



Andrea Kürten

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

Ein Beitrag zur betrieblichen Übung

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Einleitung	1
§ 1 Hintergrund und Fallbeispiele	1
I. Hintergrund	1
1. Wirtschaftlicher Hintergrund	1
2. Rechtstheoretischer Hintergrund	2
II. Fallbeispiele	3
§ 2 Die rechtliche Einordnung regelmäßig wiederholter Verhaltensweisen in vertraglichen Dauerschuldverhältnissen	4
I. Begriff des Dauerschuldverhältnisses	4
II. Regelmäßig wiederholte Verhaltensweisen als Mittel zur Konkretisierung vertraglicher Rechte und Pflichten im Wege der Auslegung	8
III. Regelmäßig wiederholte Verhaltensweisen als Verpflichtungstatbestand	9
1. Als Vertragserklärung	9
2. Als Vertrauenstatbestand	10
§ 3 Aufbau der Arbeit	10
I. Ziel der Arbeit	10
II. Gang der Darstellung	11
Erster Teil Die Rechtsprechung zur betrieblichen Übung, ihr Anwendungsbereich, ihre Voraussetzungen und ihre Folgen	13
§ 4 Die betriebliche Übung in der Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts und des Bundesarbeitsgerichts	13
I. Die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts	14
1. Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf fortgesetztes Verhalten	16
a) Weihnachtsgratifikationen und andere geldwerte Leistungen	16
b) Sonstige Vergünstigungen	17
2. Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf betriebsübliche Leistungen	18
a) Ruhegeld	18

aa)	Stillschweigende Vereinbarung	19
bb)	Grundsatz der Gleichbehandlung infolge einer Treu- und Fürsorgepflicht	19
b)	Sonstige Vergünstigungen.....	21
3.	Geltung von betrieblichen Übungen zulasten des Arbeitnehmers.....	22
II.	Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts.....	23
1.	Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf fortgesetztes Verhalten	23
a)	Weihnachtsgratifikationen und andere geldwerte Leistungen	23
b)	Sonstige Vergünstigungen.....	27
2.	Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf betriebsübliche Leistungen.....	28
a)	Ruhegeld und andere geldwerte Leistungen.....	29
b)	Sonstige Vergünstigungen.....	33
3.	Geltung von betrieblichen Übungen zulasten des Arbeitnehmers.....	34
§ 5	Anwendungsbereich, Voraussetzungen und Folgen der betrieblichen Übung.....	37
I.	Systematik	37
II.	Anwendungsbereich	38
1.	Räumlicher Anwendungsbereich	38
2.	Persönlicher Anwendungsbereich.....	38
3.	Sachlicher Anwendungsbereich.....	40
III.	Voraussetzungen	41
1.	Gemeinsame Voraussetzungen bei unterschiedlichen Folgen.....	41
2.	Regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers	42
a)	Äußerlich erkennbares Verhalten des Arbeitgebers gegenüber Arbeitnehmern.....	42
b)	Regelmäßige Wiederholung von Leistungen oder sonstigen Vergünstigungen.....	42
aa)	Leistung oder sonstige Vergünstigung	42
bb)	Regelmäßige Wiederholung.....	43
(1)	Gleichförmigkeit	43

(2) Anzahl der Wiederholungen oder Dauer des Verhaltens.....	44
c) Handeln in Kenntnis des objektiven Tatbestands und mit objektiv-normativ zu beurteilendem Erklärungsbewusstsein	45
3. Fehlen von Freiwilligkeitsvorbehalten und anderen Ausschlussgründen.....	49
a) Fehlen von Freiwilligkeitsvorbehalten.....	49
b) Fehlen von anderen Ausschlussgründen.....	51
4. Beendigung der betrieblichen Übung.....	52
IV. Folgen.....	53
1. Tatsächliche Folgen.....	53
2. Rechtsfolgen und rechtliche Einordnung.....	53
a) Rechtsfolgen.....	53
b) Rechtliche Einordnung.....	54
aa) Konkretisierung vertraglicher Rechte und Pflichten.....	54
(1) Indiz für den übereinstimmenden Parteiwillen oder eine stillschweigende Abrede bei Vertragsschluss	54
(2) Gestaltungsmittel eigener Art.....	54
bb) Vertragserklärung	55
V. Ergebnis zu dem Anwendungsbereich, den Voraussetzungen und den Folgen der betrieblichen Übung.....	56

