

**BAG - Betriebliche Übung – Kirchliche Mitarbeiter**

- 1. Ein Mitarbeiter im Sozial- und Erziehungsdienst, der im teilstationären Bereich eines Erziehungsheimes nur vorübergehend am Tage anwesende Kinder betreut, hat keinen Anspruch auf eine Heimzulage. Diese soll bei den Bediensteten die besonderen Erschwernisse ganztägiger Heimunterbringung abgelten.**
  
- 2. Ein Anspruch auf Heimzulage kann aufgrund betrieblicher Übung erwachsen, wenn der Arbeitgeber trotz fehlender Voraussetzungen über einen längeren Zeitraum die Zahlungen erbringt, obwohl er den Arbeitnehmer versetzt hat, Vertragsgestaltung und Vertragshandhabung keine strenge Bindung an die Arbeitsvertragsrichtlinien erwarten lassen und die Zahlungen bei notwendigen Gehaltsanpassungen bestätigt werden.**
  
- 3. Bei Arbeitnehmern des Diakonischen Werkes ist nicht ohne weiteres davon auszugehen, daß sie nur auf eine Behandlung nach den Arbeitsvertragsrichtlinien vertrauen können.**

*BAG 4. Senat, Urteil vom 26.05.1993 - 4 AZR 130/93, 2. Instanz: LAG Hamm*

Die Parteien streiten über die Fortzahlung einer der Kl. bis zum 31. 12. 1991 gezahlten Heimzulage.

Die Kl. ist seit dem 1. 9. 1986 bei der Bekl. als Mitarbeiterin im pädagogischen Bereich aufgrund eines Arbeitsvertrages vom 14. 8. 1986 beschäftigt. Im Text des Arbeitsvertrages heißt es u. a.:

"§ 2 Als Vertragsinhalt gelten die Richtlinien für Arbeitsverträge für Anstalten und Einrichtungen, die dem Diakonischen Werk - Innere Mission und Hilfswerk - der Evangelischen Kirche in Deutschland angeschlossen sind, in der jeweils gültigen Fassung.

§ 3 Die Angestellte erhält Vergütung in freier Vereinbarung von 1713,62 DM brutto monatl.

§ 7 Bei Meinungsverschiedenheiten, die sich aus dem Dienstverhältnis ergeben, haben die Vertragschließenden zunächst die Schlichtungsstelle bei dem jeweils für die Einrichtung zust. Diakonischen Werk der Evangelischen Kirche anzurufen.

§ 9 Mündl. Nebenabreden sind nicht getroffen. Änderungen oder Ergänzungen des Vertrages bedürfen der Schriftform ..."

In der Arbeitsvertragsergänzung vom 20. 1. 1987 vereinbarten die Parteien gemäß den Arbeitsvertragsrichtlinien (AVR) eine Vergütung nach der VergGr. VI b.

Die Bekl. ist eine mit der Evangelischen Kirche verbundene Einrichtung. Sie unterhält in der gesamten Bundesrepublik Einrichtungen verschiedenster Art auf dem Gebiet der Sozialpädagogik, insbesondere Kinder- und Jugendwohnheime, Wohngruppen, Einrichtungen des betreuten Wohnens und Tagesgruppen. In den Tagesgruppen werden die Kinder und Jugendl. nur tagsüber betreut und zwar teilweise ganztätig, teilweise nur nachmittags, teilweise aber auch nur an einigen Tagen in der Woche. Die Kl. ist examinierte Erzieherin. Sie hat die Aufgabe, für die entwicklungsgerechte Förderung sowie die pflegerische und gesundheitl. Versorgung der Kinder zu sorgen. Bei den zu betreuenden Personen handelt es sich überwiegend um seelisch oder geistig gestörte, gefährdete oder schwer erziehbare Kinder und Jugendl.

