

Bundesarbeitsgericht
Siebter Senat

Beschluss vom 18. September 2019
- 7 ABR 15/18 -
ECLI:DE:BAG:2019:180919.B.7ABR15.18.0

I. Arbeitsgericht Oldenburg

Beschluss vom 15. Februar 2017
- 3 BV 1/16 -

II. Landesarbeitsgericht Niedersachsen

Beschluss vom 30. November 2017
- 15 TaBV 38/17 -

Entscheidungsstichworte:

Einigungsstelle - Vergütung des außerbetrieblichen Beisitzers - Umsatzsteuer - Kleinunternehmer

BUNDEARBEITSGERICHT



7 ABR 15/18
15 TaBV 38/17
Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
18. September 2019

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 18. September 2019 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, die Richter am Bundesarbeitsgericht Klose und Waskow sowie die ehrenamtlichen Richter Zwisler und Steininger für Recht erkannt:

Auf die Rechtsbeschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 30. November 2017 - 15 TaBV 38/17 - aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Anhörung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Gründe

A. Die Beteiligten streiten über die Höhe der dem Antragsteller als außerbetrieblichem Beisitzer einer Einigungsstelle zustehenden Vergütung. 1

Der Antragsteller geht hauptberuflich einer nicht selbständigen Tätigkeit als Sekretär der IG B nach. Mit daneben ausgeübten selbständigen Tätigkeiten erzielte er nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts Umsätze von unter 17.500,00 Euro pro Jahr. 2

Die zu 2. beteiligte Arbeitgeberin führt ein Bauunternehmen. Der bei ihr gebildete Betriebsrat fasste unter dem 20. März 2014 einen Beschluss über die Anrufung der Einigungsstelle zum Thema GPS-Überwachungsanlagen in Baumaschinen und LKWs. Die Einigungsstelle unter dem Vorsitz des Vorsitzenden Richters am Landesarbeitsgericht S wurde durch Beschluss des Landesarbeitsgerichts vom 14. Januar 2015 eingesetzt. Der Betriebsrat entsandte ua. den Antragsteller als Beisitzer in die Einigungsstelle. Diese tagte am 20. Februar 2015, 17. April 2015 und am 18. September 2015. Eine Vereinbarung über die Vergütung des Antragstellers wurde zwischen den Beteiligten nicht getroffen. 3

Unter dem 20. November 2015 erstellte der Vorsitzende der Einigungsstelle an die Arbeitgeberin eine Rechnung, in der es auszugsweise heißt: 4

„...“

nach Abschluss der Einigungsstellenverfahren stelle ich Ihnen mein Honorar in Rechnung.

Auf die Angelegenheit habe ich insgesamt 32 Stunden verwandt (14 Stunden für die Sitzung und 18 Stunden Vor-/Nachbereitung, Protokolle, Entwurf und Überarbeitung einer Vereinbarung). Bei einem Stundensatz von 250,00 EUR ergibt dies ein Honorar in Höhe von 8.000,00 EUR. Hinzu kommt die 19 %-ige Mehrwertsteuer, d.h. 1.520,00 EUR.

Der Rechnungsbetrag beläuft sich also auf **9.520,00 EUR.**“

Unter dem 30. November 2015 stellte der Antragsteller der Arbeitgeberin ebenfalls eine Rechnung, die ua. lautet: 5

„...“

auf die Ihnen vorliegende Rechnung des Einigungsstellenvorsitzenden, Herrn S vom 20.11.2015 in Höhe von 8.000,00 EUR netto zzgl. Umsatzsteuer in Höhe von 19% zu 1520,- EUR, gesamt 9.520,00 EUR, erlaube ich mir, Ihnen als Beisitzer der o.g. Einigungsstelle im Zuge der sog. 7/10-Regelung mein Honorar zu benennen.

Meine Beisitzertätigkeit beläuft sich auf 32 Stunden. Bei einem Stundensatz von 175,00 EUR ergibt dies ein Honorar von 5.600,- Euro. Hinzu kommt die 19%-ige Mehrwertsteuer, d.h. 1.064,00 EUR.

