

# BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZN 1030/09  
11 Sa 663/08  
Landesarbeitsgericht  
Rheinland-Pfalz

## BESCHLUSS

In Sachen

Beklagter zu 1., Berufungsbeklagter und Beschwerdeführer,

pp.

Kläger, Berufungskläger, Berufungsbeklagter und Beschwerdegegner,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 23. März 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Düwell, den Richter am Bundesarbeitsgericht Krasshöfer, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Gallner sowie die ehrenamtlichen Richter Lang und Preuß beschlossen:

Die Beschwerde des Beklagten zu 1. gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Teilurteil des Landes-

arbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 10. September 2009  
- 11 Sa 663/08 - wird zurückgewiesen.

Der Beklagte zu 1. hat die Kosten des Beschwerde-  
verfahrens zu tragen.

Der Streitwert wird auf 17.000,00 Euro festgesetzt.

## **Gründe**

A. Die Parteien streiten darüber, ob ihr Arbeitsverhältnis durch eine außerordentliche Kündigung des Beklagten zu 1. vom 20. April 2007 aufgelöst wurde. 1

Das Arbeitsgericht hat die gegen den Beklagten zu 1. gerichtete Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat das erstinstanzliche Urteil auf die Berufung des Klägers teilweise abgeändert und der Kündigungsschutzklage gegen den Beklagten zu 1. stattgegeben. 2

Das anzufechtende Teilurteil ist aufgrund der Verhandlung vom 10. September 2009 ergangen. Nach Nr. 3.3 Satz 1 des Geschäftsverteilungsplans des Landesarbeitsgerichts werden die den Kammern zugeteilten ehrenamtlichen Richterinnen und Richter in der Reihenfolge der Listen, die der Geschäftsverteilung anliegen, zu den Kammersitzungen herangezogen. Das Landesarbeitsgericht hat in seiner Terminierungsfolge zunächst Verhandlungstage für den 13. August 2009, 20. August 2009 und 10. September 2009 anberaumt. Die ehrenamtlichen Richter für diese Sitzungstage sind am 27. Mai 2009 und 3. Juni 2009 nach der Reihenfolge der Liste der Kammer 11 geladen worden. Das Landesarbeitsgericht hat, nachdem die ehrenamtlichen Richter bereits zu diesen drei Sitzungstagen geladen worden waren, am 17. Juni 2009 nachträglich einen weiteren Sitzungstag für den 27. August 2009 bestimmt. Es hat für diesen Verhandlungstag am 17. Juni 2009 die nächsten ehrenamtlichen Richter auf der Liste der Kammer 11 geladen. 3

- Das Landesarbeitsgericht hat die Revision nicht zugelassen. Dagegen wendet sich der Beklagte zu 1. mit der Nichtzulassungsbeschwerde, die er auf den absoluten Revisionsgrund des § 547 Nr. 1 ZPO, die Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör und Divergenz stützt. 4
- B. Die Beschwerde ist erfolglos. 5
- I. Die Voraussetzungen des absoluten Revisionsgrundes des § 547 Nr. 1 ZPO sind nicht erfüllt. 6
1. Die Beschwerde beruft sich darauf, für die Sitzungstage am 27. August 2009 und 10. September 2009 hätten die ehrenamtlichen Richter in umgekehrter Reihenfolge herangezogen werden müssen. Am 10. September 2009 seien die ehrenamtlichen Richter einzusetzen gewesen, die ursprünglich - nach der regulären Reihenfolge - für den 27. August 2009 geladen worden seien. Für die Reihenfolge der Heranziehung der ehrenamtlichen Richter komme es auf die Termine der Kammersitzungen und nicht auf die Terminierung der Verhandlungstage an. Sonst könne der Vorsitzende durch den Zeitpunkt der Terminierung willkürlich die Kammerbesetzung festlegen. 7
2. Die Besetzungsrüge greift nicht durch. Der absolute Revisionsgrund des § 547 Nr. 1 ZPO besteht nicht. 8
- a) Der Senat kann offenlassen, ob Nr. 3.3 Satz 1 des Geschäftsverteilungsplans des Landesarbeitsgerichts nach seinem Wortlaut, Zusammenhang und Zweck dahin auszulegen ist, dass für die Heranziehung der ehrenamtlichen Richter die Terminierung und nicht die spätere tatsächliche Reihenfolge der Verhandlungstage entscheidend ist. Hierfür spricht ua. die Praktikabilitätsabwägung, dass bei der Terminierung nicht in jedem Fall abzusehen ist, ob später noch ein Sitzungstag „eingeschoben“ werden muss. Ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG liegt nicht schon dann vor, wenn zur Bestimmung des gesetzlichen Richters auslegungsbedürftige Begriffe verwendet werden (*BVerfG 8. April 1997 - 1 PBvU 1/95 - zu C I 4 der Gründe, BVerfGE 95, 322*). 9

