

Bundesarbeitsgericht  
Siebter Senat

Beschluss vom 11. Dezember 2019  
- 7 ABR 4/18 -  
ECLI:DE:BAG:2019:111219.B.7ABR4.18.0

I. Arbeitsgericht Mainz  
- Auswärtige Kammern  
Bad Kreuznach -

Beschluss vom 8. Dezember 2016  
- 11 BV 14/16 -

II. Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz

Beschluss vom 19. Juni 2017  
- 3 TaBV 3/17 -

---

Entscheidungsstichworte:

Einigungsstelle - Vergütung des Vorsitzenden - Insolvenz des Arbeitgebers

# BUNDEARBEITSGERICHT



7 ABR 4/18  
3 TaBV 3/17  
Landesarbeitsgericht  
Rheinland-Pfalz

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
11. Dezember 2019

## **BESCHLUSS**

Schiege, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragsteller,

2.

Beschwerdeführer und Rechtsbeschwerdeführer,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Anhörung vom 11. Dezember 2019 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, die Richter am Bundesarbeitsgericht Klose und Waskow sowie die ehrenamtliche Richterin Schuh und den ehrenamtlichen Richter Willms für Recht erkannt:

Auf die Rechtsbeschwerde des Beteiligten zu 2. wird - unter Zurückweisung der Rechtsbeschwerde im Übrigen - der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 19. Juni 2017 - 3 TaBV 3/17 - teilweise aufgehoben.

Auf die Beschwerde des Beteiligten zu 2. wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Mainz vom 8. Dezember 2016 - 11 BV 14/16 - teilweise abgeändert und zur Klarstellung neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass dem Antragsteller eine Altmasseforderung in Höhe von 7.162,37 Euro gegen die Insolvenzmasse zusteht. Im Übrigen wird der Antrag abgewiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Gründe**

A. Die Beteiligten streiten über einen Vergütungsanspruch des Antragstellers für seine Tätigkeit als Einigungsstellenvorsitzender sowie über Rechtsverfolgungskosten zur Durchsetzung des Vergütungsanspruchs. 1

Der Antragsteller wurde mit Beschluss des Arbeitsgerichts Mainz vom 5. April 2016 zum Vorsitzenden einer Einigungsstelle „über einen Sozialplan im Zusammenhang mit der Betriebsänderung“ bei der in Liquidation befindlichen Arbeitgeberin und späteren Insolvenzschuldnerin, der Y GmbH i.L., bestellt. Mit Beschluss des Amtsgerichts Crailsheim vom 7. April 2016 wurde das vorläufige Insolvenzverfahren über das Vermögen der Arbeitgeberin eröffnet und der Beteiligte zu 2. zum vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt. 2

Der Antragsteller wandte sich mit einer E-Mail vom 27. April 2016 und einem Schreiben vom 6. Mai 2016 an den Beteiligten zu 2. und forderte ihn jeweils auf, für die Arbeitgeberseite Beisitzer für die Einigungsstelle zu benennen. Zugleich informierte er den Beteiligten zu 2. mit Schreiben vom 6. Mai 2016 über den ersten Sitzungstermin am 30. Mai 2016. Beide Schreiben blieben un- 3

beantwortet. Die erste Einigungsstellensitzung fand am 30. Mai 2016 statt. Für die Arbeitgeberseite nahm niemand teil.

Mit Beschluss vom 1. Juni 2016 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Arbeitgeberin eröffnet und der Beteiligte zu 2. zum Insolvenzverwalter bestellt. 4

In einem an den Beteiligten zu 2. gerichteten Schreiben vom 8. Juni 2016 bezifferte der Antragsteller seinen Honoraranspruch „mit 5.000,00 € zzgl. MwSt. und Spesen“. Zudem bat er erfolglos um einen Vorschuss iHv. 3.000,00 Euro. Zu der „Honorarfrage“ schrieb Rechtsanwalt F aus der Kanzlei des Beteiligten zu 2. in einer E-Mail vom 7. Juli 2016 an den Antragsteller auszugsweise: 5

„Derzeit kann ich nicht mit Sicherheit sagen, ob diese eine Forderung im Rang des § 38 oder aber § 55 InsO ist. Bestätigen kann ich Ihnen allenfalls, dass ich diese dem Grunde und (ich gehe von einem Stundensatz von 300,00 EUR aus?) auch der Höhe nach bestätigen kann.“

Am 11. Juli 2016 fand eine zweite Einigungsstellensitzung statt, zu der der Antragsteller den Beteiligten zu 2. mit Schreiben vom 30. Juni 2016 eingeladen hatte. An dieser Sitzung nahmen aus der Kanzlei des Beteiligten zu 2. Rechtsanwalt F und seine Assistentin als Verfahrensbevollmächtigte des Beteiligten zu 2. teil. 6

Mit Schreiben vom 14. Juli 2016 lud der Antragsteller den Beteiligten zu 2. zur dritten Einigungsstellensitzung am 25. Juli 2016 ein. In dieser Sitzung, an der für die Arbeitgeberseite wiederum niemand teilnahm, wurde durch die anwesenden Mitglieder ein Sozialplan beschlossen. 7

