

Aktenzeichen: 4 AZR 869/78

LAG München

Urteil des BAG vom 28. Januar 1981

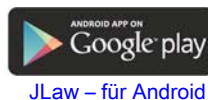
Für das Nachschlagewerk: Ja

Für die Fachpresse: Ja

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Gesetz: TV Arb Bundespost § 19, § 3 Abs. 2; BAT § 4 Abs. 2;
BGB § 145, § 242, § 319; BUKG § 15; TVG § 1 Abs. 1,
§ 4 Abs. 3; ZPO § 156, § 256

- Leitsätze: 1. § 19 TV Arb Bundespost gewährt keinen Anspruch auf Trennungsentschädigung, sondern verweist lediglich auf das Beamtenrecht.
2. Die Vereinbarung über die Gewährung von Trennungsentschädigung an einen Arbeiter der Bundespost stellt eine Nebenabrede im Sinne von § 3 Abs. 2 TV Arb Bundespost dar, die der Schriftform bedarf. Wird die Trennungsentschädigung nach langjähriger Gewährung gekürzt oder entzogen, kann die Berufung auf die fehlende Schriftform rechtsmißbräuchlich sein (§ 242 BGB).



4 AZR 869/78

7 Sa 879/77 München

Verkündet am
28. Januar 1981

gez. Haust,
Regierungsobersekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28. Januar 1981 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Neumann, die Richter Dr. Feller und Dr. Etzel sowie die ehrenamtlichen Richter Koerner und Brocksiepe für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 15. Februar 1978 - 7 Sa 879/77 - aufgehoben.

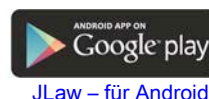
Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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 Kläger ist italienischer Gastarbeiter. Seine Familie wohnt in Italien. Nachdem der Kläger vom 10. April bis 10. Oktober 1964 bei der Beklagten gearbeitet hatte, trat er am 21. Juni 1965 erneut als Postfacharbeiter beim Postamt M in ihre Dienste. Der von den Parteien abgeschlossene Formulararbeitsvertrag vom 21. Juni 1965 sieht für das Arbeitsverhältnis die Geltung des Tarifvertrages für die Arbeiter der Deutschen Bundespost (TVArb) in der jeweils gültigen Fassung vor. Zunächst erhielt der Kläger Vergütung nach der Lohngruppe VII der Anlage 2 zum TVArb in Höhe eines Stundenlohnes von 2,58 DM. Gegenwärtig ist er in der Lohngruppe III eingruppiert. Im September 1976 betrug sein Stundenlohn 9,76 DM. Der Umzug des Klägers wurde seitens der Beklagten nicht angeordnet. Seit Beginn seines Arbeitsverhältnisses bezieht er eine tägliche Trennungsentschädigung von 7,50 DM, nachdem er hierfür im April 1964 und im Juni 1965 einen von ihm unterschriebenen "Fragebogen zur Gewährung von Trennungsentschädigung" eingereicht hatte, an dessen Ende sich vorgedruckt der nachfolgende Hinweis befand:

"Es ist mir bekannt, 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."

Ab August 1965 legte der Kläger der Beklagten jeweils im Abstand von einem halben Jahr eine von ihm unterschriebene formularmäßige "Erklärung zur Weiterbewilligung von Trennungsentschädigung" vor, worin er bestätigte, daß sich seine in dem Fragebogen angegebenen persönlichen Verhältnisse nicht geändert hatten, und worin zugleich um Weitergewährung der Trennungsentschädigung nachgesucht wurde. Seit August 1972 ist in den Formblättern der Hinweis, daß auf Trennungsentschädigung kein Rechtsanspruch bestehe, nicht mehr enthalten. Seitens der Beklagten wurde auf einem Formblatt nach Überprüfung der Voraussetzungen durch das Beschäftigungsamt verwaltungsintern die Weiterge-

- 3



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 3 -

währung der Trennungsentschädigung für jeweils ein Jahr im voraus verfügt. Sie wurde dem Kläger unabhängig von seinem Arbeitslohn am 1. und 16. eines jeden Monats ausgezahlt.

