

**Schieds- und  
Schlichtungsstelle DWBO e.V.  
II-62/13**

**Beschluss**

In dem Schiedsverfahren

der Dienststellenleitung A

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte: B

gegen

die Mitarbeitervertretung C

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte: D

hat die Schiedsstelle durch Frau Marewski als Vorsitzende sowie Frau Konz und Herrn Kohl  
als Beisitzer aufgrund der mündlichen Verhandlung am 07.01.2014

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

Der Antrag wird zurückgewiesen.

## G r ü n d e:

Die antragstellende Dienststellenleitung ist Mitglied des Diakonischen Werkes Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz e.V.. Die Antragsgegnerin ist die bei ihr gebildete Mitarbeitervertretung. Die Beteiligten streiten darüber, ob für die Antragsgegnerin ein Zustimmungsverweigerungsgrund für die beabsichtigte Einstellung von insgesamt 40 Mitarbeitern besteht.

Die Antragstellerin betreibt ein Krankenhaus mit etwa 600 Behandlungsplätzen in 9 Fachabteilungen. Seit Sommer 2012 setzt die Antragstellerin auf der Grundlage eines unbefristeten Werkvertrages mit der ahr servita GmbH deren Mitarbeiter als sogenannte Servicekräfte ein. Diese sind nicht mit der medizinisch-pflegerischen Patientenversorgung befasst, sondern werden nach Maßgabe eines Schichtplanes in 4 Stationen gemäß einem Leistungskatalog der Servicegesellschaft im Patientenservice beschäftigt. Dieser Katalog betrifft den Mahlzeitservice, Reinigungsleistungen und sonstige Leistungen/kleine Serviceleistungen. Hinsichtlich der Einzelheiten des Vertrages und der Leistungen wird auf die Anlagen AS 2 und 3 der Antragschrift verwiesen.

Nachdem der Streit zwischen den Beteiligten darüber, ob der Einsatz dieser externen Servicekräfte als Einstellung zu werten sei, durch Beschluss des Kirchenggerichtshofs vom 15.04.2013 (I-0124/O 29-12) dahingehend entschieden war, dass nach seiner Auffassung der Antragsgegnerin ein Beteiligungsrecht unter dem Gesichtspunkt der Einstellung zustehe, beantragte die Antragstellerin mit Schreiben vom 16.05.2013 die Zustimmung zur Einstellung der im Antrag genannten Mitarbeiter. Eine zunächst von der Antragsgegnerin beantragte Erörterung fand nicht statt; vielmehr beschied diese die Anträge auf Einstellung der Mitarbeiter mit Schreiben vom 10.10.2013 abschlägig. Zur Begründung berief sie sich im Wesentlichen auf einen Verstoß gegen das Leitbild der Dienstgemeinschaft, auf eine Form unzulässiger Arbeitnehmerüberlassung und einen Verstoß gegen eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung, nämlich diese des KGH EKD vom 09.10.2006 (sogenannte Leiharbeitnehmer-Entscheidung).

Mit dem am 24.10.2013 bei der Schiedsstelle eingegangenen Schriftsatz begehrt die Antragstellerin die Ersetzung der Zustimmung zur Einstellung der im Antrag genannten Mitarbeiter.

Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus:

Ein Verstoß gegen eine gerichtliche Entscheidung i.S.v. § 41 Abs. 1 lit. a MVG DWBO liege nicht vor, da die genannte Entscheidung des Kirchengenrichtshofs für die Beteiligten des Verfahrens keine Rechtskraft entfalte. Weiterhin habe der Kirchengenrichtshof in der dem vorliegenden Verfahren vorausgehenden Entscheidung gerade ausgesprochen, dass die Antragstellerin nicht gehindert sei, „mit einem Drittunternehmen den Einsatz von Servicekräften zu vereinbaren und durchzuführen“.

