
Datum: 14.02.2019
Gericht: Arbeitsgericht Köln
Spruchkörper: 8. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 Ca 4245/18
ECLI: ECLI:DE:ARBKGK:2019:0214.8CA4245.18.00

Sachgebiet: Arbeitsrecht

Leitsätze:

1. Die Verzugs pauschale nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB ist auch auf arbeitsrechtliche Entgeltansprüche anwendbar.
2. Die Rechtsansicht des 8. Senats des BAG in der Entscheidung vom 25.09.2018,

8 AZR 26/18, dass § 12a ArbGG ein „stillschweigender Gesetzesbefehl“ zu entnehmen sei, § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB auf arbeitsrechtliche Entgeltforderungen nicht anzuwenden, kann nicht geteilt werden. Schon aufgrund des vollkommen unterschiedlichen Regelungsgehalts beider Normen besteht kein Verhältnis der Spezialität zwischen den beiden Normen.
3. Jedenfalls kann § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG als zeitlich ältere Norm nicht § 288 Abs. 5 BGB als spätere Norm verdrängen.
4. Die Annahme der Nichtanwendbarkeit des § 288 Abs. 5 BGB im Arbeitsrecht hätte einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung bedurft.
5. Die Annahme des 8. Senats, § 12a ArbGG schließe sämtliche bis zum Schluss der ersten Instanz entstandenen Beitreibungskosten und damit auch die Verzugs pauschale aus, ist bereits deswegen widersprüchlich, weil nach der Gesetzesbegründung zu § 288 Abs. 5 BGB u. a. auch der

Anspruch auf Verzugszinsen vom Begriff der „Beitreibungskosten“ umfasst ist, der jedoch – allgemein anerkannt – auch im Arbeitsrecht Anwendung findet.

Verhältnis zur bisherigen Rechtsprechung:

Abweichung von BAG, Urteil vom 25.09.2018, 8 AZR 26/18;

Zustimmung zu LAG Köln, Urteil vom 22.11.2016, 12 Sa 524/16

Tenor:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 3.030,37 Euro brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangener 1.264,40 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.07.2018 zu zahlen.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 4.545,22 Euro brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangener 1.896,60 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.08.2018 zu zahlen.
3. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 4.545,22 Euro brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangener 1.896,60 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.09.2018 zu zahlen.
4. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger eine Verzugspauschale nach § 288 Abs. 5 BGB in Höhe von 80,00 Euro zu zahlen.
5. Im übrigen wird die Klage abgewiesen.
6. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.
7. Der Streitwert wird festgesetzt auf 7.259,54 Euro.
8. Die Berufung wird für die Beklagte auch gesondert zugelassen. Für den Kläger wird die Berufung nicht

Tatbestand:

- Die Parteien streiten über Vergütungsansprüche aus ihrem bestehenden Arbeitsverhältnis. 1
- Die Beklagte ist ein Automobilhersteller mit Sitz in K. 2
- Der am xx.xx.xxxx geborene Kläger ist seit dem xx.xx.1995 bei der Beklagten als Elektroniker in der Instandhaltung beschäftigt. Sein verstetigtes Bruttomonatsgehalt betrug für den hier streitgegenständlichen Zeitraum 4.545,22 Euro. 3
- Vom 12.12.2016 bis zum 10.06.2018 war der Kläger langzeiterkrankt. 4
- Für den Zeitraum 14.05.2018 bis 08.06.2018 vereinbarten die Parteien eine Wiedereingliederung nach dem Hamburger Modell. Am 04.06.2018 teilte die Beklagte dem Kläger mit, sie sehe die Wiedereingliederung als gescheitert an und breche diese ab. 5
- Der Kläger erklärte gegenüber der Beklagten, er sehe die Wiedereingliederung als erfolgreich an und sei ab dem 11.06.2018 wieder arbeitsfähig. Er bot seine Arbeitsleistung ab dem 11.06.2018 persönlich bei der Beklagten an. Er legte eine ärztliche Bescheinigung der Ärztin für Psychiatrie und Psychotherapie Dr. L-S von der M-Klinik datierend vom 08.06.2018 vor (Anlage K 2 zur Klageschrift, Bl. 7 d. A.), in welcher diese dem Kläger bestätigt, dass nach längerer Erkrankung die Arbeitsunfähigkeit am 10.06.2018 endet und der Kläger ab dem 11.06.2018 wieder arbeitsfähig ist. 6
- Die Beklagte bat den Kläger daraufhin, sich beim Betriebsarzt Dr. T vorzustellen, was der Kläger auch tat. Einen dort durchgeführten Reaktionstest bestand der Kläger mit „sehr gut“. In einem Telefonat am 11.06.2018 bestätigte Frau Dr. L-S auch gegenüber Herrn Dr. T nochmals, dass der Kläger wieder arbeitsfähig sei. 7
- Dennoch weigerte sich die Beklagte zunächst den Kläger einzusetzen. Auch Vergütung wurde an den Kläger für den Zeitraum Juni bis einschließlich August 2018 nicht gezahlt. 8
- Der Kläger hat am 22.06.2018 die vorliegende Klage erhoben und mit dieser zunächst tatsächliche Beschäftigung begehrt. Nach ausführlicher Erörterung in zwei gerichtlichen Güterterminen am 24.07.2018 und 21.08.2018 verständigten sich die Parteien darauf, dass versucht wird, einen Kostenträger für den beklagtenseitigen Wunsch einer erneuten Wiedereingliederung zu finden. Nachdem ein Kostenträger gefunden werden konnte, hat vom 03.09.2018 bis 14.09.2018 eine erneute Wiedereingliederungsmaßnahme stattgefunden, die jedenfalls nunmehr unstreitig erfolgreich abgeschlossen werden konnte. Seit dem 17.09.2018 arbeitet der Kläger wieder in Vollzeit. 9
- Der Kläger hat insofern seinen ursprünglich angekündigten Beschäftigungsantrag im Kammertermin zurückgenommen. 10
- Zwischenzeitlich hatte der Kläger seine Klage jedoch um Zahlungsansprüche erweitert. Hinsichtlich dieser Zahlungsansprüche konnten die Parteien keine Einigung finden. Der Kläger hat vom 11.06.2018 bis 31.08.2018 Arbeitslosengeld im Wege der Gleichwohlgewährung in Höhe von 63,22 Euro pro Kalendertag bzw. maximal 1.896,60 Euro 11
- 12

pro Kalendermonat erhalten.

Der Kläger ist der Ansicht, er habe für den Zeitraum 11.06. bis 31.08.2018 einen Vergütungsanspruch aus Annahmeverzug gegen die Beklagte. Er sei in diesem Zeitraum leistungsfähig und leistungswillig gewesen. Insbesondere sei die – erste – Wiedereingliederung auch nicht gescheitert. Entgegen der Darstellung der Beklagten habe er sehr wohl im Team und auch mit den Vorgesetzten kommuniziert. Der Kläger begehrt Vergütung in Höhe der Differenz zum bezogenen Arbeitslosengeld sowie die Zahlung einer Verzugs pauschale nach § 288 Abs. 5 BGB, jeweils für die Monate Juni und Juli 2018. Die Berechnung seines Vergütungsanspruchs für den Monat Juni nimmt er auf Basis einer arbeitstäglichen Berechnung vor. 13

Der Kläger beantragt zuletzt, 14

- 1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 3.146,70 Euro brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangener 1.264,40 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.07.2018 zu zahlen, 116
- 2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 4.545,22 Euro brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangener 1.896,60 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.08.2018 zu zahlen, 118
- 3. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 4.545,22 Euro brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangener 1.896,60 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.09.2018 zu zahlen, 120
- 4. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 80,00 Euro netto zu zahlen. 212

Die Beklagte beantragt, 23

die Klage abzuweisen. 24

Sie hat in den Güteterminen mündlich vorgetragen, sie sehe die – erste – Wiedereingliederung als gescheitert an, da der Kläger während der Wiedereingliederung nicht hinreichend mit seinem Vorgesetzten kommuniziert habe. Schriftsätzlich hat sie – trotz entsprechender gerichtlicher Auflage und Fristsetzung – auf die Klage nicht weiter erwidert. 25

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Akteninhalt und insbesondere die Sitzungsprotokolle sowie die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien und deren Anlagen Bezug genommen. 26

Entscheidungsgründe: 27

Die zulässige Zahlungsklage war ganz überwiegend begründet. 28

I. 29

Der Kläger hat für den Zeitraum 11.06.2018 bis 31.08.2018 gegen die Beklagte Anspruch auf Zahlung der vertraglich vereinbarten Vergütung aus dem Gesichtspunkt des 30

Annahmeverzuges, §§ 611, 615, 293 ff. BGB.

