

Bundesarbeitsgericht
Siebter Senat

Beschluss vom 19. November 2019
- 7 ABR 52/17 -
ECLI:DE:BAG:2019:191119.B.7ABR52.17.0

I. Arbeitsgericht Nürnberg

Beschluss vom 27. Oktober 2016
- 9 BV 157/15 -

II. Landesarbeitsgericht Nürnberg

Beschluss vom 19. September 2017
- 2 TaBV 75/16 -

Entscheidungsstichworte:

Einigungsstelle - Vergütungsanspruch eines betriebsfremden Besitzers -
Rechtsverfolgungskosten als Schadensersatz

BUNDEARBEITSGERICHT



7 ABR 52/17
2 TaBV 75/16
Landesarbeitsgericht
Nürnberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
19. November 2019

BESCHLUSS

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragsteller und Rechtsbeschwerdeführer,

2.

Beschwerdeführerin und Rechtsbeschwerdeführerin,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Anhörung vom 19. November 2019 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, den Richter am Bundesarbeitsgericht Klose, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Rennpferdt sowie den ehrenamtlichen Richter Schiller und die ehrenamtliche Richterin Wicht für Recht erkannt:

Auf die Rechtsbeschwerden der Arbeitgeberin und des Antragstellers wird der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Nürnberg vom 19. September 2017 - 2 TaBV 75/16 - teilweise aufgehoben, soweit die Arbeitgeberin zur Zahlung eines Betrags iHv. 4.248,30 Euro brutto verpflichtet wurde, und soweit der Antrag auf Zahlung von Zinsen iHv. 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 4.248,30 Euro brutto abgewiesen wurde.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Anhörung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Im Übrigen wird die Rechtsbeschwerde des Antragstellers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Gründe

A. Die Beteiligten streiten über das Bestehen eines Vergütungsanspruchs des Antragstellers als außerbetrieblicher Beisitzer einer Einigungsstelle sowie über die Erstattung von Rechtsverfolgungskosten. 1

Die zu 2. beteiligte Arbeitgeberin vertreibt von ihrem Betrieb in N aus verschiedene Eis- und Tiefkühlspezialitäten. In dem Betrieb ist ein Betriebsrat gebildet. Im Hinblick auf Umkleidezeiten für das Anlegen von Schutz- und Arbeitskleidung im Kühlhaus und in anderen Bereichen kam es zwischen der Arbeitgeberin und dem Betriebsrat im Jahr 2014 zu Meinungsverschiedenheiten. Im März und April 2014 forderte der Betriebsrat die Arbeitgeberin mehrfach schriftlich auf, Gespräche über den Abschluss einer Betriebsvereinbarung zum Thema „vergütungspflichtige Umkleidezeiten“ aufzunehmen. Nachdem die Arbeitgeberin das Ersuchen des Betriebsrats erstmals im Mai 2014 zurückgewiesen hatte, kam es in der Folgezeit diesbezüglich zu längerem Schriftverkehr der Betriebsparteien. Im September 2014 nahm der Betriebsrat Kontakt mit der Kanzlei A auf und beauftragte diese mit der Wahrnehmung seiner Interessen. Gründer 2

dieser Kanzlei ist Rechtsanwalt S, der jetzige Verfahrensbevollmächtigte des Antragstellers. Der Antragsteller war zu jener Zeit im Fer Büro der Kanzlei als Rechtsanwalt beschäftigt.

Nachdem die Arbeitgeberin gegenüber dem Betriebsrat die Kostenübernahme für einen Sachverständigen zum Thema „vergütungspflichtige Umkleidezeiten“ abgelehnt hatte, erklärte der Betriebsrat mit Beschluss vom 27. Oktober 2014 das Scheitern der Verhandlungen und ließ die Arbeitgeberin durch Rechtsanwalt S mit Schreiben vom 4. November 2014 auffordern, sich mit der Einsetzung einer Einigungsstelle mit vier Beisitzern pro Seite einverstanden zu erklären. Dies lehnte die Arbeitgeberin mit Schreiben vom 10. November 2014 ab.

Mit der Antragsschrift vom 1. Dezember 2014 leitete der Betriebsrat daraufhin ein Beschlussverfahren zur Einsetzung einer Einigungsstelle bei dem Arbeitsgericht Nürnberg ein. Er beantragte ua., die Zahl der Beisitzer auf vier je Seite festzusetzen, was mit der hohen Komplexität des Regelungsgegenstands begründet wurde. Nachdem sich die Betriebsparteien außergerichtlich auf drei Beisitzer je Seite verständigt hatten, endete das Beschlussverfahren am 19. Dezember 2014 mit der Feststellung eines entsprechenden Vergleichs durch Beschluss des Arbeitsgerichts.

Die Geschäftsleitung der Arbeitgeberin, die nicht über Erfahrungen mit der Einsetzung und Durchführung von Einigungsstellen verfügte, ging davon aus, dass im Falle der Bestellung von drei Beisitzern von Seiten des Betriebsrats ein Vertreter der Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten (NGG), ein Rechtsanwalt und ein Betriebsratsmitglied in die Einigungsstelle entsandt würden. Dies hatte die Geschäftsleitung dem Vorsitzenden des Betriebsrats H anlässlich der Vergleichsverhandlungen mitgeteilt, welcher dem weder ausdrücklich zugestimmt noch widersprochen hatte.

Der Betriebsrat entsandte auf Anraten von Rechtsanwalt S mit Beschluss vom 14. Januar 2015 diesen selbst, den Antragsteller und Frau Sch von der Gewerkschaft NGG als Beisitzer in die Einigungsstelle. Ferner wurde beschlossen, den Betriebsratsvorsitzenden H „als Berichterstatter des Betriebs-

rats und Verfahrensbevollmächtigten“ in die Einigungsstelle zu entsenden. Darüber hinaus sollten nach dem Beschluss drei weitere Betriebsratsmitglieder im Rahmen der Betriebsöffentlichkeit an der Einigungsstelle teilnehmen.

