

Leitsatz

1. Von Arbeitnehmerüberlassung ist auszugehen, wenn die von den Mitarbeitern zu erbringenden Leistungen sich nach dem jeweiligen Bedarf der Einrichtung richten, mit der Bestimmung der Leistungen auch über Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit entschieden wird und die Tätigkeit im Ergebnis durch den „Besteller“ geplant und organisiert wird. Der „Werkunternehmer“ wird hier in einen arbeitsteiligen Prozess in einer Weise eingegliedert, die eine eigenverantwortliche Organisation der Erbringung der Leistungen faktisch ausschließt.
2. Ein drittbezogener Personaleinsatz in kirchlichen Einrichtungen darf das Leitbild einer kirchlichen Dienstgemeinschaft als Grundprinzip des kirchlichen Dienstes nicht in Frage stellen.
3. Wird der drittbezogene Personaleinsatz in einem wesentlichen Bereich erbracht, dessen Tätigkeiten den Charakter der Einrichtung prägen, können diese nur im Rahmen der Dienstgemeinschaft erbracht werden; anderes widerspräche dem Leitbild der Kirche (vgl. KGH.EKD, Beschluss vom 15. April 2013 - I-0124/U29-12 - www.kirchenrecht-ekd.de).

Tenor

1. Es wird festgestellt, dass der beklagte Verein gegen die Beteiligungsrechte der Klägerin gemäß §§ 33, 34 MAVO durch die Einstellung der Mitarbeiter A, B, C, D, E, F und G verstoßen hat.
2. Der beklagte Verein wird verurteilt, die Beschäftigung der unter Ziffer 1. benannten Mitarbeiter zu unterlassen, bis die Zu-

stimmung der Klägerin zu deren Einstellung erteilt oder durch das kirchliche Arbeitsgericht ersetzt worden ist.

3. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten um das Bestehen eines Mitbestimmungstatbestandes nach §§ 34, 33 MAVO und um einen (allgemeinen) Unterlassungsanspruch aus dessen Verletzung.
- 2 Der Beklagte ist Träger eines Seniorenstifts (im Folgenden Seniorenheim), welches zur Mariengruppe gehört. Das Seniorenheim verfügt über ca. 100 Betten. In der Einrichtung arbeiten etwa 25 Mitarbeiter, die nach AVR angestellt und vergütet werden. Es gilt ein Dreischichtbetrieb. Die Einrichtung hat die Grundordnung anerkannt. Die Klägerin ist die dortige Mitarbeitervertretung.
- 3 Seit 2014 werden auf den Stationen des Seniorenheims Mitarbeiter eines Ambulanten Pflegedienstes (im Folgenden A-GmbH) tätig. In anderen Einrichtungen arbeiten sie nicht. Sie werden ausnahmslos in dem Seniorenheim eingesetzt. Dort versorgen sie nicht nur bestimmte Personen, sondern alle Bewohner. Sie sind im Rahmen der Grundpflege mit Pflegehilfsleistungen tätig. Grundlage ist ein sogenannter „Kooperationsvertrag“ zwischen der A-GmbH und dem Beklagten vom 17. Dezember 2013, auf dessen genauen Inhalt Bezug genommen wird (Anlage zum Schriftsatz vom 16. Februar 2016). Die A-GmbH gehört ebenfalls zur Mariengruppe, fällt aber nicht unter den Geltungsbereich der Grundordnung. Ihr Geschäftsführer ist der Vorstand des Beklagten. Die Klägerin wird von dem Beklagten wegen des drittbezogenen Personaleinsatzes nicht nach §§ 34, 33 MAVO beteiligt. Sie wird lediglich nach § 27 Absatz 1 MAVO informiert. Die Klägerin rügte dies im Vorfeld. Auf ihre Anforderung vom 11.11.2014 erhielt sie mit Schreiben vom 13.05.2015 einen Ist-Stellenplan; sie wurde weiter darüber informiert, dass für 99 Bewohner der Einrichtung pflegerische Hilfsleistungen durch Mitarbeiter der A-GmbH er-

bracht werden. Auf die zwischen den Parteien geführte Vorkorrespondenz wird im Übrigen Bezug genommen.

