

Dr. iur. Arnold F. Rusch

Observanz und Übung, Erwirkung und Rechtsschein

Ein während längerer Zeit praktiziertes Vorgehen weckt Erwartungen: Der Arbeitnehmer will die in der Vergangenheit stets erhaltene Gratifikation auch, wenn es dem Unternehmen schlecht geht; Mitglieder eines Vereins reagieren empfindlich, wenn ein langjährige Übung plötzlich geändert wird. Der nachfolgende Aufsatz richtet den Fokus auf die Entstehung einer verpflichtenden Übung und analysiert deren dogmatische Herleitung.

Inhaltsübersicht

1. Problemstellung
 2. Anwendungsfälle
 - a. Statutenauslegung und -ergänzung in Körperschaften
 - b. Gratifikationsanspruch
 3. Voraussetzungen für die Entstehung einer Übung
 - a. In veterata consuetudo
 - b. Opinio necessitatis
 4. Dogmatische Herleitungen
 - a. Rechtsgeschäftlicher Ansatz
 - b. Erwirkung und Verwirkung
 - c. Erwirkung als Teil der Rechtsscheinlehre
 5. Sonderfragen
 - a. Kann Observanz Statuten derogieren?
 - b. Beendigung einer Übung
 - c. Irrtümlich praktizierte Übung
 6. Schlusswort
- Literaturverzeichnis

1. Problemstellung[^]

[Rz1] Aufgrund langjähriger, einheitlicher und konstanter Übung, die auf lateinisch in veterata consuetudo genannt wird, kann bei den betroffenen Personen die Überzeugung entstehen, dass eine rechtlich bindende Ordnung vorliegt. Diese Überzeugung wird opinio necessitatis genannt. ¹ Liegt die in veterata consuetudo und die opinio necessitatis vor, entsteht eine rechtlich verbindliche Ordnung.

[Rz2] Die häufigsten Anwendungsfälle einer so verstandenen Übung dürften im Vereins- und Gesellschaftsrecht auftreten, wo je nach Terminologie Vereinsübung, Observanz oder verbandsinternes Gewohnheitsrecht neben dem geschriebenen Statut tritt oder dies sogar widerspricht. ² Ein weiterer Anwendungsfall der Übung ergibt sich durch die langjährige Ausrichtung einer Gratifikationszahlung an Arbeitnehmer, auf die ein Anspruch entstehen kann. Auch das Gesetz verweist an vielen Stellen explizit auf die Übung und speziell auf den Ortsgebrauch. ³

[Rz3] Die nachfolgenden Überlegungen gehen auf die reiche Kasuistik zur Übung und Observanz im Privatrecht ein und widmen sich den dogmatischen Herleitungen, die auf der Rechtsgeschäftslehre und der Erwirkung als Teil der Rechtsscheinlehre basieren. Ziel dieses Aufsatzes ist es, eine abstrakte und tragfähige dogmatische Grundlage der Übung und Observanz im Privatrecht zu finden.

2. Anwendungsfälle[^]

a. Statutenauslegung und -ergänzung in Körperschaften[^]

[Rz4] Ein Verein, eine Genossenschaft oder eine Aktiengesellschaft werden grundsätzlich anhand des gesetzlichen Rahmens und der Statuten geführt und organisiert. Das Gesetz und die Statuten können jedoch kaum allen möglichen Situationen des Alltags regeln. Lücken dieser Art können durch eine mit der Zeit gebildete Übung gefüllt werden. Dass die Übung Statuten ergänzen oder Lücken in den Statuten füllen kann, ist selbstverständlich.⁴ Die nachfolgenden Anwendungsfälle zeigen aber, dass die Übung häufig sogar den Statuten widerspricht.

[Rz5] Die Übung kann darin bestehen, die Statuten auf eine gewisse Weise auszulegen, beispielsweise die Enthaltungen bei Abstimmung nicht zu beachten oder in den Statuten festgehaltene Quoren nicht zu berücksichtigen.⁵ So befand sich das Basler Zivilgericht 1956 mit einem Verein, der bei der Abstimmung über den Ausschluss eines Mitglieds die Stimmenthaltung nicht mitzählte und diese einfache Mehrheit abgab. Die Untersucher ergab, dass dies seit Neufassung der Statuten stets so gehandhabt worden war. Diese allerdings lediglich dreimalige Handhabung in drei Jahren wurde in der ersten Instanz als Übung bejaht, was das Appellationsgericht als sehr fragwürdig bezeichnete und den ersten Instanzlichen Entscheid im Ergebnis zuguthies, aber anders begründete.⁶

[Rz6] Einen weiteren Fall einer Übung hatte der deutsche Bundesgerichtshof zu beurteilen. Eines sogenannte Waldinteressentenschaft – eine Verwaltungsorganisation von Miteigentümern eines Waldes – beschloss Parzellenverkäufe stets und über mehr als fünfzig Jahre hinweg mit einfacher Mehrheit an Stelle des Einstimmigkeitsquorums. Die Statuten der Waldinteressentenschaft sahen Mehrheitsentscheidungen vor. Ohne gesetzliche Ermächtigung hätten derartige Statuten jedoch nicht erlassen werden dürfen. Kein Mitglied hatte in der Vergangenheit diese Praxis angefochten oder beanstandet. Der Bundesgerichtshof schützte den Parzellenverkauf, der sich lediglich auf eine einfache Mehrheit stützen konnte.⁷

[Rz7] Möglich wäre auch die langjährige Übung der Vereinsversammlung, Vorstandsmitglieder direkt in ein Amt zu wählen, anstatt den Vorstand selber bestimmen zu lassen, wer welche Funktion übernimmt (Wahl ins Amt anstelle der Selbstkonstituierung). Das Bundesgericht beurteilte den Fall einer Genossenschaft, deren Statuten die Selbstkonstituierung des Vorstandsvorsahen. Der Kläger machte geltend, die Generalversammlung hätte praxisgemäß die Vorstandsmitglieder direkt ins Amt gewählt. Es hätte sich dabei seit Gründung der Genossenschaft immerhin um eine fast zehnjährige Übung gehandelt. Vor Gericht liess sich anhand der Protokolle der Generalversammlungen jedoch nur das Gegenteil beweisen.⁸

[Rz8] Eine Übung kann neue Kompetenzen eines Vorstandes begründen: Denkbar ist, dass der Vorstand über einen längeren Zeitraum Geschäfte abschliesst, die von den in den Statuten festgehaltenen Kompetenzen nicht gedeckt sind.⁹ Das Aargauische Obergericht beurteilte den Fall des Freiämter Rabatvereins, dessen Vorstand den Druckauftrag für die Rabattmarken, der alle vier Jahre anfiel, stets selber vergeben hatte. Dieser Druckauftrag überschritt die statutarische Kompetenzgrenze von Fr. 100 für Vorstandsbeschlüsse. Folglich hätte die Vereinsversammlung über den Auftragentscheiden müssen. Das Obergericht hielt jedoch fest, dass sich die Kompetenz des Vorstandes auch gewohnheitsrechtlich ergeben können. Die nicht nach Jahren bezifferte, aber mehrjährige, stets unangefochtene Praxis des Vorstandes wurde geschützt. Die Vereinsversammlung hätte diese ungeschriebene Kompetenz zwar stets aufheben können. Die Vereinsversammlung fasste einen entsprechenden Beschluss, der mangels ordentlicher Traktandierung jedoch ausser Betracht fiel.¹⁰

[Rz9] In Deutschland bildete sich in einer offenen Handelsgesellschaft (OHG) durch jahrelange Praxis ein vom Gesellschaftsvertrag abweichender Gewinnverteilungsschlüssel.¹¹ Während 25 Jahren verteilte der Seniorchef den Gewinn nahezu nach dem von den Statuten abweichenden Schlüssel. Die übrigen beiden Gesellschafter – zwei Söhne des Seniorchefs – nahmen dies ohne Widerstand hin. Der Bundesgerichtshof schützte den von den Statuten abweichenden Gewinnverteilungsschlüssel und hielt fest: «Die Annahme, in der Gesellschaft der Parteien könnte die Verteilung des Gewinns zwanzig Jahre hindurch gewollt massenunverbindlich gewesen sein, widerspricht daher einem feststehenden Erfahrungssatz des Gesellschaftsrechts. Die Lebenserfahrung spricht im Gegenteil in entscheidender Weise dafür, dass in derart langatmige Übung im Lauf der Zeit auch eine feste vertragliche Grundlage gefunden hat.»¹²

