

---

**Datum:** 22.11.2016  
**Gericht:** Landesarbeitsgericht Köln  
**Spruchkörper:** 12. Kammer  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 12 Sa 524/16  
**ECLI:** ECLI:DE:LAGK:2016:1122.12SA524.16.00

---

**Vorinstanz:** Arbeitsgericht Aachen, 1 Ca 2772/15 h  
**Schlagworte:** 40-Euro-Pauschale, Anwendbarkeit auf Arbeitsentgeltansprüche (hier: bejaht), Analogie zu § 12a ArbGG (hier: abgelehnt)  
**Normen:** § 288 Abs. 5 BGB, § 12a ArbGG  
**Sachgebiet:** Arbeitsrecht  
**Leitsätze:**

1. Die Neuregelung des § 288 Abs. 5 BGB findet auch auf arbeitsrechtliche Entgeltansprüche Anwendung.

2. Eine Bereichsausnahme für das Arbeitsrecht ist nicht aufgrund der Wertung des § 12a ArbGG geboten. Es fehlt an einer für eine Analogie zu § 12a ArbGG erforderlichen planwidrigen Regelungslücke.

3. Die systematische Einordnung des § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB im Zusammenhang mit den – unzweifelhaft auch auf Arbeitsentgeltansprüche anwendbaren – gesetzlichen Regelungen zum Verzugszins sowie dem weitergehenden Verzugsschaden gebietet eine Anwendung auch auf Arbeitsentgeltansprüche.

4. Gleiches gilt für den Zweck der Vorschrift des § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB, den Druck auf potentiell säumige Schuldner zu erhöhen, ihren Zahlungsverpflichtungen pünktlich und vollständig nachzukommen. Diese Zweckrichtung besteht gerade auch bei Arbeitsentgeltansprüchen.

5. Die Ausnahmegvorschrift des § 288 Abs. 5 Satz 3 BGB betrifft nur den – bei Arbeitsentgeltforderungen nicht bestehenden – außergerichtlichen Kostenerstattungsanspruch für

Rechtsverfolgungskosten, nicht aber einen – nach dem Arbeitsgerichtsgesetz im zweitinstanzlichen Berufungsverfahren bestehenden – prozessualen Kostenerstattungsanspruch.

---

**Tenor:**

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Aachen vom 26.04.2016, 1 Ca 2772/15 h, teilweise abgeändert.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger über den erstinstanzlichen Tenor hinaus weitere 40.- Euro netto Pauschal-Schadenersatz nach § 288 Abs. 5 BGB nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit (07.08.2015) zu zahlen.
3. Im übrigen wird die Berufung des Klägers zurückgewiesen.
4. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens trägt der Kläger zu 36 Prozent und die Beklagte zu 64 Prozent. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger zu 93 Prozent und die Beklagte zu 7 Prozent.
5. Die Revision wird für die Beklagte zugelassen. Für den Kläger wird die Revision nicht zugelassen.

---

**Tatbestand**

- |   |        |
|---|--------|
| Die Parteien streiten in der Berufungsinstanz noch über Ansprüche auf Branchenzuschläge und Pauschal-Schadenersatz nach § 288 Abs. 5 BGB.   | 1<br>2 |
| Der am . .19 geborene Kläger war vom 15.10.2014 bis 30.06.2015 bei der Beklagten als gewerblicher Arbeitnehmer beschäftigt. Er wurde hierbei im Wege der Arbeitnehmerüberlassung beim Kunden C in A , einem CD- und DVD-Hersteller, eingesetzt. Ausweislich des zur Gerichtsakte gereichten Arbeitszeugnisses (Anlage K9, Bl. 208 d. A.) war er hierbei mit der manuellen Konfektionierung (Einlegen von CDs in Verpackungen), der Kommissionierung von Ware, allgemeinen Lagertätigkeiten und internen Warentransporten betraut. | 3      |
| Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien finden die zwischen dem Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen (IGZ) und den DGB-Gewerkschaften abgeschlossenen Tarifverträge für die Zeitarbeitsbranche Anwendung. Aufgrund des Einsatzes des Klägers bei C ist hierbei grundsätzlich auch der Tarifvertrag über Branchenzuschläge für Arbeitnehmerüberlassungen in der chemischen Industrie (TV BZ Chemie) anwendbar.  | 4      |

- Dieser sieht in § 2 Absatz 3) einen grundsätzlich mit zunehmender Einsatzdauer ansteigenden Branchenzuschlag als prozentualen Zuschlag auf das Stundentabellenentgelt des Entgelttarifvertrages Zeitarbeit vor. Die Höhe des Zuschlags beträgt für die Entgeltgruppen 1 und 2 nach der sechsten vollendeten Woche 15 Prozent, nach dem dritten vollendeten Monat 20 Prozent, nach dem fünften vollendeten Monat 30 Prozent, nach dem siebten vollendeten Monat 45 Prozent und nach dem neunten vollendeten Monat 50 Prozent des Stundentabellenentgelts. 5
- Alsdann regelt jedoch § 2 Absatz 4 TV BZ Chemie: 6
- „Der Branchenzuschlag ist auf die Differenz zum laufenden regelmäßig gezahlten Stundenentgelt eines vergleichbaren Arbeitnehmers des Kundenbetriebes beschränkt. Von diesem Stundenentgelt wird ein Eingliederungsabschlag von 10 Prozent vorgenommen. Der Kundenbetrieb hat das regelmäßig gezahlte Stundenentgelt eines vergleichbaren Arbeitnehmers nachzuweisen.“* 7
- In der Protokollnotiz zu § 2 Abs. 4 TV BZ Chemie heißt es: 8
- „§ 2 Abs. 4 TV BZ Chemie ist eine Ausnahmeregelung, die die individuelle Ermittlung des laufenden, regelmäßig gezahlten Stundenentgeltes eines vergleichbaren Arbeitnehmers des Kundenbetriebes erfordert. Sie ermöglicht im Einzelfall eine Beschränkung des Branchenzuschlages, wenn der Kundenbetrieb eine entsprechende Deckelung geltend macht.“* 9
- Wegen der Einzelheiten wird auf den zur Gerichtsakte gereichten Volltext des TV BZ Chemie Bezug genommen (Bl. 104 ff. d. A.). 10
- Der tariflich geschuldete Stundenlohn des Klägers betrug 8,50 Euro bis einschließlich 31.03.2015 Euro und alsdann 8,80 Euro ab dem 01.04.2015. Dies entspricht der Entgeltgruppe 1. Dass der Kläger nach einer höheren Entgeltgruppe zu vergüten sei, wurde von ihm bis einschließlich des erstinstanzlichen Verfahrens zu keinem Zeitpunkt geltend gemacht. 11
- Diesen Stundenlohn zahlte die Beklagte bis einschließlich Mai 2015 an den Kläger korrekt aus. Für den letzten Monat des Arbeitsverhältnisses (Juni 2015) zahlte die Beklagte dem Kläger ohne Angabe von Gründen nur einen Stundenlohn von 8,50 Euro statt 8,80 Euro aus, so dass sich für diesen Monat eine Vergütungsdifferenz in Höhe von insgesamt 49,26 Euro brutto ergab. 12
- Darüber hinaus zahlte die Beklagte an den Kläger Branchenzuschläge, wobei der Kläger deren Höhe und die seitens der Beklagten vorgenommene Berechnung bis einschließlich März 2015 nicht in Abrede stellt. Für April 2015 zahlte die Beklagte dem Kläger einen Branchenzuschlag in Höhe von 34,27 Euro brutto, für Mai 2015 in Höhe von 34,17 Euro brutto sowie für Juni 2015 in Höhe von 37,08 Euro brutto. 13
- Die Wochenarbeitszeit des Klägers betrug – wenngleich der schriftliche Arbeitsvertrag der Parteien insofern lediglich 15 Wochenstunden vorsah – jedenfalls 30 Stunden. 14
- Gearbeitet hat der Kläger im April 2015 insgesamt 148,98 Stunden, im Mai 2015 insgesamt 148,57 Stunden sowie im Juni 2015 insgesamt 161,21 Stunden. 15
- Eine Urlaubsabgeltung zahlte die Beklagte an den Kläger bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses zunächst nicht aus, ebenso erteilte sie zunächst kein Arbeitszeugnis. 16

