

# BUNDESARBEITSGERICHT



7 ABR 100/09  
1 TaBV 1/09  
Landesarbeitsgericht  
Hamburg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
17. November 2010

## **BESCHLUSS**

Schiege, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragsteller, Beschwerdeführer und Rechtsbeschwerdeführer,

2.

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Anhörung vom 17. November 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Linsenmaier, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Gallner, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Kiel sowie die ehrenamtlichen Richter Bea und Dr. Gerschermann für Recht erkannt:

Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats gegen den Beschluss des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 16. April 2009 - 1 TaBV 1/09 - wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Beschwerde des Betriebsrats gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Hamburg vom 14. November 2008 - 13 BV 10/08 - als unzulässig verworfen wird.

## **Von Rechts wegen!**

### **Gründe**

- A. Die Beteiligten streiten über die Ablehnung eines Einigungsstellenvorsitzenden wegen Besorgnis der Befangenheit. 1
- Der Beteiligte zu 1. ist der im Betrieb der Arbeitgeberin in H gewählte Betriebsrat. Die zu 2. beteiligte Arbeitgeberin betreibt Warenhäuser. 2
- Die Beteiligten einigten sich durch gerichtlichen Vergleich vom 7. Juli 2006 auf die Person des Vorsitzenden und die Zahl der Beisitzer einer Einigungsstelle mit den Regelungsgegenständen „Gefährdungsbeurteilung gemäß § 5 ArbSchG in den Abteilungen 019/030 und 040“ sowie „Regelungen zu einer innerbetrieblichen Fachkraft für Gesundheitsschutz gemäß § 13 Abs. 2 ArbSchG“. 3
- Nach einer Einigungsstellensitzung vom 9. November 2007 lehnten die Beisitzer des Betriebsrats den Vorsitzenden der Einigungsstelle mit Schreiben vom 21. November 2007 ab. Sie begründeten das Ablehnungsgesuch damit, dass der Vorsitzende in der Sitzung vom 9. November 2007 nur über einen Antrag der Arbeitgeberseite habe abstimmen lassen, obwohl der Antrag der Beisitzer des Betriebsrats denselben Gegenstand betroffen habe. Über den Befangenheitsantrag wurde in der Sitzung der Einigungsstelle vom 6. Dezember 2007 abgestimmt. Er erhielt keine Mehrheit. Die Betriebsratsseite beantragte daraufhin, die Einigungsstelle bis zur arbeitsgerichtlichen Klärung der 4

Besorgnis der Befangenheit des Vorsitzenden auszusetzen. Dieser Antrag wurde mit der Stimme des Vorsitzenden angenommen.

Der Betriebsrat hat mit seinem am 3. Januar 2008 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Antrag die Auffassung vertreten, die Verfahrensführung des Einigungsstellenvorsitzenden lasse an dessen Unparteilichkeit zweifeln. Das Landesarbeitsgericht sei in entsprechender Anwendung von § 1062 Abs. 1 Nr. 1 ZPO für die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch zuständig. 5

Der Betriebsrat hat beantragt, 6

Herrn A als Vorsitzenden der bei den Beteiligten gebildeten Einigungsstelle mit dem Regelungsgegenstand „Gefährdungsbeurteilung gemäß § 5 ArbSchG in den Abteilungen 019/030 und 040“ sowie „Regelungen zu einer innerbetrieblichen Fachkraft für Gesundheitsschutz gemäß § 13 Abs. 2 ArbSchG“ wegen Besorgnis der Befangenheit abzuberufen.

Die Arbeitgeberin hat beantragt, den Antrag zurückzuweisen. 7

Das Landesarbeitsgericht hat das Verfahren an das Arbeitsgericht verwiesen. Der Vorsitzende der Kammer des Arbeitsgerichts hat die Beteiligten angehört und den Antrag des Betriebsrats durch Alleinentscheidung zurückgewiesen. Der Betriebsrat hat mit der Beschwerde die Ansicht geäußert, das Arbeitsgericht habe im Verfahren der §§ 80 ff. ArbGG entscheiden müssen. Das Landesarbeitsgericht hat die Beschwerde nach Anhörung der Beteiligten durch Kammerbeschluss als unbegründet zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt der Betriebsrat sein Ablehnungsgesuch weiter. 8

B. Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg. 9

I. Sie ist zulässig, insbesondere statthaft. Nach § 92 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 ArbGG ist gegen einen Beschluss die Rechtsbeschwerde statthaft, wenn das Beschwerdegericht sie in dem Beschluss ausdrücklich zugelassen hat. 10

