

# BUNDESARBEITSGERICHT



7 ABN 79/19  
16 TaBV 33/19  
Hessisches  
Landesarbeitsgericht

## BESCHLUSS

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.  
Antragsteller und Beschwerdeführer,
2.  
Antragsteller und Beschwerdeführer,
3.  
Antragsteller und Beschwerdeführer,
4.  
Antragsteller und Beschwerdeführer,
5.  
Antragstellerin und Beschwerdeführerin,
6.  
Antragsteller und Beschwerdeführer,
7.  
Antragsteller,
8.  
Antragsteller,

9.

Antragsteller,

10.

Beschwerdeführer und Nichtzulassungsbeschwerdeführer,

11.

Beschwerdeführerin und Nichtzulassungsbeschwerdeführerin,

12.

Beschwerdeführerin und Nichtzulassungsbeschwerdeführerin,

13.

14.

15.

Nichtzulassungsbeschwerdeführerin,

16.

Nichtzulassungsbeschwerdeführer,

17.

Nichtzulassungsbeschwerdeführer,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts am 21. April 2020 beschlossen:

Die Beschwerden der Beteiligten zu 10., 11., 12., 15., 16. und zu 17. gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde in dem Beschluss des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 2. September 2019 - 16 TaBV 33/19 - werden zurückgewiesen.

## **Gründe**

- |    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |   |
|----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---|
| I. | Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit einer Betriebsratswahl.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 1 |
|    | Die zu 11., 12. und 13. beteiligten Arbeitgeberinnen schlossen zum 1. Juli 2017 eine „Kooperationsvereinbarung zum Gemeinschaftsbetrieb“. Durch den Landesbezirkstarifvertrag Nr. 8 (abgeschlossen zwischen den Beteiligten zu 11., 12. und 13. sowie dem Kommunalen Arbeitgeberverband Hessen e.V. und der Gewerkschaft ver.di) und den Landesbezirkstarifvertrag Nr. 8a (abgeschlossen zwischen den Beteiligten zu 11., 12. und 13. sowie dem Kommunalen Arbeitgeberverband Hessen e.V. und dem dbb beamtenbund und tarifuni- | 2 |

on), jeweils vom 21. November 2017 und zum 1. Juli 2017 in Kraft getreten, wurde auf Grundlage des § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG zur Regelung der betriebsverfassungsrechtlichen Struktur im Gemeinschaftsbetrieb der Beteiligten zu 11., 12. und 13. vereinbart, dass im Gemeinschaftsbetrieb kein gemeinsamer Betriebsrat gewählt wird und stattdessen die Interessen der Arbeitnehmer der Beteiligten zu 11. und 12. einerseits und die Arbeitnehmer der Beteiligten zu 13. andererseits jeweils durch einen eigenständigen Betriebsrat vertreten werden.

In der Zeit vom 23. bis 27. April 2018 wurde für einen Gemeinschaftsbetrieb der Beteiligten zu 11. und 12. ein Betriebsrat gewählt, aus dem der Beteiligte zu 10. hervorging. Die zu 1. bis 6. beteiligten Arbeitnehmer haben beantragt, die Nichtigkeit dieser Wahl festzustellen, hilfsweise die Wahl für unwirksam zu erklären. Die zu 7. bis 9. beteiligten Arbeitnehmer haben beantragt, die Wahl für unwirksam zu erklären. Das Arbeitsgericht hat die Betriebsratswahl für unwirksam erklärt und die Anträge im Übrigen abgewiesen.

3

Im Beschwerdeverfahren wurde Anhörungstermin auf den 2. September 2019 um 11:00 Uhr anberaumt. Am 28. August 2019 lehnten die Beteiligten zu 11. und 12. den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. G wegen der Besorgnis der Befangenheit ab. Die dienstliche Äußerung des Vorsitzenden vom 29. August 2019 zu dem Ablehnungsantrag wurde auf Veranlassung des zuständigen richterlichen Vertreters des Vorsitzenden dem Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 11. und 12. am Freitag, dem 30. August 2019 zugestellt mit der Mitteilung, es bestehe Gelegenheit zur Stellungnahme bis Montag, den 2. September 2019 um 9:00 Uhr. Gleichzeitig wurde darauf hingewiesen, es sei beabsichtigt, über das Ablehnungsgesuch außerhalb des auf den 2. September 2019 um 11:00 Uhr anberaumten Anhörungstermins zu entscheiden. Mit Beschluss vom 2. September 2019 wurde das Ablehnungsgesuch zurückgewiesen. In der folgenden Anhörung unter Vorsitz des Vorsitzenden Richters am Landesarbeitsgericht Dr. G erklärte der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 11. und 12. zu Protokoll, man ziehe eine Anhörungsrüge in Erwägung, deshalb sei seines Erachtens über das Ablehnungsgesuch noch nicht abschließend entschieden. Ausweislich des Sitzungsprotokolls gab der Vorsitzende dem Verfahrensbevollmächtigten Gelegenheit,

4

die Anhörungsrüge anzubringen; um 11:40 Uhr überreichte dieser daraufhin ein handschriftlich verfasstes Schreiben mit der Anhörungsrüge an den Vorsitzenden. Daraufhin wurde die Sitzung unterbrochen. Ohne Beteiligung des Vorsitzenden wurde die Anhörungsrüge am selben Tag zurückgewiesen. Anschließend wurde die Anhörung unter Vorsitz des Vorsitzenden Richters am Landesarbeitsgericht Dr. G fortgesetzt.