[Rz10] Der Bernische Appellationshof beurteilte 1920 den Fall der Thuner Sektion der Gewerkschaft SMUV (Schweizerischer Metall- und Uhrenarbeiter-Verband) und ging der Fragen nach, ob ein Mitglied aufgrund der Beteiligung des SMUV am Generalstreik von 1918 mit sofortiger Wirkung aus der Thuner Sektion des SMUV

austreten konnte. Die Beschlussfassung über die Beteiligung der Thuner Sektion des SMUV am Landesstreik fand durch dieses sogenannte Vertrauensmännerversammlung statt. Dieses Organ sah die Statuten der Thuner Sektion zwar offiziell nicht vor. Jedoch zeigte sich, dass dieses Organ in gleicher Zusammensetzung mehrmals unangefochten tagte und als Organ der Thuner Sektion betrachtet wurde. Im Entscheid werden drei derartige Vertrauensmännerversammlungen aufgezählt, die alle im November 1918 tagten und diverse Beschlüsse fassten. Die Beschlüsse und Handlungen der Vertrauensmännerversammlung wurden der Thuner Sektion des SMUV deshalb folgerichtig zugerechnet.¹³

[Rz 11] Die Genossenschaft Società Cooperativo Italiano in Zürich (nachfolgend: Società) bestand aus der italienischen sozialdemokratischen Sektion Zürich sowie allen italienischen Sozialdemokraten, die mindestens einen Anteilsschein von Fr. 10 erworben hatten. Die Mutterpartei der italienischen sozialdemokratischen Sektion Zürich beriet am 10. April 1921 über einen Übertritt zur kommunistischen Partei, lehnte einen solchen aber ab.³⁵ Mitglieder der Zürcher Sektion stimmten bei dieser Versammlung des Gesamtvereins für einen Übertritt, 19 dagegen. Diese 19 Mitglieder der italienischen sozialdemokratischen Sektion Zürich hielten, ohne die kommunistisch stimmende Mehrheit einzuladen, am 15. April 1921 eine Generalversammlung ab. Sie konstatierten, dass die 35 kommunistisch stimmenden Mitglieder aus der Sektion Zürich und damit auch aus der Società ausgeschieden seien. Der gesamte bisherige Vorstand der Società wurde ersetzt, da ersich ausschliesslich aus Mitgliedern der kommunistischen Mehrheit zusammensetzte. Die neuen Vorstandsmitglieder wurden im Handelsregister eingetragen. Gegen die Anfechtung dieses Beschlusses durch ein Mitglied der kommunistischen Mehrheit wurde vorgebracht, es sei von jeher Brauch gewesen, lediglich zur Mitgliederversammlung der italienischen sozialdemokratischen Sektion Zürich einzuladen und nichts speziell zu einer Mitgliederversammlung der Società. Das Obergericht Zürich wies diesen Einwand zurück und bemerkte, dass durch ein derartigen Gebrauch die statutarischen und gesetzlichen Vorschriften der ordnungsgemässen Einberufung nicht aufgehoben werden können. Die Bestellung des neuen Vorstandes ward deshalb gültig.¹⁴

[Rz 12] Weitere Anwendungsfälle sind denkbar, soz. B. die jahrelange und unangefochtene Wahl des Vorstands anhand von Kopfstimmen an Stelle der statutarisch vorgesehenen Stimmenzuteilung (Konzessionsstimmen).¹⁵ Denkbar sind auch die Gewährung eines festen Sitzes in der Vereinsleitung oder die turnusgemässe Überlassung des Präsidentenamts an Minderheitenvertreter innerhalb des Vereins auf grund langjähriger Übung.

b. Gratifikationsanspruch[^]

[Rz 13] Ganz ähnlich verhält sich mit der Gratifikation im Arbeitsrecht. Schon der Wortstamm *ex gratia* (lat. für freiwillig) liefert ein Indiz: Die Gratifikation ist eine freiwillige Leistung.¹⁶ Durch die mehrmalige, regelmässige und vorbehaltlose Zahlung einer ansich freiwilligen Gratifikation gemäss Art. 322d OR kann jedochein Anspruch auf deren zukünftige Ausrichtung entstehen.¹⁷

[Rz 14] Trotz Freiwilligkeits-, Einmaligkeits- oder Widerrufsvorbehalt kann nach jahre- oder jahrzehntelanger Praxis ebenfalls ein Anspruch auf Ausrichtung der Gratifikation entstehen, weil der Vorbehalt als bedeutungslose Floskel interpretiert wird.¹⁸

[Rz 15] Die Entstehung eines Gratifikationsanspruchs ist auch durch Betriebsübung für alle Mitarbeiter eines Betriebs möglich.¹⁹ Unter Betriebsübung wird ein regelmässig wiederholtes Verhalten des Arbeitgebers verstanden, aus welchem die Arbeitnehmerschliessen können, dass sie die Leistung oder Vergünstigung auf Dauer erhalten werden.²⁰ Auf die Betriebsübung kann sich auch ein Arbeitnehmer berufen, der noch nie eine Gratifikation erhalten hat.²¹

3. Voraussetzungen für die Entstehung einer Übung[^]

a. *Inveterata consuetudo*[^]

[Rz 16] Die erste Voraussetzung der Übung ist ein langjährige Praxis. Diese wird auch Brauch oder Sitte genannt und bezeichnete in gleichförmiges, sich wiederholendes und andauerndes Verhalten.²² Der lateinische Fachbegriff lautet *inveterata consuetudo* (wörtlich übersetzt: alte, althergebrachte Gewohnheit). Zum Verständnis dieser Begriffe

ist das Zitateiner Julian-Digestenstelle hilfreich:

«Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, ethocestius quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsa lege nulla alia ex causa non teneant, quam quod iudicio populi recepta sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: Nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsi set factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut lege non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.»²³

«Althergebrachte Gewohnheit wird mit gutem Grund wie ein Gesetz befolgt, und dies ist das Recht, von dem man sagt, dass es durch Sitte begründet ist. Denn wenn selbst die Gesetze aus keinem anderen Grund für uns bindend sind als deswegen, weil sie durch die Entscheidung des Volkes angenommen sind, dann bindet mit Grund auch das alle Bürger, was das Volk ohne schriftliche Fixierung gebilligt hat. Denn welchen Unterschied macht es, ob das Volk seinen Willen durch Abstimmung [in der Volksversammlung] kundtut oder durch die aus seinem Verhalten folgenden Tatsachen? Dahernimmt man mit vollem Rechtsogaran, dass Gesetze nicht nur durch Abstimmung des [Volkes als des] Gesetzgebers, sondern auch durch die auf stillschweigender Zustimmung aller beruhende Nichtanwendung ausser Geltung gesetzt werden.»²⁴

[Rz17] Diese Digestenstelle zeigt bereit seine Grundlage für die nachfolgende Diskussion auf. Die Observanz erhält ihre innere Begründung durch eine stillschweigende Zustimmung (tacito consensu), welche zur langjährigen Praxis hinzutritt. Diese stillschweigende Zustimmung ersetzt vorliegend die schriftliche Zustimmung, die für die Gesetze notwendig war. Die innere Begründung der Observanz bildet Gegenstand der vertieften Überlegungen ab Rz 24. Nachfolgend ist zuerst auf Beispiele der inveterata consuetudo einzugehen.

[Rz18] Die Rechtsprechung bejahte bei einer 72-jährigen Praxis eine genügend lange Übung, wonach Lehren nicht in die städtische Krankenkasse aufgenommen werden.²⁵ In einem früheren Bundesgerichtsentscheid stand eine über 50 Jahre alte Praxis der Steuererhebung zur Beurteilung, die von 1903 bis zum Beurteilungszeitpunkt im Jahre 1957 stets Bestand hatte und auch einer Anfechtung im Jahre 1927 standhielt. Der Entscheider wäht zwei weitere, unveröffentlichte steuerrechtliche Entscheide: Eine Praxis von 30 Jahren genügte, während eine Praxis von nur sieben Jahren nicht ausreichte.²⁶ Gefordert werden somit eine langjährige und feststehende Praxis.²⁷ Eine genaue Angabe der Dauer ist nicht möglich. Ein wesentlicher Faktor dürfte auch die Häufigkeit der Anwendung der Übung sein. Ein häufig praktiziertes Vorgehen – zum Beispiel bei Vorstandssitzungen, die jeden Monat stattfinden – führt schneller zu einer inveterata consuetudo als ein nur nach langen Zeiträumen wiederkehrendes Verhalten (Beispiel: die nur alljährlich stattfindende Generalversammlung).²⁸