Die Gewährung der Trennungsentschädigung beruhte auf einer Verfügung (Erlaß) des Bundesministers für das Post- und Fernmeldewesen vom 13. Mai 1960 - III E 3 8641 - O B. Während für die sonstigen Postbediensteten die Tagessätze für die Trennungsentschädigung zwischenzeitlich mehrfach angehoben worden sind und bei einem dem Kläger entsprechenden Postfacharbeiter zuletzt 16,20 DM betrugen, haben die Arbeitnehmer, deren Familien wie die des Klägers im Ausland wohnen, an diesen Erhöhungen nicht teilgenommen.

Nach Maßgabe der entsprechenden Bestimmungen des Bundesfinanzministeriums änderte der Bundesminister für das Post- und Fernmeldewesen durch Erlaß vom 29. Juli 1976 (322 - 6 8641 -0) den vorgenannten Erlaß vom 13. Mai 1960 mit der Folge ab, daß Gastarbeitern mit Familienwohnsitz im Ausland die Trennungsentschädigung ab 1. Januar 1977 höchstens noch für fünf Jahre weitergezahlt wird. Weiter sieht die neue Erlaßregelung für Gastarbeiter, die wie der Kläger die Trennungsentschädigung schon fünf Jahre oder länger beziehen, vor, daß zunächst einmal der Tagessatz nach näherer zeitlicher Maßgabe gekürzt wird und ab 1. Januar 1978 die Trennungsentschädigung ganz wegfällt. Das teilte die Beklagte unter dem 21. Oktober 1976 dem Kläger mit.

Mit der Klage begehrt der Kläger die Feststellung, daß die Beklagte nicht berechtigt ist, die ihm bisher gezahlte Trennungsentschädigung von täglich 7,50 DM zu kürzen oder zu streichen. Dazu hat der Kläger vorgetragen, bei Abschluß seines Arbeitsvertrages sei mit ihm wirksam vereinbart worden, daß er neben seinem Arbeitslohn eine Trennungsentschädigung in Höhe von täglich 7,50 DM erhalten solle. Andernfalls wären er und seine ausländischen Kollegen schon wegen des damals sehr geringen Stundenlohnes von 2,58 DM nicht in die Dienste der Beklagten getreten. Unter diesen Umständen habe er angenommen und darauf vertrauen dürfen, daß die Trennungsentschädigung ein fester Bestandteil seines Arbeitsentgeltes sei. Daraus folge zugleich, daß die Vereinbarung über die Gewährung der Trennungsentschädigung



keine "Nebenabrede" im tariflichen Sinne sei. Abgesehen davon sei bei der Gewährung der Trennungsentschädigung auch die tarifliche Schriftform gewahrt worden, da sowohl er selbst den Antrag jeweils schriftlich gestellt als auch der zuständige Beamte der Beklagten die Bewilligung jeweils schriftlich verfügt habe. Zumindest handele die Beklagte arglistig, wenn sie sich nunmehr auf die unterlassene Wahrung der Schriftform berufe. Dabei dürfe nicht unberücksichtigt gelassen werden, daß die Beklagte die Trennungsentschädigung in den Jahren der Arbeitskräfteknappheit als Mittel zur Anwerbung der Gastarbeiter benutzt habe. Seine fehlende Umzugsbereitschaft sei der Beklagten immer bekannt gewesen. Jedenfalls sei durch die jahrelange gleichmäßige Gewährung der Trennungsentschädigung zu seinen Gunsten nach der Art einer betrieblichen Übung ein Vertrauenstatbestand begründet worden, der es der Beklagten nicht gestatte, die Trennungsentschädigung nunmehr wieder zu kürzen oder wegfallen zu lassen. Zugleich verstoße das Verhalten der Beklagten gegen den dem Arbeitsvertragsrecht angehörenden Gleichbehandlungsgrundsatz sowie gegen das Diskriminierungsverbot der EWG-Verordnung Nr. 1612/68. Demgemäß hat der Kläger beantragt