Die Kl. arbeitete ursprüngl. in der stationären Wohngruppe Amal in F. Dort werden Kinder und Jugendl. über Tag und Nacht betreut. Während dieser Tätigkeit zahlte ihr die Bekl. gem. der Anmerkung Nr. 1 Einzelgruppenplan (EGP) Diakonie Ziff. 21 eine Heimzulage. Seit November 1989 ist die Kl. in der Tagesgruppe III (K/M bei S.) tätig. Sie betreut dort mit 2 weiteren Erziehern Kinder und Jugendl. im Alter von 6 bis 15 Jahren. Die Betreuung erfolgt in der Zeit zwischen 11.30 Uhr bis 17.30 Uhr. Während der restl. Zeit halten sich die Kinder/Jugendl. bei ihren Familien auf, mit Ausnahme von Wochenendfreizeiten und Ferienmaßnahmen. Die Tagesgruppe ist nicht mit einem Heimbetrieb der Bekl. organisatorisch verbunden.

Die Bekl. zahlte der Kl. und 3 weiteren in vergleichbarer Situation befindl. Erzieherinnen auch nach dem Wechsel in die Tagesgruppe die Heimzulage bis einschließl. November 1991 weiter. Mit Schreiben vom 11. 11. 1991 teilte sie der Kl. mit, sie sei aufgrund der Änderung der Einzelgruppenpläne zur Eingruppierung im Erziehungs- und Sozialdienst durch die Arbeitsrechtl. Kommission mit Wirkung vom 1. 1. 1991 in die VergGr. Vb AVR eingruppiert. Weiter heißt es in dem Schreiben:

"Die Heimzulage erhöht sich ab diesem Zeitpunkt von 90 DM auf 120 DM."

In der Dezemberabrechnung 1991 behielt die Bekl. insgesamt 1320 DM ein mit der Begründung, die Heimzulage sei in den vorausgegangenen 12 Monaten zu Unrecht gezahlt worden. Daraufhin setzten sich die betroffenen Erzieherinnen mit der Buchhaltung der Bekl. in Verbindung und erklärten, sie seien grundsätzl. mit der Rückforderung einverstanden, wenn der Anspruch auf die Heimzulage nicht mehr vorliegen solle. Gleichzeitig baten sie um ratenweisen Abzug über einen Zeitraum von 6 Monaten. Die Bekl. zahlte daraufhin den einbehaltenen Betrag zurück.

Die Kl. hat die Auffassung vertreten, sie habe Anspruch auf die Heimzulage, obwohl sie nicht in einem Heim im technischen Sinne arbeite. Nach der Anmerkung Nr. 1 zum EGP-Diakonie Ziff. 21 sei nur Tatbestandsmerkmal, daß die Kinder oder Jugendl. zum Zweck der Erziehung, Ausbildung oder Pflege ständig untergebracht seien. Da die Bekl. Heimbetriebe einerseits und betreutes Wohnen bzw. Wohngruppen andererseits führe, käme es nicht darauf an, ob sie selbst in einem Heim mit ständig dort untergebrachten Kindern arbeite. Es reiche aus, wenn der Arbeitgeber auch solche Heime unterhalte.

Die Kl. hat zuletzt beantragt,

1. die Bekl. zu verurteilen, an sie 600 DM brutto nebst ... Zinsen zu zahlen;
2. die Bekl. zu verurteilen, an sie ab Juni 1992 monatl. 120 DM brutto als Heimzulage zu zahlen.

Die Bekl. hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie hat vorgetragen, der Kl. stehe seit November 1989 die begehrte Heimzulage nicht mehr zu, denn sie sei ab diesem Zeitpunkt nicht mehr in einem Heim im Sinne der Anmerkung Nr. 1 des EGP-Diakonie Ziff. 21 tätig. Der Begriff des Heims setze eine Unterbringungsform voraus, die als Ersatz für das übliche Leben in einer Familie dienen solle. Dies sei bei Tagesgruppen nicht gegeben. Auch fehle es wegen des nur zeitweiligen Aufenthalts am Merkmal der ständigen Unterbringung. Der Anspruch der Kl. ergebe sich auch nicht aus betriebl. Übung. Die Heimzulage sei anläßl. des Wechsels der betroffenen Erzieherinnen in die Tagesgruppen nur versehentl. nicht storniert worden. Dies sei erst bei einer entsprechenden Kontrolle entdeckt worden.

Zudem würden auch andere Mitarbeiter der Bekl. keine Heimzulage erhalten, sofern sie in Tagesgruppen arbeiteten.

Das ArbG hat die Klage abgewiesen. Das LAG hat ihr auf die Berufung der Kl. stattgegeben. Die Revision der Bekl. blieb im wesentl. ohne Erfolg.