Der Antragsteller übersandte dem Beteiligten zu 2. mit Schreiben vom 26. Juli 2016 seine Rechnung vom selben Tag, die einen Rechnungsbetrag iHv. 6.092,80 Euro brutto auswies. Die Honorarrechnung setzte sich zusammen aus 5.000,00 Euro Honorar, 120,00 Euro für „Porto, Telefon, Kopien“ und der auf die Summe dieser Beträge anfallenden Umsatzsteuer. Eine Zahlung hierauf lehnte der Beteiligte zu 2. mit Schreiben vom 5. August 2016 ab. 8

Mit seiner beim Arbeitsgericht am 12. September 2016 eingegangenen und dem Beteiligten zu 2. am 20. September 2016 zugestellten Antragschrift hat der Antragsteller zunächst die Zahlung des zuvor außergerichtlich geltend gemachten Honorars iHv. 6.092,80 Euro begehrt. 9

Der Beteiligte zu 2. hat mit Schreiben vom 14. Oktober 2016, bei dem Amtsgericht Crailsheim am 17. Oktober 2016 eingegangen, Masseunzulänglichkeit angezeigt. 10

Mit bei dem Arbeitsgericht am 24. Oktober 2016 eingegangenem Schriftsatz vom 19. Oktober 2016 hat der Antragsteller seinen Antrag erweitert und eine auf Stundenbasis berechnete Honorarforderung iHv. 9.549,75 Euro sowie Rechtsverfolgungskosten iHv. zunächst 1.890,67 Euro geltend gemacht. Vor dem Hintergrund der angezeigten Masseunzulänglichkeit hat er später seinen Zahlungsantrag auf einen Feststellungsantrag umgestellt und hinsichtlich der Rechtsverfolgungskosten nur noch einen Betrag iHv. 1.819,27 Euro verlangt. 11

Der Antragsteller hat die Auffassung vertreten, das geltend gemachte Honorar sei der Höhe nach gerechtfertigt. Er sei insgesamt im Umfang von 26 Stunden und 45 Minuten tätig geworden, wobei zahlreiche Telefonate nicht eingerechnet seien. Seiner Berechnung habe er den von Rechtsanwalt F bestätigten Stundensatz von 300,00 Euro zugrunde gelegt. Dies ergebe einen Honoraranspruch von 8.025,00 Euro, zzgl. Umsatzsteuer einen Betrag von 9.549,75 Euro. Hinzu kämen anhand des RVG ermittelte Rechtsverfolgungskosten iHv. 1.819,27 Euro. Bei seinem Honoraranspruch und den Honorardurchsetzungskosten handele es sich um Masseverbindlichkeiten iSv. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO, da das Einigungsstellenverfahren zwar vor Insolvenzeröffnung begonnen, aber erst danach geendet habe. Insoweit habe der Beteiligte zu 2. seine Pflicht zur Mitwirkung am Einigungsstellenverfahren verletzt und durch sein betriebsverfassungswidriges Verhalten eine Masseschuld begründet. 12

Der Antragsteller hat zuletzt beantragt festzustellen, dass ihm eine Masseforderung iHv. 11.369,02 Euro zusteht. 13

Der Beteiligte zu 2. hat beantragt, den Antrag abzuweisen. Er hat die Auffassung vertreten, die Honorarforderung des Antragstellers stelle eine Insolvenzforderung dar. Der Abschluss des Einigungsstellenverfahrens erst nach der Insolvenzeröffnung über das Vermögen der Arbeitgeberin ändere daran nichts. Maßgebend sei, dass das Einigungsstellenverfahren vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingeleitet worden sei. Auch seien Honoraransprüche des Antragstellers nicht durch eine Handlung des Insolvenzverwalters nach Insolvenzeröffnung begründet worden, sondern durch die zuvor erfolgte gerichtliche Bestellung zum Einigungsstellenvorsitzenden auf Antrag des Betriebsrats. Das Verfahren vor der Einigungsstelle sei vom Insolvenzverwalter nicht aufgenommen worden. Der Honoraranspruch sei auch nicht in anderer Weise durch die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Insolvenzmasse begründet worden. An den zu § 59 Abs. 1 Nr. 1 KO entwickelten Grundsätzen könne unter Geltung der InsO nicht mehr festgehalten werden. Zumindest bei den Ansprüchen für Tätigkeiten vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens handele es sich um Insolvenzforderungen. Eine entsprechende Aufteilung des Honoraranspruchs sei möglich. Sollte der Antragsteller zunächst eine Masseforderung erworben haben, könne diese aufgrund der Anzeige der Masseunzulänglichkeit nicht erfüllt werden; es handele sich um eine Altmasseverbindlichkeit.

14

Das Arbeitsgericht hat dem Antrag stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Beschwerde des Beteiligten zu 2. zurückgewiesen. Mit seiner Rechtsbeschwerde verfolgt der Beteiligte zu 2. seinen Abweisungsantrag weiter. Der Antragsteller beantragt, die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

15

B. Die Rechtsbeschwerde des Beteiligten zu 2. ist teilweise begründet. Die Vorinstanzen haben dem Antrag zu Unrecht in vollem Umfang entsprochen. Der Antragsteller hat nur einen Anspruch auf Zahlung eines Honorars iHv. 5.950,00 Euro und von Rechtsverfolgungskosten iHv. 1.212,37 Euro erworben. Hierbei handelt es sich nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit um Altmasseverbindlichkeiten gegen die Insolvenzmasse.

