

Aktenzeichen: 3 AZR 27/80

Bundesarbeitsgericht 3. Senat Urteil vom 7. September 1982

- 3 AZR 27/80 -

I. Arbeitsgericht

Urteil vom 2. August 1979

München

- 7 Ca 6127/79 -

II. Landesarbeitsgericht

- Urteil vom 4. Dezember 1979

München

- 4 Sa 862/79 -

Für die Amtliche Sammlung: nein

Für die Fachpresse: nein

Entscheidungsstichwort:

Betriebsübung und Schriftform im öffentlichen Dienst

Gesetz:

TVArb Bundespost § 3 Abs. 2, § 19; BAT § 4 Abs. 2^{*}

BGB § 242; BUKG § 15

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 27/80

4 Sa 862/79 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:

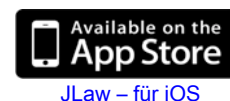
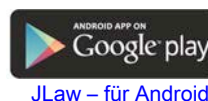
1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 4. Dezember 1979 - 4 Sa 862/79 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

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
[\(mobile App\)](#)



- 2 -

Tatbestand:

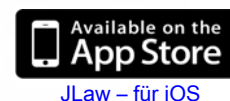
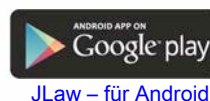
Der im Laufe des Revisionsverfahrens verstorbene frühere Kläger ist von seinen Kindern beerbt worden. Diese führen den Rechtsstreit fort. Der Erblasser war türkischer Staatsangehöriger. Er stand seit dem 5. Juni 1972 als Arbeiter in den Diensten der Beklagten. Seinen Familienwohnsitz in der Türkei hatte er beibehalten.

Kraft Organisationszugehörigkeit und Verweisung in dem schriftlichen Arbeitsvertrag galt für das Arbeitsverhältnis der Tarifvertrag für die Arbeiter der Deutschen Bundespost (TVArb) in der jeweiligen Fassung. Neben seiner Arbeitsvergütung erhielt der Erblasser seit Beginn des Arbeitsverhältnisses eine in dem Arbeitsvertrag nicht vorgesehene Trennungsentschädigung von 7,50 DM täglich. Diese Leistung wurde allen ausländischen Arbeitnehmern von der Beklagten aufgrund entsprechender Formularanträge durch behördeninterne Verfügung bewilligt und am 1. und 16. jeden Monats ausgezahlt. Dem ersten Antrag auf Bewilligung der Trennungsentschädigung war ein Fragebogen beigelegt, der u. a. 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 Erblasser und seine ausländischen Kollegen nicht bereit waren, mit ihren Familien 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, u. a. auch darüber, daß sich die Antragsteller jederzeit ernstlich um die Zusammenführung ihrer Familien bemühen müßten und daß sie die Trennungsentschädigung nur so lange erhielten, wie Wohnungsmangel sie daran hindere, an den Dienstort umzuziehen. Der in den Formblättern zunächst enthaltene Hinweis, daß auf die Trennungsentschädigung kein Rechtsanspruch bestehe, fiel im August 1972 weg.



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



- 3 -

Grundlage für die Bewilligung der Trennungsentschädigung an die ausländischen 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.

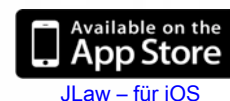
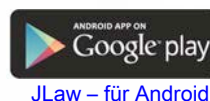
Diese unterschiedliche Behandlung wurde Gegenstand eines Rechtsstreits. Ihre Zulässigkeit wurde durch Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 12. Februar 1974 - 152/73 - (AP Nr. 6 zu Art. 177 EWG-Vertrag) sowie durch Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 6. Juli 1974 - 4 AZR 240/72 - (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 des Arbeitnehmers 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 Erblasser) 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 den ausländischen Arbeitnehmern im Oktober 1976 mit.