1. Das Landesarbeitsgericht hat als Beschwerdegericht die gegen die Entscheidung des Arbeitsgerichts erhobene Beschwerde für zulässig gehalten und über sie in der Sache entschieden. Es hat angenommen, über die Beschwerde sei nicht entsprechend § 98 Abs. 2 ArbGG zu entscheiden, sondern nach den Regeln des allgemeinen Beschlussverfahrens im Beschwerderechtzug nach §§ 87 bis 91 ArbGG. Die Beschwerde sei unbegründet. In analoger Anwendung der §§ 1036 ff. ZPO bestehe kein Grund für die Ablehnung des Einigungsstellenvorsitzenden wegen Besorgnis der Befangenheit. 11
2. Die Rechtsbeschwerde ist zulässig, obwohl bereits die Entscheidung des Arbeitsgerichts über die Ablehnung des Einigungsstellenvorsitzenden wegen Besorgnis der Befangenheit in analoger Anwendung der § 1036 Abs. 2, § 1037 Abs. 3 Satz 1, § 1062 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2, § 1065 Abs. 1 Satz 2 ZPO unanfechtbar war. 12
- a) Das Landesarbeitsgericht kann eine Rechtsbeschwerdemöglichkeit, die nicht besteht, allerdings nicht dadurch eröffnen, dass es die Rechtsbeschwerde zulässt. Durch ein gesetzwidriges Verfahren wird ein (*weiteres*) Rechtsmittel nicht statthaft. Das Rechtsbeschwerdegericht ist zwar nach § 92 Abs. 1 Satz 2, § 72 Abs. 3 ArbGG an die Zulassung gebunden. Die Bindung besteht aber nur hinsichtlich der Frage, ob es Zulassungsgründe gibt. Die Zulassung hat demgegenüber keine Wirkung, wenn die Rechtsbeschwerde von vornherein unstatthaft ist (*vgl. für die st. Rspr. BAG 22. Juli 2008 - 3 AZB 26/08 - Rn. 25 mwN, BAGE 127, 173; 15. September 2005 - 3 AZB 48/05 - zu II 1 der Gründe mwN, NZA-RR 2006, 211*). 13
- b) Diese Beschränkung gilt dann nicht, wenn es darum geht, die gesetzgeberische Entscheidung, nach der ein Beschluss unanfechtbar ist, gegenüber einem Gericht durchzusetzen, das in einem Rechtsmittelverfahren in der Sache entschieden hat (*vgl. BAG 25. November 2008 - 3 AZB 64/08 - Rn. 8, AP ZPO § 164 Nr. 6 = EzA ZPO 2002 § 319 Nr. 1*). Das unterscheidet die gegebene Fallgestaltung von dem Fall, dass bereits das Beschwerdegericht zu Recht eine Anfechtungsmöglichkeit des Ursprungsbeschlusses verneint und die Rechts- 14

beschwerde zugelassen hat (*vgl. dazu BGH 14. Juli 2004 - XII ZB 268/03 - zu II 1 der Gründe, NJW-RR 2005, 46*).

II. Die Beschwerde gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts war in 15  
entsprechender Anwendung der § 1036 Abs. 2, § 1037 Abs. 3 Satz 1, § 1062  
Abs. 1 Nr. 1 Var. 2, § 1065 Abs. 1 Satz 2 ZPO unstatthaft. Das Landesarbeits-  
gericht hätte sie deshalb nicht als unbegründet zurückweisen dürfen, sondern  
hätte sie als unzulässig verwerfen müssen (§ 87 Abs. 2 Satz 1, § 64 Abs. 6  
Satz 1 ArbGG, § 522 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Mit dieser Maßgabe ist die Rechts-  
beschwerde gegen die Beschwerdeentscheidung zurückzuweisen.

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann der Vor- 16  
sitzende einer Einigungsstelle zu jedem Zeitpunkt des Einigungsstellenver-  
fahrens wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden. Er muss nach  
§ 76 Abs. 2 Satz 1 BetrVG unparteiisch sein.

a) Im Zusammenhang mit der Ablehnung eines Einigungsstellenvor- 17  
sitzenden finden die Vorschriften über die Ablehnung eines Schiedsrichters  
nach §§ 1036 ff. ZPO entsprechende Anwendung, soweit dem nicht zwingende  
Grundsätze des Einigungsstellenverfahrens nach § 76 BetrVG entgegenstehen.  
Legt der für befangen gehaltene Vorsitzende sein Amt nicht von sich aus  
nieder, entscheidet die Einigungsstelle über den Ablehnungsantrag in ent-  
sprechender Anwendung des § 1037 Abs. 2 Satz 2 ZPO. Nach § 76 Abs. 3  
Satz 3 Halbs. 1 BetrVG beschließt sie ohne den abgelehnten Vorsitzenden.  
Findet der Ablehnungsantrag unter den Beisitzern der Einigungsstelle keine  
Mehrheit, entscheidet die Einigungsstelle unter Beteiligung des für befangen  
gehaltenen Vorsitzenden darüber, ob sie das Verfahren fortsetzt oder es ggf.  
bis zur gerichtlichen Entscheidung über die geltend gemachten Ablehnungs-  
gründe aussetzt, § 1037 Abs. 3 Satz 1 und 2 ZPO (*vgl. zur Prüfung von Ab-  
lehnungsgründen im Anfechtungsverfahren BAG 29. Januar 2002 - 1 ABR  
18/01 - zu B I 2 b bb der Gründe, BAGE 100, 239; ausführlich 11. September  
2001 - 1 ABR 5/01 - zu B I bis III der Gründe, BAGE 99, 42; zu der Rechtslage  
vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts*

