



Andrea Kürten

**Tatbestand und Rechtsfolgen
von wiederholten Verhaltensweisen
in vertraglichen Dauerschuldverhältnissen**

Ein Beitrag zur betrieblichen Übung

Einleitung

§ 1 Hintergrund und Fallbeispiele

I. Hintergrund

1. Wirtschaftlicher Hintergrund

Die Regelung vertraglicher Dauerschuldverhältnisse ist Standard für eine nationale wie auch internationale Wirtschaftsordnung. Sie bezweckt häufig eine Änderung von Rechten. Zu den gesetzlich geregelten Dauerschuldverhältnissen wie Mietverhältnis, Pacht, Leihe, Dienst- und Arbeitsverhältnis treten Vertragstypen wie das Franchising, das Leasing, der Vertragshändlervertrag, Verträge über Projektsteuerung sowie Bau- und Anlageverträge¹. Hinzu kommen Verträge, mit deren Hilfe privatrechtliche Organisationen wie Personengesellschaften oder Körperschaften begründet werden.

In den Verträgen schlägt sich der „Wunsch nach Beständigkeit“² nieder, ein die Zukunft bestimmendes Lebensverhältnis oder Rechtsverhältnis abschließend zu regeln. Aus ökonomischer Sicht enthält das die Absicherung (beziehungsspezifischer) Investitionen, den Ausgleich abweichender Erwartungen und Informationsasymmetrien sowie die Einsparung von Transaktionskosten³. Diese Ziele sind auch bei der rechtlichen Ausgestaltung der Verträge zu berücksichtigen. Es bedarf also Regelungen, die ein opportunistisches Verhalten ausschließen und einen rechtlichen wie auch vermögensmäßigen Bestandsschutz gewährleisten.

1 Weitere Beispiele und Nachweise finden sich bei MüKoBGB/*Gaier*, 6. Aufl., § 314 Rn. 6. Auch der Tarifvertrag ist ein langfristiger Vertrag, der in der Regel aus einem schuldrechtlichen und einem normativen Teil besteht. Gegenstand des schuldrechtlichen Teils sind die Rechte und Pflichten der Parteien, gewöhnlich also die Friedens- und die Durchführungspflicht, Inkrafttreten, Laufzeit und Kündigung, die Errichtung und Unterhaltung von Sozialeinrichtungen, die Mitwirkung bei der Beantragung von Allgemeinverbindlicherklärungen, Schlichtungs- und Schiedsverfahren sowie sonstige vorvertragliche, vertragliche und nachvertragliche Verpflichtungen, die sich aus dem Charakter als Dauerschuldverhältnis ergeben (*Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht II, § 13 I 2b) Rn. 6 (S. 43)). Da ein Austausch von Gütern oder Dienstleistungen nicht unmittelbar zwischen den Vertragsparteien stattfindet, bleibt der Tarifvertrag im Laufe der Arbeit unberücksichtigt.

2 *Windbichler*, in: Festschrift für Wolfgang Zöllner (1998), S. 999 (999).

3 Dazu ausführlich *Jickeli*, S. 4; ferner *Coase*, in: *The Nature of the Firm* (1991), S. 18 (21).

Gleichwohl ist eine detaillierte Regelung aller in der Zukunft auftretenden Störungen interner wie externer Art praktisch unmöglich und allenfalls prognostisch⁴. Hinzu kommen bestehende Informationsdefizite, Defizite an Verhandlungsparität und die Grenzen der Leistungsfähigkeit von fest umschriebenen Austauschbeziehungen⁵. Auch stünden detaillierte Anpassungs- und Beendigungsregeln im Widerspruch zur Vermeidung von Transaktionskosten⁶. Daher ist es für langfristige Verträge typisch, dass sie „unvollständige Verträge“⁷, also ausfüllungs- und anpassungsbedürftig⁸ sind.

Praktizieren die Parteien dann „das Angemessene und Notwendige wie selbstverständlich“⁹, stellt sich die Frage, in welchen Fällen und warum sich die auch als „Übung“ bezeichnete Praxis regelmäßig wiederholter Verhaltensweisen zu einem Verpflichtungstatbestand verdichtet.

2. Rechtstheoretischer Hintergrund

Das bekannteste Beispiel für ein regelmäßig wiederholtes Verhalten, das in eine rechtsverbindliche Verpflichtung mündet, ist die betriebliche Übung. Sie steht im Mittelpunkt dieser Arbeit. Die Rechtsnatur der betrieblichen Übung ist trotz ihrer Anerkennung seit ungefähr achtzig Jahren umstritten¹⁰. Dabei steht im Extremen der Vertragstheorie, welche die betriebliche Übung als Vertragserklärung begreift, eine Vertrauenstheorie gegenüber, die den Arbeitgeber aufgrund des von ihm durch die Übung geschaffenen Vertrauens verpflichten will.