Der Kläger hat am 04.08.2015 beim Arbeitsgericht Aachen die vorliegende, am 07.08.2015 zugestellte Klage erhoben. Mit ihr hat er zunächst die Erteilung eines Arbeitszeugnisses sowie die Zahlung einer Urlaubsabgeltung in Höhe von 633,60 Euro brutto sowie der Vergütungsdifferenz aufgrund der Stundenlohnkürzung im Juni 2015 in Höhe von 49,26 Euro verlangt. Darüber hinaus hat der Kläger die Zahlung weitergehender Branchenzuschläge begehrt. Er hat hierbei die Ansicht vertreten, ihm stünde für April 2015 ein Zuschlag von 20 Prozent und für Mai und Juni 2015 in Höhe von 30 Prozent auf seinen Stundenlohn von 8,80 Euro zu. Die zutreffende Höhe des Branchenzuschlags habe 262,20 Euro für April 2015, 392,23 Euro für Mai 2015 und 425, 69 Euro für Juni 2015 zu tragen. Die Differenz zu den für diese Monate gezahlten Branchenzuschläge hat der der Kläger mit der vorliegenden Klage beansprucht. Darüber hinaus hat er für diese drei Monate auch jeweils einen Pauschal-Schadenersatz in Höhe von 40,00 Euro pro Monat nach § 288 Abs. 5 BGB begehrt, mit der Begründung, dass die Beklagte für alle drei Monate mit der geschuldeten Zahlung in Verzug geraten sei.	17
Der Kläger hat beantragt,	18
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 1. die Beklagte zu verurteilen, ihm ein wohlwollendes und qualifiziertes Zeugnis zu erteilen, das sich auf Art und Dauer sowie Verhalten und Leistung im Arbeitsverhältnis erstreckt;</li> </ul>	120
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn einen Betrag in Höhe von 227,93 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 % Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB seit dem 01.05.2015 zu zahlen;</li> </ul>	212
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 3. die Beklagte zu verurteilen, an ihn einen Betrag in Höhe von 358,06 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 % Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB seit dem 01.06.2015 zu zahlen;</li> </ul>	224
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 4. die Beklagte zu verurteilen, an ihn einen Betrag in Höhe von 437,78 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 % Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB seit dem 01.07.2015 zu zahlen;</li> </ul>	226
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 5. die Beklagte zu verurteilen, an ihn einen Betrag in Höhe von 633,60 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 % Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB seit dem 01.07.2015 zu zahlen;</li> </ul>	228
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 6. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 120,00 € pauschalen Schadensersatz nebst Zinsen in Höhe von 5 % Punkten über dem Basiszinssatz der EZB seit Rechtshängigkeit zu zahlen.</li> </ul>	230
Die Beklagte hat beantragt,	31
die Klage abzuweisen.	32
Sie hat die Ansicht vertreten, die Branchenzuschläge für den Zeitraum April bis Juni 2015 zutreffend berechnet zu haben. Sie hat hierzu vorgetragen, der Kundenbetrieb C habe ihr	33

eine Tabelle übermittelt, nach welcher der Stundenlohn vergleichbarer Arbeitnehmer bei 10,03 Euro liege. Auf die Deckelung habe sich der Kundenbetrieb insofern durch die Übermittlung dieser Tabelle auch berufen. Der Kläger könne daher lediglich einen Branchenzuschlag in Höhe der Differenz zwischen seinem individuellen Stundenlohn 8,80 Euro und 90 Prozent des Stundenlohns vergleichbarer Arbeitnehmer (9,03 Euro) = 23 Cent pro Arbeitsstunde verlangen. In dieser Höhe sei der Branchenzuschlag zutreffend gewährt worden. Die Beklagte hat weiter die Ansicht vertreten, für den vorangegangenen Zeitraum bis einschließlich März 2015 habe man dem Kläger sogar zu hohe Branchenzuschläge gewährt, von einer Rückforderung sehe man jedoch ab.

Das Arbeitsgericht hat der Klage teilweise stattgegeben. Es hat dem Antrag auf Zeugniserteilung und darüber hinaus dem Zahlungsantrag hinsichtlich der Urlaubsabgeltung vollumfänglich stattgegeben. Darüber hinaus hat es die Beklagte zur Zahlung der Entgelt Differenz Juni 2015 in Höhe von 49,26 Euro brutto verurteilt. Abgewiesen hat das Arbeitsgericht demgegenüber die Klage hinsichtlich der begehrten Branchenzuschläge sowie des Pauschal-Schadenersatzes. 34

Zur Begründung der teilweisen Klageabweisung hat das Arbeitsgericht ausgeführt, bezüglich der Branchenzuschläge könne sich die Beklagte zu Recht auf die Deckelung berufen. Im Rahmen einer abgestuften Darlegungs- und Beweislast habe der Arbeitgeber zunächst unter Berufung auf die ihm vom Kundenbetrieb vorgelegten Gehaltslisten die Höhe des Stundenentgelts eines vergleichbaren Arbeitnehmers im Kundenbetrieb darzulegen. Hierauf habe der Arbeitnehmer substantiiert Einwände vorzubringen. Dies habe der Kläger vorliegend jedoch nicht getan, nachdem die Beklagte den Stundenlohn vergleichbarer Arbeitnehmer dargelegt habe. Der Kundenbetrieb C habe die Deckelung auch durch Übergabe der Gehaltslisten an die Beklagte im Sinne der tariflichen Vorgaben geltend gemacht. 35