Der Erblasser verlangte Nachzahlung der Trennungsentschädigung in der ursprünglichen Höhe von 7,50 DM täglich. Er hat vorgetragen, die zusätzliche Zahlung der Trennungsentschädigung



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



- 4 -

sei ihm schon beim Abschluß des Arbeitsvertrags zugesagt worden. Für die damals geringen Stundenlöhne habe die Beklagte nicht genügend Arbeitnehmer finden können. Deswegen habe sie mit der Trennungsentschädigung geworben und diese ohne Rücksicht auf Umzugswilligkeit der Arbeitnehmer gezahlt. Als fester Vergütungsbestandteil sei die Trennungsentschädigung nicht Gegenstand einer Nebenabrede im tariflichen Sinn; sie habe daher auch formlos vereinbart werden können. Außerdem sei die tariflich für Nebenabreden vorgesehene 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 Vertrauenstatbestand 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 Erblasser hat beantragt festzustellen,

daß die Beklagte nicht berechtigt sei, das ihm bis zum 31. Dezember 1976 gezahlte Trennungsgeld in Höhe von 7,50 DM pro Tag zu kürzen oder zu streichen.

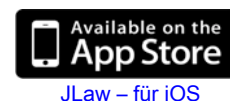
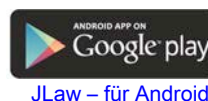
Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgetragen, eine Vereinbarung über die Zahlung der Trennungsentschädigung sei gerade nicht abgeschlossen worden. Zudem fehle es an der tariflich vorgesehenen Schriftform. Ursprünglich habe sie im Interesse der ausländischen Arbeitnehmer Trennungsentschädigung 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

- 5 -

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



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



- 5 -

Gleichbehandlungsgrundsatz liege schon deshalb nicht vor, weil sich die tatsächlichen Voraussetzungen der Trennungsgeldgewährung an inländische und ausländische Arbeitnehmer wesentlich unterscheiden.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat ihr stattgegeben. Mit der Revision wehrt sich die Beklagte weiter gegen die geltend gemachten Zahlungsansprüche.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet. Das Berufungsgericht hat mit Recht festgestellt, daß die Beklagte zur Fortzahlung der Trennungsentschädigung verpflichtet ist.

I. Auf den Tarifvertrag für die Arbeiter der Deutschen Bundespost (TVArb) können die Kläger sich allerdings nicht berufen. Ein Anspruch aufgrund des § 19 Abs. 4 Buchst. d TVArb scheidet aus. Die Vorschrift verweist auf die für Beamte der Deutschen Bundespost geltenden Bestimmungen und damit auf § 15 Abs. 2 BUKG. Danach bestimmt der Bundesminister des Innern, in welchen Fällen bei Einstellungen an einem anderen Ort als dem bisherigen Wohnort Trennungsgeld gewährt werden kann. Die dazu ergangenen ausführenden Verordnungen und Erlasse des Bundesministers des Innern bestimmten lediglich, daß Beamten, deren bisheriger Wohnort im Ausland lag und an deren Gewinnung ein besonderes dienstliches Interesse bestand, durch eine Entscheidung im Einzelfall mit Zustimmung der obersten Dienstbehörde Trennungsentschädigung gewährt werden konnte. Da eine solche Entscheidung hier nicht ergangen ist, läßt sich aus dieser Regelung ein Rechtsanspruch auf Zahlung der Trennungsentschädigung nicht herleiten. Somit begründet auch die Verweisung im Tarifvertrag einen solchen Anspruch nicht (vgl. im einzelnen BAG 35, 7 = AP Nr. 3 zu § 19 TVArb Bundespost).

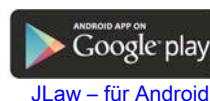
II. Zutreffend nimmt das Berufungsgericht weiter an, daß der geltend gemachte Anspruch auch nicht auf eine einzelvertragliche Vereinbarung gestützt werden kann. Die schriftlichen Verträge mit den ausländischen Arbeitnehmern sehen eine Trennungsentschädigung nicht vor. Ob sich die Parteien hierüber mündlich geeinigt

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

- 6 - haben,



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 6 -

haben, mußte das Berufungsgericht nicht näher prüfen. Eine mündliche Vereinbarung wäre jedenfalls unwirksam gewesen, weil nach § 3 Abs. 2 TVArb Nebenabreden zum Arbeitsvertrag nur wirksam sind, wenn sie schriftlich vereinbart werden.

