

Nichtzulassungsbeschwerde - Hürde zu mehr Gerechtigkeit ?*)

Einleitung

Für Arbeitsrechtler ist der Auftrag, eine Beschwerde gegen die Nichtzulassung (der Revision oder) der Rechtsbeschwerde zu begründen, eine Herausforderung - und eine eher undankbare Angelegenheit. Man hat die zweitinstanzliche negative Entscheidung „kassiert“. Man hat gegen deren Begründung viel einzuwenden, ebenso wie gegen die lapidare, nicht begründete Entscheidung, die Rechtsbeschwerde werde „mangels Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen nicht zugelassen“¹.

Dem Geschäftsbericht des BVerwG für 2011 lassen sich die Anzahl der Eingänge in Personalvertretungsangelegenheiten, von Nichtzulassungsbeschwerden und deren Erfolge leider nicht entnehmen. Letztere dürften wohl noch geringer sein als beim BAG und also deutlich unter 10% liegen.

Dies mag daran liegen, dass die Begründung einer Nichtzulassungsbeschwerde nicht nur die ausdrücklich im Gesetz genannten Kriterien erfüllen muss (§ 72 Abs. 2 Nr. 1 bis Nr. 3 ArbGG), sondern zusätzlich auch alle durch die Rechtsprechung entwickelten Tatbestände. Daneben engt aber die aktuelle Rechtsprechung des allein für das Personalvertretungsrecht zuständigen 6. Senats des BVerwG die Möglichkeiten für einen „Erfolg“ einer **Grundsatzrüge**² noch einmal ein. Es scheint, dass die Mehrzahl zumindest der veröffentlichten Entscheidungen der letzten Jahre dieses 6. Senats ablehnende Nichtzulassungsentscheidungen waren. Sie wurden vom Senat immerhin häufig für würdig befunden, der Fachpresse übermittelt zu werden - richtigerweise: Diese Entscheidungen haben sich mitnichten ausschließlich mit den angeblich nicht gegebenen Gründen für eine Nichtzulassung beschäftigt. Sie waren vielmehr bedeutende, weil neue Entscheidungen materiell-rechtlicher Art.

*) *Überarbeitete Fassung meines Vortrags auf der Fachtagung Personalvertretungsrecht der HBS am 11./12.09.2012*

¹ Lt. Geschäftsbericht des BAG für 2011 waren fast 2/3 der Neueingänge (63,7%) Nichtzulassungsbeschwerden (allerdings wohl ca. 1/3 davon aus dem Bereich der betrieblichen Altersversorgung). 2008 wurden 38% als „unzulässig“ zurückgewiesen. Von den Beschlussverfahren (874 Eingänge) waren nur 8,8 % erfolgreich.

² Insoweit grenze ich meine Ausführungen in Bezug auf das hiesige Thema ein.

Insoweit muss auch hier und weiterhin die „*Nichtzulassungsbeschwerde als Unerträglichkeit anwaltlichen Seins*“³ bezeichnet werden.

Entsprechend dem Thema lautet meine **Einleitungs-These**:

*Die aktuelle **Rechtsprechung** des 6. Senats des **BVerwG** in **Nichtzulassungsbeschwerde-Verfahren** in Personalvertretungsangelegenheiten - **Grundsatzrüge** - stellt eine **Hürde** zu mehr **Gerechtigkeit** dar.*

Ich werde dies anhand der folgenden Punkte nachweisen:

1. Notwendiger **Inhalt** der **Begründung** einer **Rechtsbeschwerde**
 2. Notwendiger **Inhalt** der Begründung einer **Nichtzulassungsbeschwerde**
 3. **Vergleich** und Gegenüberstellung der **jeweils notwendigen** und **zulässigen Begründungsinhalte**
 4. **Analyse** der aktuellen Rechtsprechung des 6. Senats und **Beispiele**
 5. **Bewertung** und **Zusammenfassung**
-

1. Notwendiger **Inhalt** der **Begründung** einer **Rechtsbeschwerde**

a) Schon seit dem „*Gesetz zur Beschleunigung und Bereinigung des arbeitsgerichtlichen Verfahrens*“⁴ gibt es nur noch die (Zulassungsrevision und auch nur noch die) **Zulassungsrechtsbeschwerde**. Die Zulassungsgründe für beide sind seit dem „*Anhörungsrügensgesetz*“⁵ kongruent⁶. Auch die Rechtsbeschwerde in Personalvertretungsangelegenheiten findet also nur statt, wenn sie im Beschluss des OVG/VGH oder durch das BVerwG **zugelassen** wird (§ 92 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 72 Abs. 2 ArbGG). Eine Rechtsbeschwerde ohne Zulassung gibt es nicht⁷.

b) Die Rechtsbeschwerde **muss** zugelassen werden (§ 72 Abs. 2 ArbGG), wenn

1. eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage grundsätzliche Bedeutung hat⁸,

oder wenn

2. der Beschluss von einer Entscheidung anderer Obergerichte abweicht und er auf diese Abweichung beruht,

³ so schon Gross in Festschrift 25 Jahre ArGe Arbeitsrecht im DAV (2005) S. 326, 327

⁴ 23.05.1979, BGBl. I, 545, 552

⁵ 09.12.2004 BGBl. I 3220; zur Einführung s. *Baden PersR* 2005, 235

⁶ Schwab-Weth - *Ulrich* ArbGG 3. A. § 72 Rn. 11

⁷ Germelmann u. a. - *Müller-Glöge* ArbGG 7. A. §72 Rn. 2

⁸ ab 01.01.2005, s. Fn. 5

oder wenn

3. ein absoluter Revisionsgrund (§ 547 Nr. 1 - Nr. 5 ZPO) oder eine entscheidungserhebliche Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend gemacht wird und vorliegt⁹.

Ein absoluter Revisionsgrund liegt vor, wenn

- das erkennende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war,
- ein Richter an der Entscheidung mitgewirkt hat, der kraft Gesetzes von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen war,
- ein Richter trotz begründeten Ablehnungsgesuchs an der Entscheidung mitgewirkt hat,
- eine Partei nicht ordnungsgemäß vertreten war und die Prozessführung nicht ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat,

oder wenn

- eine Entscheidung aufgrund mündlicher Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt wurden.