Bezüglich des Pauschal-Schadenersatzes nach § 288 Abs. 5 BGB n. F. hat das Arbeitsgericht die Ansicht vertreten, in Anbetracht der Wertung des § 12a ArbGG fände die Neuregelung des § 288 Abs. 5 BGB aufgrund der arbeitsrechtlichen Besonderheiten auf arbeitsrechtliche Entgeltansprüche keine Anwendung. 36

Gegen das ihm am 23.05.2016 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts vom 26.04.2016 hat der Kläger am 06.06.2016 Berufung eingelegt und diese am 22.07.2016 begründet. Die Beklagte hat weder Berufung noch Anschlussberufung eingelegt. 37

Der Kläger und Berufungskläger rügt hinsichtlich der Branchenzuschläge, in seinem nunmehr im Anschluss an das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten unmittelbar mit dem Kundenunternehmen C begründeten Arbeitsverhältnis, in dem er die gleiche Tätigkeit wie zuvor ausübe, erhalte er eine Bruttomonatsvergütung von 1.772.- Euro. Dies entspreche der tariflichen Vergütung der Entgeltgruppe 2 und sei die betriebsübliche Vergütung für seine Tätigkeit. Im Berufungsverfahren begehrt der Kläger insofern noch die monatliche Differenz zwischen den 1.772.- Euro und der beklagtenseitig an den Kläger gezahlten monatlichen Vergütung (1.398,09 Euro für April 2015, 1.420,79 Euro für Mai 2015 und 1.432,87 Euro für Juni 2015). 38

Weiter ist der Kläger der Ansicht, ihm stünde auch der Pauschal-Schadenersatz nach § 288 Abs. 5 BGB zu. Überzeugende Gründe für eine Bereichsausnahme für das Arbeitsrecht seien insofern nicht ersichtlich. 39

Der Kläger und Berufungskläger beantragt, 40

unter Abänderung des am 26.04.2016 verkündeten Urteils des Arbeitsgerichts Aachen, Az. 1 Ca 2772/15 h, die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger einen Betrag in Höhe von 693,39 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB aus einem Betrag in Höhe von 196,71 Euro seit dem 01.05.2015, aus einem weiteren Betrag in Höhe von 174,01 Euro seit dem 01.06.2015, aus einem weiteren Betrag in Höhe von 120,00 Euro seit Rechtshängigkeit sowie aus einem Betrag in Höhe von 112,67 Euro seit dem 01.07.2015 zu zahlen.

Die Beklagte und Berufungsbeklagte beantragt, 42

die Berufung zurückzuweisen. 43

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil, soweit die Klage abgewiesen wurde. 44

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Akteninhalt und insbesondere die Sitzungsprotokolle sowie die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien und deren Anlagen sowie das erstinstanzliche Urteil Bezug genommen. 45

### **Entscheidungsgründe** 46

Die Berufung des Klägers war zulässig und hatte teilweise Erfolg. 47

Die Berufung war zulässig. Sie ist gemäß § 64 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 lit. b) ArbGG statthaft, da der Beschwerdewert – wenngleich nur geringfügig - über 600 Euro liegt. Darüber hinaus wurde die Berufung vorliegend vom Arbeitsgericht auch ausdrücklich zugelassen (§ 64 Abs. 2 lit. a ArbGG), woran das Berufungsgericht gebunden ist (§ 64 Abs. 4 ArbGG). Die Berufung wurde frist- und formgerecht gemäß § 66 Abs. 1 ArbGG i. V. m. §§ 519, 520 ZPO eingelegt und begründet. 48

Die Berufung des Klägers hatte teilweise Erfolg. Sie hatte Erfolg, soweit der Kläger mit der Berufung den Pauschal-Schadenersatz nach § 288 Abs. 5 BGB einmalig im Hinblick auf den Zahlungsverzug der Beklagten für Juni 2015 begehrt. Denn insoweit hat das Arbeitsgericht zu Unrecht die Klage abgewiesen. Im übrigen hatte die Berufung keinen Erfolg, da das Arbeitsgericht insoweit zu Recht die Klage teilweise abgewiesen hat. 49

Im einzelnen: 50

I. Der Kläger hat keinen noch nicht erfüllten Anspruch auf Zahlung weiterer Branchenzuschläge für die streitgegenständlichen Monate April, Mai und Juni 2015. Insoweit hat das Arbeitsgericht die Klage im Ergebnis zu Recht und mit zutreffender Begründung abgewiesen. 51

Anspruchsgrundlage für die Zahlung eines Branchenzuschlags ist vorliegend allein die tarifvertragliche Regelung. Insofern fehlt es für den klägerseitig in der Berufungsinstanz mit der hiesigen Antragstellung allein noch geltend gemachten Anspruch auf Zahlung einer „Monats-Differenz“ bereits an einer Anspruchsgrundlage. Einen solchen Anspruch sieht der TV BZ Chemie nicht vor. Der TV BZ Chemie sieht lediglich in seinem § 2 Abs. 3 einen Anspruch auf einen Branchenzuschlag in Form eines – mit zunehmender Einsatzdauer ansteigenden - prozentualen Aufschlages auf das „Stundentabellenentgelt des Entgelttarifvertrages Zeitarbeit“ (ETV BZA / ETV IGZ) vor. Einen diesbezüglichen Anspruch macht der Kläger nach seinem Vortrag in der Berufungsinstanz – anders als nach seinem erstinstanzlichen Vortrag – jedoch gar nicht geltend. Für den stattdessen mit der Berufung begehrten Branchenzuschlag in Form eines Zuschlags auf die Monatsvergütung zum 52

Ausgleich einer vermeindlichen monatlichen Differenz fehlt es an einer tariflichen Regelung und damit an einer erforderlichen Anspruchsgrundlage.

Auch soweit man den klägerischen Antrag in der Berufungsinstanz unter Berücksichtigung des weiteren schriftsätzlichen Vorbringens dahingehend versteht, dass – entsprechend des erstinstanzlichen Vortrags – der Branchenzuschlag nach § 2 Abs. 3 TV BZ Chemie in Form eines prozentualen Aufschlags auf das tarifliche Stundentabellenentgelt begehrt wird, steht einem solchen Anspruch entsprechend den insoweit zutreffenden Ausführungen des Arbeitsgerichts die Regelung des § 2 Abs. 4 TV BZ Chemie entgegen. Hiernach ist – da Zweck der tariflichen Regelung der Branchenzuschläge eine Angleichung des Verdienstes der Leih-Arbeitnehmer an den Verdienst der Stammbetriebschaft ist, aber nicht Zielrichtung der tariflichen Regelung ist, dass die Vergütung der Stammbetriebschaft übertroffen werden soll – eine Deckelung des Branchenzuschlags auf 90 Prozent des Stundenentgelts eines vergleichbaren Stamm-Arbeitnehmers vorgesehen. 53