Darüber hinaus trifft man regelmäßig wiederholte Verhaltensweisen auch in anderen Dauerschuldverhältnissen an – allen voran im Mietverhältnis, in der Gesellschaft sowie im Verein. Diese wiederholten Verhaltensweisen haben in rechtswissenschaftlichen Arbeiten – soweit ersichtlich – noch keine besondere Beachtung gefunden und treten allenfalls am Rande in Erscheinung. Sie rechtfertigen diese Arbeit, deren Gegenstand der Tatbestand (Ursache) und die

4 *Kitz*, S. 133. Anders ist es in den USA, wo es „durchaus üblich“ sei, Einzelheiten und Definitionen im Vertrag schriftlich festzuhalten, *Ehricke*, *RabelsZ* 1996, 661 (670).

5 *Windbichler*, in: *Festschrift für Wolfgang Zöllner* (1998), S. 999 (999).

6 *Ehricke*, *RabelsZ* 1996, 661 (670); *Kern*, *JuS* 1992, 13 (15); *Kötz*, in: *Festschrift für Albrecht Zeuner* (1994), S. 219 (220).

7 *Windbichler*, in: *Festschrift für Wolfgang Zöllner* (1998), S. 999 (1002); ähnlich *Staudinger/Martinek*, *BGB* (2006), Vor §§ 662 ff. Rn. 70.

8 *Windbichler*, in: *Festschrift für Wolfgang Zöllner* (1998), S. 999 (1003).

9 *Zöllner*, S. 12.

10 Ein Überblick über den Meinungsstand findet sich unten § 10.

Rechtsfolgen (Wirkungen) von regelmäßig wiederholten Verhaltensweisen in vertraglichen Dauerschuldverhältnissen ist.

II. Fallbeispiele

Die mit den regelmäßig wiederholten Verhaltensweisen verbundenen rechtlichen Problembereiche sollen anhand von Beispielfällen, die so oder so ähnlich die Rechtspraxis beschäftigten, verdeutlicht werden.

- Der Arbeitnehmer war seit dem 1. Februar 2005 als Ingenieur gegen ein monatliches Arbeitsentgelt beschäftigt. Der Arbeitgeber zahlte seit Beginn des Arbeitsverhältnisses jeweils im November der Jahre 2005 bis 2007 ein in der Gehaltsabrechnung als „Weihnachtsgeld“ ausgewiesenes Monatsgehalt ohne Vorbehalt an den Arbeitnehmer. Als der Arbeitgeber im November 2008 kein Weihnachtsgeld zahlte, machte der Arbeitnehmer das Weihnachtsgeld in Höhe eines Monatsgehalts für das Jahr 2008 gerichtlich geltend. Zu Recht?¹¹
- Mit Mietvertrag vom 11. April 1989 vereinbarten die Mietparteien eine monatliche Miete, die 1993 auf DM 0,30 und danach jährlich auf DM 0,60, auf DM 1,20 und zuletzt auf DM 1,80 pro Quadratmeter erhöht wurde. Dazu übersandte der Vermieter dem Mieter jeweils ein formunwirksames Erhöhungsschreiben. Der Mieter zahlte nach Erhalt des Erhöhungsschreibens die erhöhte Miete über mehrere Monate und stellte diese Zahlungen später ein. Im gerichtlichen Verfahren macht der Vermieter gegen den Mieter die ausstehende erhöhte Miete geltend. Zu Recht?¹²
- Der Gesellschaftsvertrag zwischen einer GmbH und den Gesellschaftern X, Y und Z enthielt eine mit „Gewinn- und Verlustverteilung“ titulierte Klausel. Danach sollten die Einlagen der Gesellschafter nach Abzug des Vorabgewinns für die GmbH verzinst und der verbleibende Restgewinn „im Verhältnis ihrer Kapitalien“ unter den übrigen Gesellschaftern verteilt werden. Die Verteilung von Verlusten war nicht ausdrücklich geregelt. Gleichwohl wurden dem Gesellschafter X in mehreren Jahren anteilig Verluste zugewiesen und dessen negatives Einlagenkonto mit Gewinnen der beiden Folgejahre aufgefüllt. Als die Gesellschafter über die Verteilung der Verluste stritten, vertrat der Gesellschafter X die Auffassung, dass der Gesellschaftsvertrag eine anteilige Verlustverteilung regelte. Zu Recht?¹³

