

# Kirchengericht

für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten

Evangelische Landeskirche und Diakonie in Württemberg

2 AS 36/2017 D

## Beschluss vom 28. März 2018

In der mitarbeitervertretungsrechtlichen Streitigkeit mit den Beteiligten

1. ....

- Antragstellerin-

2. ...

- Beteiligte Ziffer 2 -

Der Antrag wird abgewiesen.

# Gründe

## I.

Die Beteiligten streiten um die Mitbestimmungsrechte der Mitarbeitervertretung hinsichtlich der Einstellung des Dienstnehmers .....

Am Montag, dem 3. Juli 2017, wurde ein neuer Mitarbeiter im DLZ Haus- und Gebäudetechnik beschäftigt, .....

Der Dienstnehmer ..... ist Arbeitnehmer der ....., einer hundertprozentig weltlichen diakonischen Tochter der ....., Der Dienstnehmer ..... ist durch die ..... GmbH an das DLZ HGT, die Beteiligte Ziffer 2, überlassen.

Die Mitarbeitervertretung ....., die für das DLZ HGT zuständig ist, bekam nur durch Zufall Ende März 2017 davon Kenntnis.

Die Gesamtdienststelle Verwaltung, Versorgung, Zentrale Dienste (VVZD) ist wie folgt organisiert: Es gibt fünf Dienstleistungszentren; die Dienstleistungszentren haben teilweise auch organisatorische Unterabteilungen hier insbesondere die DLZ Haus- und Gebäudetechnik als Unterabteilung der DLZ Gebäudemanagement. Die verschiedenen Abteilungen sind zu einem großen Teil in dem Verwaltungsgebäude der ..... untergebracht, einige Teile jedoch in weiteren Gebäuden auf nahen Geländen. Die Zentralen Dienste leisten Dienste für die gesamte .....

Auch der Leiter der Abteilung (Unterabteilung DLZ HGT) ist mit einem Mitarbeiter der ..... GmbH besetzt, dem Dienstnehmer .....

Die Mitarbeitervertretung geht davon aus, dass ihr bei der Beschäftigung hinsichtlich des Dienstnehmers ..... ein Mitbestimmungsrecht zusteht. Mit ihrem Antrag, Eingang beim Kirchengericht am 8. August 2017, verfolgt die Mitarbeitervertretung das entsprechende Ziel.

Die Mitarbeitervertretung/Antragstellerin führt zur Begründung aus,

der Dienstnehmer ..... (Service GmbH) sei fachlicher Vorgesetzter und fachlicher Weisungsgeber der ..... und somit der Dienstnehmer ....., ....., ....., ....., ....., ....., ....., .....und ....., Für die Ausübung des Weisungsrechts sei er dementsprechend in die Arbeitsabläufe der Beteiligten Ziffer 2 eingegliedert.

Die Dienststellen der ....., bei denen Instandsetzungsarbeiten festgestellt würden, würden über ein sogenanntes Ticketsystem Aufträge an ein elektronisches Postfach vergeben, nämlich: ..... Zugriff auf dieses elektronische Postfach hätten von Seiten der originären HGT-Mitarbeiter nur ... und ..... Ferner hätten Zugriff die Service GmbH-Mitarbeiter .... und .....

Die Auftragsbearbeitung laufe dann so, dass ..... Zugriff auf das Postfach nehme und den Bereich Elektroarbeiten dann ..... mit einem entsprechenden Ticket zur weiteren Bearbeitung zuleite. .... sei wiederum Mitarbeiter der HGT selbst. .... entscheide dann selbstständig, durch welche Mitarbeiter diese Aufträge abgearbeitet würden, nämlich ob Mitarbeiter der Service GmbH oder der HGT oder beide zusammen die Aufträge abarbeiten würden.