Das Landesarbeitsgericht hat die Beschwerden der Beteiligten zu 1. bis 6. sowie der Beteiligten zu 10. bis 12. zurückgewiesen. Es hat dem Wahlanfechtungsantrag mit der Begründung entsprochen, bei der Betriebsratswahl sei der Betriebsbegriff verkannt worden. Die Wahl hätte nicht unter Berücksichtigung der in den Landesbezirkstarifverträgen Nr. 8 und Nr. 8a/2016 vereinbarten betriebsverfassungsrechtlichen Strukturen durchgeführt werden dürfen. Diese Tarifverträge seien unwirksam, da sie nicht den Erfordernissen des § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG entsprächen.

Das Landesarbeitsgericht hat die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen. Dagegen wenden sich die Gewerkschaft ver.di (im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren Beteiligte zu 15.), der Kommunale Arbeitgeberverband Hessen e.V. (im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren Beteiligter zu 17.) und der dbb beamtenbund und tarifunion (im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren Beteiligter zu 16.) mit ihren auf § 547 Nr. 4 ZPO gestützten Nichtzulassungsbeschwerden, die Beteiligten zu 11. und 12. mit ihren auf die grundsätzliche Bedeutung einer Rechtsfrage, Divergenz, auf § 547 Nr. 1 ZPO und auf § 547 Nr. 4 ZPO gestützten Nichtzulassungsbeschwerden sowie der Beteiligte zu 10. mit seiner auf grundsätzliche Bedeutung und § 547 Nr. 4 ZPO gestützten Nichtzulassungsbeschwerde.

II. Die Nichtzulassungsbeschwerden haben keinen Erfolg.

1. Die auf die unterbliebene Beteiligung durch das Landesarbeitsgericht gestützten Nichtzulassungsbeschwerden der Gewerkschaft ver.di, des Kommunalen Arbeitgeberverbands Hessen e.V. und des dbb beamtenbund und tarifunion, welche die Landesbezirkstarifverträge Nr. 8/2016 und Nr. 8a/2016 geschlossen haben, sind unbegründet. Der von den Beschwerden geltend ge-

machte absolute Revisionsgrund in entsprechender Anwendung von § 547 Nr. 4 ZPO (§§ 92a, 72a Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 Alt. 1, § 72 Abs. 2 Nr. 3 Alt. 1 ArbGG) liegt nicht vor.

a) Nach § 547 Nr. 4 ZPO ist eine Entscheidung stets auf einer Verletzung des Rechts beruhend anzusehen, wenn eine Partei in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war, sofern sie nicht die Prozessführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat. Vor dem Hintergrund, dass der absolute Revisionsgrund nach § 547 Nr. 4 ZPO sich als besondere Ausprägung der Versagung rechtlichen Gehörs darstellt, ist diese Vorschrift entsprechend auch auf Dritte anwendbar, die entgegen zwingender Vorschriften an dem Verfahren nicht beteiligt wurden (*BAG 26. April 2018 - 8 AZN 974/17 - Rn. 10, 13, BAGE 162, 375; BGH 30. Oktober 2002 - XII ZR 345/00 - zu 1 der Gründe mwN; 27. März 2002 - XII ZR 203/99 - zu 4 der Gründe mwN; BVerwG 22. Januar 2016 - 5 PB 10/15 - Rn. 15*). Dies gilt auch für die unterbliebene Anhörung eines Beteiligten im Beschlussverfahren. 9

b) Das Landesarbeitsgericht hat die Gewerkschaft ver.di, den Kommunalen Arbeitgeberverband Hessen e.V. und den dbb beamtenbund und tarifunion zu Recht nicht am Verfahren beteiligt. 10

aa) Nach § 83 Abs. 3 ArbGG haben im Beschlussverfahren ua. die Stellen ein Recht auf Anhörung, die im Einzelfall beteiligt sind. Beteiligt ist jede Stelle, die durch die begehrte Entscheidung in ihrer Rechtsstellung unmittelbar betroffen ist (*BAG 15. Mai 2019 - 7 ABR 35/17 - Rn. 15*). 11

bb) Die begehrte Entscheidung über die Wirksamkeit der Betriebsratswahl betrifft die Gewerkschaft ver.di, den Kommunalen Arbeitgeberverband Hessen e.V. und den dbb beamtenbund und tarifunion nicht unmittelbar in ihrer durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie. 12