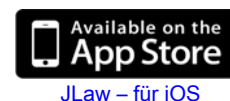
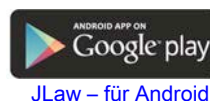
1. Ob eine Nebenabrede vorliegt, bestimmt der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts in ständiger Rechtsprechung nach dem Gegenstand der vertraglichen Regelung. Wenn die Abrede die gegenseitigen Hauptrechte und Hauptpflichten aus dem Arbeitsvertrag betrifft, also vornehmlich Arbeitsleistung und Arbeitsentgelt zum Gegenstand hat, soll es sich nach dieser Rechtsprechung nicht um eine schriftformbedürftige Nebenabrede handeln (z. B. BAG Urteil vom 6. September 1972 - 4 AZR 422/71 - AP Nr. 2 zu § 4 BAT). Dagegen nimmt der Vierte Senat eine Nebenabrede an, wenn es um Leistungen geht, die besondere Aufwendungen des Arbeitnehmers ausgleichen sollen und nicht als eigentliches Arbeitsentgelt anzusehen sind, z. B. betriebliche Sozialleistungen betreffen (Urteil vom 9. Februar 1972 - 4 AZR 149/71 - AP Nr. 1 zu § 4 BAT; BAG 29, 182 = AP Nr. 4 zu § 4 BAT; Urteil vom 7. Dezember 1977 - 4 AZR 383/76 - AP Nr. 5 zu § 4 BAT). Auch die Zusage der Trennungsgeldgewährung hat der Vierte Senat als Nebenabrede angesehen (BAG 35, 7 = AP Nr. 3 zu § 19 TVArb Bundespost).

Ob die Unterscheidung nach Haupt- und Nebenpflichten stets zu einer sachgerechten Abgrenzung führt, mag zweifelhaft erscheinen (kritisch Herschel zu AP Nr. 3 zu § 19 TVArb Bundespost und zurückhaltender Scheuring zu AP Nr. 1 zu § 29 MTB-II). Die Tarifvertragsparteien haben den Begriff der formbedürftigen Nebenabrede nicht definiert. Deshalb ist das Regelungsziel maßgebend, das die Tarifvertragsparteien mit der Bestimmung verfolgt haben. Offensichtlich bezweckt die Formvorschrift nicht den Schutz der Arbeitnehmer; sonst wäre unerklärlich, daß formfrei getroffene Hauptabreden wirksam sind, die weniger wichtigen Nebenabreden jedoch nur schriftlich getroffen werden können. Ebensowenig soll der Arbeitgeber vor der Zusage besonders

- 7 -



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



- 7 -

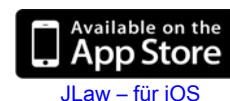
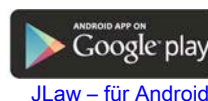
günstiger Arbeitsbedingungen gewarnt werden. Hätten die Tarifvertragsparteien an die Einhaltung haushaltsrechtlicher Vorschriften gedacht, so hätte es nahegelegen, das Schriftform Erfordernis von den finanziellen Folgen abhängig zu machen. Der Zweck der Regelung kann ersichtlich nur darin bestehen, die Einheitlichkeit der Arbeitsbedingungen des öffentlichen Dienstes zu sichern. Die anstellende Behörde soll daran gehindert werden, ungewöhnliche Absprachen in unkontrollierbarer Weise zu treffen. Deshalb sind Nebenabreden offenzulegen und einer dienstaufsichtlichen Überprüfung zugänglich zu machen. Nur so erklärt sich der scheinbare Widerspruch, daß die für die Parteien des Arbeitsvertrags wichtigen Hauptabreden formfrei möglich sind, während weniger wichtige Modalitäten nur schriftlich vereinbart werden können.

2. Die Zusage der Trennungsentschädigung stellt eine Nebenabrede dar, gleichgültig wie man diese definiert. Die Trennungsentschädigung wird dem Arbeitnehmer nicht als Entgelt für die Arbeitsleistung gewährt, sondern als pauschalierter Zuschuß zu den erhöhten Aufwendungen, die ein Arbeitnehmer erfahrungsgemäß hat, wenn er von seiner Familie getrennt lebt. Die Trennungsentschädigung ist demgemäß steuerfrei. Sie wurde den ausländischen Arbeitnehmern auch für arbeitsfreie Tage gezahlt. Nach der Rechtsprechung des Vierten Senats würde das genügen. Die Gewährung der Trennungsentschädigung an ausländische, nicht umzugswillige Arbeitnehmer bedeutet aber darüber hinaus eine Abweichung vom Regelungssystem des Tarifrechts im öffentlichen Dienst. Auch wenn die Trennungsentschädigung einer großen Gruppe von Arbeitnehmern gezahlt wurde, nämlich Ausländern mit Familienwohnsitz im Ausland ohne Umzugswilligkeit, handelte es sich um eine irreguläre, im tariflichen System nicht vorgesehene Leistung, die Ausnahmecharakter hat. Nach Sinn und Zweck der tariflichen Formvorschrift ist danach eine der Schriftform bedürftige Nebenabrede anzunehmen. Durch mündliche Zusagen konnten dem Erblasser keine einzelvertraglichen Ansprüche auf unbegrenzte Fortzahlung der Trennungsentschädigung erwachsen. Insoweit schließt sich der erkennende Senat der Rechtsprechung des Vierten Senats an.