11 Nach BAG, Urt. v. 8.12.2010 – 10 AZR 671/09, NZA 2011, 628.

12 Nach BGH, Urt. v. 21.3.2007 – XII ZR 176/04, NZM 2007, 514.

13 Nach BFH, Urt. v. 23.7.2002 – VIII R 36/01, NJW-RR 2003, 31.

Diesen Beispielfällen aus dem Bereich des Arbeitsrechts, des Mietrechts und des Gesellschaftsrechts ist gemeinsam, dass ihnen Dauerschuldverhältnisse (Arbeitsverhältnis, Mietverhältnis bzw. Gesellschaft) zugrunde liegen, die durch einen Vertrag (Arbeitsvertrag, Mietvertrag bzw. Gesellschaftsvertrag) begründet wurden und deshalb vertragliche Dauerschuldverhältnisse sind. Außerdem erbringt eine Vertragspartei gegenüber der anderen Vertragspartei regelmäßig wiederholt eine Leistung, die weder im Vertrag noch im Gesetz ausdrücklich geregelt ist. Dabei verfolgt die Vertragspartei mit ihrem Verhalten in erster Linie einen anderen, rein tatsächlichen Zweck und will damit keine rechtsgeschäftliche Erklärung abgeben. Gleichwohl stellt sich in diesen Beispielfällen die Frage, ob der Empfänger der Leistung (Arbeitnehmer, Vermieter, Gesellschafter) eine Fortsetzung des Verhaltens (Zahlung von Weihnachtsgeld, Zahlung von erhöhter Miete, anteilige Verteilung der Verluste) verlangen darf und wenn ja, auf welche Rechtsgrundlage sich dieser Anspruch stützt.

§ 2 Die rechtliche Einordnung regelmäßig wiederholter Verhaltensweisen in vertraglichen Dauerschuldverhältnissen

I. Begriff des Dauerschuldverhältnisses

Das Dauerschuldverhältnis ist im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht legal definiert¹⁴. Anerkannt ist, dass die im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelten Schuldverhältnisse, die auf einem Mietvertrag¹⁵, einem Pachtvertrag¹⁶, einem Leihvertrag¹⁷, einem Darlehensvertrag¹⁸, einem Gesellschaftsvertrag¹⁹, einem Dienst-/Arbeitsvertrag

14 BT-Drs. 14/6040, S. 177. Das Gesetz verwendet den Begriff des Dauerschuldverhältnisses in den §§ 308 Nr. 3, 309 Nr. 1 und 9, 314 BGB, Art. 229 § 5 EGBGB und in der Überschrift des § 108 InsO.

15 MüKoBGB/Gaier, 6. Aufl., § 314 Rn. 6; Gutzler, S. 9; MüKoBGB/Kramer, 5. Aufl., Einl § 241 Rn. 98; Stutz, S. 2 f.

16 MüKoBGB/Gaier, 6. Aufl., § 314 Rn. 6; Gutzler, S. 9; MüKoBGB/Kramer, 5. Aufl., Einl § 241 Rn. 98; Stutz, S. 2 f.

17 MüKoBGB/Gaier, 6. Aufl., § 314 Rn. 6; Gutzler, S. 9; MüKoBGB/Kramer, 5. Aufl., Einl § 241 Rn. 98; Stutz, S. 2 f.

18 MüKoBGB/Gaier, 6. Aufl., § 314 Rn. 6; Gutzler, S. 9; Staudinger/J. Schmidt, BGB, 13. Aufl., Einl zu §§ 241 ff. Rn. 1397; Stutz, S. 2 f.; aA Esser/Schmidt, Allgemeiner Teil I/1, 7. Aufl., § 15 II 4 (S. 260) (in der 8. Aufl. nicht mehr angeführt).

19 Palandt/Sprau, BGB, § 705 Rn. 13.

oder Geschäftsbesorgungsvertrag²⁰ beruhen, Dauerschuldverhältnisse sind. Umstritten ist jedoch, was das wesentliche Merkmal des Dauerschuldverhältnisses ist²¹.

Weitgehend abgelehnt wird die Ansicht, wonach der Unterschied zwischen einfachen Schuldverhältnissen und Dauerschuldverhältnissen allein die Länge der Zeit ist, für welche das Schuldverhältnis eingegangen wird²².

Einige Autoren sehen das Wesensmerkmal des Dauerschuldverhältnisses darin, dass der Berechtigte seine Rechte nicht im Ganzen übertrage, sondern den Gebrauch einer Sache oder eines Rechts überlasse²³ oder der Schuldner ein Interesse an der Erhaltung seiner Rechte, nicht aber an dem Wunsch nach einer Veränderung der Wirtschaftslage habe,²⁴ oder knüpfen an die Verteilung des „Konkursausfallrisikos“ an²⁵.