16

I. Der Antragsteller hat für seine Tätigkeit als Einigungsstellenvorsitzender nur einen Anspruch auf ein Honorar iHv. 5.000,00 Euro zzgl. Umsatzsteuer iHv. 950,00 Euro erworben. 17

1. Nach § 76a Abs. 3 BetrVG hat ein betriebsfremdes Mitglied einer Einigungsstelle gegenüber dem Arbeitgeber einen Anspruch auf Vergütung seiner Tätigkeit im Einigungsstellenverfahren, dessen Höhe sich nach den Grundsätzen des § 76a Abs. 4 Satz 3 bis 5 BetrVG richtet. § 76a Abs. 3 BetrVG begründet einen gesetzlichen Anspruch des betriebsfremden Mitglieds auf Vergütung seiner Tätigkeit in der Einigungsstelle (*BAG 22. November 2017 - 7 ABR 46/16 - Rn. 10; 10. Oktober 2007 - 7 ABR 51/06 - Rn. 10, BAGE 124, 188*). Von § 76a Abs. 3 BetrVG kann nach § 76a Abs. 5 BetrVG abgewichen werden. Das Gesetz sieht ausdrücklich nur eine Abweichung durch Tarifvertrag oder in einer Betriebsvereinbarung vor, wenn ein Tarifvertrag dies zulässt oder eine tarifliche Regelung nicht besteht. Es entspricht aber allgemeiner Ansicht, dass auch einzelvertragliche Absprachen über eine anderweitige Vergütungsregelung zulässig sind (*Fitting 29. Aufl. § 76a Rn. 32; Jacobs GK-BetrVG 11. Aufl. § 76a Rn. 61; ErfK/Kania 20. Aufl. BetrVG § 76a Rn. 7; MHdB ArbR/Reinhard 4. Aufl. Bd. 3 § 308 Rn. 193 jew. mwN*). 18

Das umsatzsteuerpflichtige Mitglied einer Einigungsstelle hat nach § 76a Abs. 3 BetrVG auch einen Anspruch auf Erstattung der auf die Vergütung entfallenden Umsatzsteuer (*BAG 18. September 2019 - 7 ABR 15/18 - Rn. 15 mwN*). 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 Honorarforderung, sondern Teil von ihr, die aufgrund umsatzsteuerrechtlicher Bestimmungen lediglich gesondert auszuweisen ist (§ 14 Abs. 4 Satz 1 Nr. 8 UStG). 19

2. Danach kann der Antragsteller keine über einen Betrag von 5.950,00 Euro hinausgehende Vergütung verlangen. 20

a) Zwischen den Beteiligten steht außer Streit, dass dem Antragsteller dem Grunde nach ein Vergütungsanspruch zusteht. Er wurde durch den Be- 21

schluss des Arbeitsgerichts Mainz vom 5. April 2016 zum Vorsitzenden der Einigungsstelle „über einen Sozialplan im Zusammenhang mit der Betriebsänderung“ bei der Insolvenzschuldnerin bestellt und hat diese Aufgabe erfüllt.

b) Der Antragsteller hat jedoch nur einen Anspruch iHv. 5.950,00 Euro erworben. Dabei kann offenbleiben, ob sich die Höhe der Vergütung schon aus einer Vereinbarung der Beteiligten ergibt, oder ob der Antragsteller die Höhe des Vergütungsanspruchs nach § 315 Abs. 2 BGB durch Ausübung seines Bestimmungsrechts festgelegt hat. 22

aa) Der Antragsteller hat mit dem an den Beteiligten zu 2. gerichteten Schreiben vom 8. Juni 2016 ein Angebot auf Abschluss einer Vereinbarung über eine Pauschalvergütung iHv. 5.000,00 Euro für seine gesamte Tätigkeit als Vorsitzender der Einigungsstelle abgegeben. Dies ergibt die Auslegung der Erklärung. Der Antragsteller bezifferte nicht nur die Höhe seines Honoraranspruchs mit 5.000,00 Euro „zzgl. MwSt. und Spesen“, sondern bat auch um Überweisung eines Vorschusses iHv. 3.000,00 Euro. Daraus wird ersichtlich, dass es sich bei dem Betrag von 5.000,00 Euro nicht nur um die Forderung einer Vergütung für seine Tätigkeit bis zum 8. Juni 2016 handelte, sondern dass mit dem Betrag die gesamte Tätigkeit des Antragstellers als Vorsitzender der Einigungsstelle abgegolten werden sollte. Mit E-Mail vom 7. Juli 2016 bekräftigte der Antragsteller gegenüber Rechtsanwalt F: „Bitte klären Sie bis Montag, den 11.07.2016 meine Honorarforderung.“ 23