Die Arbeitgeberin bat den Betriebsrat, die Entscheidung zur Benennung der Beisitzer zu überdenken. In einer außerordentlichen Betriebsratssitzung vom 26. Januar 2015 hörte der Betriebsrat den Geschäftsführer L, die Mitarbeiterin der Personalabteilung K, Rechtsanwalt S und die Gewerkschaftssekretärin Sch zur Besetzung der Einigungsstelle an. Der Betriebsrat beschloss im Anschluss an die Sitzung, an seinem Entsendungsbeschluss festzuhalten und teilte dies der Arbeitgeberin mit. 7

In ihrem Einladungsschreiben vom 5. Februar 2015 erklärte die Arbeitgeberin, dass sie sich „nach wie vor an die mündlich getroffene Vereinbarung, nach der ... von der Seite der Arbeitnehmervertretung ein Betriebsratsmitglied, eine Person der Gewerkschaft und ein Rechtsanwalt teilnehmen werden“, halte; weitere Kosten würden von der Arbeitgeberin nicht übernommen. 8

Mit Schreiben vom 23. Februar 2015 teilte Rechtsanwalt S der Arbeitgeberin mit, dass es keine Vereinbarung über die Besetzung des dritten Beisitzers gebe. Aufgrund der versuchten Einflussnahme auf den Betriebsrat bzw. einzelne Mitglieder durch die Arbeitgeberin sei es zwingend notwendig, dass der Betriebsrat keine Betriebsratsmitglieder als Beisitzer benenne, um eine Einflussnahmemöglichkeit der Arbeitgeberin auf diese auszuschließen. 9

Die Einigungsstelle tagte am 25. März und am 16. Juni 2015 und endete mit dem Abschluss einer Betriebsvereinbarung. Der Antragsteller nahm an den Sitzungen teil. 10

Der Einigungsstellenvorsitzende stellte mit Schreiben vom 18. Juni 2015 für 17 Stunden Tätigkeit ein Honorar iHv. 5.100,00 Euro netto in Rechnung. Ferner machte er Fahrtkosten iHv. 282,80 Euro netto geltend. Einschließlich der Mehrwertsteuer iHv. 19 % belief sich der Rechnungsbetrag insgesamt auf 6.405,53 Euro brutto. 11

Mit Schreiben vom 6. Juli 2015 stellte Rechtsanwalt S der Arbeitgeberin für sich und den Antragsteller jeweils 3.767,96 Euro netto, dh. 7/10 der Gesamtrechnung des Einigungsstellenvorsitzenden, in Rechnung. Auf den mit 4.483,87 Euro bezifferten Bruttobetrag zahlte die Arbeitgeberin an Rechtsanwalt S 4.248,30 Euro brutto; an den Antragsteller zahlte sie nichts. Mit Schreiben vom 1. September 2015 forderte Rechtsanwalt S die Arbeitgeberin unter Fristsetzung bis zum 11. September 2015 zur Zahlung der Kostennote des Antragstellers auf. Mit E-Mail vom 9. September 2015 lehnte die Arbeitgeberin unter Berufung auf die ihrer Ansicht nach getroffene mündliche Vereinbarung die Übernahme weiterer Kosten ab. 12

Mit der beim Arbeitsgericht am 6. Oktober 2015 eingegangenen und der Arbeitgeberin am 14. Oktober 2015 zugestellten Antragschrift hat der Antragsteller die Zahlung des von ihm ermittelten Honorar Betrags nebst Zinsen sowie Rechtsverfolgungskosten iHv. 492,54 Euro, berechnet nach dem RVG (bestehend aus: 1,3 Verfahrensgebühr, 20,00 Euro Auslagenpauschale, 19 % Umsatzsteuer), nebst Zinsen verlangt. Am 3. Dezember 2015 fand ein Gütetermin vor dem Arbeitsgericht statt. Mit der beim Arbeitsgericht am 18. August 2016 eingegangenen und der Arbeitgeberin am 25. August 2016 zugestellten Antragsweiterung hat der Antragsteller weitere Rechtsverfolgungskosten iHv. 456,48 Euro (bestehend aus: 1,2 Terminsgebühr, 20,00 Euro Auslagenpauschale, 19 % Umsatzsteuer) nebst Verzugszinsen geltend gemacht. 13

Der Antragsteller hat die Auffassung vertreten, sein Anspruch hänge nicht davon ab, ob der Betriebsrat seine Bestellung zum Beisitzer der Einigungsstelle für erforderlich halten durfte; maßgeblich für die Entscheidung des Betriebsrats sei vielmehr, ob ein Beisitzer das Vertrauen des Betriebsrats genieße. Unzulässig sei lediglich die Benennung eines offensichtlich ungeeigneten Beisitzers. Die Frage der Erforderlichkeit stellte sich lediglich dann, wenn der Betriebsrat einen weiteren Rechtsanwalt nicht als Beisitzer, sondern als Verfahrensbevollmächtigten bestellt hätte. 14

Die Vorschläge zur Besetzung der Einigungsstelle seien von Rechtsanwalt S mit dem Betriebsrat erörtert worden; dieser sei dann zu dem Ergebnis 15

gelangt, dass eine Benennung von drei externen Beisitzern sinnvoll sei, um eine Einflussnahme durch den Arbeitgeber in der Einigungsstelle auszuschließen. Der Betriebsrat habe Rechtsanwalt S vor seiner Beschlussfassung am 14. Januar 2015 danach befragt, wer als externer Beisitzer für die Einigungsstelle infrage komme. Aufgrund seiner Vorbefassung mit der Sache habe dieser dann zunächst sich selbst und aufgrund der Relevanz tariflicher Regelungen auch einen Vertreter der Gewerkschaft NGG empfohlen. Hinsichtlich des dritten Beisitzers habe er angeraten, den Antragsteller hinzuzuziehen, weil sich dieser schon zuvor - wie Rechtsanwalt S auch - intensiv mit Arbeitszeitregelungen und der Problematik von Umkleidezeiten beschäftigt habe.