[Rz19] Auch bei der Entstehung eines Gratifikationsanspruchs ist die inveterata consuetudo als Voraussetzung erkennbar. Die geforderte Dauer ist im Unterschied zu oben zitierten Rechtsprechung viel kürzer. Lehre und Rechtsprechung bejahen grösstenteils bei einer mindestens dreijährigen, vorbehaltlosen Ausrichtung einer Gratifikation die Entstehung eines klagbaren Gratifikationsanspruchs.²⁹ Der Gratifikationsanspruch kann bei jahrzehntelanger Ausrichtung trotz Freiwilligkeits-, Abänderungs- oder Widerrufsvorbehalten stehen, wenn der Vorbehalt als bedeutungslose Floskel interpretiert wird und der Arbeitgeber durch sein Verhalten zeigt, dass er sich zur Ausrichtung einer Gratifikation verpflichtet fühlt.³⁰ Dies kann gemäss Bundesgericht dadurch geschehen, dass die Vorbehaltsklausel in ein Anspruch genommen wird, obwohl aufgrund des schlechten Geschäftsgangs oder schlechter Leistung des Arbeitgebers Grund dazu bestanden hätte.³¹ Die Entstehung eines Gratifikationsanspruchs ist auch durch Betriebsübung für die Gesamtheit der Arbeiter in einem Betrieb möglich.³² Unter Betriebsübung wird ein regelmässig wiederholtes Verhalten des Arbeitgebers verstanden, aus welchem die Arbeitnehmern schliessen können, dass sie die Leistung oder Vergünstigung auf Dauer erhalten werden.³³

b. Opinione necessitatis[^]

[Rz20] Die langjährige Übung ist das äussere Zeichen.³⁴ Zum äusseren Zeichen muss die innere Überzeugung der betroffenen Person treten, dass es sich um eine rechtlich bindende oder zwingende Praxis handelt. Wie bei der inveterata consuetudo hat sich der lateinische Begriff durchgesetzt. Erlautet opinione necessitatis (auch opinio iuris genannt; wörtlich übersetzt: Überzeugung der Notwendigkeit, Rechtsüberzeugung).³⁵

[Rz21] Die opinione necessitatis findet in den Entscheidungen meist nur eine untergeordnete Beachtung. Häufig wird³⁶

beigegebener in veterata consuetudine direkt auf das Vorhandensein der opinio necessitatis geschlossen.

[Rz22] Die Entstehung eines Gratifikationsanspruchs wird in der Lehre durch eine Zusicherung des Arbeitgebers begründet, die der Arbeitnehmer akzeptiert, also durch eine stillschweigende Vereinbarung.³⁷ Beim Gratifikationsanspruch ist die opinio necessitatis somit die Überzeugung des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers, dass es sich um eine zwingende und verbindliche Ordnung handelt und dass ein Anspruch entstanden ist. Diese stillschweigende Übereinkunft hinterlässt jedoch einen netzwerkartigen Eindruck (siehe dazu mehr unten, Rz25). Die opinio necessitatis muss nicht auf einer expliziten oder stillschweigenden Vereinbarung beruhen. Sie könnte auch auf dem alleinigen Vertrauen des Arbeitnehmers in die künftige Ausrichtung der Gratifikation beruhen. Sie schweigt sich darüber aus, wie diese Verbindlichkeit entsteht, obwohl die Julian-Digesten stellen mit dem Begriff tacito consensu (durch stillschweigende Zustimmung) eher auf die rechtsgeschäftliche Begründung³⁸ So gesehen ist die offen formulierte Voraussetzung der opinio necessitatis passender als die rechtsgeschäftliche Erklärung über fingierte oder stillschweigende Willenserklärungen.

[Rz23] Nachfolgend ist für die Übung in juristischen Personen und bei Gratifikationszahlungen zu analysieren, ob die Rechtsgeschäftslehre oder die Rechtsscheinlehre bzw. darauf der Rechtsscheinlehre basierende Anspruch aus Erwirkung bessere Lösungen darstellen.

4. Dogmatische Herleitungen[^]

a. Rechtsgeschäftlicher Ansatz[^]

[Rz24] Begründet wird die Entstehung eines Gratifikationsanspruchs durch eine vom Arbeitnehmer stillschweigend akzeptierte Zusicherung des Arbeitgebers oder allgemein durch eine stillschweigende Vereinbarung.³⁹ Die früher notwendige Voraussetzung, wonach die Gratifikation für den Arbeitnehmer einen wesentlichen Bestandteil seiner Entlohnung ausmachen und deshalb für ihn ein Gewicht fallen müsse, wurde fallengelassen.⁴⁰ Staehelin erklärt diese Änderung damit, dass sie sich aus einer stillschweigenden Vereinbarung nur schwer ableiten lasse.⁴¹ Diese Formulierung deutet darauf hin, dass das Kriterium ansich als sinnvoll, aber kaum als auf dem Boden der Rechtsgeschäftslehre begründbar erscheint. Hierschimmerndie Voraussetzungen des privat- oder öffentlichrechtlichen Vertrauensschutzes als theoretisches Gerüst durch. Es sind die Voraussetzungen des Vertrauens und einer Vertrauensdisposition oder -betätigung.⁴² Auf die Gratifikation sollten nach dieser Ansicht nur ein Anspruch stehen, wenn sich der Arbeitnehmer auf den vermeintlichen Anspruch eingestellt hat, fest damit rechnet und vielleicht sogar irreversible Dispositionen getätigt hat. Dies dürften nach mehreren Jahren sicher der Fall sein – der künftige Lohn wird im Geiste oder auf grundtatsächlicher Verpflichtungen bereits ausgegeben, allfällige Gratifikationen inklusive.⁴³

[Rz25] Die rechtsgeschäftliche Begründung des Gratifikationsanspruchs ist nicht in allen Bereich schlüssig. Die Arbeitgeber wollen – und dies darf auf grund sicherer Kenntnisse gelten – niemals eine Zusicherung künftiger Gratifikationen abgeben, die die Arbeitnehmer stillschweigend akzeptieren könnten.⁴⁴ Die rechtsgeschäftliche Herleitung kann nicht erklären, weshalb aus gerechnet nach dreimaligervorbehaltloser Zahlungen ein Gratifikationsanspruch entstehen soll.⁴⁵ Gibt ein Arbeitgeber einen Freiwilligkeits-, Einmaligkeits- oder Widerrufsvorbehalt bei der Ausrichtung der Gratifikation ab, kann dies auch nach jahrzehntelanger Übung nicht bedeuten, dass er eine stillschweigende Zusicherung abgegeben hat, die der Arbeitnehmer ebenfalls stillschweigend angenommen hat.⁴⁶ Noch klarer wird dieser Gedanke im umgekehrten Fall, in welchem der Arbeitgeber einen bereits entstandenen Gratifikationsanspruch durch eine neue Übung wieder kürzen will. Während die Annahme durch Schweigen bei einem vorteilhaften Angebot seitens des Arbeitgebers – sofern dies überhaupt ein Angebot gemacht hat, was vorliegend verneint wird – auf grund der besonderen, nur vorteilhaften Natur des Geschäfts im Sinne von Art. 6 OR haltbar ist, versagt dieser Ansatz bei einer Kürzung oder einem Verzicht auf die Ausrichtung der Gratifikation.⁴⁷ Hiervon einem stillschweigenden Akzept des Arbeitnehmers auszugehen, liegt fern. Der Vorbehalt kann auch nach jahrzehntelanger Ausübung noch Sinn machen: Es kann für den Arbeitgeber wichtig sein, bei schwieriger Ertrags- oder Wirtschaftslage bezüglich eines Teils der Zahlungen flexibel zubleiben.⁴⁸ Die Anforderungen für die Annahme einer Willenserklärung sind auf Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite unrealistisch niedrig.⁴⁹

[Rz26] Die Übung in Körperschaften lässt sich eben falls mit einer dem rechtsgeschäftlichen Ansatz ähnlichen Erklärung begründen. Die Duldung der Handhabung eines nicht in den Statuten geregelten Problems oder die Duldung der jahrelangen Abweichung von einer statutarischen Regelung werden als stillschweigende, konkludente Zustimmung oder als stillschweigender Vereinsbeschluss gewertet.⁵⁰ Mehrere Entscheidungen weisen deutlich auf den rechtsgeschäftlichen Ansatz von Zustimmung und Billigung hin:

[Rz27] Der deutsche Entscheid zur offenen Handelsgesellschaft (OHG, siehe oben, Rz9) argumentiert klar mit vertragsrechtlichen Grundsätzen:

«Es wäre schlechthin ungewöhnlich, würde die Gesellschaft einer OHG mehr als zwanzig Jahre lang einen dem Vertrag widersprechenden Verteilungsschlüssel vorbehaltlos anwenden, ohnediesem früher oder später Verbindlichkeit zu messen zu wollen. (...) Ein ruhigen, von Auseinandersetzungen freien Entwicklung des innergesellschaftlichen Lebens widerspräche es, auf die Dauer den Gewinn in einer Weise zu verteilen, die nicht den Boden einer vertraglichen Grundlage hätte. Auch den Interessender Mitglieder einer Familiengesellschaft steht in aller Regel entgegen, für längere Zeit nach Vertraglosen und ungewissen Grundsätzen die Gewinnverteilung zu handhaben. Die Annahme, in der Gesellschaft der Parteien könnte die Verteilung des Gewinns zwanzig Jahre hindurch gewollt massen unverbindlich gewesen sein, widerspricht daher einem feststehenden Erfahrungssatz des Gesellschaftsrechts. Die Lebenserfahrung spricht im Gegenteil inentscheidender Weise dafür, dass in einer derartigen tatsächliche Übung im Laufe der Zeit auch eine feste vertragliche Grundlage gefunden hat.»⁵¹

[Rz28] Auch im Entscheid zur Waldinteressentenschaft (siehe oben, Rz6) sah der Bundesgerichtshof eine stillschweigende Billigung der Satzungsbestimmung, die Parzellenverkäufe auf Grundlage eines einfachen Mehrheitsbeschlusses zulässt:

«Wieder Senat (...) für den nicht rechtsfähigen Verein entschieden hat, wirdeinesatzungsmässige Regelung, die zwar nicht wirksam getroffen worden ist, aber im Gegensatz zur Zweckänderung (...) keiner formalisierten Zustimmung bedarf, dadurch wirksam, dass sie von den Mitgliedern hingenommen und dem Leben des Vereins zugrunde gelegt wird. Denn hierin liegt eine stillschweigende Billigung.»⁵²

b. Erwirkung und Verwirkung[^]

[Rz29] Bei Statuten derogierender Verteilung des Gewinns oder ausnahmsweise fester Einräumung eines Vorstandssitzes oder des Präsidiums an Mitglieder einer Minderheit, aber auch beim Gratifikationsanspruch im Arbeitsrecht steht nach der Terminologie von Canaris ein Anspruch aus Erwirkung im Vordergrund.⁵³

[Rz30] Erwirkung ist das Gegenstück zur Verwirkung.⁵⁴ Bei der Verwirkung ergibt sich durch Zeitablauf eine neue Wirklichkeit: Durch untätiges Zuwarten und durch eine lange Zeitdauer ist es möglich, dass «der Anschein einer neuen Rechts- oder Sachlage» entsteht.⁵⁵ Massgebend ist der Grundgedanke, der der Verwirkung durch Zuwarten innewohnt: Es ist die Diskrepanz zwischen Norm und Wirklichkeit, aber auch zwischen rechtlicher und faktischer Wirklichkeit.⁵⁶ Die Ansprüche bestehen zwar noch, aber die betroffenen Personen haben sich innerlich darauf eingestellt, dass deren Geltendmachung nach einem gewissen Zeitablauf nicht mehr angebracht wäre.⁵⁷ Die Verwirkung durch Zeitablauf setzt voraus, dass ein längerer Zeitraum ungenutzt verstrichen ist, während bei der anderen Partei ein Besitzstand stehen konnte. Die Rechtsausübung während des ungenutzten Zeitraums muss möglich und zumutbar gewesen sein, während die andere Partei im guten Glauben auf die Untätigkeit vertrauen durfte.⁵⁸ Diese Regel stützt sich auf das Rechtsmissbrauchsverbot gemäss Art. 2 ZGB. Die Verwirkungsfälle sind in den Rechtsordnungen nur teilweise positiviert.⁵⁹ Bei der Erwirkung – dem Gegenstück zur Verwirkung – fehlt eine gesetzliche Positivierung gänzlich.

[Rz31] Die innere Rechtfertigung der Erwirkung lässt sich über die Privatautonomie erklären. Oben wurde bereits gezeigt, dass dieser problematische Ansatz von einer stillschweigenden Offerte und einem eben solchen Akzept ausgeht und deshalb in vielen Fällen konstruiert wirkt.⁶⁰ Bei definierten Willenserklärungen sind unrealistisch. Der Arbeitgeber wollte sich kaum verpflichten. Der Arbeitgeber will die Freiheit haben, die Gratifikation auch in Zukunft beliebig festzusetzen oder sogar zu streichen. Der Arbeitnehmer konnte das Verhalten des Arbeitgebers in guten Treuen auch nicht verstehen. Aus freiwilligen Leistungen darf nicht auf eine Verpflichtung geschlossen

werden. In guten Treuen vertraut der Arbeitnehmer lediglich darauf, dass ein langjährige Praxis nicht ohne Grund aufgegeben wird. Mit einem Verpflichtungswillenden Arbeitgebers kann nicht rechnen. Damit steht aber noch kein natürlicher oder rechtlicher Konsens über einen verbindlichen Gratifikationsanspruch im Sinne von Art. 322d Abs. 1 OR. ⁶²Ein Konsens aufgrund stillschweigender Willenserklärungen würde über dies nur bei Verbesserungen der Entlohnung greifen, nicht auch bei Verschlechterungen (siehe oben, Rz 25).

[Rz 32] Die Rechtfertigung der Erwirkung ergibt sich auch aus objektiven gesellschaftlichen Wertungen. ⁶³Diese von der rechtsgeschäftlichen Theorie losgelöste Rechtfertigungserklärung, weshalb ein Anspruch aus Erwirkung trotz Vorbehaltserklärungen entstehen kann: Nach jahrzehntelanger Praxis der Auszahlung einer Gratifikation richtet sich ein Arbeitnehmer in seinem Lebensstil darauf ein. Die Vorbehaltserklärung verliert mit jedem Jahr, in welchem die Gratifikation trotz dem ausbezahlt wird, ihre hemmende Wirkung. ⁶⁴Für den Arbeitnehmer ergibt sich eine neue Wirklichkeit, auf die er sich einrichtet. Er hat die Gratifikation möglicherweise mental schon ausbezahlt und in seinem Lebenszuschnitt bereits einkalkuliert, noch bevor er sie erhalten hat. ⁶⁵Die Gesellschaft wertet dies als nachvollziehbare Überlegung und gewährt deshalb folgerichtig einen Gratifikationsanspruch aus Erwirkung. Aus der Lehre der Erwirkung ergibt sich eigentlich nur als Nebenprodukt, ob ein Anspruch entstanden ist. Aus ihm ergibt sich auch nicht, dass sich der Arbeitgeber verpflichten wollte. Vielmehr lässt sich aus ihm ableiten, ob ein oft geübtes Verhalten nach langer Zeit ohne Verletzungsschutz würdigen Vertrauens geändert werden kann. ⁶⁶Würde sich das Vertrauen auf einen Verpflichtungswillenden Arbeitgebers richten, müsste man es verneinen: Die Gratifikation ist von Gesetzes wegen freiwillig. Auch bei jahrzehntelanger Ausrichtung der Gratifikation mit entsprechendem Vorbehaltserklärungen könnte man kein enges Vertrauen des Arbeitnehmers hinsichtlich des Verpflichtungswillens des Arbeitgebers bejahen. ⁶⁷Nachfolgend ist vertieft auf die Voraussetzungen des Erwirkungsanspruches einzugehen.