Die Mehrheit der Autoren stellt dagegen zu Recht auf die vertraglich geschuldete Hauptleistung ab. Sie sehen den Unterschied zum „punktuellen Austauschvertrag“ in der Pluralität der Leistungserfolge oder Leistungshandlungen²⁶, in der Herbeiführung und Aufrechterhaltung eines dauerhaften Zustands²⁷, in

20 MüKoBGB/Gaier, 6. Aufl., § 314 Rn. 6; Gutzler, S. 9; MüKoBGB/Kramer, 5. Aufl., Einl. § 241 Rn. 98 (zum Arbeitsverhältnis); Stutz, S. 2 f.; einschränkend Beitzke, S. 38.

21 Umfassend zum Streit H. Oetker, S. 6 f., 66 ff.

22 Silberschmidt, ZHR 1916, S. 465 (472, 479) („längere Dauer“, „auf Dauer berechnete[s] Schuldverhältnis“); ähnlich Bierschenk, S. 73; Müller-Erbach, DJZ 1904, S. 1158 (1159) („auf längere Zeit geschlossene Rechtsverhältnisse“); H. Weber, S. 11 f. Ausdrücklich ablehnend Ditteney, S. 5 f.; Ebhardt, S. 9 f.; Gauch, S. 5; Kast, S. 150; Nehm, S. 10; Nikisch, Grundformen des Arbeitsvertrags, S. 147, 155; H. Oetker, S. 75 f.; Thume, S. 54 f.; Hj. Weber, S. 113; E. Wolf, Arbeitsverhältnis, S. 96; Wüstney, S. 8 f.

23 Gutzler, S. 9; angedeutet auch von Siber, in: Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 271 Rn. 1a) am Ende.

24 Löning, S. 18 ff.

25 Jahr, in: Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft (1964), S. 14 (18 ff., 23).

26 Siber, JherJB 1921, 223 (282 Fn. 4) (aufgegeben in: Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 271 Rn. 1a); v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II/1, 1914, S. 49; ähnlich Beuthien, S. 269 („Einzelansprüchen“); ablehnend Langheineken, S. 248; Stutz, S. 3; Hj. Weber, S. 115.

27 Nikisch, Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht I, § 19 II 2 (S. 165). Ebenso Nehm, S. 7 ff. („eigentliche Erfüllung [...] indem der durch die erste Erfüllungshandlung hergestellte Zustand aufrecht erhalten wird“); Schmitt, S. 11 f.; ähnlich W. Oetker, S. 15 („Rechtsverhältnis [...], das für eine gewisse Zeit einen dauernden Zustand erzeugt, wenn auch die einzelnen Leistungen nur in Zwischenräumen erfolgen können“); ausdrücklich ablehnend Stübing, S. 11 f.

der Unbestimmtheit der Gesamtleistung²⁸ oder darin, dass die Leistung nicht zu einem bestimmten Zeitpunkt, sondern über einen gewissen Zeitraum erbracht werden muss²⁹. Hiermit vergleichbar ist die Auffassung, dass der Umfang der Leistung allein durch die Länge der Zeit bestimmt wird, während der das Schuldverhältnis besteht³⁰, und dem Dauerschuldverhältnis eine ständige Pflichtenanspannung eigen ist³¹. Das trifft regelmäßig zu, ist jedoch eine Folge

