

Für das Nachschlagewerk! Ja
Für die Fachpresse! Ja
Für die Amtliche Sammlung! Ja

Gesetz: BAT § 4, § 33; BGB §§ 125, 126, 134; TVG § 4 Abs. 5

Leitsätze:

- 1) Die Vereinbarung einer pauschalierten Fliegerzulage ist eine Nebenabrede i.S. von § 4 Abs. 2 BAT.
- 2) Die Schriftform des § 4 Abs. 2 BAT ist eine gesetzliche Schriftform. Die entgegen der Formvorschrift getroffene Abrede ist nichtig und wird auch nicht nach Kündigung des BAT zum 31. Dezember 1969 von selbst wirksam.
- 3) Auch tarifliche Formvorschriften wirken nach § 4 Abs. 5 TVG nach; sie können jedoch im Nachwirkungszeitraum durch andere Vereinbarungen außer Kraft gesetzt werden.
- 4) Eine die nachwirkende Abschlußnorm außer Kraft setzende Vereinbarung setzt aber voraus, daß eine rechtlich relevante Vereinbarung geschlossen wird, die zwar auch stillschweigend getroffen werden kann, aber einen darauf gerichteten beiderseitigen rechtsgeschäftlichen Willen voraussetzt.

Aktenzeichen: 4 AZR 47/76

Urteil des BAG vom 18. Mai 1977 IAG Baden-Württemberg



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

4 AZR 47/76

4 Sa 70/75 Baden-Württemberg

Verkündet
am 18. Mai 1977

gez. Mißler,
Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18. Mai 1977 durch den Richter Dr. Neumann als Vorsitzenden, die Richter Dr. Feller und Bichler sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Bermel und Koerner für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 16. Oktober 1975 - 4 Sa 70/75 - aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Tatbestand:

Der 1930 geborene Kläger ist Mechanikermeister und war als Soldat bei der Bundeswehr als Prüfer für Luftfahrtgerät eingesetzt. Am 1. November 1965 trat er ebenfalls als Prüfer für Luftfahrtgerät bei der Polizei-Hubschrauberstaffel in die Dienste des beklagten Landes. Aufgrund des am 19. Oktober 1965 schriftlich geschlossenen Arbeitsvertrages erhielt der Kläger Vergütung nach VergGr. V c BAT. Unter "Nebenabreden" war in § 5 dieses Vertrages vereinbart, daß dem Kläger neben seiner Verwendung als Prüfer für Luftfahrtgerät die technische Aufsicht über die anderen Bordwarte (Hubschraubermechaniker) oblag und er, soweit diese Aufgaben es zuließen, daneben auch als Bordwart eingesetzt werde. Der Kläger ist tarifgebunden.

Seit Januar 1966 erhielt der Kläger neben seiner Vergütung nach VergGr. V c BAT rückwirkend zum 1. November 1965 eine monatliche pauschale Fliegerzulage in Höhe von 45,-- DM ohne Rücksicht auf die angefallenen Flugstunden, die bei der Tätigkeit des Klägers in unterschiedlichem Umfang notwendig werden. Die Zahlung der Zulage erfolgte nach der Zustimmung des Finanzministeriums des beklagten Landes aufgrund eines Antrages des Innenministeriums, das bei seiner Begründung für die Pauschale von voraussichtlich durchschnittlich 12 Flugstunden monatlich ausging.

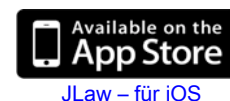
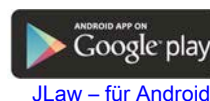
Am 23. November 1970 vereinbarten die Parteien einen neuen schriftlichen Arbeitsvertrag, wonach der Kläger unter Eingruppierung in die VergGr. V b BAT weiterbeschäftigt wurde. Unter "Nebenabreden" wurde eine Flugunfallentschädigung zugesagt und ist ein Hinweis auf ~~eine~~ **übertarifliche** Vergütung des Klägers enthalten. Die pauschale Fliegerzulage von 45,-- DM, die der Kläger weiterhin erhielt, war auch in diesem Vertrag nicht erwähnt.