[Rz 33] Die erste Voraussetzung ist der Zeitablauf, eine gewisse Dauer des in Frage stehenden Verhaltens. Je nach Häufigkeit und Art des relevanten Verhaltens oder Duldens ist der notwendige Zeitablauf kürzer oder länger bemessen. Dies ist der Vertrauensbestand. Im Gegensatz zur rechtsgeschäftlichen Begründung des Gratifikationsanspruches macht bei der Herleitung durch Erwirkung das Abstellen auf die dreimalige Ausrichtung Sinn, denn es stellt eine gewisse Gesetzmässigkeit – eine Reihe – dar, die bei bloss zweifacher Ausrichtung noch keine Erwartungen zu wecken vermag. ⁶⁸Dass schützenswerte Vertrauen richtet sich darauf, dass diese Übung nicht ohne sachliche Gründe abgebrochen wird. ⁶⁹Das Vertrauen kann sich vernünftigerweise aber nicht darauf richten, dass die Übung weitergeführt wird, auch wenn ein Verein oder der Arbeitgeber dadurch ruiniert würde oder der Arbeitnehmer die Treuepflicht schwer verletzt. ⁷⁰Weitere Voraussetzungen sind die Kenntnis dieses Vertrauensbestandes, die Zurechenbarkeit auf die mit dem Erfüllungsanspruch belastete Person sowie die Gutgläubigkeit der vertrauenden Person. ⁷¹Erforderlich ist auch eine Vertrauensdisposition oder zumindest eine hohe Wahrscheinlichkeit der Vertrauensdisposition. ⁷²Die Vertrauensdisposition kann darin bestehen, dass der Lebenszuschnitt auf den Lohn mit Gratifikation ausgerichtet wird oder dass der Arbeitnehmer im Betrieb verbleibt. Die hohe Wahrscheinlichkeit der inneren Einstellung auf die Übung muss ausreichen, dass sonst die unvorsichtigen und sorglosen Personen privilegiert werden. ⁷⁴

[Rz 34] Problematisch beim Gratifikationsanspruch ist das Vorliegen des guten Glaubens. Es wäre nicht zu rechtfertigen, Erfüllungsansprüche bösgläubigen Personen zuzusprechen. Einer der häufigeren Anwendungsfälle des Anspruchs aus Erwirkung – der Gratifikationsanspruch aufgrund jahre- oder jahrzehntelanger Übung trotz alljährlich wiederholten Vorbehaltserklärungen – lässt sich somit nur aus dem Erwirkungsanspruch ableiten, wenn man den guten Glauben darauf bezieht, dass ein langjährige Praxis nicht ohne vernünftigen Grund abgebrochen wird. ⁷⁵ Hinzukommt die innere Rechtfertigung aus der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht oder politischen Erwägungen. ⁷⁶ Nach dem Massstab von Art. 3 Abs. 2 ZGB kann bei einem expliziten und stets beigefügten Freiwilligkeitsvorbehalt kaum gutgläubig auf einen verbindlichen Gratifikationsanspruch vertraut werden. Der Arbeitnehmer hätte in diesem Fall wissen müssen, dass sich sein Vertrauen auf eine fehlerbehaftete Rechtsstellung bezieht. ⁷⁷Das Bundesgericht bejahte allerdings den guten Glauben eines Arbeitnehmers, der bei einer lediglich fünfmaligen Bonuszahlung trotz des immer beigefügten Freiwilligkeitsvorbehaltserfolgreich einen Anspruch auf den Bonus geltend machte. ⁷⁸Dies lässt sich nur dadurch rechtfertigen, wenn sich der gute Glauben nicht auf den Verpflichtungswillen bezog, sondern auf das Vertrauen, dass ein langjährige Praxis nicht ohne vernünftigen Grund abgebrochen wird.

[Rz 35] Die einzelnen Voraussetzungen können in ihrer Intensität variieren, da es sich um ein bewegliches System handelt. Dem Grundsatz nach gilt, dass je häufiger ein Verhalten praktiziert wird, desto schneller wird es zur Übung. Je länger die Übung praktiziert wird, desto geringer muss die Vertrauensdisposition ausfallen. Nach jahrzehntelanger

Übung kann auch hinsichtlich geringer Beträge eine verbindliche Praxis entstehen, während bei hohen Beträgen schon nach kurzer Zeit eine Veränderung des Lebenszuschnitts mit grosser Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist.

79

c. Erwirkung als Teil der Rechtsscheinlehre[^]

[Rz36] Die von Canaris bezeichnete Vertrauenshaftung kraft Erwirkung gewährt als Rechtsscheinhaftung im Unterschied zur in der Schweiz bekannten Vertrauenshaftung nicht bloss einen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens, sondern einen Erfüllungsanspruch – exakter definierte eine Rechtsscheinentsprechung.⁸⁰ Bei der Rechtsscheinentsprechung wird der Rechtsschein zur Rechtswirklichkeit, weil dem Vertrauen auf einen rechtlich relevanten Sachverhalt entsprochen wird.⁸¹ Das relevante Vertrauen richtet sich auf einen rechtlichen Sachverhalt. Der rechtliche Sachverhalt besteht darin, dass aufgrund des in langjähriger Praxis geübten Vorgangs ein Anspruch entstanden ist und dass sich dabei eine verbindliche Ordnung handelt. Es stellt sich deshalb vorliegend die Frage, weshalb innerhalb der Rechtsscheinlehre eine spezielle Anspruchskategorie benötigt wird.

[Rz37] Das Auseinanderfallen von rechtlicher und faktischer Wirklichkeit, welches sich bei jahrelanger Übung manifestiert, schafft einen Rechtsschein.⁸² Die Zurechnung des Rechtsscheins an den Bestand – dies subjektive Beziehung dervom Rechtsschein belasteten Person zum Scheinbestand⁸³ – dürfte in den erwähnten Fällen kein Problem darstellen. Die Zurechnung zum Arbeitgeber beruht auf dem Gedanken, dass dieser durch die vorbehaltlose Zahlung der Gratifikation das Risiko eines Missverständnisses und, gestützt darauf, einer Vertrauensinvestition geschaffen hat. Dieses Risiko kontrolliert der Arbeitgeber im Unterschied zum Arbeitnehmer besser, denn die Entlohnung bedeutet für den Lebenszuschnitt des Arbeitnehmers mehr als für den Arbeitgeber. Überdies kann der Arbeitgeber die Gefahr einer falschen Interpretation der Gratifikationszahlung durch Vorbehaltserklärungen oder in dem Geschäftsergebnis angepasste Gratifikationshöhe besser steuern. Dies ist in der Terminologie Canaris' die Zurechnung aufgrund des Risikoprinzips.⁸⁴ Der Rechtsschein bewirkt sodann, dass die beteiligten Personen ein Vertrauen entwickeln, wonach sie einen Anspruch auf die Rechte erhalten, in deren Genuss sie jahrelang gekommen sind. Die Diskrepanz zwischen rechtlicher und faktischer Wirklichkeit liegt folglich sowohl dem Anspruch als Erwirkung, der Verwirkung als auch der Rechtsscheinentsprechung zugrunde.⁸⁵

[Rz38] Es stellt sich die Frage, ob auch die übrigen Voraussetzungen der allgemeinen Rechtsscheinentsprechung gegeben sind. Es handelt sich dabei um die Vertrauensdisposition, deren Kausalität zum Vertrauen sowie die Gutgläubigkeit. Eine tatsächliche Vertrauensdisposition ist in der Rechtsscheinlehre nicht immer vonnöten. Es genügt bereits, dass die vertrauende Person sich innerlich darauf eingestellt hat und mit der Gewährung der Rechte festrechnet.⁸⁶ Dies dürfte bei den Gratifikationszahlungen sowie der Übung in Vereinen und Körperschaften stets der Fall sein. Die Rechtsscheinlehre kann bei der vorbehaltlosen, mehrjährigen Zahlung einer Gratifikation ebenfalls zu einem positiven Anspruch, d. h. zu einer Rechtsscheinentsprechung führen. Bei jahrelanger Ausrichtung einer Gratifikation unter Freiwilligkeits-, Einmaligkeits- oder Widerrufsvorbehalt hingegen würde die weitere Voraussetzung der Gutgläubigkeit im rechtlichen Sinne bezüglich eines Verpflichtungswillens des Arbeitgebers fehlen.⁸⁷ Aufgrund des Vorbehalts weiss der Arbeitnehmer – oder er müsste es zumindest wissen – dass sich um eine freiwillige Leistung handelt. Der gute Glaube richtet sich vorliegend richtigerweise darauf, dass die langjährige Gratifikationszahlung nicht ohne vernünftigen Grund abgebrochen wird.⁸⁸ Der Arbeitnehmer vertraut – oder besser gesagt, erhofft darauf – nach jahrzehntelanger Ausrichtung der Gratifikation trotz Vorbehaltserklärungen, die Gratifikation wie jedes Jahr auch in Zukunft zu erhalten. Dieses Vertrauen ist berechtigt und deshalb schützenswert. Ein Abbruch dieser Übung ist aus vernünftigen Gründen stets möglich. Es ist nicht missbräuchlich, sich als Arbeitgeber nach mehreren Jahren auf einen steten Vorbehalt zu berufen, dass die Gratifikation freiwillig erfolge und deshalb kein Anspruch bestehe, wenn beispielsweise die Geschäftschlechtlage oder der Arbeitgeber durch die Gratifikationszahlungen in den Ruin getrieben würde.