- b) Die Heranziehung der ehrenamtlichen Richter zu der Berufungsverhandlung, auf deren Grundlage das anzufechtende Teilurteil ergangen ist, verletzt auch dann nicht das Recht des Beklagten zu 1. auf den gesetzlichen Richter (*Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG*), wenn dem Landesarbeitsgericht ein Heranziehungsfehler unterlaufen sein sollte. 10
- aa) Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG bestimmt, dass niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden darf. Auch Maßnahmen und Entscheidungen eines Gerichts können gegen dieses Gebot verstoßen. 11
- (1) Ziel der Verfassungsgarantie des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ist es, der Gefahr einer möglichen Einflussnahme auf den Inhalt einer gerichtlichen Entscheidung vorzubeugen, die durch eine auf den Einzelfall bezogene Auswahl der zur Entscheidung berufenen Richter eröffnet sein könnte. Damit sollen die Unabhängigkeit der Rechtsprechung gewahrt und das Vertrauen der Rechtssuchenden und der Öffentlichkeit in die Unparteilichkeit und Sachlichkeit der Gerichte gesichert werden (*vgl. nur BVerfG 24. Februar 2009 - 1 BvR 182/09 - Rn. 7*). 12
- (2) Nicht jede irrtümliche Verkennung der den Gerichten gezogenen Grenzen kann jedoch als Verletzung von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG gewertet werden. Die Entscheidung eines Gerichts verstößt gegen das Gebot des gesetzlichen Richters, wenn sie von objektiv willkürlichen Erwägungen bestimmt ist. Hiervon kann nur die Rede sein, wenn sich das Gericht bei der Auslegung und Anwendung einer Zuständigkeitsnorm so weit von dem sie beherrschenden Grundsatz des gesetzlichen Richters entfernt hat, dass sie nicht mehr zu rechtfertigen ist (*für die st. Rspr. des Bundesverfassungsgerichts 12. November 2008 - 1 BvR 2788/08 - Rn. 10, NJW 2009, 907; siehe auch BGH 9. März 1976 - X ZB 17/74 - zu II 1 der Gründe, NJW 1976, 1688*). 13
- (3) Eine „Entziehung“ des gesetzlichen Richters iSv. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG durch die Rechtsprechung, der es obliegt, die Zuständigkeitsregeln anzuwenden, kann nicht in jeder fehlerhaften Rechtsanwendung gesehen werden. Sonst müsste jede fehlerhafte Anwendung des einfachen Rechts zugleich als 14

Verfassungsverstoß gelten. Die Grenzen zum Verfassungsverstoß sind jedenfalls dann überschritten, wenn die Auslegung einer Zuständigkeitsnorm oder ihre Handhabung im Einzelfall willkürlich oder offensichtlich unhaltbar sind. Ob die Entscheidung eines Gerichts auf Willkür, also auf einem Fall grober Missachtung oder Fehlanwendung des Gesetzesrechts beruht, kann nur anhand der jeweiligen Umstände des Einzelfalls beurteilt werden (*vgl. BVerfG 24. Februar 2009 - 1 BvR 182/09 - Rn. 10 mwN*).

