

Aktenzeichen: 3 AZR 116/82

Bundesarbeitsgericht 3. Senat Urteil vom 7. September 1982

- 3 AZR 116/82 -

I. Arbeitsgericht

Urteil vom 25. Mai 1977

München

- 24 Ca 12657/76 -

II. Landesarbeitsgericht

Urteil vom 26. Januar 1982

München

- 5 Sa 417/81 -

Für die Amtliche Sammlung: nein

Für die Fachpresse: nein

Entscheidungsstichwort:

Betriebliche Übung und tarifliche Schriftformklausel

Gesetz: BGB §§ 133, 157, 242

TVArb Bundespost § 19, § 3 Abs. 2

Leitsätze:

K e i n e



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

3 AZR 116/82

5 Sa 417/81 München

Verkündet am

7. September 1982

Sürig,

Amtsinspektor

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 7. September 1982 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dieterich, die Richter Schaub und Griebeling sowie die ehrenamtlichen Richter Hoechst und Kahleyss für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 29. Januar 1982 - 5 Sa 417/81 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

V o n R e c h t s w e g e n !

- 2 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger ist italienischer Staatsangehöriger. Er ist - mit einer kurzen Unterbrechung - seit 1964 als Postfacharbeiter bei der Beklagten beschäftigt. Seinen Familienwohnsitz in Italien hat er beibehalten.

Der schriftliche Arbeitsvertrag sieht vor, daß auf das Arbeitsverhältnis der Tarifvertrag für die Arbeiter der Deutschen Bundespost (TVArb) in der jeweils geltenden Fassung anzuwenden ist. Der Stundenlohn des Klägers betrug anfänglich 2,58 DM; er steigerte sich bis September 1976 auf 9,76 DM. Daneben bezog der Kläger, wie alle anderen ausländischen Arbeitnehmer der Beklagten, deren Familien im Ausland lebten, seit Beginn des Arbeitsverhältnisses eine Trennungsentschädigung von 7,50 DM täglich. Die Trennungsentschädigung wurde von der Beklagten aufgrund entsprechender Formularanträge durch behördeninterne Verfügung bewilligt und den Arbeitnehmern am 1. und 16. jeden Monats ausgezahlt. Dem ersten Antrag auf Bewilligung der Trennungsentschädigung war ein Fragebogen beigelegt, der unter anderem den Hinweis enthielt, daß auf die Trennungsentschädigung kein Rechtsanspruch bestehe und daß falsche oder unvollständige Angaben den Entzug und die Rückzahlung zur Folge haben könnten; das gelte auch, wenn der Antragsteller seine Umzugsabsicht später widerrufe. Der Beklagten war bekannt, daß der Kläger - und viele andere ausländische Arbeitnehmer, die Trennungsentschädigung erhielten - nicht bereit war, mit seiner Familie in die Bundesrepublik Deutschland zu übersiedeln.

Nach der erstmaligen Bewilligung hatten die ausländischen Arbeitnehmer im halbjährlichen Abstand jeweils eine formularmäßige Erklärung zur Weiterbewilligung der Trennungsentschädigung vorzulegen; sie mußten bestätigen, daß sich an ihren für die Trennungsentschädigung maßgeblichen Familienverhältnissen nichts geändert habe. Diese Erklärungen enthielten umfangreiche Belehrungen, unter anderem auch darüber, daß sich der Antragsteller jederzeit ernstlich um die Zusammenführung seiner Familie bemühen müsse und daß er die Trennungsentschädigung



- 3 -

nur so lange erhalte, wie Wohnungsmangel ihn hindere, an den Dienstort umzuziehen. Der in den Formblättern früher enthaltene Hinweis, daß auf die Trennungsentschädigung kein Rechtsanspruch bestehe, fiel im August 1972 weg.

Grundlage für die Bewilligung der Trennungsentschädigung an ausländische Arbeitnehmer mit Familienwohnsitz im Ausland war der Erlaß des Bundesministers für das Post- und Fernmeldewesen vom 13. Mai 1960 - III E 3 8641 - OB -. Für die inländischen Arbeitnehmer der Beklagten wurden in der Folgezeit die Tagessätze der Trennungsentschädigung mehrfach bis auf zuletzt 18,20 DM angehoben. Für die ausländischen Arbeitnehmer blieb es bei dem Tagessatz von 7,50 DM.