Der Rechnungsbetrag beläuft sich also auf **6.664,- EUR.**“

Da diese Rechnung ohne Angabe der Steuernummer erstellt wurde, stornierte der Antragsteller sie später und erstellte unter dem Datum des 1. Juni 2016 eine inhaltsgleiche Rechnung unter Angabe seiner Steuernummer. 6

Die Arbeitgeberin bezahlte die Rechnung des Einigungsstellenvorsitzenden ohne Abzüge. Die Rechnung des Antragstellers beglich sie zunächst nicht. Ebenso wenig erfüllte sie die Forderung des weiteren außerbetrieblichen Beisitzers auf Betriebsratsseite, des jetzigen Prozessbevollmächtigten des Antragstellers. 7

Mit seinem am 11. März 2016 beim Arbeitsgericht eingegangenen und der Arbeitgeberin am 22. März 2016 zugestellten Antrag hat der Antragsteller die Zahlung von 5.600,00 Euro netto zzgl. Umsatzsteuer hieraus iHv. 19 % iHv. 1.064,00 Euro, insgesamt 6.664,00 Euro brutto nebst 9 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 1. Januar 2016 begehrt. Der Antragsteller hat die Auffassung vertreten, sein Anspruch ergebe sich bereits daraus, dass die Arbeitgeberin die Rechnung des Einigungsstellenvorsitzenden beglichen und damit anerkannt habe. Im Übrigen habe er neben der Teilnahme an den Einigungsstellen-sitzungen 34 Stunden - später korrigiert auf 29 Stunden - an Vor- und Nachbe-reitung für die Einigungsstelle aufgewandt. Die Arbeitgeberin sei auch verpflichtet, die auf sein Honorar entfallende Umsatzsteuer zu zahlen. Zwar lägen seine Umsätze aus selbständiger Tätigkeit unterhalb der Schwelle von 17.500,00 Euro pro Jahr. Er habe aber davon abgesehen, von der sog. Kleinun-ternehmerregel Gebrauch zu machen und sich entschieden, Umsatzsteuer ab-zurechnen. 8

Nachdem die Arbeitgeberin an den Antragsteller ein Honorar iHv. 6.000,00 Euro ausgezahlt hatte, haben die Beteiligten das Verfahren in der mündlichen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht am 15. Februar 2017 insoweit für erledigt erklärt. 9

Der Antragsteller hat daraufhin - soweit für die Rechtsbeschwerde von Bedeutung - beantragt, 10

die Arbeitgeberin zu verpflichten, an ihn 557,98 Euro netto zzgl. Umsatzsteuer hieraus iHv. 19 % über 106,02 Euro zu gesamt 664,00 Euro brutto nebst Zinsen iHv. neun Pro-zentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 19. Oktober 2016 zu zahlen.

Die Arbeitgeberin hat beantragt, den Antrag abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, die vom Antragsteller getroffene Bestimmung der Höhe seiner Vergütung sei unbillig. Da der Antragsteller seinen Zeitaufwand nicht nachvollziehbar dargelegt habe, ergebe sich kein weiterer Vergütungsanspruch. Bei aufwandsorientierter Vergütung des Einigungsstellenvorsitzenden sei den Beisitzern nur 7/10 von ihrem eigenen tatsächlichen Aufwand zu vergüten. Die 11

im Rahmen der Einigungsstelle verhandelte Betriebsvereinbarung habe im Wesentlichen Standardregelungen enthalten. Für die Vor- und Nachbereitung der Sitzungen sei allenfalls ein Zeitaufwand des Antragstellers von zehn Stunden erforderlich gewesen und tatsächlich angefallen. Bei einer Besprechung am 14. Oktober 2016 hätten sich die Beteiligten darauf geeinigt, dass sie an den Antragsteller 6.000,00 Euro zahle und der Antragsteller im Gegenzug das vorliegende Verfahren für erledigt erkläre. Der Antragsteller unterliege im Übrigen nicht der Umsatzsteuerpflicht, so dass er die Erstattung von Umsatzsteuer nicht verlangen könne.