[Rz39] Ähnlich ist die Lage bei statuten derogierender Observanz in juristischen Personen. Hier erfolgen keine Vorbehaltserklärungen, die auf statuten derogierende Observanz hinweisen und dass sich der Vorstand das Recht vorbehalte, jederzeit die geschriebenen Statuten wieder anzuwenden. Durch jahrelange Übung kann somit die berechtigte Überzeugung entstehen, dass sich um eine verbindliche Ordnung handelt, die ebenfalls nicht ohne vernünftigen Grund abgebrochen wird. Die Begründung der Geltung der statuten derogierenden Observanz durch stillschweigende Zustimmung (analog zur rechtsgeschäftlichen Begründung der Gratifikationszahlung) zur schleichenden Änderung birgt einen zweifachen Widerspruch: Statuten sehen die formell korrekte Beschlussfassung vor. Darin wird meist davon ausgegangen, dass die Statuten in ihrer geschriebenen Form gültig sind. Auf diesen

Widerspruch gehendie untenstehenden Erwägungen in Rz 42 ein.

[Rz40] Interessant ist, dass sich auch die allgemeinen Voraussetzungen der Übung mit der Rechtsscheinlehre erklären lassen. Das Auseinanderfallen von rechtlicher und faktischer Wirklichkeit, welches sich in den Fällen jahrelanger Übung manifestiert (in veterata consuetudo), schafft einen Rechtsschein, dem vertraut wird. Dies ist der Rechtsscheinstatbestand. Die Überzeugung, es liege ein rechtlich bindende Ordnung vor (opinio necessitatis), ist in der Voraussetzung des Vertrauens und der Vertrauensdisposition enthalten. Wer vertraut, geht davon aus, dass bisher gewährte Rechte auch weiterhin gewährt werden.

[Rz41] Folglich ergebendie Lehred der Erwirkung sowie des allgemeinen Rechtsscheins überzeugende Begründungen zur Entstehung und Geltung der Übung im Privatrecht ab. Anhand der nachfolgenden Sonderfragen ist zu ermitteln, ob sie in allen Belangen schlüssig sind.

5. Sonderfragen[^]

a. Kann Observanz Statuten derogieren?[^]

[Rz42] Einigkeitherrscht in der Lehre, dass zwingendes Recht nicht durch Observanz derogiert werden kann. Folglich können Statutenbestimmungen, die zwingendes Recht wiedergeben, durch Observanz ebenfalls nicht derogiert werden. Umstritten ist jedoch, ob eine Übung auch im Gegensatz zu nicht zwingendes Recht verkörpernden Statutenbestimmungen stehen und trotzdem Geltung beanspruchen kann.⁹⁰ Der terminus technicus lautet statuten derogierende Observanz. Die zahlreichen Gerichtsentscheidungen deuten auf die Zulässigkeit statuten derogierender Observanz. Auch die Entstehung eines Anspruchs auf Ausrichtung einer Gratifikation derogiert ein schriftlichen Arbeitsvertrag, der die Gratifikation gleich wie das Gesetz in Art. 322d Abs. 1 OR nur auf freiwilliger Basis gewährt.

89

[Rz43] Das wohl wichtigste Kriterium bei der Beurteilung der Zulässigkeit statuten derogierender Observanz dürfte die Rechtssicherheit sein. Die Rechtssicherheit gebietet, dass Neumitglieder sich auf geschriebene Statuten verlassen können. Aus ihr ableitbar ist jedoch auch, dass ein statutenwidrige, aber jahrelang geübte Praxis Geltung beansprucht, sofern sich die betroffenen Personen darauf eingestellt haben. Die Rechtsscheinentsprechung kann hier in zwei Richtungen erfolgen: Einerseits kann dem Rechtsschein gegenüber Neumitgliedern oder Gläubigern dahingehend gesprochen werden, dass sie in ihrem Vertrauen auf die geschriebenen Statuten geschützt werden. Andererseits berufen sich bisherige Mitglieder in ihrem Vertrauen darauf, dass die Übung weiterhin gilt. Diese zweifache Rechtsscheinentsprechung kann unter Umständen zu Zielkonflikten führen, wenn sich beide Gruppen gleichzeitig auf den Rechtsschein berufen. Die Konflikte lassen sich dadurch lösen, dass der weniger schützenswerten Partei bloss eine Vertrauenshaftung auf das negative Interesse (Vertrauensschaden) anstelle einer Rechtsscheinentsprechung (positive Vertrauensentsprechung) gewährt wird.

[Rz44] Ein Beispielaus der Gerichtspraxis kann diesen Standpunkt untermauern: Die Wahl des aufgrund statutenwidriger, aber möglicherweise übungsgemässer Wahl nach Kopf- statt nach Konzessionsstimmen ernannten Vorstand wird von einigen Vereinsmitgliedern angefochten. Vorsorgliche Massnahmen sollen verhindern, dass der sogewählte Vorstand Geschäftstätigkeit darf. Falls gutgläubige Dritte in diesem Schwebezustand bis zur Urteilsfällung in der Hauptsache Geschäften mit dem Vorstand abschliessen, müssten sie in ihrem Vertrauen auf dessen Vertretungsbefugnis geschützt werden. Die Rechtsscheinentsprechung kommt somit den Vertragspartner des Vereins zu. Die klagenden Vereinsmitglieder selbst – es könnten auch Neumitglieder sein, die die Vereinsübung nicht kennen – dies auf die Statutenwidrigkeit der Wahl berufen, hätten bei Gutheissung ihrer Klage höchstens Schadenersatzansprüche gegenüber dem statutenwidrig gewählten Vereinsvorstand, während die gutgläubigen Dritten in den Genuss einer Rechtsscheinentsprechung kommen.⁹¹ Weniger schützenswert wäre somit dies, sich auf die Statutenwidrigkeit berufen und klagenden Mitglieder. Als Mitglieder stehen sie in einer Nähe zum Verein, in welcher sie gewisse Nachteile eher tragen müssen als gutgläubige Dritte.

b. Beendigung einer Übung[^]

[Rz45] Ist eine Übung entstanden, so muss eine Änderung derselben grundsätzlich auf dem gleichen Weg wie eine

Änderung des Arbeitsvertrags oder der Statuten erfolgen. Beim Arbeitsverhältnis geschieht dies durch explizite (d.h. nicht konkludente), konsensuale Änderung des Vertrages, die vom Arbeitgeber auch durch eine Änderungskündigung bewirkt werden kann. Dies ist eine Kündigung für den Fall, dass der Arbeitnehmer die neuen Vertragsbedingungen nicht akzeptiert.⁹² In Vereinen geschieht dies mittels Statuten- oder Reglementsänderung.

93

[Rz46] Die Übung kann auch spiegelbildlich beendet werden, indem wiederum über eine längere Zeit unangefochtene in der Übung abweichendes Verhalten gepflegt und dadurch eine neue Übung geschaffen wird. Ein derartiges Verhaltenschaffte einen neuen Rechtsschein – oder in der Terminologie der Erwirkung – «erwirkt» einen neuen Anspruch, bzw. lässt den alten Anspruch durch Verwirkung untergehen.

94

[Rz47] Das deutsche Bundesarbeitsgericht beurteilt in diesem Zusammenhang den Fall einer Weihnachtsgratifikation, die gemäss Tarifvertrag 70% eines Monatsgehalts entsprach. Es ging um eine Schreinerei, welche von 1961 bis 1992 stetig ein volles Monatsgehalt als Weihnachtsgratifikation ausbezahlte, von 1961 bis 1977 vorbehaltlos, ab 1978 bis 1992 mit dem Vorbehalt, dass dies freiwilliger Folge und keinen Rechtsanspruch begründe. Das Bundesarbeitsgericht bejaht die Entstehung eines Gratifikationsanspruchs auf ein volles Monatsgehalt, welcher aber nach dreimaligem Anbringen des Freiwilligkeitsvorbehalts wieder erloschensei. Die Schreinerei durfte folglich die Gratifikation im Jahre 1993 – sie hätte es auch früher, ab 1981 und dürfen – lediglich im tarifvertraglich vereinbarten Umfang ausrichten. Durch die dreimalige, widerspruchslöse Hinnahme der Gratifikationszahlung mit Freiwilligkeitsvorbehalt hat der Arbeitnehmer einen Vertrauenstatbestand gesetzt – spiegelbildlich zum Vertrauenstatbestand, der vom Arbeitgeber bei Begründung der Übung gesetzt worden war.⁹⁵ Unklar bleibt, weshalb vorliegend die fünfzehnmahlige Anbringung des Freiwilligkeitsvorbehalts von 1978 bis 1992 nicht die Wirkung verloren hat und zu einer unbeachtlichen Floskel geworden ist.⁹⁶ Möglicherweise wurde die Dauer als zu kurz erachtet oder es wurde von den Parteien im Prozess nicht vorgebracht. Ein späterer Entscheid bestätigte diese Rechtsprechung, forderte jedoch zusätzlich die explizite Erklärung, wonach die Arbeitgeber in den Gratifikationsanspruch in Zukunft ausschliessen wolle.⁹⁷