Diese unterschiedliche Behandlung wurde Gegenstand eines Rechtsstreits. Ihre Zulässigkeit wurde durch Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 12. Februar 1974 - 152/73 - (AP Nr. 6 zu Art. 177 EWG-Vertrag) sowie durch Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 6. Juli 1974 - 4 AZR 240/72 - (BAG 26, 214 = AP Nr. 7 zu Art. 177 EWG-Vertrag) bejaht. Zur Rechtfertigung der Trennungsgeldregelung hatte die Regierung der Bundesrepublik Deutschland geltend gemacht, die unterschiedliche Behandlung erkläre sich aus den unterschiedlichen tatsächlichen Verhältnissen; maßgebend sei nicht die deutsche oder ausländische Staatsangehörigkeit, sondern der Wohnsitz zur Zeit der Einstellung. Der ausländische Arbeitnehmer erhalte die Trennungsentschädigung ohne Rücksicht auf Umzugswilligkeit und zeitlich unbefristet. Der deutsche Arbeitnehmer erhalte die Trennungsentschädigung nur befristet und müsse umzugswillig sein.

Durch Erlaß vom 29. Juli 1976 - 322 - 6 8641 - 0 - änderte der Bundesminister für das Post- und Fernmeldewesen den Erlaß vom 13. Mai 1960. Ausländische Arbeitnehmer mit Familienwohnsitz im Ausland sollen ab 1. Januar 1977 die Trennungsentschädigung nur noch für höchstens fünf Jahre erhalten. Arbeitnehmern, die, wie der Kläger, die Trennungsentschädigung schon fünf Jahre oder länger bezogen, wurde ab 1. Januar 1977 zunächst der Tagessatz stufenweise gekürzt und die Zahlung ab 1. Januar 1978 ganz eingestellt. Die Beklagte teilte diese Neuregelung



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 4 -

dem Kläger und den anderen betroffenen Arbeitnehmern im Oktober 1976 mit.

Der Kläger erstrebt die Feststellung, daß die Beklagte nicht berechtigt sei, die Trennungsentschädigung von bisher 7,50 DM täglich zu kürzen und zu streichen. Er hat vorgetragen: Die zusätzliche Zahlung der Trennungsentschädigung sei ihm schon beim Eintritt in die Dienste der Beklagten zugesagt worden. Für einen Stundenlohn von damals 2,58 DM habe die Beklagte nicht genügend Arbeitnehmer finden können. Deswegen habe die Beklagte mit der Trennungsentschädigung geworben und diese ohne Rücksicht auf Umzugswilligkeit gezahlt. Als fester Vergütungsbestandteil sei die Trennungsentschädigung nicht Gegenstand einer Nebenabrede im tariflichen Sinn; sie habe auch formlos vereinbart werden können. Außerdem sei die tariflich für Nebenabreden vorgeschriebene Schriftform eingehalten, weil die Trennungsentschädigung schriftlich beantragt und schriftlich bewilligt worden sei. Jedenfalls verstoße es gegen Treu und Glauben, wenn die Beklagte sich auf das Fehlen der Schriftform berufe. Die Beklagte habe eine betriebliche Übung und einen Vertrauensstatbestand begründet, der es ihr verbiete, die Trennungsentschädigung zu kürzen und zu streichen. Das Verhalten der Beklagten verstoße auch gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz und stelle eine Diskriminierung ausländischer Arbeitnehmer dar.

Der Kläger hat beantragt

festzustellen, daß die Beklagte nicht berechtigt sei, die bisher an ihn gezahlte Trennungsentschädigung von 7,50 DM täglich zu kürzen oder zu streichen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgetragen, eine Vereinbarung über die Zahlung der Trennungsentschädigung sei gerade nicht abgeschlossen worden. Zudem fehle es an der tariflich vorgeschriebenen Schriftform.

- 5 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 5 -

Ursprünglich habe sie im Interesse der ausländischen Arbeitnehmer Trennungsentschädigung gezahlt und auf das Erfordernis der Umzugswilligkeit verzichtet. Nachdem jedoch die Zahl der ausländischen Arbeitnehmer erheblich gestiegen sei und sich die Verhältnisse insgesamt grundlegend geändert hätten, müsse es ihr gestattet sein, ihre freiwillig geleisteten Zahlungen in einem angemessenen Umfang einzuschränken. Ein Verstoß gegen EWG-Recht oder den Gleichbehandlungsgrundsatz liege schon deshalb nicht vor, weil sich die tatsächlichen Voraussetzungen der Trennungsgeldgewährung an inländische und ausländische Arbeitnehmer unterschieden.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zunächst durch Urteil vom 15. Februar 1978 zurückgewiesen. Auf die Revision der Beklagten hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts durch Urteil vom 28. Januar 1981 - 4 AZR 869/78 - (BAG 35, 7 = AP Nr. 3 zu § 19 TVArb Bundespost) das Urteil des Berufungsgerichts aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Durch Urteil vom 29. Januar 1982 hat das Landesarbeitsgericht die Berufung der Beklagten erneut zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Der nunmehr für die Entscheidung des Rechtsstreits zuständige Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts ist an die rechtliche Beurteilung der Streitsache in der Vorentscheidung des Vierten Senats vom 28. Januar 1981 gebunden.

