

Dear reader,

This is an author-produced version of an article published in Elmar Güthoff / Stephan Haering (eds.): *Ius quia iustum. Festschrift für Helmuth Pree zum 65. Geburtstag*. It agrees with the manuscript submitted by the author for publication but does not include the final publisher's layout or pagination.

Original publication:

Stefan Ihli

Werkvertrag auf dem Wege der Gestellung? Anmerkungen zu einem Urteil des Kirchlichen Arbeitsgerichtshofs

In: Elmar Güthoff / Stephan Haering (eds.): *Ius quia iustum. Festschrift für Helmuth Pree zum 65. Geburtstag*, pp. 777–798

Berlin: Duncker & Humblot 2015

URL: <https://doi.org/10.3790/978-3-428-54740-1>

Access to the published version may require subscription.

Published in accordance with the policy of Duncker & Humblot.

Your IxTheo team

Liebe*r Leser*in,

dies ist eine von dem/der Autor*in zur Verfügung gestellte Manuskriptversion eines Aufsatzes, der in Elmar Güthoff / Stephan Haering (eds.): *Ius quia iustum. Festschrift für Helmuth Pree zum 65. Geburtstag*) erschienen ist. Der Text stimmt mit dem Manuskript überein, das die Autorin zur Veröffentlichung eingereicht hat, enthält jedoch *nicht* das Layout des Verlags oder die endgültige Seitenzählung.

Originalpublikation:

Stefan Ihli

Werkvertrag auf dem Wege der Gestellung? Anmerkungen zu einem Urteil des Kirchlichen Arbeitsgerichtshofs

In: Elmar Güthoff / Stephan Haering (Hg.): *Ius quia iustum. Festschrift für Helmuth Pree zum 65. Geburtstag*, S. 777–798

Berlin: Duncker & Humblot 2015

URL: <https://doi.org/10.3790/978-3-428-54740-1>

Die Verlagsversion ist möglicherweise nur gegen Bezahlung zugänglich.

Diese Manuskriptversion wird im Einklang mit der Policy des Verlags Duncker & Humblot veröffentlicht.

Ihr IxTheo-Team

Werkvertrag auf dem Wege der Gestellung?

Anmerkungen zu einem Urteil des Kirchlichen Arbeitsgerichtshofs

Stefan Ihli

Der mit vorliegender Festgabe zu Ehrende hat sich unter seinen zahlreichen Veröffentlichungen zum kirchlichen Vermögensrecht auch mehrfach mit dem Arbeitsrecht in der Kirche beschäftigt. Dieses ist nicht nur europarechtlich unter Druck geraten, sondern ebenso aus verschiedenen anderen Gründen in Bewegung gekommen, weil sich beispielsweise kirchliche Unternehmen in einem verstärkten Wettbewerb sehen und auf moderne Instrumente des Outsourcing zurückgreifen, um den Personaleinsatz zu flexibilisieren und dadurch ökonomische Vorteile zu erzielen. Dazu gehört auch die Inanspruchnahme von Arbeitnehmerüberlassung, zu der der Kirchliche Arbeitsgerichtshof (KAGH) ein überraschendes Urteil gesprochen hat, das hier etwas näher betrachtet werden soll.

1. Ausgangslage des Falles

Der streitgegenständliche Fall nahm seinen Ausgang in einem in einer Großstadt in Baden-Württemberg gelegenen Krankenhaus der Zentralversorgung mit 760 Betten, das von einem Ordensinstitut diözesanen Rechts in der Diözese Rottenburg-Stuttgart getragen wird. Die Klinik für Anästhesiologie und operative Intensivmedizin des Krankenhauses umfasst 53 ärztliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die 18 OP-Säle betreuen. Zur Optimierung des Personaleinsatzes im Bereich der Anästhesie schloss das Krankenhaus 2012 eine als „Honorarvertrag“ bezeichnete Vereinbarung¹ mit einem in der gleichen Stadt ansässigen Medizinischen Versorgungszentrum (MVZ), das mit 50 Mitarbeitern, darunter 16 Ärzten, auf den Gebieten der Allgemeinmedizin, Schmerztherapie und Anästhesiologie in eigenen Räumlichkeiten tätig ist, diese Dienstleistungen aber auch vor Ort in Einrichtungen anderer Anbieter des Gesundheitswesens erbringt.

Gegenstand der auf unbestimmte Zeit geschlossenen² Vereinbarung ist die Erbringung eines anästhesiologischen Dienstleistungspaketes, bestehend aus der Aufklärung, der Prämedikation, der Ein- und Ausschleusung und der Überwachung des Patienten bis zur Übergabe an die Station, der eigentlichen Anästhesie, der Befunddokumentation und der Zwischenreinigung des OP-Saals³,

¹ *Kirchliches Arbeitsgericht Erster Instanz der Diözese Rottenburg-Stuttgart, Verfahrensakte AS 15/12, Blatt 53-62.*

² § 8 Abs. 1 der Vereinbarung.

³ §§ 1 Abs. 2, 3 Abs. 1 und 6 der Vereinbarung.

und zwar in einem variablen, fallweise vom Krankenhaus angeforderten Umfang von mindestens vier Stunden pro OP-Tag.⁴ Der zur Erbringung der Leistungen eingesetzte Personalbestand bemisst sich nach der freien Entscheidung des MVZ und ist lediglich nach unten mit 1 Arzt / Ärztin, 1 Anästhesiepfleger / -schwester, 1 OP-Pfleger / -schwester und 1 Springer/in pro Operation sowie 1 Aufwachraumpfleger / -schwester zur postoperativen Überwachung festgelegt.⁵ Dementsprechend muss das MVZ gegebenenfalls auch eine Vertretung sicherstellen.⁶ Die Vergütung des Personals, dessen Qualifikation dem Krankenhaus gegenüber auf Verlangen nachgewiesen werden muss⁷ und das zum Krankenhaus weder in einem Angestellten- noch in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis steht, obliegt einschließlich Abführung aller Steuern und Sozialabgaben dem MVZ⁸, das auch die Fach- und Dienstaufsicht über das Personal wahrnimmt⁹ und die Einhaltung von Vorschriften des Krankenhauses durch sein Personal kontrolliert¹⁰, wobei die ärztlichen Mitarbeiter des MVZ in Diagnostik und Therapie unabhängig und nur gesetzlichen Vorschriften unterworfen sind.¹¹ Ein Weisungsrecht des Hygienebeauftragten des Krankenhauses gegenüber dem Hygienebeauftragten des MVZ in Fragen der Hygiene ist allerdings gegeben, und eine regelmäßige Teilnahme des Personals des MVZ an Hygieneschulungen des Krankenhauses ist vorgeschrieben.¹² Einweisungen in Geräte des Krankenhauses werden von diesem übernommen, deren Besuch wird jedoch seitens des MVZ überwacht und dokumentiert.¹³ Das Krankenhaus kann aufgrund Organisationshoheit Satzungen, Hausordnungen u. ä. erlassen, an die sich die Mitarbeiter des MVZ zu halten haben, wodurch jedoch die vertraglich festgelegten Rechte nicht geschmälert und die Pflichten des MVZ nicht erweitert werden dürfen.¹⁴

Als Vergütung für das gesamte Leistungspaket ist unabhängig von der tatsächlich zum Einsatz kommenden Mitarbeiterzahl eine Pauschale vereinbart, und zwar zunächst für die erste Stunde der Operation und danach für jede angefangene Viertelstunde (wobei der Stundensatz dann demjenigen der ersten Stunde entspricht).¹⁵ Für die Abrechnung wahlärztlicher Leistungen seitens des MVZ nach der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) hat dieses dem Krankenhaus

⁴ § 1 Abs. 3 der Vereinbarung.
⁵ § 3 Abs. 2 der Vereinbarung.
⁶ § 6 der Vereinbarung.
⁷ § 1 Abs. 4 der Vereinbarung.
⁸ § 2 Abs. 1 der Vereinbarung.
⁹ § 2 Abs. 3 der Vereinbarung.
¹⁰ § 2 Abs. 4 der Vereinbarung.
¹¹ § 2 Abs. 2 der Vereinbarung.
¹² § 2 Abs. 5 der Vereinbarung.
¹³ § 3 Abs. 4 der Vereinbarung.
¹⁴ § 9 Abs. 1 der Vereinbarung.
¹⁵ § 4 Abs. 2 der Vereinbarung.

eine pauschalierte Vergütung abzuführen.¹⁶ Die Nutzung der Räumlichkeiten und Geräte des Krankenhauses bei der Erbringung der Leistungen durch das MVZ erfolgt kostenfrei, wie umgekehrt eine Nutzung eigener Einrichtungen des MVZ seitens des Krankenhauses nicht vergütet wird.¹⁷

Das MVZ haftet für alle selbst oder durch seine Erfüllungsgehilfen verursachten Schäden gegenüber den Patienten wie hinsichtlich einer etwa falschen Gerätebedienung¹⁸ und stellt das Krankenhaus von allen mit den von ihm erbrachten Leistungen zusammenhängenden Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüchen frei.¹⁹

Durch eine vom Vertragstext abweichende Übung sollen sich keine weitergehenden Rechte und Pflichten ergeben.²⁰ Die Mitarbeitervertretung (MAV) des Krankenhauses war im Zusammenhang mit dem Abschluss dieses Vertrages nicht beteiligt worden.

2. Der erstinstanzliche Rechtsstreit

Die MAV erhob daher Klage zum Kirchlichen Arbeitsgericht Erster Instanz der Diözese Rottenburg-Stuttgart, da sie ihre Mitbestimmungsrechte verletzt sah, weil sie den Einsatz der Mitarbeiter des MVZ als (mitbestimmungspflichtige) Arbeitnehmerüberlassung einstufte und ohnehin eine verzahnte Zusammenarbeit dieser Personen mit den Beschäftigten des Krankenhauses gegeben sei, so dass ein legitimes Interesse der MAV daran bestehe zu wissen, wer im OP-Saal eingesetzt werde: Zum einen arbeiteten die anästhesiologischen Kräfte dem Operateur zu, der beim Krankenhaus angestellt sei und eine Weisungsbefugnis ihnen gegenüber besitze, zum anderen erfolge nach der Aufwachphase eine Übergabe des Patienten seitens der Mitarbeiter des MVZ an das Personal des Krankenhauses. Der Hygienebeauftragte des Krankenhauses sei zudem gegenüber den Mitarbeitern des MVZ weisungsberechtigt, und das Krankenhaus stehe ohnedies in der Gesamtverantwortung. Das beklagte Krankenhaus hielt die Vereinbarung mit dem MVZ dagegen für einen (nicht zustimmungspflichtigen) Dienstvertrag.

