

**Kircheng ericht:** Kircheng ertichtshof der Evangelischen Kirche in Deutschland  
**Entscheidungsform:** Beschluss (rechtskräftig)  
**Datum:** 19.06.2018  
**Aktenzeichen:** KGH.EKD I-0124/51-2017  
**Rechtsgrundlagen:** § 42 Nr. 1 MVG-K  
**Vorinstanzen:** Schiedsstelle der Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen und der Diakonischen Werke evangelischer KIrchen in Niedersachsen, Oldenburg und Schaumburg-Lippe, Beschluss vom 3. November 2017, Az. 3 VR MVG 33/17

#### **Leitsatz:**

1. Eine als Einstellung anzusehenden Eingliederung in die Dienststelle ist auch bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern von anderen Unternehmen möglich, die auf Grund eines Dienst- oder Werkvertrages Tätigkeiten im Betrieb verrichten. Dazu ist aber erforderlich, dass diese gemeinsam mit den im Betrieb schon beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern eine Aufgabe zu verrichten haben, die ihrer Art nach weisungsgebunden ist, der Verwirklichung des arbeitstechnischen Zwecks des Betriebes dient und daher vom Unternehmen organisiert werden muss. Die Beschäftigten müssen so in die betriebliche Arbeitsorganisation eingegliedert sein, dass die Arbeitgeberin das für ein Arbeitsverhältnis typische Weisungsrecht innehat.
2. Selbst wenn die Dienststellenleitung keine ausdrückliche Anweisung für das Zusammenwirken zwischen Eigen- und Drittbeschäftigten getroffen haben sollte, ist auch dieses eine Entscheidung zur Regelung der Organisation, die damit den Beschäftigten des Fremd- und des eigenen Unternehmens überlassen bleibt. Die tägliche und sowohl räumlich als auch organisatorisch enge Zusammenarbeit auf Stationen führt bei natürlicher Betrachtung zu einer gemeinsamen Tätigkeit, in der das Miteinander der Beschäftigten von entscheidender Bedeutung ist.
3. Der Annahme einer Einstellung steht nicht entgegen, dass Beschäftigten nur zu 15 % ihrer Arbeitszeit bei einer Dienststelle und im Übrigen auf anderen Arbeitsplätzen tätig sind.

#### **Tenor:**

Die Beschwerde der Dienststellenleitung gegen den Beschluss der Schiedsstelle der Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen und der Diakonischen Werke evangelischer Kirchen in Niedersachsen, Oldenburg und Schaumburg-Lippe – Kammer Diakonisches Werk evangelischer Kirchen in Niedersachsen e.V.

vom 3. November 2017, Az. 3 VR MVG 33/17 wird nicht zur Entscheidung angenommen.

### Gründe:

I. Die antragstellende Mitarbeitervertretung verlangt die Feststellung, dass die zu 2. beteiligte Dienststellenleitung das Mitbestimmungsrecht der Mitarbeitervertretung dadurch verletzt hat, dass sie sieben Diätassistentinnen, die bei einem anderen Unternehmen beschäftigt sind, ohne Zustimmung der Mitarbeitervertretung in der Dienststelle einsetzt.

Die Beteiligte zu 2. führte ein diakonisches Krankenhaus am Standort D. Mit Wirkung zum 1. Januar 2017 gingen das Kreiskrankenhaus E und das Kreiskrankenhaus F im Wege des Betriebsübergangs auf das diakonische Krankenhaus D über. Bereits zuvor waren zum 1. Oktober 2016 die Krankenhäuser in F und D örtlich zusammengefasst worden. Das Krankenhaus in E blieb örtlich getrennt.

Im Wege eines Betriebsteilübergangs ist aus dem diakonischen Krankenhaus D zum 1. Juni 2017 der Bereich Küche einschließlich der Diätassistentenz auf die Catering GmbH übergegangen. Die sieben hiervon erfassten Diätassistentinnen widersprachen dem Betriebsteilübergang nicht.