Auch ein Verstoß gegen das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz liege nicht vor, da hier keine Arbeitnehmerüberlassung, sondern der Einkauf von Serviceleistungen in Form eines Werkvertrages Geschäftsgegenstand des zwischen der Antragstellerin und der Servicegesellschaft geschlossenen Vertrages sei. Dies ergebe sich u.a. daraus, dass die Servicegesellschaft die Schichtplanbesetzung vornehme, den Servicekräften verbindliche Anweisung geben dürfe und im Hause der Antragstellerin eine Vorgesetzte für die Servicekräfte eingesetzt sei, die das Weisungsrecht ausübe und die Erbringung der vereinbarten Dienstleistungen überwache und steuere. Für diese Leistungen bestehe kein kontinuierlicher Abstimmungsbedarf sondern lediglich punktuell und gelegentlich. Bei den vereinbarten Tätigkeiten handele es sich von der Essenzlieferung abgesehen um ergänzende freiwillige Serviceleistungen, die weder als Versorgungsleistungen vorgeschrieben seien noch von Kostenträgern refinanziert würden.

Sowohl den Bedarf als auch den Zeitpunkt der Leistungserbringung könne das vom Dienstleister eingesetzte Personal überwiegend ohne Abstimmung ermitteln und auch ohne zusätzliche Konkretisierung der Leistungserbringung durch die Pflegekräfte. Diese hätten auch gegenüber den Servicekräften keine Weisungsbefugnis, sondern bestenfalls Hinweismöglichkeiten. Die Servicekräfte würden täglich schriftliche Übersichten erhalten, welche Patienten welche Mahlzeiten aus prä- oder postoperativen Karenzgründen nicht erhalten sollten. Somit blieben nur gelegentliche Verständigungen zwischen den Mitarbeitern der Dienststelle und dem Servicepersonal, wann und wie bestimmte der im Leistungsverzeichnis angeführten Arbeitsaufgaben in bestimmten Situationen am besten durchgeführt werden sollten.

Der Einsatz der Servicekräfte in Form eines Werkvertrages verstoße auch nicht gegen den Gedanken der Dienstgemeinschaft. Denn der Grundsatz der Einheit der Dienstgemeinschaft lasse sich nicht am Betriebszweck oder der Frage festmachen, wie unmittelbar oder mittelbar die betreffenden Arbeitnehmer zu dessen Verwirklichung beitragen. Vielmehr gelte dieser Grundsatz hinsichtlich derjenigen Betriebsbereiche, die der kirchliche Dienstgeber aufgrund seiner freien unternehmerischen Entscheidung selbst organisieren und mit von ihm gesteuerten Arbeitnehmern selbst bewirtschaften wolle.

Wenn mithin bestimmte Aufgabenbereiche von externen Dienstleistern eingekauft würden, gäbe es keine doppelten Leistungsebenen für dieselben betrieblichen Aufgabenbereiche, sondern nur unterschiedliche Leitungsebenen für unterschiedliche Aufgabenbereiche, was der Kirchengenrichtshof nicht beanstandet hätte.

Die Antragstellerin beantragt,

festzustellen, dass für die Antragsgegnerin kein Zustimmungsverweigerungsgrund gegenüber der beabsichtigten Einstellung der genannten Beschäftigten besteht.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag zurück zuweisen.

Sie trägt im Wesentlichen vor:

Der Einsatz der Servicekräfte stelle eine Überlassung zur Arbeitsleistung i. S. v. § 1 AÜG dar. An einem abgrenzbaren, dem Werkunternehmer als Eigenleistung zurechenbaren und abnahmefähigen Werk fehle es. Betriebszweck eines Krankenhauses sei die medizinische Versorgung, Verpflegung und Beherbergung derer, die medizinischer stationärer Pflege bedürften. Es sei nicht ersichtlich, welchen anderen Zweck die Servicekräfte verfolgen sollten, wenn man die in den Leistungskatalog zugrunde gelegten Tätigkeiten betrachte.