Zweiter Teil Die Rechtsprechung zu sonstigen regelmäßig wiederholten Verhaltensweisen, ihr Anwendungsbereich, ihre Voraussetzungen und ihre Folgen.....	57
---	----

§ 6 Die sonstigen regelmäßig wiederholten Verhaltensweisen in der Rechtsprechung	57
I. Mietverhältnisse	57
1. Gesetzliche Regelungsgrundlagen.....	57
2. Rechtsprechung.....	60
a) Umlage von Betriebskosten	60
aa) Umlage zusätzlicher Betriebskosten durch Schreiben des Vermieters und anschließende vorbehaltlose Zahlung des Mieters.....	60

bb)	Umlage zusätzlicher oder Erhöhung vereinbarter Betriebskosten durch Übersendung einer Abrechnung und anschließende vorbehaltlose Zahlung seitens des Mieters.....	61
(1)	Berücksichtigung der Zahlungen seitens des Mieters im Rahmen der Vertragsauslegung	61
(2)	Berücksichtigung der Zahlungen seitens des Mieters im Rahmen der Vertragsänderung.....	62
cc)	Ungerühtes Nichtgeltendmachen vereinbarter Betriebskosten durch Unterlassen der Abrechnung.....	66
b)	Erhöhung der Grundmiete	69
aa)	Mieterhöhung durch Übersendung eines formunwirksamen Schreibens des Vermieters und vorbehaltlose Zahlung des Mieters.....	70
bb)	Mieterhöhung durch Übersendung eines Schreibens des Vermieters und teilweise Zahlung des Mieters oder Zahlung im Wege der Einziehung.....	76
c)	Minderung von Miete durch ungerühte Zahlung eines geminderten Betrags.....	77
d)	Sonstige Verhaltensweisen	79
II.	Gesellschaften und Vereine.....	80
1.	Gesellschaften.....	80
a)	Bilanzierungs- und Entnahmepraxis.....	80
aa)	Verteilung von Gewinnen und Verlusten	80
bb)	Berechnung von Tantiemen.....	83
cc)	Sonstige Verhaltensweisen	84
b)	Bedeutsamkeit der alleinigen Bestimmung eines Gesellschafters als sein Recht aus dem Gesellschaftsvertrag	86
2.	Vereine.....	87
a)	Berücksichtigung des Beschluss- und Abstimmungsverhaltens bei der Auslegung von Vereinssatzungen	87

b)	Berücksichtigung des Verbleibs im Verein bei der Änderung von Vereinssatzungen	88
c)	Vereinsübung als Gewohnheitsrecht	90
III.	Arbeitsverhältnisse.....	91
1.	Praktische Durchführung des Arbeitsverhältnisses.....	91
a)	Berücksichtigung der praktischen Durchführung des Arbeitsverhältnisses bei der Auslegung als Arbeitsvertrag	91
b)	Berücksichtigung der praktischen Durchführung des Arbeitsverhältnisses bei der Konkretisierung von vertraglich vereinbarten Leistungspflichten.....	92
aa)	Als Indiz für eine entsprechende stillschweigende Vereinbarung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses.....	92
bb)	Als Indiz für entsprechende Vertragsbestimmungen	93
cc)	Als Indiz für das Vertragsverständnis und/oder das tatsächlich Gewollte.....	94
c)	Berücksichtigung der praktischen Durchführung des Arbeitsverhältnisses bei der Vertragsänderung.....	97
2.	Widerspruchslose Fortsetzung der Tätigkeit nach schriftlichem Änderungsangebot	99
a)	Als Annahmeerklärung	99
b)	Erste Einschränkung: „unmittelbar und sogleich betroffen“	100
c)	Zweite Einschränkung: Erkennbarkeit des Änderungsangebots oder Vorliegen eines Anlasses zur Änderung.....	102
d)	Dritte Einschränkung: Keine ausdrückliche Ablehnung des Änderungsangebots	103
3.	Widerspruchslose Fortsetzung der Tätigkeit nach einer Änderungskündigung	103
§ 7	Anwendungsbereich, Voraussetzungen und Folgen sonstiger regelmäßig wiederholter Verhaltensweisen (sonstige Übungen)	104
I.	Vergleich der sonstigen Übungen mit der betrieblichen Übung	104
II.	Anwendungsbereich	105
1.	Räumlicher Anwendungsbereich	105