Eine Rechtsbeschwerde ist **unzulässig** im Verfahren auf Erlass einer **einstweiligen Verfügung** (§ 85 Abs. 2, § 92 Abs. 1 S. 3 ArbGG).

c) Der Zulassungsbeschluss muss in den Beschlusstenor aufgenommen, aber nicht begründet werden (§ 72 Abs. 1, 64 Abs. 3a S. 1 ArbGG)¹⁰. Wenn die Rechtsbeschwerde vom OVG/VGH zugelassen wird, ist das BVerwG hieran gebunden, selbst wenn es die Zulassungsvoraussetzung, hier also die grundsätzliche Bedeutung verneinen würde (§ 72 Abs. 3 ArbGG)¹¹.

d) Außer der Zulassung selbst setzt die Zulässigkeit einer Rechtsbeschwerde, neben deren frist- und formgerechter Einlegung (§ 92 Abs. 2, 74 Abs. 1 ArbGG)¹², eine „ausreichende“ **Begründung** (§ 94 Abs. 1 und 2 ArbGG) voraus. Für das Verfahren der Rechtsbeschwerde gelten die für das (arbeitsrechtliche) Revisionsverfahren maßgebenden Vorschriften, insbesondere auch hinsichtlich der **Begründung** (§ 92 Abs. 2 S. 1 ArbGG). Das bedeutet, dass eine **Rechtsbeschwerde ausschließlich** darauf gestützt

⁹ etwas anders § 543 Abs. 2 ZPO; trotz des nicht identischen Wortlautes sollen sich die Tatbestandsvoraussetzungen decken: *Ulrich* aaO. (Fn. 6) § 74 Rn. 1; vgl. auch § 132 Abs. 2 VwGO, §§ 160, 160a SGG, § 115 FGO

¹⁰ h. M., vgl. *Müller-Glöge* aaO. (Fn. 7) § 72 Rn. 34

¹¹ *Altwater* u. a. - *Baden* BPersVG 7. A. § 83 Rn. 104 f.; *Lorenzen* u. a. - *Rehak* BPersVG Loseblatt Stand: Mai 2012 § 83 Rn. 120; anders § 522 Abs. 2 ZPO n. F. !

¹² Darauf soll hier nicht eingegangen werden.

werden kann, dass der Beschluss des OVG/VGH ergangen ist **unter Verletzung einer Rechtsnorm** (§ 73 Abs. 1 S. 1 ArbGG).

Es bedarf nach der einschlägigen Rechtsprechung hierzu in der Begründung

- einer **substantiierten** Rüge der nach Auffassung des Rechtsbeschwerdeführers vom OVG/VGH unrichtig angewandten und damit **verletzten Vorschrift**, des materiellen oder auch des Verfahrensrechts¹³,

- der substantiierten Darlegung, **weshalb** die Anwendung durch das OVG/den VGH **unrichtig** war. Es muss eine **ausführliche** Auseinandersetzung mit **allen** Argumenten des angefochtenen Beschlusses im Einzelnen stattfinden und dargelegt werden, weshalb die **einzelnen Ansichten** des angefochtenen Beschlusses **unrichtig** sind. Notwendig ist die **konkrete Darstellung der Gründe**, weshalb das angefochtene Urteil rechtsfehlerhaft sein soll¹⁴. „*Dabei ist sehr sorgfältig vorzugehen.*“¹⁵ Der Beschwerdeführer muss „*eine sorgfältige, über ihren Umfang keinen Zweifel lassende Begründung*“ abgeben¹⁶. Die Auseinandersetzung muss zeigen, dass das Urteil „*genau durchdacht*“ wurde¹⁷. Es handelt sich um eine erhebliche „**Begründungsstrenge**“¹⁸.

Und es bedarf

- der Darlegung, dass der angefochtene Beschluss auf dieser unrichtigen Anwendung **beruht.**, also der Entscheidungserheblichkeit.

Die Vorschriften über die Begründung der Rechtsbeschwerde sind im ArbGG nicht abschließend aufgezählt; daneben sind (§ 72 Abs. 5 ArbGG) die entsprechenden **Vorschriften der ZPO** (mindestens §§ 549 bis 553 ZPO) anzuwenden. Es handelt sich um ein „*komplexes Zusammenspiel von ArbGG und ZPO*“¹⁹. Danach gehören zum notwendigen Inhalt einer Rechtsbeschwerdebegründung

- die Angabe der Beschwerde**gründe** (§ 551 Abs. 3 Nr. 2 ZPO), seien es Sach- und/oder **Verfahrensrügen**,

und es müssen

- die **Tatsachen** bezeichnet werden, aus denen sich eine Rechtsverletzung ergeben soll (§ 551 Abs. 3 Nr. 2a ZPO).

¹³ so schon BAG 05.08.1986 NZA 1986, 763

¹⁴ BAG 22.10.2009 - 8 AZR 520/08 -

¹⁵ Ulrich aaO. (Fn. 6) Rn. 48a

¹⁶ BAG 19.03.2008 - 7 AZR 1100/06 - NZA 2009, 84, 85

¹⁷ BAG 13.10.2009 - 9 AZR 875/08 NZA 2010, 245

¹⁸ kritisch hierzu Grunsky ArbGG § 74 Rn. 7b; GK-ArbGG-Mikosch § 74 Rn. 57; bejahend Ulrich aaO. (Fn. 6) Rn. 49 a. E. mit w. Nachw.

2. Notwendiger **Inhalt** der Begründung einer **Nichtzulassungsbeschwerde** Gerügt werden kann und darf mit ihr nach dem Wortlaut des Gesetzes, und zwar **ausschließlich**, dass das **OVG** / der VGH die **Rechtsbeschwerde hätte zulassen müssen**, dass also **die Norm des § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG** (für das vorliegende Thema) **durch den angefochtenen Beschluss verletzt** wurde !

a) Es gelten für die Nichtzulassungsbeschwerde zunächst alle Vorschriften über Fristen und Einlegung wie bei einer Rechtsbeschwerde (§ 72a Abs. 2, Abs. 3 S. 1 ArbGG). Die **Begründung** einer Nichtzulassungsbeschwerde allerdings muss und darf sich jedoch **nur** an ihrem **einzigen**, s. oben !, **Verfahrensziel** orientieren, nämlich zu **prüfen**, ob, im Gegensatz zur Auffassung/Entscheidung des OVG/VGH, **einer** der o. g. **Zulassungsgründe** vorliegt. Das bedeutet, dass diese Begründung, in Bezug auf das Thema hier konkret, nach dem Wortlaut des Gesetzes **ausschließlich darlegen** muss und darf, dass

eine reversible entscheidungserhebliche²⁰ Rechtsfrage, die vom Beschwerdegericht auch beantwortet werden kann²¹, grundsätzliche Bedeutung hat“ (§ 72 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, § 72a Abs. 3 S. 2 Nr. 1 ArbGG)²².

Daraus ergibt sich z. B., dass es „unzureichend“ wäre vorzutragen, die Rechtsfrage habe deshalb grundsätzliche Bedeutung, weil sie bisher vom BVerwG noch nicht entschieden wurde²³: Daraus ergibt sich noch keine grundsätzliche Bedeutung.

b) Im Rahmen der - sehr häufig ablehnenden - Nichtzulassungsentscheidungen des **BVerwG²⁴** (aber auch der etwas seltener Ablehnenden des BAG) wurde allerdings, aktuell bis heute, der Begriff der „grundsätzlichen Bedeutung“ um mehrere „ungeschriebene Tatbestandsmerkmale“ **erweitert²⁵**, die teilweise unscharf sind - und die die Anforderungen an die Begründung einer Grundsatzrüge im Rahmen eines Zulassungsverfahrens m. E. mindestens teilweise überspannen:

²⁰ Die Entscheidungserheblichkeit wird hier nicht behandelt.