Hier handele es sich gerade nicht um Leistungen, die einen besonderen Komfort oder Luxus darstellten. Die vertraglich zu leistenden Aufgaben könnten nicht ohne eine Eingliederung in den Krankenhausalltag und ohne Absprache und Abstimmung mit den Pflegekräften erfüllt werden. Die Vorgesetzten der Servicekräfte seien ihrerseits in den Betrieb des Krankenhauses eingegliedert, da andernfalls eine Wahrnehmung der in den Aufgabenbereich der Servicekräfte fallenden Tätigkeiten nicht möglich sei. Diese müssten zwangsläufig dem Weisungsrecht des Krankenhauses unterliegen. Eine Erlaubnis der Agentur für Arbeit zur Arbeitnehmerüberlassung liege nicht vor und die vereinbarte Dauer der Arbeitnehmerüberlassung sei laut Vertrag unbegrenzt, so dass ein Verstoß gegen das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz vorliege.

Auch gegen das Prinzip der Dienstgemeinschaft werde verstoßen durch Einsatz der Servicekräfte. Die Frage, ob eine Dienstgemeinschaft vorliege, sei daran zu messen, ob die Leistung der Arbeitskräfte zur Verwirklichung des diakonischen Auftrags herangezogen werde. Dies sei vorliegend der Fall und zwar unabhängig davon, ob der Einsatz aufgrund eines Dienst- oder Werkvertrages oder eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages erfolge.

Schließlich liege auch ein Verstoß gegen eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung i. S. v. § 41 MVG DWBO vor, da es sich bei der Entscheidung des Kirchengerichtshofs vom 09.10.2006 um eine gesetzesvertretende Entscheidung handele.

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

Der zulässige Antrag ist unbegründet.

Der Mitarbeitervertretung steht ein Grund der Verweigerung der Zustimmung zur Einstellung der im Antrag genannten und auf der Grundlage der als Werkvertrag bezeichneten Vereinbarung vom 16.03./30.03.2012 gem. § 41 Abs. 1a MVG DWBO zur Seite.

Wie der Kircheng Gerichtshof bereits im Verfahren umgekehrten Rubrums zum Aktenzeichen I-0124/O 29-12 in seiner Entscheidung vom 15.04.2013 ausgeführt hat, handelt es sich bei dem Einsatz von Servicekräften um eine Einstellung i.S.v. § 42 a MVG DWBO. Der Einsatz der betreffenden Mitarbeiter bzw. ihre Einstellung verstößt gegen eine Rechtsvorschrift i. S. v. § 41 Abs. 1a MVG DWBO.

1.

Die Einstellung ist mit der Präambel zum MVG, der unmittelbare rechtliche Bedeutung zukommt, aber auch mit der Richtlinie des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland nach Artikel 9 b GO. EKD über die Anforderungen der privatrechtlichen beruflichen Mitarbeit in der Evangelischen Kirche in Deutschland und des Diakonischen Werkes der EKD (Loyalitätsrichtlinie), insbesondere deren § 2 Abs. 1, § 1 Abs. 1 und dem daraus abgeleiteten Grundprinzip des Leitbildes der Dienstgemeinschaft nicht vereinbar.

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) gehört zu den eigenen Angelegenheiten der Religionsgesellschaften, dass diese der Gestaltung des kirchlichen Dienstes auch dann, wenn sie ihn auf der Grundlage von Arbeitsverträgen regeln, das Leitbild einer christlichen Dienstgemeinschaft ihrer Mitarbeiter zugrunde legen können (BVerfG 04.06.1985 – 2 BVR 1703/83). Die Dienstgemeinschaft wurzelt nach dem Selbstverständnis der Kirche einerseits im Priestertum aller Gläubigen, andererseits knüpft sie funktional an den Missionsauftrag der Kirche an. Sie verbindet alle am kirchlichen Auftrag Teilnehmenden unabhängig davon, auf welcher vertraglichen Grundlage und in welcher Einrichtung sie tätig sind. Die Dienstgemeinschaft wird damit als das theologisch geprägte Selbstverständnis des Dienstes der Gläubigen in der Kirche und durch die Kirche an der Welt umschrieben, nach dem jede Arbeitsleistung ein Stück kirchlichen Auftrags in der Welt verwirklicht.