..... sei in die Vorgänge nicht direkt involviert, er erhalte lediglich die entsprechende Vergabe zur Kenntnis. Hinsichtlich Heizung und Sanitär erfolge die Weitergabe der Aufträge durch ..... an ....., beide seien originäre Mitarbeiter der HGT.

..... wiederum könne auch die Aufträge an ..... oder an eine Fremdfirma weitergeben. Der Dienstnehmer ..... sei überhaupt nicht in die Auftragsvergabe involviert.

Die Hausmeistertätigkeiten seien durch eine mehr oder weniger feste Zuordnung zu den Einrichtungen abgedeckt und würden durch so entstehende Aufträge abgearbeitet.

Der (strittige) Dienstnehmer ..... sei Elektriker. Soweit Hausmeister-Tätigkeiten in seinem Gewerk anfielen, bearbeite er diese selbstständig und eigenständig. Wenn Instandsetzungsarbeiten gewerkübergreifend anfallen würden, etwa Schreinertätigkeiten oder aber Heizung und Sanitär, nehme er einen Fachkollegen mit. Zwar erhalte damit der Dienstnehmer ..... Anweisungen für die Hausmeistertätigkeiten direkt von der Service GmbH, die übrige Arbeitszeit sei er jedoch als Hausmeister mit Spezialaufträgen betraut, die über Mitarbeiter der ..... ihm direkt zugeteilt würden.

Unabhängig von einer eventuellen späteren Eingliederung des Bereichs HGT in die ..... GmbH ab Frühjahr 2018, sei es momentan weiterhin so, dass momentan Hausmeister-Tätigkeiten eben noch nicht ausschließlich über die Service GmbH vergeben würden, eine Eingliederung des Dienstnehmers ..... zur Beteiligten Ziffer 2 liege damit vor.

Daraus ergebe sich ein Mitbestimmungsrecht der Mitarbeitervertretung, die Verletzung desselbigen sei durch das Kirchengeschichtliche Gericht festzustellen.

Die Antragstellerin beantragt zuletzt:

Das Mitbestimmungsrecht der Mitarbeitervertretung durch die Leitung des DLZ Gebäudemanagements gegenüber der Mitarbeitervertretung hinsichtlich der Einstellung des Dienstnehmers ..... verletzt worden sind.

Der Dienstgeber beantragt,

den Antrag abzuweisen.

Der Dienstgeber führt zur Begründung aus,

im Hausmeisterbereich würden sowohl Dienstnehmer als auch Arbeitnehmer der Service GmbH tätig. Die Einstellung der Arbeitnehmer im Servicebereich erfolge ausschließlich über die Service GmbH. Vorgesetzter sei ....., dieser sei Mitarbeiter der Service GmbH.

Der Arbeitsvertrag des Arbeitnehmers ..... bestehe ausschließlich zwischen der ..... GmbH und dem Arbeitnehmer. .... sei nicht in die Dienststelle des Dienstleistungszentrums eingegliedert, er erhalte weder Weisungen von Mitarbeitern der ....., noch sei er tatsächlich oder faktisch im Dienstleistungszentrum beschäftigt.

Der Dienstnehmer ..... sei seit dem 1. Juli 2017 bei der ..... GmbH angestellt. Sein direkter Vorgesetzter sei ..... sei Leiter des Hausmeister-Service, dies seit dem Jahr 2015. Das Einstellungsgespräch sei mit ..... erfolgt. Urlaubsplanung und Urlaubsgewährung erfolgten durch .....

Der Arbeitnehmer ..... werde zur Verrichtung von typischen Hausmeister-Dienstleistungen beschäftigt. 50 % seiner Aufgaben bestünden aus Elektriker-Tätigkeiten, 20 % seien Hausmeister-Tätigkeiten in ....., zu 30 % fungiere er als Hausmeister für Liegenschaftsgebäude, die bislang von eigenen Hausmeistern betreut würden. Die Elektriker- und Instandhaltungsaufträge für die Betriebe in ..... sowie der ..... würden durch ..... vergeben und durch den Arbeitnehmer ..... abgearbeitet.

