

M 22/12 – 07.06.2013

**Im Namen der deutschen Bischofskonferenz
auf Grund eines Mandats des Heiligen Stuhls**

Urteil

Im Verfahren

Mitarbeitervertretung Marienhospital Stuttgart,

[REDACTED]

- Klägerin und Revisionsklägerin -

Prozessbevollmächtigter:

[REDACTED]

gegen

Vinzenz von Paul Kliniken gGmbH, Marienhospital Stuttgart,

[REDACTED]

- Beklagte und Revisionsbeklagte -

Prozessbevollmächtigter

[REDACTED]

hat der Kirchliche Arbeitsgerichtshof durch seinen Präsidenten, Prof. Dr. Reinhard Richardi und die Richter am Kirchlichen Arbeitsgerichtshof Margit Maria Weber und Prof. Dr. Alfred E. Hierold sowie die beisitzenden Richter Frau Renate Wulf und Prof. Dr. Gernot Sydow aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 07.06.2013

am 07.06.2013

für Recht erkannt:

Unter Aufhebung des Urteils des Kirchlichen Arbeitsgerichts der Diözese Rottenburg-Stuttgart vom 21.9.2012 – AS 15/12 wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, die Zustimmung der Klägerin zum Einsatz von Dienstleistungskräften (Anästhesieteam) der Firma [REDACTED] vor Aufnahme deren Tätigkeiten in den OP-Sälen und den Aufwächrräumen einzuholen.

Im Übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Tatbestand

Die Beklagte betreibt in Stuttgart das Marienhospital. Sie hat für den Anästhesiebereich mit „[REDACTED] Medizinisches Versorgungszentrum“ am 26.3.2012 eine als Honorarvertrag bezeichnete Vereinbarung geschlossen, nach der wöchentlich einmal ein Anästhesie-Team von [REDACTED] bei der Beklagten tätig ist. In dem Honorarvertrag ist vereinbart, dass vorgeanntes Zentrum für die im Krankenhaus der Beklagten durchgeführten stationären operativen Eingriffe Leistungen für den Bereich der Anästhesie erbringt. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Tatbestand des Urteils der Vorinstanz Bezug genommen.

Die Klägerin hat beantragt

1. festzustellen, dass die Beklagte im Zusammenhang mit der Beschäftigung von Anästhesiemitarbeitern, Anästhesie-Pflegemitarbeitern und OP-Pflege-

mitarbeitern, die von der Firma [REDACTED] der Beklagten zur Arbeitsleistung überlassen werden, gegen § 34 MAVO verstoßen hat.

2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, die Zustimmung der Klägerin zum Einsatz von Dienstleistungskräften (Anästhesieteam) der Firma [REDACTED] vor Aufnahme deren Tätigkeiten in den OP-Sälen und den Aufwächrräumen einzuholen.
3. festzustellen, dass die Beauftragung eines Bevollmächtigten der Klägerin für das Verfahren vor dem Kirchlichen Arbeitsgericht notwendig ist, und insoweit gemäß § 12 Abs. 2 KAGO eine Vorabentscheidung beantragt

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Die Vorinstanz hat die Klage mit Urteil vom 21.9.2012, der Klägerin am 25.10.2012 zugestellt, abgewiesen und die Revision nicht zugelassen.

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin hat der Kirchliche Arbeitsgerichtshof mit Beschluss vom 31.1.2013, der Klägerin zugestellt am 28.2.2013 die Revision zugelassen. Die Klägerin hat mit Schriftsatz vom 11.3.2013, hier eingegangen am 11.3.2013 Revision eingelegt und begründet. Sie beantragt,

Das Urteil des Kirchlichen Arbeitsgerichtes der Diözese Rottenburg-Stuttgart, Az.: AS 15/12 vom 21.9.2013 wird abgeändert:

1. Es wird festgestellt, dass die Beklagte im Zusammenhang mit der Beschäftigung von Anästhesiemitarbeitern, Anästhesiepflegemitarbeitern und OP-Pflegemitarbeitern, die von der Firma [REDACTED] der Beklagten zur Arbeitsleistung überlassen werden, gegen § 34 MAVO verstoßen hat.
2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, die Zustimmung der Klägerin zum Einsatz von Dienstleistungskräften (Anästhesieteam) der Firma [REDACTED] vor Aufnahme deren Tätigkeiten in den OP-Sälen und den Aufwächrräumen einzuholen,

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I.