- 4 Im August 2015 beschloss die Klägerin, gerichtlich klären zu lassen, ob ein Beteiligungsrecht zur Einstellung der Mitarbeiter der A-GmbH nach §§ 34 Absatz 1 Satz 2, 33 MAVO besteht.
- 5 Sie meint, es läge kein Fremdpersonaleinsatz im Rahmen eines Werk- oder Dienstvertrages vor. Vielmehr handele es sich um Arbeitnehmerüberlassung. Ihr stehe ein Mitbestimmungsrecht nach § 34 Absatz 1 Satz 2 MAVO zu, weil die Mitarbeiter der A-GmbH länger als sechs Monate in der Einrichtung des Beklagten beschäftigt werden.
- 6 Sie trägt vor, die Mitarbeiter seien in sämtliche Arbeitsabläufe integriert, unterfielen den Anweisungen der Einrichtungsleitung und seien gleichermaßen wie die Mitarbeiter des Seniorenheims voll im Dienstplan eingeteilt. Der Dienstplan werde - was zwischen den Parteien unstrittig ist - von der stellvertretenden Pflegedienstleitung Frau R. aufgestellt. Frau R. stellt, ebenfalls unstrittig - dort allerdings in der Funktion der Pflegedienstleitung -, auch für die Mitarbeiter der A-GmbH und deren Einsatz im Seniorenheim die Dienstpläne auf. Auch aus der Darstellung, dem Layout und der Überschrift, sowie der Dienstzeiten-Verteilung ergebe sich, dass die bei der A-GmbH Beschäftigten in die Arbeitsabläufe der „Dienststelle des Beklagten“ (sic) organisatorisch voll eingeplant seien. Der Hinweis auf § 75 SGB IX sei irrelevant. Die gesetzliche Bestimmung regle lediglich, dass die Landesverbände der Pflegekassen unter Beteiligung des MDK sowie des Verbandes der Privaten Krankenversicherung mit stationären Pflegeeinrichtungen Rahmenverträge für die Erfüllung der pflegerischen Versorgung schließen können.
- 7 Nachdem die Parteien den Antrag zu Ziffer 3. und Teile des Antrages zu Ziffer 1. (Frau S. und Frau H.) für erledigt erklärt haben, beantragt die Klägerin nur noch:
 1. festzustellen, dass der Beklagte die Beteiligungsrechte der Klägerin gemäß §§ 33, 34 MAVO durch die Einstellung der Mitarbeiter A ab 01.06.2015, B ab 01.09.2014, C ab 15.05.2014, D ab 15.07.2015,

E ab 16.12.2015, F ab 16.12.2015 und G ab 01.01.2016 verstoßen hat.

2. den Beklagten zu verurteilen, die im Klageantrag zu 1. benannten sieben Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von der bestehenden arbeitsvertraglichen Verpflichtung so lange zu entbinden, bis ein ordnungsgemäßes Zustimmungsverfahren durchgeführt und abgeschlossen wurde.

- 8 Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

- 9 Er bestreitet, durch die Einstellung der im Klageantrag zu 1. angegebenen Mitarbeiter Beteiligungsrechte der Klägerin nach §§ 33, 34 MAVO verletzt zu haben. Er bestreitet, dass tatsächliche oder rechtliche Voraussetzungen vorhanden seien, die den Beklagten verpflichten, die genannten Mitarbeiter von einer bestehenden arbeitsvertraglichen Verpflichtung zu entbinden bis ein ordnungsgemäßes Zustimmungsverfahren durchgeführt und abgeschlossen sei.
- 10 Er meint, die Beschäftigung der Mitarbeiter beruhe auf einer werkvertraglichen Ausgestaltung, welche nach der durch verfassungsrechtliche Vorgaben gewährleisteten Arbeitgeberfreiheit Beteiligungsrechte der Klägerin nicht ausüben.
- 11 Der Beklagte trägt vor: Es sei nicht mehr die Gestellung von Personal mit entsprechender Ausübung des Direktionsrechts vereinbart, sondern die eigenverantwortliche Erbringung von definierten Leistungen entsprechend einer im Rahmen der abgeschlossenen Kooperationsvereinbarung mit der A-GmbH getroffenen Leistungsbeschreibung, die ausschließlich im Rahmen eigener Planungen durch Mitarbeiter der A-GmbH unter Aufsicht der dortigen Serviceleistung erbracht würden. Dabei werde die Kooperationsvereinbarung den Pflegekassen auch nach den Regelungen des Rahmenvertrages gemäß § 75 SGB IX angezeigt. Die Inanspruchnahme von Mitarbeitern einer Management, Beratungs- und Service GmbH im Wege der Arbeitnehmerüberlassung sei beendet worden. Neuer Vertragspartner sei die A-GmbH. Vertragsgrundlage

sei der vorgelegte Kooperationsvertrag zwischen der A-GmbH und dem Beklagten.

- 12 Aus den Dienstplänen könnten keine Rechte der Klägerin ihm gegenüber begründet werden. Von der A-GmbH würden eigene, von der Einrichtung getrennte Dienstpläne für Pflegehilfskräfte geführt, die anhand des erforderlichen Bedarfs erstellt würden und sich aus der bereits geplanten Menge an Pflegefachkräften zur jeweiligen Schicht ergäben.
- 13 Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren.