In der Betriebsratssitzung vom 26. Januar 2015 habe Rechtsanwalt S noch einmal verdeutlicht, dass ein Beisitzer kein imperatives oder weisungsabhängiges Mandat habe. Externe Besitzer seien erfahrungsgemäß standfester gegenüber einer Druckausübung durch den Arbeitgeber. Der Berichterstatter des Betriebsrats sei hingegen nur diesem gegenüber verpflichtet und könne diesen unabhängig vertreten, ohne auf die formale Beisitzerstellung achten zu müssen. 16

Kosteninteressen hätten insoweit bei einem Stundensatz von 210,00 Euro netto keine Rolle gespielt, da der Aufwand der anwaltlichen Vertreter erheblich höher gewesen sei. 17

Der Antragsteller hat zuletzt sinngemäß beantragt, 18

1. die Arbeitgeberin zu verpflichten, an ihn einen Betrag iHv. 4.483,87 Euro brutto zzgl. Zinsen iHv. 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 1. September 2015 zu zahlen,
2. die Arbeitgeberin zu verpflichten, an ihn Honorardurchsetzungskosten iHv. 492,54 Euro brutto zzgl. Zinsen iHv. 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 9. September 2015 zu zahlen,
3. die Arbeitgeberin zu verpflichten, an ihn weitere Honorardurchsetzungskosten iHv. 432,68 Euro brutto zzgl. Zinsen iHv. 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 3. Dezember 2015 zu zahlen.

Die Arbeitgeberin hat beantragt, die Anträge abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, vor der Einsetzung der Einigungsstelle sei eine mündliche Einigung dahingehend erfolgt, dass von Arbeitnehmerseite ein Betriebsratsmitglied, ein Vertreter der Gewerkschaft NGG und ein Rechtsanwalt zu bestellen seien und dass Kosten für einen dritten externen Beisitzer nicht übernommen würden. Die Bestellung von drei betriebsexternen Beisitzern sei nicht erforderlich gewesen, insbesondere nicht bei der rechtlich einfachen Thematik. Die Erforderlichkeit sei ein allgemein im Betriebsverfassungsrecht zu beachtender Grundsatz, der auch bei der Bestellung von Einigungsstellenbeisitzern Anwendung finde. Es seien keine sachlichen Gründe ersichtlich, warum der damalige Betriebsratsvorsitzende H zwar als Verfahrensbevollmächtigter, nicht aber als Beisitzer in der Einigungsstelle tätig geworden sei. 19

Insoweit habe der Betriebsrat auch gegen das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit verstoßen und rechtsmissbräuchlich gehandelt. Von Arbeitgeberseite sei zu keiner Zeit Druck auf den Betriebsrat ausgeübt worden. Umgekehrt sei davon auszugehen, dass der Betriebsrat auf Anraten der Kanzlei des Antragstellers Druck auf die Arbeitgeberseite habe ausüben und diese sich ihre Vergütung habe sichern wollen. Im Rahmen einer weiteren Einigungsstelle, die die Berechtigung einer Beschwerde nach § 85 BetrVG zum Gegenstand hatte, habe der Betriebsrat ebenfalls zwei Anwälte aus der Kanzlei des Antragstellers entsandt. 20

Das Arbeitsgericht hat dem Antrag bis auf eine zunächst doppelt geltend gemachte Auslagenpauschale stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Beschwerde der Arbeitgeberin den Beschluss des Arbeitsgerichts insoweit abgeändert, als es dem Antragsteller einen Honoraranspruch iHv. lediglich 4.248,30 Euro zugesprochen und im Übrigen die Anträge des Antragstellers einschließlich der begehrten Zinsen abgewiesen hat. Mit der Rechtsbeschwerde verfolgt der Antragsteller den Anspruch auf Zahlung von Zinsen iHv. 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 4.248,30 Euro seit dem 1. September 2015 sowie die geltend gemachten Rechtsverfolgungskosten nebst Zinsen weiter. Die Arbeitgeberin beantragt mit ihrer Rechtsbeschwerde, die Anträge insgesamt abzuweisen. 21

B. Die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin ist begründet; die Rechtsbeschwerde des Antragstellers hat nur teilweise hinsichtlich der Abweisung des Zinsanspruchs auf einen Betrag iHv. 4.248,30 Euro brutto Erfolg. Mit der von ihm gegebenen Begründung durfte das Landesarbeitsgericht dem Antrag zu 1. nicht teilweise stattgeben und den entsprechenden Zinsanspruch abweisen. Der Senat kann auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht beurteilen, ob dem Antragsteller die geltend gemachte Vergütung nebst Zinsen zusteht. Der Beschluss des Landesarbeitsgerichts war daher insoweit aufzuheben und die Sache im Umfang der Aufhebung zur neuen Anhörung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen. Die in Bezug auf die Abweisung der Anträge zu 2. und 3. erhobene Rechtsbeschwerde des Antragstellers ist dagegen unbegründet. 22

I. Die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin, mit der sie sich gegen die Verpflichtung zur Zahlung eines Honorars iHv. 4.248,30 Euro an den Antragsteller für dessen Tätigkeit in der Einigungsstelle wendet, ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat dem Antrag zu 1. insoweit mit einer rechtsfehlerhaften Begründung entsprochen. Das Landesarbeitsgericht ist ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass eine Vereinbarung der Betriebsparteien darüber, dass der Betriebsrat als dritten Beisitzer ein Betriebsratsmitglied in die Einigungsstelle entsenden wird, nicht getroffen wurde. Das Landesarbeitsgericht hat aber zu Unrecht angenommen, der Antragsteller habe für seine Mitwirkung in der Einigungsstelle einen Honoraranspruch unabhängig davon erworben, ob der Beschluss des Betriebsrats über seine Bestellung zum Beisitzer der Einigungsstelle rechtsmissbräuchlich gefasst wurde. Sollte der Beschluss für den Antragsteller erkennbar unter einem schwerwiegenden Verstoß gegen das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit gefasst worden sein, wäre es dem Antragsteller verwehrt, sich auf eine wirksame Bestellung zu berufen mit der Folge, dass er keinen Honoraranspruch erworben hätte. Dies hat das Landesarbeitsgericht verkannt. 23