Denn die Beklagte befand sich in dieser Zeitspanne mit der Annahme der Arbeitsleistung des Klägers in Verzug, § 615 Satz 1 BGB. Sie hat die vom Kläger angebotene Arbeitsleistung nicht angenommen. 31

Der Kläger hat unstreitig seine Arbeitsleistung zum 11.06.2018 ordnungsgemäß persönlich der Beklagten im Werk angeboten, was ein in jedem Fall ausreichendes tatsächliches Angebot der Leistung i. S. des § 294 BGB darstellt. 32

Der Kläger war auch im gesamten streitgegenständlichen Zeitraum leistungswillig und leistungsfähig. 33

Entgegen der beklagtenseitigen Darstellung bestanden keine Anhaltspunkte für eine Arbeitsunfähigkeit des Klägers. 34

Nach vorgelegter ärztlicher Bescheinigung war der Kläger nach längerer Arbeitsunfähigkeit ab dem 11.06.2018 wieder arbeitsfähig. Dieser ärztlichen Bescheinigung ist die Beklagte nicht substantiiert entgegen getreten. Sie hat insbesondere nicht vorgetragen, dass der Werksarzt, dem sich der Kläger auf ausdrücklichen Wunsch der Beklagten im Juni 2018 vorgestellt hat, zu einem abweichenden Ergebnis von der ärztlichen Einschätzung der Fr. Dr. L-S von der M Klinik gekommen wäre. 35

Der pauschale Vortrag der Beklagten, der Kläger habe „nicht hinreichend mit seinem Vorgesetzten kommuniziert“, begründet keine Arbeitsunfähigkeit. Der Kläger – der sich in den insgesamt drei durchgeführten gerichtlichen Terminen zur mündlichen Verhandlung, in denen der Kläger jeweils auch persönlich anwesend war, zur Überzeugung des Gerichts als durchaus kommunikativ gezeigt hat – hat diesen Vortrag der Beklagten bestritten. Eine nähere Substantiierung ist seitens der Beklagten nicht mehr erfolgt. Möglicherweise hat es hier nach längerer durch Arbeitsunfähigkeit bedingter Abwesenheit und offenbar zwischenzeitlichem Vorgesetztenwechsel wechselseitige Kommunikationsprobleme gegeben, die allerdings offenbar zumindest inzwischen überwunden sind. All dies begründet jedenfalls keine Arbeitsunfähigkeit. 36

II. 37

Hinsichtlich der Höhe des Vergütungsanspruchs konnte der Kläger für die vollen Kalendermonate Juli und August 2018 sein volles verstetigtes Bruttomonatsgehalt in Höhe von jeweils 4.545,22 Euro beanspruchen. 38

Für Juni 2018 hat der Kläger einen Vergütungsanspruch für den Zeitraum vom 11. bis 30.06.2018, also für 20 von 30 Kalendertagen im Juni, d. h. 20/30 des verstetigten Bruttomonatseinkommens von 4545,22 Euro. 39

Soweit noch der klägerischen Berechnung auf Basis von Arbeitstagen ein geringfügig höherer Betrag ermittelt wurde, war die Klage insoweit abzuweisen. Denn bei einem verstetigten Bruttomonatseinkommen wird die Vergütung gerade nicht pro Arbeitstag gezahlt. Denn ansonsten hätte der Kläger eine unterschiedliche Vergütung bekommen müssen in Monaten mit mehr bzw. weniger Arbeitstagen; dies ist auf Befragen im Kammertermin unstreitig gerade nicht erfolgt. 40

In Abzug zu bringen war jeweils kalendermonatlich das bezogene Arbeitslosengeld in unstreitiger Höhe in Anbetracht des erfolgten Anspruchsübergangs auf die Agentur für Arbeit, 41

III.	42
Der titulierte Zinsanspruch folgt aus § 286 Abs. 2 Ziffer 1 BGB i. V. m. § 288 Abs. 1 BGB. Aufgrund kalendermäßiger Bestimmtheit der Fälligkeit der Vergütungszahlung zum Monatsletzten befand sich die Beklagte mit Nichtzahlung ab dem Monatsersten des Folgemonats im Zahlungsverzug und hatte ab diesem Zeitpunkt Verzugszinsen in Höhe des gesetzlichen Zinssatzes zu zahlen.	43
IV.	44
Der Kläger hat auch Anspruch auf die beantragte Verzugs pauschale nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB.	45
1.)	46
§ 288 Abs. 5 BGB bestimmt, dass der Gläubiger einer Entgeltforderung bei Verzug des Schuldners, wenn dieser kein Verbraucher ist, außerdem einen Anspruch auf Zahlung einer Pauschale in Höhe von 40 Euro hat (§ 288 Abs. 5 Satz 1 BGB). Dies gilt auch, wenn es sich bei der Entgeltforderung um eine Abschlagzahlung oder sonstige Ratenzahlung handelt (§ 288 Abs. 5 Satz 2 BGB). Die Pauschale nach Satz 1 ist auf einen geschuldeten Schadensersatz anzurechnen, soweit der Schaden in Kosten der Rechtsverfolgung begründet ist (§ 288 Abs. 5 Satz 3 BGB).	47
Nach vorstehenden Ausführungen befand sich die Beklagte – die als Arbeitgeberin unzweifelhaft kein Verbraucher i. S. des § 13 BGB ist, sondern Unternehmer i. S. des § 14 BGB - mit der Zahlung der Vergütungsansprüche des Klägers für die Monate Juni und Juli 2018 – nur für diese beantragt der Kläger die Zahlung der Verzugs pauschale – in Verzug. Gründe, weshalb die Beklagte ausnahmsweise die nicht fristgerechte Zahlung nicht zu vertreten hätte, sind nicht ersichtlich.	48
Eine Anrechnung nach § 288 Abs. 5 Satz 3 kam nicht in Betracht, da ein Schadenersatzanspruch hinsichtlich der Rechtsverfolgungskosten im arbeitsgerichtlichen Verfahren nach § 12a ArbGG ohnehin ausgeschlossen ist.	49
Nach dem Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift ist mithin der Anspruch auf die Verzugs pauschale vorliegend unzweifelhaft gegeben.	50
2.)	51
Allerdings leitet der 8. Senat des BAG nunmehr – entgegen der bis dahin nahezu einhelligen Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte - mit der Entscheidung vom 25.09.2018, 8 AZR 26/18, juris, aus § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG ab, dass diese Vorschrift als spezielle arbeitsrechtliche Regelung nicht nur einen prozessualen und materiellrechtlichen Kostenerstattungsanspruch ausschließe, sondern sämtlichen Erstattungsanspruch für bis zum Schluss einer eventuellen ersten Instanz entstandene „Beitreibungskosten“, und „insoweit auch einen Anspruch auf Pauschalen nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB“ ausschließe (BAG, Urteil vom 25.09.2018, 8 AZR 26/18, juris, Rn 36).	52
Insofern führt der 8. Senat aus, der Anspruch nach § 288 Abs. 5 BGB sei kein Anspruch „sui generis“, der seinerseits als spezialgesetzliche Regelung der in § 12 Abs. 1 Satz 1 ArbGG getroffenen Regelung vorgehe. Die Vorschrift des § 288 Abs. 5 BGB habe auch nicht im	53

wesentlichen Strafcharakter und diene auch nicht schwerpunktmäßig der Prävention, sondern dies seien lediglich einzelne von mehreren Zielen der Vorschrift, von denen keinem aufgrund seiner Bedeutung der Vorrang vor anderen zukomme (BAG, Urteil vom 25.09.2018, 8 AZR 26/18, juris, Rn 46).