²¹ BVerfG 04.11.2008 - 1 BvR 2587/06 NZA 2009, 53

²² Die Divergenz-, die Gehörsrüge und die Rüge des Vorliegens absoluter Revisionsgründe (§ 547 Nr. 1 -5 ZPO) werden hier nicht behandelt.

²³ BAG 27.03.2002 - 8 AZN 117/02

²⁴ hier nur behandelt des 6. Senats in Personalvertretungssachen

²⁵ so schon Zwanziger FA 2007, 332, 334

- Die grundsätzliche Bedeutung soll nur gegeben sein, wenn die Klärung der Rechtsfrage „**von allgemeiner Bedeutung für die Rechtsordnung**“ sei²⁶,

oder sie

- wegen ihrer **tatsächlichen Auswirkungen die Interessen der Allgemeinheit** / mindestens eines **größeren Teils** von ihr berührt²⁷.

Beides mag man noch als zulässige Auslegungshilfen für den unbestimmten Rechtsbegriff der „grundsätzlichen Bedeutung“ ansehen, auch im Hinblick auf die ähnliche Formulierung in der ZPO.

Die Rechtsfrage soll darüber hinaus, so die Rechtsprechung beider Obergerichte²⁸, zusätzlich auch

- „**klärungsfähig**“

und

- „**klärungsbedürftig**“

sein müssen.

Die beiden Begriffe werden in Entscheidungen des 6. Senats des BVerwG, aber auch des BAG uneinheitlich benutzt, „*oft nicht trennscharf abgegrenzt und verwendet*“²⁹, „*vielfach vermischt*“. Von manchen wird die Unterscheidung gar für unerheblich gehalten³⁰.

c) Klärungsfähig soll die Rechtsfrage nur sein, wenn das BVerwG sie mit „ja“ oder „nein“ beantworten kann. Zusätzlich muss es sich um revisibles Recht handeln³¹, und die Rechtsfrage muss entscheidungserheblich sein, die angefochtene Entscheidung also darauf beruhen³².

d) Klärungsbedürftigkeit soll gegeben sein - auch insoweit von mir noch nachvollziehbar -, auch wenn auch dies nicht gesetzlich geregelt / bestimmt ist, wenn die Rechtsfrage höchstrichterlich noch nicht entschieden wurde.

²⁶ dazu s. BVerwG 15.05.2008 - 6 PB - 20.07 -, PersR 2008, 379, 380; 28.08.2008 - 6 PB - 19.08 -, PersR 2008, 458

²⁷ BAG 05.11.2008 - 5 AZN 842/08 - NZA 2009, 55; 11.03.2008 - 3 AZN 1311/07-; schon: 15.02.2005 - 9 AZN 982/04 - NZA 2005, 542, 543

²⁸ der große Teile der Kommentarliteratur, soweit ersichtlich, insoweit relativ „unkritisch“ bejahend folgt, als diese Rechtsprechung lediglich wiedergegeben, aber nicht bewertet wird.

²⁹ Ulrich aaO. (Fn. 6) § 72 Rn. 26.

³⁰ Ulrich aaO.; GK-ArbGG - Mikosch § 72 Rn. 20

³¹ BVerfG Ka 04.11.2008 - 1 BvR 2587/06 - NZA 2009, 53, 54; § 545 Abs. 1 ZPO

³² s. z. B. BAG 13.06.2006 - 9 AZN 226.06 - NZA 2006, 1004, 1005

Klärungsbedürftigkeit soll auch gegeben sein, wenn „*nicht ausgeschlossen werden kann, dass andere (Instanzgerichte) ... zu einem anderen Ergebnis gelangen*“³³.

Allerdings soll **beides** nur gelten, wenn dies „**zweifelsfrei**“ bisher nicht entschieden wurde bzw. zu erwarten ist.

Nicht (mehr) klärungsbedürftig (das BVerwG ist hier begrifflich wohl etwas verunglückt, wenn es von „klärungsfähig“ spricht?) soll, so der 6. Senat, die Rechtsfrage aber auch dann sein, wenn sie

- nach Auffassung des BVerwG bereits vom Gericht „**geklärt**“ worden sei, wenn
 - die „**richtige**“ Beantwortung der Rechtsfrage „**offenkundig**“ sei³⁴, d. h., wenn sie „**so einfach zu beantworten**“ sei, dass divergierende Entscheidungen der Instanzgerichte „**nicht zu erwarten**“ seien³⁵,
- oder wenn
 - eine gesetzliche oder tarifliche Regelung „**völlig eindeutig**“ sei³⁶.

Und, möglicherweise in jüngerer Vergangenheit gehäuft, ist die grundsätzliche Bedeutung / eine Klärungsbedürftigkeit nach Auffassung des 6. Senats auch dann nicht gegeben, wenn

- „**die Auffassung der angefochtenen Entscheidung** - bezüglich der Anwendung der materiell-rechtlichen Norm(-en) - **zutreffend ist**“.

Diese letztgenannte „Begründung“ des 6. Senats in Personalvertretungssachen zur Verneinung der „Grundsätzlichkeit“ halte ich für **rechtlich unzulässig**, wie sich aus dem folgenden **Vergleich** ergibt:

3. Vergleich und Gegenüberstellung der **jeweils notwendigen** und **zulässigen Begründungsinhalte** einer **Rechtsbeschwerde** im **Gegensatz** zu einer **Nichtzulassungsbeschwerde**

Wie dargelegt ist nach dem Gesetz (§ 92 Abs. 2 S. 1, § 73 Abs. 1 S. 1 ArbGG) **alleiniger** notwendiger Inhalt einer **Rechtsbeschwerdebegründung**, dass der

³³ BAG 23.01.2007 - 9 AZN 792/06 - AP Nr. 66 zu § 72a ArbGG 1979 - Grundsatz

³⁴ 24.05.2006, 6 PB 16.05 – Juris; BAG 15.02.2005 – 9 AZN 982/04; BVerwG 25.02.2005 – 6 PB 9.04 – PersR 2005, 192; 12.12.2005 – 6 P 7.05 – PersR 2006, 122; 02.06.2005 – 6 PB 2.05 – PersR 2006, 34; 23.04.2008 – 6 PB 7.08 – PersR 2008, 451

³⁵ insoweit wenig überzeugend: BAG 26.01.2006 - 9 AZR 11/05 - NZA 2006, 1180; BAG 15.02.2005 - 9 AZN 982/04 - NZA 2005, 542, 544

³⁶ BAG 25.10.1989 . 2 AZN 401/89 AP Nr. 39 zu § 72a ArbGG 1979 - Grundsatz

angefochtene Beschluss des OVG/VGH ergangen ist unter **Verletzung** (irgend-)einer **Rechtsnorm**.