- bb) Gemessen an diesen Maßstäben verletzt die Heranziehung der ehrenamtlichen Richter zu der Berufungsverhandlung am 10. September 2009 Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht. Das Landesarbeitsgericht hat sich bei der Reihenfolge der Heranziehung der ehrenamtlichen Richter von der Reihenfolge der Terminierung leiten lassen. Diese Handhabung ist weder offensichtlich unhaltbar noch objektiv willkürlich. Das Berufungsgericht hat mit dem Zeitpunkt der Terminierung auf ein abstraktes Kriterium abgestellt. Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass das Landesarbeitsgericht mit der späteren Bestimmung des Verhandlungstags für den 27. August 2009 die Besetzung der Berufungskammer am 10. September 2009 beeinflussen wollte. 15
- II. Das Landesarbeitsgericht hat den Anspruch des Beklagten zu 1. auf rechtliches Gehör (*Art. 103 Abs. 1 GG*) nicht verletzt. 16
1. Das Berufungsgericht hat keinen entscheidungserheblichen Sachvortrag übergegangen. 17
- a) Der Beklagte zu 1. rügt im Zusammenhang mit der vom Landesarbeitsgericht angenommenen Überschreitung der Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB, das Landesarbeitsgericht habe nahezu vollständig seinen Sachvortrag ignoriert, eine Information seines vertretungsberechtigten Organs, des Präsidiums, habe (*erst*) am 16. April 2007 stattgefunden. Das Landesarbeitsgericht habe die auf seine Nachfragen in der Berufungsverhandlung erfolgten ergänzenden Erläuterungen zu den Unterschieden zwischen dem vorläufigen Bericht vom 5. April 2007 und dem endgültigen Bericht, der nach den Gerichtsakten auf den 20. April 2007 datiert sei, nicht beachtet. Das 18

Landesarbeitsgericht habe außerdem sein Vorbringen im Berufungstermin zu dem mündlichen Bericht eines der Prüfer vor dem Präsidium des Beklagten zu 1. am 16. April 2007 nicht zur Kenntnis genommen.

b) Das Landesarbeitsgericht hat mit den beanstandeten Verhaltensweisen nicht gegen den Anspruch des Beklagten zu 1. auf rechtliches Gehör verstoßen. 19

aa) Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist verletzt, wenn das Gericht entscheidungserhebliches Vorbringen einer Partei nicht berücksichtigt. Ob das übergangene Vorbringen entscheidungserheblich ist, richtet sich nach den vom Landesarbeitsgericht getroffenen tatsächlichen Feststellungen und seinen rechtlichen Ausführungen. Es genügt, wenn der Schluss gerechtfertigt ist, dass das Berufungsgericht bei richtigem Verfahren möglicherweise anders entschieden hätte (*Senat 10. Mai 2005 - 9 AZN 195/05 - zu II 2 der Gründe, BAGE 114, 295*). Das Landesarbeitsgericht braucht nicht jedes Vorbringen in den Gründen seiner Entscheidung ausdrücklich zu behandeln. Nach § 313 Abs. 3 ZPO enthalten die Entscheidungsgründe eine kurze Zusammenfassung der Überlegungen, auf denen die Entscheidung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht beruht. Art. 103 Abs. 1 GG gibt den Verfahrensbeteiligten einen Anspruch darauf, sich vor der gerichtlichen Entscheidung zu dem zugrunde liegenden Sachverhalt und zur Rechtslage zu äußern. Dem entspricht die Pflicht des Gerichts, Ausführungen der Beteiligten zur Kenntnis zu nehmen und sie in Erwägung zu ziehen. Regelmäßig ist davon auszugehen, dass das Gericht dieser Pflicht genügt. Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist nur anzunehmen, wenn sich aus den besonderen Umständen des Falls ergibt, dass das Gericht seiner Pflicht nicht nachgekommen ist (*st. Rspr., vgl. BVerfG 12. November 2008 - 1 BvR 2788/08 - Rn. 8, NJW 2009, 907; 26. Juli 2005 - 1 BvR 85/04 - zu II 2 b aa, bb der Gründe, NJW 2005, 3345*). 20

bb) Die nötigen besonderen Umstände, die auf eine Pflichtverletzung des Landesarbeitsgerichts hindeuten, liegen hier nicht vor. Es sind keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür ersichtlich, das Landesarbeitsgericht habe entscheidungserheblichen Vortrag des Beklagten zu 1. unberücksichtigt ge- 21

lassen und bei seiner Entscheidung nicht in Erwägung gezogen. Das Berufungsgericht hat die vom Beklagten zu 1. angeführten Gesichtspunkte - wenn auch kurz - behandelt und sie gewürdigt.