24

1. Nach § 76a Abs. 3 BetrVG hat ein betriebsfremder Beisitzer gegenüber dem Arbeitgeber einen Anspruch auf Vergütung seiner Tätigkeit im Einigungsstellenverfahren, dessen Höhe sich nach den Grundsätzen des § 76a Abs. 4 BetrVG richtet. § 76a Abs. 3 BetrVG begründet einen gesetzlichen Anspruch des betriebsfremden Beisitzers auf Vergütung seiner Tätigkeit in der Einigungsstelle (*BAG 22. November 2017 - 7 ABR 46/16 - Rn. 10 mwN; 24. April 1996 - 7 ABR 40/95 - zu B 1 der Gründe*). Der Honoraranspruch hängt von einer wirksamen Bestellung zum Beisitzer der Einigungsstelle sowie der Annahme dieser Bestellung durch den Beisitzer ab (*vgl. BAG 22. November 2017 - 7 ABR 46/16 - Rn. 11; 13. Mai 2015 - 2 ABR 38/14 - Rn. 37, BAGE 151, 317; 10. Oktober 2007 - 7 ABR 51/06 - Rn. 11, BAGE 124, 188; 24. April 1996 - 7 ABR 40/95 - zu B 2 der Gründe*).

2. Der Senat kann nicht abschließend beurteilen, ob diese Voraussetzungen vorliegend erfüllt sind. 25

a) Der Entsendungsbeschluss des Betriebsrats vom 14. Januar 2015 genügt nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts den allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen (*vgl. zu diesem Erfordernis: BAG 22. November 2017 - 7 ABR 46/16 - Rn. 11; 24. April 1996 - 7 ABR 40/95 - zu B 2 der Gründe jew. mwN*). Ohne Rechtsfehler hat das Landesarbeitsgericht entgegen der Rechtsauffassung der Arbeitgeberin auch angenommen, dass der Honoraranspruch eines betriebsfremden Beisitzers auf Arbeitnehmerseite nicht voraussetzt, dass der Betriebsrat die Benennung eines oder mehrerer betriebsfremder Beisitzer für erforderlich halten durfte (*st. Rspr. des Senats vgl. BAG 10. Oktober 2007 - 7 ABR 51/06 - Rn. 11, BAGE 124, 188; 24. April 1996 - 7 ABR 40/95 - zu B 3 bis 5 der Gründe; aA Jacobs GK-BetrVG 11. Aufl. § 76a Rn. 29*). 26

aa) Nach § 76 Abs. 2 Satz 1 BetrVG steht dem Betriebsrat die Befugnis zu, die Beisitzer auf Arbeitnehmerseite in der zuvor mit dem Arbeitgeber vereinbarten oder vom Arbeitsgericht in einem Verfahren nach § 100 ArbGG festgesetzten Zahl zu bestellen. Die Befugnis zur Bestellung von Beisitzern ist nicht auf einen bestimmten Personenkreis beschränkt (*BAG 24. April 1996 - 7 ABR* 27

40/95 - zu B 3 a der Gründe). Beide Betriebsparteien können auch Personen in die Einigungsstelle berufen, die nicht dem Betrieb angehören, wie sich aus § 76a Abs. 2 und Abs. 3 BetrVG ergibt. Für die Auswahlentscheidung des Betriebsrats hinsichtlich der von ihm zu benennenden Beisitzer ist in erster Linie das Vertrauen in die Person des Beisitzers maßgebend. Er muss für den Betriebsrat die Gewähr dafür bieten, die streitigen Regelungsfragen in Verhandlungen mit dem Arbeitgeber einer Konfliktlösung zuzuführen und dabei die Interessen der vom Betriebsrat vertretenen Belegschaft angemessen zu wahren (*BAG 13. Mai 2015 - 2 ABR 38/14 - Rn. 34, BAGE 151, 317; 24. April 1996 - 7 ABR 40/95 - zu B 3 b der Gründe*).

bb) Die Wirksamkeit der Bestellung des außerbetrieblichen Beisitzers - und damit dessen Honoraranspruch - hängt nicht davon ab, ob seine Benennung im Einzelnen erforderlich gewesen ist. Mit der Neuregelung der Vergütungsansprüche außerbetrieblicher Beisitzer in § 76a Abs. 3 BetrVG hat der Gesetzgeber deren Honoraransprüche nach Grund und Höhe mit Wirkung zum 1. Januar 1989 einer gesetzlichen Regelung zugeführt. Unabhängig von den Erwägungen, die den Betriebsrat zur Bestellung eines betriebsfremden Beisitzers veranlassen, besteht ein Vergütungsanspruch kraft Gesetzes, wenn der Betriebsrat den Beststellungsbeschluss verfahrensfehlerfrei fasst, der Beisitzer die Bestellung annimmt und seine Tätigkeit in der Einigungsstelle erbringt (*vgl. BAG 19. August 1992 - 7 ABR 58/91 - zu B II 2 a der Gründe*). Angesichts des klaren Wortlauts dieser Vorschrift und der dazu gehörenden Regelung der Vergütungshöhe in § 76a Abs. 4 BetrVG hätte eine Beschränkung des Honoraranspruchs nach Grund und Höhe unter Erforderlichkeitsgesichtspunkten eindeutig zum Ausdruck kommen müssen. Eine so gewollte Einschränkung hätte auch nahegelegen, weil bereits nach früherem Recht die Heranziehung außerbetrieblicher Beisitzer schon dann nicht beanstandet worden ist, wenn der Betriebsrat betriebsangehörige Personen seines Vertrauens für diese Tätigkeit nicht finden konnte. Die Auffassung der Arbeitgeberin, die Auswahlentscheidung des Betriebsrats sei an denjenigen Maßstäben zu messen, die auch im Rahmen der Kostentragungspflicht des Arbeitgebers nach § 40 BetrVG zur Anwendung kommen, findet im BetrVG keine Stütze. Zwar ist der Betriebsrat im Rahmen von § 40 Abs. 1 und