Am 15. August 1972 berichtete das Regierungspräsidium N. dem Innenministerium, daß der Kläger im gesamten ersten Halbjahr 1972 lediglich 11 Stunden und 40 Minuten an Flugstunden absolviert hatte. Aufgrund eines Erlasses des Innen-

- 3 -



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



- 3 -

ministeriums vom 10. November 1972 erhielt der Kläger ab 1. November 1972 nicht mehr die pauschale monatliche Fliegerzulage von 45,-- DM; er erhält vielmehr nur noch eine nach der tatsächlich geleisteten Anzahl der Flugstunden abgerechnete Zulage. Mit Schreiben vom 7. Dezember 1972 an die Landespolizeidirektion N hat der Kläger die bisherige Zulage in Höhe von 45,-- DM geltend gemacht.

Mit seiner am 29. Oktober 1974 erhobenen Klage macht der Kläger die Weitergewährung der pauschalen Fliegerzulage von 45,-- DM monatlich über den 30. Oktober 1972 hinaus geltend. Er hat vorgetragen, bei seiner Einstellung sei mündlich vereinbart worden, daß er diese Zulage in der genannten Höhe unabhängig von der Zahl der tatsächlich angefallenen Flugstunden erhalte. Damit könne das beklagte Land die Zulage, für die es eine tarifliche Grundlage nicht gebe, auch nicht einseitig widerrufen. Er habe die Zahlung dieser Zulage auch zur Voraussetzung seiner Einstellung gemacht, weil er sie als Feldwebel bei der Bundeswehr in dieser Höhe bezogen habe, wobei er auch schon darauf hingewiesen habe, daß erwartungsgemäß bei ihm nicht mehr als zwei bis drei Stunden monatliche Flugzeit anfielen. Die mangelnde Schriftform der Nebenabrede sei unschädlich, weil ihm der Erlaß des Innenministeriums über die Gewährung der Zulage eröffnet worden sei. Auch könne sich das Land auf den Formmangel nicht berufen.

Der Kläger hat demgemäß beantragt

festzustellen, daß das beklagte Land verpflichtet ist, dem Kläger eine pauschale Fliegerzulage in Höhe von monatlich 45,-- DM auch über den 30.10.1972 hinaus zu zahlen.

Das beklagte Land hat Klageabweisung beantragt. Es hat entgegnet, die Zulage sei aufgrund von § 33 Abs. 1 Buchst. a BAT gewährt worden. Die Umstände, die zu einer Pauschalierung der Zulage geführt hätten, seien jedoch grundlegend geändert. Bei der Gewährung sei man von etwa 12 Flugstunden monatlich ausgegangen; nun aber habe man erfahren, daß tatsächlich nur etwa zwei Stunden monatlich geleistet würden. Danach könne der Kläger seine Zulage nur noch entsprechend der Zahl der tatsächlich geleisteten

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

-4-



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 4 -

Flugstunden verlangen. Eine weitergehende Zusage sei ihm nie gegeben worden. Bei seiner Einstellung sei dem Kläger nur zugesichert worden, man werde sich für eine pauschalierte Zulage verwenden. Von einer genauen Stundenzahl als Grundlage der Pauschalierung sei keine Rede gewesen. Im übrigen fehle der ursprünglichen Pauschalierung die Schriftform gemäß § 4 Abs.2 BAT, so daß sie nicht wirksam gewesen sei.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben und den Streitwert auf 6.500,-- DM festgesetzt. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung der Beklagten hin das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Die Beklagte beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

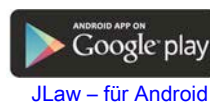
Der Revision war stattzugeben. Sie führte zur Aufhebung und Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht.

Mit dem Landesarbeitsgericht und entgegen der Auffassung der Revision ist davon auszugehen, daß die Zulage, die dem Kläger als pauschalierte Fliegerzulage in Höhe von 45,-- DM monatlich ab 1. November 1965 gewährt worden ist, eine Nebenabrede i.S. von § 4 Abs. 2 BAT betrifft und daher nur wirksam ist, wenn sie zur Zeit der Geltung des BAT schriftlich vereinbart wurde. Das Landesarbeitsgericht stellt dazu ausdrücklich fest, daß die Zulage keine Gegenleistung für die vom Kläger zu erbringende Arbeitsleistung war, sondern eine Abgeltung der besonderen Aufwendungen für Flugstunden darstellte, an denen der Kläger bei Probeflügen nach Durchführung von Wartungsarbeiten teilnahm. Das entnimmt das Landesarbeitsgericht aus den von den Parteien in Bezug genommenen Bestimmungen über die Gewährung einer Fliegerzulage an Polizeibeamte des beklagten Landes, die nach § 33 BAT auch für den Kläger als tarifgebundenen Angestellten Geltung haben. Nach diesen Bestimmungen wird die Fliegerzulage "zur Abgeltung der besonderen