Entscheidungsgründe:

- 14 Die Klage ist, soweit im ersten Rechtszug noch angefallen, zulässig und begründet.
- 15 **I.**
Für den Rechtsstreit ist der Rechtsweg zu den kirchlichen Arbeitsgerichten nach § 2 Abs. 2 KAGO eröffnet. Es handelt sich um eine Streitigkeit aus der Mitarbeitervertretungsordnung zwischen der Klägerin und dem Beklagten.
- 16 **II.**
Dem Antrag auf Feststellung, dass der Beklagte im Zusammenhang mit der Beschäftigung von Mitarbeitern der A-GmbH gegen die Beteiligungsrechte der Klägerin nach §§ 33, 34 MAVO verstoßen hat, eignet auch das nach § 256 Absatz 1 ZPO in Verbindung mit § 27 KAGO besondere Feststellungsinteresse an.
- 17 **1.**
Zwar sind diese Voraussetzungen grundsätzlich nicht erfüllt, wenn lediglich beantragt wird, dass „der Dienstgeber gegen §§ 33, 34 MAVO verstoßen hat ...“, weil mit der Feststellung eines Gesetzesverstoßes die Zulässigkeit eines Antrags nicht begründet werden kann, wenn offenbleibt, welche Rechtsfolgen

sich aus ihm ergeben können (vgl. Kirchlicher Arbeitsgerichtshof vom 07.06.2013 -M22/12- Gründe II. 1.).

18 **2.**

Der vorliegende Fall liegt indes anders. Es bleibt nicht offen, welche Rechtsfolgen sich aus dem Antrag ergeben können.

19 **a)**

Nach ständiger Rechtsprechung zur Mitbestimmung können das Bestehen, der Inhalt und der Umfang eines Mitbestimmungsrechts (sogar) unabhängig von einem konkreten Konfliktfall einer gerichtlichen Klärung zugeführt werden, wenn die Parteien insoweit unterschiedlicher Auffassung sind und die Maßnahme, für die ein Mitbestimmungsrecht in Anspruch genommen wird, häufiger in der Einrichtung auftritt und sich auch in Zukunft jederzeit wiederholen kann (vgl. etwa BAG vom 15. Oktober 2014 - 7 ABR 71/12 - juris Rn. 18; vom 17. Juni 2008 - 1 ABR 38/07 – juris Rn. 17).

20 **b)**

Danach ist das Feststellungsinteresse hier gegeben. Zwischen den Parteien besteht Streit, ob die Klägerin bei der Beschäftigung von Mitarbeitern der A-GmbH auf der Grundlage des Kooperationsvertrages nach §§ 33, 34 MAVO zu beteiligen ist oder ob der Einsatz von Arbeitskräften der A-GmbH mitbestimmungsfrei erfolgen kann. Diese Frage ist nach wie vor streitig und fällt aktuell immer wieder an. Es ist davon auszugehen, dass der Beklagte auch künftig Mitarbeiter der A-GmbH anfordern wird, um sie dem Seniorenheim im Wege des Fremdpersonaleinsatzes ohne Beteiligung der Klägerin zuzuweisen. Der Antrag ist geeignet, diese Frage zwischen den Parteien zu klären.

21 Es handelt sich zudem um einen vor den kirchlichen Arbeitsgerichten üblichen Feststellungsantrag zum Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses. Es ist davon auszugehen, dass der Beklagte, der für die Einrichtung des Seniorenheims die Grundordnung anerkannt und sich zur Kirche und ihren Leitsätzen bekannt hat, auf ein Feststellungsurteil hin die Beteiligungsrechte der Klägerin wahren wird. Der Antrag ist auch auf die Zukunft gerichtet, denn er benennt nur die Mitarbeiter der A-GmbH, die nach wie vor im Seniorenheim beschäftigt werden.