[Rz48] An diesem Beispiel zeigt sich, dass der rechtsgeschäftliche Ansatz, der von einer stillschweigenden Offerte und einem eben solchen Akzeptat ausgeht, unrealistisch ist und von Art. 6 OR nicht gedeckt wäre. Ein Arbeitnehmer würde in derartige Offerte kaum annehmen, das sie für ihn nachteilig ist. Eine Annahme durch Schweigen ist deshalb auszuschliessen. Die Arbeitnehmer hätten im obenerwähnten Fall der Schreinerei von 1978 bis 1992 mindestens jedes dritte Jahr dem Freiwilligkeitsvorbehalt widersprechen müssen, um ihn nicht stillschweigend anzunehmen.⁹⁸

[Rz49] Die Rechtsscheinlehre führt bei diesem Beispiel zu einer konsistenten Erklärung, die aber auch auf dem fehlenden Widerspruch basiert. Die Schreinerei als Arbeitgeberin durfte sich auf die neue Situation verlassen, wonach die höheren Gratifikationszahlungen nur noch freiwilligen Charakter haben. Bei einem Widerspruch gegen die Auszahlung der Gratifikation unter Vorbehalt könnte die gegenläufige Übung nicht entstehen. Die Arbeitgeberin hätte dann allerdings die Möglichkeit, eine Änderungskündigung auszusprechen, womit der Rechtssicherheit gedient wäre.⁹⁹ Das Abstellen auf den fehlenden Widerspruch scheint dennoch als unbefriedigend. Es ist für den Arbeitnehmer unangenehm und vielleicht mit negativen Folgen verbunden, gegen eine Ankündigung der Arbeitgeberin protestieren zu müssen, solange er die ursprüngliche Gratifikation erhält.

[Rz50] Bei der konsequenten Anwendung der Rechtsscheinlehre wäre es für die Arbeitgeberin nur noch in wenigen Fällen nötig, eine gegenläufige Übung zu beginnen, um eine ausreichende Flexibilität in der Gratifikationsgestaltung für die Zukunft beizubehalten. Das Vertrauen der Arbeitnehmer richtet sich gemäss der Rechtsscheinlehre aufgrund der Vorbehaltserklärungen nur darauf, dass die Übung der Gratifikation nicht ohne vernünftigen Grund aufgegeben wird.¹⁰⁰ Dies führt zu einem praktikablen und vertretbaren Ergebnis für beide Seiten. Die Arbeitnehmerin müsste dann für ihr Abweichen von der bisherigen Gratifikationsgewährung einen vernünftigen Grund angeben.

c. Irrtümlich praktizierte Übung[^]

[Rz51] Wer aufgrund eines Rechtsscheins verpflichtet wird, war sich meist nicht bewusst, dass sein Verhalten einen Anspruch begründet oder befand sich dies bezüglich sogar in einem Irrtum.¹⁰¹ Damit ist schon gesagt, dass auch durch eine irrtümlich entstandene Praxis eine verbindliche Übung entstehen kann. Zu prüfen ist in erster Linie ein Schritt, ob eine Anfechtung aufgrund von Willensmängeln möglich ist, welche Arten von Willensmängeln in Frage

kommen und wie Leistungen rückforderbar sind. Zudem ist zu analysieren, ob eine Übung auch entsteht, wenn der Arbeitnehmer den Irrtum erkannt oder hätte erkennen können. Mehrere Fallkonstellationen und Lösungsansätze sind denkbar. Die nachfolgenden Überlegungen widmen sich auch den Fragen, ob derartige Leistungen rückforderbar sind oder ob sie nur für die Zukunft oder garniert oder gestrichen werden können. ¹⁰²

[Rz52] Dass man sich bei rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen auf Willensmängel berufen kann, ist unbestritten. Umso mehr solltendeshalb stillschweigende Willenserklärungen anfechtbar sein, die aufgrund des Verhaltens fingiert werden. ¹⁰³ Schwieriger ist diese Vorstellung bei einem Verhalten, dessen eine Person sich nicht einmal bewusst geworden ist, weil man eine Willenserklärung darinnur schwer erkennen kann. ¹⁰⁴ Die dreimalige, vorbehaltlose Auszahlung einer Gratifikation lässt gemäss Rechtsprechung und herrschender Lehre einen Gratifikationsanspruch stehen. Die innere Begründung dieses Anspruchs, wonach eine Offerte vorliege, die vom Arbeitnehmer stillschweigend akzeptiert worden sei, führt nun weigerlich zur Annahme, dass die Anfechtung wegen Willensmängeln möglich sein muss – die Arbeitgeber können eine derartige Verpflichtung unmöglich gewollt haben. Dies spricht jedoch eher gegen diese Art der inneren Begründung des Anspruchs als für die Möglichkeit der Anfechtung wegen Willensmängeln.

[Rz53] Ein Rechtsschein kann auch durch irrtümliches Verhalten begründet werden. Der Rechtsschein fokussiert sich auf das äusserlich wahrnehmbare Verhalten. Die inneren Motive der Person, die den Rechtsschein setzt, bleiben bei der Wahrnehmung des Rechtsscheins unbeachtlich. Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob auch ein Rechtsschein tatbestandlich anfechtbar ist. Die Vorstellung, dass ein Rechtsschein, dem aus Verkehrs- und Vertrauensschutz Überlegungen entsprochen wird, rückwirkend zerstörbar sein könnte, ist nicht auf Anhieb einleuchtend. ¹⁰⁵ Ein Rechtsschein tatbestandlich gemäss Kindl jedoch grundsätzlich wie eine auf einer Willenserklärung basierende Vertragsanfechtung. ¹⁰⁶ Die Willenserklärung ist ein viel stärkerer Vertrauensstatbestand als ein Verhalten, aus welchem Schlüsse gezogen werden. Dennoch ist der Vertrag anfechtbar, der auf einer Willenserklärung beruht. ¹⁰⁷ Folgerichtig ist auch ein normativer Konsens anfechtbar, der aufgrund des Vertrauensprinzips gilt. ¹⁰⁸ Dies spricht tatsächlich dafür, dass auch ein Rechtsschein tatbestandlich per analogiam anfechtbar sein muss. Ausnahmen bestehend dort, wo durch eine Anfechtung Sinn und Zweck der erwirkten Anspruchs oder der erweckten Rechtsscheins ad absurdum geführt werden. Tatsächlich wäre es sinnlos, dass Lehre und Rechtsprechung die Entstehung eines Gratifikationsanspruches aufgrund der Verkehrsauffassung und des Vertrauensschutzes bejahen, dessen man sich über die Anfechtung aufgrund von Willensmängeln wiederum entledigen könnte.

[Rz54] Denkbar sind grundsätzlich alle Arten des Irrtums im Sinne von Art. 24 OR. Der Arbeitgeber könnte sich über die Person, der er eine Gratifikation ausgerichtet hat, irren. Er könnte sich auf grund falscher Unterlagen über wesentliche Grundlagen der Gratifikationsgewährung sowie deren Höhe irren. Er könnte sich auch darüber im Unklaren sein, dass eine dreijährige und vorbehaltlose Auszahlung einen Anspruch begründet (siehe dazu Rz 56).

