21. Oktober 2019 eingegangenen Schreiben vom 17. Oktober 2019 seine Zustimmung fristgemäß und hinsichtlich der Eingruppierung auch mit beachtlicher Begründung verweigert. Der dort erhobene Einwand, es sei die „Stufenzuordnung nicht nachvollziehbar“, der Antragsteller bitte „genau die Zeiten einschlägiger Berufserfahrung mit Tätigkeit und Arbeitgeber anzugeben, als auch ggf. die förderlichen Zeiten mit genauen Angaben“, ist nicht von der Hand zu weisen.

Ob bezogen auf die erstmalige Einstellung zum 1. Juli 2018 die Zuordnung zur Stufe 1 im Ergebnis zutrifft, ist im vorliegenden Verfahren nicht zu klären. Maßgeblich ist vielmehr, dass die Richtigkeit nicht offensichtlich ist. Zweifel bestehen insofern fort.

Welcher Stufe Frau A. in ihrer Tätigkeit zuzuordnen ist, folgt insbesondere nicht ohne Weiteres aus den mit den verschiedenen Personalanträgen vorgelegten Unterlagen. Vielmehr bieten sich daraus nur bruchstückhafte Informationen. So hatte der Beteiligte mit erstem und zweitem Personalantrag noch die Zuordnung von Frau A. zur Stufe 2 zur Zustimmung angetragen, mit drittem und viertem Personalantrag dann die Zuordnung zur Stufe 1. Nachdem der Antragsteller die mangelnde Nachvollziehbarkeit dessen gerügt hatte, erachtete der Beteiligte mit Schreiben vom 21. Dezember 2018 die zur Zustimmung gestellte Stufenzuordnung ebenfalls für unplausibel und kündigte an, einen korrigierten Antrag nachzureichen. Dazu kam es aber zunächst nicht. Vielmehr legte der Beteiligte dem Antragsteller erst am 7. Oktober 2019 einen am 4. Oktober 2019 gefertigten fünften Personalantrag vor. In diesem Personalantrag wird aber ein letzter Stufenaufstieg am 1. Februar 2019 mitgeteilt, so dass auch dieser Personalantrag eine auf die erstmalige Einstellung am 1. Juli 2018 bezogene Zuordnung zur Stufe 1 zugrunde legt.

Keine Klarheit zugunsten einer Zuordnung zur Stufe 1 ergibt sich ferner aus dem Schreiben von B. an den Antragsteller vom 14. Dezember 2017, gerne möchte man Frau A. aufgrund förderlicher Zeiten der Stufe 2 zuordnen. Aus den handschriftlichen Anmerkungen auf dem

Formular „Anerkennung von Vorzeiten“ ergibt sich wiederum allein die Beurteilung des Beteiligten, richtig sei die Stufe 1, nicht aber eine Begründung.

Das am 15. Januar 2018 gefertigte und am 17. Januar 2018 eingegangene Anschreiben zum dritten Personalantrag enthält ferner die stichwortartige Mitteilung: „nach Rücksprache mit dem Bereich und genauer Sicht vom Lebenslauf, Zuordnung zu Stufe 1“. Allerdings wird dort als Begründung lediglich angeboten „seit 08.2017 Selbständig als Kunsttherapeutin“. Dies ist für sich genommen nicht ausreichend. Eine substantiierte Auswertung des Lebenslaufs von Frau A. fehlt. In dem vom Beteiligten in Bezug genommenen Schreiben „Anerkennung von Vorzeiten“ ist eine förderliche Berufstätigkeit von 18 Jahren und zwei Monaten berechnet und auf dieser Grundlage (vor Korrektur) die Stufe 2 angenommen worden. Das Schreiben kann fortbestehende Zweifel an der Zuordnung zur Stufe 1 nicht ausräumen. Der Antragsteller hat die fortbestehenden Zweifel aufgezeigt, indem er auf den fünften Personalantrag hin gebeten hat, „Zeiten einschlägiger Berufserfahrung mit Tätigkeit und Arbeitgeber anzugeben, als auch ggf. die förderlichen Zeiten mit genauen Angaben“.