Dieser Ansicht schloss sich das Gericht in seinem am 21. September 2012 ergangenen Urteil²¹ an. Eine Arbeitnehmerüberlassung liege nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) dann vor, wenn einem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt würden, die in dessen Betrieb eingegliedert würden und ihre Arbeit allein nach den Weisungen des Entleihers

¹⁶ § 5 Abs. 1 der Vereinbarung.

¹⁷ § 3 Abs. 3 und 5 der Vereinbarung.

¹⁸ §§ 3 Abs. 4, 7 Abs. 1 und 3 der Vereinbarung.

¹⁹ § 7 Abs. 2 der Vereinbarung.

²⁰ § 9 Abs. 2 der Vereinbarung.

²¹ *Kirchliches Arbeitsgericht Erster Instanz der Diözese Rottenburg-Stuttgart*, Urteil vom 21. September 2012, Az. AS 15/12.

ausführten. Im vorliegenden Fall seien zwar in gewissem Rahmen Indizien für eine derartige Eingliederung gegeben, nämlich Zusammenarbeit mit Mitarbeitern des Entleiher, Übernahme von Tätigkeiten, die früher von Mitarbeitern des Entleiher ausgeführt wurden, und Stellung von Material und Arbeitskleidung durch den Entleiher. Vor Abschluss des Vertrages mit dem MVZ habe das Krankenhaus nur eigene Mitarbeiter bei Operationen eingesetzt; die Operationen würden in den Räumlichkeiten und mit den Gerätschaften des Krankenhauses durch einen von diesem angestellten Arzt durchgeführt; nach der Operation würden die Patienten an Mitarbeiter des Krankenhauses übergeben. Eine isolierte Betrachtung der durch das MVZ erbrachten Leistungen sei nicht möglich, da diese für die Durchführung der seitens des Krankenhauses ausgeführten Operationen zwingend erforderlich seien, so dass eine Zusammenarbeit unausweichlich erfolge.

Gleichwohl liege kein über lediglich arbeitsbezogene Weisungen hinausgehendes Weisungsrecht des Krankenhauses gegenüber den Mitarbeitern des MVZ vor, da im Gegenteil laut Vertrag und tatsächlicher Übung das MVZ das fachliche und disziplinarische Weisungsrecht über sein Personal ausübe. Naturgemäß bestehe während der Operationen ein Weisungsrecht des Operators, das sich aber auf die Durchführung der Anästhesie, also der vertraglich vereinbarten Leistung, beschränke. Ebenso sei das Weisungsrecht des Hygienebeauftragten des Krankenhauses gegenüber demjenigen des MVZ auf Hygienefragen eingeschränkt. Überdies entscheide alleine das MVZ, wie viele und welche Mitarbeiter tatsächlich bei einer Operation zum Einsatz kämen. Diese würden zudem vom MVZ vergütet, das ihre Arbeitszeit festlege und das dienstvertragliche Weisungsrecht über sie innehabe. Relevant sei in diesem Zusammenhang, dass das MVZ auch in eigenen Räumlichkeiten Leistungen erbringe und das unternehmerische Risiko insbesondere in haftungsrechtlicher Hinsicht trage.

Das Gericht ließ mangels grundsätzlicher Bedeutung des Rechtsstreits die Revision nicht zu.

3. Der zweitinstanzliche Rechtsstreit

Hiergegen erhob die MAV Nichtzulassungsbeschwerde zum KAGH, der die Revision mit Beschluss vom 31. Januar 2013 zuließ; mit Schriftsatz vom 11. März 2013 legte die MAV tatsächlich Revision ein. Daraufhin hob der KAGH mit Urteil vom 7. Juni 2013²² das erstinstanzliche Urteil auf, weil er die Erbringung der Leistungen durch das MVZ als zustimmungspflichtigen Tatbestand wertete. Zur Begründung führte er aus, für das Vorliegen einer (zustimmungspflichtigen) „Einstellung und Anstellung von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern“ im Sinne des § 34 Abs. 1 Mitarbeitervertretungsordnung (MAVO) komme es nicht auf das

²² KAGH, Urteil vom 7. Juni 2013, Az. M 22/12.

Vorliegen eines privatrechtlichen Arbeitsvertrages an, zumal gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 3 MAVO zu den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern auch jene Personen zu zählen seien, die aufgrund eines Gestellungsvertrages in der jeweiligen Einrichtung arbeiteten. Im Regelfall gehe es dabei in einem Krankenhaus um durch Mitglieder eines Ordens oder eines kirchlichen Verbandes erbrachte Pflegedienstleistungen, doch sei dadurch keine Schranke für die Anwendung dieses Rechtsinstituts errichtet; vielmehr könne ein Gestellungsvertrag auch dann vorliegen, wenn die gestellte Person mit dem Gestellungsträger einen Arbeitsvertrag abgeschlossen habe.

Bei dem im vorliegenden Fall zwischen dem Krankenhaus und dem MVZ vereinbarten „Honorarvertrag“ handele es sich um einen Gestellungsvertrag, da das vom MVZ gestellte Personal wie die Mitarbeiter des Krankenhauses zeitweilig in den betrieblichen Ablauf integriert werde und mit ihnen zusammenarbeite.

Wenn das erstinstanzliche Gericht das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung auch deshalb ausgeschlossen habe, weil den Anästhesisten des MVZ seitens der Mitarbeiter des Krankenhauses nur arbeitsbezogene Weisungen erteilt werden dürften, so werde dabei übersehen, dass Ärzte aufgrund ihrer Berufsfreiheit bei ihren ärztlichen Entscheidungen generell keinen Weisungen unterlägen. Entscheidend sei demgegenüber die unabdingbare Zusammenarbeit zwischen dem Personal des MVZ und den Mitarbeitern des Krankenhauses bei den Operationen, wegen der eine Eingliederung in den Betrieb des Krankenhauses gegeben sei.²³

Ein drittbezogener Personaleinsatz in einer kirchlichen Einrichtung dürfe überdies grundsätzlich das Leitbild der Dienstgemeinschaft als Grundprinzip des kirchlichen Dienstes nicht in Frage stellen, auf das das BAG in seinem Urteil zur Streikfreiheit innerhalb des Dritten Weges²⁴ ausdrücklich abgestellt habe.

²³ Der KAGH verweist hier auf den Beschluss des *Kirchengerichtshofs der EKD* (KGH.EKD) vom 29. Januar 2007, Az. II-0124/M38-06, wo es vor dem Hintergrund einer analogen Sach- und Rechtslage heißt, „im kirchlichen Bereich [ist es] vom Normzweck her geboten, der Mitarbeitervertretung ein Mitspracherecht bei der Zusammensetzung der Personen zu geben, die einen kirchlichen Auftrag, hier Behandlung kranker Menschen im ambulanten und stationären Bereich eines Krankenhauses, gemeinsam erfüllen (...). Dabei kann es auf die Unterscheidung nicht entscheidend ankommen, auf welcher rechtlichen Grundlage – Dienstvertrag i. S. v. AVR, Dienst- oder Werkvertragsbasis – die an der Erfüllung des Auftrages beteiligten Personen tätig sind. Im Übrigen liegt es auf der Hand, dass eine Absonderbarkeit der von den Anästhesisten des Instituts ausgeführten Arbeiten nicht i. d. S. vorliegt, dass eine abgrenzbare unternehmerische Tätigkeit des Instituts vorliegt, es geht um einen Teilaspekt der ärztlichen Betreuung der zu behandelnden Patienten mit den damit einhergehenden Interdependenzen“ (Gründe, II.3.).

²⁴ BAG, Urteil vom 20. November 2012, Az. 1 AZR 179/11.

4. Formen drittbezogenen Personaleinsatzes

Um feststellen zu können, welche der beiden Instanzen den Sachverhalt angemessen beurteilt hat, sollen nachfolgend zunächst die wesentlichen Formen drittbezogenen Personaleinsatzes dargestellt werden, da diese zwischenzeitlich sehr vielgestaltig sind. Von einem drittbezogenen Personaleinsatz wird gesprochen, da sich dabei ein Dreiecksverhältnis zwischen entsendendem Betrieb, Einsatzbetrieb und Mitarbeiter ergibt.

4.1. Arbeitnehmerüberlassung

So schließt beispielsweise bei der Arbeitnehmerüberlassung (Leiharbeit, Zeitarbeit) als wichtigster Form drittbezogenen Personaleinsatzes der Leiharbeitnehmer mit dem Verleiher einen Arbeitsvertrag und erhält von ihm das Arbeitsentgelt; der Entleiher schließt mit dem Verleiher einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag und zahlt für die Arbeitnehmerüberlassung ein Entgelt. Zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher besteht kein Rechtsverhältnis; gleichwohl kann der Entleiher die überlassenen Arbeitnehmer frei nach seinen Bedürfnissen einsetzen²⁵; er hat im Gegenzug allerdings gegenüber dem Leiharbeitnehmer auch gewisse Fürsorgepflichten.²⁶ Diese Konstruktion basiert auf dem Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (AÜG), das eine – eventuell nicht ausreichende²⁷ – Umsetzung der EU-Richtlinie 2008/104/EG in nationales Recht darstellt. Nach dessen § 1 Abs. 1 handelt es sich um die vorübergehende²⁸, leihweise, im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit²⁹ erfolgende, erlaubnispflichtige Überlassung eines Arbeitnehmers durch dessen Arbeitgeber – den Verleiher – an einen Dritten – den Entleiher –, die normalerweise entgeltlich erfolgt. Für einzelne Branchen der Leiharbeit kann das Bundesministerium für Arbeit und Soziales auf Vorschlag von Gewerkschaften

²⁵ Adolf Thiel, § 3, Rdnr. 72, in: *ders. / Martin Fuhrmann / Manfred Jüngst* (Hgg.), MAVO. Kommentar zur Rahmenordnung für eine Mitarbeitervertretungsordnung, Köln 72014; *Werner Walk / Anselm Christiansen*, Arbeitnehmerüberlassung in Einrichtungen der Caritas, in: *Zeitschrift für Arbeitsrecht und Tarifpolitik* 1 (2013), S. 165-171, hier S. 165.

²⁶ Thiel, § 3, Rdnr. 73 (Anm. 25).