(1) Zwar ist der Abschluss eines Tarifvertrags nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 BetrVG durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützt (*vgl. BAG 29. Juli 2009 - 7 ABR* 13

27/08 - Rn. 38, BAGE 131, 277). Diese Abschlussfreiheit wird durch die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Betriebsratswahl jedoch nicht berührt, da die Wirksamkeit der Landesbezirkstarifverträge nur eine Vorfrage für diese Entscheidung ist und an der Rechtskraftwirkung nicht teilnimmt. Mit der Entscheidung im vorliegenden Verfahren steht nicht bindend fest, dass die Landesbezirkstarifverträge Nr. 8/2016 und Nr. 8a/2016 unwirksam sind. Die Beschwerdeführer können die Frage, ob sie mit den Landesbezirkstarifverträgen Nr. 8/2016 und Nr. 8a/2016 eine betriebsratsfähige Einheit geschaffen haben, in einem Verfahren nach § 18 Abs. 2 BetrVG klären lassen. Dieses Verfahren dient der Klärung der für die gesamte Betriebsverfassung grundsätzlichen Vorfrage, indem verbindlich festgelegt wird, welche Organisationseinheit als der Betrieb anzusehen ist, in dem ein Betriebsrat gewählt wird und in dem er seine Beteiligungsrechte wahrnehmen kann (*BAG 17. Mai 2017 - 7 ABR 21/15 - Rn. 13 mwN*).

(2) Eine andere Beurteilung ist auch nicht deshalb geboten, weil den Tarifvertragsparteien als den „Beteiligten vor Ort“ mit der Neufassung des § 3 BetrVG weitreichende und flexible Gestaltungsmöglichkeiten eingeräumt werden sollten, damit sie mit Hilfe von Vereinbarungslösungen Arbeitnehmervertretungen schaffen können, die auf die besondere Struktur des jeweiligen Betriebs, Unternehmens oder Konzerns zugeschnitten sind (*BT-Drs. 14/5741 S. 33; BAG 29. Juli 2009 - 7 ABR 27/08 - Rn. 27, BAGE 131, 277*). Das bedeutet nicht, dass die Tarifvertragsparteien auch dann an einem Beschlussverfahren beteiligt sind, wenn die Wirksamkeit eines Tarifvertrags nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 BetrVG nur eine Vorfrage für die begehrte Entscheidung ist. Die Beteiligung der Tarifvertragsparteien ist auch nicht erforderlich, um in einem Wahlanfechtungsverfahren darzulegen, dass die geschaffenen Betriebsstrukturen sachgerecht sind. Diesen Vortrag können die Betriebsparteien halten und dafür - soweit erforderlich - die notwendigen Informationen von den Tarifvertragsparteien einholen.

14

cc) Die Beschwerdeführer berufen sich ohne Erfolg auf die Beteiligung der betroffenen Tarifvertragsparteien im Verfahren nach § 97 ArbGG (*vgl. BAG*

15

26. Juni 2018 - 1 ABR 37/16 - Rn. 19, BAGE 163, 108). Durch eine Entscheidung über ihre Tariffähigkeit oder Tarifizuständigkeit sind die Tarifvertragsparteien unmittelbar in ihrer kollektivrechtlichen Rechtsposition betroffen.

dd) Aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu anderen Fallkonstellationen folgt nichts Gegenteiliges. 16

(1) In Verfahren nach § 98 ArbGG sind zwar die Tarifvertragsparteien, die den Tarifvertrag abgeschlossen haben, der für allgemeinverbindlich erklärt bzw. durch Rechtsverordnung erstreckt wurde, beteiligt. Diese Beteiligung ergibt sich aber schon aus den Antragsrechten der Tarifvertragsparteien nach § 5 TVG, §§ 7, 7a AEntG und § 3a AÜG. Die Tarifvertragsparteien sind dort unmittelbar in ihrer Rechtsstellung als Antragsteller berührt, wenn die Allgemeinverbindlichkeitserklärung oder Rechtsverordnung für (un)wirksam erklärt würde (BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 80, BAGE 156, 213). 17

(2) Es besteht auch kein Widerspruch zu der Entscheidung des Sechsten Senats vom 29. Juli 1982 (- 6 ABR 51/79 - zu II 6 a der Gründe, BAGE 39, 259). Der Sechste Senat hat die Mitglieder einer Arbeitsgruppe an einem Verfahren beteiligt, dessen Gegenstand die Wirksamkeit des von der Arbeitsgruppe gefassten Beschlusses war. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist nicht die Wirksamkeit der Landesbezirkstarifverträge Nr. 8 und Nr. 8a/2016, sondern die Wirksamkeit der Betriebsratswahl. 18

(3) Die Tarifvertragsparteien können sich auch nicht mit Erfolg auf die Senatsentscheidung vom 29. Juli 2009 (- 7 ABR 27/08 - BAGE 131, 277) berufen. Der Senat hat sich in dieser Entscheidung nicht zu der Frage der Beteiligung geäußert. 19