-
- 28 *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts I, § 2 VI (S. 30); *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, § 2 II 1b) Rn. 11 f. (S. 6); *Michalski*, JA 1979, 401 (401 f.); ähnlich *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, § 7/7c) Rn. 48 f. (S. 33) am Beispiel des Bedarfsdeckungs- und Bezugsvertrags; *Thume*, S. 58.
- 29 *Correll*, S. 29 („über längeren Zeitraum erstreckt“); *Ditteney*, S. 7 f. („Dauerschuldverhältnisse dagegen können nach ihrem Wesen nicht in einer „logischen Sekunde“ erfüllt werden.“, S. 8); *Ebhardt*, S. 8 f.; v. *Gierke*, JherJB 1914, S. 356 (357); *Klaas*, Anwaltsblatt 1986, S. 213 (213); *Maas*, S. 80; *Paschke*, S. 135 („essentielles Moment der Leistungspflicht“, erkennt auch ständige Pflichtenanspannung als Voraussetzung eines Dauerschuldverhältnisses an); *Steinberger*, S. 6; *Stübing*, S. 11 f. („daß die Erfüllung des Vertrages auf einen Zeitraum erstreckt wird, in der Weise, daß andauernde fortlaufend oder in zeitlich getrennten Raten zu erfüllen ist, und daß nicht nur die Erfüllung sondern auch der Zeitablauf [...] von Bedeutung sein kann.“); *Stutz*, S. 2 f.; *Vogler*, S. 128, 137 („Verpflichtung zur Dauerleistung“); *Wiese*, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey (1965), S. 837 (846); *Woratz*, S. 15; *Wüstney*, S. 8 f.; ähnlich *Langheinen*, S. 247 Fn. 1; für einen zeitraum-erfolgsbezogenen Begriff auch *Mülbert*, in: Festschrift für Harm Peter Westermann (2008), S. 491 (494 f.).
- 30 *Behrens*, S. 43; *Bydlinski*, in: Festschrift Arthur Steinwenter (1958), S. 140 (140); *ders.*, Zulässigkeit und Schranken, S. 11 („die Erfüllung [ist] solange fortzusetzen, als das Vertragsverhältnis existiert“); *Gauch*, S. 6 f.; *Gollub*, S. 24 (als notwendige Folge dessen, dass „sie der Idee nach zeitlich unbegrenzt sind“); *Haarmann*, S. 119; *Hofmann*, S. 249; *Horn*, NJW 1985, 1118 (1118) („zeitproportionale Leistung“); *Huber*, § 46 I 1 (S. 437); *Kast*, S. 151 f.; *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts I, § 2 VI (S. 29 f.); *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, § 2 II 1 Rn. 11 (S. 6); MüKoBGB/Müller-Glöge, 6. Aufl., § 611 Rn. 18; *Nicklisch*, JZ 1984, 757 (761); *Staudinger/J. Schmidt*, BGB, 13. Aufl., Einl. zu §§ 241 ff. Rn. 354; *Thume*, S. 57 (mit Hinweis darauf, dass ein gewillkürter Zusammenhang nicht ausreicht, S. 58); *Ulmer*, in: Festschrift für Philipp Möhring (1975), S. 295 (302); *Hj. Weber*, S. 114; v. *Scheven*, S. 14.
- 31 *Edenfeld*, JZ 1997, 1034 (1036) („Anders als bei dem auf eine einmalige Leistung gerichteten Schuldverhältnis können ständig neue Leistungs-, Neben- und Schutzpflichten entstehen.“); *Fuchs-Wissemann*, S. 100; *Nicklisch*, JZ 1984, 757 (761) („Das Element der Zeitdauer führt zu dem Strukturmerkmal der ‚ständigen Pflichtenanspannung‘“); *Preis*, Grundfragen der Vertragsgestaltung, S. 15; *Staudinger/J. Schmidt*, BGB, 13. Aufl., Einl. zu §§ 241 ff. Rn. 304; *Ulmer*, Vertragshändler, S. 253 („fortdauernde Pflichtenanspannung“ im Sinn einer unbestimmten Vielzahl); *ders.*, in: Festschrift für Philipp

dessen, dass Dauerschuldverhältnissen von Natur aus kein Beendigungstatbestand immanent ist³².

Im Unterschied zu den einfachen Schuldverhältnissen, die in der Regel einen Erfolg zum Gegenstand haben, ist der Gegenstand von Dauerschuldverhältnissen wie Mietverhältnis, Gesellschaft und Arbeitsverhältnis, mit denen sich diese Arbeit befasst, nur ein Tätigwerden in Richtung auf den Erfolg (Ermöglichen des Gebrauchs der Mietsache durch den Mieter, Förderung des Eintritts des Gesellschaftszwecks, gesteuerte Leistungserbringung)³³. Das Tätigwerden ist dem Grunde nach unendlich, da die Unmöglichkeit oder der Eintritt des Erfolgs, die das Schuldverhältnis in zeitlicher Hinsicht begrenzen, nicht Gegenstand der geschuldeten Hauptleistung sind. Es bedarf deshalb eines von außen durch Rechtsgeschäft oder durch Gesetz bestimmten Beendigungstatbestands, soll das Dauerschuldverhältnis nicht auf unbestimmte Zeit gelten³⁴. Der Unterschied zu

Möhring, 1975, S. 295 (298); *Graf von Westphalen*, ZGS 2002, 431 (431); ebenso v. *Scheven*, S. 10 f., wonach es kennzeichnend sei, dass „während der gesamten Vertragsdauer eine vertragliche Gebundenheit und Beziehung zwischen den Parteien besteht“. AA *Esser/Schmidt*, Allgemeiner Teil I/1, 8. Aufl., § 15 II 4 (S. 256 f.) („Mag dasselbe bei diversen einschlägigen Obligationen wie vor allem bei der Wohnungsmiete und dem Arbeitsverhältnis auch besonders hervortreten, so bietet es doch für sich genommen keinen Anknüpfungspunkt für spezifische Rechtsfolgen.“); *Horn*, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung (1981), S. 551 (561) („Ob dieses Kriterium erfüllt ist, soll nicht nach dem Vertragstyp [...] entschieden werden, sondern nach der realen Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses [...]“); *Soergel/Wiedemann*, BGB, 12. Aufl., Vor § 323 Rn. 59.