- 22 **c)**
Zumindest aber wäre der Antrag auszulegen. Die Klägerin begehrt im Ergebnis die Feststellung, dass der Beklagte verpflichtet ist, sie beim Einsatz von Dienstleistungskräften der A-GmbH im Seniorenheim nach §§ 33, 34 MAVO zu beteiligen und vor Aufnahme einer Tätigkeit ihre Zustimmung einzuholen. Das ergibt sich aus der Klagschrift und aus dem Antrag zu Ziffer 2., mit dem die Unterlassung der Beschäftigung beantragt wird, bis eine Zustimmung zur Einstellung vorliegt. Jedenfalls mit diesem auslegungsfähigen Inhalt ist der Antrag zulässig.
- 23 **III.**
Die Klage ist auch begründet, denn es handelt sich um einen Personaleinsatz, der unter §§ 33 Abs. 1, 34 Abs.1 Satz 2 MAVO fällt. Die Beschäftigung der im Antrag zu 1. aufgeführten Mitarbeiter der A-GmbH erfüllt den Tatbestand der Einstellung nach § 34 Abs.1 Satz 2 MAVO. Die Beschäftigung der Pflegehilfskräfte erfolgt nach wie vor auf der Grundlage des Kooperationsvertrages vom 17. Dezember 2013. Dieser erfüllt nicht die Voraussetzungen eines Werkvertrages. Die Gesamtschau und die tatsächliche Handhabung deuten auf das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung hin. Die Grenzen zwischen Dienst- oder Werkvertrag zur Arbeitnehmerüberlassung sind in der vorliegenden Fallkonstellation überschritten, denn die Mitarbeiter der A-GmbH sind in der Einrichtung des Beklagten eingegliedert, erbringen dort ihre Arbeit nach seinen Weisungen und allein zur Förderung seines Betriebszwecks. Die Nähe des Dienstvertrages zur Arbeitnehmerüberlassung indiziert, dass diese vorliegt.
- 24 **1.**
Die Abgrenzung einer Arbeitnehmerüberlassung auf der Basis eines Arbeitsverhältnisses zum Einsatz eines Erfüllungsgehilfen im Rahmen von Dienst- und Werkverträgen erfolgt nach ständiger Rechtsprechung nach folgenden Kriterien:
- 25 **a)**
Eine Überlassung zur Arbeitsleistung im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 AÜG liegt vor, wenn einem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach Weisungen des Entleihers und in dessen Interesse ausführen (BAG vom 18. Januar 2012 - 7 AZR 723/10, juris Rn. 26; vom 6. August 2003 - 7 AZR 180/03,

AP AÜG § 9 Nr. 6 = EzA AÜG § 1 Nr. 13; vom 13. August 2008 - 7 AZR 269/07, EzAÜG AÜG § 10 Fiktion Nr. 121). Nicht jeder in diesem Sinne drittbezogene Arbeitseinsatz unterfällt dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Arbeitnehmerüberlassung ist vielmehr durch eine spezifische Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher einerseits (*dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag*) und zwischen Verleiher und Arbeitnehmer andererseits (*dem Leiharbeitsvertrag*) sowie durch das Fehlen einer arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen Mitarbeiter und Entleiher gekennzeichnet (BAG vom 18. Januar 2012 - 7 AZR 723/10, juris Rn. 27). Notwendiger Inhalt eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags ist die Verpflichtung des Verleihers gegenüber dem Entleiher, diesem zur Förderung von dessen Betriebszwecken Mitarbeiter zur Verfügung zu stellen. Die Vertragspflicht des Verleihers gegenüber dem Entleiher endet, wenn er den Mitarbeiter ausgewählt und ihn dem Entleiher zur Verfügung gestellt hat (BAG vom 18. Januar 2012 - 7 AZR 723/10, juris Rn. 27; vgl. auch BAG vom 13. August 2008 - 7 AZR 269/07, juris Rn. 14).

26 **b)**

Von der Arbeitnehmerüberlassung zu unterscheiden ist die Tätigkeit eines Mitarbeiters bei einem Dritten aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrages. In diesen Fällen wird der Unternehmer für einen anderen tätig. Er organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und bleibt für die Erfüllung der in dem Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werks gegenüber dem Drittunternehmen verantwortlich. Die zur Ausführung des Dienst- oder Werkvertrags eingesetzten Mitarbeiter unterliegen den Weisungen des Unternehmers und sind dessen Erfüllungsgehilfen. Der Werkbesteller kann jedoch, wie sich aus § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB ergibt, dem Werkunternehmer selbst oder dessen Erfüllungsgehilfen Anweisungen für die Ausführung des Werks erteilen. Entsprechendes gilt für Dienstverträge. Solche Dienst- oder Werkverträge werden vom Arbeitnehmerüberlassungsgesetz nicht erfasst (BAG vom 18. Januar 2012 - 7 AZR 723/10, juris Rn. 27; vgl. auch BAG vom 13. August 2008 - 7 AZR 269/07, juris Rn. 14).