2. Die auf die grundsätzliche Bedeutung einer entscheidungserheblichen Rechtsfrage, Divergenz, auf die unterbliebene Beteiligung von ver.di, dem Kommunalen Arbeitgeberverband Hessen e.V. und dbb beamtenbund und tarifunion (§ 547 Nr. 4 ZPO) und auf die Verletzung des grundrechtsgleichen 20



Rechts auf den gesetzlichen Richter (§ 547 Nr. 1 ZPO) gestützten Nichtzulassungsbeschwerden der Beteiligten zu 11. und 12. sind ebenfalls unbegründet.

a) Die Rechtsbeschwerden sind nicht wegen grundsätzlicher Bedeutung einer entscheidungserheblichen Rechtsfrage zuzulassen. 21

aa) Wird mit einer Nichtzulassungsbeschwerde gemäß §§ 92a, 72 Abs. 2 Nr. 1, § 72a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 ArbGG die grundsätzliche Bedeutung einer entscheidungserheblichen Rechtsfrage geltend gemacht, muss der Beschwerdeführer dartun, dass die anzufechtende Entscheidung von einer klärungsfähigen und klärungsbedürftigen Rechtsfrage abhängt und deren Klärung entweder von allgemeiner Bedeutung für die Rechtsordnung ist oder wegen ihrer tatsächlichen Auswirkungen die Interessen der Allgemeinheit oder zumindest eines größeren Teils der Allgemeinheit berührt (*vgl. BAG 14. April 2005 - 1 AZN 840/04 - zu 2 c aa der Gründe mwN, BAGE 114, 200*). Eine Rechtsfrage ist eine Frage, die die Wirksamkeit, den Geltungsbereich, die Anwendbarkeit oder den Inhalt einer Norm zum Gegenstand hat (*BAG 24. Januar 2017 - 3 AZN 822/16 - Rn. 10, 13*). Klärungsfähig ist eine Rechtsfrage, wenn sie in der Rechtsbeschwerdeinstanz nach Maßgabe des Prozessrechts beantwortet werden kann. Klärungsbedürftig ist eine Rechtsfrage, wenn sie höchstrichterlich noch nicht entschieden und ihre Beantwortung nicht offenkundig ist (*BAG 14. April 2005 - 1 AZN 840/04 - aaO*). Von allgemeiner Bedeutung ist die Rechtsfrage, wenn sie sich in einer unbestimmten Vielzahl weiterer Fälle stellen kann und deshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt (*vgl. BVerfG 4. November 2008 - 1 BvR 2587/06 - Rn. 19 mwN*). Entscheidungserheblich ist die Rechtsfrage, wenn sich das Landesarbeitsgericht mit ihr befasst und sie beantwortet hat und seine Entscheidung von der Beantwortung abhing. Es genügt nicht, dass sich das Landesarbeitsgericht nach Auffassung des Beschwerdeführers mit der Frage hätte befassen müssen (*vgl. BAG 13. Juni 2006 - 9 AZN 226/06 - Rn. 11, BAGE 118, 247*). 22

- bb) Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. 23
- (1) Die auf Seite 17 der Beschwerdebegründung aufgezeigte Rechtsfrage, 24

„steht bei unveränderten betrieblichen Verhältnissen die rechtskräftige Verneinung der Unwirksamkeit einer auf der Basis eines Tarifvertrags nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG geschaffenen Betriebsstruktur in einem Anfechtungsverfahren der Bejahung der Unwirksamkeit wegen Verken-  
nung des Betriebsbegriffs in einem anderen - bezüglich derselben Betriebsstruktur geführten - Anfechtungsverfah-  
ren entgegen?“,

ist nicht entscheidungserheblich. Das Landesarbeitsgericht hat sich mit dieser Frage nicht befasst. Das Landesarbeitsgericht ist nicht davon ausgegangen, dass das Arbeitsgericht mit seiner Entscheidung über die Anfechtung der bei der Beteiligten zu 13. durchgeführten Betriebsratswahl in der Sache - 7 BV 553/17 - die Unwirksamkeit der auf der Basis der Landesbezirkstarifverträge Nr. 8 und Nr. 8a/2016 geschaffenen Betriebsstruktur rechtskräftig verneint hat. Das Landesarbeitsgericht hat vielmehr ausweislich seiner auf Seite 16 der Beschwerdebegründung wiedergegebenen Ausführungen angenommen, dass die Wirksamkeit der Landesbezirkstarifverträge Nr. 8 und Nr. 8a/2016 nur eine Vor-  
frage in dem vorausgegangenen Verfahren war.

- (2) Die Rechtsbeschwerden sind auch nicht wegen der auf Seite 25 der 25  
Beschwerdebegründung aufgezeigten Fragen,

„kann ein gemeinsamer Betrieb durch Strukturtarifverträge  
auf der Basis von § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG in separate  
Einheiten getrennt werden, die als Betriebe gelten?“,

„ist an der Rechtsprechung des Senats vom 13. März  
2013 (- 7 ABR 70/11 -) festzuhalten?“,

zuzulassen.