- 8 -



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



- 8 -

3. Entgegen der Auffassung der Kläger ist die Schriftform nicht deshalb gewahrt, weil jeweils ein schriftlicher Antrag gestellt und die Zahlung der Trennungsentschädigung schriftlich bewilligt wurde. Bei der in § 3 Abs. 2 TVArb vorgeschriebenen Schriftform handelt es sich um eine gesetzliche Schriftform im Sinne des § 126 BGB (z. B. BAG 35, 7 = AP Nr. 3 zu § 3 TVArb Bundespost). Selbst wenn man die Anträge als schriftliche Vertragsangebote im Sinne des § 145 BGB ansähe, wäre die Schriftform nicht eingehalten. Es fehlte an einer rechtsgeschäftlichen Annahmeerklärung der Beklagten. Die Bewilligung der Trennungsentschädigung erfolgte nicht durch schriftlich erteilte Bescheide, sondern behördenintern durch eine "Stellungnahme des Amtes" und anschließende Auszahlung der Beträge.

III. Der Anspruch auf Fortzahlung der Trennungsentschädigung steht den Klägern aber aufgrund betrieblicher Übung zu.

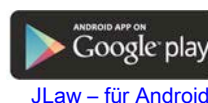
1.a) Unter betrieblicher Übung versteht man die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen, die bei den Betriebsangehörigen den Eindruck einer Gesetzmäßigkeit oder eines Brauchs erwecken (statt aller: Zöllner, Arbeitsrecht, 2. Aufl., S.58; Seiter, Die Betriebsübung, 1967, S. 19). Die tatsächliche Übung ist als solche keine Rechtsquelle eigener Art, ihr kommt keine normative Wirkung zu, und sie setzt auch nicht betriebliches Gewohnheitsrecht. Sie gestaltet vielmehr durch eine an alle betroffenen Arbeitnehmer gerichtete konkludente Gesamtzusage die einzelnen Arbeitsverhältnisse. Aus ihr erwachsen vertragliche Ansprüche der Arbeitnehmer auf die üblich gewordenen Vergünstigungen (BAG 23, 213, 217 ff. = AP Nr. 10 zu § 242 BGB Betriebliche Übung, zu I der Gründe).

Die von den Parteien und den Vorinstanzen erörterte Frage, ob die Beklagte durch die jahrelange Zahlung der Trennungsentschädigung an die ausländischen Arbeitnehmer einen Vertrauensstatbestand begründet habe, betrifft ein geläufiges rechtsgeschäftliches Problem. Es geht darum, wie das stetige Verhalten

-9-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

des Arbeitgebers nach Treu und Glauben aus der Sicht der begünstigten Arbeitnehmer zu bewerten ist (§§ 133, 157 BGB). Hat der Arbeitgeber das Vertrauen erweckt, daß er sich binden wolle, so muß er sich daran festhalten lassen. Sein Verhalten ist dann als rechtsgeschäftlich erhebliche, bindende Erklärung zu bewerten. Ob sich der Arbeitgeber binden wollte und ob er die bindende Wirkung der betrieblichen Übung erkannt hat, ist unerheblich. Entscheidend ist, daß er den objektiven Tatbestand der betrieblichen Übung wissentlich herbeigeführt hat (BAG 23, 213, 220 = AP Nr. 10 zu § 242 BGB Betriebliche Übung, zu I 2 b der Gründe; zuletzt Urteil vom 3. August 1982 - 3 AZR 503/79 - zu II 2 der Gründe, zur Veröffentlichung vorgesehen).