Ob der Beteiligte zu 2. dieses Angebot angenommen hat, kann der Senat auf der Grundlage der Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht beurteilen. Indem Rechtsanwalt F in seiner E-Mail vom 7. Juli 2016 erklärt hat, er könne die Honorarforderung dem Grunde nach und - ausgehend von einem Stundensatz von 300,00 Euro - auch der Höhe nach bestätigen, hat er das Angebot auf Vereinbarung eines Pauschalhonorars iHv. 5.000,00 Euro angenommen. Die in Klammern gesetzte Aussage/Frage „ich gehe von einem Stundensatz von 300,00 EUR aus?“ bezieht sich lediglich auf die Grundlage für die Berechnung der Pauschalvergütung durch den Antragsteller und stellt die Bestätigung der Honorarforderung sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach nicht 24

in Frage. Allerdings ergibt sich aus den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht, inwiefern diese Erklärung des Rechtsanwalts F dem Beteiligten zu 2. zuzurechnen ist. Zum Insolvenzverwalter bestellt ist allein der Beteiligte zu 2. und nicht die Rechtsanwaltskanzlei (vgl. § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO; dazu BVerfG 12. Januar 2016 - 1 BvR 3102/13 - Rn. 42, BVerfGE 141, 121). Eine Bevollmächtigung des Rechtsanwalts F durch den Beteiligten zu 2. zum Abschluss einer Honorarvereinbarung mit dem Antragsteller ist nicht festgestellt.

bb) Diese Frage kann letztlich offenbleiben. Sofern zwischen den Beteiligten keine Vereinbarung über eine Pauschalvergütung zustande gekommen sein sollte, hätte der Antragsteller mit seiner Rechnung vom 26. Juli 2016 von seinem Gestaltungsrecht bezüglich der Bestimmung der Höhe des Honorars nach § 76a Abs. 3 BetrVG verbindlich Gebrauch gemacht. Für eine abweichende Vereinbarung über eine stundengenaue Abrechnung der Tätigkeit als Einigungsstellenvorsitzender, wie sie der Antragsteller mit seinem erstinstanzlichen Schriftsatz vom 19. Oktober 2016 geltend gemacht hat, liegen keine Anhaltspunkte vor. 25

(1) Wird die Höhe der Vergütung des Einigungsstellenvorsitzenden nicht durch vertragliche Absprache mit dem Arbeitgeber geregelt, ist eine einseitige Bestimmung der Höhe der Vergütung durch den Vorsitzenden der Einigungsstelle gemäß §§ 315, 316 BGB nach billigem Ermessen und unter Berücksichtigung der in § 76a Abs. 4 BetrVG genannten Grundsätze vorzunehmen (BAG 28. August 1996 - 7 ABR 42/95 - zu B I 1 der Gründe). Das Recht einer Vertragspartei, die Leistung nach § 315 BGB einseitig zu bestimmen, ist ein Gestaltungsrecht. Es wird nach § 315 Abs. 2 BGB durch eine rechtsgeschäftliche, empfangsbedürftige Erklärung gegenüber der anderen Vertragspartei ausgeübt. Die Gestaltungserklärung bedarf regelmäßig keiner Form, ist also auch durch schlüssiges Verhalten möglich. Allerdings muss die Bestimmung so eindeutig erfolgen, dass der Gegner ohne Nachforschung und Berechnung weiß, was er schuldet (MüKoBGB/Würdinger 8. Aufl. § 315 Rn. 35). Ist das Leistungsbestimmungsrecht einmal wirksam ausgeübt, so ist es verbraucht. Der Bestimmungsberechtigte kann es kein zweites Mal ausüben, weil er es sich „anders 26

überlegt“ hat (*Staudinger/Rieble [2015] § 315 Rn. 285*). Die Leistungsbestimmung konkretisiert den Leistungsinhalt endgültig, sie ist als Gestaltungserklärung für den Bestimmenden unwiderruflich (*BAG 12. Oktober 2011 - 10 AZR 649/10 - Rn. 40, BAGE 139, 296; BGH 19. Januar 2005 - VIII ZR 139/04 - zu II B 2 der Gründe*). Die Unwiderruflichkeit dient der Rechtssicherheit und dem Schutz der nicht bestimmungsberechtigten Vertragspartei, die sich auf die Verbindlichkeit der einmal getroffenen Bestimmung verlassen und ihr Verhalten darauf einrichten darf (*BAG 12. Oktober 2011 - 10 AZR 649/10 - aaO*).

(2) Sollte eine Vereinbarung über ein Pauschalhonorar nicht zustande gekommen sein, hätte der Antragsteller mit seiner Rechnung vom 26. Juli 2016 sein Gestaltungsrecht ausgeübt. Die Ausübung dieses Gestaltungsrechts ist für den Antragsteller bindend. 27

(a) Der Antragsteller hat weder geltend gemacht noch sind sonst Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Parteien nach der am 26. Juli 2016 erfolgten Leistungsbestimmung iSd. § 315 Abs. 2 BGB eine davon abweichende Honorarhöhe vereinbart haben. Vielmehr hat der Antragsteller auch gerichtlich mit der Antragschrift zunächst einen Honoraranspruch iHv. 5.000,00 Euro geltend gemacht. Soweit er erstmals mit seinem Schriftsatz vom 19. Oktober 2016 einen höheren Anspruch beziffert hat, erfolgte dies ausweislich des ersten Satzes des Schriftsatzes „auf die gerichtliche Auflage zu Ziffer 3 des Beschlusses vom 4. Oktober 2016“. Zum „Beweis“ nimmt der Antragsteller lediglich auf die „E-Mail vom 26.07.2016 - Anlage ASt 8 der Antragschrift“ Bezug. Bei der Anlage ASt 8 handelt es sich um die E-Mail des Rechtsanwalts F vom 7. Juli 2016. Unabhängig von der Frage, ob diese Erklärung dem Beteiligten zu 2. zuzurechnen ist, handelt es sich inhaltlich nicht um das Angebot einer Abrechnung auf Stundenbasis, sondern um die Annahme des Angebots des Antragstellers auf Abschluss einer Pauschalhonorarvereinbarung. 28