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

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und erwidert, eine vertragliche Vereinbarung über die Gewährung der Trennungsentschädigung sei mit dem Kläger nicht zustandegekommen. Sie hätte zudem, weil es sich dabei um eine "Nebenabrede" handeln würde, der tariflichen Schriftform bedurft. Sie habe die Trennungsentschädigung nicht dazu benutzt, um ausländische Gastarbeiter für sich zu gewinnen. Als der Kläger in ihre Dienste getreten sei, sei die Zahl ihrer ausländischen Arbeitnehmer noch sehr gering gewesen. Vom Erfordernis der Umzugswilligkeit habe sie bei ihnen zum Vorteil der Gastarbeiter abgesehen. Inzwischen hätten sich jedoch die Verhältnisse grundlegend geändert. Insbesondere sei die Zahl der Gastarbeiter erheblich größer geworden. Auch entschlöße sich ein wachsender Anteil davon zum Verbleiben



in der Bundesrepublik. Der Erlaß des Bundesministers für das Post- und Fernmeldewesen aus dem Jahre 1976 beruhe auf den Entscheidungen des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften und des Bundesarbeitsgerichts in einem parallel gelagerten Fall. Die Regelung sei verfassungskonform und mit dem Recht der EWG vereinbar. Der Kläger übersehe, daß bei inländischen Arbeitnehmern nach wie vor Umzugsbereitschaft verlangt und bei Nachweis einer zumutbaren Wohnung die Zahlung der Trennungsentschädigung eingestellt werde, während sie sich bei im Ausland wohnenden Gastarbeitern wie eine Zulage auswirke.

Das Arbeitsgericht hat nach dem Klagebegehren erkannt und den Streitwert auf 8.100,-- DM festgesetzt. Das Landesarbeitsgericht hat bei unverändertem Streitwert die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Der Kläger beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung kann dem Klagebegehren nicht entsprochen werden.

Zwar hätte der Kläger die gekürzte und nach Ablauf der vorgesehenen Frist weggefallene Trennungsentschädigung auch im Wege der Leistungsklage geltend machen können. Gleichwohl ist, wie schon das Arbeitsgericht mit Recht annimmt, die vom Kläger erhobene Feststellungsklage zulässig im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO. Die Beklagte hat nämlich zu erkennen gegeben, daß sie auch einem nicht zur Zwangsvollstreckung geeigneten Feststellungsurteil nachkommen wird. Ein solches ist zudem geeignet, den gesamten Streitkomplex zwischen den Parteien abschließend zu regeln (vgl. das Urteil des Senats vom 5. März 1980 - 4 AZR 245/78 -, [demnächst] AP Nr. 50 zu § 611 BGB Dienstordnungs-Angestellte, auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt, sowie BAG AP Nr. 3 zu § 42 BAT).



- 6 -

Im Ergebnis zutreffend nimmt das Landesarbeitsgericht an, daß der Kläger keinen tariflichen Anspruch auf Fortzahlung der eingeklagten Trennungsentschädigung hat. Zwar ist der Kläger nicht Mitglied der Deutschen Postgewerkschaft, die mit dem Bundesminister für das Post- und Fernmeldewesen für die Arbeiter der Beklagten den Tarifvertrag für die Arbeiter der Deutschen Bundespost vom 6. Januar 1955 (TVArb) abgeschlossen hat, so daß zu seinen Gunsten eine normative Tarifgeltung nach Maßgabe der §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 Satz 1 TVG ausscheidet. Gleichwohl haben die Parteien nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts mit ihrem schriftlichen Arbeitsvertrag vom 21. Juni 1965 die Geltung dieses Tarifvertrages in seiner jeweiligen Fassung als Vertragsrecht vereinbart. Demgemäß gilt als Vertragsrecht zwischen den Parteien auch § 19 Abs. 4 Buchst. d) TVArb, worin bestimmt wird:

"Die Arbeiter erhalten Umzugskostenvergütung und Trennungsentschädigung in sinngemäßer Anwendung der für die Beamten der Deutschen Bundespost jeweils geltenden Bestimmungen....."