Ausschluss dessen ist eine gemeinsame Verantwortung der jeweiligen Dienstgeber und der Dienstnehmer für das gedeihliche Wirken der Kirche und ihre Diakonie (KGH EKD vom 09.10.2006 II-0124/M 35-06). Damit verlangt das Bestehen einer Dienstgemeinschaft keine konfessionelle Gebundenheit aller Beschäftigten zu einer christlichen Kirche. Die Dienstgemeinschaft hängt auch nicht davon ab, ob oder im welchen Umfang nicht evangelische Christen oder Nichtchristen in einer kirchlichen Einrichtung beschäftigt sind

oder aber ob die jeweiligen Arbeitsverhältnisse verkündigungsnahe oder verkündigungsferne Tätigkeiten betreffen (BAG vom 20.11.2012 1 AZR 179/11).

b) Die Antragstellerin als diakonische Einrichtung ist dem Leitbild der Dienstgemeinschaft und den eben dargestellten Inhalten verpflichtet. Ein drittbezogener Personaleinsatz in kirchlichen Einrichtungen darf das Leitbild einer kirchlichen Dienstgemeinschaft als Grundprinzip des kirchlichen Dienstes nicht in Frage stellen (für den Bereich der katholischen Kirche und der Beschäftigung auf der Grundlage eines Gestellungsvertrages, KAGH Urteil vom 07.06.2013 – M 22/12 in ZMV 2013 S. 207 ff.). Für den Bereich der evangelischen Kirche steht nach der Rechtsprechung des Kirchengerichtshofs substituierende Leiharbeit dem Wesen der Dienstgemeinschaft entgegen (KGH EKD vom 09.10.2006 a.a.O.). Nach dieser Entscheidung besteht „anders als im staatlichen Bereich nicht das Recht, frei zu entscheiden, ob Daueraufgaben mit eigenen Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen, über Dienst- oder Werkverträge oder mit Leiharbeitnehmern und mit Leiharbeiterinnen erledigt werden sollen“. Auf die rechtliche Grundlage, auf der der drittbezogene Personaleinsatz in der betreffenden Einrichtung erfolgt, kommt es für die Bewertung eines Verstoßes gegen das kirchliche Grundprinzip des Leitbildes der Dienstgemeinschaft nicht an. Bei dem dauerhaften Einsatz von Substitutionskräften, sei es auf der Basis der Arbeitnehmerüberlassung, eines Gestellungsvertrages oder eines Werkvertrages in einer Einrichtung fehlt es an der mehrfachen kirchlichen Verbundenheit vertikal zwischen Dienststellenleitung und Mitarbeitern einerseits und horizontal unter den Mitarbeitern andererseits, die sich ihrerseits demselben Dienstherrn gegenüber verpflichtet und verbunden wissen. Denn dann besteht weder eine Einheitlichkeit der Leitung noch eine solche unter den Mitarbeitern. Die Substitutionskräfte schulden der Dienststelle in der sie arbeiten, und deren Mitarbeitenden unmittelbar weder ex officio noch Kraft Arbeitsvertrags die für eine Dienstgemeinschaft prägende Loyalität, noch haben sie eine solche von Dienststellenleitung oder den Mitarbeitenden der Dienststelle zu erwarten (KGH EKD a.a.O.). Die dauerhafte Substitution als Modell einer Flucht aus dem Dritten Weg widerspricht der kirchlichen Grundvorstellung vom Leitbild der Dienstgemeinschaft und verstößt damit gegen kirchliches Recht. Setzen Einrichtungen Leiharbeiter dauerhaft ein, kann diese Form des Personaleinsatzes zu dem nicht nur Auswirkungen auf das Bestehen einer Dienstgemeinschaft haben, sondern auch die Einordnung als diakonische Einrichtung in Frage stellen (BAG a.a.O.).