vom 22. Dezember 1997 [BGBl. I S. 3224] 9. Mai 1995 - 1 ABR 56/94 - zu B II der Gründe, BAGE 80, 104).

b) An dieser Rechtsprechung hält der Senat trotz der im Schrifttum teilweise geäußerten Kritik schon aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsmittelklarheit fest (vgl. zu der Kontroverse bspw. Bertelsmann FS Wißmann S. 230, 242 ff.; GK-ArbGG/Dörner Stand November 2010 § 98 Rn. 54 ff. mwN). 18

2. Das Bundesarbeitsgericht hat bisher nicht über das isolierte gerichtliche Verfahren der Ablehnung eines Einigungsstellenvorsitzenden wegen Besorgnis der Befangenheit außerhalb der Anfechtung eines Einigungsstellenspruchs entschieden. Der in späteren Entscheidungen nicht wieder aufgegriffene Hinweis im Beschluss vom 9. Mai 1995 auf § 98 ArbGG war ersichtlich nicht tragend (- 1 ABR 56/94 - zu B II der Gründe, BAGE 80, 104). Auch für das Ablehnungsverfahren ist keine Analogie zu § 98 ArbGG, sondern eine entsprechende Anwendung der § 1036 Abs. 2, § 1037 Abs. 3 Satz 1, § 1062 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2, § 1065 Abs. 1 Satz 2 ZPO geboten. 19

a) Das Verfahren der Behandlung von Ablehnungsgesuchen, die sich gegen den Vorsitzenden einer Einigungsstelle richten, ist gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt. § 76 Abs. 3 BetrVG ordnet für das Einigungsstellenverfahren lediglich allgemein die mündliche Beratung an und regelt das Abstimmungsverfahren sowie die Niederlegung und das Zuleiten von Beschlüssen. Darüber hinaus ermöglicht § 76 Abs. 4 BetrVG ergänzende Verfahrensbestimmungen durch Betriebsvereinbarung. Dazu können auch Regelungen über die Behandlung von Ablehnungsgesuchen gehören. Erzielen die Betriebsparteien darüber keine Einigung, enthält das Betriebsverfassungsgesetz keine Auffangregelung. Auch das Arbeitsgerichtsgesetz regelt die Behandlung von Ablehnungsgesuchen gegen Einigungsstellenvorsitzende nicht. Die für das arbeitsgerichtliche Urteils- und Beschlussverfahren geltenden Vorschriften der § 49 Abs. 1 und 3, § 64 Abs. 7, § 72 Abs. 6 ArbGG (iVm. § 80 Abs. 2, § 87 Abs. 2, § 92 Abs. 2 ArbGG) betreffen die Ablehnung von Gerichtspersonen. Sie sind auf das Einigungsstellenverfahren nicht übertragbar (vgl. BAG 11. September 2001 - 1 ABR 5/01 - zu B I 2 der Gründe, BAGE 99, 42). 20

b) Die planwidrige Gesetzeslücke ist entgegen der überwiegenden Auffassung im Schrifttum nicht durch eine entsprechende Anwendung von § 98 ArbGG, sondern durch eine Analogie zu §§ 1036 ff. ZPO - und damit auch zu § 1062 Abs. 1 Nr. 1 ZPO - zu schließen (*aA DKKW/Berg BetrVG 12. Aufl. § 76 Rn. 66; Fitting BetrVG 25. Aufl. § 76 Rn. 28; ErfK/Kania 11. Aufl. § 76 BetrVG Rn. 16; Kreuz GK-BetrVG 9. Aufl. Bd. 2 § 76 Rn. 55; WPK/Preis BetrVG 4. Aufl. § 76 Rn. 16*). Dadurch werden systematische Unstimmigkeiten vermieden. Zugleich wird dem Beschleunigungsgrundsatz genügt und dafür gesorgt, dass derselbe Spruchkörper, das Arbeitsgericht, sowohl über die Anfechtung des Einigungsstellenspruchs als auch über die Ablehnung des Einigungsstellenvorsitzenden zu entscheiden hat. Das Arbeitsgericht - nicht das Landesarbeitsgericht - ist in erster und letzter Instanz entsprechend § 1037 Abs. 3 Satz 1, § 1062 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2, § 1065 Abs. 1 Satz 2 ZPO in der vollen Kammerbesetzung der §§ 2a, 80 ff. ArbGG für die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch zuständig (*im Ausgangspunkt ebenso, aber für eine Eingangszuständigkeit des Landesarbeitsgerichts I. Schmidt JbArbR Bd. 40 S. 121, 129*).