- (a) Die erste Frage ist nicht entscheidungserheblich. Das Landesarbeitsge- 26  
richt hat entgegen der Ansicht der Beteiligten zu 11. und 12. diese Frage nicht  
pauschal verneint. Das zeigt schon seine Prüfung der konkreten Rahmenbedin-  
gungen.

- (b) Bei der zweiten Frage handelt es sich nicht um eine Rechtsfrage. Die Frage hat nicht die Wirksamkeit, den Geltungsbereich, die Anwendbarkeit oder den Inhalt einer Norm zum Gegenstand. 27
- b) Die Rechtsbeschwerden sind nicht wegen Divergenz zuzulassen. 28
- aa) Wird mit einer Nichtzulassungsbeschwerde eine Divergenz iSv. § 92a Satz 1, § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG geltend gemacht, muss die Beschwerdebe-  
gründung nach § 72a Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ArbGG die Entscheidung bezeichnen,  
von der die anzufechtende Entscheidung abweicht. Eine Abweichung iSv. § 92a  
Satz 1, § 72 Abs. 2 Nr. 2, § 72a Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ArbGG setzt voraus, dass  
das Landesarbeitsgericht zu einer Rechtsfrage einen abstrakten Rechtssatz  
aufgestellt hat, der von einem abstrakten Rechtssatz abweicht, den eines der in  
§ 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG abschließend genannten Gerichte zu der gleichen  
Rechtsfrage aufgestellt hat. Ein Rechtssatz ist aufgestellt, wenn das Gericht  
seiner Subsumtion einen Obersatz voranstellt, der über den Einzelfall hinaus für  
vergleichbare Sachverhalte Geltung beansprucht. Der abstrakte Rechtssatz  
muss vom Landesarbeitsgericht nicht ausdrücklich formuliert sein, sondern  
kann sich als „verdeckter Rechtssatz“ auch aus fallbezogenen Ausführungen  
ergeben. Will der Beschwerdeführer das geltend machen, muss er, sofern dies  
nicht offensichtlich ist, konkret begründen, warum den fallbezogenen Ausfüh-  
rungen zwingend ein bestimmter abstrakter Rechtssatz zugrunde liegt. Die an-  
zufechtende Entscheidung muss außerdem auf der Divergenz beruhen. Das ist  
dann der Fall, wenn das Landesarbeitsgericht bei Anwendung des Rechtssat-  
zes aus der herangezogenen Entscheidung möglicherweise eine andere dem  
Beschwerdeführer günstigere Entscheidung getroffen hätte (*BAG 15. August  
2012 - 7 AZN 956/12 - Rn. 2 mwN*). 29
- bb) Gemessen daran ist die Rechtsbeschwerde nicht wegen Divergenz zu-  
zulassen. Es fehlt bereits an der Darlegung eines konkreten Rechtssatzes, den  
das Landesarbeitsgericht mit den zitierten fallbezogenen Ausführungen aufge-  
stellt haben soll. 30

- c) Die Rechtsbeschwerden sind auch nicht deshalb zuzulassen, weil das Landesarbeitsgericht die Gewerkschaft ver.di, den Kommunalen Arbeitgeberverband Hessen e.V. und den dbb beamtenbund und tarifunion nicht an dem Verfahren beteiligt hat. Das gilt schon deshalb, weil der Zulassungsgrund des § 547 Nr. 4 ZPO nur von der unzureichend vertretenen Partei geltend gemacht werden kann (*BGH 22. Dezember 2016 - IX ZR 259/15 - Rn. 5; vgl. zur Nichtigkeitsklage nach § 579 Abs. 1 Nr. 4 ZPO BGH 15. Mai 2007 - X ZR 20/05 - BGHZ 172, 250*). Ebenso kann sich nur der zu Unrecht nicht zum Verfahren hinzugezogene Beteiligte auf den Zulassungsgrund nach § 547 Nr. 4 ZPO analog berufen. Im Übrigen hat das Landesarbeitsgericht zu Recht von einer Beteiligung von ver.di, dbb beamtenbund und tarifunion und des Kommunalen Arbeitgeberverbands Hessen e.V. abgesehen. 31
- d) Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts über die Wahlanfechtung beruht entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 11. und 12. auch nicht auf der von diesen geltend gemachten Verletzung des grundrechtsgleichen Rechts auf den gesetzlichen Richter und damit auf dem absoluten Revisionsgrund des § 547 Nr. 1 ZPO. 32
- aa) Der verfahrensbeendenden (instanzbeendenden) Entscheidung vorausgegangene unanfechtbare Entscheidungen unterliegen gemäß §§ 92a, 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 557 Abs. 2 ZPO nicht der Beurteilung des Rechtsbeschwerdegerichts. Deshalb ist eine inzidente Überprüfung der Entscheidung des Beschwerdegerichts über ein Ablehnungsgesuch im Rahmen eines Rechtsmittels gegen die unter Mitwirkung des erfolglos abgelehnten Richters getroffene Sachentscheidung grundsätzlich ausgeschlossen. Der Beteiligte, dessen Befangenheitsantrag abgelehnt worden ist, ist vielmehr auf die beim Ausgangsgericht zu erhebende Anhörungsrüge gemäß § 78a ArbGG zu verweisen (*BAG 20. April 2016 - 7 ABN 55/15 - Rn. 10; 17. März 2016 - 6 AZN 1087/15 - Rn. 6; 23. September 2008 - 6 AZN 84/08 - Rn. 5, BAGE 128, 13*). 33
- bb) Allerdings kann der absolute Revisionsgrund der fehlerhaften Besetzung des Gerichts ausnahmsweise mit der Nichtzulassungsbeschwerde geltend gemacht werden, wenn das Ablehnungsgesuch nicht nur fehlerhaft behandelt 34