c) In diesem Zusammenhang beruft sich die Antragstellerin zu Unrecht auf die Entscheidung des KGH EKD im Verfahren umgekehrten Rubrums vom 15.04.2013. Dort hatte der Kircheng Gerichtshof in den Entscheidungsgründen ausgesprochen, dass die Beteiligte zu 2 (hier die Antragstellerin) nicht gehindert sei, mit einem Drittunternehmen den Einsatz von Servicekräfte zu vereinbaren und durchzuführen. Sie sei nur gehalten, vor dem konkreten Einsatz der Servicekräfte für die einzelne einzusetzende Person das Mitbestimmungsrecht der Mitarbeitervertretung zu beachten.

Diese Aussage bedeutet keineswegs, dass der Kircheng Gerichtshof die Zulässigkeit „gerade für den in Rede stehenden Einsatz von Servicekräften rechtskräftig festgestellt“ habe. Es handelt sich vielmehr um einen Hinweis auf rechtliche Möglichkeiten und Grenzen unternehmerischer Freiheit der Dienststelle. Zu Fragen der Zulässigkeit bezogen auf den Inhalt und die Ausgestaltung der dem Fremdeinsatz zugrunde liegenden Verträge hat sich der Kircheng Gerichtshof nicht geäußert. Er hat lediglich darauf verwiesen, dass es sich um Einzelfallentscheidungen im Rahmen des Fremdpersonaleinsatzes handelt, für die jeweils das Mitbestimmungsverfahren eine konkrete Person betreffend durchgeführt werden muss.

d) Mit dem hier vorgenommenen drittbezogenen Personaleinsatz erfolgt auch eine dauerhafte Substitution von Mitarbeitern.

Grundlage des Personaleinsatzes ist ein unbefristeter Vertrag zwischen der Antragstellerin und der ahr servita GmbH.

Nahezu sämtliche in dem Leistungskatalog für Mitarbeiter im Patientenservice aufgeführten Tätigkeiten stellen keine eigenständigen zusätzlichen Leistungen dar. Es handelt sich vielmehr um Tätigkeiten, die der Verwirklichung des Betriebszwecks bzw. des Krankenhauszwecks dienen, und die unmittelbar zu einem Krankenhausbetrieb gehören. Denn neben der Behandlung und Pflege der stationär aufgenommenen Patienten sind Unterbringung, Verpflegung und nichtmedizinische Versorgung, insbesondere Einhaltung eines hygienischen Standards unabdingbar. Hinzugehören auch Organisation bei der Aufnahme, Einweisung und Entlassung der Patienten. Diese beschriebenen Tätigkeiten werden mehr oder weniger in jedem Krankenhaus erbracht und sind in der Regel Aufgabe des Pflegepersonals.

Die unter der Rubrik Mahlzeitenservice aufgeführten Leistungen einschließlich der Aufnahme der Speisewünsche der Patienten, die sich naturgemäß nur am Angebot des jeweiligen Caterers orientieren können und dessen Angebote in der Regel jeweils auf einer Liste für die Patienten vermerkt sind, stellen typische Krankenhausleistungen außerhalb des Bereichs der Pflege dar.

Auch die erwähnten Reinigungsleistungen sind nicht zusätzliche sondern notwendige, die entweder vom Pflegepersonal oder von sonstigen Hilfskräften zumeist erbracht werden. Lediglich die unter der Rubrik „sonstige Leistungen/kleine Serviceleistungen“ genannten Bereiche können zum Teil als Sonderleistungen angesehen werden, wie die Servicerunde, die Unterstützung beim Ein- oder Auspacken der Tasche und die Erledigungen von Botengängen.