Das Arbeitsgericht hat den Antrag abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts zurückgewiesen. Mit seiner Rechtsbeschwerde verfolgt der Antragsteller den Antrag weiter. 12

B. Die Rechtsbeschwerde des Antragstellers ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. Mit der Begründung des Landesarbeitsgerichts kann der Antrag nicht abgewiesen werden. 13

I. Das Landesarbeitsgericht hat auf der Grundlage seiner Feststellungen zu Unrecht angenommen, die Honorarforderung des Antragstellers sei durch die Zahlung der Arbeitgeberin von 6.000,00 Euro gemäß § 362 Abs. 1 BGB erloschen, weil der Antragsteller Umsatzsteuer auf seine Honorarforderung nicht verlangen könne. 14

1. Nach § 76a Abs. 3 BetrVG hat der außerbetriebliche Beisitzer einer Einigungsstelle gegenüber dem Arbeitgeber Anspruch auf Vergütung seiner Tätigkeit. Dabei hat ein umsatzsteuerpflichtiger Beisitzer einer Einigungsstelle einen Anspruch auf Erstattung der auf die Vergütung entfallenden Umsatzsteuer (vgl. *DKKW/Berg 16. Aufl. § 76a Rn. 44; Fitting 29. Aufl. § 76a Rn. 29 mwN; MHdB ArbR/Reinhard 4. Aufl. Bd. 3 § 308 Rn. 206*). Einer Vereinbarung mit dem Arbeitgeber bedarf es hierüber nicht (*BAG 14. Februar 1996 - 7 ABR 24/95 - zu B II der Gründe*). Die Umsatzsteuer ist keine eigenständige Honorar- 15

forderung, sondern Teil von ihr, die aufgrund umsatzsteuerrechtlicher Bestimmungen lediglich gesondert auszuweisen ist (§ 14 Abs. 4 Satz 1 Nr. 8 UStG).

Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Erstattung der Umsatzsteuer entsteht nicht allein dadurch, dass der Beisitzer die Umsatzsteuer in der Rechnung ausweist. Zwar ist in § 14c Abs. 2 UStG bestimmt, dass derjenige, der in einer Rechnung einen Steuerbetrag gesondert ausweist, obwohl er hierzu nicht berechtigt ist (unberechtigter Steuerausweis), den ausgewiesenen Betrag schuldet. Diese Regelung bezieht sich aber nur auf das Verhältnis zwischen dem Unternehmer und dem Staat. Der Rechnungsempfänger ist aufgrund einer solchen Rechnung nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt (vgl. *Janzen in Lippross/Seibel Basiskommentar Steuerrecht Stand August 2019 § 19 UStG Rn. 52*). Daher ist der Arbeitgeber bei einem unberechtigten Steuerausweis durch den Beisitzer einer Einigungsstelle nicht verpflichtet, die Umsatzsteuer iRd. § 76a Abs. 3 BetrVG zu erstatten. 16

2. Das Landesarbeitsgericht ist aufgrund unzureichender Tatsachenfeststellungen zu dem Ergebnis gelangt, der Antragsteller unterliege nicht der Umsatzsteuerpflicht. 17

a) Allein aufgrund der Angabe des Antragstellers, er erziele weniger als 17.500,00 Euro an Umsätzen aus selbständiger Tätigkeit pro Jahr, durfte das Landesarbeitsgericht nicht annehmen, der Antragsteller sei Kleinunternehmer iSv. § 19 UStG und deshalb von der Umsatzsteuer befreit. 18

aa) Nach § 19 Abs. 1 Satz 1 UStG wird die für Umsätze iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG geschuldete Umsatzsteuer von Unternehmern, die im Inland oder in den in § 1 Abs. 3 UStG bezeichneten Gebieten ansässig sind, nicht erhoben, wenn der in Satz 2 bezeichnete Umsatz zzgl. der darauf entfallenden Steuer im vorangegangenen Kalenderjahr 17.500,00 Euro nicht überstiegen hat und im laufenden Kalenderjahr 50.000,00 Euro voraussichtlich nicht übersteigen wird (sog. Kleinunternehmer). Das Landesarbeitsgericht hat bereits keine ausreichenden Feststellungen dazu getroffen, in welchen Jahren der Antragsteller Einkünfte unterhalb der Schwelle von 17.500,00 Euro „pro Jahr“ erzielte. Der 19

Antragsteller erbrachte seine Leistungen als Beisitzer der Einigungsstelle im Jahr 2015 und stellte diese auch im Jahr 2015 in Rechnung. Insofern hätte es Feststellungen zu den Umsätzen des Antragstellers in den Jahren 2014 und 2015 bedurft. Aus der Feststellung, die Umsätze hätten sich auf weniger als 17.500,00 Euro „pro Jahr“ belaufen, ergibt sich nicht, dass dies auch im Jahr 2014 der Fall war.