²⁷ Ulf Kortstock, Art. Arbeitnehmerüberlassung, in: *Hermann Reichold / Ulf Kortstock*, Das Arbeits- und Tariffrecht der katholischen Kirche, München / Freiburg i. Br. 2014, S. 43-47, hier S. 43.

²⁸ Es ist unklar und umstritten, ob das gesetzliche Merkmal „vorübergehend“ arbeitsplatzbezogen oder personenbezogen zu interpretieren ist: *Tobias Nießen / Burkhard Fabritius*, Was ist vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung? Das Rätsel weiter ungelöst?, in: *NJW* 67 (2014), S. 263-266; *Walk / Christiansen*, Arbeitnehmerüberlassung (Anm. 25), S. 169.

²⁹ Damit ist zwischenzeitlich auch eine nicht-gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung (wie typischerweise die Personalgestellung) vom AÜG erfasst, während bis 30. November 2011 darunter nur die gewerbsmäßige Überlassung von Leiharbeitnehmern fiel.

und Arbeitgeberverbänden gewisse Lohnuntergrenzen für allgemeinverbindlich erklären (§ 3a AÜG). Soweit Tarifverträge nichts anderes vorsehen, gilt ansonsten zum Schutz der Leiharbeitnehmer der Grundsatz von *equal pay* und *equal treatment*, d. h. Leiharbeitnehmer müssen vom Verleiher nicht identisch, aber doch hinsichtlich der wesentlichen³⁰ Arbeitsbedingungen vergleichbar einem Stammmitarbeiter ihres Einsatzbetriebs³¹ beschäftigt werden (§ 10 Abs. 4 AÜG). Gegenüber ihrem Arbeitgeber haben Leiharbeitnehmer daher einen Auskunftsanspruch über diese Arbeitsbedingungen (§ 13 AÜG). Leihverträge, die für Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher schlechtere als die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts vorsehen, sind gemäß § 9 Nr. 2 AÜG unwirksam. Entsprechend der Eingliederung der Leiharbeitnehmer in die Betriebsabläufe des entleihenden Betriebs haben Leiharbeitnehmer auch Anspruch auf Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten im Betrieb (§ 13a AÜG) und Information über freie Stellen im Betrieb (§ 13b AÜG). Freilich bleiben Leiharbeitnehmer während der ganzen Zeit ihrer Arbeitsleistung bei einem Entleiher Angehörige des Betriebs des Verleihers (§ 14 Abs. 1 AÜG). Das gilt nur dann nicht, wenn der Verleiher die nötige Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung nicht besitzt. Dann nämlich ist der Leihvertrag zwischen Verleiher und Entleiher gemäß § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam und gilt gemäß § 10 Abs. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer als zustande gekommen. Zum Schutz des Entleihers vor dieser für ihn drastischen, für den Leiharbeitnehmer komfortablen Rechtsfiktion ist der Verleiher verpflichtet, beim Abschluss des Vertrags mit dem Entleiher zu erklären, ob er die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung besitzt oder nicht (§ 12 Abs. 1 Satz 2 AÜG).

Aufgrund der Tatsache, dass Leiharbeitnehmer durchweg Angehörige des verleihenden und nicht des entleihenden Betriebs sind, zumal sie ihren Arbeitsvertrag nur mit ersterem abgeschlossen haben, gelten sie im entleihenden Betrieb gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 MAVO nicht als Mitarbeiter im Sinne der Ordnung und sind damit dort nicht Teil der Dienstgemeinschaft.³² Demgemäß besitzt die MAV der betreffenden Einrichtung für sie kein Mandat³³; allerdings

³⁰ Die wesentlichen Arbeitsbedingungen beziehen sich laut Art. 3 Abs. 1 Buchst. f Richtlinie 2008/104/EG auf die Dauer der Arbeitszeit, die Überstunden, die Pausen, die Ruhezeiten, die Nachtarbeit, den Urlaub, die arbeitsfreien Tage und das Arbeitsentgelt.

³¹ Vergleichsmaßstab ist gemäß Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2008/104/EG ein hypothetischer Arbeitnehmer, der vom Einsatzbetrieb auf den fraglichen Arbeitsplatz als Stammmitarbeiter eingestellt worden wäre.

³² Ist das verleihende Unternehmen ein kirchliches, so gelten die Leiharbeitnehmer vielmehr dort als Mitarbeiter im Sinne der MAVO: *Walk / Christiansen, Arbeitnehmerüberlassung* (Anm. 25), S. 170.

³³ Eine eingeschränkte Zuständigkeit besteht lediglich hinsichtlich aufgrund des Direktionsrechts des Arbeitgebers vom Einsatzbetrieb getroffener Maßnahmen, die

wird seit der Rahmen-MAVO von 2010 die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern gleich behandelt wie die Einstellung von Arbeitnehmern und ist damit ein Tatbestand, der der Zustimmung der MAV bedarf (§ 34 Abs. 1 Satz 2 MAVO), der dafür auch ein spezifischer Verweigerungsgrund eingeräumt wurde, nämlich eine beabsichtigte Beschäftigungsdauer des Leiharbeitnehmers von über 6 Monaten (§ 34 Abs. 2 Nr. 3 MAVO).³⁴ Dies liegt nicht nur daran, dass die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern generell nicht unkritisch ist aufgrund etwa ungleicher Arbeitsbedingungen – was durch die vom AÜG festgelegten Grundsätze von *equal pay* und *equal treatment* in Schranken gehalten wird – und einer Verdrängung von Arbeitsplätzen der Stammbeslegschaft des Einsatzbetriebes; vielmehr lässt das Grundprinzip der Dienstgemeinschaft jeden drittbezogenen Fremdpersonaleinsatz und damit auch den Einsatz von Leiharbeitnehmern gerade im kirchlichen Bereich als besonders problematisch erscheinen.³⁵ Zwar kommen rein innerkirchliche Beziehungen zwischen Verleiher und Entleiher vor aufgrund der Tatsache, dass zwischenzeitlich verschiedene kirchliche Rechtsträger Personalservicegesellschaften gegründet haben³⁶, um in einer Art „Eskapismus“³⁷ die Grenzen kirchlichen Arbeitsrechts zu sprengen, den eigenen Personaleinsatz zu flexibilisieren und zugleich für andere Einrichtungen tätig werden zu können, doch beschränkt sich der Einsatz von Leiharbeitnehmern im kirchlichen Bereich bei weitem nicht darauf, sondern werden zur Deckung kurzfristigen Personalbedarfs selbstverständlich auch Arbeitskräfte der „klassischen“, nichtkirchlichen Zeitarbeitsfirmen eingesetzt. Da für diese das kirchliche Arbeitsrecht nicht gilt³⁸, ist deren – zumindest

mitbestimmungspflichtig sind und alle in der Einrichtung tätigen Personen – also auch die Leiharbeitnehmer – betreffen: *Norbert Beyer*, § 3, Rdnr. 24, in: *ders.* u. a. (Hgg.), MAVO. Freiburger Kommentar zur Rahmenordnung für eine Mitarbeitervertretungsordnung. Einschließlich Kirchliche Arbeitsgerichtsordnung (KAGO), Freiburg i. Br. 2014.

³⁴ *Jacob Joussen*, Der Mitarbeiterbegriff nach der MAVO, in: ZMV Die Mitarbeitervertretung 24 (2014), S. 66-70, hier: S. 68; *Thiel*, § 3, Rdnr. 69 (Anm. 25); mehrere kürzere Beschäftigungszeiten ein und desselben Leiharbeitnehmers sind zusammenzurechnen: ebd., Rdnr. 76.

³⁵ Zu den in der Literatur dazu vertretenen Positionen s. *Raphael Ehrlich*, Dienstgemeinschaft und Arbeitnehmerüberlassung. Die Zulässigkeit der Arbeitnehmerüberlassung in den zur Kirche gehörenden Einrichtungen, Freiburg i. Br. 2013, S. 36-43.

³⁶ Zu diesbezüglichen statistischen Angaben s. ebd., S. 25-26.

³⁷ *Hans Michael Heinig*, Dienstgemeinschaft und Leiharbeit. Kirchenrechtliche Probleme eines komplexen Rechtsbegriffs, in: ZevKR 54 (2009), S. 62-75, hier S. 71.

³⁸ *Walk / Christiansen*, Arbeitnehmerüberlassung (Anm. 25), S. 167-168. Allenfalls wäre denkbar, dass nur den Loyalitätsanforderungen genügende Mitarbeiter entliehen werden (ebd., S. 168). Jedoch würde das auch nur für die bei der Einstellung eines Stammmitarbeiters geforderten Kriterien entsprechend Art. 3 GrO kirchl. Dienst gelten; spätere Loyalitätsverstöße im Sinne von Art. 4 und 5 GrO kirchl. Dienst wären nicht zu

längerfristiges – Tätigwerden in einer kirchlichen Einrichtung ein Angriff auf die Einheitlichkeit der dortigen Dienstgemeinschaft und „zerstört die Glaubwürdigkeit der kirchlichen Einrichtung, ihren Teil am Sendungsauftrag der Kirche zu erfüllen“³⁹; es wirft daneben auch arbeitsrechtliche Probleme insbesondere hinsichtlich der Loyalitätsobliegenheiten auf, die für bei einem nichtkirchlichen Entleiher beschäftigte Leiharbeitnehmer nicht gelten.⁴⁰ Dies kann nicht nur im Einzelfall Probleme bei einem kirchenfeindlichen Verhalten des Leiharbeitnehmers nach sich ziehen, sondern schafft generell eine Ungleichheit zwischen Stammebelegschaft und Leiharbeitnehmerschaft, die gewiss nicht zuträglich dafür ist, dass „[a]lle in einer Einrichtung der katholischen Kirche Tätigen (...) durch ihre Arbeit ohne Rücksicht auf die arbeitsrechtliche Stellung gemeinsam dazu bei[tragen], dass die Einrichtung ihren Teil am Sendungsauftrag der Kirche erfüllen kann“.⁴¹ Zwischen „Beschäftigungsverhältnissen im Dritten Weg und Leiharbeitnehmern, die aus dem kirchlichen Arbeitsrecht zur Gänze herausfallen“, muss daher „ein Regel-Ausnahme-Verhältnis besteh[en]“, und zwar umso mehr, als ansonsten fraglich ist, inwieweit

„die für den Fortbestand des kirchlichen Arbeitsrechts im Dritten Weg unerlässliche Plausibilisierung des kirchlichen Selbstverständnisses in den staatlichen Rechtskreis hinein (...) noch zu leisten ist, wenn die Arbeits- und Lohnbedingungen für einen beachtlichen Kreis in der Kirche tätiger Arbeitnehmer außerhalb des Dritten Weges festgelegt werden.“⁴²

Um diesbezüglich zumindest begrenzt gegenzusteuern, wurde die genannte Vorschrift des § 34 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 34 Abs. 2 Nr. 3 in die MAVO aufgenommen. Schon 2007 hatte das Kirchliche Arbeitsgericht der Diözese Rottenburg-Stuttgart anerkannt, dass die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern aufgrund der Auswirkungen auf die Dienstgemeinschaft zumindest einen Tatbestand der Anhörung und Mitberatung gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 1 MAVO darstellt.⁴³ Darüber hinausgehend hatte der KGH.EKD in rechtsfortbildender, rechtspolitisch motivierter Weise im Jahr zuvor postuliert, die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern sei eine Einstellung und damit gemäß § 42 Buchst. a MVG.EKD zustimmungspflichtig⁴⁴, was zumindest *praeter legem* war; Beweggrund für diese Entscheidung war, dass

ahnden, da Grundlage dafür ein auf der GrO kirchl. Dienst basierendes Arbeitsverhältnis ist.