28

Abs. 2 BetrVG verpflichtet, den Arbeitgeber nur mit Kosten zu belasten, die er für angemessen halten darf (vgl. BAG 24. Oktober 2018 - 7 ABR 23/17 - Rn. 12 mwN). Daraus folgt jedoch nicht, dass der Betriebsrat auch die Ausübung seiner Mitbestimmungsrechte und deren Sicherung durch ein Einigungsstellenverfahren unter den Vorbehalt der Erforderlichkeit zu stellen hat (BAG 24. April 1996 - 7 ABR 40/95 - zu B 3 d der Gründe).

b) Rechtsfehlerhaft ist das Landesarbeitsgericht jedoch davon ausgegangen, ein Verstoß gegen das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit durch die rechtsmissbräuchliche Besetzung der Einigungsstelle könne nicht zum Wegfall des Vergütungsanspruchs des Mitglieds der Einigungsstelle führen. Hat der Betriebsrat von seiner Freiheit bei der Bestellung von Beisitzern entgegen dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit (§ 2 Abs. 1 BetrVG) aus offenkundig sachwidrigen Motiven Gebrauch gemacht und war dies für den Beisitzer erkennbar, kann sich dieser nicht darauf berufen, durch den Betriebsrat wirksam bestellt worden zu sein. Ob dies vorliegend der Fall ist, kann der Senat auf der Grundlage der Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht beurteilen. 29

aa) § 2 Abs. 1 BetrVG verpflichtet Arbeitgeber und Betriebsrat zur vertrauensvollen Zusammenarbeit zum Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebs. Der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit ist Maßstab dafür, wie die Betriebsparteien ihre gegenseitigen Rechte und Pflichten wahrzunehmen und auszuüben haben. Sie müssen dabei auch auf die Interessen anderer Betriebsparteien Rücksicht nehmen. § 2 Abs. 1 BetrVG gebietet die Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben auch in der Betriebsverfassung (BAG 26. September 2018 - 7 ABR 18/16 - Rn. 56; 28. Mai 2014 - 7 ABR 36/12 - Rn. 35 mwN, BAGE 148, 182). Deshalb kann eine gegen das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit verstoßende Ausübung einer formalen Rechtsstellung missbräuchlich und damit unzulässig sein. Dies kommt allerdings wegen der Besonderheiten des durch die Wahrnehmung strukturell gegensätzlicher Interessen gekennzeichneten Rechtsverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Betriebs- 30

rat nur in besonders schwerwiegenden, eng begrenzten Ausnahmefällen in Betracht (vgl. BAG 12. März 2019 - 1 ABR 42/17 - Rn. 45 mwN; 28. Mai 2014 - 7 ABR 36/12 - Rn. 36, aaO).

31

bb) Der Senat hat für das Recht des Betriebsrats, Beisitzer der Einigungsstelle zu benennen, unter Bezugnahme auf den Grundsatz des § 2 Abs. 1 BetrVG bereits entschieden, dass die vom Betriebsrat ausgewählte Person hinsichtlich ihrer Kenntnisse und Erfahrungen bezüglich der Regelungsmaterie nicht offensichtlich ungeeignet sein darf (BAG 20. August 2014 - 7 ABR 64/12 - Rn. 23; 28. Mai 2014 - 7 ABR 36/12 - Rn. 36, BAGE 148, 182; 24. April 1996 - 7 ABR 40/95 - zu B 3 d der Gründe). Ebenso hat der Senat in Betracht gezogen, dass die Auswahlentscheidung des Betriebsrats in Widerspruch zu § 2 Abs. 1 BetrVG stehen kann, wenn sie auf offensichtlich sachwidrigen Gründen beruht, weil sie dazu dienen sollte, die Kosten der Einigungsstelle zu erhöhen und damit einen Einigungsdruck auf den Arbeitgeber auszuüben (BAG 24. April 1996 - 7 ABR 40/95 - zu B 3 d der Gründe). Dabei hat der Senat einen strengen Maßstab angelegt (vgl. BAG 28. Mai 2014 - 7 ABR 36/12 - Rn. 36, aaO). Ist die offenkundig sachwidrige Motivation der Bestellung auch für die Person erkennbar, die vom Betriebsrat als Beisitzer der Einigungsstelle benannt wird, muss auch sie selbst sich den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegenhalten lassen. Sie kann sich dann ausnahmsweise nicht auf einen ordnungsgemäßen Bestellungsbeschluss des Betriebsrats berufen und erwirbt daher keinen Vergütungsanspruch für ihre Tätigkeit in der Einigungsstelle.

3. Der Rechtsfehler führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung soweit das Landesarbeitsgericht dem Antrag zu 1. stattgegeben hat und insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. Der Senat kann nicht abschließend entscheiden, ob der Betriebsrat den Antragsteller unter Verstoß gegen das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit aus offenkundig sachwidrigen Beweggründen, die auch dem Antragsteller erkennbar waren, zum Beisitzer der Einigungsstelle bestellt hat. Dies ist eine Frage tatrichterlicher Würdigung, die das Landesarbeitsgericht bislang nicht vorgenommen hat. Das Lan-

32

des Arbeitsgericht hat zwar angenommen, im vorliegenden Fall lege „die Konstellation der Bestellungen der Beisitzer“ ein sachwidriges Verhalten des Betriebsrats nahe; es hat letztlich aber offengelassen, ob der Beschluss des Betriebsrats in schwerwiegender Weise gegen den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit iSd. § 2 Abs. 1 BetrVG verstößt, weil er auf offenkundig sachwidrigen Beweggründen beruht. Diese Würdigung wird es nachzuholen haben. Dabei wird das Landesarbeitsgericht die folgenden Gesichtspunkte zu berücksichtigen haben.