Dagegen ist **alleiniger** notwendiger Inhalt der Begründung einer **Nichtzulassungsbeschwerde** nach dem Gesetz (§ 72 Abs. 2 Nr. 1 - Nr. 3, § 72a Abs. 3 S. 2 Nr. 1 ArbGG) etwas **völlig Anderes**, nämlich **ausschließlich**, dass der angefochtene Beschluss des OVG/VGH ergangen ist unter **Verletzung nur** des **§ 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG**. Sie kann und darf **nur** damit begründet werden, der nach Auffassung des Nichtzulassungs-Beschwerdeführers gegebene **Zulassungsgrund liege vor !**

Eine Nichtzulassungsbeschwerde würde **als unzulässig** zurückgewiesen, wenn sie damit begründet würde, das LAG habe den Rechtsstreit unrichtig entschieden. Eine solche Begründung formuliert gerade keine Rechtsfrage³⁷.

Dass die angefochtene Entscheidung „**in der Sache unrichtig ist, muss im Rahmen der der Nichtzulassungsbeschwerde-Begründung nicht nachgewiesen werden**. Sie ist (nämlich) **nicht mit der** (Rechtsbeschwerde-)Begründung zu **verwechseln**. **Entscheidend ist** (für die Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde) **lediglich, ob die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss hätte zugelassen werden müssen**. Das wird **häufig übersehen**.“³⁸

Die Nichtzulassungsbeschwerde lässt „**nicht die Sachentscheidung des Berufungsgerichts, vielmehr allein die Nichtzulassung**“ beim BVerwG anfallen. Sie ist deshalb auch **nur Rechtsbehelf**³⁹ und **kein Rechtsmittel**⁴⁰, weshalb es auch keine Rechtsmittelbelehrung, sondern nur einen „Hinweis“ geben muss (§ 9 Abs. 5 S. 1 bzw. S. 2 ArbGG).

4. Analyse der aktuellen Rechtsprechung des 6. Senats und **Beispiele**

a) Der 6. Senat des BVerwG hat seit der Einführung der Grundsatzrüge (01.01.2005) zahlreiche, wahrscheinlich die meisten Nichtzulassungsbeschwerden abschlägig beschieden. Die „Erfolgsquote“ vermute ich bei max. 6 - 7%. Dies lag teilweise daran, dass die aufgeworfenen Rechtsfragen nicht

³⁷ Ulrich aaO. (Fn. 6) § 72a Rn. 58

³⁸ Ulrich aaO. Rn. 52; Hervorhebungen und Klammerzusätze vom Verf.

³⁹ BAG 05.11.2008 - 5 AZN 842.08 - NZA 2009, 55

⁴⁰ Müller-Glöge aaO. (Fn. 7) § 72a Rn. 7

entscheidungserheblich waren, die angefochtene Entscheidung also nicht auf ihnen beruhte, oder weil nur einzelfall- oder nur auf wenige Fälle bezogen, oder weil das anzuwendende Gesetz demnächst auslief.

Viele Rechtsfragen, die mit Nichtzulassungsbeschwerden/Grundsatzrügen aufgeworfen wurden, hat der Senat jedoch **nur** zurückgewiesen mit folgenden „Begründungen“,

- er halte die *„Rechtsansicht(!) des angefochtenen Beschlusses für zutreffend“*,
- die Beantwortung der Rechtsfrage sei *„offenkundig“*, sie sei *„eindeutig zu verneinen“*, oder eben *„mit dem OVG unter den hier gegebenen Umständen eindeutig zu bejahen“*.
- Im konkreten Fall(!) sei die Beantwortung der Rechtsfrage durch das OVG *„ohne weiteres aus der Senatsrechtsprechung zum hier in Rede stehenden Problemkreis herzuleiten“*,
- die aufgeworfene Frage sei in der Rechtsprechung des beschließenden Gerichts bereits *„seit langem geklärt“* (die letzte hierzu ergangene Entscheidung des Senats war von 1963 ...),
- die Beantwortung der Rechtsfrage durch das OVG entspreche *„einheitlicher Auffassung in Rechtsprechung und Literatur“* (obwohl es nur drei OVG-Entscheidungen bis zu diesem Zeitpunkt gegeben hat),
- die Rechtsfrage könne *„mit Hilfe der üblichen Regeln sachgerechter Rechtsauslegung und unter Berücksichtigung der vorliegenden Rechtsprechung des Senats ohne weiteres im Sinne des OVG beantwortet werden“*,

und ähnlichen „Begründungen“ mehr.

Allen ist gemein, dass sie mit der Frage der „Grundsätzlichkeit“ im oben beschriebenen Sinne nichts mehr zu tun haben. Der 6. Senat vertauscht die geforderte „Klärungsbedürftigkeit“ mit der Entscheidung in der Sache selbst. Er verlässt dabei den Rahmen der Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine Rechtsbeschwerde mit der inhaltlichen Entscheidung, die aber erst im Rechtsbeschweffrdeverfahren ergehen dürfte⁴¹.

⁴¹ S. die von mir erstellte Zusammenstellung mit Zitaten aus den verschiedenen Entscheidungen des 6. Senats, die als Anlage beigefügt ist.

b) Der 6. Senat BVerwG stützte sich, als „Legitimation“ für diese Vorgehensweise (ca. bis etwa 2007) noch auf eine Rechtsprechung des BAG, nämlich dass eine aufgeworfene Rechtsfrage dann nicht mehr klärungsbedürftig sei, wenn die Beantwortung deshalb „eindeutig“ sei, weil sie sich „ohne weiteres aus dem Gesetz ergibt“⁴². Es handelt sich hierbei jedoch, so das BAG, um eine **Ausnahme**. Dies zeigen auch die - wenigen ! - veröffentlichten Entscheidungen des BAG, deren einschlägige Begründungen nur jeweils ca. 10 bis 12 Zeilen lang sind. Sie lauten **z. B.**, dass das ArbGG als Spezialgesetz vergleichbaren Regelungen der ZPO vorgehe. Oder es wird - kurz - ausgeführt, dass das tarifliche Erfordernis einer Kündigungsschutzklage nicht erfüllt ist, wenn „nur“ eine Feststellungsklage erhoben wird, wonach früher einmal ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien bestanden hat⁴³. Der Ausnahmecharakter wird auch deutlich in einer - zulassenden - Entscheidung des BAG⁴⁴: Die Beantwortung der Rechtsfrage sei deshalb „nicht offensichtlich“, weil „nicht auszuschließen“(!) sei, dass andere LAG's zu einem anderen Ergebnis gelangen. Es war also nicht erforderlich, wie es der 6. Senat macht, dass „es nicht zu erwarten“ sei !

c) An den folgenden **drei Beschlüssen** aus der jüngeren Vergangenheit soll **exemplarisch** dargestellt werden, dass der 6. Senat, anstatt die Rechtsbeschwerde zuzulassen, wozu er verpflichtet gewesen wäre, jeweils in der Sache selbst, und zwar ausführlichst entschieden hat:

(1) BVerwG 03.06.2011 - 6 PB 1.11 -⁴⁵ Vollmachtvorlage des beauftragten Rechtsanwalts **im Original** im Verfahren der Weiterbeschäftigung eines Jugendvertreters **innerhalb der Ausschlussfrist**:

Die innerhalb der Ausschlussfrist des § 9 Abs. 4 S. 1 BPersVG gerichtliche einzureichende Antragschrift der Dienststelle muss von deren gesetzlichen Vertreter unterzeichnet sein. Nur damit wird die verantwortliche Entscheidung des Leiters der Dienststelle „sichtbar erfüllt“. Wenn nachgeordnete Beschäftigte mit Prozessvollmacht diesen Antrag stellen, bedarf es der Vorlage der

⁴² Formulierung des BAG: 05.12.1979 - 4 AZN 41/79 - BAGE 32, 203, 210

⁴³ BAG 11.10.1989 - 2 AZN 401/89 - EzA § 72a ArbGG 1979 Nr. 56; GK-ArbGG - Mikosch § 72a Rn. 50 m.w.Nachw.