(b) Die Leistungsbestimmung durch den Antragsteller ist auch verbindlich. Sie steht in Einklang mit den Vorgaben des § 76a Abs. 4 Satz 3 bis 5 BetrVG. Insbesondere die Schwierigkeit der Streitigkeit und der erforderliche Zeitaufwand sind geeignet, eine Vergütung iHv. 5.000,00 Euro zu rechtfertigen. Das 29

Landesarbeitsgericht hat einen Zeitaufwand des Antragstellers im Umfang von 26 Stunden und 45 Minuten angenommen. Diese Feststellung des Landesarbeitsgerichts hat der Beteiligte zu 2. nicht mit rechtsbeschwerderechtlich erheblichen Rügen angegriffen.

(3) Der Anspruch des Antragstellers umfasst zudem die auf die Vergütung von 5.000,00 Euro zu entrichtende Umsatzsteuer von 19 % iHv. 950,00 Euro. Zwischen den Beteiligten steht nicht im Streit, dass der Antragsteller der Pflicht zur Abführung von Umsatzsteuer unterliegt. 30

II. Ohne Rechtsfehler hat das Landesarbeitsgericht angenommen, dass der Vergütungsanspruch des Antragstellers als Altmasseverbindlichkeit nach § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO zu berichtigen ist. Der Vergütungsanspruch des Vorsitzenden einer Einigungsstelle, die nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens (weiter) tätig geworden ist und durch einen Spruch einen Sozialplan iSd. § 112 Abs. 1 Satz 2 BetrVG beschlossen hat, stellt entgegen der Auffassung des Beteiligten zu 2. auch dann eine Masseverbindlichkeit iSd. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO und keine Insolvenzforderung iSd. § 38 InsO dar, wenn die Einigungsstelle bereits vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch das Arbeitsgericht eingesetzt worden war und ihre Tätigkeit aufgenommen hatte. 31

1. Insolvenzforderungen sind zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründete Forderungen des Gläubigers gegen den Schuldner (§ 38 InsO). Der Zeitpunkt der Entstehung der Forderung sowie deren Fälligkeit sind für diese Einordnung unmaßgeblich. Entscheidend ist, dass ihr Rechtsgrund zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bereits gelegt war bzw. der den Anspruch begründende Tatbestand bereits vor der Insolvenzeröffnung vollständig verwirklicht und damit abgeschlossen war (*BAG 14. März 2019 - 6 AZR 4/18 - Rn. 13 mwN; BGH 22. September 2011 - IX ZB 121/11 - Rn. 3; Uhlenbruck/Sinz InsO 15. Aufl. Bd. 1 § 38 Rn. 26*). Masseverbindlichkeiten sind hingegen gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO ua. solche Verbindlichkeiten, die durch Handlungen des Insolvenzverwalters oder in anderer Weise durch die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Insolvenzmasse begründet werden, ohne zu den Kosten des Insolvenzverfahrens zu gehören. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Formulie- 32

rung in Abgrenzung zu der Vorgängerregelung in § 59 Abs. 1 Nr. 1 KO verdeutlichen, dass es auf die „Begründung“ der Verbindlichkeit und nicht auf ihre möglicherweise später liegende „Entstehung“ ankommt (vgl. *Amtliche Begründung zum Regierungsentwurf einer Insolvenzordnung BT-Drs. 12/2443 S. 126*). Nur dann, wenn der Insolvenzverwalter durch seine Handlung, die auch in einem Unterlassen liegen kann (*BAG 14. März 2019 - 6 AZR 4/18 - Rn. 14; 27. April 2006 - 6 AZR 364/05 - Rn. 17, BAGE 118, 115; vgl. Amtliche Begründung zum Regierungsentwurf einer Insolvenzordnung BT-Drs. 12/2443 S. 126*), die Grundlage der Verbindlichkeit schafft, begründet er eine Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Masseverbindlichkeiten in diesem Sinne sind grundsätzlich nur dann anzuerkennen, wenn der Insolvenzverwalter mit dem Ziel handelt, der Masse etwas zuzuführen. Kennzeichen der Masseverbindlichkeit ist, dass die von der Masse aufzubringende Leistung das Äquivalent für die ihr zufließende Gegenleistung darstellt (*BAG 6. September 2018 - 6 AZR 367/17 - Rn. 18 mwN, BAGE 163, 271; 25. Januar 2018 - 6 AZR 8/17 - Rn. 19, BAGE 161, 368*).