Am 17. Dezember 2016 ist ein Überleitungstarifvertrag zwischen der Gewerkschaft Ver.di, dem Kommunalen Arbeitgeberverband Niedersachsen, der A, der Catering GmbH und der G zur Regelung u.a. des Übergangs der Arbeitsverhältnisse auf die Beteiligte zu 2. und des Bereichs Küche auf die Catering GmbH geschlossen worden. Zwischen den Beteiligten dieses Verfahrens wurde bereits am 17. Mai 2016 ein Sozialplan geschlossen, der auch den Übergang der Küche einschließlich der Diätassistentenz auf die Catering GmbH zum Gegenstand hatte.

Die Diätassistentinnen üben ihre Tätigkeit zu etwa 85 % ihrer Arbeitszeit in dem organisatorisch vom Krankenhausbetrieb abgegrenzten Küchenbetrieb der Catering GmbH aus und zu etwa 15 % in den Räumlichkeiten der Betriebstätten E und D. Wegen der Aufgaben der Diätassistentinnen wird auf Bl. 2 und 3 des angegriffenen Beschlusses verwiesen. Die Diätassistentinnen erhalten von den behandelnden Ärztinnen und Ärzten einen Anforderungsbogen für die Diät- und Ernährungsberatung. Diese werden bei der ärztlichen Visite ausgefüllt und vom Pflegepersonal an das Büro der Diätassistentenz weitergeleitet. Die Diätassistentinnen führen mit den betroffenen Patientinnen und Patienten eine Beratung durch und dokumentieren sie. Palliativpatientinnen und Patienten werden auch ohne gesonderte Anforderung täglich von den Diätassistentinnen betreut. Die Diätassistentinnen gehören zum Palliativ-Team der Beteiligten zu 2..

Die Diätassistentinnen stehen in Kontakt mit den Ärztinnen und Ärzten und dem Pflegepersonal, um Informationen über die Patientinnen und Patienten und deren Krankheitsbild zu erhalten. Sie beraten die Patientinnen und Patienten nach Maßgabe der Diätverordnung des Arztes oder der Ärztin. Im Anschluss an die Umsetzung der Maßnahmen geben die Diätassistentinnen eine Rückmeldung an den Arzt oder die Ärztin. Die Diätassistentinnen sprechen sich außerdem mit der Pflege, der Fachpflege und der Logopädie über die an dem Patienten oder der Patientin erbrachten Leistungen ab.

Die Mitarbeitervertretung hat gemeint, dass es sich seit dem 1. Juni 2017 bei dem Einsatz der Diätassistentinnen um einen Fremdpersonaleinsatz handele, bei dem das Mitbestimmungsrecht der Mitarbeitervertretung zu beachten gewesen wäre.

Die Mitarbeitervertretung hat beantragt,

festzustellen, dass die Antragsgegnerin mit der Beschäftigung der Frau H, Frau I, Frau J, Frau K, Frau L, Frau M und Frau N das Beteiligungsrecht der Antragstellerin nach § 42 Nr. 1 MVG-K verletzt habe.

Die Beteiligte zu 2. hat beantragt,

den Antrag abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, dass die Weiterbeschäftigung der Diätassistentinnen keine Einstellung dargestellt habe. Diese seien hauptsächlich im Küchenbetrieb der Catering GmbH beschäftigt. Es bestehe deshalb nicht das Bedürfnis nach einer permanenten Koordination der Arbeitsabläufe zwischen Klinikum und Diätassistentenz. Die standardisierten Anforderungs- und Erfassungsformulare machen eine gesonderte Abstimmung zwischen den verschiedenen Professionen entbehrlich.

Das Kircheng Gericht gab mit Beschluss vom 3. November 2017 dem Antrag der Mitarbeitervertretung statt. Gegen diesen Beschluss legte die Beteiligte zu 2. mit Schriftsatz vom 15. Dezember 2017, der am selben Tag beim Kircheng Gerichtshof einging, Beschwerde ein und begründete diese zugleich.