bb) Es ist zudem nicht festgestellt, ob sich die Angabe des Antragstellers allein auf seinen Umsatz oder auf seinen Umsatz zzgl. der darauf entfallenden Steuern bezieht, worauf die Regelung des § 19 Abs. 1 Satz 1 UStG abstellt. Nach dem klaren Wortlaut der Norm kommt es für die Umsatzgrenze auf den in § 19 Abs. 1 Satz 2 UStG bezeichneten Umsatz „zuzüglich der darauf entfallenden Steuer“ - also auf den Bruttobetrag - an (*vgl. BFH 4. April 2003 - VB 7/02 - zu II 1 der Gründe*). Dies bedeutet, dass für die Bestimmung der Umsatzgrenzen dem Umsatz die darauf entfallende Umsatzsteuer hinzuzurechnen ist (*Sölch/Ringleb/Schüler-Täsch UStG Stand September 2019 § 19 Rn. 22; Stadie UStG 3. Aufl. § 19 UStG Rn. 15*). 20

Sollten mit der Angabe des Antragstellers, seine Umsätze hätten sich auf weniger als 17.500,00 Euro pro Jahr belaufen, die Nettoumsätze gemeint sein, könnte der relevante Umsatz aufgrund der darauf entfallenden Steuer über der Schwelle des § 19 Abs. 1 UStG gelegen haben, so dass der Anwendungsbereich der Kleinunternehmerregelung aus diesem Grund nicht eröffnet gewesen sein könnte. 21

b) Zudem hat das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerhaft angenommen, ein Verzicht des Antragstellers auf die Anwendbarkeit des § 19 Abs. 1 UStG führe nicht dazu, dass er gegenüber der Arbeitgeberin einen Anspruch auf Erstattung der Umsatzsteuer habe. Diese nicht näher begründete Rechtsauffassung findet im Gesetz keine Stütze. 22

aa) Der Unternehmer kann gemäß § 19 Abs. 2 Satz 1 UStG dem Finanzamt bis zur Unanfechtbarkeit der Steuerfestsetzung (§ 18 Abs. 3 und Abs. 4 UStG) erklären, dass er auf die Anwendung des Abs. 1 verzichtet. Macht der Unternehmer von dieser Option Gebrauch, unterliegt er der Besteuerung nach den übrigen Vorschriften des UStG (*Sölch/Ringleb/Schüler-Täsch UStG Stand September 2019 § 19 Rn. 49*). Dann besteht der Rechtszustand, der ohne die Kleinunternehmerregelung des § 19 Abs. 1 UStG bestehen würde. 23

bb) Macht der Beisitzer der Einigungsstelle von der Option nach § 19 Abs. 2 UStG Gebrauch, hat er aufgrund seiner Umsatzsteuerpflicht Anspruch auf Erstattung der auf die Vergütung entfallenden Umsatzsteuer. Es bestehen keine sachlichen Gründe, ihn in Bezug auf seinen Anspruch nach § 76a Abs. 3 BetrVG anders zu behandeln als einen Beisitzer, der aufgrund seiner Bruttoumsätze von vornherein nicht unter die Kleinunternehmerregelung fällt. Der Verzicht kann für den Beisitzer vorteilhaft sein und führt nicht zu einer zusätzlichen wirtschaftlichen Belastung für den Arbeitgeber. Es besteht auch nicht die Gefahr, dass die Option dazu missbraucht wird, um die Einigungsstelle zu verteuern. Der Verzicht auf die Steuerbefreiung nach § 19 Abs. 1 UStG ist für den Kleinunternehmer immer dann vorteilhaft, wenn die Lieferungen oder sonstigen Leistungen des Kleinunternehmers gegenüber anderen vorsteuerabzugsberechtigten Unternehmern erbracht werden. Der Kleinunternehmer „verteuert“ dann seine Leistung um die Umsatzsteuer, ohne dass dies seinen Abnehmer wirtschaftlich belastet (*Bunjes/Korn UStG 18. Aufl. § 19 Rn. 22*). Dafür erhält der verzichtende Kleinunternehmer die volle Vorsteuerabzugsberechtigung für die an ihn erbrachten Leistungen, sofern er die übrigen Voraussetzungen von § 15 UStG erfüllt. Nach Eintritt der Unanfechtbarkeit der Steuerfestsetzung bindet die Erklärung den Unternehmer gemäß § 19 Abs. 2 Satz 2 UStG mindestens für fünf Kalenderjahre. Im Zeitpunkt der Abgabe der Verzichtserklärung ist dem Beisitzer der Einigungsstelle daher regelmäßig nicht bekannt, dass er in Zukunft eine Tätigkeit als Einigungsstellenbeisitzer bei dem konkreten Arbeitgeber aufnehmen wird. Die Gefahr eines Missbrauchs der Option, um die Kosten der Einigungsstelle für den Arbeitgeber in die Höhe zu treiben, ist im Übrigen regelmäßig schon dadurch ausgeschlossen, dass der Arbeitgeber die 24