2. Danach handelt es sich bei der Vergütung des Antragstellers um eine Masseverbindlichkeit. Das Honorar des Vorsitzenden einer Einigungsstelle, die nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens einen Sozialplan beschlossen hat, stellt insgesamt eine Masseverbindlichkeit dar (*ebenso Fitting 29. Aufl. § 76a Rn. 36; HWK/Kliemt 8. Aufl. § 76a BetrVG Rn. 36; Jacobs GK-BetrVG 11. Aufl. § 76a Rn. 40; Schwab/Weth/Kliemt ArbGG 5. Aufl. Das Einigungsstellenverfahren Rn. 414*). 33

a) Zwar war die Einigungsstelle noch vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Arbeitsgericht eingesetzt worden und hatte ihre Tätigkeit aufgenommen. Der Vergütungsanspruch des Antragstellers war damit aber noch nicht iSd. § 38 InsO begründet. Denn der den Anspruch begründende Tatbestand für die Vergütung ist allein durch die Einsetzung und Aufnahme der Tätigkeit der Einigungsstelle vor der Insolvenzeröffnung noch nicht vollständig verwirklicht und damit abgeschlossen. Der gesetzliche Vergütungsanspruch des § 76a Abs. 3 BetrVG knüpft nach der Rechtsprechung des Senats an die organschaft- 34

liche Stellung an (*BAG 24. April 1996 - 7 ABR 40/95 - zu B 2 der Gründe*). Er setzt deshalb eine wirksame Berufung in dieses Amt voraus (*BAG 19. August 1992 - 7 ABR 58/91 - zu B II 2 der Gründe*). Das bedeutet aber nicht, dass der Vergütungsanspruch mit der wirksamen Berufung in das Amt bereits vollständig entstanden ist. Mit dem Vergütungsanspruch wird nicht die Bereitschaft zur Übernahme des Amtes, sondern die gesamte Tätigkeit als Vorsitzender der Einigungsstelle abgegolten. Dies ergibt sich schon aus § 76a Abs. 3 Satz 2 iVm. Abs. 4 Satz 3 BetrVG, wonach bei der Festlegung der Höhe der Vergütung insbesondere der erforderliche Zeitaufwand, die Schwierigkeit der Streitigkeit sowie ein Verdienstausschluss zu berücksichtigen sind. Insbesondere der erforderliche Zeitaufwand lässt sich erst nach der Durchführung der Einigungsstelle exakt feststellen (*vgl. etwa Jacobs GK-BetrVG 11. Aufl. § 76a Rn. 54*). Die Tatbestandsvoraussetzungen des Vergütungsanspruchs sind daher erst mit Abschluss der Einigungsstelle vollständig erfüllt.

b) Der Anspruch auf Vergütung wurde durch die Verwaltung der Insolvenzmasse durch den Beteiligten zu 2. iSv. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO begründet. Ihn traf eine Pflicht zur Mitwirkung an der Aufstellung des Sozialplans durch die Einigungsstelle. Wie auch § 123 InsO zeigt, ändert die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arbeitgebers nichts an der Pflicht zur Aufstellung eines Sozialplans. Die Bildung der Einigungsstelle ist ein organisatorischer Akt, der unerlässlich ist, um den Umfang der Masse im Insolvenzverfahren zu ermitteln. Insofern gilt nichts anderes als nach der Vorgängerregelung in § 59 Abs. 1 Nr. 1 KO (*vgl. dazu BAG 27. März 1979 - 6 ABR 39/76 - zu II 3 d der Gründe; 25. August 1983 - 6 ABR 52/80 - zu III 2 a der Gründe*). Hierzu hatte das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass der Konkursverwalter die Pflicht hat, alle organisatorischen Maßnahmen zu ergreifen und durchzuführen, die den Vorschriften der §§ 111 bis 113 BetrVG dienen. Diese Pflicht trifft auch den Insolvenzverwalter. Er wird nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zum Arbeitgeber im Sinne des BetrVG (*MHdB ArbR/Krumbiegel 4. Aufl. Bd. 1 § 27 Rn. 38*). Ohne seine Mitarbeit auf diesem Gebiet ist ein geordnetes Insolvenzverfahren nicht möglich, weil die Masse nicht abschließend festgestellt werden kann. Das gebietet es, die für die Bildung der Einigungsstelle notwendi-

35

gen Maßnahmen als Teil der Geschäftsführung des Insolvenzverwalters iSd. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO zu bewerten. Verschließt sich der Insolvenzverwalter einer solchen Mitwirkung, so ist sein Unterlassen nach allgemein geltenden Grundsätzen einer Handlung iSd. genannten Norm gleichzustellen (*vgl. zu § 59 Abs. 1 Nr. 1 KO BAG 27. März 1979 - 6 ABR 39/76 - zu II 3 d aa der Gründe*).

Durch die Aufstellung des Sozialplans fließen der Masse zwar keine neuen Mittel zu. Ein Zufluss von Vermögen zur Insolvenzmasse ist jedoch nicht zwingende Voraussetzung für die Annahme einer Masseverbindlichkeit iSd. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO (*vgl. zum Abschluss eines Abfindungsvergleichs durch den Insolvenzverwalter BAG 14. März 2019 - 6 AZR 4/18 - Rn. 15*). Unabhängig davon kommt der Insolvenzmasse die Leistung des Einigungsstellenvorsitzenden zugute. Sein Honoraranspruch ist das Äquivalent für diese Leistung.