- 32 *Gollub*, S. 23; ähnlich *Hammen*, S. 173; *Hofmann*, S. 249; *MüKoBGB/Kramer*, 5. Aufl., Einl § 241 Rn. 97; *Tillmanns*, S. 17 („In der Tat war mit der „Notwendigkeit einer zeitlichen Begrenzung“ ein relativ trennscharfes Kriterium für die Abgrenzung von Dienst- und Werkvertrag gefunden.“).
- 33 Beim Mietvertrag und Gesellschaftsvertrag ist das Endziel, der bezweckte „Erfolg“, konkretisiert (vertragsgemäßer Gebrauch, gemeinsam verfolgter Zweck). Hingegen fehlt es beim Dienstvertrag an einer konkreten Vorstellung oder ein konkretes Ziel lässt sich nicht vereinbaren. Es bedarf daher mehr Kontroll- und Weisungsrechte auf Seiten des Dienstherrn, um das angestrebte Ziel zu erreichen, dazu umfassend *Tillmanns*, S. 16 ff.
- 34 *MüKoBGB/Müller-Glöge*, 6. Aufl., § 611 Rn. 16. Dem widerspricht es nicht, wenn beim Mietvertrag die Mietzeit wesentlicher Bestandteil des Mietvertrags ist (*Derleder/Pellegrino*, NZM 1998, 550 (552); *MüKoBGB/Häublein*, 6. Aufl., § 535 Rn. 3). Denn haben die Parteien den Vertrag nicht befristet, ist im Zweifel davon auszugehen, dass der Mietvertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen ist (*Derleder/Pellegrino*, NZM 1998, 550 (552)). Zudem sind Bedingung und Befristung Beendigungstatbestände, die durch die Parteien von außen gesetzt sind.

einfachen Schuldverhältnissen besteht in der Notwendigkeit einer zeitlichen Begrenzung.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Dauerschuldverhältnis im Wesentlichen ein Schuldverhältnis ist, dem von Natur aus kein Beendigungstatbestand immanent ist und das deshalb eines von außen durch Gesetz oder durch Vereinbarung gesetzten Beendigungstatbestands bedarf, soll es nicht auf unbestimmte Zeit gelten.

II. Regelmäßig wiederholte Verhaltensweisen als Mittel zur Konkretisierung vertraglicher Rechte und Pflichten im Wege der Auslegung

Da vertraglichen Dauerschuldverhältnissen ein Vertrag zugrunde liegt, kommt als Rechtsgrundlage für den Anspruch auf Fortsetzung des regelmäßig wiederholten Verhaltens ein Vertrag in Betracht. Die Verpflichtung zur Fortsetzung des Verhaltens gründet auf dem Vertrag, wenn die Vertragsparteien die Fortsetzung des Verhaltens rechtsverbindlich vereinbart haben. Dies ist durch Auslegung zu ermitteln.

Begriff, Rechtsgrundlagen und Methode der Auslegung sind umstritten (unten § 8 I.). Einigkeit besteht jedoch dahin gehend, dass neben dem Willen, dem Wortlaut und der Verkehrssitte sämtliche Umstände, die einen Schluss auf den Vertragsinhalt zulassen, als Auslegungsmittel dienen. Zu klären ist, ob auch ein regelmäßig wiederholtes Verhalten der Vertragsparteien nach Vertragsschluss bei der Auslegung berücksichtigt werden darf:

Einerseits erhält eine Vertragserklärung mit dem Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens (in der Regel mit ihrem Zugang) ihren grundsätzlich unveränderlichen Erklärungswert. Folgt man diesem Ansatz, hätte ein Verhalten nach Vertragsschluss auf den Erklärungswert und damit den Inhalt der Vertragserklärung keinen Einfluss.

Andererseits verwirklichen die Parteien das Geschäft in der Regel so, wie sie es vereinbart haben oder vereinbart wissen wollten. Sie sind es, die den angestrebten Vertragsinhalt am besten verwirklichen können³⁵. Das regelmäßig wiederholte Verhalten der Vertragsparteien ließe dann einen Rückschluss auf ihr Verständnis und/oder den durch Auslegung zu bestimmenden Vertragsinhalt zu. Das gilt insbesondere dann, wenn für Dauerschuldverhältnisse wie das

35 Zum Subsidiaritätsgedanken, dem Vorrang der unteren Instanz vor der höheren Instanz, stellv. *Isensee*, S. 28 ff., 91; *Richardi*, Kollektivgewalt und Individualwille, S. 52 ff. Zum Europarecht *Franzen*, Privatrechtsangleichung, S. 57 ff., 67.

Arbeitsverhältnis, das Mietverhältnis und die Gesellschaft andere Maßstäbe gelten als für einfache Schuldverhältnisse.