Mehrkosten durch den Ausweis der Umsatzsteuer durch den Beisitzer im Wege des Vorsteuerabzugs in Abzug bringen kann.

c) Das Landesarbeitsgericht hat mit einer rechtsfehlerhaften Begründung angenommen, der Antragsteller habe nicht dargelegt, einen nach § 19 Abs. 2 UStG wirksamen Verzicht auf die Anwendung des § 19 Abs. 1 UStG gegenüber dem Finanzamt abgegeben zu haben. Das Landesarbeitsgericht hat die Voraussetzungen eines solchen Verzichts verkannt. 25

aa) Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht zwar davon ausgegangen, dass der offene Ausweis der Umsatzsteuer in Rechnungen an die Kunden noch keine wirksame Erklärung des Verzichts iSd. § 19 Abs. 2 UStG darstellt, weil diese Rechnungen nicht an das Finanzamt gerichtet sind. Da der Verzicht eine empfangsbedürftige, öffentlich-rechtliche Willenserklärung ist, reicht der offene Ausweis von Umsatzsteuer in einer Rechnung an einen Leistungsempfänger nicht aus (*Janzen in Lippross/Seibel Basiskommentar Steuerrecht Stand August 2019 § 19 UStG Rn. 63*). 26

bb) Das Landesarbeitsgericht hat aber verkannt, dass die Ausübung der Option nach § 19 Abs. 2 UStG auch durch schlüssiges Verhalten gegenüber dem Finanzamt erfolgen kann. 27

(1) Für die Erklärung ist keine bestimmte Form vorgeschrieben, sie kann formlos und konkludent abgegeben werden (*BFH 24. Juli 2013 - XI R 14/11 - Rn. 20, BFHE 242, 421*). Berechnet der Unternehmer in den Voranmeldungen oder in der Steuererklärung für das Kalenderjahr die Steuer nach den allgemeinen Vorschriften des UStG, ist darin grundsätzlich eine Erklärung iSd. § 19 Abs. 2 Satz 1 UStG zu erblicken (*BFH 24. Juli 2013 - XI R 14/11 - Rn. 21 mwN, aaO; Abschn. 19.2 Abs. 1 Satz 4 Nr. 2 Umsatzsteuer-Anwendungserlass [UStAE]*). Bei der diesbezüglichen Würdigung kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an. Von ihnen hängt es ab, ob durch das Finanzamt der Inhalt einer Steuererklärung zweifelsfrei zugleich als Erklärung zur Ausübung des steuerrechtlichen Gestaltungsrechts aufgefasst werden darf oder ob dem Inhalt eine solche Bedeutung nicht zukommt. In Zweifelsfällen muss das Finanzamt den 28

Kleinunternehmer fragen, welcher Besteuerungsform er seine Umsätze unterwerfen will (*vgl. Abschn. 19.2 Abs. 1 Satz 4 Nr. 2 Satz 4 UStAE*). Die Beseitigung etwa bestehender Zweifel ist wegen der erheblichen Rechtsfolgen, nämlich der nach § 19 Abs. 2 Satz 2 UStG für mindestens fünf Kalenderjahre geltenden Bindung des Verzichts auf die Kleinunternehmerbesteuerung, aus Gründen der Rechtssicherheit erforderlich (*BFH 24. Juli 2013 - XI R 14/11 - Rn. 22 und 23, aaO*).