Die Abarbeitung der auferlegten Aufträge erfolge weit überwiegend durch Herrn ..... selbstständig. Nur bei größeren Aufträgen oder bei schwierigen Aufträgen komme ggf. ein Mitarbeiter der Beteiligten Ziffer 2 mit, beide seien jedoch weisungsgebunden ..... unterlegen und beide Mitarbeiter der Service GmbH.

Die Aufträge, die per Haustechnik-Formular oder per E-Mail oder Telefon jeweils über ..... ggf. auch direkt an ..... gingen, seien werkvertraglich im Rahmen eines Leistungsverzeichnisses definiert. Der Arbeitnehmer ..... sei autorisiert, solche Aufträge zu bearbeiten. .... sei durch einen Werkvertrag auch dazu befugt, die fachliche Leitung der bisherigen (direkt) HGT-Mitarbeiter zu übernehmen, der Dienstgeber legt dazu einen entsprechenden Werkvertrag zwischen der Beteiligten Ziffer 2 und der ..... GmbH vor (Anlage AG 1).

Des Weiteren legt der Dienstgeber eine Anlage AG 2 vor, aus der sich ergeben soll: ..... sei fachlicher und disziplinarischer Vorgesetzter der Service GmbH Mitarbeiter, des Weiteren leite er fachlich auch das Team und die Mitarbeiter der ..... im Bereich HGT an, deren disziplinarischer Vorgesetzter sei jedoch ..... von der .....

Ein Mitbestimmungsrecht der Mitarbeitervertretung bestehe nicht. Der Antrag sei abzulehnen.

Hinsichtlich des Weiteren Beteiligtenvorbringens wird auf die Schriftsätze der Beteiligten vom 24. August 2017, 28. August 2017, 15. September 2017, 12. Januar 2018, 19. Januar 2018 sowie 29. Januar 2018 Bezug genommen.

## II.

1. Der Antrag ist unbegründet, er war abzuweisen.
2. Nach Rechtsprechung des Kirchengerichtshofs der Evangelischen Kirche in Deutschland zu § 42 Buchstabe a MVG.EKD der inhaltsgleich ist mit § 42 Buchstabe a MVG.Württemberg, setzt eine Einstellung im Sinne von § 42 a MVG.Württemberg nicht voraus, da sie auf der Grundlage eines privatrechtlichen Arbeitsvertrags mit der einstellenden Dienststelle erfolgt.

Voraussetzung für eine Einstellung im Sinne des § 42 a MVG.Württemberg ist nach der Rechtsprechung des Kirchengerichtshofs der EKD, dass der Eingestellte dem Weisungsrecht der Dienststelle unterliegt, was dann anzunehmen ist, wenn Tätigkeiten zeitlich oder inhaltlich oder in anderer Hinsicht von der Dienststelle vorgegeben werden.

Ein Mitbestimmungsrecht der Mitarbeitervertretung kann dann bestehen, wenn der eingestellte Mitarbeiter der Drittfirma an den Dienstgeber durch ein nicht nur fachliches sondern auch disziplinarisches Weisungsrecht derart gebunden ist, dass eine Eingliederung anzunehmen ist. Ebenso liegt dies oft vor, wenn der entsprechende Arbeitnehmer in die Dienststelle des diakonischen Dienstgebers dergestalt eingegliedert ist, dass von einer Arbeit „Hand in Hand“ auszugehen ist. Bei einem kleinteiligen gemeinsamen Zusammenarbeiten, kann von einer Eingliederung ausgegangen werden, dies damit erfolge, dass der Mitarbeitervertretung ein Mitbestimmungsrecht bei der Einstellung zum Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme spätestens zusteht.