- 5 -



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



- 5 -

Aufwendungen im Flugdienst" gezahlt und ist damit keine unmittelbare Gegenleistung für die vom Kläger zu erbringenden Dienstleistungen im Flugdienst im Sinne von § 611 BGB. Zwar ist, wie die Revision mit Recht beanstandet, vom Landesarbeitsgericht nicht im einzelnen aufgeklärt worden, welche Aufwendungen des Klägers durch die Fliegerzulage ersetzt werden sollen. Darauf kommt es aber im vorliegenden Fall schon deshalb nicht an, weil der Kläger entgegen diesen Bestimmungen eine pauschalierte Fliegerzulage erhalten hat, die gerade nicht nach der effektiven Zahl der Flugstunden bemessen wurde. Diese Zulage nach der konkreten Anzahl seiner Flugstunden hat der Kläger vielmehr nach wie vor erhalten, so daß es im vorliegenden Rechtsstreit nur darum geht, ob dem Kläger darüberhinaus aufgrund der Pauschalierungszusage eine höhere Zulage als die gewährten Beträge zusteht. Dieser Teil kann daher also jedenfalls nicht **Gegenleistung** für die vom Kläger zu erbringenden fliegerischen Arbeitsleistungen sein, so daß deshalb im vorliegenden Fall die Fliegerzulage als Gegenleistung i.S. von § 4 Abs. 1 BAT ausscheidet.

Darüber hinaus spricht die Tatsache, daß die Zulage steuer- und sozialversicherungsfrei gewährt wurde, für einen reinen Aufwendungsersatz und nicht für eine Gegenleistung für vom Kläger zu erbringende Dienste. Wenn der Kläger selbst die Zulage nur als steuerfreie Leistung und damit als Aufwendungsersatz geltend macht, muß er sich auch daran festhalten lassen, daß es sich dabei nach dem Vortrag beider Parteien um Aufwendungsersatz und nicht um eine Gegenleistung für seine fliegerischen Dienste, etwa im Sinne einer Gefahrenzulage, handelt.

Dafür spricht schließlich auch noch, daß die pauschalierte Fliegerzulage dem Kläger nach dem in Bezug genommenen Schreiben vom 13. Dezember 1975 des Innenministeriums von Baden-Württemberg unter Geltung der Nr. 4 Abs. 1 der Bestimmungen über die Gewährung einer Fliegerzulage an Polizeibeamte des Landes zugesagt wurde. Danach wird nämlich die Fliegerzulage im Falle der Nichtleistung der fliegerischen Dienste wegen Urlaubs oder Krankheit nur für die Dauer von 7 Tagen weitergewährt.

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



- 6 -

und bei einem länger als 7 Tage zusammenhängenden Arbeitsausfall vom 8. Tag der Dienstverhinderung an nicht mehr gezahlt. Auch das spricht dafür, daß es sich bei der Fliegerzulage objektiv um Aufwendungsersatz handelt und daß auch die Parteien dabei übereinstimmend von einem Aufwendungsersatz ausgegangen sind, da anderenfalls die Zulage als synallagmatische Gegenleistung auch bei Krankheit und Urlaub hätte fortgewährt werden müssen. Wenn der Kläger demgegenüber in der Revisionsinstanz einwendet, es handele sich trotz dieser Regelung um eine Art Gefahrenzulage für fliegerische Tätigkeit, so ist das neues Vorbringen, das in der Revisionsinstanz nicht zulässig und außerdem auch nicht substantiiert ist. Abgesehen davon will der Kläger die pauschalierte Zulage gerade auch für Zeiten geltend machen, in denen er keinen fliegerischen Dienst leistete, da ihm unstreitig nach wie vor die Zulage für die Zeiten des Flugdienstes entsprechend den geleisteten Flugstunden fortgezahlt wird.