§ 12a ArbGG sei die gesetzgeberische Grundentscheidung zu entnehmen, das Kostenrisiko in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten dadurch überschaubar zu halten, dass jede Partei von vornherein weiß, dass sie an Beitreibungskosten stets und maximal das zu tragen hat, was sie selbst aufwendet. Vor diesem Hintergrund ergebe sich aus unmittelbarer Anwendung des § 12a ArbGG, dass dieser § 288 Abs. 5 BGB verdränge, einer Analogie bedürfe es insofern nicht (BAG 25.09.2018, a.a.O., Rn 55). 54

Da dem Gesetzgeber bei der Schaffung von § 288 Abs. 5 BGB die Regelung in § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG sowie die hierzu ergangene ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bekannt gewesen sei, wäre es nach Ansicht des 8. Senats Sache des Gesetzgebers gewesen, ausdrücklich klarzustellen, dass § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG durch § 288 Abs. 5 BGB eingeschränkt werden soll (BAG 25.09.2018, a.a.O., Rn 56). 55

3.) 56

Demgegenüber geht die bislang herrschende Meinung der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum von einer Anwendbarkeit des § 288 Abs. 5 BGB auch im Arbeitsrecht aus. Sie stellt darauf ab, dass es sich bei der Verzugs pauschale nach § 288 Abs. 5 BGB um eine Regelung aus dem Verzugsrecht handelt. Sie knüpfe an Verzugsregelungen an (§ 288 Abs. 5 Satz 1 BGB: „außerdem“) und habe mithin nach der gesetzlichen Regelung lediglich den Schuldnerverzug als Voraussetzung. Die Regelung habe an sich nichts mit Rechtsverfolgungskosten zu tun; § 288 Abs. 5 Satz 3 sehe lediglich ausnahmsweise eine Anrechnung vor, sofern ein Schadenersatzanspruch in Form von Rechtsverfolgungskosten besteht. Der Schuldner soll insofern nicht „doppelt“ bezahlen müssen, wenn ohnehin die drohende Übernahme von Rechtsverfolgungskosten bereits ein geeignetes Mittel darstellt, ihn zur pünktlichen und vollständigen Zahlung anzuhalten. Wenn es allerdings – im arbeitsgerichtlichen Verfahren aufgrund § 12a ArbGG – schon keine drohende Übernahme von Rechtsverfolgungskosten als Schadenersatz gibt, sei nicht ersichtlich, weshalb dann – auch - die Verzugs pauschale ausgeschlossen sein soll. Eine besondere Schutzbedürftigkeit des säumigen Schuldners sei insofern nicht ersichtlich. Die Verzugs pauschale solle gerade in denjenigen Sachverhalten den Schuldner zu einer pünktlichen und vollständigen Zahlung anhalten, in denen der Verzugszins allein kein ausreichendes „Druckmittel“ darstelle, den Schuldner hierzu anzuhalten. Namentlich könne dies gerade bei verhältnismäßig geringfügigen Zahlungsbeträgen oder bei einem geringen Zeitraum des Verzugs der Fall sein, also in für das Arbeitsleben gerade typischen Konstellationen. 57

Insofern findet nach der nahezu einheitlichen Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte – jedenfalls bis zur Entscheidung des 8. Senats vom 25.09.2018 - § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB gerade auch auf Entgeltforderungen eines Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis Anwendung (so bereits mit ausführlicher Begründung zunächst die 12. Kammer des LAG Köln, Urteil vom 22.11.2016, 12 Sa 524/16; ebenso z. B. auch die 3. Kammer des LAG Köln, Urteil vom 16.08.2017, 3 Sa 15/17; ebenso die 4. Kammer des LAG Köln, Urteil vom 13.09.2018, 4 Sa, 964/17; ebenso die 6. Kammer des LAG Köln, Urteil vom 06.09.2018, 6 Sa 203/18; ebenso auch die 7. Kammer des LAG Köln, Urteil vom 21.06.2018, 7 Sa 768/17; ebenso auch die 8. Kammer des LAG Köln, Urteil vom 07.12.2017, 8 Sa 127/17, und Urteil vom 08.03.2018, 8 Sa 796/17; ebenso z. B. auch LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 22.03.2017, 15 Sa 1992/16; LAG Niedersachsen, Urteile vom 20.04.2017 - 5 Sa 1263/16 -, 25.01.2018 – 5 Sa 537/17 – 58

und 27.02.2018 – 10 Sa 25/17 -;; LAG Düsseldorf, Urteil vom 27.10.2017, 10 Sa 308/17; LAG Hamm, Urteil vom 19.04.2018, 17 Sa 1484/17; LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 23.05.2018, 2 Sa 434/17; LAG Baden-Württemberg, Urteile vom 09.10.2017 – 4 Sa 8/17 - und vom 02.11.2017 - 3 Sa 81/16 –, zuvor bereits als obiter dictum LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 13.10.2016, 3 Sa 34/16 -; LAG München, Urteil vom 18.04.2018, 11 Sa 42/18; a. A. in der zweitinstanzlichen Rechtsprechung bis zur Entscheidung des 8. Senats vom 25.09.2018 soweit ersichtlich allein die 5. Kammer des LAG Köln, Urteil vom 04.10.2017, 5 Sa 229/17; alle Entscheidungen veröffentlicht bei juris).

Auch im vor der Entscheidung des 8. Senats vom 25.09.2018 veröffentlichten Schrifttum wird 59
entsprechend der Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte ganz überwiegend von der Anwendbarkeit der Verzugspauschale nach § 288 Abs. 5 BGB auch im Arbeitsrecht ausgegangen (z. B. Tiedemann, ArbRB 2015, S. 312 ff.; Lembke, NZA 2016, S. 1501 ff.; Richter, ArbRAktuell 2016, S. 229 ff.; Voigt, AiB 2016, Nr. 11, S. 34 ff.; Färber/Pipoh, DB 2017, S. 67; Weigert, NZA-RR 2017, S. 337; Witschen/Röleke, NJW 2017, S. 1702; Feindura, DB 2017, S. 852; Daum/Eckerth, RdA 2018, S. 216 ff., S. 217; Krause, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1, 4. Auflage 2018, § 69, Rn 15a; Kalb, in: Henssler / Willemsen / Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 8. Auflage 2018, § 12 a ArbGG, Rn 6; Schwab / Weth, Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz, 5. Auflage 2018, § 12a ArbGG, Rn 27b). Demgegenüber wird im Schrifttum allerdings auch die Gegenauffassung vertreten, nach der die Verzugspauschale nach § 288 Abs. 5 BGB im Arbeitsrecht keine Anwendung finden soll (Diller, NZA 2015, S. 1095; Wölfel, ArbRAktuell 2015, S. 469; Ulrici, jurisPR-ArbR 16/2017, Anm. 5; Koch, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, zuletzt 19. Auflage 2019 - ebenso aber auch schon in den Voraufgaben -, § 12a ArbGG, Rn1).

Auch die nunmehr vorliegenden ersten Entscheidungsbesprechungen zur Entscheidung des 8. Senats vom 25.09.2018 setzen sich überwiegend kritisch bis ablehnend mit dieser 60
auseinander (ausführlich insbesondere Fuhlrott, ZIP 2019, S. 404 ff.; ebenso Korff, EWiR 2019, S. 57 f.; Jesgarzewski, BB 2018, S. 2876; Ernst, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 288, Rn 31, Fußnote 2; ablehnend insofern erneut auch Tiedemann, ArbRB 2019, S. 36. f.; demgegenüber zustimmend zur Entscheidung des 8. Senats vom 25.09.2018 erneut Diller, ArbRAktuell 2018, S. 525).

In der bisher veröffentlichten ersten erstinstanzlichen Rechtsprechung nach der Entscheidung 61
des 8. Senats vom 25.09.2018 haben etwa das Arbeitsgericht Dortmund (Urteil vom 02.10.2018, 2 Ca 2092/18) sowie – mit ausführlicher Begründung - das Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven (Urteil vom 28.11.2018, 6 Ca 6390/17) abweichend vom 8. Senat die Verzugspauschale weiterhin zugesprochen.

Entscheidungen anderer Senate des BAG außer derjenigen des 8. Senats zu dieser 62
Problematik sind bislang nicht bekannt. Eine Entscheidung des Großen Senats – die vor dem Hintergrund, dass die Problematik der Verzugspauschale auch bei anderen Senaten anhängig ist, möglich erscheint (Krol, DB 2019, S. 493; Tiedemann, ArbRB 2019, S. 36 f., S. 37; Fuhlrott, ZIP 2019, S. 404 ff, 407; auch Diller, ArbRAktuell 2018, S. 525) - gibt es bislang nicht.