Im vorliegenden Fall ist dies nicht gegeben. Nach Durchführung der mündlichen Verhandlung und Sichtung der Schriftsätze durch die Kammer ergibt sich für das Kirchengericht folgendes Bild:

Der Arbeitnehmer ..... arbeitet hinsichtlich seiner Hausmeister-Tätigkeiten überwiegend eigenständig, hinsichtlich der Elektro-Tätigkeiten ebenfalls alleine, zu einem Anteil von maximal 20 % mit anderen Mitarbeitern der ....., dies wird nach dem Vortrag der Beteiligten eingeschätzt auf ein Maximalanteil von 20 %. Der überwiegende Anteil, d. h. das eigenständige Abarbeiten der Hausmeistertätigkeiten oder aber das alleinige Abarbeiten von Elektro- und Sanitär-Tätigkeiten dürfte ca. 80 % der Tätigkeiten des Arbeitnehmers umfassen. Die Beteiligte Ziffer 2/HGT lasse ihre Aufträge abarbeiten, entweder durch externe Dienstleister oder durch ..... (Beteiligte Ziffer 2) oder aber den Arbeitnehmer ..... (Service GmbH). Die Entscheidung, welcher der drei Optionen getroffen werde und welcher Weg zur Abarbeitung eines offenen Tickets gewählt wird, obliegt dem Arbeitnehmer ....., der Mitarbeiter der Service GmbH und nicht des Dienstgebers/der Beteiligten Ziffer 2 ist.

Dass damit also die Auftragsvergabe teilweise durch die ..... /Beteiligte Ziffer 2 erfolgt, schadet der selbstständigen Arbeitsweise und der Nichteingliederung des Arbeitnehmers ..... nicht. Das Weisungsrecht in fachlicher Hinsicht besteht eindeutig auf Seiten der ..... GmbH und nicht der Beteiligten Ziffer 2.

Ebenso wird der Urlaub beantragt und genehmigt durch den Arbeitnehmer ..... und damit über die Service GmbH. Die gelegentliche Krankheitsvertretung eines ..... -Mitarbeiters durch einen Mitarbeiter der Service GmbH schadet ebenfalls nicht, da es bei der Krankheitsvertretung nicht zu einem Arbeiten von „Hand in Hand“ kommt. Alle fachlichen Weisungen kommen ausschließlich vom Arbeitnehmer ....., der Mitarbeiter der ..... GmbH ist, der Leitungsauftrag der ..... auch hinsichtlich bestimmter anderer Leitungstätigkeiten an ..... konnte durch den Dienstgeber im vorliegenden Verfahren nachgewiesen werden, dies ergibt sich insbesondere auch aus der Anlage 2 des Dienstgebers.

Des Weiteren ergibt sich aus dem Wartungsvertrag und dem Leistungsverzeichnis als Anlage zum Wartungsvertrag (vorgelegt vom Dienstgeber), dass die entsprechenden Tätigkeiten jeweils als Werkvertrag der Beteiligten Ziffer 2 an die ..... GmbH tatsächlich erteilt worden sind. Die Arbeitsleistungen/Dienstleistungen werden daher aufgrund eines Werkvertrags erbracht und nicht aufgrund eines privat-rechtlichen Arbeitsvertrags oder aber einer direkten fachlichen Anweisung durch die Beteiligte Ziffer 2 an den Arbeitnehmer .....

3. Entscheidend für die Rechtsauffassung der Kammer ist auch, dass der Mitarbeiter der Beteiligten Ziffer 2, ....., dem Arbeitnehmer ..... weder fachlich noch disziplinarisch weisungsgebunden ist. Die Beteiligte Ziffer 2 wirkte daher tatsächlich nicht auf den Arbeitnehmer .....
4. In einem Zwischenschritt muss die Kammer jedoch feststellen, dass gewisse, im Ergebnis zu vernachlässigende Zweifel der Kammer, bei dieser Einschätzung bestehen.

Mindestens zwei vorgetragene Punkte, die zwischen den Beteiligten unstrittig sind, sprechen für eine Eingliederung des Arbeitnehmers ..... in den Betriebsablauf der Beteiligten Ziffer 2.