27 **c)**

Welches Rechtsverhältnis vorliegt, ist anhand einer Gesamtwürdigung aller maßgebenden Umstände des Einzelfalls zu ermitteln. Der objektive Ge-

geschäftsinhalt ist den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrages zu entnehmen. Über die rechtliche Einordnung des Vertrags zwischen dem Dritten und dem Arbeitgeber entscheidet der Geschäftsinhalt und nicht die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge oder eine Bezeichnung, die dem tatsächlichen Geschäftsinhalt nicht entspricht. Die Vertragsschließenden können das Eingreifen zwingender Schutzvorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes nicht dadurch vermeiden, dass sie einen vom Geschäftsinhalt abweichenden Vertragstyp wählen. Die zwingenden gesetzlichen Regelungen für Arbeitsverhältnisse können nicht dadurch abbedungen werden, dass die Parteien ihrem Arbeitsverhältnis eine andere Bezeichnung geben. Der Geschäftsinhalt kann sich sowohl aus den ausdrücklichen Vereinbarungen der Vertragsparteien als auch aus der praktischen Durchführung des Vertrags ergeben. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, ist letztere maßgebend (vgl. BAG 29. August 2012 - 10 AZR 499/11 - Rn. 14, NZA 2012, 1433; BAG 25. September 2013 - 10 AZR 282/12 - Rn. 17, NJW 2013, 3672), weil sich aus ihr am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen lassen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragsparteien ausgegangen sind, was sie also wirklich gewollt haben.

28 Der so ermittelte Wille bestimmt den Geschäftsinhalt und damit den Vertragstyp (BAG vom 18. Januar 2012 - 7 AZR 723/10, Rn. 28, juris; vgl. auch BAG vom 13. August 2008 - 7 AZR 269/07, juris Rn. 15; vom 10. Oktober 2007 - 7 AZR 487/06, juris Rn. 35; vom 24. Mai 2006 - 7 AZR 365/05 - juris Rn. 42). Einzelne Vorgänge der Vertragsabwicklung sind zur Feststellung eines vom Vertragswortlaut abweichenden Geschäftsinhalts nur geeignet, wenn es sich dabei nicht um untypische Einzelfälle, sondern um beispielhafte Erscheinungsformen einer durchgehend geübten Vertragspraxis handelt (BAG vom 6. August 2003 - 7 AZR 180/03, AP AÜG § 9 Nr. 6 = EzA AÜG § 1 Nr. 13).

29 **d)**
Legen die Parteien die zu erledigende Aufgabe und den Umfang der Arbeiten konkret fest, kann das für das Vorliegen eines Werkvertrags sprechen. Fehlt es an einem abgrenzbaren, dem Auftragnehmer als eigene Leistung zurechenbaren und abnahmefähigen Werk, kommt ein Werkvertrag kaum in Betracht, weil der „Auftraggeber“ durch weitere Weisungen den Gegenstand der vom „Auftragnehmer“ zu erbringenden Leistung erst bestimmen und damit Arbeit und Einsatz erst bindend organisieren muss (vgl. BAG 25. September

2013 - 10 AZR 282/12 - Rn. 17, NJW 2013, 3672). Richten sich die vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistungen nach dem jeweiligen Bedarf des Auftraggebers, so kann auch darin ein Indiz gegen eine werk- und für eine arbeitsvertragliche Beziehung liegen, etwa wenn mit der Bestimmung von Leistungen auch über Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit entschieden wird. Wesentlich ist, inwiefern Weisungsrechte ausgeübt werden und in welchem Maß der Auftragnehmer in einen seitens des Bestellers organisierten Produktionsprozess eingegliedert ist (BAG 25. September 2013 - 10 AZR 282/12 – juris Rn. 17, NJW 2013, 3672).

30 **2.**

Nach diesen Grundsätzen ist hier von Arbeitnehmerüberlassung auszugehen. Denn die von den Mitarbeitern der A-GmbH zu erbringenden Leistungen richten sich nach dem jeweiligen Bedarf des Seniorenheims; mit der Bestimmung der Leistungen wird auch über Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit entschieden. Zudem wird die Tätigkeit im Ergebnis durch den „Besteller“ geplant und organisiert und der „Werkunternehmer“, die A-GmbH, wird in einen arbeitsteiligen Prozess in einer Weise eingegliedert, die eine eigenverantwortliche Organisation der Erbringung der Leistungen faktisch ausschließt. Damit liegt ein Arbeitsverhältnis nahe (vgl. auch BAG 25. September 2013 - 10 AZR 282/12 - Rn. 17, NJW 2013, 3672).

31 **a)**

Der zwischen dem Beklagten und der A-GmbH abgeschlossene Kooperationsvertrag ist schon kein Werkvertragsverhältnis.