Insofern gilt eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast (vgl. z. B. LAG Hamm, Urteil vom 28.07.2014, 17 Sa 1479/13 – zum TV BZ ME, Metall- und Elektroindustrie). Wie das Arbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, hat zunächst der Arbeitgeber unter Vorlage der ihm vom Kundenbetrieb vorgelegten Gehaltsmitteilungen die Höhe des Stundenentgelts eines vergleichbaren Arbeitnehmers der Stammbetriebschaft im Kundenbetrieb darzulegen. Es ist alsdann Sache des Arbeitnehmers, hierauf konkret zu erwidern und konkrete Einwände gegen die Richtigkeit dieser Angaben schlüssig vorzutragen. 54

Hiervon ausgehend ist die Beklagte vorliegend ihrer Darlegungslast zunächst nachgekommen, indem sie im hiesigen Rechtsstreit erstinstanzlich die ihr vom Kundenunternehmen C übermittelten Gehaltslisten vorgelegt und hiernach die Höhe des Stundenentgelts eines vergleichbaren Arbeitnehmers im Stammbetrieb mit 10,03 Euro konkret beziffert hat. 55

Hiergegen hat der Kläger wiederum keine konkreten Einwände vorgebracht. Aus den Darlegungen des Klägers wird nicht ersichtlich, dass ein vergleichbarer Arbeitnehmer der Stammbetriebschaft im Kundenbetrieb ein höheres Stundenentgelt erzielt. Der Vortrag des Klägers beschränkt sich auf die Feststellung, dass er selbst nunmehr in seinem im Anschluss an das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten unmittelbar mit dem Kundenbetrieb begründeten Arbeitsverhältnis eine Bruttomonatsvergütung in Höhe von 1.772.- Euro erzielt. 56

Allein aus der Angabe dieser Bruttomonatsvergütung ergibt sich jedoch nicht, welcher Stundensatz hieraus resultieren soll. Das Berufungsgericht hat den Kläger im ausführlichen schriftlichen Hinweis vom 01.08.2016 u. a. darauf hingewiesen, dass der konkrete Umfang der im neuen Arbeitsverhältnis zu leistenden Arbeitsstunden mitzuteilen ist, damit insofern ein konkreter Stundensatz als Vergleichswert ermittelt werden kann. Hierauf ist klägerseitig eine Angabe des Wochen- oder Monatsstundenumfangs in keiner Weise erfolgt, weder auf den schriftlichen Hinweis des Gerichts noch auf nochmalige Nachfrage im Kammertermin. Insofern war die bloße Angabe einer Bruttomonatsvergütung, aus der eine Vergütung pro Arbeitsstunde nicht abgeleitet werden konnte, ungeeignet zur Darlegung eines Vergleichsentgelts nach § 2 Abs. 4 TV BZ Chemie. Denn nach der tarifvertraglichen Regelung hat der Vergleich auf Basis des Stundenentgelts und damit gerade nicht auf Basis einer Bruttomonatsvergütung zu erfolgen. 57

Darüber hinausgehend war auch nicht ersichtlich, dass der Kläger in seinem Arbeitsverhältnis für die Beklagte eine Tätigkeit ausgeübt hätte, welche der Entgeltgruppe 2 entspricht. Der Kläger beruft sich darauf, die ihm gewährten 1.772.- Euro stellten das tarifliche Regelentgelt 58

einer Entgeltgruppe 2 dar, teilt allerdings nicht mit, auf welchen konkreten Tarifvertrag er sich bezieht. Im Arbeitsverhältnis mit der Beklagten ist der Kläger nach Entgeltgruppe 1 des Entgelttarifvertrages IGZ/DGB vergütet worden und hat zuvor bis einschließlich des erstinstanzlichen Verfahrens in keiner Weise beanstandet, dass er einen vermeintlichen Anspruch auf eine höhere Eingruppierung hätte. Es ist nach den Angaben der Parteien im Kammertermin davon auszugehen, dass der Kläger nunmehr in seinem Arbeitsverhältnis mit C nach den Tarifverträgen für die chemische Industrie vergütet wird. Es mag weiter sein, dass der Kläger gerade aufgrund seiner bisher im Arbeitsverhältnis mit der Beklagten erworbenen Berufserfahrung bei seiner Einstellung unmittelbar durch C eine Eingruppierung in eine höhere Entgeltgruppe zugesagt bekommen hat. Allerdings impliziert dies nicht, dass der Kläger auch für seine frühere, noch im Arbeitsverhältnis mit der hiesigen Beklagten erbrachte Tätigkeit in eine höhere Entgeltgruppe einzugruppieren gewesen wäre. Der klägerische Vortrag setzt sich in keiner Weise mit tariflichen Eingruppierungsmerkmalen auseinander. Die Tätigkeit des Klägers bestand nach unstreitigem Vortrag im wesentlichen im Einlegen von CDs in eine Verpackung. Das Einlegen von CDs in eine Verpackung stellt eine einfachste Tätigkeit dar. Es ist nicht ersichtlich, dass hierfür eine Eingruppierung in eine höhere Entgeltgruppe als die niedrigste Entgeltgruppe erfolgen müsste. Gleiches gilt für die weiteren im Arbeitszeugnis genannten Tätigkeiten des Klägers wie z. B. der „interne Warentransport“. Es war daher insgesamt in keiner Weise ersichtlich, weshalb der Kläger – entsprechend seiner nicht näher konkretisierten diesbezüglichen Rechtsansicht – aufgrund seiner Tätigkeit für die Beklagte in dem hier streitgegenständlichen Zeitraum April bis Juni 2015 in eine höhere Entgeltgruppe als die unterste Entgeltgruppe 1 einzugruppieren gewesen wäre.

Der pauschale Hinweis des Klägers, die Gewerkschaft vertrete die Rechtsauffassung, der Kläger sei in die Entgeltgruppe 2 einzugruppieren, ersetzt keinen erforderlichen substantiierten Sachvortrag zu den konkreten Eingruppierungsmerkmalen. 59

Entsprechendes gilt, soweit sich der Kläger im Berufungsverfahren auf eine Entgelttabelle über eine angebliche Lohnstruktur bei C beruft, die nicht von C selbst, sondern von der Gewerkschaft erstellt wurde. Zum Vergleichslohn nach § 2 Abs. 4 TV BZ Chemie ist diese Tabelle nach vorstehenden Ausführungen ohnehin unergiebig, soweit dort Bruttomonatsvergütungen anstelle der erforderlichen Stundenlöhne angegeben sind. 60

Dass beim Kundenunternehmen eine übertarifliche Vergütung entsprechend der Entgeltgruppe 2 für die Tätigkeit des Klägers betriebsüblich sei, auch wenn tarifliche Eingruppierungserfordernisse nicht erfüllt werden, wird vom Kläger auch nicht substantiiert dargelegt. 61