Handelt es sich aber damit jedenfalls bezüglich der Pauschalierung der Fliegerzulage, um die allein dem Inhalt der Klage nach gestritten wird, um eine Nebenabrede i.S. von § 4 Abs. 2 BAT, so ist die den Formvorschriften des § 125 BGB nicht entsprechende Vereinbarung der Zahlung einer pauschalierten Zulage ab 1. November 1965 nichtig. Für die Vereinbarung von Nebenabreden ist nämlich die Schriftform in § 4 Abs. 2 BAT konstitutiv vorgeschrieben, was sich bereits aus dem Wortlaut dieser Bestimmung ergibt, der ausdrücklich festlegt, daß Nebenabreden nur bei Schriftform wirksam sind (vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 4 BAT). Dabei handelt es sich um eine gesetzliche Schriftform i.S. von § 126 BGB, denn eine **tarifvertraglich vorgeschriebene** Schriftform ist ein Fall der gesetzlichen Schriftform im Sinne des BGB. Das ergibt sich aus Art. 2 EGBGB, wonach "Gesetz" i.S. des BGB jede Rechtsnorm ist. Der normative Teil des Tarifvertrages enthält aber nach § 1 Abs. 1 TVG solche Rechtsnormen (vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 4 BAT mit weiteren Angaben). Wird damit aber für die Vereinbarung der pauschalierten Fliegerzulage die Wahrung der gesetzlichen Schriftform verlangt, so ist die entgegen der Formvorschrift abgeschlossene Abrede nichtig (§ 134 BGB) und nicht etwa, wie die Revision meint, nur schwebend unwirksam.



Zwar ist zutreffend, daß tarifvertragliche Bestimmungen als Mindestbedingungen abweichende einzelvertragliche Abreden über den Inhalt des Arbeitsvertrages grundsätzlich nur überlagern und damit kraft Einwirkung auf den Arbeitsvertrag verdrängen. Das gilt aber für tarifvertragliche Formvorschriften wie die des § 4 Abs. 2 BAT nicht. Die Folge der Nichtigkeit der entgegenstehenden Abrede ergibt sich vielmehr unmittelbar aus § 125 BGB, der insoweit zwingend als Sondervorschrift auch für die tarifvertraglichen Normen, die nach Art. 2 EGBGB den gesetzlichen Normen gleichstehen, gilt. Entgegen der Auffassung der Revision konnte daher die nichtige, weil nicht formgerechte Vereinbarung auch nicht wieder aufleben, als der BAT zum 31. Dezember 1969 gekündigt wurde. Ein automatisches Erstarken der unwirksamen Vereinbarung aufgrund der Tatsache, daß der BAT ab 1. Januar 1970 als Tarifvertrag weggefallen war und seine Normen nur noch kraft Nachwirkung nach § 4 Abs. 5 TVG nunmehr abdingbar fortgalten, scheidet daher aus.

Entgegen der Auffassung der Revision ist auch die Vorschrift des § 4 Abs. 2 BAT mit der Kündigung des BAT zum 31. Dezember 1969 als sog. Abschlußnorm nicht ohne weiteres weggefallen. Zwar wird teilweise im Schrifttum die Auffassung vertreten, Abschlußnormen und darunter auch konstitutive Formvorschriften würden schon kraft ihrer Natur nach § 4 Abs. 5 TVG nicht nachwirken können (vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. II, S. 542; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, TVG, 4. Aufl., § 4 Anm. 74). Die insoweit im Schrifttum in Bezug genommenen Ausführungen von Hueck (BB 1949, S. 354 [356]) weisen aber lediglich darauf hin, daß für Abschlußnormen eine Nachwirkung deshalb praktisch nicht in Betracht kommt, weil bei Vorliegen einer tariflichen Formvorschrift von der Kündigung des Tarifvertrages an auch mündliche Arbeitsverträge und mündliche Abänderungen der Arbeitsbedingungen zulässig sind; damit setzen solche mündlichen Abreden aber als andere Abmachungen die tariflichen Formvorschriften nach Maßgabe von § 4 Abs. 5 TVG außer Kraft. Dementsprechend wird auch in der neueren Literatur bei Hueck-



- 8 -

Nipperdey-Wiedemann-Stumpf (TVG, 5. Aufl., § 4 Anm. 192) die Auffassung vertreten, daß für negative Inhaltsnormen und Abschlußnormen ungeachtet der auch für sie bestehenden Nachwirkung diese deshalb keine praktische Bedeutung erlangen kann, weil diese Vorschriften Tarifnormen voraussetzen, die eingehalten werden müssen. Daraus ergibt sich zugleich jedoch, daß die Nachwirkung des § 4 Abs. 5 TVG grundsätzlich alle Normen i.S. von § 1 Abs. 1 TVG betrifft. § 4 Abs. 5 TVG enthält nämlich auch keinerlei Hinweise darauf, daß die dort vorgesehene generelle Fortgeltung der Rechtsnormen eines Tarifvertrages nach seinem Ablauf irgendwelchen Einschränkungen bezüglich der Art und Bedeutung der einzelnen Tarifnormen unterliegen soll; vielmehr gilt auch für Abschlußnormen, daß sie nach Ablauf des Tarifvertrages als solche weitergelten, nun allerdings abdingbar sind, wovon praktisch verbreiteter Gebrauch gemacht wird, so daß insoweit die Nachwirkung nach § 4 Abs. 5 TVG keine oder geringe praktische Bedeutung hat.