³⁹ Reinhard Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche. Staatliches Arbeitsrecht und kirchliches Dienstrecht, München 2012, S. 82.

⁴⁰ Joussen, Mitarbeiterbegriff (Anm. 34), S. 68; Thiel, § 3, Rdnr. 69 (Anm. 25).

⁴¹ Art. 1 GrO kirchl. Dienst.

⁴² Heinig, Dienstgemeinschaft (Anm. 37), S. 75.

⁴³ Kirchliches Arbeitsgericht Erster Instanz der Diözese Rottenburg-Stuttgart, Urteil vom 15. Juni 2007, Az. AS 15/07.

⁴⁴ KGH.EKD, Beschluss vom 9. Oktober 2006, Az. II-0124/M35-06.

„[d]ie auf Dauer angelegte Beschäftigung von Leiharbeitnehmern, die Substituierung, der Ersatz von Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter [sic!] durch Leiharbeiter und Leiharbeiterinnen (...) mit dem Kirchenarbeitsrecht nicht vereinbar [ist]; sie widerspricht dem kirchlichen Grundsatz des Leitbildes von der Dienstgemeinschaft.“⁴⁵

4.2. Gestellungsvertrag

Eine Sonderform der Arbeitnehmerüberlassung stellen Gestellungsverträge dar. Bei dieser typischerweise im Krankenhausbereich vorkommenden, nicht-gewerbsmäßigen⁴⁶ Art von Dienstverschaffungsverträgen verpflichtet sich ein Gestellungsträger, dem Rechtsträger des Einsatzbetriebs Personal zur Verfügung zu stellen, das dieser wie bei der Arbeitnehmerüberlassung frei seinen Bedürfnissen entsprechend einsetzen kann; im Unterschied zur auf Vorläufigkeit angelegten Arbeitnehmerüberlassung werden Gestellungsverträge auf Dauer abgeschlossen. Beim Gestellungsvertrag im eigentlichen Sinne existiert dabei keinerlei Arbeitsvertrag, weder zwischen Gestellungsträger und Krankenhausträger, noch zwischen Krankenhausträger und gestellter Person, noch zwischen Gestellungsträger und gestellter Person. Vielmehr steht die gestellte Person zum Gestellungsträger „in einem kirchlichen oder weltlichen Kooperationsverhältnis, also in einer verbandsrechtlichen Sonderbeziehung“⁴⁷, beispielsweise in einem mitgliedschaftlichen Verhältnis (z. B. Rot-Kreuz-Schwester oder Ordensmitglied). Sie hat daher keinen Arbeitnehmerstatus.⁴⁸ Dementsprechend ist auch der Inhalt des Gestellungsvertrags nicht an arbeitsrechtliche Vorgaben gebunden, sondern unterliegt der freien Vertragsgestaltung der Parteien.⁴⁹ Gleichwohl erfolgt eine Eingliederung der gestellten Person in den Betrieb des Krankenhausträgers und bestehen seitens desselben arbeitsrechtliche Weisungsrechte wie bei der

⁴⁵ Ebd., Leitsatz 3.

⁴⁶ Ulf Kortstock, Art. Gestellungsverträge, in: Hermann Reichold / Ulf Kortstock, Das Arbeits- und Tarifrecht der katholischen Kirche, München / Freiburg i. Br. 2014, S. 188-190, hier: S. 188; Harald Schliemann, Das Arbeitsrecht im BGB, Berlin ²2002, S. 301; Sigurd Wern, Gestellungsverträge, in: Stephan Weth / Hermann Reichold / Heike Thomae (Hgg.), Arbeitsrecht im Krankenhaus, Köln ²2011, S. 343-351, hier S. 343.

⁴⁷ Schliemann, Arbeitsrecht (Anm. 46), S. 98-99, vgl. ebd. S. 301.

⁴⁸ Jousen, Mitarbeiterbegriff (Anm. 34), S. 67; Renate Oxenknecht-Witzsch, § 3, Rdnr. 14, in: dies. u. a. (Hgg.), Eichstätter Kommentar MAVO. Rahmenordnung für eine Mitarbeitervertretungsordnung, Kirchliche Arbeitsgerichtsordnung – KAGO, Köln 2014; Reinhard Richardi, Arbeitnehmereigenschaft und Vertragsgestaltung, in: ders. u. a. (Hgg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht, München ³2009, S. 252-267, hier: S. 265-266; Thiel, § 3, Rdnr. 55 (Anm. 25); Wern, Gestellungsverträge (Anm. 46), S. 343-344; Manfred Wulff / Eva Büchele, Einsatz von Fremdfirmenarbeitnehmern. So kann der Betriebsrat nach § 99 BetrVG mitbestimmen, in: Arbeitsrecht im Betrieb 33 (2012), S. 159-164, hier S. 162.

⁴⁹ Kortstock, Gestellungsverträge (Anm. 46), S. 190.

Arbeitnehmerüberlassung.⁵⁰ Der Gestellungsträger kann dennoch jederzeit die Auswechslung der gestellten Person „verlangen und auch vornehmen“.⁵¹

In einem weiteren Sinne ist auch dann von einem Gestellungsvertrag zu sprechen, wenn die gestellte Person beim Gestellungsträger angestellt und ihm nicht mitgliedschaftlich verbunden ist.⁵² Seit das AÜG seit 1. Dezember 2011 aufgrund der Formulierung seines § 1 Abs. 1 Satz 1 für jede Entleihung von Arbeitnehmern im Rahmen einer wirtschaftlichen und nicht mehr lediglich einer gewerbsmäßigen Tätigkeit gilt, unterfallen auch solche Verträge über die Gestellung von Arbeitnehmern dem AÜG und seiner Erlaubnispflicht.⁵³

Im uneigentlichen Sinne können sich Gestellungsverträge in Form eines einem Tarifvertrag ähnlichen Rahmenvertrages „auf die Festlegung von Rahmenbedingungen beschränken und die weitere Ausgestaltung einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung zwischen der gestellten Person und dem Krankenhausträger überlassen“.⁵⁴ Dann besteht zwischen Krankenhausträger und gestellter Person ein Arbeitsvertrag.

Personalgestellung kann schließlich auch als eine vertragliche Nebenleistung vorliegen, wenn der Vertrag an sich über die Gestellung technischen Geräts geschlossen wird und das Personal zu dessen Bedienung mit überlassen wird.⁵⁵ Dieses Personal steht typischerweise in einem Arbeitsverhältnis zum Gesteller des Geräts. Eine Arbeitnehmerüberlassung liegt dennoch nicht vor, da das Personal vom Einsatzbetrieb nicht wie eigene Mitarbeiter eingesetzt werden kann.⁵⁶

Im Unterschied zu Leiharbeitskräften gelten Mitarbeiter, die aufgrund eines Gestellungsvertrags in einer Einrichtung tätig sind, gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MAVO als Mitarbeiter im Sinne der Ordnung, woraus sich erweiterte Mitwirkungsrechte der MAV ergeben, wenngleich nur hinsichtlich der Eingliederung der fraglichen Mitarbeiter in die Dienstgemeinschaft und nicht bezüglich ihrer persönlichen Angelegenheiten und ihres Verhältnisses zum Gestellungsträger, wie dies § 3 Abs. 3 MAVO für Kleriker und Ordensleute explizit klarstellt.⁵⁷

⁵⁰ *Richardi*, Arbeitnehmereigenschaft (Anm. 48), S. 266; *Thiel*, § 3, Rdnr. 56 (Anm. 25); *Wern*, Gestellungsverträge (Anm. 46), S. 345.

⁵¹ *Beyer*, § 3, Rdnr. 15 (Anm. 33).

⁵² *Kortstock*, Gestellungsverträge (Anm. 46), S. 188; *Wern*, Gestellungsverträge (Anm. 46), S. 345.

⁵³ *Kortstock*, Gestellungsverträge (Anm. 46), S. 188.

⁵⁴ *Wern*, Gestellungsverträge (Anm. 46), S. 343; vgl. *Richardi*, Arbeitnehmereigenschaft (Anm. 48), S. 265.

⁵⁵ *Wulff / Büchele*, Einsatz (Anm. 48), S. 162.

⁵⁶ *Schliemann*, Arbeitsrecht (Anm. 46), S. 99.

⁵⁷ *Kortstock*, Gestellungsverträge (Anm. 46), S. 189; *Thiel*, § 3, Rdnr. 60 (Anm. 25).