Aus Anlaß der Einstellung in den Dienst der Deutschen Bundespost an einem anderen Ort als dem bisherigen Wohnort kann dem Arbeiter Umzugskostenvergütung zugesagt werden, wenn der Arbeitsplatz zur Befriedigung eines dringenden dienstlichen Bedürfnisses auf die Dauer von mindestens zwei Jahren besetzt werden muß."

Damit verweisen die tariflichen Bestimmungen im übrigen auf das einschlägige Beamtenrecht. Das ist vorliegend das Bundesumzugskostengesetz (BUKG) in der Fassung vom 13. November 1973 (BGBl. I S. 1629), das seinerseits in § 15 Abs. 2 bestimmt:

"Bei Einstellungen an einem anderen Ort als dem bisherigen Wohnort bestimmt der Bundesminister des Innern, in welchen Fällen das Trennungsgeld ganz oder teilweise gewährt werden kann."

Entgegen ihren früheren Fassungen enthält die nunmehr heranzuziehende Trennungsgeldverordnung (TGV) vom 22. November 1973 (BGBl. I S. 1715) hierzu keine ausführenden Bestimmungen mehr, so daß es an Ausführungsvorschriften zu § 15 Abs. 2 BUKG in der Rechtsform der Rechtsverordnung nunmehr fehlt. Das ist jedoch deswegen unschädlich, weil § 15 Abs. 2 BUKG für die Ausführungs-

- 7 -

vorschriften eine bestimmte Form nicht vorschreibt, so daß insoweit auch Ausführungsvorschriften im Erlaßwege ausreichend sind. Demgemäß ist es genügend, wenn der Bundesminister des Innern mit Erlaß (Rundschreiben) vom 14. Dezember 1973 (GMBI. 1974, S. 46) sein Einverständnis dazu erklärt hat, daß bis zur Neuregelung der Materie nach dem Erlaß (Rundschreiben) vom 31. März 1965 in der Fassung vom 28. September 1965 verfahren werden soll, worin bestimmt wird:

"Beamten, deren bisheriger Wohnort im Ausland liegt, kann, wenn an ihrer Gewinnung ein besonderes dienstliches Interesse besteht, im Einzelfall mit Zustimmung der obersten Dienstbehörde Trennungsentschädigung gewährt werden."

Zwar hat sich damit entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts im Verhältnis zu den Ausführungen des Senats in dem Urteil vom 28. März 1973 - 4 AZR 240/72 - (BAG 25, 133 [137 ff.] = AP Nr. 5 zu Art. 177 EWG-Vertrag) die Rechtslage geändert. Aber auch nach der eingetretenen Änderung der Rechtslage hat der Kläger nach dem in seinem Arbeitsvertrag in Bezug genommenen TVArb keinen Anspruch auf Zahlung bzw. Weitergewährung der eingeklagten Trennungsentschädigung.

Zutreffend nimmt das Landesarbeitsgericht weiter an, daß die Parteien auch nicht anderweitig einzelvertraglich zugunsten des Klägers die Gewährung der Trennungsentschädigung vereinbart haben. Der von ihnen abgeschlossene schriftliche Arbeitsvertrag vom 21. Juni 1965 enthält nämlich keine entsprechende Vereinbarung. Weiter geht das Landesarbeitsgericht zutreffend davon aus, daß eine gesonderte schriftliche Vereinbarung hierüber zwischen den Parteien ebenfalls nicht zustandegekommen ist und eine darüber getroffene nicht der Schriftform entsprechende Vereinbarung unwirksam wäre, weil sie § 3 Abs. 2 TVArb widersprechen würde, worin in Übereinstimmung mit § 4 Abs. 2 BAT und sonstigen vergleichbaren Tarifnormen aus dem Bereiche des allgemeinen öffentlichen Dienstes bestimmt wird:

"Nebenabreden sind nur wirksam, wenn sie schriftlich vereinbart werden."