4.) 63

Die vorliegend erkennende Kammer schließt sich nicht der Rechtauffassung des 8. Senats an, 64
sondern der bisher klar herrschendem Meinung der Landesarbeitsgerichte und des Schrifttums.

Als gesetzliche Regelung ist § 288 Abs. 5 BGB nach ihrem Wortlaut, ihrer Entstehungsgeschichte, ihrer systematischen Einordnung sowie ihrem Zweck auszulegen. Sämtliche Auslegungskriterien sprechen vorliegend für die Anwendbarkeit der Verzugs pauschale auch im Arbeitsrecht.

a) 66

Zunächst spricht der Wortlaut der Regelung in § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB eindeutig auch für eine Anwendbarkeit im Arbeitsrecht. Eine Ausnahmeregelung für das Arbeitsrecht enthält der Wortlaut gerade nicht (LAG Köln, Urteil vom 22.11.2016, 12 Sa 524/16, juris, Rn 80). 67

b) 68

Auch die Entstehungsgeschichte spricht für und nicht gegen die Anwendbarkeit im Arbeitsrecht. Ausdrückliche Stellungnahmen zur Frage der Anwendbarkeit bzw. Nichtanwendbarkeit der Vorschrift im Arbeitsrecht finden sich in den Gesetzesmaterialien zwar nicht. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Regelung des nationalen Gesetzgebers in § 288 Abs. 5 BGB auf einer bewussten überschießenden Umsetzung einer EU-Richtlinie beruht (so ausdrücklich die Gesetzesbegründung, BT-Drucksache 18/1309 vom 05.05.2014, insbes. S. 19). 69

Während die europäische „Richtlinie zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr“ – deren Umsetzung das „Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr“ dient, durch das § 288 Abs. 5 BGB ins Bürgerliche Gesetzbuch eingefügt wurde - eine entsprechende Regelung lediglich für den unternehmerischen Rechtsverkehr verlangte, hat der deutsche Gesetzgeber die Regelung bewusst dahingehend erweitert, dass der Pauschal-Schadensersatz des § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB nicht nur im unternehmerischen Rechtsverkehr, sondern auch zugunsten eines Verbrauchers auf Gläubigerseite geschuldet ist, wenn es sich bei dem Schuldner nicht um einen Verbraucher handelt. Da die EU-Richtlinie nur Mindestvorgaben enthält, war eine solche Erweiterung des Schutzbereichs durch den deutschen Gesetzgeber zulässig. Sie ist ausweislich der Gesetzesbegründung auch bewusst erfolgt (BT-Drs. 18/1309, S. 18/19). Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung führt hierzu aus: *„Durch die vorgeschlagene Formulierung soll vermieden werden, dass Verbraucher, die Gläubiger von Nichtverbrauchern sind, gegenüber Nichtverbrauchern schlechter gestellt werden“* (BT-Drs. 18/1309, S. 19). 70

Gerade diese Ausweitung des Anwendungsbereichs auf Verbraucher steht einer Bereichsausnahme für das Arbeitsrecht diametral entgegen. Denn die Konstellation, dass ein Verbraucher Gläubiger einer Forderung und ein Nicht-Verbraucher Schuldner der Forderung ist, ist die klassische Konstellation einer Arbeitsentgeltforderung. Wenn der deutsche Gesetzgeber gerade über die EU-Richtlinie hinausgehend auch einen Verbraucher vor schlechter Zahlungsmoral seines Vertragspartners, der kein Verbraucher ist, schützen will, spricht alles dafür, dass dann auch der Arbeitnehmer, der nach zutreffender allgemeiner Meinung Verbraucher i. S. des § 13 BGB ist, vor schlechter Zahlungsmoral seines Arbeitgebers über § 288 Abs. 5 BGB geschützt werden soll (so ausdrücklich LAG Köln 22.11.2016, a.a.O, Rn 81 f.). 71

Wenn der Gesetzgeber ausdrücklich vermeiden wollte, dass Verbraucher als Gläubiger gegenüber sonstigen Gläubigern, die kein Verbraucher sind, schlechter gestellt werden, ist nicht ersichtlich, weshalb der Arbeitnehmer als Gläubiger schlechter gestellt werden soll als sämtliche sonstigen Gläubiger, die Verbraucher – aber eben nicht Arbeitnehmer – oder nicht Verbraucher sind. 72

c)	73
Auch die systematische Auslegung der Vorschrift des § 288 Abs. 5 BGB spricht für und nicht gegen eine Anwendbarkeit der Vorschrift im Arbeitsrecht.	74
Entgegen der Rechtsansicht des 8. Senats steht nicht § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG einer Anwendbarkeit des § 288 Abs. 5 BGB entgegen. Vielmehr betreffen beide einfachgesetzliche Regelungen jeweils vollkommen unterschiedliche Regelungsinhalte und können mithin problemlos nebeneinander angewendet werden. Als zeitlich ältere Norm kann § 12a ArbGG nicht § 288 Abs. 5 BGB als spätere Norm verdrängen. § 12a ArbGG kann kein „stillschweigender Gesetzesbefehl“ entnommen werden, als speziellere Norm § 288 Abs. 5 BGB im Arbeitsrecht unangewendet zu lassen. Die Annahme der Nichtanwendbarkeit des § 288 Abs. 5 BGB im Arbeitsrecht hätte einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung bedurft. Auch für eine analoge Anwendung des § 12a ArbGG im Bereich des § 288 Abs. 5 BGB besteht – schon mangels Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke – keine Veranlassung. Die systematische Einordnung der Verzugs pauschale nach § 288 Abs. 5 BGB ins – auch ansonsten im Arbeitsrecht anwendbare - Verzugsrecht spricht für deren Geltung auch für arbeitsrechtliche Entgeltforderungen.	75
Im einzelnen:	76
aa)	77
§ 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG regelt für das arbeitsgerichtliche Urteilsverfahren erster Instanz, dass – insofern abweichend von den allgemeinen Vorschriften der Zivilprozessordnung - gerade kein Anspruch der im Rechtsstreit obsiegenden Partei auf Entschädigung wegen Zeitversäumnis und auf Erstattung der Kosten für die Zuziehung des Prozessbevollmächtigten oder Beistandes besteht. Insofern handelt es sich um eine Norm aus dem Prozessrecht. Lediglich aufgrund der ständigen Rechtsprechung des BAG und der Instanzgerichte – allerdings nicht aufgrund des Wortlauts - wird § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG dahingehend verstanden, dass nicht nur ein prozessualer Kostenerstattungsanspruch ausgeschlossen sein soll, sondern auch ein materiellrechtlicher Kostenerstattungsanspruch hinsichtlich vorgerichtlicher Rechtsverfolgungskosten (BAG 25.09.2018, a.a.O., mit zahlreichen weiteren Nachweisen und ausführlicher Darlegung).	78
bb)	79
Demgegenüber handelt es sich bei § 288 Abs. 5 BGB um eine Regelung aus dem Verzugsrecht. Sie ist Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs und damit Teil des materiellen Rechts. Die Verzugs pauschale nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB knüpft sowohl hinsichtlich ihrer systematischen Einordnung als auch hinsichtlich ihres Wortlautes („außerdem“) unmittelbar an die gesetzliche Regelung zur Zahlung des Verzugszinses (§ 288 Abs. 1 bis Abs. 3 BGB) sowie zur Zahlung eines weiteren Verzugs Schadens (§ 288 Abs. 4 BGB) an.	80
Der Grundtatbestand des § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB knüpft in keiner Weise an das Erfordernis etwaiger entstandener Rechtsverfolgungskosten oder ähnlichem an. Erst in der Ausnahmenvorschrift des § 288 Abs. 5 Satz 3 BGB wird erstmals auf Rechtsverfolgungskosten Bezug genommen. § 288 Abs. 5 Satz 3 BGB sieht insofern eine Anrechnung der Pauschale „auf einen geschuldeten Schadensersatz“ vor, „soweit der Schadensersatz in Kosten der Rechtsverfolgung begründet ist“. Mithin sind etwaige Rechtsverfolgungskosten nach der gesetzlichen Systematik für das Entstehen des Anspruchs auf der Verzugs pauschale nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB vollkommen unerheblich, sondern sie können erst bei einer etwaigen	81

Anrechnung nach § 288 Abs. 5 Satz 3 BGB relevant werden.