4.3. Werkvertrag

Aufgrund der zunehmenden Reglementierung der Arbeitnehmerüberlassung durch das AÜG in Verbindung mit den darin angedrohten Rechtsfolgen bei Verstößen hat in einer Art „Ausweichstrategie“⁵⁸ eine „Flucht in den Werkvertrag“⁵⁹ als alternatives Rechtsinstitut für den drittbezogenen Personaleinsatz eingesetzt, da dieser als privatrechtlicher Vertrag flexibler ausgestaltbar ist; er basiert auf den §§ 631-651 BGB. Demnach verpflichtet sich durch den Abschluss eines Werkvertrags der Werkunternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der dafür vereinbarten Vergütung (§ 631 Abs. 1 BGB), wobei das „Werk“ „sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg“ sein kann (§ 631 Abs. 2 BGB). Der Unternehmer hat dem Besteller das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen (§ 633 Abs. 1 BGB), widrigenfalls dem Besteller verschiedene Rechte zukommen, v. a. Minderung der vereinbarten Vergütung, Nacherfüllung, Rücktritt und Schadensersatz (§ 634 BGB). Bis zur Abnahme des Werkes durch den Besteller trägt der Werkunternehmer alle Gefahren (§ 644 Abs. 1 BGB), es sei denn, die Umstände liegen im Verschulden des Bestellers (§ 645 BGB). Der Werkunternehmer kann sich zur Herstellung des Werkes bei ihm angestellter Erfüllungsgehilfen bedienen, die im Betrieb des Bestellers tätig werden.

Ein Werkvertrag im uneigentlichen Sinne liegt vor, wenn aufgrund betrieblicher Notwendigkeiten im Einsatzbetrieb

„das ‚Werk‘ bis hin zur Gestaltung einzelner Arbeitsschritte so detailliert vertraglich festgelegt [wird], daß dem Werkunternehmer in der vertraglichen Durchführungsphase kein beachtlicher eigener Entscheidungsspielraum mehr verbleibt. Die strenge Bindung an fremdbetriebliche Vorgaben führt dazu, daß das Gelingen des Werkes letztlich von nicht beherrschbaren Umständen aus der Bestellersphäre abhängt. Daher wird die Gewährleistung eingeschränkt und der Werklohn nicht mehr projektbezogen, sondern nach Zeiteinheiten vergütet. (...) Mit Hilfe solch atypischer Werkverträge kann grundsätzlich jedwede Aufgabe im Fremdbetrieb übernommen werden.“⁶⁰

Gleichwohl ist auch eine solche vertragliche Regelung noch eine zulässige Ausgestaltung eines Werkvertrags.⁶¹

⁵⁸ *Thomas Klebe*, Werkverträge – ein neues Dumpingmodell? Flucht aus der Leiharbeit?, in: *Arbeitsrecht im Betrieb* 33 (2012), S. 559-564, hier S. 559.

⁵⁹ *Mark Lembke*, Der Einsatz von Fremdpersonal im Rahmen von freier Mitarbeit, Werkverträgen und Leiharbeit. Die Sicht eines unternehmensberatenden Anwalts, in: *NZA* 30 (2013), S. 1312-1318, hier S. 1312; vgl. *Frank Maschmann*, Fremdpersonaleinsatz im Unternehmen und die Flucht in den Werkvertrag, in: *NZA* 30 (2013), S. 1305-1312, hier S. 1306.

⁶⁰ *Andreas Walle*, Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte beim werkvertraglichen Einsatz von Fremdpersonal, in: *NZA* 26 (1999), S. 518-522, hier S. 518; vgl. *Wulff/ Büchele*, Einsatz (Anm. 55), S. 160.

⁶¹ *Walle*, Aspekte (Anm. 60), S. 518, Anm. 8 (Judikatur).

Es kommt daneben aber vor, dass ein drittbezogener Personaleinsatz zwar als Werkvertrag deklariert wird, aber nicht dessen Kriterien erfüllt, sondern de facto als Arbeitnehmerüberlassung zu bewerten ist (zur Abgrenzung s. u. 4.6.). Da es für die rechtliche Qualifikation des Vertrags auf die Intention bei seinem Abschluss und seine tatsächliche Durchführung und nicht auf seine Deklaration ankommt⁶², liegt dann ein Scheinwerkvertrag bzw. tatsächlich Arbeitnehmerüberlassung vor, die, sofern der Entleiher die notwendige Genehmigung dafür nicht besitzt, die oben genannten Konsequenzen nach sich zieht.⁶³

Bei Personen, die aufgrund eines Werkvertrags in einer Einrichtung tätig sind, kommen der MAV keine Mitwirkungsrechte zu. In Analogie zur Arbeitnehmerüberlassung wäre allerdings aufgrund des Grundprinzips der vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Dienstgeber und MAV (§ 26 Abs. 1 MAVO) von einem Recht der MAV auf Anhörung und Mitberatung gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 1 MAVO auszugehen, bevor Werkvertragsmitarbeiter tätig werden, da auch dies je nach Umfang vergleichbare Probleme wie der Einsatz von Leiharbeitskräften mit sich bringen kann.⁶⁴ Ein Recht auf Anhörung und Mitberatung gibt der MAV allerdings keine Möglichkeit, die geplante Maßnahme zu verhindern.

4.4. Dienstvertrag

In ähnlicher Weise wie beim Werkvertrag verpflichtet sich beim in den §§ 611-630 BGB geregelten Dienstvertrag jemand statt zur Schaffung eines Werkes zur Erbringung von Diensten jeglicher Art gegenüber einem anderen, der sich im Gegenzug zur Gewährung einer vereinbarten Vergütung verpflichtet (§ 611 BGB). Freilich übernimmt der Dienstverpflichtete keine Gewährleistung für seine Dienste, da er weitergehenden Anweisungen seitens des Dienstberechtigten unterworfen ist als der Werkunternehmer. Aus dem Dienstvertrag ergeben sich für den Dienstberechtigten verschiedene Fürsorgepflichten gegenüber dem Dienstverpflichteten (§§ 617, 618 BGB). Eine typische Sonderform der Dienstverträge stellen Arbeitsverträge dar (vgl. § 612 BGB), die unselbstständige Arbeitserbringung regeln, während unter die Dienstverträge generell auch selbstständig erbrachte Dienste fallen.

⁶² Burkhard Boemke, Arbeitnehmerüberlassung oder Fremdfirmeneinsatz im Rahmen von Werkverträgen, in: *ders. / Mark Lembke / Rüdiger Linck* (Hgg.), Festschrift für Gerrick Freiherr von Hoyningen-Huene zum 70. Geburtstag, München 2014, S. 43-58, hier S. 44, 47-48; *Lembke*, Fremdpersonal (Anm. 59), S. 1313; *Maschmann*, Fremdpersonaleinsatz (Anm. 59), S. 1306; *Thiel*, § 3, Rdnr. 66 (Anm. 25); *Walk / Christiansen*, Arbeitnehmerüberlassung (Anm. 25), S. 166.

⁶³ *Klebe*, Werkverträge (Anm. 58), S. 562; *Walk / Christiansen*, Arbeitnehmerüberlassung (Anm. 25), S. 167.

⁶⁴ *Klebe*, Werkverträge (Anm. 58), S. 559.

Werden vom Einsatzbetrieb Vorgaben gemacht, die dem aufgrund Dienstvertrag erbrachten Dienst teilweise den Charakter einer weisungsgebundenen Tätigkeit verleihen, so liegt – wiederum ähnlich wie beim Werkvertrag – ein unechter Dienstvertrag vor. Liegt die gesamte Weisungsbefugnis beim Einsatzbetrieb, so handelt es sich um eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung.⁶⁵

Wie beim Werkvertrag sind Personen, die aufgrund eines Dienstvertrages in einer Einrichtung tätig werden, keine Mitarbeiter im Sinne der MAVO, so dass sich bezüglich ihnen keine Mitwirkungsrechte der MAV ergeben.⁶⁶

4.5. Weitere Formen

Neben den bisher angesprochenen Rechtsinstituten kommt insbesondere der Einsatz freier (auf selbstständiger Basis tätiger) Mitarbeiter in Betracht, bei denen sich die Frage der Abgrenzung von der Stammebelegschaft stellt, da sie äußerlich kaum von dieser zu unterscheiden sind. Ein typischer freier Mitarbeiter organisiert seine Arbeitszeit und Arbeitsabläufe im Unterschied zum Stammmitarbeiter allerdings selbstständig⁶⁷ und gilt dann nicht als Mitarbeiter im Sinne der MAVO.⁶⁸

„Je mehr der angebliche ‚freie‘ Mitarbeiter arbeitsrechtlichen Weisungen hinsichtlich Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung (...) bzw. Ordnung und Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb (...) unterliegt und je mehr er in die Arbeitsprozesse und Betrieb des Einsatzunternehmens eingegliedert ist, desto eher ist (...) davon auszugehen, dass es sich um einen Fall der ‚Scheinselbstständigkeit‘ handelt und der Mitarbeiter in Wahrheit Arbeitnehmer (...) ist.“⁶⁹

Falls es sich bei der durch Fremdpersonal wahrgenommenen Tätigkeit um „eine selbstständig abtrennbare organisatorische Einheit [handelt], in der innerhalb des betrieblichen Gesamtzwecks ein Teilzweck verfolgt wird“, kann dies als ein Betriebsübergang gemäß § 613a BGB einzustufen sein.⁷⁰

Daneben vorkommende Formen drittbezogenen Personaleinsatzes sind die Abordnung als „vom Arbeitgeber veranlasste vorübergehende Beschäftigung bei einer anderen Dienststelle oder einem anderen Betrieb desselben oder eines anderen Arbeitgebers unter Fortsetzung des bestehenden Arbeitsverhältnisses“⁷¹,

⁶⁵ Wulff, Einsatz (Anm. 55), S. 161.

⁶⁶ Joussen, Mitarbeiterbegriff (Anm. 34), S. 67.

⁶⁷ Wulff, Einsatz (Anm. 55), S. 162.

⁶⁸ Thiel, § 3, Rdnr. 66 (Anm. 25).

⁶⁹ Lembke, Fremdpersonal (Anm. 59), S. 1313.

⁷⁰ Boris Karthaus / Thomas Klebe, Legitimation durch Kollektivvertrag. Leiharbeit, Werkvertrag und die Erosion der Arbeitgeberrolle, in: Jens Schubert (Hg.), Anforderungen an ein modernes kollektives Arbeitsrecht. Festschrift für Otto Ernst Kempfen, Baden-Baden 2013, S. 295-312, hier S. 307.