- 8 -



Mit Recht erblickt das Landesarbeitsgericht in der Vereinbarung einer Trennungsentschädigung eine "Nebenabrede" im Sinne der Tarifnorm (vgl. BAG AP Nr. 2 zu § 1 TrennungsgeldVO). Das wird vom Landesarbeitsgericht sachgerecht damit begründet, daß es sich hierbei nicht um eigentliches Entgelt für die vom Kläger geleistete Arbeit im Sinne von § 611 BGB handele, sondern um einen pauschalierten Aufwendungsersatz, daß die Trennungsentschädigung steuerfrei sei und auch für solche Tage gewährt werde, an denen der Kläger nicht zu arbeiten brauche. Daraus folgert das Landesarbeitsgericht weiter rechtsfehlerfrei, daß eine entsprechende individuelle Vereinbarung der Parteien den Erfordernissen des § 126 Abs. 2 BGB hätte entsprechen müssen, da es sich bei der in § 3 Abs. 2 TVArb geforderten Schriftform im Hinblick auf den Normencharakter der tariflichen Bestimmung in Verbindung mit Art. 2 EGBGB um eine gesetzliche Schriftform handelt (vgl. BAG AP Nr. 5, 2 und 1 zu § 4 BAT).

Dabei läßt das Landesarbeitsgericht mit Recht nicht unberücksichtigt, daß der Kläger in halbjährigem Abstand unter Verwendung des entsprechenden Formulars auf dem Dienstweg jeweils neu die Gewährung der Trennungsentschädigung beantragt hat. Hierbei handelt es sich um einen "typischen Erklärungssachverhalt" (vgl. Stein-Jonas-Grunsky, ZPO, 19. Aufl., § 549 III B 4 d), der es dem Senat ermöglicht, diese Erklärungen des Klägers selbständig und unbeschränkt auszulegen (vgl. die Urteile des Senats vom 24. September 1980 - 4 AZR 744/78 -, [demnächst] AP Nr. 7 zu §§ 22, 23 BAT Lehrer, auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt, und 30. Januar 1980 - 4 AZR 1098/77 -, [demnächst] AP Nr. 6 zu §§ 22, 23 BAT Lehrer, mit weiteren Nachweisen). Unbedenklich können diese Erklärungen als zivilrechtlich relevante Anträge im Sinne von § 145 BGB angesehen werden. Das gilt jedoch entgegen der Meinung des Klägers nicht für die auf der zweiten Seite der Vordrucke befindliche "Stellungnahme des Amtes". Hierbei handelt es sich nämlich, wie auch das Landesarbeitsgericht mit Recht annimmt, gerade nicht um eine zivilrechtliche Gegenerklärung der Beklagten, sondern um eine lediglich behördenintern-bedeutsame, amtliche Stellungnahme des jeweiligen Beschäftigungspostamtes, vorliegend des Bahnpostamtes M ,



für die bewilligende Dienststelle der Beklagten. Damit steht fest, daß die Parteien eine den Erfordernissen des § 3 Abs. 2 TVArb entsprechende Vereinbarung über die Gewährung der Trennungsentschädigung an den Kläger nicht getroffen haben.