2. Persönlicher Anwendungsbereich.....	106
3. Sachlicher Anwendungsbereich.....	106
III. Voraussetzungen	107
1. Systematik.....	107
2. Voraussetzungen mit der Folge einer Konkretisierung des Vertragsinhalts.....	107
a) Verhalten mit Außenwirkung.....	107
b) Regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen.....	108
aa) Gegenstand des Verhaltens	108
bb) Regelmäßige Wiederholung.....	109
(1) Gleichförmigkeit des Verhaltens	109
(2) Anzahl der Wiederholungen oder Dauer des Verhaltens	109
c) Handeln in Kenntnis des objektiven Tatbestands.....	111
d) Fehlen von Vorbehalten und anderen Ausschlussgründen	111
aa) Fehlen von Vorbehalten und Widersprüchen	111
bb) Fehlen von anderen Ausschlussgründen.....	112
e) Vorliegen besonderer Umstände	112
3. Voraussetzungen mit der Folge einer Änderung vertraglicher Rechte und Pflichten	113
a) Verhalten mit Außenwirkung.....	113
b) Regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen.....	113
aa) Gegenstand des Verhaltens	113
bb) Regelmäßige Wiederholung.....	116
(1) Gleichförmigkeit des Verhaltens	116
(2) Anzahl der Wiederholungen oder Dauer des Verhaltens	116
c) Handeln in Kenntnis des objektiven Tatbestands und mit objektiv zu beurteilendem Erklärungsbewusstsein	118
d) Fehlen von Vorbehalten und anderen Ausschlussgründen	121
aa) Fehlen von Vorbehalten	121
bb) Fehlen von anderen Ausschlussgründen.....	122
e) Vorliegen besonderer Umstände	123

4.	Voraussetzungen mit der Folge einer Verwirkung.....	125
a)	Regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen (Zeitmoment)	126
b)	Vorliegen besonderer Umstände (Umstandsmoment) ...	127
IV.	Folgen	127
1.	Konkretisierung vertraglicher Rechte und Pflichten	128
a)	Indiz für den übereinstimmenden Parteiwillen.....	128
aa)	Dokumentation des Vertragsverständnisses.....	128
bb)	Indiz für das „tatsächlich Gewollte“	129
cc)	Indiz für eine stillschweigende Abrede bei Vertragsschluss.....	129
b)	Auslegungsmittel zur Bestimmung des Vertragsinhalts.....	130
c)	Gestaltungsmittel eigener Art.....	131
d)	Darlegungs- und Beweislast umkehrende Vermutung	131
2.	Änderung vertraglicher Ansprüche durch regelmäßig wiederholte Verhaltensweisen	132
3.	Verwirkung von vertraglichen Rechten.....	133
V.	Ergebnis zu dem Anwendungsbereich, den Voraussetzungen und den Folgen sonstiger regelmäßig wiederholter Verhaltensweisen (sonstige Übungen)	133
Dritter Teil Die rechtlichen Auswirkungen regelmäßig wiederholter Verhaltensweisen auf vertragliche Dauerschuldverhältnisse..... 135		
§ 8	Konkretisierung vertraglicher Rechte und Pflichten durch regelmäßig wiederholte Verhaltensweisen im Wege der Auslegung.....	135
I.	Die Auslegung bei vertraglichen Dauerschuldverhältnissen	135
1.	Auslegungsziel.....	135
a)	Bei vertraglichen Dauerschuldverhältnissen.....	135
b)	Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung	137
aa)	Theorie von der subjektiven Auslegung	137
bb)	Theorie von der objektiven Auslegung.....	138
(1)	Erklärungstheorie.....	138
(2)	Geltungstheorie	139
cc)	Theorie von der objektiv-subjektiven Auslegung.....	141