⁴⁴ 23.01.2007 - 9 AZN 792/06 - AP Nr. 66 § 72a ArbGG 1979 - Grundsatz

⁴⁵ PersR 2011,

Vollmacht des gesetzlichen Vertreters im Original innerhalb der Ausschlussfrist⁴⁶.

Das selbe soll gelten, und das ist an der hier wiedergegebenen Entscheidung neu, wenn der gerichtliche Auflösungsantrag von einem **Rechtsanwalt** gestellt wird. Seine Rechtsstellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege werde hierdurch nicht beeinträchtigt. Die Vorlage des Originals der Vollmacht innerhalb der Ausschlussfrist sei notwendig, damit der Betroffene spätestens zwei Wochen nach Beendigung seines Ausbildungsverhältnisses „Sicherheit über die verantwortlich entschiedene Absicht seines Arbeitgebers hat“. Damit, so der hier besprochene Beschluss, verbiete sich jegliche Beweisaufnahme zur Frage der Bevollmächtigung nach Ablauf der Ausschlussfrist (S. 5 d. B.). Dieses sein Ergebnis begründet der Senat nicht weiter. Er hält es für „*offensichtlich richtig*“.

Aber: Weshalb die Übersendung einer Fotokopie und das unverzügliche Nachreichen der anwaltlichen Originalvollmacht zu einer „Beweisaufnahme“ über die Bevollmächtigung führen soll, die der Senat anscheinend befürchtet, legt er nicht dar. Eine Auseinandersetzung mit der Ansicht, es könne eine Erklärung in der Antragsschrift genügen, wonach die ordnungsgemäße Bevollmächtigung „ausdrücklich anwaltlich versichert“ wird, findet nicht statt. Stattdessen wird als **neuer Leitsatz(!)** verkündet, dass **auch** die **anwaltliche** Vollmacht **im Original** und **innerhalb der Ausschlussfrist** beim Gericht einzugehen hat, anderenfalls der Antrag unwirksam ist.

Dieser Leitsatz ist (auch wenn er zugegebenermaßen im konkreten Fall für den vom Autor vertretenen Jugendvertreter sehr positiv war) u. a. auch aus folgendem Grund überraschend:

Beauftragt ein Arbeitnehmer einen Rechtsanwalt mit der Erhebung der Kündigungsschutzklage, die bekanntlich innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung beim Arbeitsgericht eingegangen sein muss, andernfalls die Kündigung wirksam ist, und erhebt der Rechtsanwalt unter Bezug auf eine ihm erteilte Vollmacht, ohne diese einzureichen, Kündigungsschutzklage, ist dieser Klageerhebung wirksam. Der Rechtsanwalt wäre erst auf eine Rüge (der

⁴⁶ zur Vollmacht der Behördenvertreterin: BVerwG 21.02.2011 - 6 P 12.10 -, PersR 2011, .

Gegenseite) verpflichtet, die Vollmacht im Original vorzulegen. Die Wirksamkeit der Kündigungsschutzklage wäre hiervon nicht berührt. Auch die Kündigungsschutzklage erfüllt eine ähnliche Funktion wie die nach § 9 BPersVG: der Arbeitgeber soll so schnell wie möglich, nämlich innerhalb der drei genannten Wochen, wissen, ob seine Kündigung bestandskräftig wird. Die Möglichkeiten der nachträglichen Klagezulassung sind sehr begrenzt.

Mindestens die Auseinandersetzung mit anderen Rechtsgestaltungsklagen, die von bevollmächtigten RechtsanwältInnen erhoben werden, hätte in einem Rechtsbeschwerdeverfahren geführt werden müssen/können (und ist von der Arbeitgeberseite im Vortrag insbesondere in der 2. Instanz auch entsprechend problematisiert worden). Dies darf nicht in einem Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren „abgebügelt“ werden. Schon gar nicht ist das Ergebnis „offensichtlich“ richtig.

(2) BVerwG - 6 PB 21.10 - 29.04.2011, PersR 2011, 341

Ein Personalrat hatte mit einem ihm vertretenden Rechtsanwalt eine **Vergütungsvereinbarung** geschlossen für seine Tätigkeit der Vertretung eines Personalrates in einem gerichtlichen Verfahren. Das OVG hatte eine Zahlungspflicht der Dienststellenleitung aus dieser Vereinbarung verneint. Das BVerwG hat auch hier einen **neuen Leitsatz(!)** aufgestellt, die Dienststelle sei in keinem Fall verpflichtet, Rechtsanwaltskosten aus personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahren auf der Grundlage einer Vergütungsvereinbarung zu übernehmen. Diese Frage sei „eindeutig“ im Sinne des VGH zu beantworten, „so dass es zu ihrer Klärung nicht erst eines Rechtsbeschwerdeverfahrens bedarf“. Zitiert werden der VGH München, das OVG Münster und das OVG Hamburg sowie Literaturmeinungen. Demgegenüber hatte das BAG bisher lediglich entschieden, worauf der Senat auch hinwies, dass ein Betriebsrat einen Rechtsanwalt „grundsätzlich auf der Grundlage der gesetzlichen Vergütung“ beauftragen muss/darf.

Es möge zwar zutreffend sein, so der 6. Senat weiter, dass im Bereich der öffentlichen Verwaltung im Falle der Beauftragung eines Rechtsanwalts durch die Dienststelle „nicht selten eine Vergütungsvereinbarung abgeschlossen

wird“. Dies sei jedoch, weil in einem Prozess gegen einen Dritten stattfindend, mit dem personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahren nicht vergleichbar.

Klar war, dass es bis zu diesem Zeitpunkt noch keine Entscheidung des BVerwG zu dieser Frage gab. Damit liegt Klärungsbedürftigkeit vor. Die angefochtene Entscheidung beruhte auch darauf. Alle Voraussetzungen für die Zulassung einer Rechtsbeschwerde lagen also, selbst nach den Ausführungen des 6. Senats, vor. Dennoch hat er in der Sache selbst entschieden, was im Nichtzulassungsverfahren unzulässig war.