Maßgeblich blieben insofern die beklagtenseitig vorgelegten, von C selbst erstellten Lohntabellen. Aus der Vorlage dieser Lohntabelle durch C an die Beklagte ergibt sich auch die „Geltendmachung“ der Deckelung nach § 2 Abs. 4 TV BZ Chemie durch den Kundenbetrieb entsprechend der diesbezüglichen Protokollnotiz zum Tarifvertrag. Denn an eine solche Geltendmachung sind keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Formvorschriften hierfür sieht der Tarifvertrag gerade nicht vor. Eine konkludente Geltendmachung ist damit ausreichend. 62

II. Der mit der Berufung geltend gemachte Anspruch des Klägers auf Pauschal-Schadensersatz nach § 288 Abs. 5 BGB n. F. war vorliegend teilweise gegeben. Insofern war abweichend von der Entscheidung des Arbeitsgerichts der Klage teilweise – in Höhe von einmalig 40.- Euro nebst Zinsen betreffend den Zahlungsverzug der Beklagten für Juni 2015 – stattzugeben. Insofern hatte die Berufung des Klägers Erfolg. Demgegenüber war die 63

Berufung auch hinsichtlich des weitergehend begehrten Pauschal-Schadensersatzes für die Monate April und Mai 2015 zurückzuweisen, da es insofern bereits am Zahlungsverzug der Beklagten für diese Monate fehlt.

Nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB hat der Gläubiger einer Entgeltforderung bei Verzug des Schuldners, wenn dieser kein Verbraucher ist, zusätzlich zum zuvor in § 288 Abs. 1 – 3 BGB geregelten Anspruch auf Verzugszins sowie der in § 288 Abs. 4 BGB vorbehaltenen Möglichkeit der Geltendmachung eines weitergehenden Verzugsschadens Anspruch auf Zahlung einer Pauschale in Höhe von 40 Euro. § 288 Abs. 5 Satz 2 BGB ergänzt insoweit, dass dies auch dann gilt, wenn es sich bei der Entgeltforderung um eine Abschlagszahlung oder sonstige Ratenzahlung handelt. § 288 Abs. 5 Satz 3 BGB schränkt alsdann den Anspruch dahingehend ein, dass die Pauschale nach Satz 1 auf einen geschuldeten Schadensersatz anzurechnen ist, soweit der Schaden in Kosten der Rechtsverfolgung begründet ist. 64

Hiervon ausgehend steht dem Kläger vorliegend aufgrund nicht fristgemäßer vollständiger Zahlung der arbeitsvertraglich geschuldeten Vergütung für Juni 2015 ein Pauschal-Schadensersatz in Höhe von 40.- Euro aus § 288 Abs. 5 BGB zu. 65

1) Die Vorschrift des § 288 Abs. 5 BGB findet vorliegend Anwendung. 66

§ 288 Abs. 5 BGB wurde in – erweiternder – Umsetzung der Richtlinie 2011/7/EU zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr mit Wirkung ab 29.07.2014 durch Art. 1 Nr. 3 des Gesetzes zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr und zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 22.07.2014 in das Bürgerliche Gesetzbuch eingefügt. Nach der Übergangsvorschrift in Artikel 229 § 34 Satz 1 EGBGB ist diese gesetzliche Neuregelung jedoch nur auf ein Schuldverhältnis anzuwenden, das nach dem 28.07.2014 entstanden ist. Nach Artikel 229 § 34 Satz 2 EGBGB sind abweichend von Satz 1 die dort genannten Vorschriften auch auf ein vorher entstandenes Dauerschuldverhältnis anzuwenden, soweit die Gegenleistung nach dem 30.06.2016 erbracht wird. 67

Hiervon ausgehend ist die Vorschrift des § 288 Abs. 5 BGB gemäß Artikel 229 § 34 Satz 1 EGBGB auf das vorliegende Arbeitsverhältnis der hiesigen Parteien anwendbar, da dieses erst zum 15.10.2014 - mithin nach dem insoweit relevanten Stichtag 28.07.2014 - begründet wurde. 68

2) Auch die Voraussetzungen des § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB sind vorliegend erfüllt. 69

Nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB hat der Gläubiger einer Entgeltforderung bei Verzug des Schuldners zusätzlich zum Verzugszinsanspruch einen Anspruch auf Zahlung einer Pauschale in Höhe von 40 Euro, wenn der Schuldner kein Verbraucher ist. 70

Der Kläger ist für Juni 2015 Gläubiger einer Entgeltforderung, bezüglich derer sich die Beklagte als Schuldnerin zunächst in Verzug befand. Denn dem Kläger stand ursprünglich für Juni 2015 eine Entgeltforderung auf Arbeitsvergütung in Höhe weiterer 49,26 Euro zu, welche zunächst bei Fälligkeit beklagtenseitig nicht erfüllt worden ist. Der diesbezügliche Anspruch des Klägers ist inzwischen rechtskräftig durch die erstinstanzliche Entscheidung des Arbeitsgerichts titulierte worden. Die Beklagte hat schuldhaft dem Kläger für Juni 2015 ohne Angabe von Gründen zunächst nur einen Stundenlohn von 8,50 Euro statt der geschuldeten 8,80 Euro ausgezahlt. Mit der Zahlung dieser Differenz in Höhe der erstinstanzlich – aufgrund fehlender Rechtsmitteleinlegung durch die Beklagte inzwischen rechtskräftig - ausgeurteilten 71

49,26 Euro befand sie sich aufgrund kalendermäßiger Bestimmtheit der Leistung (§ 286 Abs. 2 Ziffer 1 BGB) zum Monatsende 2015 seit dem 01.07.2015 in Verzug.

Die beklagte Arbeitgeberin ist auch kein Verbraucher i. S. des § 13 BGB, sondern Unternehmer i. S. des § 14 BGB, so dass die Vorschrift des § 288 Abs. 5 BGB auf ihren Schuldnerverzug auch Anwendung findet. 72

3) Dem Anspruch steht auch nicht § 288 Abs. 5 Satz 3 BGB entgegen. 73

a) Nach § 288 Abs. 5 Satz 3 BGB ist die Pauschale nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB auf einen geschuldeten Schadensersatz anzurechnen, soweit der Schaden in Kosten der Rechtsverfolgung begründet ist. 74

Hieraus resultiert, dass im allgemeinen Zivilrecht der Umstand, dass bei Schuldnerverzug der Gläubiger grundsätzlich nach § 286 BGB auch einen Anspruch auf Erstattung der außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten hat (vgl. Palandt, Kommentar zum BGB, 75. Auflage 2016, § 286, Rn 44 ff.), dazu führt, dass bei Beauftragung eines Rechtsanwalts für die außergerichtliche Geltendmachung der Forderung der Gläubiger zwar aufgrund des bestehenden Kostenerstattungsanspruchs die Kosten der Rechtsverfolgung von dem im Schuldnerverzug befindlichen Schuldner verlangen kann, er aufgrund der Anrechnungsvorschrift des § 288 Abs. 5 Satz 3 BGB dann jedoch nicht noch zusätzlich die 40-Euro-Pauschale des § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB beanspruchen darf. 75