### **Aus den Gründen:**

Das LAG ist zu Recht von einer Verpflichtung der Bekl. zur Zahlung der Heimzulage gegenüber der Kl. ausgegangen.

I. Die Klage ist zulässig.

1. Der Zulässigkeit der Klage steht nicht die Schlichtungsvereinbarung in § 7 des Arbeitsvertrages entgegen. Es ist bereits fragl., ob die Parteien mit dieser Abrede die Zulässigkeit einer Klageerhebung davon abhängig machen wollten, daß zunächst die Schlichtungsstelle angerufen wird. Die Zulässigkeit einer arbeitsgerichtl. Klage ist dort nicht erwähnt. Zudem ist in § 2 des Arbeitsvertrages die Geltung der Arbeitsvertragsrichtlinien des Diakonischen Werkes der Evangelischen Kirche in Deutschland (AVR-Diakonie) vereinbart. In § 44 AVR-Diakonie heißt es zum Schlichtungsverfahren:

"Sofern bei dem zust. gliedkirchl. Diakonischen Werk eine Schlichtungsstelle gebildet ist, können Dienstgeber und Mitarbeiter bei Meinungsverschiedenheiten, die sich aus dem Dienstverhältnis ergeben, zunächst die Schlichtungsstelle anrufen. Die Behandlung eines Falles vor der Schlichtungsstelle schließt die Anrufung des Arbeitsgerichtes nicht aus."

Damit haben Dienstgeber und Mitarbeiter ein Wahlrecht, ob sie die Schlichtungsstelle anrufen oder sogleich vor dem ArbG Klage erheben wollen. Dem Text des § 7 des Arbeitsvertrages läßt sich nicht entnehmen, die Parteien hätten trotz der Vereinbarung der Arbeitsvertragsrichtlinien in § 2 des Arbeitsvertrages von der Freiwilligkeit des Schlichtungsverfahrens abweichen wollen.

Zumindest haben sie aber für die vorliegende Streitigkeit auf die Einhaltung des Schlichtungsverfahrens konkludent verzichtet. Weder hat eine der Parteien die

Schlichtungsstelle angerufen noch hat die Bekl. gerügt, daß die Kl. diese nicht vor Klageerhebung eingeschaltet hat.

2. Der Antrag zu 2) ist als Leistungsklage auf künftige Leistung unzulässig. Die Kl. macht mit ihrer Klage insoweit zukünftiges Arbeitsentgelt geltend. Die entsprechende Zahlungspflicht der Bekl. steht im synallagmatischen Verhältnis zur Arbeitsleistung. Nach der Anmerkung Nr. 1 des EGP-Diakonie Ziff. 21 wird die Zulage nur für Zeiträume gezahlt, für die Bezüge zustehen. Die Zulässigkeit einer Klage auf künftige Geldforderungen nach § 257 ZPO setzt jedoch voraus, daß sie nicht von einer Gegenforderung abhängen (BAG 24, 63, 66 = AP Nr. 154 zu § 242 BGB Ruhegehalt [1 der Gründe]; *Germelmann/Matthes/Prütting*, ArbGG, § 46 Rz 47).

Die Klage auf künftige Lohnzahlung ist auch nicht gem. § 259 ZPO zulässig, da nach den Umständen nicht die Besorgnis besteht, die Bekl. werde sich der rechtzeitigen Zahlung entziehen (vgl. BAG Urt. vom 29. 7. 1960 - 5 AZR 532/59 - AP Nr. 2 zu § 259 ZPO [1 der Gründe]). Die Parteien streiten über die Auslegung der Arbeitsvertragsrichtlinien und eine mögliche Verpflichtung der Bekl. aus betriebl. Übung. Es ist damit davon auszugehen, daß die Bekl. auch im Falle eines Unterliegens bei einer entsprechenden Feststellungsklage die Zahlungen für die Zukunft erbringt. Der Antrag kann jedoch dahin ausgelegt werden, die Kl. begehre inzident die Feststellung der Verpflichtung der Bekl., ihr auch ab Juni 1992 monatl. eine Heimzulage in Höhe von 120 DM zu zahlen. Die Zulässigkeit der dahingehenden Feststellungsklage ist gegeben, da anzunehmen ist, daß die Bekl. einem Feststellungsurteil folgen wird.