Weder wird den Beteiligten - im Rechtsbeschwerdeverfahren - Gelegenheit gegeben, sich mit der einschlägigen Rechtsprechung des BAG und den dortigen Sachverhalten auseinanderzusetzen. Noch kann die Frage ausführlich diskutiert werden, weshalb der Personalrat nicht, ebenso wie die Dienststelle, berechtigt sein soll, in Einzelfällen sich der Unterstützung eines kompetenten Anwalts mittels einer angemessenen Vergütungsvereinbarung zu versichern. Auch RechtsanwältInnen der Dienststellen in Personalvertretungssachen arbeiten meist mit Vergütungsvereinbarungen. Sie wollen sich verständlicher Weise nicht mit den - in diesem Zusammenhang als miserabel zu bezeichnenden - Gebühren begnügen, insbesondere im Hinblick auf die Streitwertrechtsprechung des 6. Senats und der OVG's!

Diese Auseinandersetzung hätte in einem Rechtsbeschwerdeverfahren ausführlich geführt werden können, unter den Gesichtspunkten der abweichenden Rechtsprechung des BAG einerseits und der Angemessenheit der Vergütungsvereinbarung andererseits.

Nach den ansonsten vom 6. Senat immer wieder gleichförmig wiederholten notwendigen Zulassungsvoraussetzungen für die Begründetheit einer Grundsatzrüge in einer Nichtzulassungsbeschwerde hätte die Rechtsbeschwerde zugelassen werden müssen.

(3) BVerwG 04.06.2010 - 6 PB 4.10 -

Der Personalrat (der FU Berlin) verweigerte seine Zustimmung zu einer fristlosen verhaltensbedingten Kündigung eines Tarifbeschäftigten. Eine solche unterliegt nach § 87 Nr. 8 PersVG Bln der uneingeschränkten Mitbestimmung.

Die Dienststelle kündigte dennoch das Arbeitsverhältnis fristlos. Parallel führte sie das Einigungsverfahren fort. Die Einigungsstelle ersetzte die fehlende Zustimmung des Personalrats nicht.

Im verwaltungsgerichtlichen Beschlussverfahren wollte die Dienststelle den Beschluss der Einigungsstelle für rechtswidrig und unwirksam erklären lassen. Sie obsiegte vor dem OVG Berlin-Brandenburg, das, wie meist, die Rechtsbeschwerde nicht zuließ. Die dagegen erhobene Nichtzulassungsbeschwerde wurde vom 6. Senat zurückgewiesen:

(aa) Die **erste Rechtsfrage** lautete: Ist ein Antrag der Dienststellenleitung, den Beschluss der Einigungsstelle für rechtsunwirksam erklären zu lassen, noch zulässig, obwohl und lange nachdem die Kündigung ausgesprochen wurde? Diese Rechtsfrage sei, so der 6. Senat, *„mit dem OVG und den hier gegebenen Umständen(!) eindeutig zu bejahen, so dass es ihrer Klärung im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht bedarf“* (S. 2 d. B.).

Der Beschäftigte obsiegte in 1. und 2. Instanz mit seiner Kündigungsschutzklage *„mangels ordnungsgemäßer Beteiligung des Personalrats“*. Die Dienststelle hatte bereits im Kündigungsschutzverfahren - vergeblich - versucht zu erreichen, entweder den Beschluss der Einigungsstelle für rechtswidrig erklären zu lassen, oder jedenfalls die fehlende Zustimmung des Personalrats nicht als Kündigungshinderungsgrund anzusehen, oder aber die fehlende Zustimmung durch das Arbeitsgericht ersetzen zu lassen. Das Verfahren war mittlerweile beim BAG - 2 AZR 744/09 - anhängig.

Anscheinend hatte sich nun der 6. Senat in seiner ablehnenden Entscheidung vorgestellt, seine Entscheidung, den Beschluss der Einigungsstelle für rechtsunwirksam zu erklären, müsse dazu führen, dass die Einigungsstelle sich mit der Angelegenheit erneut beschäftigen müsse und eventuell die fehlende Zustimmung des Personalrats dann ersetze. Ob dann die beim BAG anhängige Kündigung/-schutzklage durch eine solche - nachträgliche - Ersetzung der Zustimmung des Personalrats gleichsam geheilt werden könnte, oder ob

vielleicht die Dienststelle erneut kündigen müsse, deutet der 6. Senat nur sehr undeutlich an⁴⁷.

Den Beteiligten, insbesondere dem Personalrat - die Einigungsstelle äußert sich in Berlin in derartigen Verfahren grundsätzlich nie - war es also verwehrt, sich mit dieser - ungewöhnlichen, bisher nicht Gegenstand irgendeiner Rechtsprechung gewesenen - Auffassung des OVG in einem Rechtsbeschwerdeverfahren grundsätzlich auseinanderzusetzen. Der 6. Senat entschied „*unter den hier gegebenen Umständen*“, ausdrücklich also konkret den Fall selbst, diese Rechtsfrage im Nichtzulassungs-Beschwerdeverfahren.

(bb) Die **zweite Rechtsfrage** in diesem Verfahren betraf das Letztentscheidungsrecht der Einigungsstelle nach dem PersVG Bln in Fällen der fristlosen Kündigung eines Tarifbeschäftigten, der „überwiegend hoheitliche Befugnisse im Sinne von Art. 33 Abs. 4 GG ausübt“, bzw. eines Beschäftigten, der diese Funktion nicht ausübt. Die Rechtsfrage, die das OVG verneint hatte, lautete, ob aufgrund der Rechtsprechung des BVerfG zum MBG Schleswig-Holstein⁴⁸ für Berlin auch eine Lückenschließung „zur Herstellung eines verfassungskonformen Ergebnisses“ angewandt werden müsse oder nicht. Der 6. Senat legt ausführlichst dar, weshalb dies aufgrund der Gesetzesentwicklung des PersVG Bln hier nicht möglich gewesen sei: Es gebe „*eindeutige Willensäußerungen des Gesetzgebers*“, die auch „*in Wortlaut und Systematik des Gesetzes ihren unmissverständlichen Niederschlag gefunden*“ hätten. Den Gang der letzten LPersVG-Änderung gibt der Senat - summarisch - wieder.

Dem Beschwerdeführer war es also weder möglich, sich zu den zur „Lückenschließung“ bisher ergangenen Entscheidungen und Fallgestaltungen zu äußern, noch sich mit den Vermutungen und Wertungen in der OVG-Entscheidung zum Gesetzgebungsverfahren auseinanderzusetzen. Der 6. Senat hielt seine Sicht für „*eindeutig*“ oder „*offensichtlich*“.

Die Beantwortung dieser Rechtsfrage hat - offensichtlich - weitreichende Bedeutung. Die Nichtzulassungsbeschwerde war begründet. Entscheidungs-

⁴⁷ Das BAG hat diese Frage ausdrücklich in seinem - klagestattgebenden - Urteil vom 27.01.2011, weil für seine Entscheidung irrelevant, unbeantwortet gelassen.