Da jedoch im Arbeitsrecht in analoger Anwendung des § 12a ArbGG ein materieller Kostenerstattungsanspruch gerade ausgeschlossen ist, kommt der Anrechnungsvorschrift des § 288 Abs. 5 Satz 3 BGB bei arbeitsrechtlichen Entgeltansprüchen letztlich keine praktische Relevanz zu. 82

cc) 83

Entgegen der Rechtsauffassung des 8. Senats schließt § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG nicht in unmittelbarer Anwendung als speziellere Regelung die Verzugspauschale nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB für arbeitsrechtliche Entgeltforderungen aus. 84

aaa) Der 8. Senat führt zur Begründung aus (BAG 25.09.2018, a.a.O., Rn 36 – 39): 85

„§ 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG schließt als spezielle arbeitsrechtliche Regelung einen Kostenerstattungsanspruch für bis zum Schluss einer eventuellen ersten Instanz entstandene Beitreibungskosten und insoweit auch einen Anspruch auf Pauschalen nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB aus. 86

a) Zwei Rechtsnormen, die als einfachgesetzliche Regelungen im gleichen Rangverhältnis zueinander stehen, beanspruchen zwar grundsätzlich gleichermaßen Geltung und können grundsätzlich nebeneinander anwendbar sein. Eine Verdrängung der einen Rechtsnorm durch eine andere besondere Rechtsnorm kann aber vorliegen, wenn ein Fall von Spezialität gegeben ist, also die verdrängende Rechtsnorm sämtliche Merkmale der allgemeinen Norm enthält und dieser noch ein besonderes Merkmal zur Bildung ihres Tatbestands hinzufügt, oder wenn zwar ein auf Spezialität in diesem Sinne beruhendes Rangverhältnis der Rechtsnormen nicht festzustellen ist, das Zurücktreten einer Norm jedoch aus einem ausdrücklichen oder stillschweigenden Gesetzesbefehl zu folgern ist (vgl. BVerwG 25. Juni 2015 - 5 C 15.14 - Rn. 14 mwN, BVerwGE 152, 264). Letzteres ist der Fall. 87

b) Der Gesetzgeber hat mit § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG, der nicht nur den prozessualen Kostenerstattungsanspruch, sondern darüber hinaus auch einen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch - unabhängig von seiner Anspruchsgrundlage - ausschließt, die abschließende Grundentscheidung getroffen, das Kostenrisiko in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten dadurch überschaubar zu halten, dass jede Partei von vornherein weiß, dass sie an bis zum Schluss einer eventuellen ersten Instanz angefallenen Beitreibungskosten stets und maximal nur das zu tragen hat, was sie selbst aufwendet. Diese gesetzgeberische Grundentscheidung gilt es zu respektieren. Sie darf grundsätzlich nicht durch Zubilligung materiell-rechtlicher Kostenerstattungspflichten unterlaufen werden (vgl. etwa GMP/Germelmann/Künzl 9. Aufl. § 12a Rn. 8 mwN). Ausnahmen sind nur dort geboten, wo Sinn und Zweck von § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG einen Ausschluss der Kostenerstattung nicht rechtfertigen (vgl. GMP/Germelmann/Künzl aaO). 88

c) Im Hinblick auf den in § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB geregelten Anspruch auf eine Pauschale ist eine Ausnahme von dem durch § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG bewirkten Ausschluss materiell-rechtlicher Kostenerstattungsansprüche indes nicht veranlasst.“ 89

bbb) Die vom 8. Senat angenommene „Spezialität“ von § 12a ArbGG gegenüber § 288 Abs. 5 BGB kann nicht gesehen werden. Schon im Ansatzpunkt enthalten beide Normen völlig unterschiedliche Regelungsgegenstände. Die nach der Definition des 8. Senats für die Annahme einer Spezialität regelmäßig erforderliche Voraussetzung, dass „die verdrängende 90

Rechtsnorm sämtliche Merkmale der allgemeinen Norm enthält und dieser noch ein besonderes Merkmal zur Bildung ihres Tatbestandes hinzufügt“, liegt im Verhältnis zwischen § 12a ArbGG und § 288 Abs. 5 BGB gerade nicht vor.

Bei der einen Norm - § 12a ArbGG – handelt es sich um eine Norm aus dem Prozessrecht, 91
bei der anderen Norm - § 288 Abs. 5 BGB – um eine Norm aus materiellen Zivilrecht. § 12a ArbGG regelt den Kostenerstattungsanspruch für Rechtsverfolgungskosten; § 288 Abs. 5 BGB eine neue besondere Form des Verzugsschadensersatzes. Der Ansatzpunkt des 8. Senats, dass § 288 Abs. 5 BGB einen Kostenerstattungsanspruch für Rechtsverfolgungskosten regeln würde, trifft nicht zu. Vielmehr entsteht der Anspruch nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB vollkommen unabhängig von irgendwelchen Rechtsverfolgungskosten. Der Gläubiger kann den Anspruch nach § 288 Abs. 5 BGB vollkommen unabhängig davon geltend machen, ob ihm überhaupt irgendwelche konkret bezifferbaren Kosten entstanden sind. Dies ist gerade Sinn der Pauschalierung. Auch knüpft das Entstehen des Anspruchs nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB in keiner Weise darauf an, ob der Gläubiger einen Rechtsanwalt zur Durchsetzung seiner Ansprüche beauftragt oder nicht (LAG Köln, Urteil vom 22.11.2016, a.a.O., Rn 86). Dieser Aspekt wird erst später in der Anrechnungsregelung des § 288 Abs. 5 Satz 3 BGB relevant. Demgegenüber regelt § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG – in seinem praktischen Hauptanwendungsfall – gerade die Kostenerstattung für Rechtsverfolgungskosten durch die Beauftragung eines Rechtsanwalts.

Bei der Regelung des § 288 Abs. 5 BGB handelt es sich um einen eigenständigen Anspruch 92
als Ersatz für die „allgemeine Mühewaltung“, der systematisch gerade nicht vom Ausschluss des § 12a ArbGG umfasst wird, da er gerade keinen Anspruch auf Entschädigung wegen Zeitversäumnis oder Erstattung der Kosten eines Prozessbevollmächtigten darstellt (Daum/Eckerth, RdA 2018, S. 216 ff., S. 217, unter Bezugnahme auf BT-Drucks. 18/1309, S. 11).

Insofern führt der Regierungsentwurf ausdrücklich aus: 93

*„Der Anspruch auf Ersatz der durch den Zahlungsverzug des Schuldners hervorgerufenen 94
„Beitreibungskosten“, wie er in Artikel 6 Absatz 3 in Übereinstimmung mit Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe e der Richtlinie 2000/35/EG vorgesehen ist, wird in Deutschland bereits durch die Regelungen in § 280 Absatz 1 und 2, § 286 BGB gewährleistet. Umsetzungsbedarf besteht jedoch aus der in Artikel 6 Absatz 1 der Richtlinie 2011/7/EU enthaltenen Vorschrift, die einen Zahlungsanspruch auf mindestens 40 Euro vorsieht. Dieser pauschale Zahlungsanspruch, der unabhängig von einem tatsächlichen Verzugsschaden ohne weitere Mahnung entstehen soll, ist dem deutschen Recht bislang unbekannt.“*

(BT-Drs. 18/1309, Seite 11) 95

Bereits aufgrund des vollkommen unterschiedlichen Regelungsinhalts von § 288 Abs. 5 BGB 96
einerseits und § 12a ArbGG andererseits scheidet eine „Verdrängung“ der einen durch die andere Norm durch „Spezialität“ aus.

ccc) Auch der 8. Senat geht offenbar davon aus, dass zwischen § 12a ArbGG und § 288 Abs. 97
5 BGB „ein auf Spezialität in diesem Sinne beruhendes Rangverhältnis der Rechtsnormen nicht festzustellen ist“, gelangt dann jedoch dennoch zu der Schlussfolgerung, vorliegend sei „das Zurücktreten einer Norm jedoch aus einem ausdrücklichen oder stillschweigenden Gesetzesbefehl zu folgern“.