II. Die Klage ist auch begründet, denn die Kl. hat Anspruch auf die Zahlung der Heimzulage über den 31. 12. 1991 hinaus aufgrund betriebl. Übung.

1. Das LAG hat zutreffend einen Anspruch der Kl. auf die Heimzulage aus § 611 BGB i. V. mit dem geschlossenen Arbeitsvertrag und der Anmerkung Nr. 1 des EGP-Diakonie Ziff. 21 verneint.

a) Die AVR-Diakonie finden kraft einzelvertragl. Vereinbarung in § 2 des Anstellungsvertrages auf das Arbeitsverhältnis der Parteien Anwendung. Diese haben - soweit es hier interessiert - folgenden Wortlaut:

"21. Mitarbeiter/innen im Sozial- und Erziehungsdienst.

## Anmerkungen zu EGP-21

(1) Der Mitarbeiter - ausgenommen der Mitarbeiter im handwerkli. Erziehungsdienst - erhält für die Dauer der Tätigkeit in einem Erziehungsheim, einem Kinder- oder einem Jugendwohnheim oder einer vergleichbaren Einrichtung (Heim) eine Zulage in Höhe von 120 DM monatl., wenn in dem Heim überwiegend Behinderte im Sinne des § 39 BSHG oder Kinder oder Jugendl. mit wesentl. Erziehungsschwierigkeiten zum Zwecke der Erziehung, Ausbildung oder Pflege ständig untergebracht sind; sind nicht überwiegend solche Personen ständig untergebracht, beträgt die Zulage 60 DM monatl. Für Mitarbeiter im handwerkli., hauswirtschaftl. oder landwirtschaftl. Erziehungsdienst in einem Heim im Sinne des Unterabs. 1) erster Halbsatz beträgt die Zulage 80 DM monatl."

b) Diese Voraussetzungen erfüllt die Tätigkeit der Kl. nicht. Denn die Kl. ist nicht in einem Heim im Sinne der Anmerkung 1 beschäftigt. Die Kl. ist zwar Erzieherin im Sinne des EGP-Diakonie Ziff. 21, so daß die Anmerkung 1 hierzu Anwendung findet. Sie ist jedoch seit November 1989 nicht mehr in einer vollstationären Wohngruppe, sondern nur in einer teilstationären Tagesgruppe tätig. Bei einer Tagesgruppe handelt es sich nicht um ein Erziehungsheim, Kinder- oder Jugendwohnheim oder eine vergleichbare Einrichtung (Heim) im Sinne der Anmerkung 1 zum EGP-Diakonie Ziff. 21. Nach dem Sprachgebrauch ist ein Heim Wohnung, Haushalt, bzw. Ort, an dem jemand lebt und zu dem er eine gefühlsmäßige Bindung hat. Im vorliegenden Sinne ist Heim eine gemeinschaftl. Wohnstätte für einen bestimmten Personenkreis, besonders als öffentl. Einrichtung der Jugend-, Alters- und Krankenhilfe, z. B. Altenwohnheime, Kinder- und Kindererholungsheime (Brockhaus/Wahrig, Deutsches Wörterbuch, 3. Bd., 1981). Eine gemeinschaftl. Wohnstätte setzt eine ununterbrochene Versorgung voraus. Der Lebensmittelpunkt der zu betreuenden Personen muß sich auf das Heim beziehen. Eine Betreuung von nur montags bis freitags zwischen 11.30 Uhr und 17.30 Uhr ist hierzu nicht ausreichend. Die Tagesgruppe III (K /M) ist damit Einrichtung der Kindertagesbetreuung im Sinne der Anmerkungen zum EGP-Diakonie Ziff. 21. In den Anmerkungen 2c und 5a sind u. a. die Tätigkeiten in Einrichtungen der Kindertagesbetreuung erwähnt. Die AVR-Diakonie unterscheiden damit erkennbar zwischen Heim- und Kindertagesbetreuung. Ansonsten hätte auch in diesen Anmerkungen die Tätigkeit in einem Heim genannt werden können. Im übrigen verlangt die Anmerkung 1 die Vergleichbarkeit der Einrichtung (Heim) mit einem Erziehungsheim, einem Kinderoder einem

Jugendwohnheim. In solchen Wohn- bzw. Erziehungsheimen leben die Kinder und Jugendl. üblicherweise wie in einer Familie. Sie haben dort ihren Lebensmittelpunkt.