Die Revision ist zulässig. Sie wurde mit Beschluss des Kirchlichen Arbeitsgerichtshofs gemäß § 48 Abs. 5 Satz 1 KAGO zugelassen (§ 47 Abs. 1 KAGO) und ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§ 50 KAGO).

II

Die Revision ist begründet, soweit die Abweisung der Klage auch den Klageantrag zu 2) auf Feststellung umfasst, dass die Beklagte verpflichtet ist, die Zustimmung der Klägerin zum Einsatz von Dienstleistungskräften (Anästhesieteam) der Firma [REDACTED] vor Aufnahme deren Tätigkeiten in OP-Sälen und den Aufwächerräumen einzuholen.

Der Rechtsweg zur kirchlichen Arbeitsgerichtsbarkeit ist für den Rechtsstreit nach § 2 Abs. 2 KAGO eröffnet; denn es handelt sich um eine Streitigkeit aus der Mitarbeitervertretungsordnung zwischen der Klägerin und der Beklagten.

1. Der zu 1) gestellte Antrag auf Feststellung, dass die Beklagte im Zusammenhang mit der Beschäftigung von Anästhesiemitarbeitern, Anästhesie-Pflegemitarbeitern und OP-Pflegemitarbeitern, die von der Firma [REDACTED] der Beklagten zur Arbeitsleistung überlassen werden, gegen § 34 MAVO verstoßen hat, ist nicht zulässig. Nach § 256 Abs. 1 ZPO, der gemäß § 27 KAGO hier zur Anwendung kommt, muss eine Feststellungsklage auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses gerichtet sein. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn lediglich beantragt wird, dass die Beklagte gegen § 34 MAVO verstoßen hat. Mit der Feststellung ei-

nes Gesetzesverstoßes kann die Zulässigkeit eines Antrags nicht begründet werden, wenn offen bleibt, welche Rechtsfolgen sich aus ihm ergeben können.

Der Antrag genügt daher auch bereits nicht den Anforderungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.

2. Der Antrag zu 2) auf Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet ist, die Zustimmung der Klägerin zum Einsatz von Dienstleistungskräften (Anästhesieteam) der Firma [REDACTED] vor Aufnahme deren Tätigkeit in den OP-Sälen und den Aufwächerräumen einzuholen, ist gemäß § 256 Abs. 1 ZPO zulässig; er ist auch hinreichend bestimmt i.S. des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Es geht bei ihm um die Feststellung eines Rechtsverhältnisses zwischen der Klägerin und der Beklagten, soweit es um die Anwendung des § 34 MAVO, also um die Zustimmungsbedürftigkeit einer personellen Maßnahme der Beklagten im Verhältnis zur Klägerin geht.
3. Die Klage ist, soweit sie zulässig ist, auch begründet; denn es handelt sich um einen Personaleinsatz, der unter § 34 MAVO fällt.
 - a) Der Umstand, dass die Beklagte mit den Dienstleistungskräften (Anästhesieteam) der Firma [REDACTED] keine Arbeitsverträge schließt, ist für die Frage der Einstellung nach § 34 Abs. 1 MAVO unerheblich. Eine Einstellung setzt nicht voraus, dass sie auf der Grundlage eines privatrechtlichen Arbeitsvertrags mit der „einstellenden“ Einrichtung erfolgt. Das ergibt sich auch nicht daraus, dass der Gesetzestext sich auf die „Einstellung und Anstellung von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern“ bezieht. Nach § 3 Abs. 1 MAVO sind Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Sinne dieser Ordnung nicht nur Personen, die bei einem Dienstgeber aufgrund eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses tätig sind, sondern auch Personen, die bei einem Dienstgeber „aufgrund eines Gestellungsvertrages“ tätig sind (§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MAVO). Bei einem Gestellungsvertrag verpflichtet sich der Gestellungsträger, dem Betriebsinhaber die für die Erfüllung des Betriebszwecks erforderlichen Personen zur Verfügung zu stellen, ohne dass mit dem Betriebsinhaber ein Arbeitsvertrag abgeschlossen wird. Im Regelfall geht es im kirchlichen Krankenhaus um Pflegedienstleistungen, die Mitglieder eines Ordens oder kirchlichen Verbandes erbringen. Von diesem Vorverständnis geht die Feststellung aus, dass das Gestellungs-