⁴⁸ 24.05.1995 - 2 Bvf 1/92 - E 93, 37 ff.

erheblichkeit lag ebenfalls unstreitig vor. Der 6. Senat hätte also die Rechtsbeschwerde zulassen müssen.

(cc) Schließlich meinte der 6. Senat, die **dritte Rechtsfrage**, ob eine Einigungsstelle im Falle einer außerordentlichen verhaltensbedingten Kündigung eines Beschäftigten einen gerichtlich nicht überprüfbaren Beurteilungs- und Bewertungsspielraum habe, ebenfalls „*mit dem OVG „eindeutig verneinen“*“ zu können.

Er übersah dabei zum Einen, dass jede, auch eine verhaltensbedingte Kündigung eine Interessenabwägung und also eine Wertung im Einzelfall voraussetzt.

Zum Zweiten musste er notwendigerweise - erstmals - die Bestimmung des in anderem Zusammenhang nach dem PersVG Bln gegebenen Evokationsrechts des Senats von Berlin auslegen: § 83 Abs. 3 S. 4 PersVG Bln gilt erst seit Juli 2007. Der 6. Senat unterstellt eine von ihm nicht weiter begründete „*vom Gesetzgeber eindeutig verfolgte Regelungsabsicht*“. Die Vorschrift sei nämlich, so legt er aus, keine „*Auffangvorschrift*“, die „*beliebig und voraussetzungslos bei allen personellen Maßnahmen gegenüber Arbeitnehmern heranzuziehen*“ sei, bei denen die Einigungsstelle nach dem LPersVG entgegen dem Beschluss des BVerfG von 1995 ein Letztentscheidungsrecht hat. Der „*Wille des Landesgesetzgebers*“ habe „*im Wortlaut und in der systematischen Konzeption des Gesetzes seinen eindeutigen Ausdruck gefunden.*“

Zum Dritten schließlich macht der 6. Senat lange Ausführungen, dass ein Bewertungs- und Beurteilungsspielraum der Einigungsstelle in einem solchen Fall(?) rechtlich, gar verfassungsrechtlich nicht zustehe. Die Entscheidung der Einigungsstelle im Falle einer außerordentlichen Kündigung sei „*strikt rechtsgebunden*“. Sie erstrecke sich „*maximal auf die Prüfung, ob die Voraussetzungen nach § 626 BGB erfüllt seien*“ (also wohl darauf, ob ein wichtiger Grund, nach Interessenabwägung, vorliegt!), und „*ob die Dienststelle den Gleichbehandlungsgrundsatz beachtet*“ habe (bei einer verhaltensbedingten Kündigung?). Erweise sich die außerordentliche Kündigung als rechtmäßig(!), habe die Einigungsstelle die Zustimmung des Personalrats zu ersetzen. Verglichen wird dies dann mit dem „*Prüfprogramm*

der Verwaltungsgerichte“ (bei einer Arbeitnehmerkündigung? Interessenabwägung?).

Zu allen diesen grundsätzlichen Rechtsfragen verwehrt also der 6. Senat dem Beschwerdeführer eine ausführliche Argumentation. Jede der drei genannten Rechtsfragen waren solche von - entscheidungserheblicher - grundsätzlicher Bedeutung, deren Beantwortung in keiner Weise „offensichtlich“ oder „eindeutig“ war. Der Nichtzulassungsbeschwerde hätte stattgegeben werden müssen.

5. Bewertung und Zusammenfassung

a) Ich verkenne nicht, dass der Gesetzgeber mit Einführung der - ausschließlichen - Zulassungs-(Revisions- und)Rechtsbeschwerde die Funktion der Bundesgerichte beschränken wollte und dies, auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten, möglicher Weise auch grundsätzlich durfte. Allerdings muss gerade im Zulassungsverfahren eine solche Einschränkung der Rechtsmittelmöglichkeiten scharfen und klaren rechtlichen Voraussetzungen unterliegen. Die verfassungsrechtlichen Gebote des effektiven Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 i. V. m Art. 20 Abs. 3 GG) - allgemeiner Justizgewährungsanspruch - *„beeinflusst auch die Auslegung und Anwendung der Bestimmungen, die für ... die Beschreitung eines Instanzenzugs von Bedeutung sind“*. ... *„Hat der Gesetzgeber sich für die Eröffnung einer weiteren Instanz entschieden und sieht die betreffende Prozessordnung dementsprechend ein Rechtsmittel vor, so darf der Zugang dazu nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigenden Weise erschwert werden“*⁴⁹.

Diese Grundsätze müssen auch für die Auslegung der §§ 92 a, 72 a ArbGG Anwendung finden, da der Nichtzulassungsbeschluss des BVerwG nicht mehr anfechtbar ist⁵⁰.

Auch wenn der Personalrat möglicherweise kein Grundrechtsträger der genannten Art. 2, 20 GG ist, gehört es dennoch auch zu seinen Rechten, dass der Zugang zu einer weiteren (hier der 3.) Instanz nicht in unzumutbarer, aus

⁴⁹ BVerfG 04.11.2008 - 1 BvR 2587/06 - NZA 2009, 53 ff.; schon BVerfGE 39, 99, 108

⁵⁰ anders bekanntlich § 522 ZPO, mit anderen Voraussetzungen

Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigenden Weise erschwert werden darf. Der 6. Senat entscheidet in zahlreichen ablehnenden Nichtzulassungsbeschlüssen ausführlich in der Sache selbst und betritt dabei neue, bisher nirgends entschiedene Rechtsbereiche. Z. B. spricht er, trotz Ausspruchs einer Kündigung, weiterhin von einer „beabsichtigten Maßnahme“. Dabei hätte m. E. schon die Einigungsstelle beim ersten Mal möglicherweise gar nicht mehr entscheiden dürfen; jetzt soll sie sogar ein weiteres Mal entscheiden dürfen und müssen. Dies verwehrt es einem Beschwerdeführer eines Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens, sich mit einer solchen Argumentation auseinanderzusetzen - von der er im Vorhinein nichts weiß: Bei der Absicht, einen Beschluss nach § 522 II ZPO zu erlassen, erhält der Antragsteller wenigstens noch einen richterlichen Hinweis, dass beabsichtigt sei, mittels einstimmigen Beschlusses das Rechtsmittel ohne mündliche Verhandlung zurückzuweisen, wozu er Stellung nehmen kann. Im Nichtzulassungsverfahren hier gibt es nicht einmal derartige Hinweise.

b) Ein Antragsteller im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren steht daher vor zwei Problemen: Zum einen wird der Nichtzulassungsbeschluss des Fachsenats nie begründet. Die Formulierung (OVG Berlin-Brandenburg zumindest) lautet: Die Rechtsbeschwerde werde „mangels Vorliegens der Zulassungsvoraussetzungen“ nicht zugelassen. Was der Fachsenat also im Hinblick auf die Zulassung der Rechtsbeschwerde wie geprüft und weshalb er sie nicht zugelassen hat, weiß der Antragsteller nicht. Andererseits weiß er auch nicht, und kann es auch nicht ahnen, weshalb und an welcher Stelle der 6. Senat „die Rechtsansicht des OVG“, noch dazu „offensichtlich“ für zutreffend hält.