Nachwirkende Tarifnormen können aber – und darauf weist die Revision mit Recht hin – durch entgegengesetzte Abmachungen nach § 4 Abs. 5 TVG außer Kraft gesetzt werden. Das hat das Landesarbeitsgericht übersehen, indem es ohne weiteres von der Unwirksamkeit der Abrede über die pauschalierte Fliegerzulage wegen Verstoßes gegen § 4 Abs. 2 BAT ausgeht. Nur aus diesem Grunde wird in der Regel bei Abschlußnormen auch die Nachwirkung des § 4 Abs. 5 TVG nicht praktisch, weil in jedem Abschluß nach Beendigung des Tarifvertrages gleichzeitig eine andere Abrede zu sehen ist, sofern und soweit sie gegen die nur nachwirkende und abdingbare Abschlußnorm verstößt.

Eine solche Vereinbarung entgegen der nur nachwirkenden Abschlußnorm setzt aber voraus, daß eine in diesem Sinne rechtlich relevante Vereinbarung auch tatsächlich im Nachwirkungszeitraum getroffen worden ist. Dazu fehlt es bisher an jeglichen Feststellungen durch das Landesarbeitsgericht. Allein die Tatsache, daß dem Kläger über den 1. Januar 1970 hinaus die pauschalierte Fliegerzulage in Höhe von 45,-- DM monatlich weitergewährt worden ist, rechtfertigt nämlich nicht den rechtlichen Schluß, daß damit auch eine erneute und nunmehr die Norm des § 4 Abs. 2 BAT ver-

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



- 9 -

drängende Abrede zwischen den Parteien getroffen worden ist. Dazu bedarf es vielmehr einer entsprechenden Vereinbarung dieses Inhalts, die allerdings auch stillschweigend getroffen werden konnte, mithin aber einen darauf gerichteten beiderseitigen rechtsgeschäftlichen Willen voraussetzt. Ein solcher ist jedoch nicht unbedingt in der Fortzahlung der pauschalierten Fliegerzulage zu erblicken. Vielmehr ist es durchaus möglich, daß die Parteien, weil sie die Vereinbarung für wirksam hielten, die Zulage nur aufgrund der nichtigen Abrede gezahlt und in Empfang genommen haben, eben weil sie sich über die Unwirksamkeit der Abrede keinerlei Gedanken gemacht hatten.

Auf der anderen Seite spricht die Tatsache, daß mit dem Kläger am 23. November 1970 - also im Nachwirkungszeitraum - ein neuer Arbeitsvertrag nach VergGr. V b BAT abgeschlossen worden ist, dafür, daß auch eine neue, gegebenenfalls auch konkludente Vereinbarung über die Zulage getroffen wurde. Es ist nämlich ein Unterschied, ob eine pauschalierte Zulage in bestimmter Höhe nur zur Vergütung nach VergGr. V c oder nunmehr auch zur Vergütung nach VergGr. V b BAT fortgezahlt werden soll.

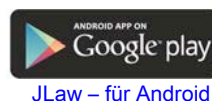
Das Landesarbeitsgericht wird also noch zu prüfen haben, ob die Parteien die Zahlung der pauschalierten Fliegerzulage in rechtlich relevanter Weise im Nachwirkungszeitraum des BAT erneut - und sei es auch nur stillschweigend - im aufgezeigten Sinn vereinbart haben. Eine solche Vereinbarung wäre dann auch entgegen § 4 Abs. 2 BAT als andere **Abmachung** i.S. von § 4 Abs. 5 TVG wirksam und könnte von der Beklagten nicht einseitig, sondern nur durch Vereinbarung mit dem Kläger oder eine **Änderungskündigung** beseitigt werden.

Das Landesarbeitsgericht wird auch über die Kosten der Revision mitzubefinden haben.

gez.: Dr. Neumann Dr. Feller Bichler
 Dr. Bermel Koerner



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)