worden ist, sondern das Gericht zweiter Instanz bei der Bescheidung des Ablehnungsgesuchs Bedeutung und Tragweite der Verfassungsgarantie des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG grundlegend verkannt hat. Dann stellt die in fehlerhafter Besetzung ergangene, die Instanz abschließende Entscheidung einen eigenständigen Verstoß gegen den Grundsatz des gesetzlichen Richters dar. In einem solchen Fall ist auch die dem Ablehnungsgesuch folgende Sachentscheidung mit dem „Makel des Verstoßes gegen den gesetzlichen Richter behaftet“ (*BVerfG 11. März 2013 - 1 BvR 2853/11 - Rn. 40*). Der Verstoß gegen das Gebot des gesetzlichen Richters wirkt insoweit fort. Aufgrund der Ausstrahlungswirkung der Verfassungsgarantie des gesetzlichen Richters muss das Revisions- bzw. Rechtsbeschwerdegericht in dieser Konstellation die im Ablehnungsverfahren vor dem Gericht zweiter Instanz erfolgten Verfassungsverstöße im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren beheben und die in fehlerhafter Besetzung ergangene Entscheidung aufheben (*vgl. BVerfG 18. Dezember 2007 - 1 BvR 1273/07 - Rn. 11; 24. Februar 2006 - 2 BvR 836/04 - Rn. 60 ff.*). Diese Grundsätze gelten nicht nur für das Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren im Urteilsverfahren (*vgl. hierzu BAG 17. März 2016 - 6 AZN 1087/15 - Rn. 7*), sondern nach § 92a ArbGG entsprechend auch im Beschlussverfahren (*BAG 20. April 2016 - 7 ABN 55/15 - Rn. 11*).

e) Die Beteiligten zu 11. und 12. rügen ohne Erfolg, dem Landesarbeitsgericht sei bei der Behandlung des Ablehnungsantrags ein Verstoß unterlaufen, der sich auch auf den instanzbeendenden Beschluss über die Wahlanfechtung auswirkte. Die Sachentscheidung des Landesarbeitsgerichts unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters am Landesarbeitsgericht Dr. G stellte deshalb keinen eigenständigen Verstoß gegen den Grundsatz des gesetzlichen Richters dar.

35

aa) Die Rüge, die durch den zuständigen richterlichen Vertreter des Vorsitzenden Richters am Landesarbeitsgericht Dr. G gesetzte Frist zur Stellungnahme zu der dienstlichen Äußerung des Vorsitzenden Richters am Landesarbeitsgericht Dr. G über den gegen ihn gerichteten Befangenheitsantrag sei unangemessen kurz bemessen gewesen, ist unbegründet.

36

Die Entscheidung über die Fristsetzung zur Stellungnahme auf die dienstliche Äußerung des abgelehnten Vorsitzenden ist eine prozessleitende richterliche Ermessensentscheidung. Die Dauer der Frist zur Stellungnahme ist weder durch die Zivilprozessordnung noch durch das Arbeitsgerichtsgesetz vorgeschrieben (*BAG 20. April 2016 - 7 ABN 55/15 - Rn. 18*). Diese Entscheidung kann aus Gründen der Verkennung des Grundrechts auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG allenfalls dann beanstandet werden, wenn sie eine Stellungnahme faktisch ausschließt bzw. unzumutbar macht oder die Frist in willkürlicher Weise gesetzt wurde. Allenfalls unter diesen Voraussetzungen kann die Annahme begründet sein, das Gericht habe bei der Bescheidung des Ablehnungsgesuchs Bedeutung und Tragweite der Verfassungsgarantie des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG grundlegend verkannt. Diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt. Trotz der verhältnismäßig kurzen und über das Wochenende verlaufenden Frist bestand für die Beteiligten zu 11. und 12. ausreichend Gelegenheit, zur dienstlichen Äußerung des Vorsitzenden Stellung zu nehmen. Das zeigt sich bereits daran, dass diese innerhalb der Frist in der Lage waren, mit Schriftsatz vom 30. August 2019 eine ausführliche Stellungnahme zur dienstlichen Äußerung des Vorsitzenden abzugeben. Für eine Verletzung des eigenen Grundrechts auf rechtliches Gehör der Beteiligten zu 11. und 12. ist es entgegen ihrer Ansicht nicht relevant, dass die Beteiligten zu 10. und 14. keine Stellungnahme abgegeben haben. Die Fristsetzung erfolgte auch nicht willkürlich, sondern war in Ansehung des bevorstehenden auf den 2. September 2019 anberaumten Anhörungstermins von sachlichen Erwägungen geprägt.