36

c) Der Vergütungsanspruch des Antragstellers ist auch nicht insoweit eine Insolvenzforderung iSd. § 38 InsO, als er die Tätigkeit des Antragstellers vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgelten soll. Unabhängig von der Frage, ob der Anwendungsbereich des § 105 InsO überhaupt eröffnet ist, handelt es sich bei der Tätigkeit eines Einigungsstellenvorsitzenden nicht um eine teilbare Leistung iSd. Norm (*aA Kolbe/Bottor NZI 2018, 830, 832*). Das Verfahren über die Aufstellung eines Sozialplans durch die Einigungsstelle nach § 112 Abs. 4 und Abs. 5 BetrVG ist einheitlicher Natur und lässt sich nicht in verschiedene sachliche oder zeitliche Abschnitte aufteilen. Ein Einigungsstellenvorsitzender erhält seine Vergütung in der Regel für das Einigungsstellenverfahren insgesamt (*vgl. BAG 9. Dezember 2009 - 7 ABR 90/07 - Rn. 24, BAGE 132, 333*). Bei einem solchen einheitlichen Verfahren entscheidet der Zeitpunkt seines Abschlusses über die Frage, ob die Verfahrenskosten Masseverbindlichkeiten iSd. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO darstellen (*vgl. zu Rechtsanwaltsgebühren im Beschlussverfahren BAG 17. August 2005 - 7 ABR 56/04 - zu B III 1 der Gründe, BAGE 115, 332*).

37

d) Dem Vergütungsanspruch des Antragstellers stehen entgegen der Ansicht des Beteiligten zu 2. auch nicht die Grundsätze des § 123 Abs. 2 InsO entgegen. Die Verbindlichkeiten aus einem nach der Eröffnung des Insolvenz-

38

verfahrens aufgestellten Sozialplan sind gemäß § 123 Abs. 2 Satz 1 InsO Masseverbindlichkeiten. Zu Unrecht meint der Beteiligte zu 2., bei Masseunzulänglichkeit entfielen alle Ansprüche aus einem solchen Sozialplan. Es entfällt lediglich die Klagbarkeit der Sozialplanansprüche (vgl. *ErFK/Müller-Glöge 20. Aufl. InsO Rn. 16a*). Zudem verkennt der Beteiligte zu 2., dass § 123 InsO allein Sozialplanansprüche der Arbeitnehmer betrifft. Diese dienen dem Ausgleich oder der Milderung der wirtschaftlichen Nachteile, die den Arbeitnehmern infolge der geplanten Betriebsänderung entstehen (§ 112 Abs. 1 Satz 2 BetrVG). Der Anspruch nach § 76a Abs. 3 BetrVG dient dagegen der Vergütung der Tätigkeit als Vorsitzender oder externer Beisitzer einer Einigungsstelle. Die beiden Ansprüche sind mithin nicht vergleichbar und unterliegen unterschiedlichen Grundsätzen.

e) Zutreffend macht der Antragsteller seinen Honoraranspruch als Altmasseverbindlichkeit geltend. Die Voraussetzungen für den Anspruch lagen mit Abschluss der Einigungsstelle nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens und vor der Anzeige der Masseunzulänglichkeit iSd. § 208 InsO durch den Beteiligten zu 2. vor. Es handelt sich damit um eine sog. Altmasseverbindlichkeit, die nach § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO zu berichtigen ist. 39

III. Da dem Antragsteller nur ein Vergütungsanspruch iHv. 5.950,00 Euro zusteht, hat er einen Anspruch auf Rechtsverfolgungskosten nur iHv. 1.212,37 Euro erworben. 40

1. Der Antragsteller hat dem Grunde nach einen Anspruch auf Zahlung von Rechtsverfolgungskosten als Verzugsschaden aus § 280 Abs. 1 und Abs. 2, § 286 Abs. 1 und Abs. 3, § 249 Abs. 1 BGB. 41

a) Nach der Rechtsprechung des Senats können unternehmensfremde Einigungsstellenmitglieder vom Arbeitgeber die Erstattung der Kosten verlangen, die bei der gerichtlichen Durchsetzung des ihnen nach § 76a Abs. 3 BetrVG zustehenden Honoraranspruchs anfallen (sog. Honorardurchsetzungskosten). Die Honorardurchsetzungskosten zählen zwar nicht zu den vom Arbeitgeber nach § 76a Abs. 1 BetrVG zu tragenden Kosten der Einigungsstelle, 42

können aber ein nach § 286 Abs. 1 BGB zu ersetzender Verzugsschaden sein. § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG schränkt insoweit den materiellrechtlichen Kostenersatzanspruch nicht ein. Die Anwaltskosten für die gerichtliche Durchsetzung des Honoraranspruchs können auch dann zu ersetzen sein, wenn das Einigungsstellenmitglied ein Rechtsanwalt ist und das Beschlussverfahren selbst führt (*BAG 27. Juli 1994 - 7 ABR 10/93 - zu B II der Gründe, BAGE 77, 273*).