(2) Das Landesarbeitsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob der Antragsteller Umsatzsteuer gegenüber dem Finanzamt vorangemeldet hat und welchen Inhalt seine Steuererklärung für das Jahr 2015 und ggf. für die Vorjahre hatte. Ausweislich der Entscheidungsgründe ist auch das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen, dass der Antragsteller sich entschieden hatte, von der Kleinunternehmerregelung in § 19 Abs. 1 UStG keinen Gebrauch zu machen. Ferner hat der Antragsteller - jedenfalls gegenüber der Arbeitgeberin - die Umsatzsteuer in seiner Rechnung ausgewiesen. Dies legt es nahe, dass der Antragsteller auch gegenüber dem Finanzamt die Steuer nach den allgemeinen Vorschriften des UStG berechnet hat. Es sind keine Anhaltspunkte dafür festgestellt, dass der Antragsteller trotz des Ausweises der Umsatzsteuer in seinen Rechnungen an Kunden gegenüber dem Finanzamt seine Steuerschuld wie ein Kleinunternehmer nach § 19 Abs. 1 UStG berechnet hat. Im Gegenteil, aus den Ausführungen des Antragstellers ergibt sich, dass er - zu Unrecht - der Meinung war, die Kleinunternehmerregelung des § 19 Abs. 1 UStG komme nur dann zur Anwendung, wenn der Unternehmer ein entsprechendes Wahlrecht ausübt. War der Antragsteller aber der Annahme, ohne die Ausübung eines Wahlrechts der Regelbesteuerung zu unterliegen, spricht dies dafür, dass er auch in seinen Erklärungen gegenüber der Finanzverwaltung von einer Pflicht zur Zahlung von Umsatzsteuer ausging.

29

II. Der Beschluss des Landesarbeitsgerichts ist aufgrund dieser Rechtsfehler aufzuheben. Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen, da sie nach dem bisher festgestellten Sachverhalt nicht zur Entscheidung reif ist. Das Landesarbeitsgericht

30

wird zu klären haben (§ 83 Abs. 1 Satz 1 ArbGG), ob der Antragsteller der Kleinunternehmerregelung des § 19 UStG unterlag. Sofern das Landesarbeitsgericht zu der Auffassung gelangen sollte, dass der Antragsteller umsatzsteuerpflichtig war, weil er entweder die Voraussetzungen des § 19 Abs. 1 UStG nicht erfüllte, oder weil er von der Option zur Regelbesteuerung nach § 19 Abs. 2 UStG Gebrauch gemacht hatte, so wird das Landesarbeitsgericht bei seiner Entscheidung Folgendes zu beachten haben:

1. Der Antrag könnte der Abweisung unterliegen, wenn der Antragsteller mit der Arbeitgeberin in der Besprechung am 14. Oktober 2016 einen wirksamen außergerichtlichen Vergleich dahingehend geschlossen haben sollte, dass das Honorar 6.000,00 Euro inkl. Umsatzsteuer beträgt. Dies hatte die Arbeitgeberin unter Vorlage eines Protokolls über die Besprechung vorgetragen. Der Antragsteller hat die Richtigkeit des Protokolls bestritten und behauptet, keine Vereinbarung über die Beilegung des Rechtsstreits mit der Arbeitgeberin getroffen zu haben. Das Landesarbeitsgericht hat den Inhalt des Gesprächs nicht aufgeklärt. Dies wird das Landesarbeitsgericht ggf. nachzuholen haben. 31

2. Nach den bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ist - entgegen der Ansicht der Arbeitgeberin - nicht davon auszugehen, dass dem Antragsteller nach § 76a Abs. 3 BetrVG allenfalls ein Honoraranspruch iHv. 4.200,00 Euro netto - ggf. zzgl. Umsatzsteuer iHv. 798,00 Euro - zusteht, der durch die Zahlung iHv. 6.000,00 Euro bereits vollständig erfüllt wäre. 32

- a) Nach ständiger Rechtsprechung des Senats ist ein außerbetrieblicher Einigungsstellenbeisitzer bis zum Erlass einer die Honorarhöhe regelnden Rechtsverordnung berechtigt, den Umfang der Vergütung mit dem Arbeitgeber zu vereinbaren oder durch eine einseitige Erklärung zu bestimmen. Diese Leistungsbestimmung ist nach billigem Ermessen nach §§ 315, 316 BGB unter Beachtung der Bemessungsgrundsätze des § 76a Abs. 4 Satz 3 bis Satz 5 BetrVG vorzunehmen. Als Bezugsgröße kommt dafür regelmäßig das dem Einigungsstellenvorsitzenden gezahlte Honorar in Betracht. Es scheidet als Bemessungsgrundlage nur aus, wenn es seinerseits unangemessen ist oder sich durch Besonderheiten erklärt, die in den Verhältnissen oder der Person des 33