Die Beteiligte zu 2. hält den Beschluss des Kircheng Gerichts für unzutreffend, weil es sich bei der Weiterbeschäftigung der Diätassistentinnen nicht um eine Einstellung handele. Die Beteiligten hätten den Themenbereich „Ausgliederung der Servicebereiche“ umfassend im Zusammenhang mit der Aufstellung des Sozialplans und im Rahmen der zweiwöchigen „Jours fixes“ beraten. Dabei habe die Beteiligte zu 2. mehrfach darauf hingewiesen, dass es in der Dienststelle keinen Bedarf für die Beschäftigung von sieben Diätassistentinnen in der Beratung von Patientinnen und Patienten gebe. Die Diätassistentinnen selbst hätten sich in einem Gespräch am 15. Mai 2017 dahingehend geäußert, dass sie weiter in der Patientenberatung tätig sein wollten.

Die Entscheidung des Rechtsstreits hänge von folgender Frage mit grundsätzlicher Bedeutung ab:

„Darf die Dienststellenleitung Tätigkeiten ohne Verstoß gegen den Grundgedanken der Dienstgemeinschaft an Dritte vergeben, wenn das Drittpersonal im Wesentlichen (85 %) stationsfern und nur zu einem geringen Anteil (15 %) auf den Stationen im patientennahen Bereich eines Krankenhauses tätig ist.“

Es liege keine Einstellung der Diätassistentinnen bei der Beteiligten zu 2. vor, weil diese nur zu 15 % ihrer Arbeitszeit in den Stationen tätig seien. Die Diätassistentinnen entscheiden selbst, wann sie ihre Leistungen auf der Station erbrächten, ohne dass eine Abstimmung mit Beschäftigten der Beteiligten zu 2. erfolgte. So könne es vorkommen, dass eine

Diätassistentin eine Station vergeblich aufsuche, weil eine Patientin gerade untersucht werde oder eine the-rapeutische Leistung erhalte. Die Tätigkeiten erfolgten standardisiert und würden in standardisierten Bögen erfasst. Die Teilnahme an den Teamsitzungen für die etwa 90 Palliativpatientinnen und -patienten pro Jahr erfordere keine permanente Abstimmung mit dem Krankenhauspersonal.

Wenn die Entscheidung des Kirchengerichts rechtskräftig würde, gebe es aus heutiger Sicht zwei Varianten für die Beteiligte zu 2.: Entweder schaffe sie zwei neu auszuschreibende Teilzeitstellen für die Ernährungsberatung, auf die sich die Diätassistentinnen bewerben könnten, oder sie qualifiziere eigenes Personal für die Ernährungsberatung, die nicht der Berufsgruppe der Diätassistentinnen vorbehalten sei. Es würden jedenfalls nicht mehr alle hier betroffenen Diätassistentinnen weiterhin Aufgaben der Ernährungsberatung vornehmen.

Die Beteiligte zu 2. beantragt,

- 1) die Beschwerde anzunehmen,
- 2) auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin den Beschluss der Schiedsstelle der Konföderation ev. Kirchen in Niedersachsen und der Diakonischen Werke ev. Kirchen in Niedersachsen, Oldenburg und Schaumburg-Lippe vom 3. November 2017 – 3 VR MVG 33/17 – aufzuheben und den Antrag der Beschwerdegegnerin abzuweisen.

**II.** Die Beschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen, weil hierfür kein Grund gegeben ist.

1. Die Entscheidung über die Statthaftigkeit, Zulässigkeit und das Verfahren der Beschwerde richtet sich nach § 65 MVG-K.

2. Nach § 65 Abs. 2 Satz 1 MVG-K bedarf die Beschwerde gegen die verfahrensbeendenden Beschlüsse der Kirchengerichte der Annahme durch den Kirchengerichtshof EKD. Sie ist nach § 65 Abs. 2 Satz 2 MVG-K anzunehmen, wenn 1. ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Beschlusses bestehen, 2. die Rechtsfrage grundsätzliche Bedeutung hat, 3. der Beschluss von einer Entscheidung des Kirchengerichtshofes der Evangelischen Kirche in Deutschland oder einer Entscheidung eines obersten Landesgerichts oder eines Bundesgerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht oder 4. ein Verfahrensmangel geltend gemacht wird und vorliegt, auf dem der Beschluss beruhen kann. Keiner dieser Gründe liegt vor.

a) Der Annahmegrund zu § 65 Abs. 2 Satz 2 Ziffer 1 MVG-K liegt nicht vor.