1. Gemäß § 565 Abs. 2 ZPO ist das Berufungsgericht im Falle der Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung der Sache an die rechtliche Beurteilung des Revisionsgerichts gebunden. Wird das neue Urteil des Berufungsgerichts abermals mit der Revision angefochten, so setzt sich die Bindung fort; sie gilt dann auch für das erneut mit der Sache befaßte Revisionsgericht. Für den Rechtsuchenden wäre es nicht tragbar, würde die Rechtsgrundlage wieder beseitigt, auf die das Verfahren



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 6 -

durch das erste Revisionsurteil gestellt wurde (BAG 7, 237, 238 = AP Nr. 1 zu § 318 ZPO; 10, 355, 357 = AP Nr. 1 zu § 565 ZPO; BAG Urteil vom 25. März 1976 - 2 AZR 127/75 - AP Nr. 10 zu § 626 BGB Ausschlußfrist, zu III 2 der Gründe; BAG 36, 1 = AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Provision). Lediglich insoweit tritt eine Bindung des Revisionsgerichts an die eigene Vorentscheidung nicht ein, wie das Berufungsgericht dem Urteil neue, vom Revisionsgericht nicht behandelte Gesichtspunkte zugrundegelegt hat. Im übrigen entfällt eine Bindung nicht deshalb, weil die Zuständigkeit innerhalb des Revisionsgerichts nach Erlaß des ersten Revisionsurteils gewechselt hat.

2. Für den vorliegenden Rechtsstreit bedeutet das folgendes: Der jetzt zuständige Senat ist an das Urteil des Vierten Senats gebunden, soweit dieser einen Anspruch des Klägers auf Weiterzahlung der Trennungsentschädigung aufgrund Tarifvertrags, Einzelarbeitsvertrags, der Ministerialerlasse sowie wegen Verstosses gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und gegen Schutzvorschriften des EWG-Rechts verneint hat. Davon ist auch das Berufungsgericht in dem nunmehr angefochtenen Urteil nicht abgewichen. Unentschieden gelassen hat der Vierte Senat in dem Urteil vom 28. Januar 1981, ob dem Kläger der geltend gemachte Anspruch aufgrund einer betrieblichen Übung zusteht. Dabei geht der Vierte Senat von dem Bestehen einer betrieblichen Übung aus. Er hält weiter für denkbar, daß dieser Anspruch an der Nichteinhaltung der in § 3 Abs. 2 TVArb für Nebenabreden vorgeschriebenen Schriftform scheitern müsse, daß jedoch ausnahmsweise die Berufung der Beklagten auf die Formnichtigkeit gegen Treu und Glauben verstoßen könne. Zur Prüfung dieser Frage hat der Vierte Senat die Sache an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen. Dieses hat angenommen, die Berufung der Beklagten auf die Nichteinhaltung der Schriftform sei rechtsmißbräuchlich.

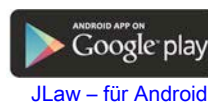
II. Der Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte könne sich nicht mit Erfolg auf die Formnichtigkeit berufen, schließt sich der Senat im Ergebnis an.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 7 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 7 -

1. § 3 Abs. 2 TVArb begründet einen gesetzlichen Schriftformzwang im Sinne des § 126 BGB (BAG Urteil vom 9. Februar 1972 - 4 AZR 149/71 - AP Nr. 1 zu § 4 BAT). Die Nichteinhaltung der Form führt grundsätzlich zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts (§ 125 Satz 1 BGB). Jedoch kann die Berufung auf die Formnichtigkeit ausnahmsweise eine unzulässige Rechtsausübung darstellen. Das ist hier der Fall.