37

bb) Ebenfalls ohne Erfolg rügen die Beteiligten zu 11. und 12., das Landesarbeitsgericht sei mit der von ihnen erhobenen Anhörungsrüge gegen den ihren Ablehnungsantrag zurückweisenden Beschluss vom 2. September 2019 in einer Weise umgegangen, die den Vorgaben des § 78a ArbGG nicht entspreche.

38

(1) Soweit die Beteiligten zu 11. und 12. geltend machen, das Landesarbeitsgericht habe den weiteren Beteiligten keine Gelegenheit zur Stellungnahme zu der von ihnen während des Anhörungstermins erhobenen Anhörungsrüge eingeräumt, machen sie lediglich die Verletzung der einfachgesetzlichen

39

Verfahrensvorschrift des § 78a Abs. 3 ArbGG geltend und keine Verletzung des eigenen Grundrechts auf rechtliches Gehör.

(2) Auch die von den Beteiligten zu 11. und 12. gerügte Verfahrensweise des Vorsitzenden Richters am Landesarbeitsgerichts Dr. G nach Verkündung des das Ablehnungsgesuch zurückweisenden Beschlusses im Rahmen des Anhörungstermins am 2. September 2019 lässt nicht erkennen, dass das Landesarbeitsgericht bei der Bescheidung des Ablehnungsgesuchs Bedeutung und Tragweite der Verfassungsgarantie des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG grundlegend verkannt hat. Die Beteiligten zu 11. und 12. beanstanden insoweit zu Unrecht, dass das Verfahren zunächst fortgesetzt wurde und dem Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 11. und 12. auf dessen Einwand, das Ablehnungsgesuch sei wegen der möglichen Erhebung einer Anhörungsrüge noch nicht erledigt, leere Blätter weißen Druckerpapiers ausgehändigt wurden verbunden mit dem sinngemäßen Hinweis, dann möge eine Anhörungsrüge eben jetzt eingelegt werden. 40

Zwar ist zur Sicherung des verfassungsmäßigen Ranges des Ablehnungsrechts (*Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG*) eine Erledigung des Ablehnungsgesuchs erst eingetreten, wenn seine Behandlung endgültig abgeschlossen ist. Daher darf ein Richter grundsätzlich nicht vor rechtskräftiger Zurückweisung eines ihn betreffenden Ablehnungsgesuchs tätig werden. Ebenso wird das Ende der Wartepflicht gemäß § 47 Abs. 1 ZPO durch Einlegung einer zulässigen Anhörungsrüge hinausgeschoben (*BGH 15. Juni 2010 - XI ZB 33/09 - Rn. 17 mwN*). Danach ist es nicht zu beanstanden, dass der Vorsitzende Richter am Landesarbeitsgericht Dr. G nach der Zurückweisung des Ablehnungsantrags zunächst die mündliche Anhörung unter seinem Vorsitz aufnahm. Ebenfalls nicht zu beanstanden ist, dass er die Anhörung zunächst noch fortsetzte, nachdem der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 11. und 12. zu Protokoll erklärt hatte, es werde in Erwägung gezogen, eine Anhörungsrüge gegen den Beschluss der Kammer über die Zurückweisung des Ablehnungsantrags anzubringen. Zu diesem Zeitpunkt war die Anhörungsrüge noch nicht eingelegt. Vor der Erhebung der Anhörungsrüge bestand kein Anlass für den Vorsitzenden, 41

seine Tätigkeit einzustellen. Allein die rechtliche Möglichkeit der Erhebung einer Anhörungsrüge nach § 78a ArbGG durch die Partei, deren Befangenheitsantrag abgelehnt worden ist (vgl. dazu BAG 23. September 2008 - 6 AZN 84/08 - Rn. 5, BAGE 128, 13) verlangt dem abgelehnten Richter nicht ab, nach der Zurückweisung des Ablehnungsantrags bis zum Ablauf der zweiwöchigen Frist zur Einlegung der Anhörungsrüge nach § 78a Abs. 2 Satz 1 ArbGG jegliche Verfahrenshandlungen zu unterlassen. Nach Erhebung der Anhörungsrüge hat sich der Vorsitzende Richter am Landesarbeitsgericht Dr. G sodann bis zur Bekanntgabe des die Anhörungsrüge zurückweisenden Beschlusses, der ebenfalls ohne seine Mitwirkung erging, weiterer Verfahrenshandlungen enthalten.