Ernstliche Zweifel an der materiell-rechtlichen Richtigkeit des angefochtenen Beschlusses sind nur anzunehmen, wenn die Entscheidung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit voraussichtlich anders zu treffen sein wird; die bloße Möglichkeit einer entgegen gesetzten Entscheidung genügt nicht (st. Rspr. KGH.EKD, z.B. Beschluss vom 7. April 2008 - I-0124/P5-08 - ZMV 2009, 37; Beschluss vom 10. November 2008 - I-0124/P37-08 - ZMV 2009, 36; Beschluss vom 20. April 2009 - I-0124/R10-09; Beschluss vom 1. September

2009 - I-0124/R26-09 - ZMV 2010, 34; Beschluss vom 27. Januar 2010 - II-0124/P36-08 - z.V.v.; Beschluss vom 12. April 2010 - I-0124/S13-10 - ZMV 2010, 264). Für das Vorliegen ernstlicher Zweifel kommt es auf das Ergebnis des angefochtenen Beschlusses an, nicht auf seine Begründung.

Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Beschlusses bestehen nicht. Es liegt eine Einstellung der Diätassistentinnen in die Dienststelle der Beteiligten zu 2. vor. Nicht ent-schieden zu werden braucht, ob sich aus dem Begriff der Dienstgemeinschaft das Erfordernis ergibt, den Begriff der Einstellung weiter zu fassen. Auch nach dem herkömmlichen Ver-ständnis des Begriffs sind die Diätassistentinnen in die Dienststelle ein-gestellt.

Das Mitbestimmungsrecht wird durch die Eingliederung von Personen in die Dienststelle ausgelöst. Eine Eingliederung in diesem Sinne ist auch bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitneh-mern von anderen Unternehmen möglich, die auf Grund eines Dienst- oder Werk-vertrages Tätigkeiten im Betrieb verrichten. Dazu ist aber erforderlich, dass diese gemein-sam mit den im Betrieb schon beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern eine Aufgabe zu verrichten haben, die ihrer Art nach weisungsgebunden ist, der Verwirklichung des arbeitstechni-schen Zwecks des Betriebes dient und daher vom Unternehmen organi-siert werden muss. Die Beschäftigten müssen so in die betriebliche Arbeitsorganisation eingegliedert sein, dass die Arbeitgeberin das für ein Arbeitsverhältnis typische Wei-sungsrecht innehat und die Entscheidung über den Arbeitseinsatz auch nach Zeit und Ort trifft; sie soll die Arbeitgeberfunktio-n wenigstens im Sinne einer aufgespaltenen Arbeit-geberstellung teilweise ausüben müssen. Unerheblich ist, ob und ggf. von wem diesen Personen tatsächlich Weisungen hinsichtlich ihrer Tätigkeit gegeben werden. Für die An-nahme einer Weisungsgebundenheit ist ausrei-chend, dass die Arbeitgeberin die Beschäf-tigten neben den bei ihr Beschäftigten aus dem pflegerischen und ärztlichen Bereich mit einer Daueraufgabe zum selben arbeitstechnischen Zweck tätig werden lässt. Selbst wenn eine Arbeitgeberin insoweit keine ausdrückliche An-weisung des Zusammenwirkens ge-troffen haben sollte, ist auch dies eine Entscheidung zur Regelung der Organisation, die damit den Beschäftigten des Fremd- und des eigenen Unter-nehmens überlassen bleibt. Die tägliche und sowohl räumlich als auch organisatorisch enge Zusammenarbeit auf Sta-tionen führt bei natürlicher Betrachtung zu einer gemeinsamen Tätigkeit, in der das Mit-einander der Beschäftigten von entscheidender Bedeutung ist (KGH, Beschluss vom 15. April 2013, I-0124/U19-12).