verhältnis sich vom Leiharbeitsverhältnis dadurch unterscheidet, dass die gestellte Person vertragsrechtlich kein Arbeitnehmer ist, auch wenn sie die Arbeit nicht in einer Einrichtung ihres Verbands, sondern aufgrund des Gestellungsvertrags bei einem Dritten erbringt. Dadurch wird aber keine Schranke für den Einsatz dieses Beschäftigungsmodells begründet. Ein Gestellungsvertrag kann auch vorliegen, wenn die gestellte Person einen Arbeitsvertrag mit dem Gestellungsträger abgeschlossen hat.

b) Bei dem hier mit der Firma █████ geschlossenem „Honorarvertrag“ handelt es sich um einen Fall des drittbezogenen Personaleinsatzes in Form eines Gestellungsvertrags. Das gestellte Anästhesie-Team wird wie die angestellten Krankenhausärzte zeitweilig in den betrieblichen Ablauf integriert, um mit ihnen am selben Patienten zusammenzuarbeiten. Es nimmt, worauf die Vorinstanz hinweist, Aufgaben wahr, für deren Erfüllung die Beklagte vor Abschluss des „Honorarvertrags“ nur eigene Mitarbeiter bei Operationen eingesetzt habe. Die vom Anästhesie-Team erbrachten Leistungen seien zur Durchführung der Operationen zwingend erforderlich und könnten somit nach Auffassung des Gerichts auch nicht isoliert betrachtet werden; es finde eine Zusammenarbeit statt. Gleichwohl verneint die Vorinstanz das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung, weil für deren Annahme arbeitsbezogene Weisungen nicht genügten. Dabei wird übersehen, dass im ärztlichen Bereich mit der Freiheit des ärztlichen Berufs gewährleistet wird, dass der Arzt „bei seinen ärztlichen Entscheidungen keinen Weisungen unterliegt“ (BVerGE 16, 286, 294). Entscheidend für die Zugehörigkeit zum Einsatzbetrieb ist, dass das Anästhesie-Team die vertraglich geschuldeten Dienste nur in Zusammenarbeit mit dem Operations-Team der Beklagten erbringen kann.

Da hier vom Abschluss eines Gestellungsvertrages auszugehen ist, kann offen bleiben, ob die Begründung zutrifft, mit der ein Leiharbeitsverhältnis in der Form des unechten Leiharbeitsverhältnisses, wie es dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz zugrunde liegt, verneint wird. Eine Parallelität in der Beurteilung besteht nur insoweit, als für die Zugehörigkeit zum Einsatzbetrieb auch bei der Leiharbeit kein Arbeitsvertrag mit dem Betriebsinhaber bestehen muss. Das Erfordernis eines Arbeitsvertrags mit dem Betriebsinhaber gehört, wie das Bundesarbeitsgericht nunmehr für die Leiharbeit ausdrücklich anerkannt hat, nicht zu den konstitutiven