Auch dies kann nicht überzeugen. Ohne weitere gesetzliche Anhaltspunkte kann nicht einfach davon ausgegangen werden, dass bei zwei gleichrangigen gesetzlichen Normen ein „stillschweigender Gesetzesbefehl“ besteht, der zur Unanwendbarkeit der anderen Norm führt (so auch ausdrücklich Fuhlrott, ZIP 2019, S. 405 ff., S. 406, konkret zum Verhältnis zwischen § 12a ArbGG und § 288 Abs. 5 BGB in seiner Entscheidungsbesprechung zu BAG 25.09.2018).

Der Gesetzgeber hat mit der gesetzlichen Neuregelung des § 288 Abs. 5 BGB eine Bereichsausnahme für das Arbeitsrecht gerade nicht vorgesehen. Da er jedoch in zeitlicher Hinsicht die Anwendbarkeit der Norm durch die Übergangsregelung in Artikel 229 § 34 Satz 1 und Satz 2 EGBGB sehr wohl in zeitlicher Hinsicht eingeschränkt hat und dies zeigt, dass sich der Gesetzgeber ganz konkrete Gedanken über etwaige Einschränkungen des Anwendungsbereichs der Norm des § 288 Abs. 5 BGB gemacht hat, lässt dies durchaus den Umkehrschluss zu, dass es eine Bereichsausnahme für das Arbeitsrecht gerade nicht geben soll, da der Gesetzgeber eine solche gerade nicht vorgesehen hat, anders als etwa die zeitliche Beschränkung des Anwendungsbereichs (so auch Jesgarzewski, BB 2018, S. 2876). 99

Soweit der 8. Senat den „stillschweigenden Gesetzesbefehl“ zur Unanwendbarkeit des § 288 Abs. 5 BGB im Arbeitsrecht dem § 12a ArbGG deswegen ableiten will, weil der Gesetzgeber mit § 12a ArbGG die *„abschließende Grundentscheidung getroffen (habe), das Kostenrisiko in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten dadurch überschaubar zu halten, dass jede Partei von vornherein weiß, dass sie an bis zum Schluss einer eventuellen ersten Instanz angefallenen Beibehaltungskosten stets und maximal nur das zu tragen hat, was sie selbst aufwendet“*, besteht hierbei die Gefahr, die Zweckrichtung auch des § 12a ArbGG in ihr Gegenteil zu verkehren. Der Arbeitnehmerschutz ist ursprüngliche Intention der Kostenbegrenzung in § 12a ArbGG gewesen (z. B. BVerfG, Beschluss vom 20.07.1971, 1 BvR 231/69, BVerfGE 31, 306 ff., Rn 14; ausführlich zum historischen Hintergrund Schleusener/Kühn, NZA 2008, S. 147 ff.; Daum/Eckerth, RdA 2018, S. 216 ff., S. 217). Dass diese Regelung umgekehrt auch zugunsten des Arbeitgebers gilt, beruht allein auf dem Prinzip der „Waffengleichheit“ der Parteien im arbeitsgerichtlichen Verfahren (BAG, Urteil vom 16.05.1990, 4 AZR 56/90, NZA 1991, S. 27 f., 28; ArbG Bremen-Bremerhaven, Urteil vom 20.11.2018, 6 Ca 6390/17, juris, Rn 41 f.; Schwab/Weth, ArbGG, 5. Auflage 2018, § 12a ArbGG, Rn 5). Das Argument des Arbeitnehmerschutzes verfängt bei § 288 Abs. 5 BGB jedoch gerade nicht. 100

Da kraft Gesetzes die Durchsetzung einer Verzugs pauschale ausgeschlossen ist, wenn der Schuldner Verbraucher ist, ist der Arbeitnehmer gerade nicht der Gefahr ausgesetzt, wenn er sich einer Forderung seines Arbeitgebers ausgesetzt sieht, auch eine Verzugs pauschale an diesen zahlen zu müssen. Es ist keine Fallgestaltung denkbar, in der sich aufgrund § 288 Abs. 5 BGB das Prozessrisiko für den Arbeitnehmer erhöht (LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 13.10.2016, 3 Sa 34/16; Daum/Eckerth, RdA 2018, S. 216 ff., S. 217). 101

Welcher Schutzzweck § 12a ArbGG allein zugunsten des Arbeitgebers haben soll, damit dieser im Fall eines Zahlungsverzugs nicht sämtliche nach allgemeinem Zivilrecht einen säumigen Schuldner treffenden Folgen des Zahlungsverzugs tragen soll, erschließt sich der erkennenden Kammer nicht. 102

Der im Zahlungsverzug befindliche Arbeitgeber ist nicht schutzbedürftiger als andere säumige Schuldner (Korff, Entscheidungsbesprechung zu BAG 8 AZR 26/18 vom 25.09.2018, EWIR 2019, S. 57 f.). Im Gegenteil ist im Arbeitsrecht die typisierende Betrachtung vorzunehmen, dass regelmäßig der Arbeitnehmer von seiner Arbeitsvergütung seinen Lebensunterhalt bestreitet und ihn daher ein Zahlungsverzug des Arbeitgebers regelmäßig nicht unerheblich in seiner persönlichen Lebensführung einschränkt. Weshalb vor diesem Hintergrund der 103

Arbeitgeber nicht einmal durch die Verzugspauschale zu einer pünktlichen und vollständigen Zahlung angehalten können werden soll, erschließt sich nicht.

Umgekehrt würde der Schutzzweck des §12a ArbGG in sein Gegenteil verkehrt, wenn aufgrund §12a ArbGG Entgeltansprüche von Arbeitnehmern weniger geschützt sein sollen als die aller anderen Gläubiger im deutschen Privatrecht (Daum/Eckerth, RdA 2018, S. 216 ff., S. 217). 104

ddd) Wenn schon ein Verhältnis der Spezialität zwischen §12a ArbGG und § 288 Abs. 5 BGB anzunehmen wäre, wäre vor diesem Hintergrund eher umgekehrt eine Verdrängung des §12a ArbGG durch § 288 Abs. 5 BGB anzunehmen (Korff, EWiR 2019, S. 57 f.). 105

eee) Im übrigen gilt zwischen gleichrangigen Normen im Falle einer Kollision der Grundsatz, dass die spätere Norm die frühere Norm verdrängt („*lex posterior derogat legi priori*“). Auch dies spricht vorliegend für die Verdrängung des § 12a ArbGG durch § 288 Abs. 5 BGB und nicht umgekehrt (ArbG Bremen-Bremerhaven, Urteil vom 20.11.2018, a.a.O., Rn 45). 106

Eine ältere Norm kann keinen „stillschweigenden Gesetzesbefehl“ haben, eine spätere Norm – die es zum Zeitpunkt der Schaffung der älteren Norm noch gar nicht gab – außer Kraft zu setzen. Denn da es die spätere Norm bei Schaffung der älteren Norm noch nicht gab, konnte sich denklogisch die ältere Norm noch nicht mit ihrem Konkurrenzverhältnis zu der noch vollkommen unbekannten späteren Norm auseinandersetzen. 107

fff) Ein Gericht kann eine bundesgesetzliche Norm nicht einfach unangewendet lassen. Das Verwerfungsmonopol für die Nichtanwendung bundesgesetzlicher Regelungen liegt ausschließlich beim Bundesverfassungsgericht, Artikel 100 Abs. 1 Satz 1 Grundgesetz. 108

Insofern hat auch jüngst der 1. Senat des Bundesverfassungsgerichts in der Entscheidung vom 06.06.2018, 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14, juris) zur vom Bundesarbeitsgericht vorgenommenen richterlichen Rechtsfortbildung zur Vorbeschäftigungszeit bei der sachgrundlosen Befristung entschieden, dass richterliche Rechtsfortbildung den klaren Willen des Gesetzgebers nicht übergehen und durch ein eigenes Regelungsmodell ersetzen darf (BVerfG 06.06.2018, a.a.O., Leitsatz 3). 109

Im Zweifelsfall ist eine gesetzliche Regelung so anzuwenden, wie sie im Gesetz steht. 110