Der Umstand, dass der Vorsitzende Richter am Landesarbeitsgericht Dr. G dem Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 11. und 12. Papier überreichte, führt zu keiner anderen Betrachtung. Damit wurde dem Verfahrensbevollmächtigten vielmehr lediglich vereinfacht, die angekündigte Anhörungsrüge tatsächlich einzulegen, was dann auch geschah. Entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 11. und 12. hat das Landesarbeitsgericht mit seinem Vorgehen auch nicht in unzulässiger Weise die in § 78a Abs. 2 Satz 1 ArbGG bestimmte Zwei-Wochen-Frist verkürzt. Mit dieser Sichtweise verkennen die Beteiligten zu 11. und 12., dass die umgehende Einlegung der Anhörungsrüge ihrer wohlverstandenen Interessenlage entsprach. Im Übrigen ergibt sich aus dem Vorbringen der Beteiligten zu 11. und 12. nicht, dass der Vorsitzende eine Frist zur sofortigen Begründung der Anhörungsrüge gesetzt hat.

42

3. Die auf die grundsätzliche Bedeutung einer entscheidungserheblichen Rechtsfrage und auf die unterbliebene Beteiligung von ver.di, dem Kommunalen Arbeitgeberverband Hessen e.V. und dbb beamtenbund und tarifunion (§ 547 Nr. 4 ZPO) gestützte Nichtzulassungsbeschwerde des Beteiligten zu 10. bleibt ebenfalls ohne Erfolg.

43



a) Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde wegen grundsätzlicher Bedeutung sind nicht erfüllt. Bei der vom Betriebsrat auf Seite 16 der Beschwerdebegründung formulierten Fragestellung,

„ob die Landesbezirkstarifverträge Nr. 8/2016 und Nr. 8a/2016 wirksam sind“,

44

handelt es sich jedenfalls nicht um eine Rechtsfrage von allgemeiner Bedeutung für die Rechtsordnung bzw. um eine solche, die wegen ihrer tatsächlichen Auswirkungen die Interessen zumindest eines größeren Teils der Allgemeinheit berührt. Die Frage der Wirksamkeit der Landesbezirkstarifverträge hat vielmehr lediglich Auswirkungen auf die Betriebsstrukturen im Bereich der Beteiligten zu 11., 12. und 13. und nicht darüber hinaus. Es ist nicht ersichtlich, dass und in welcher Weise die Klärung der Frage der Wirksamkeit der Landesbezirkstarifverträge über die Unternehmen der Beteiligten zu 11., 12. und 13. hinaus das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berühren würde. Das könnte allenfalls anzunehmen sein, wenn die Gründe, die das Landesarbeitsgericht für die Annahme der Unwirksamkeit der Tarifverträge angeführt hat, ihrerseits grundsätzliche Rechtsfragen aufwerfen würden. Dies hat der Beteiligte zu 10. in seiner Beschwerdebegründung jedoch nicht in der gebotenen Weise dargelegt. Die auf Seite 17 der Beschwerdebegründung nach Angaben des Beteiligten zu 10. „untrennbar mit der Ausgangsfrage zusammenhängende“ Frage, „unter welchen Voraussetzungen der Abschluss eines Tarifvertrags zur Betriebsstruktur einer wirksamen und zweckmäßigen Interessenvertretung der Arbeitnehmer iSv. § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG dient“, kann nicht mit „Ja“ oder „Nein“ beantwortet werden, sondern kennzeichnet ein vielfältiger Erörterung zugängliches Problembündel und ermöglicht zahlreiche Antworten. Andere Rechtsfragen zu den Wirksamkeitsanforderungen nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG formuliert der Beteiligte zu 10. nicht. Dass die aufgeworfene Rechtsfrage - wie der Beteiligte zu 10. meint - für eine Vielzahl von Arbeitnehmern der Beteiligten zu 11., 12. und 13. von rechtlicher Bedeutung und zudem für die Arbeitgeberinnen von wirtschaftlicher Bedeutung sein mag, begründet keine allgemeine Bedeutung für die Rechtsordnung.

b) Die Rechtsbeschwerde ist auch nicht deshalb zuzulassen, weil das Landesarbeitsgericht die Gewerkschaft ver.di, den Kommunalen Arbeitgeberverband Hessen e.V. und den dbb beamtenbund und tarifunion nicht an dem Verfahren beteiligt hat. Auf den Zulassungsgrund nach § 547 Nr. 4 ZPO analog kann sich - wie oben ausgeführt - allenfalls der zu Unrecht nicht zum Verfahren hinzugezogene Beteiligte berufen; außerdem ist die Beteiligung zu Recht unterblieben.

45

Gräfl

M. Rennpferdt

Waskow

Olaf Deinert

H. Hansen