Danach liegt bei den Diätassistentinnen eine Einstellung in die Dienststelle der Beteiligten zu 2. vor. Sie arbeiten gemeinsam mit den im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeit-nehmern an einer Aufgabe, die unmittelbar dem arbeitstechnischen Zweck des Betriebs dient, nämlich der Genesung der Patientinnen und Patienten. Hierfür ist eine auf ihre körperlichen Bedürfnisse abgestimmte Ernährung erforderlich. Die Tätigkeit ist ihrer Natur nach weisungs-gebunden, weil sie im arbeitsteiligen Zusammenwirken mit den Be-

schäftigten in Pflege und Ärzteschaft zu erfolgen hat. Es bedarf deshalb einer Organisation durch die Beteiligte zu 2., die damit wenigstens im Sinne einer aufgespaltenen Arbeitgeberstellung das Direktionsrecht teilweise ausüben muss. Dass sie dieses in der Weise getan hat, dass sie den Beschäftigten auf den Stationen selbst die erforderliche Koordination ihrer Tätigkeiten überlassen hat, ändert nichts daran, dass sie damit ein Koordinationserfordernis erfüllt hat.

Der Annahme einer Einstellung steht nicht entgegen, dass die Beschäftigten nur zu 15 % ihrer Arbeitszeit bei der Beteiligten zu 2. tätig sind. Wenn für die Ernährungsberatung und zur Teilnahme an der Palliativpflege Teilzeitbeschäftigte mit 15 % der Arbeitszeit einer Vollzeitbeschäftigten beschäftigt würden, handelte es sich zweifelsfrei um eine Einstellung. Es ist nicht erkennbar, aus welchen Gründen etwas anderes gelten soll, wenn im Übrigen anderweitig Beschäftigte zu 15 % ihrer Vollzeitarbeit in der Dienststelle der Beteiligten zu 2. tätig sind. Unzweifelhaft reklamiert die Mitarbeitervertretung kein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der übrigen 85 % der Arbeitszeit.

Der Annahme einer Einstellung steht nicht entgegen, dass die Diätassistentinnen bereits zu 100 % ihrer Arbeitszeit in der Dienststelle tätig waren. Durch den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf eine andere Arbeitgeberin hat sich die Art ihrer Beschäftigung gewandelt. Bei ihrer Tätigkeit handelt es sich nunmehr um einen Fremdpersonaleinsatz. Da dieser gerade im Bereich des kirchlichen Arbeitsrechts andere Zustimmungsverweigerungsgründe auslösen kann als eine Tätigkeit eigenen Personals, löst die Änderung der vertraglichen Grundlage eine neue Einstellung aus. Dieses folgt im Übrigen auch daraus, dass beim Fremdpersonaleinsatz das Direktionsrecht auf Arbeitgeberseite grundlegend anders ausgestaltet ist als bei einem Einsatz von eigenem Personal.

b) Die Beschwerde ist nicht wegen grundsätzlicher Bedeutung nach § 65 Abs. 2 Satz 2 Ziffer 2 MVG-K zur Entscheidung anzunehmen, weil es für die Entscheidung über die Beschwerde nicht auf eine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung ankommt. Wie soeben ausgeführt, ist die entscheidungserhebliche Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung vom Kircheng Gerichtshof bereits entschieden worden.

Auf die von der Beteiligten zu 2. formulierte Rechtsfrage kommt es nicht an. Der Kircheng Gerichtshof hat vorliegend nur zu entscheiden, ob die Diätassistentinnen bei der Beteiligten zu 2. aufgrund einer Einstellung arbeiten. Die Frage, ob die Beteiligte zu 2. die Tätigkeiten ohne Verstoß gegen den Gedanken der Dienstgemeinschaft an Dritte vergeben darf, ist dafür nicht entscheidungserheblich.

c) Der Zulassungsgrund der Divergenz nach § 65 Abs. 2 Satz 2 Ziffer 3 MVG-K wird nicht geltend gemacht.

d) Schließlich liegt kein Verfahrensfehler im Sinne des § 65 Abs. 2 Satz 2 Ziffer 4 MVG-K vor, auf dem der Beschluss beruhen kann.

**III. Eine Kostenentscheidung ist entbehrlich.**