b) Die Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch nach § 286 Abs. 1 BGB sind erfüllt. Der Beteiligte zu 2. war bei Eingang des Antrags bei Gericht mit der Erfüllung des geschuldeten Honoraranspruchs in Verzug. 43

aa) Der Schuldner einer Entgeltforderung kommt nach § 286 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 BGB spätestens in Verzug, wenn er nicht innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung leistet. Die Rechnung des Antragstellers vom 26. Juli 2016 ging dem Beteiligten zu 2. spätestens am 5. August 2016 zu. Mit Schreiben von diesem Tag lehnte der Beteiligte zu 2. eine Zahlung auf die Rechnung ab. Bei Eingang der Antragschrift beim Arbeitsgericht am 12. September 2016 war die 30-tägige Frist mithin bereits abgelaufen. 44

bb) § 286 Abs. 4 BGB steht dem nicht entgegen. Nach dieser Vorschrift kommt der Schuldner nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstands unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat. Dabei spielt es keine Rolle, ob ein unverschuldeter Tatsachenirrtum oder ein unverschuldeter Rechtsirrtum vorliegt (*vgl. zur Vorgängerregelung in § 285 BGB in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung BAG 27. Juli 1994 - 7 ABR 10/93 - zu B II 2 c bb der Gründe mwN, BAGE 77, 273*). Der Beteiligte zu 2. unterlag keinem unverschuldeten Rechtsirrtum. Die Sorgfaltspflichten des Schuldners gehen zwar nicht so weit, dass er erst dann entlastet ist, wenn bei einer ex ante-Betrachtung eine ihm ungünstige Entscheidung der Streitfrage undenkbar erschien. Bei einer ungeklärten Rechtslage entfällt ein Verschulden aber nicht schon dann, wenn sich der Schuldner auf eine ihm günstige Ansicht im Schrifttum berufen kann. Der Ausschluss des Schuldnerverzugs wegen unverschuldeten Rechtsirrtums ist an 45

strenge Voraussetzungen geknüpft. Grundsätzlich erfordert der Geltungsanspruch des Rechts, dass der Schuldner das Risiko eines Rechtsirrtums selbst trägt und nicht dem Gläubiger zuschieben kann (*BAG 27. Juli 1994 - 7 ABR 10/93 - aaO*). Im vorliegenden Fall durfte der Beteiligte zu 2. bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht darauf vertrauen, dass die Gerichte seine Auffassung teilen, dem Antragsteller stehe der geltend gemachte Honoraranspruch nicht als Masseforderung zu.

2. Die geltend gemachten Anwaltskosten waren nur teilweise erforderlich. 46  
Die Erforderlichkeit dieser Kosten kann zwar nicht deshalb verneint werden, weil der Antragsteller selbst Rechtsanwalt ist. Dem Geschädigten ist es in der Regel nicht zuzumuten, seine besonderen beruflichen Fähigkeiten in den Dienst des Schädigers zu stellen (*vgl. BAG 27. Juli 1994 - 7 ABR 10/93 - zu B II 2 d bb der Gründe mwN, BAGE 77, 273*). Die Anwaltskosten waren jedoch nur in dem Umfang erforderlich, wie sie durch eine berechtigte Forderung ausgelöst wurden.

a) Dem Antragsteller stand nur ein Vergütungsanspruch iHv. 47  
5.950,00 Euro zu. Soweit der Antragsteller zunächst mit seinem Antrag auch einen Anspruch auf Erstattung von 120,00 Euro netto für „Porto, Telefon, Kopien“ geltend gemacht hatte, war der Antrag unschlüssig. Die Voraussetzungen für einen entsprechenden Kostenerstattungsanspruch iSd. § 76a Abs. 1 BetrVG hatte der Antragsteller nicht dargelegt. Seit der Antragsänderung vom 19. Oktober 2016 hat er den Antrag auf Kostenerstattung auch nicht mehr geltend gemacht.

b) Hätte der Antragsteller als Rechtsanwalt lediglich den ihm zustehenden 48  
Betrag iHv. 5.950,00 Euro gerichtlich geltend gemacht, hätte dies nur Rechtsanwaltsgebühren iHv. 1.212,37 Euro ausgelöst. Die Verfahrensgebühr nach Nr. 3100 der Anl. 1 zu § 2 Abs. 2 RVG hätte dann 460,20 Euro, die Terminsgebühr für die Wahrnehmung des Gütetermins am 4. Oktober 2016 hätte nach Nr. 3104 der Anl. 1 zu § 2 Abs. 2 RVG 424,80 Euro betragen. Einschließlich einer Pauschale für Entgelte für Post und Telekommunikation nach Nr. 7002 der Anl. 1 zu § 2 Abs. 2 RVG iHv. 20,00 Euro, unstreitiger Fahrtkosten iHv.

88,80 Euro sowie des Tage- und Abwesenheitsgeldes (Nr. 7005 der Anl. 1 zu § 2 Abs. 2 RVG) iHv. 25,00 Euro ergibt sich ein Nettobetrag iHv. 1.018,80 Euro, mithin einschließlich der Umsatzsteuer ein Rechtsanwaltshonorar iHv. 1.212,37 Euro brutto.

c) Auch bei diesen Rechtsverfolgungskosten handelt es sich um eine Altmasseverbindlichkeit iSv. § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO, da sie vor der Anzeige der Masseunzulänglichkeit begründet wurde. 49

Gräfl

Waskow

Klose

Schuh

Willms