Für ein „Arbeiten Hand in Hand“ spricht zunächst, dass gelegentlich eine Teamarbeit mit Mitarbeitern der ..... und damit der Beteiligten Ziffer 2 erfolgt, wenn auch nur in einem Umfang von weniger als 50 % der anfallenden Tätigkeiten. Trotzdem ist dieses Arbeiten nur schwer vorstellbar, wenn nicht „Hand in Hand“ vorgegangen wird, auch der Beteiligte Ziffer 2 musste eingestehen, dass er bestimmten „schwierigen/großen Aufträgen“, Mitarbeiter übergreifende Teams aus Mitarbeitern der Beteiligten Ziffer 2 und Mitarbeitern der ..... GmbH tätig werden.

Ein völlig getrenntes, nicht kommunikatives Zusammenarbeiten kann durch das Kirchengericht an dieser Stelle nicht angenommen werden.

Des Weiteren hat die mündliche Verhandlung ergeben, dass die Zusammenstellung der Teams teilweise ebenfalls durch Mitarbeitende der Beteiligten Ziffer 2 direkt erfolgt. Auch dieser Punkt spricht für ein Zusammenarbeiten von „Hand in Hand“.

5. Im Ergebnis ist die Kammer jedoch davon überzeugt, dass Herr ..... nicht in den Betrieb der ..... /Beteiligten Ziffer 2 eingegliedert ist.

Eingegliedert ist, wer eine ihrer Art nach weisungsabhängige Tätigkeit verrichtet, die der Arbeitgeber organisiert. Der Arbeitnehmer muss so in die betriebliche Arbeitsabläufe integriert sein, dass der Arbeitgeber das für ein Arbeitsverhältnis typische Weisungsrecht innehat und die Entscheidung über den Einsatz nach Inhalt, Ort und Zeit trifft (vgl. BAG-Beschluss vom 13. Mai 2014, 1 ABA 50/12, veröffentlicht bei: juris-online).

Entscheidend ist, ob die Weisungsbefugnisse gegenüber zustehen und deshalb eine mitbestimmungsrechtlich relevante, zumindest partielle Arbeitgeberstellung/Dienstgeberstellung zukommt. Nicht ausreichend ist, dass bei einem Einsatz von Drittfirmen aufgrund eines Dienst- und Werkvertrages die zu erbringende Dienst- oder Werksleistung hinsichtlich Art, Umfang, Güte, Zeit und Ort in den betrieblichen Arbeitsprozess eingeplant wird.

Die im Bereich des Hausmeisterservice bei der Dienstgeberin anfallenden Aufgaben sind hinreichend abgrenzbar, sie wurden im Rahmen eines Dienstvertrags mit einem Drittunternehmen übertragen und geregelt. In der Leistungsbeschreibung ist im Einzelnen ausgeführt, welche Aufgaben die Mitarbeiter der Service GmbH auszuführen haben. Anhand der dort beschriebenen Leistungen ist feststellbar, dass eine Verzahnung mit anderen Tätigkeiten zwar vorhanden sein mag, um einen ordnungsgemäßen Betrieb zu gewährleisten, relevante Entscheidungen über den Arbeitseinsatz trifft jedoch nicht die Beteiligte Ziffer 2, sondern die ..... GmbH.

Das für den Arbeitgeber typische Weisungsrecht wie bei ..... wird von der Service GmbH hinsichtlich Inhalt, Ort und Zeit ausgeübt. Auch die Urlaubsplanung obliegt der Service GmbH.

Ein Mitbestimmungsrecht für die Mitarbeitervertretung besteht daher im Ergebnis nicht.

Der Antrag war als unbegründet abzuweisen.

Daniel Obst  
Vorsitzender Richter am Kirchengesicht

Hannelore Zinßer  
Beisitzende Richterin

Monika Strobach  
Beisitzende Richterin