32 **aa)**

Die im Kooperationsvertrag aufgeführten Tätigkeiten zur „Erbringung von pflegerischen Hilfsleistungen der Grundpflege unter Wahrung der Maßstäbe und Grundsätze für die Qualitätssicherung sowie die Entwicklung eines Qualitätsmanagements“ gemäß § 1 (1), wie Körperpflege, An- und Auskleiden, Waschen, Kämmen, Mund- und Zahnpflege, Lagern, Anreichen von Nahrung und vieles andere mehr, werden nicht zur Erfüllung eines Werks erbracht. Bei pflegerischen Hilfsleistungen handelt es sich nach allgemeinem Verständnis um typische Dienstleistungen (vgl. BGH vom 8. Oktober 2015 - III ZR 93/15 - juris Rn. 10). Insoweit hat sich im arbeitsrechtlichen Sprachgebrauch eine eindeutige Typik ausgebildet.

33 **bb)**

Ein fest abgrenzbares Werk lässt sich ebenfalls nicht feststellen, was gegen die Annahme eines Werkvertrages spricht (BAG 25. September 2013 - 10 AZR 282/12 - juris Rn. 20, NJW 2013, 3672). Ein „abnahmefähiges Werk“ haben die Parteien auch nicht vereinbart. Gegenstand des Leistungskatalogs nach § 2 des Kooperationsvertrages sind allein Tätigkeiten, nicht aber ein spezifisches Werk. Die Erbringung von pflegerischen Hilfstätigkeiten ist nicht auf einen „Werkerfolg“ gerichtet.

34 **cc)**

Dem steht nicht entgegen, dass die pflegerischen Hilfstätigkeiten sich nach § 1 des Kooperationsvertrages nach den Maßstäben des § 113 SGB IX richten und bestimmten Qualitätsanforderungen genügen müssen. Diese Vorgabe ist als Abgrenzungsmerkmal nicht geeignet, denn sie bezieht sich auf die Qualität der Dienstleistung an sich und damit auf die Tätigkeit selbst. Dadurch wird sie nicht zu einem „abnahmefähigen Werk“. Es handelt sich nach wie vor um geschuldete Dienstleistungen, die allerdings bestimmten Qualitätsanforderungen entsprechen müssen.

Entsprechendes gilt für die in § 5 (Haftung) getroffenen Vereinbarungen. Sie dienen allein dazu, dem Fremdpersonaleinsatz den Schein unternehmerischer Selbständigkeit zu geben und das Vertragsverhältnis in den Mantel eines Dienst- oder Werkvertrages zu gießen.

35 **b)**

Die beschäftigten Pflegehilfskräfte der A-GmbH unterliegen auch einer Weisungsgebundenheit in zeitlicher und örtlicher Hinsicht. Genauso wie die Mitarbeiter des Seniorenheims werden sie in Schichten eingeteilt. Die Schichtpläne sind aufeinander abgestimmt. Der Beklagte zieht die Beschäftigten ständig heran. Er greift auf sie dauerhaft wie auf Mitarbeiter zurück.

36 **aa)**

Der Beklagte kann sich nicht darauf berufen, die Dienstpläne würden für beide Einrichtungen getrennt und anhand des erforderlichen Bedarfs erstellt. Der Einwand ist nur formeller Art. Tatsächlich werden die Dienstpläne von ein und derselben Person, Frau R., erstellt. Sie liegen damit in einer Hand. Auf diese

Art und Weise ist es möglich, den Arbeitseinsatz der Pflegehilfskräfte der A-GmbH in der Einrichtung des Beklagten über die Pflegedienstleiterin bedarfsgerecht selbst zu steuern. Das Ergebnis wird dadurch unterstützt, dass der Vorstand des Beklagten gleichzeitig Geschäftsführer der A-GmbH ist.

37 **bb)**

Unerheblich ist, dass Frau R. die Dienstpläne in unterschiedlichen Positionen fertigt. So arbeitet sie einerseits als Pflegedienstleiterin der A-GmbH und als stellvertretende Pflegedienstleiterin des Seniorenheims. Die Trennung erfolgt nur formal; sie dient dem Schein. Eine übereinstimmende Einsatzplanung findet dennoch statt; eine eigene Steuerung des Fremdpersonals ist möglich. Tatsächlich fungiert Frau R. gleichzeitig als Mittlerin fremder Weisungen. Sie übt ein eigenes Arbeitgeberweisungsrecht des Beklagten i.S.v. § 106 Satz 1 GewO aus.

38 **c)**

Anhaltspunkte dafür, dass die A-GmbH den Einsatz ihrer Pflegehilfskräfte im Seniorenheim nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen organisiert, sind nicht ersichtlich. Sie werden auch nicht vorgetragen. Das Gegenteil ist der Fall.

39 Die Pflegehilfskräfte werden im Rahmen des arbeitstechnischen Zwecks des Seniorenheims eingesetzt. Sie sind in den Betrieb des Beklagten eingegliedert. Die Mitarbeiter der A-GmbH sind in den arbeitsteiligen Prozess auch so eingebunden, dass eine eigenverantwortliche Organisation der Pflegehilfsleistungen im Rahmen der Grundpflege faktisch ausgeschlossen ist. Beide Mitarbeitergruppen arbeiten nahezu gemeinsam am bzw. für dieselben Heimbewohner.