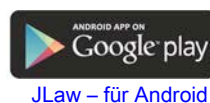
a) Das Berufungsgericht hat dazu ausgeführt, die Beklagte habe durch die Leistung der Trennungsentschädigung über 15 Jahre hinweg einen Vertrauenstatbestand gesetzt, den sie sich zurechnen lassen müsse. Die Beklagte habe gezahlt, ohne hierzu traifvertraglich verpflichtet gewesen zu sein. Sie habe die Zahlungen selbst nach einer Beanstandung des Bundesrechnungshofs fortgesetzt und sich vor dem Europäischen Gerichtshof zu der Fortsetzung der Zahlung bekannt. Zumindest in den Jahren seit 1972 sei auch die Freiwilligkeitsklausel entfallen. Dabei habe die Trennungsentschädigung den Lebenszuschnitt der ausländischen Arbeitnehmer mit geprägt. Wenn sich die Beklagte nunmehr auf Formnichtigkeit berufe, so lasse das zwar nicht auf einen vorgefaßten Plan und damit auf Arglist schließen, die Beklagte setze sich aber mit ihrem früheren Verhalten in Widerspruch. Dem ist im Ergebnis zu folgen.

b) Die Berufung einer Partei auf die Formnichtigkeit eines Vertrages verstößt allerdings für sich allein nicht gegen Treu und Glauben, selbst wenn aufgrund der formnichtigen Vereinbarung über einen langen Zeitraum hinweg Leistungen erbracht werden. Sieht eine gesetzliche oder tarifliche Vorschrift vor, daß die Wirksamkeit eines Vertrags von der Einhaltung einer bestimmten Form abhängig sein soll, so gebietet die Rechtssicherheit, daß die Vorschrift nicht ohne zwingenden Grund unbeachtet bleibt. Der Einwand, eine Partei handele treuwidrig, wenn sie sich auf die Nichtbeachtung der Form berufe, kann daher nur in Ausnahmefällen erfolgreich sein. Formvorschriften können nicht über den Einwand der unzulässigen

- 8 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 8 -

Rechtsausübung gegenstandslos gemacht werden. Grundsätzlich hat jede Partei die Rechtsnachteile zu tragen, die sich aus der Formnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts ergeben (z. B. BAG Urteil vom 9. Februar 1972 - 4 AZR 149/71 - AP Nr. 1 zu § 4 BAT; Urteil vom 6. September 1972 - 4 AZR 422/71 - AP Nr. 2 zu § 4 BAT m. w. N. aus Rechtsprechung und Lehre).

Die Berufung auf die Nichtigkeit einer Zusage wegen Nichteinhaltung einer tariflichen Schriftform kann jedoch dann unge-rechtfertigt sein, wenn sich der eine Vertragsteil dadurch zu Lasten des anderen Vorteile verschafft, die die Rechtsordnung wegen des angestrebten Zwecks oder der angewandten Mittel mißbilligen muß. Ob das anzunehmen ist, hängt vor allem davon ab, welchen Zweck die Formvorschrift verfolgt. Dient sie dem öffentlichen Interesse oder bezweckt sie gar die staatliche Überwachung rechtsgeschäftlicher Vorgänge, so kommt ihrer strikten Beachtung größeres Gewicht zu, als wenn es nur um die beiderseitigen Interessen der Parteien eines Vertrages geht (Soergel/Siebert/Knopp, BGB, 10. Aufl., § 242 Rz 356, 358).

c) § 3 Abs. 2 TVArb und die entsprechenden Vorschriften der anderen Tarifverträge des öffentlichen Dienstes sollen die Einheitlichkeit der Arbeitsbedingungen des öffentlichen Dienstes sichern und verhindern, daß irreguläre, vom Normensystem abweichende Absprachen einer dienstaufsichtlichen Überprüfung verborgen bleiben. Daraus folgt, daß der zur Einstellung befugte Behördenvorstand formlos getroffene Nebenabreden nicht dadurch wirksam machen kann, daß er sie bei der Durchführung des Arbeitsverhältnisses anwendet. Auch eine langjährige Übung kann bei dieser Sachlage formfehlerhafte Nebenabreden nicht heilen. Selbst die Bedeutung der Leistung für den einzelnen Arbeitnehmer rechtfertigt noch nicht den Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens, wenn die Dienstaufsicht eine regelwidrige Praxis unterbindet und die Formnichtigkeit der Zusage geltend macht.