a) Die Befugnis zur Bestellung von Beisitzern ist nicht auf einen bestimmten Personenkreis beschränkt (*BAG 24. April 1996 - 7 ABR 40/95 - zu B 3 a der Gründe*). § 76 Abs. 2 BetrVG enthält keine Beschränkung dahingehend, dass der Betriebsrat neben einem außerbetrieblichen Beisitzer stets einen betrieblichen Beisitzer zu benennen hat. Weder können Arbeitnehmer zur Übernahme einer Beisitzertätigkeit verpflichtet werden, noch gehört es zu den Amtspflichten der Betriebsratsmitglieder, als Beisitzer in einer Einigungsstelle tätig zu werden (*BAG 24. April 1996 - 7 ABR 40/95 - zu B 3 b der Gründe*). Ob der Betriebsrat tatsächlich eine oder mehrere geeignete Personen seines Vertrauens auch betriebsintern hätte finden können, schränkt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts seine Auswahlbefugnis grundsätzlich nicht ein. Für die Auswahlentscheidung des Betriebsrats hinsichtlich der von ihm zu benennenden Beisitzer ist in erster Linie das Vertrauen in die Person des Beisitzers maßgebend (*BAG 13. Mai 2015 - 2 ABR 38/14 - Rn. 34, BAGE 151, 317*). Ob ein solches Vertrauen gerechtfertigt ist, entzieht sich gerichtlicher Nachprüfung. 33

b) Im vorliegenden Fall wird allerdings zu berücksichtigen sein, dass der Betriebsrat als die drei von ihm zu bestellenden Beisitzer mit der Vertreterin der Gewerkschaft, dem Antragsteller sowie seinem jetzigen Verfahrensbevollmächtigten nicht nur drei betriebsfremde Personen benannt, sondern überdies beschlossen hat, den Betriebsratsvorsitzenden als „Berichterstatter des Betriebsrats und Verfahrensbevollmächtigten“ in die Einigungsstelle zu entsenden, obwohl nach der Überzeugung des Landesarbeitsgerichts der damalige Betriebsratsvorsitzende als Beisitzer an der Einigungsstelle teilgenommen hätte, wenn 34

der jetzige Verfahrensbevollmächtigte des Antragstellers als damaliger Berater des Betriebsrats nicht zu Gunsten des Antragstellers als Mitarbeiters der eigenen Kanzlei abgeraten hätte. Es hätte daher eine vom Betriebsrat für geeignet gehaltene betriebsinterne Person zur Verfügung gestanden. Damit drängt sich die Frage auf, weshalb der Betriebsratsvorsitzende nicht zum vollwertigen Mitglied der Einigungsstelle bestellt, sondern als Berichterstatter und Verfahrensbevollmächtigter entsandt wurde. Zwar können sich die Beteiligten im Verfahren vor der Einigungsstelle durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen (*vgl. BAG 21. Juni 1989 - 7 ABR 78/87 - zu B II 1 a der Gründe, BAGE 62, 139; siehe auch BAG 5. November 1981 - 6 ABR 24/78 - zu II 2 c der Gründe, BAGE 36, 315*). Die Bestellung gerade des Betriebsratsvorsitzenden zum Verfahrensbevollmächtigten ist jedoch nicht ohne weiteres nachvollziehbar. Es folgt bereits aus § 26 Abs. 1 BetrVG, dass der Vorsitzende des Betriebsrats den Betriebsrat im Rahmen der von ihm gefassten Beschlüsse vertritt. Insofern hätte es nahegelegen, den Antragsteller als Rechtsanwalt zum Verfahrensbevollmächtigten zu bestellen. Dabei wäre jedoch zu berücksichtigen gewesen, dass der Arbeitgeber nach § 40 Abs. 1 BetrVG nur verpflichtet ist, die Kosten für die Tätigkeit eines Rechtsanwalts als Verfahrensbevollmächtigten vor der Einigungsstelle zu tragen, wenn der Betriebsrat dessen Hinzuziehung für erforderlich halten durfte (*vgl. BAG 14. Dezember 2016 - 7 ABR 8/15 - Rn. 11 mwN; vgl. zu Erforderlichkeit eines Rechtsanwalts als Verfahrensbevollmächtigten, wenn bereits ein Rechtsanwalt als Beisitzer benannt ist: Fitting 29. Aufl. § 40 Rn. 38; ErfK/Koch 20. Aufl. BetrVG § 40 Rn. 5*). Der Antragsteller hat in seiner Rechtsbeschwerdeerwiderung - zu Recht - selbst bezweifelt, ob der Betriebsrat im vorliegenden Fall die Hinzuziehung eines weiteren Rechtsanwalts neben einem anwaltlichen Beisitzer hätte für erforderlich halten dürfen. Für die Erforderlichkeit der Hinzuziehung eines anwaltlichen Verfahrensbevollmächtigten vor der Einigungsstelle ist in erster Linie maßgebend, ob zwischen den Betriebsparteien schwierige Rechtsfragen streitig sind. Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts als Vertreter des Betriebsrats vor einer Einigungsstelle kann daher geboten sein, wenn der Regelungsgegenstand des Einigungsstellenverfahrens schwierige Rechtsfragen aufwirft, die zwischen den

Betriebsparteien umstritten sind und kein Betriebsratsmitglied über den zur sachgerechten Interessenwahrnehmung notwendigen juristischen Sachverstand verfügt (*BAG 14. Februar 1996 - 7 ABR 25/95 - zu B II 2 der Gründe mwN*). Mit der Bestellung seines Vorsitzenden zum Verfahrensbevollmächtigten hat der Betriebsrat zum Ausdruck gebracht, dass er davon ausging, dass jedenfalls dieser über die zur sachgerechten Interessenwahrnehmung erforderlichen Kenntnisse verfügte und der Sachverstand des Betriebsratsvorsitzenden für die Einigungsstelle nutzbar gemacht werden sollte. Diese Gesichtspunkte könnten dafür sprechen, dass der Antragsteller zum Beisitzer und der Betriebsratsvorsitzende zum Verfahrensbevollmächtigten bestellt wurden, um dem Antragsteller einen Vergütungsanspruch gegenüber der Arbeitgeberin zu verschaffen.