Der im beiderseitigen Parteivortrag bedeutsamen Rechtsfrage, ob die fehlende Schriftform wegen Arglist bzw. Rechtsmißbrauchs keine Berücksichtigung verdient, geht im Gegensatz um Arbeitsgericht das Landesarbeitsgericht nicht nach. Es führt hierzu aus, auf diese Frage komme es deswegen nicht an, weil der Kläger seit dem Jahre 1976 einen entsprechenden Rechtsanspruch aufgrund betrieblicher Übung besitze. Dabei müsse berücksichtigt werden, daß die Formulare zur Beantragung der Weiterbewilligung der Trennungsentschädigung seit August 1972 nicht mehr den Satz enthalten hätten, daß auf die Trennungsentschädigung kein Rechtsanspruch bestehe. Damit sei die Klage jedenfalls aufgrund einer von der Beklagten selbst herbeigeführten betrieblichen Übung begründet, weswegen sich die Beklagte

"aus Gründen des Vertrauensschutzes ihr Verhalten im Sinne einer Bindung für die Zukunft zurechnen lassen müsse."

Hieraus folgert das Landesarbeitsgericht weiter:

"Dieser Vertrauenstatbestand verdrängt die Schriftform. Dabei braucht zur Begründung § 242 BGB nicht herangezogen zu werden, denn eine tarifliche Formvorschrift kann für die betriebliche Übung nicht gelten."

Dieser Rechtsauffassung des Landesarbeitsgerichts, die auch von der Revision gerügt wird, vermag der Senat nicht zu folgen. Einmal übersieht das Landesarbeitsgericht, daß auch die ab August 1972 von den Antragstellern verwendeten Formulare wie die früher verwendeten einen Hinweis darauf enthielten, daß Entzug und Rückzahlung der Trennungsentschädigung unter bestimmten Voraussetzungen möglich sind. Schon hieraus ergibt sich nach den eigenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts, daß die Beklagte entgegen seiner Rechtsauffassung nunmehr keineswegs eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung zugunsten der jeweiligen



- 10 -

Antragsteller hat eingehen oder eine entsprechende betriebliche Übung hat entstehen lassen wollen. Abgesehen davon übersieht das Landesarbeitsgericht, daß auch eine betriebliche Übung mit der Folge einer aus ihr resultierenden Leistungspflicht des Arbeitgebers nicht ohne rechtliche Verpflichtungserklärung möglich ist, wenn diese auch häufig in konkludenter Weise abgegeben wird. Damit hat die betriebliche Übung ihre Rechtsgrundlage im Arbeitsvertragsrecht und setzt demgemäß zur Entstehung individueller Ansprüche voraus, daß der Arbeitgeber zumindest ein Verhalten an den Tag gelegt hat, das sein Einverständnis mit der Entstehung entsprechender Rechte erkennen oder doch wenigstens vermuten bzw. darauf schließen läßt (vgl. die Urteile des Senats vom 5. März 1980 -4 AZR 245/78 -, [demnächst] AP Nr. 50 zu § 611 BGB Dienstordnungs-Angestellte, auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt, AP Nr. 11 zu § 242 BGB Betriebliche Übung und AP Nr. 6 zu § 4 BAT, ferner BAG AP Nrn. 1, 5 und 9 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Band I, S. 150 ff.; Nikisch, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 3. Aufl., Band I, S. 262 ff.; Söllner, Arbeitsrecht, 6. Aufl., S. 167 - 168). Damit erweist sich auch die Rechtsauffassung des Klägers in der Revisionserwiderung und in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat als fehlerhaft, wonach es bei einer betrieblichen Übung immer an einem bürgerlichrechtlichen Erklärungswillen fehle bzw. an einem diesem entsprechenden rechtserheblichen tatsächlichen Verhalten. Diese Auffassung des Klägers ist schon deswegen fehlerhaft, weil damit einer betrieblichen Übung der Charakter von Rechtsnormen beigemessen würde, womit die betriebliche Übung in vom Gesetzgeber nicht beabsichtigte rechtliche Konkurrenz mit Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen treten würde, denen die Rechtsordnung diesen Rechtscharakter beimißt (§ 1 Abs. 1 TVG, § 77 BetrVG).