c)	Stellungnahme unter Berücksichtigung der Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches.....	142
aa)	Unvereinbarkeit der Theorie von der subjektiven Auslegung und der Theorie von der objektiven Auslegung mit den Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches.....	142
bb)	Berücksichtigung sowohl des Willens als auch des Erklärten als Auslegungsziel.....	143
cc)	Gewichtung des Willens im Verhältnis zur Erklärung.....	144
(1)	Darstellung der widerstreitenden Interessen in den §§ 116 ff. BGB.....	144
(2)	Lösung des Konflikts unter besonderer Berücksichtigung des § 122 BGB.....	145
2.	Die Rechtsgrundlagen der Vertragsauslegung.....	146
a)	Rechtsgrundlagen der erläuternden Vertragsauslegung.....	146
aa)	Gesetzliche Auslegungsregeln.....	146
bb)	Allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze und andere Auslegungsmaximen.....	148
b)	Rechtsgrundlagen der ergänzenden Vertragsauslegung.....	150
3.	Die Methode der Auslegung von Verträgen bei Dauerschuldverhältnissen.....	152
a)	Bestimmung des Erklärungstatbestands.....	152
aa)	Auslegungsgegenstand.....	152
bb)	Auslegungsmittel.....	153
b)	Auslegung im Sinne der Ermittlung des rechtlich relevanten Sinns.....	157
aa)	Erläuternde Auslegung.....	158
bb)	Ergänzende Auslegung.....	159
(1)	Vorliegen einer Vertragslücke.....	159
(a)	Erfordernis einer Vertragslücke.....	159
(b)	Begriff der Vertragslücke.....	161
(2)	Schließung der Vertragslücke.....	163
(a)	Vorrang des hypothetischen Parteiwillens.....	163

	(b) Kein Vorrang des dispositiven Rechts	164
cc)	Auslegung von Gesellschaftsverträgen und Satzungen	166
	(1) Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur	166
	(a) Rechtsprechung	166
	(b) Literatur	167
	(2) Stellungnahme	169
	4. Ergebnis zur Auslegung bei vertraglichen Dauerschuldverhältnissen	169
II.	Regelmäßig wiederholte Verhaltensweisen	170
	1. Indiz für den übereinstimmenden Parteiwillen bei Vertragsschluss (historisches subjektives Verständnis)	170
	2. Indiz für den gegenwärtigen übereinstimmenden Parteiwillen (gegenwärtiges subjektives Verständnis)	175
	3. Selbständiges Auslegungsmittel (objektives Verständnis).....	176
	4. Ergebnis zu den regelmäßig wiederholten Verhaltensweisen	179
III.	Exkurs: Vergleich der sonstigen Übung mit der ständigen Praxis im Völkerrecht	179
IV.	Ergebnis zur Konkretisierung vertraglicher Rechte und Pflichten durch regelmäßig wiederholte Verhaltensweisen im Wege der Auslegung.....	182
§ 9	Begründung oder Änderung vertraglicher Rechte und Pflichten durch regelmäßig wiederholte Verhaltensweisen	183
I.	Begründung und Änderung vertraglicher Rechte und Pflichten.....	183
	1. Grundsatz der einvernehmlichen Begründung bzw. Änderung vertraglicher Rechte und Pflichten	183
	2. Begriff und Tatbestand der Vertragserklärung	186
	a) Begriff der Vertragserklärung.....	186
	b) Tatbestand der Vertragserklärung.....	186
II.	Regelmäßig wiederholte Verhaltensweisen	188
	1. Vertragserklärung.....	188
	a) Äußerung eines auf die Begründung oder die Änderung vertraglicher Rechte und Pflichten gerichteten Willens.....	189
	aa) Äußerung.....	189