Ferner ist das schutzwürdige Vertrauen der Arbeitnehmer bedeutsam, soweit es sich darum handelt, den Inhalt der rechtsgeschäftlich erheblichen Erklärung zu ermitteln. Die Auslegung einer Zusage richtet sich nach dem aus der Sicht des Erklärungsempfängers zu beurteilenden objektiven Erklärungswert. Auch hier ist zu prüfen, wie der Adressat aufgrund sämtlicher Umstände eine Erklärung nach Treu und Glauben verstehen darf (§§ 133, 157 BGB). Im vorliegenden Fall ist zu fragen, von welchen Voraussetzungen die Leistungen abhängig waren und ob sie unbefristet oder unter dem Vorbehalt des Widerrufs erbracht werden sollten.

b) Die Beklagte hat eine betriebliche Übung begründet, indem sie ihren ausländischen Arbeitnehmern seit 1960 Trennungsschädigung gezahlt hat, ohne Umzugswilligkeit zu verlangen, sofern nur der Familienwohnsitz im Ausland beibehalten wurde. Das Verhalten der Beklagten erweckte durch seine Stetigkeit und gleichförmige Wiederholung bei den begünstigten Arbeitnehmern den Eindruck einer festen Regel. Die fortlaufende Gewährung der Trennungsschädigung bei gleichbleibenden Voraussetzungen war als rechtsgeschäftliche Gesamtzusage an die in Betracht kommende Arbeitnehmergruppe zu werten. Die begünstigten Arbeitnehmer durften darauf vertrauen, ihnen werde die Trennungsschädigung gewährt, wenn sie die genannten Voraussetzungen erfüllten. Sie durften ferner davon ausgehen, die Trennungsschädigung werde ihnen unbefristet gewährt, solange sich



ihre Verhältnisse nicht änderten. Einen wirksamen Widerrufs-
vorbehalt hat die Beklagte nicht erklärt.

Richtig ist, daß eine Erklärung, die Leistung werde frei-
willig oder ohne Rechtspflicht erbracht, in der Regel als Wider-
rufsvorbehalt zu verstehen ist, der die Aufhebung der Zusage
ermöglicht (ständige Rechtsprechung, z. B. BAG 25, 194, 200
f. = AP Nr. 6 zu § 242 BGB Ruhegehalt-Unterstützungskassen,
zu B II 2 der Gründe; Urteil vom 27. Juni 1958 - 1 AZR 589/57
- AP Nr. 7 zu § 611 BGB Gratifikation; BAG 32, 56, 59 = AP
Nr. 9 zu § 242 BGB Ruhegehalt-Unterstützungskassen, zu I der
Gründe m. w. N.). Die Beklagte hat sich aber den Widerruf der
Trennungsgeldgewährung nicht wirksam vorbehalten. Der in den
vordruckten Antragsformularen bis 1972 enthaltene und dann
weggefallene Hinweis, auf das Trennungsgeld bestehe kein Rechts-
anspruch, hat nicht hinreichend deutlich gemacht, daß ein Wi-
derruf vorbehalten sein sollte. Will der Arbeitgeber verhin-
dern, daß aus einer einmal begonnenen Übung eine in die Zu-
kunft wirkende Bindung entsteht, so muß der entsprechende Vor-
behalt, der das Entstehen eines Vertrauenstatbestandes verhin-
dern soll, klar und für alle in Betracht kommenden Arbeitneh-
mer unmißverständlich kundgetan werden (BAG 23, 213, 221 =
AP Nr. 10 zu § 242 BGB Betriebliche Übung, zu I 2 c der Gründe).

Der von der Beklagten erklärte Vorbehalt, daß auf Tren-
nungsentschädigung kein Rechtsanspruch bestehe, war unklar.
Der Hinweis befand sich als Halbsatz versteckt in umfangreichen
Belehrungen des Formularvordrucks. Die Antragsteller konnten
dem Hinweis vor allem deshalb keine für sie maßgebliche Bedeutung
beimessen, weil die Belehrungen eine Fülle von Anweisungen
und Hinweisen enthielten, die auf die ausländischen Arbeitnehmer
mit Familienwohnsitz im Ausland nicht zutrafen. Obwohl diese
Arbeitnehmer nicht umzugsbereit waren und obwohl die Beklagte
dies wußte und auch keine Umzugsabsicht verlangte, wurden die
Antragsteller jeweils darüber belehrt, daß sie alles tun müßten,
um alsbald ihren Familienwohnsitz am Dienstort zu begründen.
U. a. heißt es in den Belehrungen:

"Mir ist bekannt, daß eine Vormerkung bei der Woh-
nungsfürsorgestelle allein nicht genügt, sondern
daß ich darüber hinaus noch verpflichtet bin, mich