In der Gesamtschau gesehen handelt es sich nach Auffassung der Kammer bei der Erbringung der sogenannten Serviceleistungen im Wesentlichen um solche, die regelmäßig in einem Krankenhausbetrieb anfallen und zumeist vom Pflegepersonal erledigt werden und auch erledigt werden müssen. Die Tatsache, dass derartige Serviceleistungen von den Patienten gerne angenommen werden, der Wettbewerbssituation geschuldet sein können und auch das Pflegepersonal entlasten, spielt im Rahmen der rechtlichen Überprüfung, wie sie hier vorzunehmen ist, ebenso wenig eine Rolle, wie der Hinweis, dass die Krankenkassen derartige Leistungen nicht vorschreiben und auch nicht erstatten.

2.

Die Einstellung der Servicekräfte verstößt ferner gegen die Vorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes. Die Mitarbeitervertretung hat sich zur Begründung der Zustimmungsverweigerung zur Einstellung der im Antrag genannten Mitarbeiter zu dem darauf berufen, dass diese gegen eine Rechtsvorschrift verstoße, nämlich § 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG). Zwischen der ahr servita GmbH und der Antragstellerin liegt, obwohl als solcher benannt, kein Werkvertrag i. S. v. § 631 BGB vor. Vielmehr werden die Arbeitnehmer an die Antragstellerin im Wege der Leiharbeit überlassen.

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat zur Abgrenzung den jeweiligen Vertragstypen ausgeführt:

- “a) eine Überlassung zur Arbeitsleistung i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 AÜG liegt vor, wenn einem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach Weisungen des Entleihers und in dessen Interesse ausführen (vgl. BAG 06.08.2003 – 7 AZR 180/03 ...).
- aa) Notwendiger Inhalt eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages ist die Verpflichtung des Verleihers gegenüber dem Entleiher, diesem zur Förderung von dessen Betriebszwecken Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen.

...

Von der Arbeitnehmerüberlassung zu unterscheiden ist die Tätigkeit eines Arbeitnehmers bei einem Dritten aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrages. In diesen Fällen wird der Unternehmer für einen anderen tätig. Er organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Zwecks erfolgsnotwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und bleibt für die Erfüllung der in dem Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werks gegenüber dem Drittunternehmer verantwortlich. Die zur Erfüllung des Dienst- oder Werkvertrages eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen den Weisungen des Unternehmers und sind dessen Erfüllungsgehilfen.

...

Solche Dienst- oder Werkverträge werden vom AÜG nicht erfasst (vgl. zu alle dem BAG 13.08.2008 – 7 AZR 269/07).

- b) Über die rechtliche Einordnung des Vertrags zwischen dem Dritten und dem Arbeitgeber entscheidet der Geschäftsinhalt und nicht die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge oder eine Bezeichnung, die dem tatsächlichen Geschäftsinhalt nicht entspricht.

...

Der Geschäftsinhalt kann sich sowohl aus den ausdrücklichen Vereinbarungen der Vertragsparteien als auch aus der praktischen Durchführung des Vertrags ergeben. Widersprechen sich beide, so ist die tatsächliche Durchführung des Vertrags maßgebend, weil sich aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen lassen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragsparteien ausgegangen sind, was sie also wirklich gewollt haben.

...

(BAG 18.01.2012 – 7 AZR 723/10).“

Fehlt es an einem abgrenzbaren, dem Werkunternehmer als eigenem leistungszurechenbarem und abnahmefähigem Werk, so deutet dies auf Arbeitnehmerüberlassung hin. In diesem Fall muss der Besteller durch seine Anweisungen den Gegenstand der vom Arbeitnehmer zu erbringenden Leistungen überhaupt erst bestimmen und damit Arbeit und Einsatz für ihn bindend organisieren. Arbeitnehmerüberlassung liegt insbesondere dann vor, wenn dem Auftragnehmer eine relevante unternehmerische Struktur fehlt und der vertraglich festgelegte Leistungsgegenstand derart unbestimmt ist, dass er erst durch die Weisungen des Auftraggebers konkretisiert wird.