(1) Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, es habe der Argumentation des Beklagten zu 1., er habe den endgültigen Bericht erst am 16. April 2007 erhalten, nicht folgen können. Der Beklagte zu 1. habe schon die Existenz eines Berichts mit Datum vom 16. April 2007 nicht nachgewiesen, sondern einen Bericht vom 20. April 2007 zur Akte gereicht. Der Beklagte zu 1. habe in der mündlichen Verhandlung eingeräumt, sich möglicherweise im Datum geirrt zu haben. Wenn der Bericht das Datum des 20. April 2007 trage, sei von der Richtigkeit dieses Datums auszugehen. Die Behauptung des Beklagten zu 1., der Bericht vom 20. April 2007 enthalte gegenüber dem Bericht vom 5. April 2007 weitergehende Informationen, sei zudem unsubstantiiert geblieben. Der Beklagte zu 1. habe den Bericht vom 5. April 2007 nicht vorgelegt. 22

(2) Das Landesarbeitsgericht hat damit die vom Beklagten zu 1. angesprochenen Punkte aufgenommen und sie abweichend von der Rechtsauffassung des Beklagten zu 1. bewertet. Die Beschwerde rügt letztlich aus ihrer Sicht gegebene Rechtsanwendungsfehler bei der wertenden Subsumtion des Landesarbeitsgerichts. Sie widerspricht dem Lösungsweg des Berufungsgerichts und ersetzt dessen rechtliche Beurteilung durch ihre eigene Würdigung. Der Senat darf als Beschwerdegericht nicht überprüfen, ob die vom Beklagten zu 1. angenommenen Rechtsfehler vorliegen. Die Kontrolle eines Berufungsurteils auf Rechtsanwendungsfehler setzt eine zugelassene Revision voraus. 23

2. Die Beschwerde legt keine Verletzung des Anspruchs des Beklagten zu 1. auf rechtliches Gehör unter dem Gesichtspunkt eines Überraschungsurteils dar (§ 72a Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 2. Alt. ArbGG). 24

a) Art. 103 Abs. 1 GG gewährleistet den an einem gerichtlichen Verfahren Beteiligten das Recht, sich zu dem Sachverhalt, der einer Entscheidung zugrunde liegt, und zu der Rechtslage zu äußern. Dem Anspruch auf rechtliches 25

Gehör wird genügt, wenn der Verfahrensbeteiligte bei Anwendung der von ihm zu verlangenden Sorgfalt erkennen kann, auf welche Gesichtspunkte es für die Entscheidung ankommen kann. Ein Gericht verstößt gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör, wenn es ohne vorherigen Hinweis auf rechtliche Gesichtspunkte abstellt, mit denen auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter nach dem bisherigen Prozessverlauf nicht zu rechnen brauchte (*BAG 20. März 2008 - 8 AZN 1062/07 - Rn. 10 mwN, EzA ArbGG 1979 § 72 Nr. 38*).

b) Diese besonderen Umstände zeigt der Beklagte zu 1. nicht auf. Er stützt sich im Wesentlichen darauf, dass die Berufungskammer den Beweisbeschluss vom 26. Februar 2009 aufgehoben habe. Aus der Beschwerdebegründung selbst ergibt sich jedoch, dass das Landesarbeitsgericht in der Berufungsverhandlung mehrere Hinweise im Zusammenhang mit der Frage der Einhaltung der Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB erteilte. Der Prozessbevollmächtigte des Beklagten zu 1. war nach seinen eigenen Ausführungen dazu in der Lage, unmittelbar im Berufungstermin zu den Problemen des vorläufigen und des endgültigen Berichts Stellung zu nehmen. 26