Ist aber aus den dargelegten Gründen die betriebliche Übung dem Vertragsrecht zuzuordnen und bedarf es daher zur Entstehung darauf beruhender individueller Rechtsansprüche eines zivilrechtlichen Verpflichtungstatbestandes, dann kann entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts und des Klägers im

- 11 -



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



Widerspruch zu § 3 Abs. 2 TVArb auch auf diesem Wege kein Anspruch auf Trennungsentschädigung zugunsten des Klägers entstanden sein. Es ist nämlich Sinn und Zweck dieser Tarifnorm, daß Nebenabreden nur im Wege der tariflichen Schriftform und nicht anderweitig wirksam begründet werden sollen, wobei es gleichgültig ist, ob die betreffende vertragliche Verpflichtung auf einer bloß mündlichen oder konkludent getroffenen Einzelvereinbarung oder auf einer betrieblichen Übung beruht. Eine derartige tarifliche Regelung für Nebenabreden ist auch unbedenklich möglich, da sie lediglich für die Begründung abweichender bzw. ergänzender Vereinbarungen aus Ordnungsgründen ein Formerfordernis aufstellt (vgl. BAG 23, 424 [427] = AP Nr. 15 zu § 611 BGB Bergbau und BAG 24, 279 [283 - 285] = AP Nr. 16 zu § 611 BGB Bergbau mit weiteren Nachweisen). Demgegenüber kann der Kläger nicht erfolgreich einwenden, die tarifliche Regelung widerspreche dem Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG. Dabei verkennt der Kläger, daß die Tarifnorm die Begründung gegenüber den tariflichen Bestimmungen günstigerer Regelungen im Wege einzelvertraglicher Vereinbarung keineswegs verbietet, sondern lediglich, wie es auch einzelvertraglich verbreitet geschieht, an die Einhaltung der Schriftform knüpft (vgl. Clemens-Scheuring-Steingen-Görner-Opalke-Wiese, § 4 BAT Anm. 9 c). Dem steht § 4 Abs. 3 TVG nicht entgegen.

Damit kommt es, wie schon das Arbeitsgericht zutreffend erkannt hat, entgegen der Meinung des Landesarbeitsgerichts doch entscheidend darauf an, ob im Verhältnis zum Kläger die fehlende Schriftform sich als Verstoß gegen § 242 BGB bzw. als arglistig darstellt. Dies wird das Landesarbeitsgericht nunmehr zu überprüfen haben. Dabei wird es auf die hierzu ergangene höchstgerichtliche Rechtsprechung (vgl. BAG AP Nrn. 1 und 2 zu § 4 BAT, mit weiteren Nachweisen) Bedacht zu nehmen und den entsprechenden Parteivortrag sowie die Ausführungen des Arbeitsgerichts zu berücksichtigen haben. Besondere Bedeutung wird dabei neben der langjährigen Gewährung der Trennungsentschädigung dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes beizumessen sein, auf den der Kläger hinweist, da bei einer betrieblichen Übung oder einer ihr entsprechenden Tatsachen- und Rechtslage diesem rechtlichen

Kriterium besonderes Gewicht zukommt



[JLaw - Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

Entgegen der von den Parteien in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat geäußerten Auffassung kann jedoch über die Frage, ob vorliegend dem Erfordernis der tariflichen Schriftform der Einwand der Arglist entgegensteht, vom Senat nicht selbst entschieden werden. Einmal kommt nämlich hierbei den Tatsachengerichten ein Beurteilungsspielraum zu (vgl. das Urteil des Senats vom 18. Juni 1980 - 4 AZR 463/78 -, [demnächst] AP Nr. 68 zu § 4 TVG Ausschußfristen). Außerdem fehlt es an entsprechenden Feststellungen und an einer rechtlichen Würdigung des Parteivorbringens im angefochtenen Urteil.

