

§ 288 V BGB: Nicht für Arbeitnehmer?

Seit Juli 2014 regelt § 288 V BGB eine 40-Euro-Pauschale für die mit der allgemeinen Mühewaltung des Gläubigers im Falle des Schuldnerverzugs verbundenen Kosten. Die Regelung dient der Umsetzung von Art. 6 der RL 2011/7/EU und soll „von der Überschreitung von Zahlungsfristen abschrecken“ (Erw. 19). Nach „Entdeckung“ ihrer arbeitsrechtlichen Relevanz (*Diller*, NZA 2015, 1095; *Lembke*, FA 2014, 357) erreichte sie erst mit einiger Verzögerung die Praxis. Zuletzt hatten allerdings nahezu alle *Landesarbeitsgerichte* und die h.M. die Anwendbarkeit des § 288 V BGB im Arbeitsverhältnis trotz § 12a I 1 ArbGG bejaht (jüngst z.B. *LAG Hamm*, Urt. v. 18.7.2018 – 2 Sa 1828/17, BeckRS 2018, 23013 Rn. 85 f.; *LAG Berlin-Brandenburg*, Urt. v. 9.5.2018 – 15 Sa 86/18, BeckRS 2018, 11634 Rn. 35 ff.; *Schaub/Linck*, 17. Aufl. 2017, § 71 Rn. 14 m.w.N.).

Demgegenüber entschied der 8. Senat des BAG am 25.9.2018 überraschend das Gegenteil (NZA 2019, 121; s. dazu *Ulrici*, NZA 2019, 143 [in diesem Heft]). § 12a I 1 ArbGG schließe als *lex specialis* § 288 V 1 BGB aus. Stünden zwei Rechtsnormen im gleichen Rangverhältnis zueinander, gelte das Spezialitätsprinzip (vgl. Rn. 37). Die Entscheidung überzeugt allerdings nicht. Sie unterstellt (Spezialität des § 12a I 1 ArbGG gegenüber § 288 V BGB), was es erst zu beweisen gilt (*petito principii*). Bei Rechtsnormen gleichen Rangs gilt auch die Zeitkollisionsregel (*lex posterior derogat legi priori*). Daher ist die entscheidende Frage, ob der Gesetzgeber § 288 V BGB im Arbeitsverhältnis zur Anwendung bringen wollte oder nicht. Diese Frage ist zu bejahen. Die in § 288 V 1 BGB geregelte – neuartige, weil pönalen Charakter habende – schadensunabhängige Pauschale für die internen Beitreibungskosten soll nach der bewussten Entscheidung des Gesetzgebers auch für Verbraucher gelten, die Gläubiger einer Entgeltforderung sind (BT-Drs. 18/1309, S. 19). Sie soll also idealtypisch gerade Arbeitnehmern zugutekommen. Dies widerspricht auch nicht dem Gesetzeszweck des § 12a I 1 ArbGG, primär den Arbeitnehmer vor unkalkulierbaren Prozessrisiken zu schützen, sondern ergänzt den Arbeitnehmerschutz und sanktioniert den zahlungs säumigen Arbeitgeber (*Lembke*, NZA 2016, 1501 [1504]).

Ob die *Instanzen* und die anderen *Senate* des BAG dem 8. Senat folgen werden, ist durchaus offen. Im (lesenswerten) Urteil vom 20.11.2018 (6 Ca 6390/17, BeckRS 2018, 34543) führte das *ArbG Bremen-Bremerhaven* aus, das seit Beginn der Diskussion bekannte *lex specialis*-Argument habe bereits vor der Entscheidung des BAG nicht überzeugt, und bringt es auf den Punkt: „Wenn der Gesetzgeber eine neue Art von Anspruch schafft, spricht auch dies dafür, dass eine abschließende Ausschlussnorm, die diesen pauschalen Zahlungsanspruch noch nicht kannte, ihn auch nicht erfassen kann“ (Rn. 29). Genau so ist es!

Es bleibt abzuwarten, ob die Rechtsprechung des 8. Senats dasselbe Schicksal ereilt wie die (frühere) Rechtsprechung des 7. Senats zu § 14 II 2 TzBfG, der die *Instanzen* auf breiter Front die Unterstützung verweigert hatten und die schließlich vom *BVerfG* (NZA 2018, 774) zu Recht gekippt wurde.

Rechtsanwalt Professor Dr. Mark Lembke, LL.M. (Cornell), Greenfort, Frankfurt a.M.