Das gleiche folgt aus dem Erfordernis der Anmerkung 1, die Kinder oder Jugendl. müßten "ständig" untergebracht sein. "ständig" bedeutet sprachl. dauernd, immer, ununterbrochen (Brockhaus/Wahrig, Deutsches Wörterbuch, 5. Bd., 1983). Die Unterbringung für höchstens 6 Stunden tägl. erfüllt diese Voraussetzung nicht.

Entgegen der Auffassung der Kl. erfüllt sie auch nicht deshalb die Voraussetzung der Anmerkung 1 zum EGP-Diakonie Ziff. 21, weil die Bekl. auch Heime unterhält, in denen die Kinder und Jugendl. ständig untergebracht sind. Bereits nach dem Wortlaut der Anmerkung 1 ergibt sich, daß der Mitarbeiter selbst in einem solchen Heim tätig sein muß. Er erhält die Zulage danach nämlich nur für die Dauer der Tätigkeit in einem Heim.

2. Der geltend gemachte Anspruch der Kl. ergibt sich jedoch aus § 611 BGB i. V. mit dem Arbeitsvertrag aufgrund betriebl. Übung.

a) Unter einer betriebl. Übung wird die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers verstanden, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder eine Vergünstigung auch für die Zukunft gewährt werden. Die betriebl. Übung enthält eine Willenserklärung des Arbeitgebers, die von den Arbeitnehmern stillschweigend angenommen wird (§ 151 BGB). Auf Grund dessen erwachsen vertragl. Ansprüche der Arbeitnehmer auf die üblich gewordene Vergünstigung. Die Bindungswirkung tritt ein, wenn die Arbeitnehmer aufgrund des Verhaltens des Arbeitgebers darauf vertrauen durften, die Leistung solle auch für die Zukunft gewährt werden (BAG 52, 33, 49 = AP Nr. 12 zu § 4 BAT [5 der Gründe]; BAG Teilurt. vom 5. 2. 1971, BAG 23, 213, 221 = AP Nr. 10 zu § 242 BGB Betriebliche Übung [I 2b der Gründe]; BAG Urt. vom 3. 8. 1982, BAG 39, 271, 276 = AP Nr. 12 zu § 242 BGB Betriebliche Übung [II 2 der Gründe]). Dies gilt insbesondere dann, wenn ein Arbeitgeber eine Zulage gewährt, auf die inzwischen die Anspruchsgrundlagen entfallen sind (BAG Urt. vom 7. 9. 1982, BAG 40, 126, 133 = AP Nr. 1 zu § 3 TVArb Bundespost [III 1a der Gründe]; BAG Urt. vom 13. 11. 1986 - 6 AZR 567/83 - AP Nr. 27 zu § 242 BGB Betriebliche Übung [II 3a der Gründe]). Die Bekl. hat die Heimzulage gegenüber den Erzieherinnen über mehrere Monate weitergezahlt, obwohl diese durch den Wechsel in den teilstationären Bereich hierauf keinen Anspruch nach der Anmerkung Nr. 1 des EGP-Diakonie Ziff.

21 mehr hatten. Für die betroffenen Mitarbeiter ist ein Vertrauenstatbestand erwachsen, daß die Bekl. eine rechtsgeschäftl. Bindung eingehen wollte. Sie hat bei den einzelnen Zahlungen keinen Vorbehalt gemacht. In dem Einzelarbeitsvertrag vom 14. 8. 1986 ist auf die Richtlinien für Arbeitsverträge in Anstalten und Einrichtungen des Diakonischen Werkes verwiesen. Gleichwohl ist hiervon in § 3 eine Ausnahme gemacht, weil die Vergütung in freier Vereinbarung festgesetzt wurde. Nach den Ausführungen der Bekl. in der mündl. Verhandlung vor dem Senat entsprach dies der unterwertigen Vergütung einer Praktikantin. Auch wenn später auf eine bestimmte VergGr. verwiesen wurde, ändert das nichts an der Tatsache, daß im Arbeitsvertrag auch sonst von den AVR-Diakonie - etwa bei der Schriftformklausel - abgewichen wurde. Aus allem konnte bei objektiver Betrachtung vom Empfängerhorizont gesehen werden, daß die Bekl. das Arbeitsverhältnis nicht streng an die AVR-Diakonie binden wollte. Dies gilt umso mehr, als die Bekl. selbst nach elfmonatiger Zahlung ohne Rechtsgrund noch die Erhöhung der Zulage mitteilte. Mag die Erklärung vom 11. 11. 1991 auch keine eigene rechtsgeschäftl. Erklärung, sondern allein eine Mitteilung sein, konnte die Kl. darauf vertrauen, daß sie nach Versetzung, monatelanger Zahlung, einzelvertragl. Abweichung von den AVR-Diakonie und Mitteilung über die Erhöhung dieser Zulage diese weiterhin erhalten sollte. Die Zahlungsverpflichtung ist damit zum Inhalt des Arbeitsvertrages geworden und kann durch einfache Zahlungseinstellung nicht aufgehoben werden.