III. Eine Divergenz ist nicht dargelegt. 27

1. Nach § 72a Abs. 1 iVm. § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG ist die Revision auf die Beschwerde der unterlegenen Partei zuzulassen, wenn das anzufechtende Urteil von einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts oder eines anderen der in § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG genannten Gerichte abweicht und auf dieser Abweichung beruht. Diesen Anforderungen ist nur genügt, wenn der Beschwerdeführer im Einzelnen ausführt, welche divergierenden abstrakten, dh. fallübergreifenden Rechtssätze das anzufechtende und das herangezogene Urteil aufgestellt haben. Die beiden aus Sicht des Beschwerdeführers divergierenden Rechtssätze müssen bezeichnet werden (§ 72a Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ArbGG). Daneben ist aufzuzeigen, dass das anzufechtende Urteil auf dem abweichenden Rechtssatz beruht (*st. Rspr., vgl. BAG 15. September 2004 - 4 AZN 281/04 - zu II 2.1 der Gründe, BAGE 112, 35*). Vermeintliche Rechtsfehler können nicht berücksichtigt werden. Sie können nur im Rahmen einer 28



zugelassenen Revision überprüft werden. Zulassungsgrund ist die entscheidungserhebliche Abweichung im Rechtssatz.

2. Die formellen Erfordernisse einer Divergenzbeschwerde sind nicht gewahrt. 29

a) Die Beschwerde beruft sich darauf, das Landesarbeitsgericht habe unausgesprochen den Rechtssatz aufgestellt: 30

„Die Frist des § 626 Abs. 2 BGB beginnt auch im Fall der Verdachtskündigung, sobald der Kündigungsberechtigte eine zuverlässige und möglichst vollständige Kenntnis vom Kündigungssachverhalt hat, ohne dass es auf die Anhörung des Arbeitnehmers ankommt.“

b) Der Beklagte zu 1. legt damit bereits nicht dar, dass das Landesarbeitsgericht einen abstrakten, über den Einzelfall hinausreichenden Rechtssatz gebildet hat. 31

aa) Ein Rechtssatz ist nur dann aufgestellt, wenn das Gericht seiner Subsumtion einen Obersatz voranstellt, der über den Einzelfall hinaus Geltung für vergleichbare Sachverhalte beansprucht. Diese Voraussetzungen sind nach § 72a Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ArbGG in der Beschwerdebegründung darzulegen (*Senat 1. März 2005 - 9 AZN 29/05 - zu II 1 a der Gründe, BAGE 114, 57*). Nimmt die Beschwerde an, das Landesarbeitsgericht habe einen Rechtssatz zwar nicht ausdrücklich, aber zwingend verdeckt in scheinbar fallbezogenen Ausführungen aufgestellt, ist - sofern das nicht offensichtlich ist - konkret zu begründen, weshalb das Berufungsgericht von dem betreffenden abstrakten Rechtssatz ausgegangen sein muss. Die schlichte Gegenüberstellung der fallbezogenen Ausführungen des Landesarbeitsgerichts und des vom Beschwerdeführer daraus abgelesenen abstrakten Rechtssatzes genügt regelmäßig nicht (*vgl. BAG 6. Dezember 2006 - 4 AZN 529/06 - Rn. 9, AP ArbGG 1979 § 72a Divergenz Nr. 51 = EzA ArbGG 1979 § 72a Nr. 111*). 32

bb) Die Beschwerde wird diesen gesteigerten Begründungspflichten nicht gerecht. Ein erster Blick auf die anzufechtende Entscheidung bestätigt zudem, 33

dass das Landesarbeitsgericht weder ausdrücklich noch verdeckt den vom Beklagten zu 1. angenommenen fallübergreifenden Rechtssatz aufgestellt hat. Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zu § 626 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB erschöpfen sich mit Ausnahme eines ausdrücklich gebildeten, von der Beschwerde unbeanstandeten Rechtssatzes in fallbezogener Subsumtion. Der Beklagte zu 1. rügt angenommene Rechtsanwendungsfehler, die nach § 72 Abs. 2 ArbGG kein Grund für die Zulassung der Revision sind.

C. Der Beklagte zu 1. hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seiner erfolglosen Beschwerde zu tragen. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 63 Abs. 2 GKG.

34

Düwell

Krasshöfer

Gallner

B. Lang

Preuß