aa) In seiner Funktion entspricht das Arbeitsgericht sowohl bei der Entscheidung über die Anfechtung des Einigungsstellenspruchs als auch bei der Entscheidung über die Ablehnung des Einigungsstellenvorsitzenden dem in einem schiedsrichterlichen Verfahren tätigen Oberlandesgericht. Das Oberlandesgericht ist nach § 1062 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 ZPO für die Ablehnung eines Schiedsrichters wegen Besorgnis der Befangenheit (§ 1037 ZPO) zuständig. Zugleich besteht die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts für die Aufhebung des Schiedsspruchs (§ 1059 ZPO) nach § 1062 Abs. 1 Nr. 4 Var. 1 ZPO. Daher ist es konsequent, das Arbeitsgericht nicht nur für die Anfechtung des Einigungsstellenspruchs, sondern auch für die Entscheidung über die Ablehnung des Einigungsstellenvorsitzenden als zuständig zu erachten.

bb) Die entsprechende Anwendung der § 1037 Abs. 3 Satz 1, § 1062 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 ZPO anstelle von § 98 ArbGG führt dazu, dass die Richterbank des Arbeitsgerichts bei der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch

dieselbe ist wie im Verfahren der Anfechtung des Einigungsstellenspruchs. Über die Anfechtung entscheidet das Arbeitsgericht in voller Kammerbesetzung. Eine analoge Anwendung des § 98 Abs. 1 Satz 1 ArbGG begründete dagegen die Zuständigkeit des Kammervorsitzenden.

cc) Die entsprechende Anwendung der §§ 1037 ff., § 1065 Abs. 1 ZPO dient ferner dem Beschleunigungsgrundsatz. Aus der Analogie zu § 1065 Abs. 1 Satz 1 und 2 iVm. § 1062 Abs. 1 Nr. 1 ZPO folgt die Unanfechtbarkeit der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch. Eine entsprechende Anwendung des § 98 ArbGG hätte demgegenüber die Anfechtbarkeit der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch zur Folge (*§ 98 Abs. 2 Satz 1 ArbGG*). Die Beschränkung auf die eine Instanz des Arbeitsgerichts entspricht dem allgemeinen Rechtsgedanken eines beschleunigten Verfahrens in Befangenheitsangelegenheiten, wie er sich beispielsweise in § 49 Abs. 3 und § 103 Abs. 3 Satz 5 ArbGG ausdrückt. 24

dd) Die auf die Bestimmungen des schiedsrichterlichen Verfahrens der §§ 1036 ff. ZPO begrenzte Analogie für das Ablehnungsverfahren bietet zudem den Vorteil, dass nur ein verfahrensrechtliches System entsprechend angewandt werden muss. Das zeigt sich etwa an § 1039 Abs. 1 Satz 2 ZPO. Nach § 1039 Abs. 1 Satz 1 ZPO ist ein Ersatzschiedsrichter ua. dann zu bestellen, wenn das Amt des Schiedsrichters nach §§ 1037, 1038 ZPO endet. Die Bestellung erfolgt nach den Regeln, die auf die Bestellung des zu ersetzenden Schiedsrichters anzuwenden waren (*§ 1039 Abs. 1 Satz 2 ZPO*). Das sind bei einem Einigungsstellenvorsitzenden die unmittelbar anwendbaren Regeln des § 98 ArbGG. 25

3. Die Beschwerde des Betriebsrats gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts ist deshalb in entsprechender Anwendung des § 1065 Abs. 1 Satz 2 ZPO unstatthaft. Sie hätte vom Landesarbeitsgericht als unzulässig verworfen werden müssen. Dem steht nicht entgegen, dass das Arbeitsgericht in unzutreffender Anwendung des § 98 Abs. 1 Satz 1 ArbGG entschieden hat, ohne die ehrenamtlichen Richter heranzuziehen. Die fehlerhafte Besetzung eines 26



Gerichts führt nicht zur Statthaftigkeit eines von der Rechtsordnung nicht vorgesehenen Rechtsmittels.

Linsenmaier

Kiel

Gallner

Bea

Gerschermann