bb)	Umstände, die auf einen Rechtsfolgewillen schließen lassen	190
(1)	Regelmäßigkeit des Verhaltens.....	190
(2)	Vorliegen besonderer Umstände.....	192
cc)	Umstände, die gegen einen Rechtsfolgewillen sprechen.....	195
(1)	Umstände aus der Sphäre des Erklärungsempfängers.....	196
(2)	Umstände aus der Sphäre des Erklärenden.....	198
b)	Zurechenbare Vertragserklärung	199
c)	Fehlen von Wirksamkeitshindernissen	202
2.	Vertrauenstatbestand.....	202
III.	Ergebnis zur Begründung oder Änderung vertraglicher Rechte und Pflichten durch regelmäßig wiederholte Verhaltensweisen.....	203

Vierter Teil	Die betriebliche Übung als Mittel zur Konkretisierung und als Tatbestand einer Vertragserklärung.....	205
§ 10	Dogmatische Einordnung der betrieblichen Übung.....	205
I.	Der Streit um die dogmatische Einordnung der betrieblichen Übung.....	205
II.	Meinungsstand zur dogmatischen Einordnung der betrieblichen Übung	205
1.	Normative Theorien	205
2.	Betriebliche Übung als einseitiger Verpflichtungstatbestand	207
a)	Lösungen auf kollektiver Grundlage.....	207
b)	Lösungen auf individualrechtlicher Grundlage	208
c)	Würdigung	209
3.	Lösung nach den Grundsätzen über die Allgemeinen Versicherungsbedingungen.....	211
4.	Betriebliche Übung als zweiseitiger Verpflichtungstatbestand	212
a)	Begründung im Einzelnen	212
b)	Würdigung	214

5. Betriebliche Übung als Vertrauenstatbestand (Vertrauenshaftungstheorie)	216
a) Begründung im Einzelnen	216
b) Würdigung	218
6. Kombinationstheorien	219
a) Begründung im Einzelnen	219
b) Würdigung	220
III. Ergebnis zur dogmatischen Einordnung der betrieblichen Übung	221
§ 11 Stellungnahme zur dogmatischen Einordnung der betrieblichen Übung	221
I. Konkretisierung vertraglicher Rechte und Pflichten durch betriebliche Übung	221
1. Betriebliche Übung als Indiz für den übereinstimmenden Parteiwillen	222
a) Betriebliche Übung als Tatsache	222
b) Betriebliche Übung als Verhalten der Vertragsparteien nach Vertragsschluss	223
c) Betriebliche Übung als einvernehmliches Verhalten	224
2. Betriebliche Übung als Auslegungsmittel	225
3. Ergebnis zur Konkretisierung vertraglicher Rechte und Pflichten durch betriebliche Übung	227
II. Betriebliche Übung als Vertragserklärung	227
1. Betriebliche Übung als Äußerung eines Rechtsfolgewillens	227
a) Betriebliche Übung als Äußerung	228
b) Umstände, die einen Rechtsfolgewillen erkennen lassen	228
c) Umstände, die gegen das Vorliegen eines Rechtsfolgewillens sprechen	230
2. Betriebliche Übung als zurechenbare Vertragserklärung	231
3. Fehlen von Ausschlussgründen	232
4. Ergebnis zur betrieblichen Übung als Vertragserklärung	232
III. Geltungsgrund der betrieblichen Übung	233
1. Observanz	233

2. Vertrauen	235
3. Vertrag	235
4. Ergebnis zum Geltungsgrund der betrieblichen Übung	236
IV. Ergebnis zur Stellungnahme zur dogmatischen Einordnung der betrieblichen Übung	237
Zusammenfassung	239