- 11 -

fortgesetzt ernstlich um die Zusammenführung meiner Familie zu bemühen, jede sich bietende Gelegenheit (Inserate, Wohnungstausch, u. U. Beziehen einer Notwohnung am Dienstort) zum Erlangen einer Familienwohnung wahrzunehmen habe und daß die Gewährung der Trennungsentschädigung nur dann und so lange möglich ist, als ich dieser Verpflichtung nachkomme und wegen Wohnungsmangels verhindert bin, an den neuen Dienstort umzuziehen. Ferner ist mir bekannt, daß ich den Umzug nicht durch unangemessene Ansprüche an die neue Wohnung oder aus anderen, nicht zwingenden Gründen verzögern darf und daß, falls ich eine zugewiesene Wohnung, die meine vorgesetzte Dienststelle für angemessen hält, ablehne, die Zahlung der Trennungsentschädigung von dem Tage an eingestellt wird, an dem ich die Wohnung hätte beziehen können. Ich weiß, daß auf Trennungsentschädigung kein Rechtsanspruch besteht und unrichtige oder unvollständige Angaben den Entzug und die Rückzahlung der etwa zu Unrecht bewilligten Trennungsentschädigung zur Folge haben können, insbesondere auch, wenn ich meine Umzugsabsicht später widerrufe, oder wenn ich nicht für den vollen Unterhalt meiner Familie (z. B. nach Erhebung der Ehescheidungsklage) aufkomme."

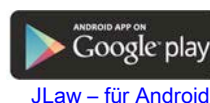
Hieraus durften die betroffenen Arbeitnehmer schließen, die gesamte Belehrung gehe sie nichts an, sie treffe auf die für sie geltende Trennungsgeldregelung nicht zu. Ab August 1972 fehlte schließlich der Hinweis auf die Freiwilligkeit der Leistung völlig. Damit war der Widerrufsvorbehalt selbst in seiner mißverständlichen Fassung weggefallen. Spätestens von diesem Zeitpunkt an durften die betroffenen Arbeitnehmer darauf vertrauen, die Trennungsentschädigung werde so gewährt, wie die Bundesregierung vor dem Europäischen Gerichtshof in Luxemburg und die Beklagte vor den Gerichten für Arbeitssachen erklärt hatten, nämlich ohne Rücksicht auf Umzugswilligkeit und zeitlich unbefristet.

c) Auch eine betriebliche Übung kann grundsätzlich nur dann eine bindende Wirkung entfalten, wenn tariflichen Formvorschriften genügt ist. Aus einer stillschweigenden Gesamtzusage entstehen keine weitergehenden Rechte als eine ausdrückliche Verpflichtungserklärung begründen könnte. Das Gegenteil ließe sich nur annehmen, wenn die Schriftform eine gewillkürte wäre;

- 12 -



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



- 12 -

in einem solchen Falle könnte durch die formfreie betriebliche Übung zugleich eine vertraglich vereinbarte Schriftform abbedungen sein.

2. § 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.

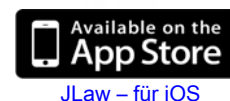
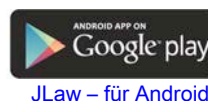
a) Das Berufungsgericht hat dazu ausgeführt, die Beklagte habe durch die Leistung der Trennungsentschädigung über 15 Jahre hinweg einen Vertrauenstatbestand gesetzt, den sie sich zurechnen lassen müsse. Die Beklagte habe gezahlt, ohne hierzu tarifvertraglich verpflichtet gewesen zu sein. Sie habe die 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 handle treuwidrig, wenn sie sich auf die Nichtbeachtung der Form berufe, kann daher nur in Ausnahmefällen erfolgreich sein. Formvorschriften können nicht

- 13 -



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



über den Einwand der unzulässigen 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 ungerichtlich 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 (vgl. vorstehend zu II 1). 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.



- 14 -

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 Zusage 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.

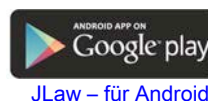
Zu Recht weisen die Kläger darauf hin, daß nicht nur die Bundesregierung in dem Verfahren vor dem Gerichtshof für die Europäischen Gemeinschaften, sondern auch die Beklagte selbst in dem zugrundeliegenden Arbeitsrechtsstreit ihre Trennungsgeldregelung mit dem Argument verteidigt hat, die ausländischen 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.

- 15 -

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



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



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.

3. 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
[\(mobile App\)](#)