Sollte das Landesarbeitsgericht bei seiner Überprüfung zu dem Ergebnis kommen, daß die unterlassene Einhaltung der tariflichen Schriftform nicht arglistig ist bzw. gegen § 242 BGB verstößt, so wird das Landesarbeitsgericht weiterhin zu beachten haben, daß dann die Entscheidung des Rechtsstreits davon abhängt, ob die Bestimmung bzw. Anordnung des Bundesfinanzministeriums, die zur Änderung der Trennungsgeldgewährung an die Gastarbeiter der Beklagten geführt hat, offenbar unbillig im Sinne von § 319 BGB ist. Die §§ 317 ff. BGB sind dann deswegen heranzuziehen, weil ein Dritter, nämlich die Bundesrepublik Deutschland durch ihre zuständigen Ministerien, diese Entscheidung auch mit Wirkung für die mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete Beklagte getroffen hat. Dabei wird zu berücksichtigen sein, daß offenbare Unbilligkeit im Sinne von § 319 BGB dann zu bejahen ist, wenn sich die Unbilligkeit jedermann oder wenigstens dem sachkundigen und unbefangenen Beobachter unmittelbar aufdrängt (vgl. BAG AP Nr. 2 zu § 319 BGB mit weiteren Nachweisen aus Rechtsprechung und Lehre).

Nicht begründet ist die Klage im Hinblick auf den dem Arbeitsvertragsrecht zugehörigen Gleichbehandlungsgrundsatz. Eine Verletzung dieses Grundsatzes kommt nur dann in Betracht, wenn vom Arbeitgeber gleichliegende Fälle aus unsachlichen oder sachfremden Gründen ungleich behandelt werden und deswegen eine willkürliche Ungleichbehandlung vorliegt (vgl. das Urteil des Senats vom 24. September 1980 - 4 AZR 727/78 -, [demnächst] AP Nr. 36 zu §§ 22, 23 BAT 1975, mit weiteren Nachweisen). Derartige Umstände



hat der Kläger nicht vorgetragen. Vielmehr ist er nach seinem Parteivortrag wie die sonstigen Gastarbeiter der Beklagten behandelt worden. Wenn unstreitig in einzelnen Fällen die Beklagte mit solchen Arbeitnehmern unter Beachtung der Tarifnorm vertragliche Vereinbarungen über die Gewährung der Trennungsschädigung getroffen hat, so kann sich darauf der Kläger schon deswegen nicht berufen, weil das offensichtlich irrtümlich und unter Verletzung der entsprechenden Verwaltungsvorschriften geschehen ist.

Eine gleiche rechtliche Behandlung mit den inländischen Arbeitern der Beklagten kann der Kläger ohnehin nicht verlangen, da bei diesen andere tatsächliche Voraussetzungen vorliegen als bei den Gastarbeitern ohne Umzugsbereitschaft. Insoweit wird auf die entsprechenden Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (BAG 25, 133 [140] = AP Nr. 5 zu Art. 177 EWG-Vertrag) und des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften verwiesen (vgl. AP Nr. 6 zu Art. 177 EWG-Vertrag). Daraus geht zugleich hervor, daß die entsprechende rechtliche Differenzierung zwischen inländischen und ausländischen Postarbeitern auch nicht gegen Schutzvorschriften des Rechts der Europäischen Gemeinschaften verstößt. Schließlich scheiden Ministerialerlasse schon deswegen als Anspruchsgrundlage aus, weil sie lediglich innerbetriebliche Bedeutung haben und ihre Geltung mit dem Kläger nicht einzelvertraglich vereinbart worden ist (vgl. das Urteil des Senats vom 4. Juni 1980 - 4 AZR 497/78 -, [demnächst] AP Nr. 4 zu § 21 MTB II mit weiteren Nachweisen).

Da schon aus Gründen des materiellen Rechts zurückverwiesen werden muß, kommt es auf die prozessualen Rügen der Revision nicht mehr entscheidend an.

Das Landesarbeitsgericht wird auch über die in der Revisionsinstanz entstandenen Kosten mitzuentcheiden haben.

gez.: Dr. Neumann

Dr. Etzel hat Urlaub
Dr. Neumann

Dr. Feller

Koerner

Brocksiepe