Im Unterschied zu einfachen Schuldverhältnissen ist Dauerschuldverhältnissen kein Beendigungstatbestand immanent (oben § 2 I.). Sie bedürfen einer zeitlichen Begrenzung, ansonsten gelten sie zeitlich unbegrenzt und damit in der Regel auch dann, wenn sich die Umstände nach Vertragsschluss ändern. Da Dauerschuldverhältnisse ein Tätigwerden auf den Erfolg zum Gegenstand haben (oben § 2 I.), beruhen sie häufig auf Verträgen, die lückenhaft und daher auslegungs- und ausfüllungsbedürftig sind³⁶. Bestehende Vertragslücken lassen sich nach herrschender Meinung durch eine ergänzende Vertragsauslegung schließen, die nach umstrittener Ansicht auf den hypothetischen Parteiwillen abstellt³⁷. Da das Ergebnis der ergänzenden Auslegung nicht im Widerspruch zum tatsächlichen Parteiwillen stehen darf³⁸, sind die Maßstäbe der erläuternden Vertragsauslegung heranzuziehen. Ist für die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens der Zeitpunkt der Auslegung maßgebend³⁹, so kann ein Verhalten nach Vertragsschluss als Auslegungsmittel berücksichtigt werden. Etwas anderes gilt, wenn es auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ankommt⁴⁰. Es stellt sich dann in gleicher Weise wie bei der erläuternden Auslegung die Frage, ob ein regelmäßig wiederholtes Verhalten der Vertragsparteien nach Vertragsschluss einen Rückschluss auf deren Vertragsverständnis zulässt und/oder als Auslegungsmittel heranzuziehen ist.

III. Regelmäßig wiederholte Verhaltensweisen als Verpflichtungstatbestand

1. Als Vertragserklärung

Jenseits der Vertragsauslegung ist es denkbar, dass regelmäßig wiederholte Verhaltensweisen vertragliche Rechte und Pflichten in der Art und Weise

36 So bereits *Windbichler*, in: Festschrift für Wolfgang Zöllner (1998), S. 999 (1002 f.).

37 Dazu ausführlich unten § 8 I. 3. b) (bb) (2) (a).

38 *Mayer-Maly*, in: Festschrift für Werner Flume (1978), S. 621 (625) m. w. Nachw.

39 Hk-BGB/*Dörner*, § 157 Rn. 4; *Jauernig/Mansel*, BGB, § 157 Rn. 4. Differenzierend *Soergel/M. Wolf*, BGB, 13. Aufl., § 157 Rn. 132. Unten § 8 I. 3. a) bb) m. w. Nachw. in Fn. 763.

40 *Erman/Armbrüster*, BGB, § 157 Rn. 30; *AnwK-BGB/Looschelders*, § 157 Rn. 24; *Mayer-Maly*, in: Festschrift für Werner Flume (1978), S. 621 (626). Unten § 8 I. 3. a) bb) m. w. Nachw.

konkretisieren, dass sie neue Ansprüche begründen oder bereits bestehende Ansprüche ändern. In beiden Fällen bedarf es grundsätzlich eines Vertrags zwischen den Beteiligten (§ 311 Abs. 1 BGB). Der Vertrag wiederum verlangt in der Regel das Vorliegen mindestens zweier, inhaltlich übereinstimmender, empfangsbedürftiger Willenserklärungen (§§ 145 ff. BGB). Es stellt sich daher die Frage, ob und unter welchen Umständen ein regelmäßig wiederholtes Verhalten als schlüssiges Verhalten den Tatbestand einer Vertragserklärung erfüllt.

2. Als Vertrauenstatbestand

Es ist anerkannt, dass § 242 BGB über seinen Wortlaut hinaus eine weitergehende Bedeutung zukommt⁴¹. Unter Berufung auf eine unzulässige Rechtsausübung kann dem Berechtigten die Ausübung seiner Rechte versagt sein, wenn er das Recht längere Zeit nicht geltend gemacht und der Verpflichtete sich darauf eingerichtet hat oder darauf einrichten durfte, dass der Berechtigte das Recht auch in Zukunft nicht geltend machen werde (Verwirkung)⁴². Unter Berufung auf eine unzulässige Rechtsausübung des anderen kann jedoch auch ein Recht zugesprochen werden, das erst durch ein widersprüchliches Verhalten des anderen erworben wird (Erwirkung)⁴³. Voraussetzung ist neben einem Verhalten über längere Zeit (Zeitmoment) das Vorliegen von Umständen, die eine spätere Durchsetzung der Rechte als treuwidrig erscheinen lassen (Umstandsmoment). Regelmäßig wiederholte Verhaltensweisen erfüllen *per definitionem* das Zeitmoment. Es stellt sich gleichwohl die Frage, ob und unter welchen Umständen ein regelmäßig wiederholtes Verhalten eine Verwirkung oder Erwirkung zur Folge hat.