Beisitzers nicht erfüllt sind (*BAG 14. Februar 1996 - 7 ABR 24/95 - zu B I 2 b der Gründe*; *12. Februar 1992 - 7 ABR 20/91 - zu B II der Gründe, BAGE 69, 331*). Ob eine Leistungsbestimmung der Billigkeit entspricht, unterliegt der vollen gerichtlichen Kontrolle, § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB. Diese Sachentscheidung ist wegen der zu berücksichtigenden Umstände des Einzelfalls vorrangig den Tatsachengerichten vorbehalten (*vgl. BAG 24. Oktober 2018 - 10 AZR 285/16 - Rn. 51, BAGE 164, 82*).

b) Das Landesarbeitsgericht hat die Billigkeit der Festsetzung des Honorars durch den Antragsteller nicht überprüft, sondern zugunsten des Antragstellers angenommen, seine Honorarberechnung nach Maßgabe der 7/10-Regelung halte sich im Rahmen des billigen Ermessens nach §§ 316, 315 Abs. 1 BGB iVm. § 76a Abs. 4 Satz 3 bis Satz 5 BetrVG. Ggf. wird das Landesarbeitsgericht die Honorarhöhe auf der Grundlage der neuen Verhandlung zu überprüfen haben. Dabei wird es zu berücksichtigen haben, dass bisher keine individuellen Umstände festgestellt sind, die Zweifel an der Angemessenheit des Vorsitzendenhonorars und damit seiner Geeignetheit als Bemessungsgrundlage der Beisitzervergütung begründen könnten. Die von der Arbeitgeberin in der Rechtsbeschwerdeerwiderung wiederholten Einwände sind insoweit nicht erheblich. 34

aa) Das von § 76a Abs. 4 Satz 3 bis Satz 5 BetrVG geforderte Abstandsgelb, das dem Unterschied in den Aufgaben und der Beanspruchung des Vorsitzenden und der Beisitzer Rechnung tragen soll, hat der Antragsteller bei seiner Leistungsbestimmung anhand der sog. 7/10-Regelung beachtet. Diese Leistungsbestimmung ist ohne das Vorliegen besonderer Umstände nicht unbillig. § 76a Abs. 4 BetrVG schreibt lediglich vor, das Honorar des Beisitzers niedriger zu bemessen, ohne selbst Einzelheiten vorzugeben. Diese Norm steht daher einer weiteren Anwendung der früheren Rechtsprechung (*vgl. BAG 20. Februar 1991 - 7 ABR 6/90 - BAGE 67, 248*; *13. Januar 1981 - 6 ABR 106/78 -*) nicht entgegen (*BAG 14. Februar 1996 - 7 ABR 24/95 - zu B I 2 b bb der Gründe mwN*). Denn durch die Einführung des § 76a BetrVG wollte der Gesetzgeber vor allem überhöhte Vergütungen ausschließen, die in Anlehnung an die 35

BRAGO berechnet wurden und in keinem Verhältnis zum Arbeits- und Zeitaufwand standen. Einer Pauschalierung der Kosten sollte damit nicht entgegen gewirkt werden, zumal diese Art der Honorarberechnung einem praktischen Bedürfnis entspricht und dazu beiträgt, die Kosten von Einigungsstellen überschaubar zu halten.

bb) Besondere Umstände, welche die Berechnung des Honorars des Antragstellers anhand der Vergütung des Einigungsstellenvorsitzenden unbillig erscheinen lassen könnten, sind bisher nicht festgestellt. 36

(1) Das Arbeitsgericht hat zu Unrecht angenommen, die 7/10-Regelung sei zu modifizieren, wenn mit dem Vorsitzenden der Einigungsstelle ein Stunden- oder Tageshonorar vereinbart sei. Bei einer solchen aufwandsorientierten Vergütung des Vorsitzenden sei Beisitzern nur 7/10 von ihrem tatsächlichen Aufwand zu vergüten (*vgl. ErfK/Kania 19. Aufl. BetrVG § 76a Rn. 6*). 37