40 Darüber hinaus werden die Arbeiten nicht nur für einen vorübergehenden Zeitraum erbracht, sondern dauerhaft in täglich gleichbleibenden Schichten. Das erfordert eine ständige Abstimmung untereinander. Auf die enge Zusammenarbeit mit den Mitarbeitern des Seniorenheims ist die A-GmbH angewiesen. Für einen reibungslosen Arbeitsablauf ist arbeitsteiliges Zusammenwirken mit den unmittelbar Beschäftigten des Seniorenheims notwendig. Es bedarf der ständigen Koordination der Arbeitsbereiche. Das übernimmt Frau R., eine Mitarbeiterin des Beklagten.

41 **IV.**

Aber auch unterstellt, es läge keine Arbeitnehmerüberlassung vor, ergäbe sich nichts anderes. Dann wäre nämlich eine Beschäftigung im Rahmen eines Gestellungsvertrages anzunehmen, die ebenfalls mitbestimmungspflichtig wäre.

42 **1.**

Eine Einstellung setzt schon nicht voraus, dass sie auf der Grundlage eines privatrechtlichen Arbeitsvertrages mit der „einstellenden“ Einrichtung erfolgt (Kirchlicher Arbeitsgerichtshof vom 07.06.20136 – M22/14, II. III. a). Nach § 3 Absatz 1 MAVO sind Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Sinne dieser Ordnung nicht nur Personen, die bei einem Dienstgeber auf Grund eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses tätig sind, sondern auch Personen, die bei einem Dienstgeber „auf Grund eines Gestellungsvertrages“ tätig sind (§ 3 Absatz 1 Nummer 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 (vgl. Kirchlicher Arbeitsgerichtshof vom 07.06.20136 – M22/14, II. III. a).

43 So liegt es hier. Wie in kirchlichen Krankenhäusern geht es auch in kirchlichen Altenpflegeheimen regelmäßig um Pflegedienstleistungen, die Mitglieder eines Ordens oder kirchlichen Verbandes erbringen bzw. erbracht haben. Von diesem Vorverständnis geht die Feststellung aus, dass das Gestellungsverhältnis sich von einem Leiharbeitsverhältnis dadurch unterscheidet, dass die gestellte Person vertragsrechtlich kein Arbeitnehmer ist, auch wenn sie die Arbeit nicht in einer Einrichtung ihres Verbandes, sondern auf Grund des Gestellungsvertrages 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 (vgl. Kirchlicher Arbeitsgerichtshof vom 07.06.20136 – M22/14, II. III. a).

44 **2.**

Danach handelt es sich bei dem hier mit der Firma A-GmbH geschlossenen Kooperationsvertrag jedenfalls um einen Fall des Personaleinsatzes in Form eines Gestellungsvertrages. Die Mitarbeiter nehmen Aufgaben wahr, zu deren

Erfüllung der Beklagte vor Abschluss des Kooperationsvertrages zunächst eigene Mitarbeiter und bis Ende 2013 Leiharbeitnehmer eingesetzt hatte. Das gestellte Team an Pflegekräften wird nicht nur zeitweilig, sondern ununterbrochen in den betrieblichen Ablauf integriert, um seine Dienstleistung zusammen mit den übrigen Mitarbeitern an denselben Pflegebedürftigen, den Heimbewohnern, im Rahmen eines Schichtplanes zu erbringen. Die erbrachten Leistungen sind zwingend erforderlich, um das Seniorenheim betreiben zu können. Sie gehören zu den Kernaufgaben des Seniorenheims und können nicht isoliert betrachtet werden. Eine Zusammenarbeit findet zweifelsohne statt.

45 **V.**

Aber auch unterstellt, es läge weder Arbeitnehmerüberlassung noch ein Gestellungsvertrag vor, würde ein Mitbestimmungsrecht der Klägerin nach § 34 Abs. 1 MAVO bestehen.

46 **1.**

Ein drittbezogener Personaleinsatz in kirchlichen Einrichtungen darf das Leitbild einer kirchlichen Dienstgemeinschaft als Grundprinzip des kirchlichen Dienstes nicht in Frage stellen. Der Kirchliche Arbeitgeber, der seine Einrichtung auf der Grundlage des kirchlichen Dienstes organisiert, ist nicht frei darin zu entscheiden, welche Leistungen er extern vergibt (vgl. KGH.EKD vom 09.10.2006 – II-0124/M35-06, www.kirchenrecht-ekd.de).