Anders als im allgemeinen Zivilrecht besteht jedoch im Arbeitsrecht in Analogie zu § 12 a ArbGG kein außergerichtlicher Kostenerstattungsanspruch. 76

§ 12a ArbGG sieht vor, dass im arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren des ersten Rechtszuges kein Anspruch der obsiegenden Partei auf Entschädigung wegen Zeitversäumnis und auf Erstattung der Kosten für die Zuziehung eines Prozessbevollmächtigten oder Beistandes besteht. In analoger Anwendung des § 12a ArbGG wird hieraus in ständiger Rechtsprechung abgeleitet, dass erst recht im Arbeitsrecht auch kein Kostenerstattungsanspruch für vorgerichtliche Rechtsverfolgungskosten aus § 286 BGB besteht (u. a. BAG, Urteil vom 30.04.1992, 8 AZR 288/91). Denn insofern würde es einen Wertungswiderspruch darstellen, wenn der Gesetzgeber ausdrücklich anordnet, dass im gerichtlich geführten Rechtsstreit erstinstanzlich kein Kostenerstattungsanspruch bestehen soll, jedoch für eine bereits im Vorfeld eines gerichtlich ausgetragenen Rechtsstreits erfolgte Beauftragung eines Rechtsanwalts ein Kostenerstattungsanspruch bestehen würde. 77

Aufgrund des Fehlens eines außergerichtlichen Kostenerstattungsanspruchs für Rechtsverfolgungskosten im Arbeitsrecht kommt insofern der Vorschrift des § 288 Abs. 5 Satz 3 BGB bei arbeitsrechtlichen Entgeltforderungen keine Bedeutung zu (so auch Richter, ArbR 2016, Seite 229 ff.; Voigt, AiB 2016, Nr. 11, Seite 34 ff.; Tiedemann, ArbB 2015, Seite 312 ff.; Lembke, FA 2014, Seite 357 ff.). 78

b) Die gegenteilige Rechtsauffassung des Arbeitsgerichts überzeugt nicht. Das Arbeitsgericht stützt sich in seiner Begründung im wesentlichen auf die von Diller vertretene Gegenmeinung (Diller, NZA 2015, Seite 1095 ff.) 79

Hiernach soll § 12a ArbGG eine spezialgesetzliche Ausnahmeregelung darstellen, welche die Norm des § 288 Abs. 5 BGB für den Bereich des Arbeitsrechts in ihrem Anwendungsbereich verdrängt. Es sei systemwidrig, wenn der Arbeitnehmer bei außergerichtlicher Geltendmachung die 40-Euro-Pauschale erhalte, er aber auf den viel höheren Anwaltskosten 80

sitzen bliebe (Diller, a. a. O., S. 1096). Diller vertritt weiter die Rechtsansicht, aus § 288 Abs. 5 Satz 3 BGB folge, dass die Pauschale nicht nur auf den materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch nach § 286 BGB anzurechnen sei, sondern auf jeden Erstattungsanspruch unabhängig von der Anspruchsgrundlage, damit auch auf den prozessualen Kostenerstattungsanspruch nach der ZPO. Insofern sei eine erstinstanzlich zugesprochene 40-Euro Pauschale jedenfalls in der Berufungsinstanz wieder abzuerkennen, da im Berufungsverfahren vor dem Landesarbeitsgericht § 12 a ArbGG keine Anwendung findet und hier ein Kostenerstattungsanspruch besteht.

Ebenso wie das Arbeitsgericht in der hiesigen erstinstanzlichen Entscheidung hat sich auch die 2. Kammer des Arbeitsgerichts Düsseldorf in der Entscheidung vom 12.05.2016 (2 Ca 5416/15, BB 2016, Seite 1460, AuA 2016, Seite 626) der Rechtsauffassung von Diller angeschlossen. 81

Das Arbeitsgericht Düsseldorf nimmt an, dass eine unbeabsichtigte, planwidrige Regelungslücke vorliegt. Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen sei eine analoge Anwendung des § 12 a ArbGG geboten, welche die Anwendung des § 288 Abs. 5 BGB auf Arbeitsentgeltansprüche ausschließe. 82

Weitere veröffentlichte Rechtsprechung zu dieser Rechtsfrage ist bislang nicht ersichtlich, was ggf. auf die Übergangsregelung in Art. 229 EGBGB zurückzuführen sein mag. Insbesondere lagen zum Zeitpunkt der Entscheidungsfindung der hiesigen Berufungskammer noch keine zweitinstanzlichen Entscheidungen zur streitgegenständlichen Rechtsfrage vor. 83

c) Zur Überzeugung der hiesigen Berufungskammer fehlt es bezüglich der 40-Euro-Pauschale in § 288 Abs. 5 BGB n. F. bereits an einer planwidrigen Regelungslücke, die für eine diese Regelung für den Bereich des Arbeitsrechts verdrängende analoge Anwendung des § 12 a ArbGG erforderlich wäre. 84

Die Ausgestaltung des § 288 Abs. 5 BGB durch gesetzliche Neuregelung im Jahr 2014 stellt vielmehr eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers dar. Mangels planwidriger Regelungslücke fehlt es bereits an einem Ansatz für eine Analogie. 85

Aus der Auslegung der Vorschrift des § 288 Abs. 5 BGB ergeben sich keine durchgreifenden Anhaltspunkte für eine – gesetzlich nicht geregelte – Bereichsausnahme für das Arbeitsrecht. 86

Gesetzliche Normen sind regelmäßig nach ihrem Wortlaut, ihrem historischen Zusammenhang (Entstehungsgeschichte), ihrer Systematik sowie ihrem Zweck (teleologische Auslegung) auszulegen. 87

aa) Der Wortlaut der Vorschrift des § 288 Abs. 5 BGB spricht eindeutig für eine Anwendung auch auf arbeitsrechtliche Entgeltansprüche. Eine Bereichsausnahme für das Arbeitsrecht sieht der Wortlaut der Vorschrift in keiner Weise vor. 88

bb) Auch die historische Auslegung der Vorschrift führt zu keinem anderen Ergebnis. § 288 Abs. 5 BGB dient der Umsetzung der EU-Richtlinie zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr. Der deutsche Gesetzgeber hat mit § 288 Abs. 5 BGB die Vorgaben der Richtlinie jedoch bewusst übererfüllt. Während die Richtlinie 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 89

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).