(a) Zum einen ist nicht festgestellt, ob der Vorsitzende der Einigungsstelle überhaupt eine Honorarvereinbarung mit der Arbeitgeberin getroffen hatte. Das Arbeitsgericht hat in den Entscheidungsgründen nur festgestellt, die Arbeitgeberin habe mit dem Vorsitzenden „eine Pauschalvergütung nicht vereinbart“. Ob eine sonstige Abrede zwischen dem Vorsitzenden der Einigungsstelle und der Arbeitgeberin über die Vergütung getroffen wurde, ist nicht Gegenstand der Feststellungen. In seinem Schriftsatz an das Landesarbeitsgericht vom 5. Mai 2017 hatte der Antragsteller dazu lediglich vorgetragen, im „konstituierenden Zuge der Einigungsstelle“ sei unter den Beteiligten „lose an- und abgesprochen“ worden, dass der Vorsitzende seiner späteren, abschließenden Abrechnung einen Stundensatz iHv. 250,00 Euro netto zugrunde legen werde. 38

(b) Selbst wenn zwischen dem Vorsitzenden der Einigungsstelle und der Arbeitgeberin eine Vereinbarung über die Vergütung auf Stundenbasis getroffen worden sein sollte, steht die Auffassung, in einem solchen Fall sei auch Beisitzern nur 7/10 von ihrem tatsächlichen Aufwand zu vergüten, im Widerspruch zu der ständigen Rechtsprechung des Senats. Danach ist ein außerbetrieblicher Einigungsstellenbeisitzer bis zum Erlass einer die Honorarhöhe regelnden 39

Rechtsverordnung berechtigt, den Umfang der Vergütung mit dem Arbeitgeber zu vereinbaren oder durch eine einseitige Erklärung zu bestimmen. Die Annahme des Arbeitsgerichts ist zudem mit dem Verbot von Verträgen zulasten Dritter nicht in Einklang zu bringen. Es ist kein Ansatzpunkt im Gesetz dafür erkennbar, dass die Vereinbarung einer Stundenvergütung zwischen dem Vorsitzenden und dem Arbeitgeber automatisch auch eine entsprechende Vereinbarung zwischen dem Beisitzer und dem Arbeitgeber zur Folge haben soll - zudem mit dem Inhalt, dass der Beisitzer nur 7/10 seines tatsächlichen Aufwands in Rechnung stellen darf. Letzteres widerspräche auch der Vorgabe des § 76a Abs. 4 Satz 3 BetrVG, wonach der „erforderliche“ Zeitaufwand zu berücksichtigen ist.

(2) Es ist allerdings im Einzelfall zu prüfen, ob eine Vergütungsvereinbarung, die zwischen dem Vorsitzenden der Einigungsstelle und dem Arbeitgeber getroffen wurde, auf besonderen Umständen beruht, die das vom Vorsitzenden in Rechnung gestellte Honorar als ungeeignet erscheinen lassen, um als Maßstab für die nach Billigkeit zu bestimmende Vergütung von Beisitzern zu dienen, die ihrerseits keine Vereinbarung mit dem Arbeitgeber getroffen hatten (*vgl. Fitting 29. Aufl. § 76a Rn. 25b zu dem Fall einer extrem geringen Vergütungsvereinbarung*). Dies wird das Landesarbeitsgericht aufgrund der - ggf. noch festzustellenden - Umstände des Falls zu beurteilen haben. Soweit die Arbeitgeberin geltend macht, der Vorsitzende habe besonders viel Zeit in den Entwurf der Betriebsvereinbarung investieren müssen, weil der Betriebsrat seinerseits keinen Entwurf vorgelegt habe, wird zu berücksichtigen sein, dass dem unterschiedlichen Zeit- und Vorbereitungsaufwand zwischen Vorsitzendem und Beisitzern bei einer Pauschalierung regelmäßig bereits durch eine dem Abstandsgebot genügende Verringerung des Beisitzerhonorars gegenüber dem des Vorsitzenden Rechnung getragen wird (*BAG 14. Februar 1996 - 7 ABR 24/95 - zu B I 2 a cc der Gründe unter Bezugnahme auf Schäfer NZA 1991, 836, 839*). Auch in Bezug auf den Tagessatz von 250,00 Euro sind keine besonderen Gründe, wie etwa ein besonders hoher Verdienstausschlag des Vorsitzenden, ersichtlich. Die Höhe hält sich im Rahmen dessen, was im Schrifttum als angemessen angesehen wird (*vgl. Fitting 29. Aufl. § 76a Rn. 25; ErfK/Kania 19. Aufl.*

40

BetrVG § 76a Rn. 5; HWK/Kliemt 8. Aufl. § 76a BetrVG Rn. 14; Jacobs GK-BetrVG 11. Aufl. § 76a Rn. 48 mwN).

Gräfl

Waskow

Klose

M. Zwisler

Steininger