⁷¹ Protokollerklärung Nr. 1 zu § 4 Abs. 1 TV-L; vgl. Thomas Ritter, Art. Abordnung, in: Hermann Reichold / Ulf Kortstock, Das Arbeits- und Tarifrecht der katholischen Kirche, München / Freiburg i. Br. 2014, S. 5-10, hier S. 5.

die Versetzung als „vom Arbeitgeber veranlasste, auf Dauer bestimmte Beschäftigung bei einer anderen Dienststelle oder einem anderen Betrieb desselben Arbeitgebers unter Fortsetzung des bestehenden Arbeitsverhältnisses“⁷² und die Zuweisung als „vorübergehende Beschäftigung bei einem Dritten im In- und Ausland, bei dem [das einschlägige Arbeitsvertragsrecht] nicht zur Anwendung kommt“.⁷³

Vor der Umsetzung derartiger Maßnahmen kommt der MAV in der entsendenden Einrichtung ein Zustimmungsrecht zu, „es sei denn, dass es sich um Mitarbeiterinnen oder Mitarbeiter für pastorale Dienste oder religiöse Unterweisung handelt, die zu ihrer Tätigkeit der ausdrücklichen bischöflichen Sendung oder Beauftragung bedürfen“ (§ 35 Abs. 1 Nr. 5 MAVO); in diesen letzteren Fällen besitzt die MAV lediglich ein Anhörungs- und Mitberatungsrecht (§ 29 Abs. 1 Nr. 10 MAVO). Abgeordnete Mitarbeiter bekommen nach einer dreimonatigen Tätigkeit im Einsatzbetrieb das Wahlrecht zur MAV, während ihr Wahlrecht in der entsendenden Einrichtung erlischt, falls nicht feststeht, dass sie innerhalb weiterer sechs Monate dorthin zurückkehren werden (§ 7 Abs. 2 MAVO).

Schließlich kann eine entgeltliche Geschäftsbesorgung als Sonderform eines Werk- oder Dienstvertrags (§ 675 BGB) vorliegen.

4.6. Unterscheidung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag

Bei drittbezogenem Personaleinsatz sind die Rechtsinstitute Arbeitnehmerüberlassung (gegebenenfalls auch in der Form eines Gestellungsvertrags) und Werkvertrag (bzw. Dienstvertrag) die häufigsten. Da sie gerade hinsichtlich der jeweils der MAV zukommenden Rechte grundlegend verschieden sind, ist – wie der Ausgangsfall gezeigt hat – ihre teilweise „in der Praxis sehr diffizile Unterscheidung“⁷⁴ von zentraler Bedeutung. Dafür wurden in der Literatur und staatlichen arbeitsgerichtlichen Judikatur verschiedene Kriterien entwickelt, die Indizcharakter dafür besitzen, auf welcher Rechtsgrundlage betriebsfremde Arbeitnehmer tätig sind.

Das bedeutsamste Unterscheidungsmerkmal ist das arbeitsrechtliche, „personenbezogen[e], ablauf- und verfahrensorientiert[e]“⁷⁵ Direktionsrecht, aufgrund dessen festgelegt werden kann, welche Personen wann, wo und wie tätig werden, wann sie Pausen machen müssen, wie sie sich im Betrieb zu verhalten haben, wann sie Urlaub bekommen usw.; liegt es vollständig beim Entleiher, spricht dies für Arbeitnehmerüberlassung, liegt es vollständig oder zumindest

⁷² Protokollerklärung Nr. 2 zu § 4 Abs. 1 TV-L; vgl. *Hermann Reichold*, Art. Versetzung, in: *ders. / Ulf Kortstock*, Das Arbeits- und Tarifrecht der katholischen Kirche, München / Freiburg i. Br. 2014, S. 343-346, hier: S. 343.

⁷³ Protokollerklärung zu § 4 Abs. 2 TV-L; vgl. o. 4.2.

⁷⁴ *Boemke*, Arbeitnehmerüberlassung (Anm. 62), S. 53.

⁷⁵ Ebd., S. 47.

teilweise beim Vertragsarbeitgeber, spricht dies demgegenüber für einen Werkvertrag.⁷⁶

„Dass der Besteller Einfluss auf die Qualifikation und die Zahl der eingesetzten Erfüllungsgehilfen nimmt, hat keine Aussagekraft dafür, wem das arbeitsrechtliche Direktionsrecht zusteht. Im Einzelfall kann sich sogar aus dem Inhalt des Werkvertrags ergeben, dass eine genau bestimmte Zahl von Personen zur Erfüllung eingesetzt werden muss. (...) Entsprechendes gilt für die Gestellung von Material und Arbeitsmittel. Dieses ist für die Frage, wem das arbeitsrechtliche Weisungsrecht zusteht, ohne Belang. (...) Generell hat das BSG entschieden, dass das Zurverfügungstellen von Arbeitsgerät zumindest dann nicht gegen einen Werkvertrag spricht, wenn sich dies preismäßig auswirkt.“⁷⁷

In ähnlicher Weise kann die Organisationshoheit betrachtet werden. Ein Werkunternehmer organisiert die Erstellung des von ihm geschuldeten Werkes nach Art der Durchführung und Zeitdauer eigenverantwortlich; ein Weisungsrecht ihm gegenüber besitzt das Einsatzunternehmen nur „projektbezogen und ergebnisorientiert“⁷⁸ bezüglich des geschuldeten Werkes, also hinsichtlich des Arbeitsergebnisses, nicht bezüglich des Arbeitsablaufs. Demgegenüber wird der Einsatz von Leiharbeitnehmern vom Einsatzunternehmen geregelt, das über Zahl und Beschäftigungsdauer der Leiharbeitnehmer bestimmt, sie in die Betriebsabläufe integriert, ihnen die konkrete Arbeit zuweist und Vorgaben über die Weise der Arbeitserfüllung macht.⁷⁹ Je enger die Zusammenarbeit mit der Stammbesellschaft des Einsatzbetriebs (z. B. in gemischten Teams, Urlaubsvertretungen) und je näher die verrichtete Arbeit am Kernbereich des Unternehmenszwecks ist, desto mehr spricht für Arbeitnehmerüberlassung; das gleiche gilt, wenn der Einsatzbetrieb dem Fremdpersonal die Arbeitszeiten vorgibt, es als Vertretung für Stammpersonal einsetzt oder ihm Tätigkeiten zuweist, die mit dem vereinbarten Werk nichts zu tun haben.⁸⁰

Dass sich im Einzelfall für die Beurteilung der Rechtsqualität des Fremdpersonaleinsatzes ein schmaler Grat eröffnen kann, zeigt sich daran, dass

⁷⁶ Ebd., S. 44, 46; *Maschmann*, Fremdpersonaleinsatz (Anm. 59), S. 1308-1309; *Walk / Christiansen*, Arbeitnehmerüberlassung (Anm. 25), S. 166; *Wulff*, Einsatz (Anm. 55), S. 161; zwischen Gestellungs- und Werkvertrag ist die Unterscheidung analog: *Wern*, Gestellungsverträge (Anm. 46), S. 345-346.

⁷⁷ *Boemke*, Arbeitnehmerüberlassung (Anm. 62), S. 51-52. A. A. bezüglich der Zurverfügungstellung von Arbeitsmitteln *Walk / Christiansen*, Arbeitnehmerüberlassung (Anm. 25), S. 166.

⁷⁸ *Boemke*, Arbeitnehmerüberlassung (Anm. 62), S. 47.

⁷⁹ Ebd., S. 45, 46, 52; *Lembke*, Fremdpersonal (Anm. 59), S. 1317; *Maschmann*, Fremdpersonaleinsatz (Anm. 59), S. 1306, 1309; *Thiel*, § 3, Rdnr. 61 (Anm. 25); *Walk / Christiansen*, Arbeitnehmerüberlassung (Anm. 25), S. 166; *Wulff*, Einsatz (Anm. 55), S. 161.

⁸⁰ *Maschmann*, Fremdpersonaleinsatz (Anm. 59), S. 1310; *Walk / Christiansen*, Arbeitnehmerüberlassung (Anm. 25), S. 166; vgl. jüngst KAG Fulda, Urteil vom 6. November 2013, Az. M 1/12.

es einerseits nicht für das Vorliegen eines arbeitsrechtlichen Direktionsrechtes und damit für Arbeitnehmerüberlassung spricht, wenn dem Fremdpersonal lediglich im Rahmen einer detaillierten Beschreibung der übertragenen Tätigkeiten im zugrundeliegenden Werkvertrag Anweisungen gegeben werden; ebenso begründet alleine die dauerhafte Erbringung betrieblicher Aufgaben durch das Fremdpersonal diese Annahme noch nicht.⁸¹ Andererseits kann eine „als Werkvertrag maskier[te]“⁸² Arbeitnehmerüberlassung vorliegen, wenn seitens des Einsatzunternehmens arbeitsrechtliche Direktiven an einen vom Werkunternehmer gestellten Vorarbeiter gegeben werden, der diese aber nur weitergibt.⁸³ Insbesondere zwischen Arbeitnehmerüberlassung und uneigentlichen Werkverträgen ist die Unterscheidung schwierig:

„In beiden Fällen ist der Inhaber des Betriebes, in dem die Fremdarbeiter eingesetzt werden, diesen gegenüber weisungsbefugt. Der Unterschied dieser beiden Einsatzformen liegt darin, dass der Betriebsinhaber bei einem atypischen Werkvertrag den Fremdarbeitnehmern gegenüber nur zum Teil weisungsbefugt ist. Die Fremdfirma ist bei diesem Vertragstyp nach wie vor als Vertragspartnerin (...) für die Leistung ihrer Arbeitnehmer mitverantwortlich. (...) Bei der Arbeitnehmerüberlassung hingegen hat die Fremdfirma ihre Weisungsbefugnis vollständig auf den Dritten übertragen.“⁸⁴

Während bei der Arbeitnehmerüberlassung der Entleiher lediglich einen entsprechend qualifizierten Arbeitnehmer gestellt bekommt, den er nach der geleisteten Arbeitszeit bezahlt, jedoch keine Garantie für ein bestimmtes Arbeitsergebnis erhält⁸⁵, ist bei einem Werkvertrag das Arbeitsergebnis der zuvor (z. B. in einem Leistungsverzeichnis) festgelegte, eigentliche und vergütungspflichtige⁸⁶ Inhalt des Vertrags, der nach Abschluss konkret messbar und durch die Gewährleistungspflicht des Werkunternehmers garantiert ist, der auch für durch seine Erfüllungsgehilfen verursachte Schäden am Betriebseigentum des Einsatzbetriebs haftet.⁸⁷ Eine derartige Haftung kann der Werkunternehmer gerade und nur deshalb übernehmen, weil er das arbeitsrechtliche Direktionsrecht ausübt; der Verleiher eines Leiharbeitnehmers, der dies nicht tut, kann dagegen nur für die Qualifikation des Arbeitnehmers, nicht

⁸¹ Karthaus / Klebe, Legitimation (Anm. 70), S. 302.