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 einiges 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. 90

cc) Auch die systematische Auslegung der Vorschrift des § 288 Abs. 5 BGB führt unter Berücksichtigung des Zwecks dieser Vorschrift zu deren Anwendbarkeit auch auf Arbeitsentgeltansprüche. 91

Zwar wird von der im Schrifttum vertretenen Gegenauffassung gerade die systematische Auslegung als Argument gegen eine Anwendbarkeit der Vorschrift im Arbeitsrecht angeführt, da es systemwidrig sei, wenn der Arbeitnehmer einerseits generell keinen Kostenerstattungsanspruch für außergerichtliche Rechtsanwaltskosten hat, ihm andererseits aber die – viel geringere – 40-Euro-Paschale zustehen soll. 92

Hierbei wird jedoch übersehen, dass die 40-Euro-Pauschale in § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB gerade nicht eine bloße Pauschalierung von Rechtsverfolgungskosten darstellt, sondern die „40-Euro-Pauschale“ Elemente eines dem deutschen Recht bislang fremden und dem anglo-amerikanischen Rechtskreis entstammenden „Straf-Schadensersatzes“ enthält (hierauf verweist insofern zutreffend auch Diller, a. a. O., S. 1095). Der säumige Schuldner soll für eine verspätete bzw. unvollständige Zahlung dahingehend sanktioniert werden, dass er mindestens 40 Euro zahlen muss. Hierbei ist der Gläubiger nach der gesetzlichen Regelung gerade nicht gehalten darzulegen, dass ihm konkret irgendein Schaden oder irgendwelche Rechtsverfolgungskosten entstanden sind. Sinn einer solchen Pauschale ist gerade, dass es keines konkreten Nachweises, dass überhaupt und ggf. in welcher konkreten Höhe ein Schaden entstanden ist, bedarf. 93

Da für arbeitsrechtliche Entgeltforderungen regelmäßig Fälligkeitszeitpunkte kalendermäßig bestimmt sind, gerät der Schuldner bei nicht fristgemäßer bzw. nicht vollständiger Zahlung im Regelfall bereits ohne Mahnung in Verzug (§ 286 Abs. 2 Ziffer 1 BGB). Bereits mit diesem Eintritt des Verzuges entsteht nach der gesetzlichen Systematik des § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB auch der Anspruch auf den Pauschal-Schadensersatz in Höhe von 40 Euro. Irgendwelche Anstrengungen oder gar Rechtsverfolgungskosten auf Seiten des Schuldners müssen hiermit in keiner Weise verbunden sein. Insbesondere hängt die Anspruchsberechtigung bezüglich des Anspruchs nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB in keiner Weise davon ab, dass ein Rechtsanwalt vorgerichtlich mit der Geltendmachung von Ansprüchen beauftragt wird. Auch der nicht anwaltlich vertretene Gläubiger ist anspruchsberechtigt nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB. 94

Insofern kann ein systematischer Zusammenhang des Anspruchs nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB mit Rechtsverfolgungskosten gerade nicht hergestellt werden. Erst in der Ausnahmevorschrift des § 288 Abs. 5 Satz 3 BGB werden Rechtsverfolgungskosten relevant. 95

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.

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. 97

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. 98

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 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. 99

Insofern sind keinerlei durchgreifende Gesichtspunkte erkennbar, weshalb sich der potentiell hinsichtlich der Zahlung einer Arbeitsentgeltforderung säumige Arbeitgeber nicht dieses Druckmittels der 40-Euro-Pauschale des § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB ausgesetzt sehen soll. Die insofern im Schrifttum von Diller vertretene Auffassung, die Erstreckung des § 288 Abs. 5 BGB auf Arbeitsverhältnisse wäre rechtspolitisch verfehlt, weil es der zugrunde liegenden EU-Richtlinie um die Bekämpfung exorbitanter Zahlungsverzögerungen gehe, die im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen eingerissen seien, wohingegen es eine solche „(Un)Kultur des Zahlungsverzugs“ im Arbeitsrecht nicht gebe (Diller, a. a. O., S. 1095), überzeugt nicht. Gerichtsbekannt ist gerade auch im Arbeitsrecht eine derartige „(Un)Kultur des Zahlungsverzugs“ durchaus verbreitet. Auch die Auffassung, die „Strafrechtskeule des § 266a StGB“ (Diller, a. a. O.) Sorge dafür „dass Unstreitiges stets pünktlich bezahlt wird“, stimmt gerichtsbekannt nicht mit der gelebten Praxis überein. Die Strafbarkeit der Nichtabführung von Sozialversicherungsabgaben nach § 266a StGB mag dazu führen, dass 100

zwar die öffentlich-rechtlichen Abgaben auf unstreitige abgerechnete Entgeltansprüche ggf. pünktlich abgeführt werden, dies Arbeitgeber in der Praxis jedoch häufig nicht daran hindert, dem Arbeitnehmer den ihm zustehenden abgerechneten Nettolohn dennoch nicht bei Fälligkeit auszuzahlen. Denn die Strafvorschrift des § 266a StGB bezieht sich auf diejenigen Fälle, in denen ein Arbeitgeber Teile des Arbeitsentgelts, die er für den Arbeitnehmer an einen anderen zu zahlen hat, einbehält, sie jedoch an den anderen nicht zahlt (§ 266a Abs. 3 Satz 1 StGB), namentlich Sozialversicherungsbeiträge (§ 266a Abs. 1 StGB). Der an den Arbeitnehmer selbst zu zahlende Nettolohn ist hiervon gerade nicht umfasst.

d) Hiervon ausgehend ergibt sich aus der systematischen und teleologischen Auslegung des § 288 Abs. 5 BGB weitergehend, dass die Ausnahmevorschrift des § 288 Abs. 5 Satz 3 BGB auf einen außergerichtlichen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch beschränkt sein muss und entgegen der Rechtsauffassung von Diller und dem Arbeitsgericht Düsseldorf nicht auch auf den – im arbeitsgerichtlichen Verfahren zweitinstanzlich bestehenden – prozessualen Kostenerstattungsanspruch erstreckt werden kann. 101

aa) Dies ergibt sich im Ausgangspunkt bereits aus der Auslegungsregel, dass Ausnahmevorschriften grundsätzlich restriktiv auszulegen sind. 102

bb) Darüber hinaus ergibt sich dies auch aus dem Zweck der Norm. Zweck der Regelung des § 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. 103

Kommt es dennoch zum Schuldnerverzug und zur Erstattungspflicht außergerichtlicher 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. 104

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 Ausnahmevorschrift des § 288 Abs. 5 Satz 3 BGB auch kein Raum. 105

cc) Auch die teilweise geforderte Ausweitung der Ausnahmeregelung des § 288 Abs. 5 Satz 3 BGB auf einen – im hiesigen Berufungsverfahren zweitinstanzlich bestehenden - prozessualen Kostenerstattungsanspruch ist fernliegend. 106

Bereits der Wortlaut der Vorschrift spricht ausdrücklich lediglich von einem „geschuldeten Schadensersatz“, auf den der Pauschal-Schadensersatz nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB anzurechnen ist, soweit der Schaden in Kosten der Rechtsverfolgung begründet ist. Ein 107

prozessualer Kostenerstattungsanspruch, der auf prozessualen Normen beruht, hat nichts mit einem materiell-rechtlich „geschuldeten Schadensersatz“ zu tun.