Erschöpft sich eine unternehmerische Tätigkeit in der Auszahlung der Vergütung der eingesetzten Arbeitnehmer und der Koordination ihres Einsatzes, kann angesichts von bindenden Tätigkeitsvorgaben kaum davon gesprochen werden, dass ein Dienstleistungsunternehmen Dienstleistungen erbringt. Die Grenze zur Arbeitnehmerüberlassung wird dann überschritten. Sobald die bloße Tätigkeit im Vordergrund steht, die letztlich sich nur durch eine Anzahl von Arbeitskräften erfüllt werden kann, über die der Auftraggeber selbst nicht verfügt, spricht dies für eine Arbeitnehmerüberlassung (LAG Berlin-Brandenburg 12.12.2012 15 Sa 1217/12 mwN).

Bei Anwendung dieser Kriterien muss von einer Arbeitnehmerüberlassung der im Antrag genannten Mitarbeiter ausgegangen werden.

Die Servicekräfte werden wie das angestellte Pflegepersonal zeitweilig in den betrieblichen Ablauf integriert, um mit diesem am selben Patienten zusammen zu arbeiten. Die Servicekräfte nehmen im Wesentlichen die Aufgaben wahr, für deren Erfüllung die Antragstellerin vor Abschluss des Werkvertrages nur eigene Mitarbeiter eingesetzt hatte. Dass kleinere Teilbereiche zusätzlich im Angebot der Servicekräfte vorhanden sind, ändert – wie ausgeführt – nichts an dem die Krankenhausleistung im Pflegebereich prägenden Charakter des Krankenpflegepersonalhauses. Denn der arbeitstechnische Zweck eines Krankenhausbetriebes beschränkt sich nicht auf die unmittelbaren Funktionen von Behandlung und Pflege, sondern dient darüber hinaus auch der Unterbringung, Verpflegung und nichtmedizinischen Versorgung der Patienten (KGH v. 15.04.2013 I-0124/U 29-12). Die von den Servicekräften zu erbringenden Leistungen dienen der Verbesserung im Bereich der nichtmedizinischen Versorgung und Unterbringung.

Damit wird kein eigenständiger Zweck verfolgt, sondern der Erreichung des medizinischen Zwecks unmittelbar zugearbeitet; die Tätigkeiten dienen der Heilbehandlung und sind damit zur Erfüllung dieser Aufgabe des Krankenhauses zwingend erforderlich. Es steht mithin die bloße Tätigkeit im Vordergrund, die nur durch eine Anzahl von Arbeitskräften erfüllt werden kann, über die der Auftragsgeber selbst nicht verfügt und die er nicht durch das Pflegepersonal ausführen lassen will. Die von der Servicegesellschaft zu erbringende Arbeiten richten sich ausschließlich nach dem Bedarf der Antragstellerin, bezogen auf die Anzahl der stationär aufgenommenen Patienten und deren Verweildauer.

Die Servicekräfte können auch nur in Abstimmung mit dem Pflegepersonal tätig werden, da die zugewiesenen Aufgaben von dem jeweiligen Patientenbedarf abhängig sind und nicht ohne Koordination mit den Pflegekräften erfolgen dürfen. Diese Abstimmung erfolgt über die gesamte Dauer der täglichen Schichten für sämtliche Servicekräfte. Der Auftraggeber / die Antragstellerin bestimmt erst durch ihre Anweisungen den Gegenstand und Umfang der von den Servicekräften zu erbringenden Leistungen und organisiert damit Arbeit und Einsatz bindend. Daran ändert auch der von der Antragstellerin eingereichte Ablaufplan / Schichtplan und der ebenfalls zu den Akten gereichte Leistungskatalog nicht. Denn diese Anlagen reichen nicht aus, um die tägliche Arbeit auf den Stationen zu ermöglichen. Es fehlt naturgemäß die inhaltliche, auf den Patienten bezogene Ausgestaltung und Anweisung für bestimmte Vorgehensweisen.