b) Die Bekl. kann sich nicht darauf berufen, die Mitarbeiter hätten davon ausgehen müssen, sie vergüte ausschließl. nach den Regeln der AVR-Diakonie. Eine solche Einschränkung der betriebl. Übung gibt es in der Regel nur im Bereich des öffentl. Dienstes. Der Arbeitnehmer des öffentl. Dienstes muß in aller Regel davon ausgehen, sein Arbeitgeber wolle nur die Leistungen gewähren, zu denen er rechtl. verpflichtet ist (BAG Urt. vom 24. 3. 1993 - 5 AZR 16/92 - AP Nr. 38 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; BAG Urt. vom 7. 5. 1986, BAG 52, 33, 50 = AP Nr. 4 zu § 12 BAT; BAG Urt. vom 6. 3. 1984 - 3 AZR 340/80 - AP Nr. 16 zu § 242 BGB Betriebliche Übung [2b der Gründe]; BAG Urt. vom 10. 4. 1985, BAG 49, 31, 38 = AP Nr. 19 zu § 242 BGB Betriebliche Übung [5 der Gründe]). Diese Grundsätze gelten nicht für den privaten Arbeitgeber, auch wenn sein Vergütungsgefüge in Anlehnung an das des BAT aufgestellt ist. Ein Arbeitnehmer des öffentl. Dienstes muß bei Fehlen anderweitiger Anhaltspunkte davon ausgehen, der an die Grundsätze des Haushaltsrechts gebundene öffentl. Arbeitgeber. wolle sich gesetzes- und tarifgemäß verhalten. Dies trifft für Arbeitsverhältnisse im Bereich des Diakonischen Werkes der

Evangelischen Kirche nicht zu. Das Diakonische Werk ist rechtl. bei der Gestaltung der vertragl. Beziehungen zu seinen Arbeitnehmern freier als die Arbeitgeber des öffentl. Dienstes. Denn es unterliegt nicht den gleichen strengen haushaltsrechtl. Überwachungsbestimmungen (BAG Urt. vom 28. 10. 1987 - 5 AZR 518/85 - AP Nr. 1 zu § 7 AVR Caritasverband [II 2 bder Gründe]). Hinzu kommt, daß die Parteien des Rechtsstreits ausdrückl. zum Nachteil der Kl. von den AVR Diakonie abgewichen sind.

c) Die Bekl. kann sich nicht darauf berufen, die Heimzulage sei nur versehentl. weitergezahlt worden. Für die Begründung eines Anspruchs aus betriebl. Übung kommt es nicht darauf an, ob der Arbeitgeber mit Verpflichtungswillen gehandelt hat. Entscheidend ist allein, ob der Arbeitnehmer aus dem Erklärungsverhalten des Arbeitgebers auf diesen Willen schließen durfte (BAG Teil-Urt. vom 5. 2. 1971, BAG 23, 213, 220 = AP Nr. 10 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; BAG Urt. vom 3. 8. 1982, BAG 39, 271, 276 = AP Nr. 12 zu § 242 BGB Betriebliche Übung).