⁸² Ebd., S. 303.

⁸³ Maschmann, Fremdpersonaleinsatz (Anm. 59), S. 1309.

⁸⁴ Wulff, Einsatz (Anm. 55), S. 161.

⁸⁵ Gleiches gilt für einen Gestellungsvertrag: Wern, Gestellungsverträge (Anm. 46), S. 346.

⁸⁶ Allerdings ist neben der typischen erfolgsbasierten pauschalierten Vergütung bei einem Werkvertrag auch eine Abrechnung auf Basis eines Stundensatzes möglich, wie sich schon aus dem zwischenzeitlich aufgehobenen § 641a Abs. 1 Satz 4 BGB ergab; vgl. Boemke, Arbeitnehmerüberlassung (Anm. 62), S. 56-57.

⁸⁷ Ebd., S. 45, 46, 55; Walk / Christiansen, Arbeitnehmerüberlassung (Anm. 25), S. 166. Freilich muss der Leistungserfolg nicht schon bei Abschluss des Werkvertrags feststehen: Boemke, Arbeitnehmerüberlassung (Anm. 62), S. 50.

aber für dessen Arbeitsausübung haften, die nicht nur von der Qualifikation abhängt, sondern auch vom Arbeitsablauf.⁸⁸

5. Bewertung des Urteils des KAGH

Vor diesem rechtlichen Hintergrund soll nun die Entscheidung des KAGH bewertet werden. Kann sie „nicht überzeugen“⁸⁹ oder enthält sie „wegweisende Aussagen“, weil sie über die Qualifizierung des drittbezogenen Personaleinsatzes, der „[v]om Sendungsauftrag der Kirche her (...) jedenfalls problematisch“ ist, als Gestellungsvertrag ein Zustimmungsrecht der MAV „direkt aus der MAVO begründet“⁹⁰ und damit den „MAVen einen klaren Auftrag [gibt], aktiv zu werden“⁹¹?

Die Entscheidung zu loben, scheint zu heißen, Rechtspolitik durch die Judikatur zu loben. Über Sinn und Legitimität derartiger, zumindest *praeter legem* betriebener Rechtsfortbildung lässt sich trefflich streiten.⁹² Dass der Einsatz von Fremdpersonal in kirchlichen Einrichtungen besonders problematisch ist, wurde oben bereits angesprochen und steht außer Frage. Andererseits sind klare Kriterien erkennbar, nach denen der Ausgangsfall gelöst werden kann – wenn man nicht ein rechtspolitisches Ziel vorgegeben sieht.

Die Qualifikation des fraglichen Fremdpersonaleinsatzes durch den KAGH als Gestellungsvertrag überrascht schon deshalb, weil der an der Entscheidung beteiligte Präsident dieses Gerichtes bislang mit der überwiegend in der Literatur vorgetragenen Meinung die Auffassung vertreten hatte, dass von einem Gestellungsvertrag nur dann gesprochen werden könne, wenn zwischen gestellter Person und Gestellungsträger ein mitgliedschaftliches Verhältnis besteht. Das oben referierte neuere, weitere Verständnis, demzufolge auch die Gestellung Angestellter als Gestellungsvertrag klassifiziert werden kann, teilte er bisher nicht.⁹³ Von einem Mitgliedschaftsverhältnis der Mitarbeiter des MVZ kann selbstverständlich nicht die Rede sein, da diese dort als gewöhnliche Arbeitnehmer angestellt sind.

Freilich ist einzuräumen, dass eine weite Auslegung des Begriffs eines Gestellungsvertrags, die auch Angestellte umfasst, wahrscheinlich korrekt ist. Als Beispiel kann die Beschäftigung von Pastoralreferenten angeführt werden, die mit

⁸⁸ Maschmann, Fremdpersonaleinsatz (Anm. 59), S. 1309.

⁸⁹ Joussen, Mitarbeiterbegriff (Anm. 34), S. 67, Anm. 12.

⁹⁰ Renate Oxenknecht-Witzsch, Arbeitnehmerüberlassung durch Gestellungsvertrag, in: ZMV Die Mitarbeitervertretung 23 (2013), S. 209-210, hier S. 209.

⁹¹ Ebd., S. 210.

⁹² S. dazu Gerhard Neudecker, *Ius sequitur vitam*. Der Dienst der Kirchengenichte an der Lebendigkeit des Rechts. Zugleich ein Beitrag zur Vergleichung des kanonischen und staatlichen Rechtssystems (= Tübinger kirchenrechtliche Studien, Band 13), Münster / Berlin 2013.

⁹³ Richardi, Arbeitnehmereigenschaft (Anm. 48), S. 265-266.

der Diözese einen Arbeitsvertrag abgeschlossen haben, aber in einer Pfarrei tätig werden; ebenso können Religionslehrer genannt werden, die als Angestellte der Diözese an staatlichen Schulen unterrichten. Dabei handelt es sich nicht einfach um eine Umsetzung als „Wechsel des Arbeitsplatzes innerhalb einer Dienststelle“⁹⁴, da die Betroffenen bei einem anderen Dienstgeber als demjenigen tätig werden, mit dem sie einen Arbeitsvertrag abgeschlossen haben. Von den oben (4.) genannten Formen drittbezogenen Personaleinsatzes beschreibt der Gestellungsvertrag das faktisch vorliegende Arbeitsverhältnis rechtlich wohl am zutreffendsten, weil es sich um eine auf Dauer angelegte Beschäftigung innerhalb der Grenzen des jeweiligen diözesanen Tarifwerks und unter Fortgeltung der Loyalitätsobliegenheiten des kirchlichen Dienstes, jedoch bei einem anderen Dienstgeber – der Kirchengemeinde bzw. staatlichen Schule – unter Fortsetzung des bestehenden Arbeitsverhältnisses mit dem ursprünglichen Dienstgeber – der Diözese – handelt.⁹⁵ Eine Personalgestaltung Angestellter ist also im kirchlichen Bereich durchaus verbreitet.

Nichtsdestotrotz müssen für eine sachgerechte Beurteilung des Ausgangsfalles die zur Anwendung kommenden Vertragsbedingungen betrachtet werden, aus denen sich eine eindeutige Qualifikation des Vertragsverhältnisses ergibt. Indizcharakter besitzen insbesondere folgende Klauseln des „Honorarvertrags“:

1. Vertragsgegenstand ist die Erbringung der kompletten anästhesiologischen Leistungen für einen bestimmten Patienten.⁹⁶
2. Der Umfang wird fallweise vom Krankenhaus angefordert.⁹⁷

⁹⁴ Reichold, *Versetzung* (Anm. 72), S. 344.

⁹⁵ Kortstock, *Gestellungsverträge* (Anm. 46), S. 189. Insbesondere ist das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung selbst bei an staatlichen Schulen tätigen, kirchlich angestellten Religionslehrern zu verneinen, da diese nicht „voll in die Einrichtung der entleihenden Stelle eingegliedert“ werden, sondern selbst bei einer staatlichen Refinanzierung aufgrund der fortbestehenden Loyalitäts- und sonstigen besonderen, sich aus der *Missio canonica* ergebenden Obliegenheiten „der Schwerpunkt der arbeitsvertraglichen Pflichten zum vertraglichen kirchlichen Arbeitgeber (...) erhalten“ bleibt, weil „das Bistum den Dienst in der Einrichtung bei dem anderen Träger nach seinen eigenen Grundsätzen inhaltlich festlegt und überwacht“, „so dass eine Aufspaltung der Arbeitgeberfunktionen zwischen dem Vertragsarbeitgeber und dem anderen Träger einer Einrichtung nicht vorliegt“ (Thiel, § 23, Rdnr. 34 [Anm. 25]; vgl. ebd. § 3, Rdnrn. 70, 74, § 23, Rdnr. 31). Für die Beschäftigung von Pastoralreferenten in Kirchengemeinden kann dies ohnehin gesagt werden. Der Annahme des Vorliegens einer Arbeitnehmerüberlassung bei diesen Fallkonstellationen steht daneben nicht nur die Dauerhaftigkeit des Personaleinsatzes entgegen, sondern auch das Recht der Kirchen und Religionsgemeinschaften auf selbstständige Ordnung und Verwaltung ihrer Angelegenheiten gemäß Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV: Beyer, § 3, Rdnr. 26 (Anm. 33); Wolfgang Hammerl, § 23, Rdnr. 3, in: Norbert Beyer u. a. (Hgg.), *MAVO. Freiburger Kommentar zur Rahmenordnung für eine Mitarbeitervertretungsordnung. Einschließlich Kirchliche Arbeitsgerichtsordnung (KAGO)*, Freiburg i. Br. 2014.

⁹⁶ §§ 1 Abs. 2, 3 Abs. 1 und 6 der Vereinbarung.

⁹⁷ § 1 Abs. 3 der Vereinbarung.

3. Der eingesetzte Personalbestand ist nur nach einer Mindestanzahl definiert und bemisst sich ansonsten nach der freien unternehmerischen Entscheidung des MVZ.⁹⁸
4. Das MVZ muss nötigenfalls eine Vertretung sicherstellen.⁹⁹
5. Das MVZ nimmt die Fach- und Dienstaufsicht über das Personal wahr.¹⁰⁰
6. Das MVZ kontrolliert die Einhaltung von Vorschriften des Krankenhauses durch sein Personal.¹⁰¹
7. Der Besuch von Einweisungen des Krankenhauses durch das Personal des MVZ wird von letzterem überwacht und dokumentiert.¹⁰²
8. Die Vergütung für das MVZ wird nach Zeit berechnet, aber unter Absehung von der Anzahl des zum Einsatz kommenden Personals pauschaliert.¹⁰³
9. Eine Nutzung eigener Einrichtungen des MVZ seitens des Krankenhauses wird nicht vergütet.¹⁰⁴
10. Das MVZ haftet für alle selbst oder durch seine Erfüllungsgehilfen verursachten Schäden gegenüber den Patienten wie hinsichtlich einer etwa falschen Gerätebedienung.¹⁰⁵
11. Das MVZ stellt das Krankenhaus von allen mit den von ihm erbrachten Leistungen zusammenhängenden Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüchen frei.¹⁰⁶
12. Die ärztlichen Mitarbeiter des MVZ sind in Diagnostik und Therapie unabhängig und nur gesetzlichen Vorschriften unterworfen.¹⁰⁷
13. Das MVZ muss die Qualifikation des Personals gegenüber dem Krankenhaus nachweisen.¹⁰⁸
14. Der Hygienebeauftragte des Krankenhauses besitzt gegenüber dem Hygienebeauftragten des MVZ in Fragen der Hygiene ein Weisungsrecht.¹⁰⁹
15. Eine regelmäßige Teilnahme des Personals des MVZ an Hygieneschulungen des Krankenhauses ist vorgeschrieben.¹¹⁰
16. Einweisungen in Geräte des Krankenhauses werden von diesem übernommen.¹¹¹

⁹⁸ § 3 Abs. 2 der Vereinbarung.