Die Servicegesellschaft ist nicht nur abhängig von der Organisationsmacht und den Weisungen der Antragstellerin, sondern verfügt auch über keine unternehmerische Struktur in den Räumen der Antragstellerin. Darauf, dass sie selbst in ihrer Unternehmenszentrale über eine entsprechende Organisation verfügt, kommt es nicht an. Die Struktur der Servicegesellschaft erschöpft sich in der Stellung einer Vorarbeiterin, die in die Organisation der Antragstellerin eingebunden ist und deren Weisung unterliegt. Sie kann nicht selbstständig auf der Basis des sogenannten Werkvertrages tätig werden, sondern erst dann, wenn die Antragstellerin ihr die patientenbezogenen täglichen schriftlichen Übersichten überreicht hat. Die ihr obliegende Koordinierung des Einsatzes der Servicekräfte innerhalb des Hauses hat dem gegenüber keine eigene, einem abnahmefähigen Werk zurechenbare Funktion.

Der Kirchengengerichtshof hat in den Gründen des Beschlusses vom 15.04.2013 festgestellt, dass bei den Servicekräften, die in der Einrichtung der Antragstellerin tätig werden, eine Einstellung vorliege. Ferner hat der Kirchengengerichtshof in dem Beschluss vom 24.08.2010 (II-0124/R 28-09) ausgeführt, dass eine Einstellung i.S.v. § 42a MVG EKD und die hierfür maßgebliche Eingliederung, die voraussetze, dass der Arbeitnehmer dem Weisungsrecht der Dienststellenleitung unterstellt sei, bei durch Dienst- und Werkvertrag Beschäftigten nicht vorliege. Läge sie vor, so handele sich um Arbeitnehmerüberlassung (so auch bereits KGH EKD II-0124/M 6-06 Beschluss vom 29.05.2006).

Da der Kirchengengerichtshof somit bereits für die Schiedsstelle bindend entschieden hat, dass bei den von der ahr servita GMBH aufgrund eines sogenannten Werkvertrags tätigen Servicekräften eine Einstellung vorliegt, diese eingegliedert sind in den Betrieb der Antragstellerin, handelt es sich der Entscheidung vom 24.08.2010 zufolge hier um Arbeitnehmerüberlassung, für die unstreitig keine Erlaubnis vorliegt.

Die vorliegende Konstellation unterscheidet sich im Übrigen von derjenigen, die der Entscheidung des Kirchengengerichtshofs vom 24.05.2011 (KGH EKD I-0124/M 66-10) zugrunde gelegen hat. In dem dort entschiedenen Fall lag eine Einstellung i.S.v. § 42 a MVG EKD nicht vor, weil die in den Räumen der Einrichtung tätigen Ärzte nicht als von der Dienststellenleitung weisungsgebundene Mitarbeiter des Krankenhauses eingesetzt wurden. Sie hatten vielmehr radiologische ärztliche Dienstleistungen auf der Grundlage des jeweils einzelnen Dienstleistungsvertrages zu erbringen und dabei selbst zu entscheiden wann und wie sie diese Dienstleistungen erbringen wollten.

Nach alledem steht der Mitarbeitervertretung ein Grund zur Verweigerung der Zustimmung zur Einstellung der in dem Antrag genannten Personen zu. Das von der Antragstellerin erstrebte Ziel, den Patienten ihrer Einrichtung ein Mehr an Zeit und Zuwendung zukommen lassen zu wollen ist nach Auffassung der Kammer begrüßenswert, jedoch verstößt der eingeschlagene Weg, um dieses Ziel zu erreichen gegen rechtliche und kirchliche Grundsätze.

### Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Entscheidung ist das Rechtsmittel der Beschwerde gem. § 63 MVG DWBO in der seit dem 01.01.2014 geltenden Fassung gegeben (vgl. Berichtigungsbeschluss vom 30.01.2014).

Berlin, 30. Januar 2014

gez. Marewski