Eine irrtüml. Zahlung, von der der Arbeitgeber jederzeit wieder abrücken darf, verhindert das Entstehen einer betriebl. Übung nur dann, wenn der Arbeitnehmer aus den Umständen den Irrtum erkennen konnte. Ein Rechtsirrtum der Bekl. kann dann für die betroffenen Arbeitnehmer erkennbar sein, wenn der Arbeitgeber mit seinen Zahlungen ersichtl. ausschließl. nach den vereinbarten Arbeitsbedingungen verfahren wollte (Senatsurt. vom 11. 3. 1987 - 4 AZR 234/86 - [nicht veröffentlicht]), war aber gerade vorliegend nicht der Fall.

3. a) Die Nichteinhaltung der in § 5 Abs. 4 AVR-Diakonie und in § 9 des Arbeitsvertrages für Vertragsänderungen bzw. Nebenabreden vorgesehenen Schriftform steht der Anspruchs begründung durch betriebl. Übung nicht entgegen. Gemäß § 125 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, nichtig. Die Nichteinhaltung der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form hat nur im Zweifel die Nichtigkeit zur Folge. Die Parteien haben die im Arbeitsvertrag und den AVR-Diakonie vereinbarten Schriftformklauseln jedoch einvernehmlich aufgehoben. Ein rechtsgeschäftl. vereinbarter Formzwang kann jederzeit wieder formlos und stillschweigend aufgehoben werden (BAG Urt. vom 4. 6. 1963 - 5 AZR 16/63 - AP Nr. 1 zu § 127 BGB). Die vereinbarte Schriftform kann auch durch eine betriebl. Übung formlos abbedungen werden (BAG Urt. vom 27. 3. 1987 - 7 AZR 527/85 - AP Nr. 29 zu § 242 BGB Betriebliche Übung). Durch die ständige formfreie Gewährung der Heimzulage hat die Bekl. gegenüber den betroffenen

Erzieherinnen zu erkennen gegeben, daß sie die dauerhafte Gewährung der Heimzulage nicht von der Beachtung der schriftl. Form abhängig machen wollte. Die Erzieherinnen haben dies durch die Annahme der Leistungen stillschweigend angenommen (§ 151 BGB).

b) Die Parteien waren auch befugt, die Schriftform des § 5 Abs. 4 der AVR einvernehmlich aufzuheben. Zwar sind tarifvertragl. Formvorschriften gesetzl. Formvorschriften im Sinne von Art. 2 EGBGB (BAG Urt. vom 9. 12. 1981, BAG 37, 228, 236 = AP Nr. 8 zu § 4 BAT) und können daher von den Arbeitsvertragsparteien nicht aufgehoben werden. Die Arbeitsvertragsrichtlinien sind jedoch keine TVe und damit keine Rechtsnormen im Sinne des Art. 2 EGBGB oder des § 72a ArbGG. Sie sind diesen auch nicht gleichgestellt. Es ist Sache des staatl. Gesetzgebers, Regelungen nichtstaatl. Einrichtungen und Stellen die allgemeine Rechtsqualität im Sinne des staatl. Rechts zuzuerkennen. Dies ist aber nur für TVe und Betriebsvereinbarungen geschehen (§ 4 Abs. 1 TVG; § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG). Für Arbeitsvertragsrichtlinien fehlen solche Bestimmungen (BAG Urt. vom 28. 10. 1987 - 5 AZR 518/85 - AP Nr. 1 zu § 7 AVR Caritasverband [III 1a der Gründe]). Die Zahlung der Heimzulage auch während einer Tätigkeit in einer Tagesgruppe ist damit unabhängig von der Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen der Anmerkung Nr. 1 zur EGP-Diakonie Ziff. 21 arbeitsvertragl. Anspruch der Kl. gegenüber der Bekl. geworden.

4. Die Parteien haben auch nicht vereinbart, die Zahlung der Heimzulage könne entfallen, falls hierauf kein Anspruch nach den AVR-Diakonie bestehe. Zwar haben die Erzieherinnen gegenüber der Buchhaltung der Bekl. erklärt, sie seien mit der Rückforderung einverstanden, wenn der Anspruch auf die Heimzulage nicht mehr vorliegen sollte. Damit wollten sie erkennbar nicht auf einen bestehenden arbeitsvertragl. Anspruch verzichten. Es fehlt insoweit am Erklärungsbewußtsein. Die Kl. hat nur zu erkennen gegeben, sie wolle die bereits geleisteten Zahlungen nicht unberechtigt behalten.