Dem steht - entgegen der Auffassung des Antragstellers - nicht von vornherein entgegen, dass externe Beisitzer „erfahrungsgemäß standfester“ sind. Die Einigungsstelle ist eine betriebsverfassungsrechtliche Institution eigener Art mit dem Zweck, die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei der Gestaltung der betrieblichen Ordnung zu gewährleisten, indem sie durch Zwangsschlichtung Pattsituationen im Bereich der paritätischen Mitbestimmung auflöst. Die vom Arbeitgeber und vom Betriebsrat bestellten Beisitzer sind weder deren Vertreter noch deren verlängerter Arm, sondern wirken bei der Schlichtung des Regelungsstreits frei von Weisungen und mit einer gewissen inneren Unabhängigkeit mit (*vgl. BAG 20. August 2014 - 7 ABR 64/12 - Rn. 22 mwN*). Dementsprechend können sie nicht mit Vertretern einer Betriebspartei gleichgesetzt werden, auch wenn ihre Nähe zu derjenigen Betriebspartei, die sie bestellt hat, nicht zu verkennen und vom Gesetz auch gewollt ist (*BAG 13. Mai 2015 - 2 ABR 38/14 - Rn. 32 mwN, BAGE 151, 317*). So liegt es nahe, dass jede Seite versuchen wird, ihre Argumente innerhalb der Einigungsstelle durch möglichst sachkundige Beisitzer geltend zu machen (*vgl. BAG 5. November 1981 - 6 ABR 24/78 - zu II 2 c der Gründe, BAGE 36, 315*). Die Tätigkeit der Einigungsstelle ist auf eine Beseitigung von Konflikten vornehmlich auf dem Weg der Herbeiführung eines für beide Seiten akzeptablen Kompromisses ausgerichtet. Die vom Betriebsrat bestellten internen Beisitzer vertreten dabei die Interessen der

35

betroffenen Arbeitnehmer nicht mangels Loyalität gegenüber der Arbeitgeberseite, sondern aufgrund der ihnen vom Gesetz zugewiesenen Rolle. Sie sind nach § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG verpflichtet, ihre Entscheidung unter angemessener Berücksichtigung nicht nur der Interessen der betroffenen Arbeitnehmer, sondern auch der betrieblichen Belange und nach billigem Ermessen zu treffen (*BAG 13. Mai 2015 - 2 ABR 38/14 - Rn. 32 mwN, aaO*).

Entgegen der Ansicht des Antragstellers sind betriebsfremde Beisitzer nicht generell besser geeignet, die Aufgabe des Beisitzers zu erfüllen. Gerade bei betrieblichen Regelungsstreitigkeiten verfügen Beisitzer, die dem Betrieb angehören, oft aus eigener Anschauung über Kenntnisse der besonderen betrieblichen Gegebenheiten, die sich ein Externer nicht oder nur mit großem Aufwand aneignen kann. Gerade dieses Wissen kann ihren Argumenten in der Einigungsstelle besonderes Gewicht verleihen. Indem der Gesetzgeber mit § 76a Abs. 2 BetrVG eine Regelung zur Vergütung der internen Beisitzer geschaffen hat, hat er zum Ausdruck gebracht, dass er davon ausgeht, dass der Betriebsrat (auch interne Beisitzer in die Einigungsstelle entsendet.

36

c) Die Annahme eines offenkundigen Verstoßes gegen die Grundsätze des § 2 Abs. 1 BetrVG ist auch nicht ausgeschlossen, weil die Einsetzung der Einigungsstelle auf einem Vergleich des Betriebsrats mit der Arbeitgeberin beruhte. Die Arbeitgeberin musste ein gegen das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit verstoßendes Verhalten des Betriebsrats bei der Bestellung der Beisitzer nicht antizipieren und durch eine entsprechende Klausel ausschließen.

37

d) Sollte das Landesarbeitsgericht aufgrund der neuen Anhörung der Beteiligten zu dem Ergebnis gelangen, dass die Bestellung des Antragstellers zum Beisitzer der Einigungsstelle entgegen dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit auf offenkundig sachwidrigen Motiven beruhte und dem Antragsteller dies auch erkennbar war, stünde das der Entstehung eines Honoraranspruchs für seine Mitwirkung an der Einigungsstelle entgegen.

38

II. Die Rechtsbeschwerde des Antragstellers ist nur insoweit begründet, als sie sich gegen die vollständige Abweisung des Zinsanspruchs auf die geltend

39

gemachte Honorarforderung iHv. 4.248,30 Euro brutto richtet; insoweit ist die Sache ebenfalls an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen. Im Übrigen ist die Rechtsbeschwerde des Antragstellers unbegründet.

1. Abhängig vom Bestehen der Hauptforderung wird das Landesarbeitsgericht über den Anspruch auf Zinsen iHv. 9 Prozentpunkten über dem Basiszinsatz zu entscheiden haben. Soweit das Landesarbeitsgericht die Honorarforderung für begründet hält, wird es hinsichtlich des Beginns der Verzinsung erneut zu berücksichtigen haben, dass Leistungen, die nach billigem Ermessen zu bestimmen sind, bei gerichtlicher Bestimmung erst aufgrund einer rechtskräftigen Gestaltungsentscheidung nach § 315 Abs. 3 BGB fällig werden; ggf. sind die Zinsen ab Rechtskraft des Beschlusses zuzusprechen (*vgl. BAG 15. April 2014 - 3 AZR 114/12 - Rn. 55 mwN, BAGE 148, 42*). 40
2. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht einen Anspruch des Antragstellers auf Zahlung von Rechtsverfolgungskosten erster Instanz verneint. Dies gilt unabhängig von der Frage, ob dem Antragsteller ein Anspruch auf Vergütung für seine Tätigkeit als Beisitzer der Einigungsstelle zusteht. 41
 - a) Nach der Rechtsprechung des Senats können betriebsfremde 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, können aber ein nach § 286 Abs. 1 BGB zu ersetzender Verzugsschaden sein. § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG schränkt insoweit den materiellrechtlichen Kostenerstattungsanspruch 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*). 42

43

b) Die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch nach § 286 Abs. 1 BGB sind vorliegend nicht erfüllt. Ohne Rechtsfehler hat das Landesarbeitsgericht angenommen, die Arbeitgeberin sei bei Eingang des auf Zahlung der Vergütung gerichteten Antrags bei Gericht mit der Erfüllung des möglicherweise geschuldeten Honoraranspruchs nicht in Verzug gewesen.