⁹⁹ § 6 der Vereinbarung.

¹⁰⁰ § 2 Abs. 3 der Vereinbarung.

¹⁰¹ § 2 Abs. 4 der Vereinbarung.

¹⁰² § 3 Abs. 4 der Vereinbarung.

¹⁰³ § 4 Abs. 2 der Vereinbarung.

¹⁰⁴ § 3 Abs. 3 und 5 der Vereinbarung.

¹⁰⁵ §§ 3 Abs. 4, 7 Abs. 1 und 3 der Vereinbarung.

¹⁰⁶ § 7 Abs. 2 der Vereinbarung.

¹⁰⁷ § 2 Abs. 2 der Vereinbarung.

¹⁰⁸ § 1 Abs. 4 der Vereinbarung.

¹⁰⁹ § 2 Abs. 5 der Vereinbarung.

¹¹⁰ § 2 Abs. 5 der Vereinbarung.

¹¹¹ § 3 Abs. 4 der Vereinbarung.

17. An Hausordnungen o. ä. des Krankenhauses haben sich die Mitarbeiter des MVZ zu halten.¹¹²

18. Die Nutzung der Räumlichkeiten und Geräte des Krankenhauses bei der Erbringung der Leistungen durch das MVZ erfolgt kostenfrei.¹¹³

Im Sinne der obigen Ausführungen zur Unterscheidung zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung (4.6.) ist es ein erstes klares Anzeichen für das Vorliegen eines Werkvertrags, dass das MVZ ein in sich abgeschlossenes Leistungspaket „anästhesiologische Leistungen“ erbringt (Klausel 1.), das fallweise nach Bedarf vom Krankenhaus eingekauft wird (2.), so dass nicht etwa ständig ein Anästhesieteam des MVZ vor Ort ist und auf möglicherweise eintretende Einsätze wartet. Dass die Leistungserbringung im Rahmen von Operationen in enger Zusammenarbeit mit Stammmitarbeitern des Krankenhauses erfolgt, steht dem nicht entgegen. Die Anästhesieleistungen sind ein in sich abgeschlossener Bereich und nicht integraler Teil der Operation an sich, sondern nach modernem Verständnis (im Unterschied zum historischen Befund, wo noch ohne Anästhesie operiert wurde) eine deren Voraussetzungen, ebenso wie beispielsweise das Operationsbesteck sterilisiert sein muss. Anders wäre die Sachlage, wenn die Anästhesie eines bestimmten Patienten von einem gemischten Team aus Mitarbeitern des Krankenhauses und des MVZ durchgeführt würde oder wenn seitens des MVZ bei der Operation assistierende Ärzte gestellt würden, gegenüber denen dem leitenden Operateur auch deutlich weiter gehende Weisungsrechte zukämen. Die Qualität der Anästhesie und die Qualität der Operation können auch ohne weiteres getrennt betrachtet werden, selbst wenn die letztere (u. a.) von der ersteren abhängt. Es kann daher im vorliegenden Fall nur von einer begrenzten Eingliederung der Mitarbeiter des MVZ in den Betriebsablauf des Krankenhauses die Rede sein. Hinzu kommt, dass der eingesetzte Personalbestand (abgesehen von einem vertraglich vereinbarten Minimum) sich nach der freien unternehmerischen Entscheidung des MVZ bemisst (3.), das auch bestimmt, welche Mitarbeiter genau zum Einsatz kommen. Für das Leistungspaket erhält das MVZ zudem lediglich eine Pauschalvergütung, die zwar die Einsatzzeit berücksichtigt, nicht aber die Anzahl des tatsächlich eingesetzten Personals (8.). Konsequenterweise muss das MVZ gegebenenfalls auch eine Vertretung organisieren, d. h. die Erbringung des Leistungspakets sicherstellen (4.) und bekommt für die Nutzung eigener Einrichtungen keine zusätzliche Vergütung (9.). Wie ein Werkunternehmer stellt das MVZ also ein „Werk“ zur Verfügung, während sich das Krankenhaus für die Modalitäten dessen Erbringung nicht interessiert. Dass das MVZ dabei durchaus ein gewerbsmäßiges Interesse verfolgt, spricht ebenfalls gegen eine Gestellung.

Über das eingesetzte Personal übt das MVZ die Fach- und Dienstaufsicht aus (5.) und kontrolliert die Einhaltung von Vorschriften (6.) und Einweisungen (7.),

¹¹² § 9 Abs. 1 der Vereinbarung.

¹¹³ § 3 Abs. 3 und 5 der Vereinbarung.

hat also ein umfassendes arbeitsrechtliches Direktionsrecht inne. Demgegenüber kommt dem Krankenhaus mit dem bloßen Recht, Hygieneschulungen vorzuschreiben (15.), Weisungen bezüglich der Hygiene zu erteilen (14.), Einweisungen durchzuführen (16.) und Haus- und ähnliche Ordnungen zu erlassen (17.), nur ein projektbezogenes und ergebnisorientiertes Weisungsrecht zu; das Krankenhaus macht den Mitarbeitern des MVZ gerade keine Vorschriften darüber, auf welche Art und Weise sie eine erfolgreiche Anästhesie durchzuführen haben. Ein derart eingeschränktes arbeitsrechtliches Direktionsrecht des Krankenhauses, das mitnichten völlig frei über die seitens des MVZ eingesetzten Mitarbeiter verfügen kann, wäre bei einer Arbeitnehmerüberlassung oder Gestellung gänzlich atypisch. Auch die Vereinbarung, dass die Qualifikation des seitens des MVZ eingesetzten Personals nachgewiesen werden muss (13.), entspricht lediglich der Notwendigkeit, gesetzlichen Sicherheitsvorschriften Genüge zu tun und den Erfolg der Operationen sicherzustellen und sagt nichts darüber aus, wem das arbeitsrechtliche Direktionsrecht zukommt. Dass die eingesetzten Anästhesisten in Diagnostik und Therapie nur gesetzlichen Vorschriften unterworfen sind (12.), ist dabei eine sich aus der ärztlichen Berufsfreiheit ergebende Selbstverständlichkeit, die nicht gegen das Vorliegen eines Werkvertrags spricht, da dies beim Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung nicht anders sein könnte.

Ein deutliches Zeichen für die Qualifikation des „Honorarvertrags“ als Werkvertrag ist schließlich die Haftung (10.) bzw. Haftungsfreistellung (11.) seitens des MVZ, die bei einer Arbeitnehmerüberlassung oder einer Gestellung nicht in Frage käme, da hierbei der eingesetzte Arbeitnehmer in die Belegschaft des Einsatzbetriebs eingegliedert wird. Dass das MVZ Räumlichkeiten und Geräte des Krankenhauses unentgeltlich nutzen kann (18.), muss nicht zwingend gegen das Vorliegen eines Werkvertrags sprechen. Ähnlich wie die vorliegend zweifellos nötige enge Zusammenarbeit zwischen Personal des MVZ und Stammpersonal des Krankenhauses beim Operationsablauf könnte dies allenfalls ein Argument darstellen, die vertragliche Konstruktion als einen atypischen Werkvertrag anzusehen¹¹⁴, wozu auch die Vergütung nach Zeiteinheiten passt. Wie oben (4.3.) ausgeführt, handelt es sich gleichwohl dann aber immer noch um eine zulässige Form eines Werkvertrags und nicht um Arbeitnehmerüberlassung oder Gestellung¹¹⁵, wobei ohnehin nicht ersichtlich ist, weshalb der KAGH für das letztere und nicht das erstere plädiert hat, obwohl auch dieses ein Mitbestimmungsrecht der MAV begründet hätte; dass im aktuellen Fall eine Gestellung vorläge, hatte während des Rechtsstreits niemand vorgetragen.

Angesichts der Eindeutigkeit der sachlichen Kriterien überrascht nicht nur die zweitinstanzliche Entscheidung, sondern eher noch, dass diese in der

¹¹⁴ A. A. Thiel, § 3, Rdnr. 57 (Anm. 25).

¹¹⁵ Vgl. Anm. 61.

einschlägigen Kommentarliteratur durchweg kritiklos referiert wird.¹¹⁶ Dies mag seine Ursache darin haben, dass das Ergebnis begrüßt wird, „Personen, die kein Arbeitsverhältnis mit dem Träger der Einrichtung abgeschlossen haben, in den Anwendungsbereich der MAVO zu integrieren“¹¹⁷ und somit sicherzustellen, dass „das Leitbild einer kirchlichen Dienstgemeinschaft als Grundprinzip des kirchlichen Dienstes nicht in Frage“¹¹⁸ gestellt wird.

Demgegenüber ist jedoch festzuhalten, dass Aufgabe der Gerichte nicht ist, eine Aushöhlung der Dienstgemeinschaft rückgängig zu machen, die andere verursacht haben und heilen könnten und müssten; Aufgabe der Gerichte ist, auf Basis geltenden Rechts Streitfälle zu entscheiden, was das erstinstanzliche Urteil jedenfalls sachgerechter erfüllt hat. Selbst wenn dem nicht ausschließlich so sein sollte, darf doch eine gerichtliche Entscheidung nicht so interessegeleitet sein, dass sie eindeutige sachliche Kriterien übergeht, nur um beim hehren Ziel eines Mitbestimmungsrechts der MAV anzulangen, auch wenn dieses zum Schutz des hohen Gutes der Dienstgemeinschaft noch so wünschenswert sein mag.

¹¹⁶ Beyer, § 3, Rdnr. 16 (Anm. 33); *Oxenknecht-Witzsch*, § 3, Rdnr. 14 (Anm. 48); *Thiel*, § 3, Rdnr. 57 (Anm. 25).

¹¹⁷ *Oxenknecht-Witzsch*, § 3, Rdnr. 14 (Anm. 48).

¹¹⁸ Beyer, § 3, Rdnr. 16 (Anm. 33).