Merkmale der Betriebszugehörigkeit (BAG vom 18.10.2011, AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 70 mit Anm. von *Hamann*; BAG vom 5.12.2012 – 7 ABR 48/11; BAG vom 13.3.2013 – 7 ABR 69/11).


c) Vom drittbezogenen Personaleinsatz, wie er hier vorliegt, zu unterscheiden ist, dass ein Fremdunternehmer Dienstleistungen in einer kirchlichen Einrichtung erbringt. Der Kirchengerichtshof der EKD hat im Beschluss vom 24.5.2011 – KGH.EKD I-0124/S66-10 einen derartigen Fall für die Erbringung radiologischer ärztlicher Dienstleistungen anerkannt, weil die in den Räumen der Einrichtung tätigen Ärzte nicht als von der Dienststellenleitung weisungsgebundene Mitarbeiter des Krankenhauses eingesetzt wurden, sondern selbst entschieden, wann und wie sie diese Dienstleistung erbringen. Dabei wird in der Entscheidung hervorgehoben, das unterscheide die vorliegende Konstellation von der sog. „Anästhesisten-Entscheidung“ (KGH.EKD, Beschluss vom 29.1.2007 – II-0124/M38-06, abgedruckt in *ZMV* 2007, 197 ff.). Ausdrücklich heißt es zur Begründung: „Dort arbeiteten die Anästhesisten zeitgleich entsprechend dem Operationsplan des Krankenhauses zusammen mit den Krankenhausärzten am selben Patienten.“


Für die Einordnung in den Betrieb der Beklagten sind daher die Voraussetzungen erfüllt. Entscheidend ist, dass die Anästhesieleistungen im Rahmen der von der Beklagten gestalteten Organisation zu erbringen sind.

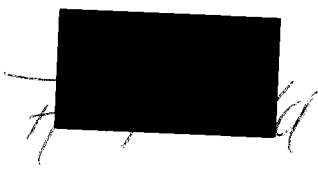
d) Ein drittbezogener Personaleinsatz in kirchlichen Einrichtungen darf das Leitbild einer kirchlichen Dienstgemeinschaft als Grundprinzip des kirchlichen Dienstes nicht in Frage stellen. Der Kirchengerichtshof der EKD hat im Beschluss vom 9.10.2006 (abgedruckt in *NZA* 2007, 761 ff.) festgestellt, dass eine auf Dauer angelegte Beschäftigung von Leiharbeitnehmern, insbesondere eine Substitution von Mitarbeitern durch Leiharbeitnehmer mit dem Kirchenarbeitsrecht nicht vereinbar ist. Sie widerspreche dem kirchlichen Grundsatz des Leitbildes von der Dienstgemeinschaft. Bereits im Urteil vom 27.11.2009 – M 06/09 hat der Kirchliche Arbeitsgerichtshof sich dieser Interpretation angeschlossen. Nach Art. 1 der Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse gehört die Dienstgemeinschaft zu den Grundprinzipien des kirchlichen Dienstes in der katholischen Kirche. Formen des „drittbezogenen Personeneinsatzes“ dürfen

insbesondere nicht die Ausrichtung am Leitbild der Dienstgemeinschaft in Frage stellen, auf die das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil zur Streikfreiheit beim „Dritten Weg“ vom 20.11.2012 – 1 AZR 179/11 (NZA 2013, 448 ff.) ausdrücklich abgestellt hat (so in Rn. 97 ff.).

4. Nach alledem führt die Revision hinsichtlich des Klageantrages zu 2) zur Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet ist, die Zustimmung der Klägerin zum Einsatz von Dienstleistungskräften (Anästhesieteam) der Firma [REDACTED] vor Aufnahme deren Tätigkeiten in den OP-Sälen und den Aufwächrräumen einzuholen. Hinsichtlich des Klageantrages zu 1) war die Revision zurückzuweisen.


Margit Maria Weber


Prof. Dr. Reinhard Richardi


Prof. Dr. Alfred E. Hierold


Prof. Dr. Gernot Sydow


Renate Wulf