aa) Der Anspruch auf Verzugszinsen und Erstattung eines Verzugsschadens entsteht - da Verzug erst ab Fälligkeit eintreten kann - frühestens ab der Fälligkeit der Forderung. Leistungen, die nach billigem Ermessen zu bestimmen sind, werden bei gerichtlicher Bestimmung erst aufgrund eines rechtskräftigen Gestaltungsurteils nach § 315 Abs. 3 BGB fällig (*BAG 15. April 2014 - 3 AZR 114/12 - Rn. 55 mwN, BAGE 148, 42*). 44

bb) Vorliegend bedurfte es einer gerichtlichen Bestimmung der Leistung, da die ursprüngliche Leistungsbestimmung durch den Antragsteller - unabhängig vom Bestehen eines Anspruchs dem Grunde nach - jedenfalls unbillig war. 45

(1) Wird die Höhe der Vergütung des Mitglieds einer Einigungsstelle nicht durch vertragliche Absprache mit dem Arbeitgeber geregelt, ist eine einseitige Bestimmung der Höhe der Vergütung durch das Mitglied der Einigungsstelle gemäß §§ 315, 316 BGB nach billigem Ermessen und unter Berücksichtigung der in § 76a Abs. 4 BetrVG genannten Grundsätze vorzunehmen (*BAG 18. September 2019 - 7 ABR 15/18 - Rn. 33; 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. Entspricht diese Bestimmung nicht der Billigkeit, so wird die Bestimmung durch Urteil getroffen (§ 315 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 1 BGB). 46

(2) Die Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts durch den Antragsteller bzw. seinen jetzigen Verfahrensbevollmächtigten mit der Rechnung vom 6. Juli 2015 war unbillig. 47

(a) Ausgehend von der sog. 7/10-Regelung hat der Antragsteller eine Vergütung iHv. 4.483,87 Euro brutto verlangt. Zwar ist eine Leistungsbestimmung durch den Beisitzer einer Einigungsstelle, mit der ein Honorar iHv. 7/10 der Vergütung des Einigungsstellenvorsitzenden begehrt wird, ohne das Vorliegen besonderer Umstände an sich nicht unbillig (*vgl. BAG 18. September 2019 - 7 ABR 15/18 - Rn. 35 mwN*). Bezugsgröße der Regelung ist jedoch das dem Einigungsstellenvorsitzenden gezahlte Honorar. Hiervon abweichend hat der Antragsteller seiner Leistungsbestimmung nicht nur das Honorar des Vorsitzenden der Einigungsstelle zugrunde gelegt, sondern zusätzlich auch die von diesem geltend gemachten Reisekosten. Diese gehören nicht zu den nach § 76a Abs. 3 Satz 2 iVm. Abs. 4 Satz 3 bis 5 BetrVG bei der Bemessung der Vergütung zu berücksichtigenden Umständen. Ausgehend vom Honorar des Einigungsstellenvorsitzenden stünde dem Antragsteller auf der Grundlage der 7/10-Regelung nur ein Honorar iHv. 4.248,30 Euro brutto zu.

48

(b) Entgegen der vom Antragsteller mit seiner Rechtsbeschwerde vertretenen Ansicht handelte es sich nicht lediglich um eine unbeachtliche Zuvielforderung. Unabhängig davon, anhand welcher Maßstäbe die Geringfügigkeit einer Zuvielforderung bemessen werden könnte, kommt es vorliegend auf die Höhe der Zuvielforderung schon deshalb nicht an, weil sich der Antragsteller bei seiner Leistungsbestimmung mit der Höhe der Reisekosten des Einigungsstellenvorsitzenden von einem Umstand hat leiten lassen, der nach § 76a Abs. 3 Satz 2 iVm. Abs. 4 Satz 3 bis 5 BetrVG bei der Festsetzung des Honorars nicht zu berücksichtigen ist. Das Gesetz unterscheidet zwischen dem Anspruch auf Kostenerstattung nach § 76a Abs. 1 BetrVG und dem Honoraranspruch nach § 76a Abs. 3 BetrVG. Anders als der Honoraranspruch ist der Anspruch auf Kostenerstattung durch den Grundsatz der Erforderlichkeit der Kosten begrenzt (*vgl. Fitting 29. Aufl. § 76a Rn. 5; Richardi/Maschmann in Richardi BetrVG 16. Aufl. § 76a Rn. 10*). Soweit dem Antragsteller selbst erforderliche Reisekosten entstanden waren, hätte er diese gesondert geltend machen müssen.

49

50

Auch die vom Antragsteller herangezogene Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 12. Juli 2006 (- X ZR 157/05 -) ist nicht behilflich. Der Bundesgerichtshof ist bei seiner Entscheidung nicht von einer ursprünglich unbilligen Leistungsbestimmung ausgegangen (vgl. *BGH 12. Juli 2006 - X ZR 157/05 - Rn. 13*). Soweit der Antragsteller erstmalig in der Rechtsbeschwerdeinstanz vorgetragen hat, die Berechnung seines Honorars sei „versehentlich“ zu hoch bzw. unter Berücksichtigung der Reisekosten des Vorsitzenden erfolgt, handelt es sich hierbei zum einen um in der Rechtsbeschwerdeinstanz unzulässigen neuen Sachvortrag. Zum anderen änderte auch dessen Berücksichtigung nichts an der Unbilligkeit seiner ursprünglichen Leistungsbestimmung. Denn das Risiko der Billigkeit seiner Honorarfestlegung trifft nach der gesetzgeberischen Wertung ihn und nicht die Arbeitgeberin. Selbst wenn es sich tatsächlich um ein „Versehen“ gehandelt haben sollte, führte sein zumindest unsorgfältiges Vorgehen bei der Bestimmung seines Honorars nicht dazu, dass es auf die Frage der Erkennbarkeit bzw. des tatsächlichen Erkennens des Berechnungsfehlers auf Seiten der Arbeitgeberin ankäme.

Gräfl

M. Rennpferdt

Klose

Wicht

Schiller