Auch aus der vorliegend dargestellten Systematik und Zweckrichtung der Vorschriften ergeben sich keine durchgreifenden Gesichtspunkte für eine Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 288 Abs. 5 Satz 3 BGB auf prozessuale Kostenerstattungsansprüche. Vielmehr wäre in der Tat das Ergebnis widersinnig, wenn ein grundsätzlich materiell-rechtlich bestehender Anspruch bis einschließlich des erstinstanzlichen Verfahrens vor dem Arbeitsgericht dem Arbeitnehmer auf dessen Klage zugesprochen werden müsste, im Berufungsverfahren dann jedoch allein aufgrund unterschiedlicher prozessualer Regelungen im Arbeitsgerichtsgesetz zum Kostenerstattungsanspruch in erster und zweiter Instanz der an sich materiell bestehende Anspruch dann wieder aberkannt werden müsste. Hieraus folgt jedoch gerade nicht, dass sich die Anrechnung nach § 288 Abs. 5 Satz 3 BGB auch auf einen prozessualen Kostenerstattungsanspruch erstrecken müsste, sondern das zutreffende Ergebnis kann im Gegenteil nur umgekehrt sein, dass die Anrechnungsvorschrift des § 288 Abs. 5 Satz 3 BGB insgesamt bei arbeitsrechtlichen Entgeltforderungen aufgrund des insofern fehlenden außergerichtlichen Kostenerstattungsanspruchs keine Relevanz erlangt.

dd) Insofern ist auch bei § 12a ArbGG zu beachten, dass es sich um eine prozessuale und nicht um eine materiell-rechtliche Norm handelt. Bereits die Erstreckung auf den materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch für vorgerichtliche Rechtsverfolgungskosten beruht (lediglich) auf einer gesetzlich nicht geregelten Analogie, die darin begründet ist, dass insofern eine planwidrige Regelungslücke angenommen kann, da es jeweils um die Erstattungsfähigkeit von Rechtsverfolgungskosten, d. h. in der Praxis insbesondere um die Erstattungsfähigkeit von Kosten für einen vom Gläubiger beauftragten Rechtsanwalt, also mithin jeweils um einen vergleichbaren Lebenssachverhalt geht. Ein solcher vergleichbarer Lebenssachverhalt besteht bei der Regelung des § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB im Vergleich zu § 12a ArbGG jedoch nicht mehr, da die Norm des § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB einen von tatsächlich entstandenen Rechtsverfolgungskosten völlig unabhängigen Pauschal-Schadensersatz im Zusammenhang mit dem gesetzlichen Verzugszinsrecht regelt.

Auch ist zu berücksichtigen, dass Zweck der Regelung des § 12a ArbGG jedenfalls in der Theorie ist, den Arbeitnehmer zu schützen, damit dieser nicht durch das potentielle Risiko, dem Arbeitgeber im Falle eines prozessualen Unterliegens dessen Anwaltskosten erstatten zu müssen, von der Führung eines Rechtsstreits vor dem Arbeitsgericht abgehalten wird. Bereits nach dem Wortlaut des § 288 Abs. 5 BGB kann von dieser Vorschrift jedoch nur der Arbeitnehmer begünstigt werden und nicht der Arbeitgeber.

Insofern führt § 288 Abs. 5 BGB gerade nicht zu einem Wertungswiderspruch im Verhältnis zu § 12a ArbGG, sondern fügt sich im Gegenteil durchaus gut in die Systematik der arbeitsrechtlichen Kostenregelung ein, indem eine Erstattung der Rechtsverfolgungskosten zwar grundsätzlich nicht stattfindet, der Arbeitnehmer jedoch bei Zahlungsverzug des Arbeitgebers zumindest die (geringere) pauschale Entschädigung enthält (so auch Richter, ArbR 2016, Seite 229 ff., S. 230/231).

Insgesamt findet aus den vorstehenden Erwägungen der pauschalierte Schadensersatz der „40-Euro-Pauschale“ des § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB gerade auch auf arbeitsrechtliche Entgeltforderungen Anwendung.

4) Hiervon ausgehend konnte der Kläger vorliegend die Pauschale in Höhe von einmalig 40 Euro gemäß § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB im Hinblick auf den beklagenseitig

eingetretenen Zahlungsverzug für Juni 2015 verlangen. Denn für Juni 2015 ist in Höhe der 49,26 Euro ab dem 01.07.2015 Schuldnerverzug eingetreten entsprechend dem insoweit rechtskräftigen erstinstanzlichen Urteil.

Soweit der Kläger weitere 40 Euro jeweils auch für die Monate April und Mai 2015 begehrt, war die Klage insofern abzuweisen, da es für diese Monate bereits am Schuldnerverzug der Beklagten fehlt. Dem Kläger stehen nach den vorstehenden Ausführungen für diese Monate die geltend gemachten Ansprüche auf Zahlung weiterer Branchenzuschläge gerade nicht zu. Auf die in der Rechtsprechung ebenfalls noch ungeklärte Frage, ob und ggf. inwiefern die 40-Euro-Pauschale bei wiederholtem Zahlungsverzug mehrfach anfällt, kam es insofern vorliegend nicht entscheidungserheblich an. 114

5) Der Zinsanspruch folgt aus § 288 Abs. 1 BGB i. V. m. § 291 BGB. Der Kläger konnte auch auf den geschuldeten Anspruch aus § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB Zinsen jedenfalls wie beantragt ab Rechtshängigkeit verlangen (§ 291 BGB), in Höhe des gesetzlichen Zinssatzes (§ 288 Abs. 1 Satz 2 BGB). 115

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 ZPO und § 97 ZPO i. V. m. § 64 Abs. 6 ArbGG. Hiernach hatte eine Aufteilung der Kosten nach dem Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen der Parteien und dem Anteil des Erfolgs des eingelegten Rechtsmittels zu erfolgen, was aufgrund der unterschiedlichen Streitgegenstände in erster und zweiter Instanz zu unterschiedlichen Kostenquoten für die beiden Instanzen führte. 116

Für die Beklagte war gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG die Revision zuzulassen, da die entscheidungserhebliche Rechtsfrage der Anwendbarkeit des § 288 Abs. 5 BGB auf Arbeitsentgeltansprüche grundsätzliche Bedeutung hat und höchstrichterlich bislang noch nicht geklärt ist. Für den Kläger war die Revision demgegenüber nicht zuzulassen, da es sich, soweit der Kläger mit seinem Rechtsmittel der Berufung unterlegen war, um eine Einzelfallentscheidung ohne grundsätzliche Bedeutung handelt. 117