- 9 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Im vorliegenden Rechtsstreit liegen die Dinge jedoch anders. Nicht ein einzelner Amtsvorstand mit Einstellungsbefugnis hat zusätzliche, tariflich nicht vorgesehene Leistungen zugesagt; der Bundesminister für das Post- und Fernmeldewesen als oberste Dienstbehörde hat diese Leistungen durch einen Erlaß vom 13. Mai 1960 für sämtliche ausländischen Arbeitnehmer, deren Familien im Ausland blieben, eingeführt und die Anwendung dieser Regelung einheitlich für sämtliche nachgeordneten Dienststellen angeordnet. Die Trennungsgeldregelung wurde auf dieser Grundlage 16 Jahre lang in einem geordneten verwaltungsmäßigen Verfahren mit schriftlichen Anträgen und vordruckten Belehrungen praktiziert. Angesichts der Einheitlichkeit dieser Regelung für den gesamten Bereich der Deutschen Bundespost und der Kontinuität der Leistungen konnte keiner der betroffenen Arbeitnehmer mit der Möglichkeit rechnen, daß die aufgrund genereller ministerieller Anordnung geübte Praxis eine Zusicherung darstellte, die an einem Formfehler litt. Durch die Art der Leistungsgewährung verursachte die Beklagte bei den begünstigten Arbeitnehmern den Eindruck, ein Formfehler komme nicht in Betracht.

Zu Recht weist das Berufungsgericht darauf hin, daß nicht nur die Bundesregierung in dem Verfahren vor dem Gerichtshof für die Europäischen Gemeinschaften, sondern auch die Beklagte selbst in dem zugrundeliegenden Arbeitsrechtsstreit ihre Trennungsgeldregelung mit dem Argument verteidigt hat, die ausländischen Arbeitnehmer seien besser gestellt als deutsche Kollegen, weil sie die Trennungsentschädigung ohne Rücksicht auf ihre Umzugswilligkeit und zeitlich unbefristet erhielten. Wenn sich die Beklagte nunmehr darauf beruft, die gesamte Regelung sei formfehlerhaft gewesen, so setzt sie sich in Widerspruch zu ihrem früheren Verhalten. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß die Beklagte nicht schon bei Abschluß der Arbeitsverträge mit den ausländischen Arbeitnehmern beabsichtigt haben wird, die Formfehlerhaftigkeit der Nebenabrede später geltend zu machen, was arglistig gewesen wäre.



Jedenfalls versucht sie jetzt, sich ihren eigenen Formfehler zunutze zu machen. In Wahrheit beruft sie sich nur deshalb auf die tarifliche Formvorschrift für Nebenabreden, weil sie keine andere Möglichkeit sieht, der Bindungswirkung ihrer betrieblichen Übung zu entgehen. Wäre die Argumentation der Beklagten richtig, so könnten die betriebliche Übung und der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz im öffentlichen Dienst keine Dauerbindungen erzeugen, sofern nur die einstellenden Behörden angewiesen würden, keine entsprechenden schriftlichen Regelungen in die Arbeitsverträge aufzunehmen. Das ist nicht der Sinn der tariflichen Schriftformklausel für Nebenabreden im öffentlichen Dienst. Deshalb verstößt die Berufung der Beklagten auf § 3 Abs. 2 TVArb gegen Treu und Glauben.

2. Unbegründet ist der Einwand der Beklagten, die Ansicht des Landesarbeitsgerichts führe zu untragbaren Ergebnissen; die Gefahr der Inanspruchnahme öffentlicher Mittel sei uferlos, wenn jede Vergünstigung, die einem bestimmten Personenkreis aus einem zunächst begrenzten Anlaß gewährt werde, auf dem Umweg über den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung zu unbefristeten Ansprüchen führen könne. Der Senat teilt diese Befürchtung nicht.

Es ist Sache des Arbeitgebers, durch klare und verständliche Erklärungen zu vermeiden, daß Bindungen begründet werden, die nicht beabsichtigt sind. Dies wird durch die Grundsätze von Treu und Glauben nicht erschwert. Im vorliegenden Fall ist zudem die Zahl der Arbeitnehmer begrenzt, die Trennungsentschädigung auf Grund der betrieblichen Übung beanspruchen können. Diese Übung bestand unbefristet nur bis zum Juli 1976. Zusätzliche Belastungen hat die Beklagte dadurch ausgeschlossen, daß sie auf Grund ihres Erlasses vom 29. Juli 1976 bei neu eingestellten ausländischen Arbeitnehmern ab 1. Januar 1977 die Trennungsentschädigung auf die Dauer von höchstens fünf Jahren begrenzt.

Dr. Dieterich

Schaub

Griebeling

Hoechst

Kahleyss



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