Die Annahme einer Nichtanwendbarkeit des § 288 Abs. 5 BGB im Arbeitsrecht hätte einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung bedurft. 111

dd) 112

Nachdem § 12a ArbGG die Regelung des § 288 Abs. 5 BGB nicht in direkter Anwendung verdrängen kann, ist die Anwendbarkeit des § 288 Abs. 5 BGB auch nicht aufgrund analoger Anwendung des § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG ausgeschlossen. 113

aaa) Es fehlt bereits an einer planwidrigen Regelungslücke. Der Gesetzgeber hat bei § 288 Abs. 5 BGB keine eine Analogie zulassende interpretationsbedürftige Regelungslücke offen gelassen (statt vieler z. B. LAG Köln, Urteil vom 22.11.2016, 12 Sa 524/16, a.a.O., Rn 77; LAG Hamm, Urteil vom 19.04.2018, 17 Sa 1484/17, juris, Rn 122; Jesgarzewski, BB 2018, S. 2876). 114

bbb) Darüber hinaus kommt eine Analogie zu § 12a ArbGG auch methodisch nicht in Betracht. 115

Zum einen ist § 12a ArbGG als Ausnahmegvorschrift nach allgemeiner Dogmatik gerade nicht analogiefähig (ArbG Bremen-Bremerhaven, Urteil vom 20.11.2018, a.a.O., Rn 46).	116
Darüber hinaus ist § 12a ArbGG eine prozessuale Regelung, die schon aufgrund ihrer Einordnung ins Prozessrecht nicht analogiefähig für den Ausschluss eines gesetzlichen Anspruchs aus dem materiellen Zivilrecht erscheint.	117
Der Ausschluss nicht nur des prozessualen, sondern auch des materiellrechtlichen Kostenerstattungsanspruchs ergibt sich auch nicht aus dem Wortlaut des Gesetzes, sondern erst auf einer von der Rechtsprechung vorgenommenen Analogie zu § 12a ArbGG.	118
Eine Analogie ist nicht nochmals analogiefähig. Der vermeintliche Ausschluss des § 288 Abs. 5 BGB im Arbeitsrecht aufgrund einer Analogie zu einer Analogie zu einer Ausnahmegvorschrift ist methodisch unzulässig und überschreitet die Grenzen der zulässigen richterlichen Rechtsfortbildung.	119
ee)	120
Maßgeblich ist mithin letztlich bei der systematischen Auslegung die Entscheidung des Gesetzgebers, die Verzugspauschale nach § 288 Abs. 5 BGB als dem deutschen Recht bislang unbekannte neue Form eines Zahlungsanspruchs im Verzugsrecht zu implementieren.	121
Das LAG Köln führt hierzu in der Entscheidung vom 22.11.2016 aus (LAG Köln, 12 Sa 524/16, juris, Rn 88 - 91):	122
<i>„Der systematische Zusammenhang des Anspruchs nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB besteht vielmehr mit dem in § 288 Abs. 1-3 geregelten gesetzlichen Verzugszins sowie der nach § 288 Abs. 4 BGB regelten Möglichkeit, weitergehenden Verzugsschaden geltend zu machen.</i>	123
<i>Der Gesetzgeber hat systematisch völlig eindeutig die 40-Euro-Pauschale in § 288 Abs. 5 BGB gerade im unmittelbaren Anschluss an die gesetzliche Regelung zum Verzugszins und Verzugsschaden in den gleichen Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuchs aufgenommen. Verzugszins und Verzugsschaden können jedoch unzweifelhaft auch von Arbeitnehmern bei verspäteter oder unvollständiger Zahlung des Arbeitsentgelts verlangt werden. Eine diesbezügliche Bereichsausnahme in Analogie zu § 12a ArbGG wird soweit ersichtlich auch im Schrifttum nicht gefordert.</i>	124
<i>Insofern wäre es im Gegenteil systemwidrig, wenn ein Arbeitnehmer bei verspäteter oder unvollständiger Zahlung des Arbeitsentgelts zwar den gesetzlichen Verzugszins nach § 288 Abs. 1 BGB und ggf. den weitergehenden Verzugsschaden nach § 288 Abs. 4 BGB geltend machen könnte, ihm jedoch der neue Pauschal-Schadensersatz nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB verwehrt bliebe.</i>	125
<i>Denn die Regelung in § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB knüpft systematisch gerade an die vorherigen Absätze des § 288 BGB und insbesondere den gesetzlichen Verzugszins an. Bereits die Einführung des vergleichsweise hohen gesetzlichen Zinssatzes von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz (bzw. im unternehmerischen Rechtsverkehr inzwischen sogar neun Prozentpunkte über dem Basiszinssatz) hatte eine vergleichbare Zielrichtung wie die Einführung des § 288 Abs. 5 BGB, nämlich den Druck auf säumige Schuldner dahingehend zu erhöhen, dass diese ihren Zahlungsverpflichtungen pünktlich und vollständig nachkommen. Insofern sollte durch § 288 Abs. 5 BGB gerade in denjenigen Konstellationen</i>	126

eine zusätzliche Sanktion geschaffen werden, in denen die vergleichsweise hohe gesetzliche Verzinsung den gewünschten Effekt nur unzureichend erzielen kann. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn der Zahlungsverzug nur einen geringen Betrag oder nur einen geringen Zeitraum betrifft. In dieser Situation stellt der zusätzlich zum Verzugszins bzw. konkret nachweisbarem Verzugsschaden zu zahlende Pauschal-Schadensersatz von 40 Euro ein effektives Mittel dar, den Schuldner auch dann zur fristgemäßen und vollständigen Zahlung anzuhalten, wenn ansonsten der drohende Verzugszins aufgrund der geringen rückständigen Summe oder des vergleichsweise geringen Zeitraums des Zahlungsverzugs um ggf. nur wenige Tage als absolute Größe vergleichsweise gering wäre damit nur eine vergleichsweise geringe abschreckende Wirkung auf einen potentiell säumigen Schuldner hätte.“

Die erkennende Kammer schließt sich diesen Ausführungen uneingeschränkt an. 127

Auch die allgemeinen Regelungen zum Zahlungsverzug in § 286 BGB stellen nach der klaren 128 Definition des Gesetzgebers (BT-Drs. 18/1309, Seite 11, s. o.) „Beitreibungskosten“ dar. Während für die allgemein durch den Zahlungsverzug des Schuldners hervorgerufenen Beitreibungskosten die schon zuvor bestehenden gesetzlichen Regelungen hinreichenden Schutz zugunsten des Schuldners boten, stellt die europarechtlich vorgesehene 40-Euro-Pauschale nunmehr ein neues Rechtsinstitut dar, welches die bisherigen Regelungen zum Verzugsrecht ergänzt (BT-Drs. 18/1309, a.a.O.).

Weshalb dann aber § 288 Abs. 5 BGB – anders als die bisherigen gesetzlichen Regelungen 129 zum Schuldnerverzug, insbesondere der Anspruch auf Verzugszinsen nach § 288 Abs. 1 BGB – für Arbeitnehmer nicht gelten sollte, ist nicht ersichtlich.

Die Begründung des 8. Senats ist auch widersprüchlich. Wenn der 8. Senat annimmt, § 12a 130 ArbGG schließe sämtliche bis zum Schluss der ersten Instanz entstandenen Beitreibungskosten und damit auch die Verzugspauschale aus, steht dies im Widerspruch dazu, dass nach der ausdrücklichen Gesetzesbegründung zu § 288 Abs. 5 BGB (BT-Drs. 18/1309, S. 11) das Verzugsrecht nach § 286 BGB insgesamt und damit auch der Verzugszinsanspruch nach § 288 Abs. 1 BGB zum Oberbegriff der „Beitreibungskosten“ zählt.

Auch Verzugszinsen nach § 288 Abs. 1 BGB zählen nach der Terminologie des 131 Gesetzgebers in der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/1309, S. 11) zu den „Beitreibungskosten“. Hiernach wird *„der Anspruch auf Ersatz der durch den Zahlungsverzug des Schuldners hervorgerufenen „Beitreibungskosten“, wie er in Artikel 6 Absatz 3 in Übereinstimmung mit Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe e der Richtlinie 2000/35/EG vorgesehen ist, in Deutschland bereits durch die Regelungen in § 280 Abs. 1 und 2, § 286 BGB gewährleistet“* (BT-Drs. 18/1309, S. 11, ganz oben). Nach Artikel 3 Abs. 1 lit. e Satz 1 der hier in Bezug genommenen Richtlinie 2000/35/EG hat *„der Gläubiger gegenüber dem Schuldner Anspruch auf angemessenen Ersatz aller durch den Zahlungsverzug des Schuldners bedingten Beitreibungskosten, es sei denn, dass der Schuldner für den Zahlungsverzug nicht verantwortlich ist.“*. Maßgeblicher Anknüpfungspunkt ist mithin gerade der Schuldnerverzug. Artikel 6 Absatz 3 der Richtlinie 2000/35/EG bestimmt zulässige Ausnahmen, in denen die Mitgliedstaaten von einem Ersatzanspruch absehen können. Unter anderem nennt Artikel 6 Absatz 3 lit. c hier ausdrücklich *„Ansprüche auf Zinszahlungen von weniger als 5 EUR“*. Mithin kann kein Zweifel bestehen, dass auch Ansprüche auf Zinszahlungen bei Schuldnerverzug nach dem Verständnis des Gesetzgebers zu den „Beitreibungskosten“ zählen“.