Dass zahlreiche Rechtsansichten des OVG „offensichtlich“ und „eindeutig zutreffen“, aber gleichzeitig „seitenlang“ Gesetzesmaterialien bemüht und Interpretationen verschiedener Bestimmungen im PersVG vorgenommen werden, dass zahlreiche Entscheidungen des BAG herangezogen, abgewandelt oder als nicht einschlägig bezeichnet werden, etc. , zeigt, dass ein Antragsteller im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren eigentlich **beide** Begründungen - die für die Zulassung **und** die für die Begründetheit einer Rechtsbeschwerde - liefern

müsste. Es wird auch von „vorsorglicher Revision“ gesprochen⁵¹. Dies ist angesichts der Kürze der Zeit und der völlig unterschiedlichen „Begründungszwänge“ mit jeweils völlig unterschiedlicher Zielrichtungen (s. oben) unzumutbar, weil unmöglich - und es würde vom 6. Senat als „betrifft das Rechtsbeschwerdeverfahren“ gar nicht berücksichtigt werden!

Aus Art. 103 Abs. 1 GG folgt ein Verbot von „Überraschungsentscheidungen“⁵². Eine solche liegt allerdings vor, wenn der 6.Senat - völlig überraschend, weil in der Verfahrensordnung nicht vorgesehen - in der Sache selbst, ohne mögliche Gegenargumente des Beschwerdeführers, entscheidet, teilweise bisher vom Fachsenat nicht genannte Argumente dabei benutzt, oder die Entscheidungsgründe des OVG im einzelnen Detail jeweils rechtlich bewertet.

Eine Zulassungsentscheidung hat nach dem Gesetzeswortlaut, es sei wiederholt - unter den im Übrigen, selbst mit den Ergänzungen der Rechtsprechung, der 6. Senat seine Entscheidungen gar nicht mehr subsumiert! - **ausschließlich** nach den oben aufgezählten Kriterien zu erfolgen. Dessen bedient sich auch der 6. Senat in vielen seinen Entscheidungen, wenn er Ausführungen einem - unzulässigen! - „*inhaltlichen Angriff gegen die Entscheidung*“ gleichsetzt, die er deshalb nicht zu berücksichtigen habe - um in der selben Entscheidung kurz danach die angeblich „richtigen Entscheidungsgründe“ des angefochtenen Beschlusses zu bestätigen und diese Bestätigung **ausführlich** zu **begründen**. Ein Beschwerdeführer steht also vor dem Dilemma, einerseits die „Richtigkeit“ der angefochtenen Entscheidung gar nicht angreifen zu dürfen, „*da diese Angriffe in einem Rechtsbeschwerdeverfahren vorzubringen wären*“, und andererseits die tragenden Ausführungen des OVG im Einzelnen angreifen zu müssen, um zumindest der Gefahr vorzubeugen, dass der 6. Senat „einfach“ diese eigentlich angegriffenen Entscheidungsgrundlagen des angefochtenen Beschlusses als „richtig“ bestätigt.

c) Eine Unterscheidung schließlich, ob die Nichtzulassungsbeschwerde unzulässig oder unbegründet ist, findet in den Entscheidungen der letzten Jahre

⁵¹ Mikosch aaO. § 72a Rn. 47

⁵² BVerfG 05.04.2012 - 2 BvR 2126/11 - NJW, 2012 2262

des 6. Senats nicht mehr statt, obwohl dies eigentlich im **Tenor** ausgesprochen werden müsste, wie es das BAG richtigerweise regelmäßig macht⁵³!

Schon früh war unklar, „*was das Kriterium der Grundsätzlichkeit der Rechts-sache eigentlich noch soll*“⁵⁴. Ob die Rechtsbeschwerde zwar zuzulassen ist, im Ergebnis möglicherweise aber keinen Erfolg hat, weil die Rechtsfrage in der angefochtenen Entscheidung dann zu Ungunsten des Rechtsbeschwerdeführers zu beantworten ist, oder ob die Nichtzulassungsbeschwerde keinen Erfolg hat, weil es infolge behaupteter „Eindeutigkeit der Antwort“ an der Klärungsbedürftigkeit fehlt, bleibt sich vom Aufwand für das Gericht gleich. „*Die Nichtzulassungsbeschwerde ist ... ein juristischer homunculus, der eine Fülle neuer Schwierigkeiten geschaffen hat*“⁵⁵. Dass hier eine Änderung (auch und insbesondere) beim Gesetzgeber anzumahnen ist, soll hier nicht verkannt werden.

Schließlich sehe ich auch, dass der 6. Senat sich in „guter Nachbarschaft“ zu vielen Senaten des BAG befindet, das schon gleich nach Einführung der Grundsatzrüge-Möglichkeit „*entschlossen zu sein*“ schien und teilweise bis heute geblieben ist, „*gar nicht erst Hoffnung aufkeimen zu lassen, dass über die Nichtzulassungsbeschwerde wegen grundsätzlicher Bedeutung eine Revisionszulassung erlangt werden könnte*“⁵⁶, so das Bag, das sich auch auf Entscheidungen des BGH und des BFH stützen konnte.

d) Festzustellen bleibt, dass Nichtzulassungsbeschwerden mindestens, wenn sie mit Grundsatzrügen begründet werden, (auch) vom 6. Senat des BVerwG „sehr argwöhnisch beäugt“ werden. Die Möglichkeit, über den Weg der Nichtzulassungsbeschwerde aufgrund einer Grundsatzrüge in Personalvertretungssachen zum BVerwG, zum 6. Senat zu gelangen, „*war, ist und bleibt ungeliebt*“.

Dies erscheint umso bedauerlicher, als die Zulassung durch die Fachsenate von den dortigen Vorsitzenden offensichtlich ebenso ungewünscht ist - ein Zustand, den nur der 6. Senat des BVerwG durch eine Änderung seiner

⁵³ vgl. z. B. 22.07.2008 3 AZN 584/08 (F)

⁵⁴ Grunsky aaO.

⁵⁵ Grunsky aaO S. 4

⁵⁶ Gross in: *Festschrift 25 Jahre ArGe Arbeitsrecht im DAV* S. 325, 327

Rechtsprechung verbessern könnte: Er müsste sich selbst strikt an die von ihm (und den anderen Obergerichten) entwickelten ausschließlichen Kriterien für die Begründetheit einer Nichtzulassungsbeschwerde mit einer Grundsatzrüge orientieren.

20.10.2012

Rechtsanwalt Wolfgang Daniels

Fachanwalt für Arbeitsrecht Kanzlei DANIELS & PÄTZEL , Berlin