§ 3 Aufbau der Arbeit

I. Ziel der Arbeit

Ziel dieser Arbeit ist es, den Tatbestand (Ursachen) und die Rechtsfolgen (Wirkungen) von regelmäßig wiederholten Verhaltensweisen (nachfolgend auch „Übung/en“) in vertraglichen Dauerschuldverhältnissen des Zivil- und Arbeitsrechts darzustellen. Erkenntnisleitende Fragestellung ist, ob und unter welchen

41 Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 242 Rn. 1, 2, 22, 46 f.

42 Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 242 Rn. 87.

43 Vgl. dazu MüKoBGB/*Roth/Schubert*, 6. Aufl., § 242 Rn. 387 f.

Umständen aus einem regelmäßig wiederholten Verhalten eine rechtliche Bindung erwächst und was sich daraus für die Entstehung und den Rechtsgrund der betrieblichen Übung herleiten lässt.

Hierzu bedarf es zunächst einer Bestandsaufnahme der regelmäßig wiederholten Verhaltensweisen, die bereits Gegenstand der Rechtsprechung waren. Diese Bestandsaufnahme erschöpft sich jedoch nicht in einer bloßen Wiedergabe der Rechtsprechung, sondern arbeitet außerdem die Gemeinsamkeiten und die Unterschiede in Bezug auf die Entstehung und die Wirkungen von regelmäßig wiederholten Verhaltensweisen im (Individual-)Arbeitsrecht, Mietrecht und Gesellschaftsrecht heraus.

Aufgrund dieses Vergleichs lassen sich dann der Tatbestand und die Rechtsfolgen von regelmäßig wiederholten Verhaltensweisen auf vertragliche Dauerschuldverhältnisse darstellen und auf die betriebliche Übung und ihre Dogmatik übertragen.

II. Gang der Darstellung

Der Erste und der Zweite Teil dieser Arbeit befassen sich mit der Bestandsaufnahme der Rechtsprechung. Angesicht der Vielfalt an Dauerschuldverhältnissen beschränkt sich die Arbeit auf rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse, schließt also insbesondere sachenrechtliche, familienrechtliche und erbrechtliche Rechtsbeziehungen⁴⁴ aus, und konzentriert sich auf das Mietverhältnis, die Gesellschaft, den Verein und das Arbeitsverhältnis als anerkannte Dauerschuldverhältnisse. Da die betriebliche Übung im Mittelpunkt dieser Arbeit steht, ist ihr der Erste Teil gewidmet, während die auch als „sonstige Übung“ bezeichneten regelmäßig wiederholten Verhaltensweisen, die keine betrieblichen Übungen sind, im Zweiten Teil dargestellt sind. Im Anschluss an die Bestandsaufnahmen erfolgen jeweils Ausführungen zur Systematik und die sonstige Übung wird mit der betrieblichen Übung verglichen, um Gemeinsamkeiten und Unterschiede in Bezug auf ihren Anwendungsbereich, ihre Voraussetzungen und ihre Folgen aufzudecken.

Der Dritte Teil widmet sich der Rechtserheblichkeit von regelmäßig wiederholten Verhaltensweisen für vertragliche Dauerschuldverhältnisse. Er bietet

44 Auch außerhalb des Zweiten Buches des Bürgerlichen Gesetzbuches finden sich Schuldverhältnisse, zum Beispiel im Sachenrecht (§§ 965 ff., 987 ff., 1020, 1030 ff., 1204 ff. BGB), Familienrecht (zum Beispiel §§ 1253, 1378, 1569, 1601 ff., 1664 BGB), Erbrecht (insb. §§ 2174, 2303 ff. BGB) und dem Allgemeinen Teil (§§ 122, 179 BGB), dazu *MüKoBGB/Ernst*, 6. Aufl., Einl § 241 Rn. 4.

zu den in § 2 aufgeworfenen rechtlichen Problembereichen Lösungen an und erläutert – ganz allgemein – den Tatbestand und die Rechtsfolgen von regelmäßig wiederholten Verhaltensweisen.

Der Vierte Teil beschäftigt sich mit der betrieblichen Übung, die überwiegend als eine Besonderheit des Arbeitsrechts verstanden wird. In diesem Teil wird der Meinungsstand zur Dogmatik der betrieblichen Übung dargestellt. Anschließend werden die im Dritten Teil herausgearbeiteten Erkenntnisse auf die betriebliche Übung übertragen und erläutert, was der Geltungsgrund der betrieblichen Übung ist.

Zum Abschluss werden die Ergebnisse dieser Arbeit zusammengefasst und in Form von Thesen wird dargestellt, wie regelmäßig wiederholte Verhaltensweisen und damit auch die betriebliche Übung rechtlich eingeordnet werden können.