Der Anspruch auf Verzugszinsen nach § 288 Abs. 1 BGB sowie der Anspruch auf Ersatz des Verzugsschadens nach § 288 Abs. 4 BGB finden jedoch unzweifelhaft, allgemein anerkannt und nicht ersichtlich bestritten auch im Arbeitsrecht Anwendung.

Insofern müssten entweder – bei konsequenter Anwendung des Ansatzes des 8. Senats, 133
sämtliche bis Ende der ersten Instanz entstandene Beitreibungskosten sollten im Arbeitsrecht
ausgeschlossen sein – auch diese im Arbeitsrecht ausgeschlossen sein nach der Ansicht
des 8. Senats oder – umgekehrt und im Ergebnis zutreffend – man wendet sämtliche
Regelungen des Verzugsrechts, mithin neben § 288 Abs. 1 BGB und § 288 Abs. 4 BGB auch
§ 288 Abs. 5 BGB, uneingeschränkt auch im Arbeitsrecht an.

d) 134

Auch Sinn und Zweck der Regelung sprechen eindeutig gegen eine Unanwendbarkeit des § 135
288 Abs. 5 Satz 1 BGB im Arbeitsrecht.

Der Zweck der gesetzlichen Neuregelung der Verzugspauschale liegt insbesondere darin, 136
den Gläubiger von einer potentiellen „Überschreitung der Zahlungsfristen abzuschrecken“
(so ausdrücklich Erwägungsgrund 19 der Richtlinie 2011/7/EU vom 16.02.2011; LAG Köln,
Urteil vom 22.11.2016, 12 Sa 524/16, Daum/Eckerth, RdA 2018, S. 216 ff., S. 217; Lembke,
NZA NZA 2016. S. 1501 ff., S. 1504).).

Ein Anlass, den Druck auf potentiell säumige Schuldner zu erhöhen, ihren 137
Zahlungsverpflichtungen pünktlich und vollständig nachzukommen, besteht gerade auch bei
Arbeitsentgeltansprüchen. Die „(Un-)Kultur des Zahlungsverzugs“, welche die gesetzliche
Neuregelung im „Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr“
nunmehr „bekämpfen“ möchte, besteht gerade auch im Arbeitsrecht (LAG Köln 22.11.2016,
a. a. O., Rn 92). Gerade hier besteht aufgrund häufiger unpünktlicher bzw. unvollständiger
Zahlung ein entsprechender Bedarf.

Insbesondere ergibt sich gerade auch ein logisches Zusammenspiel zwischen § 288 Abs. 5 138
Satz 1 und Satz 3 BGB im Arbeitsrecht.

Hierzu führt das LAG Köln in seiner Entscheidung vom 22.11.2016 an (12 Sa 524/16, a.a.O., 139
Rn 95 – 97):

*bb) Darüber hinaus ergibt sich dies auch aus dem Zweck der Norm. Zweck der Regelung des 140
§ 288 Abs. 5 Satz 3 BGB ist es, eine übermäßige Sanktion zu Lasten des säumigen
Schuldners zu verhindern. Denn auch ein drohender außergerichtlicher
Kostenerstattungsanspruch für Rechtsverfolgungskosten kann bereits die mit der Regelung
des § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB erwünschte Zielrichtung verfolgen, den Schuldner zur
pünktlichen und vollständigen Zahlung anzuhalten. Denn wenn der Schuldner weiss, dass
ihm bei unpünktlicher bzw. unvollständiger Zahlung droht, dass der Gläubiger einen
Rechtsanwalt mit der außergerichtlichen Geltendmachung der Forderung beauftragt und der
Schuldner dann die Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung zu erstatten hat, ist
bereits dieser Umstand durchaus geeignet, Druck auf den Schuldner auszuüben, pünktlich
und vollständig zu zahlen.*

*Kommt es dennoch zum Schuldnerverzug und zur Erstattungspflicht außergerichtlicher 141
Rechtsverfolgungskosten, ist es naheliegend und systematisch folgerichtig, dass § 288
Abs. 5 Satz 3 BGB anordnet, dass dann nicht zusätzlich zu den erstattungspflichtigen
Rechtsverfolgungskosten noch die 40-Euro-Pauschale gezahlt werden soll, nachdem der*

bezweckte „Druck“ bereits durch die potentielle Kostenerstattungspflicht (dann im Ergebnis letztlich erfolglos) aufgebaut wurde.

Diese Überlegungen greifen jedoch nur, wenn es materiell-rechtlich einen Kostenerstattungsanspruch für vorgerichtliche Rechtsverfolgungskosten gibt. Gibt es einen solchen nicht, wie dies bei arbeitsrechtlichen Entgeltforderungen bis einschließlich des erstinstanzlichen Verfahrens der Fall ist (§ 12a ArbGG), ist für die Anwendbarkeit der Ausnahmegvorschrift des § 288 Abs. 5 Satz 3 BGB auch kein Raum.“ 142

Auch diesen Ausführungen schließt sich die erkennende Kammer an. 143

Auch aus der teleologischen Auslegung ergeben sich keinerlei Gesichtspunkte, weshalb die Verzugspauschale nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB im Arbeitsrecht ausnahmsweise keine Anwendung finden sollte. 144

5.) 145

Aufgrund des mehrfachen monatlichen erneuten Verzuges fiel die Verzugspauschale auch monatlich erneut an (Argument aus § 288 Abs. 5 Satz 2 BGB, vgl. z. B. LAG Düsseldorf, Urteil vom 21.11.2017, 8 Sa 477/17, juris, Rn 85; LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 22.03.2017, 15 Sa 1992/16, juris, Rn 20). Die Verzugspauschale war dem Kläger mithin für die Monate Juni und Juli 2018 zuzusprechen. Für August 2018 hat der Kläger keine Zahlung einer Verzugspauschale beantragt; das Gericht ist nicht befugt, einer Partei mehr zuzusprechen, als beantragt ist, § 308 Absatz 1 Satz 1 ZPO. 146

6.) 147

Entgegen dem Antrag des Klägers hatte die begehrte Titulierung, dass es sich um eine „Netto“-Forderung handelt, zu unterbleiben. Die steuerliche Beurteilung ist nicht Aufgabe der Gerichte für Arbeitssachen, sondern der Finanzbehörden bzw. der Finanzgerichte. Entsprechend war – ohne steuerrechtliche Wertung - zu tenorieren, dass es sich um eine Verzugspauschale nach § 288 Abs. 5 BGB handelt. 148

V. 149

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO und § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO i. V. m. § 46 Abs. 2 ArbGG. Hiernach hatte die Beklagte als ganz überwiegend unterlegene Partei des Rechtsstreits die Kosten zu tragen; die verhältnismäßig geringfügige Zuviehforderung des Klägers hat keinen Gebührensprung ausgelöst und damit keine höheren Kosten verursacht, so dass von einer Beteiligung des Klägers an den Gerichtskosten abgesehen wurde (§ 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). 150

Der gemäß § 61 Abs. 1 ArbGG im Urteil festzusetzende Streitwert wurde auf die Summe der bezifferten Werte der Zahlungsanträge festgesetzt. 151

Gründe, die Berufung gemäß § 64 Abs. 3, Abs. 3 a ArbGG zuzulassen, waren hinsichtlich des geringfügigen Unterliegens des Klägers nicht gegeben. Demgegenüber war für die Beklagte die Berufung nach § 64 Abs. 3 Nr. 1 ArbGG wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Problematik der Verzugspauschale nach § 288 Abs. 5 BGB zuzulassen. 152