47

Nach Artikel 1 der Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse gehört die Dienstgemeinschaft zu den Grundprinzipien des kirchlichen Dienstes in der katholischen Kirche. Formen eines drittbezogenen Personaleinsatzes in kirchlichen Einrichtungen dürfen insbesondere nicht die Ausrichtung am Leitbild der Dienstgemeinschaft als Grundprinzip des kirchlichen Dienstes in Frage stellen (vgl. Kirchlicher Arbeitsgerichtshof vom 7. Juni 2013 - M 22/12 - ZMV 2013, 207-209; vom 27. November 2009 - M 06/09 - ZMV 2010, 37-38). Darauf hat auch das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil zur Streikfreiheit beim „dritten Weg“ ausdrücklich abgestellt (BAG vom 20. November 2012 - 1 AZR 179/11 - juris Rn. 119). Das gilt es auch vorliegend zu beachten.

- 48 **2.**
Der arbeitstechnische Zweck eines Seniorenheims besteht im Wesentlichen in der Pflege der alten Menschen. Er wird durch unmittelbare pflegerische Tätigkeiten erreicht. Tätigkeiten der Hilfestellung wie bei der Körperpflege, dem An- und Auskleiden, Waschen und Kämmen, der Mund- und Zahnpflege, dem Lagern, der Anreicherung von Speisen und Getränken, und allen Aufgabenbereichen der Grundpflege prägen den Charakter der Einrichtung mit und können nur im Rahmen der Dienstgemeinschaft erbracht werden (Bestätigung/Fortführung der Rechtsprechung des KGH.EKD, Beschluss vom 15. April 2013 - I-0124/U29-12 - www.kirchenrecht-ekd.de). Der drittbezogene Personaleinsatz in diesem wesentlichen Bereich widerspricht dem Leitbild der Kirche. Er unterliegt deshalb der Mitbestimmung der Mitarbeitervertretung.
- 49 **VI.**
Aus alledem folgt, dass auch der (allgemeine) Unterlassungsanspruch begründet ist.
- 50 **1.**
Zwar fehlt in der MAVO eine Norm, die der des § 23 Abs. 3 BetrVG nachgebildet ist und die der Mitarbeitervertretung die Möglichkeit gibt, bei groben Verstößen des Dienstgebers gegen seine Verpflichtungen aus der MAVO beim Kirchlichen Arbeitsgericht zu beantragen, dem Dienstgeber aufzugeben, eine Handlung zu unterlassen, die Vornahme einer Handlung zu dulden oder eine Handlung vorzunehmen.
- 51 **2.**
Dessen ungeachtet wird auch im Bereich der MAVO ein (allgemeiner) Unterlassungsanspruch dann zuerkannt, wenn der Dienstgeber bestehende Mitbestimmungsrechte der Mitarbeitervertretung übergeht.
- 52 **a)**
Nach ständiger Rechtsprechung und ganz überwiegender Auffassung in der Literatur wird für das Recht auf Beachtung der zwingenden Mitbestimmung durch den Dienstgeber oder das Recht auf eine störungsfreie Ausübung der MAV-Tätigkeit grundsätzlich ein Anspruch auf Unterlassung anerkannt. Denn diese Rechte werden nicht bereits auf andere Weise hinreichend gesichert. Die Mitarbeitervertretung würde rechtlos gestellt werden. Sie würde auf einen

schlichten Feststellungsanspruch verwiesen - mit dem Risiko der Unzulässigkeit (s.o. II.) - oder den Antrag, das fehlende Verfahren nachzuholen. Es wäre aber weder für die Mitarbeitervertretung noch für die Rechtsanwendenden hinnehmbar, einen rechtswidrigen Zustand nicht beseitigen zu können. Daher wird diese Lücke in der MAVO seit jeher dadurch geschlossen, dass ein Unterlassungsanspruch anerkannt wird.

53 **b)**

Der allgemeine Unterlassungsanspruch gilt damit im Bereich der Mitbestimmungstatbestände nach §§ 33 ff. MAVO. Er unterliegt keinen besonderen Voraussetzungen, wie sie z. B. § 23 BetrVG aufstellt. Der Anspruch auf Unterlassung der Beschäftigung bis zur Einholung der Zustimmung zur Einstellung ist damit begründet.

54 **VII.**

Eine Kostenentscheidung ist entbehrlich. Die Parteien haben den Antrag zu Ziffer 3. nach ausdrücklicher Erklärung des Beklagten, die Kosten auch ohne gerichtliche Anordnung übernehmen zu wollen, für erledigt erklärt.

55 **VIII.**

Wegen grundsätzlicher Bedeutung war die Revision zuzulassen (§ 47 KAGO).