[Rz55] Ein erster Lösungsansatz findet man direkt im Recht der Willensmängel. Das Arbeitsverhältnis ist ein auf Dauer ausgelegtes Schuldverhältnis, d. h. das Ausmass der Leistungen hängt massgeblich von der Dauer des Vertragsverhältnisses ab. Dies ist ein Wesensmerkmal der Dauerschuldverhältnisse. ¹⁰⁹ Gemäss herrschender Lehre kann ein Dauerschuldverhältnis durch Anfechtung aufgrund von Willensmängeln nur mit Wirkung ex nunc wegfallen, also nur für die Zukunft, nicht auch für die Vergangenheit. ¹¹⁰ Diese Begründung wohnt auch der arbeitsrechtlichen Norm des Art. 320 Abs. 3 OR inne: Das Arbeitsverhältnis wird bis zur erfolgreichen Anfechtung vertragsrechtlich abgewickelt. ¹¹¹ Eine rückwirkende Abwicklung nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen findet nicht statt. Denkbar ist, dass die Rückabwicklung ex nunc und damit die Regelle des Art. 320 Abs. 3 OR bei einer Teilanfechtung des Arbeitsverhältnisses nicht anwendbar sind, die lediglich die Gratifikation betrifft. ¹¹² Die Rückzahlung einer irrtümlich ausgerichteten Gratifikation würde keinen nennenswerten Probleme bereiten, wie sie sonst bei Rückabwicklung von Dauerschuldverhältnissen auftreten. ¹¹³ Bei Bejahung einer bereicherungsrechtlichen Rückforderung der irrtümlich bezahlten Gratifikation dürfte jedoch eine allfällige Rückerstattung in den meisten Fällen im Ergebnis der Einrede nicht mehr vorhandenen Bereicherung gemäss Art. 64 OR scheitern. Lohn und Gratifikation bilden die wesentlichen Faktoren des Lebenszuschnitts und der Lebensgestaltung und werden meist vollumfänglich benötigt. Eine Ersparnisbereicherung ist meist auszuschliessen, da die Arbeitnehmer ohne Gratifikation viele Ausgaben garnicht getätigt hätten. ¹¹⁴

[Rz56] Delbrück bejaht bei der Gratifikation die Möglichkeit der Anfechtbarkeit nach Art. 23 ff. OR, sieht aber nur

ein theoretisches Anwendungsfeld. Die Verkehrsauffassung beurteilt das Verhalten des Arbeitgebers als stillschweigende Offerte. Wersich als Arbeitgeber so verhält, aber nicht weiss, dass seinem Verhalten diese Bedeutung zugemessen wird, verhält sich fahrlässig im Sinne von Art. 26 OR. Der Schadenersatz im Sinne des Vertrauensschadens dürfte jedoch in allen Fällen gleich hoch wieder Gratifikationsanspruch sein, so dass seine Anfechtung regelmässig für den Arbeitgeber keine wesentlichen Vorteile mit sich bringen dürfte.¹¹⁵ Im Ergebnis bleibt also keine Rechtsscheinentsprechung, sondern eine Vertrauenshaftung nach Art. 26 OR.¹¹⁶ Bejaht man eine entsprechende Verkehrsauffassung oder -sitten, so ist ein derartiger Schlüssigkeitirrtum, d. h. ein Irrtum über das Nichtwissen, dass die dreimalige Zahlung der Gratifikation einen Gratifikationsanspruch entstehen lässt, jedoch ohnehin unbeachtlich.¹¹⁷

[Rz57] Erkannte der Arbeitnehmer den Irrtum des Arbeitgebers und weissersomit, dass der Arbeitgeber keinen Gratifikationsanspruch gewähren wollte, stellt sich die Frage, ob der Anspruch trotzdem entsteht. Aufgrund der oben geschilderten Wertungen muss dies bejaht werden. Schon aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung drängt sich eigentlich der Schluss auf, dass der Arbeitgeber eine Verpflichtung zu einem derartigen Anspruch kaum gewollt haben kann. Die Gratifikation ist von Gesetzes wegen eine freiwillige Leistung, auf welchen Urbeistand der Vereinbarung ein Anspruch besteht (Art. 322d Abs. 1 OR). Trotzdem bejaht die herrschende Lehre einen Anspruch nach dreimaliger vorbehaltloser Ausrichtung der Gratifikation. Bei der jahrzehntelangen Ausrichtung der Gratifikation mit Vorbehaltssklausel dürfte auch klar sein, dass jedem Arbeitnehmer auffallen müsste, dass sich der Arbeitgeber ganz sicher nicht verpflichten wollte.¹¹⁸ Der Schritt zur tatsächlichen Erkenntnis, dass sich der Arbeitgeber irrthaben könnte, ist jedoch zu klein, als dass eine unterschiedliche Folge zurechtfertigen wäre. Auch anhand der Rechtsscheinlehre ergibt sich keine andere Lösung. Hier ergibt sich das Vertrauen darauf, dass eine langjährige Praxis nicht ohne vernünftigen Grund aufgegeben wird. Dieses Vertrauen ist im Gegensatz zum Vertrauensaufbau in Bindungen willendes Arbeitgebers schützenswert.

[Rz58] Es stellt sich die Frage, ob ein irrümlich praktizierte Übung sofort beendet werden kann. Hiezukann auf die Ausführungen bei Rz45 verwiesen werden. Bejaht man die Entstehung einer Übung auch auf Grund eines Irrtums – was hier der Fall ist – kann diese Übung gleich wie die normal begründete Übung beendet werden. Vorliegend bestehende Möglichkeit der Änderungsvereinbarung, der Änderungskündigung oder der gegenläufigen Übung.

6. Schlusswort[^]

[Rz59] Es zeigt sich, dass die rechtsgeschäftliche Begründung der Übung einige Schwächen hat und viele Phänomene nicht schlüssiger erklären kann. Die Erwirkung und die Rechtsscheinlehre bieten einen besseren Ansatz zur Erklärung der Übung, kommen aber nicht immer zu deckungsgleichen Resultaten wie die gängige Rechtsprechung und Lehre.

Literaturverzeichnis[^]

- Baumann Max, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Band, Einleitung – Personenrecht, 1. Teilband, Art. 1-7 ZGB, Kommentar zu Art. 2 und 3 ZGB, 3. A. Zürich 1998 (zitiert ZK-Baumann)
- Beppler Klaus, Betriebliche Übungen – Ein weiterer Rechtsprechungsbericht, RdA 2004, S. 226 ff.;
- Berger Bernhard, Zur Unterscheidung zwischen Rechtsscheinhaftung und Vertrauenshaftung, recht 2002, S. 201 ff.
- Bucher Eugen, «Gesetzeslücke» quid?, in: Jusletter 8. Mai 2000 (zitiert: Bucher, Gesetzeslücke)
- Bucher Eugen, Was man aus einem Fall von «Putativ-Vertrauenshaftung» lernen kann, BGE vom 7. Januar 1999 («Monte-Rosa-Fall») ist Anlass weder zu Begeisterung noch Empörung ob der sog. Vertrauenshaftung, recht 2001, S. 65 ff. (zitiert: Bucher, Monte Rosa)
- Canaris Claus-Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, Münchener Universitätschriften, Band 16, München 1971
- Delbrück Gottlieb G., Die Gratifikation im schweizerischen Einzelarbeitsvertrag (Art. 322 lit. d OR), Diss. Basel 1980 = SSHW Band 53, Zürich 1981
- Eberle Rainer, Kann aus wiederholten, gleichmässigen, irrümlichen Leistungeneine betriebliche Übung

entstehen? Der Betriebs-Berater, 1972, S. 1326ff.

- Egger August, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Band: Einleitung und Personenrecht, Art. 1-89 ZGB, 2. A., Zürich 1930 (zitiert: ZK-Egger)
- Fehlmann Regula, Vertrauenshaftung – Vertrauen als alleinige Haftungsgrundlage, Diss. St. Gallen 2002
- Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996
- Frotz Gerhard, Gutgläubiger Mobiliärerwerb und Rechtsscheinprinzip, in: Loebenstein Edwin/Mayer Johann/Frotz Gerhard/Doralt Peter (Hrsg.), Wirtschaftspraxis und Rechtswissenschaft, Festschrift für Walther Kastner, Wien 1972, S. 131ff.
- Gauch Peter/Schlupe Walter R./Schmid Jörg/Rey Heinz, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. A., Zürich 2003
- Häfelin Ulrich/Müller Georg, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Zürich 2002
- Hanau Peter, Objektive Elemente im Tatbestand der Willenserklärung, Archiv für civilistische Praxis ACP 1965, S. 220ff.
- Honsell Heinrich, Drei Fragendes Bereicherungsrechts, in: Vogt Nedim Peter/Zobl Dieter (Hrsg.), Der Allgemeine Teil und das Ganze, Liber Amicorum für Hermann Schulin, Basel 2002, S. 25ff.
- Hromadka Wolfgang, Zur betrieblichen Übung, NZA 1984, S. 241ff.
- Huguenin Claire, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. A., Zürich 2006
- Kaser Max/Knütel Rolf, Römisches Privatrecht, 18. A., München 2005
- Kettler Gero, Das BAG und die «umgekehrte» betriebliche Übung – Wersich nicht wehrt, lebt verkehrt, NJW 1998, S. 435ff.
- Kindl Johann, Rechtsscheintatbestände und ihrer rückwirkende Beseitigung, Berlin 1999
- König Walter, Statut, Reglement, Observanz, Diss. Zürich 1934
- Kramer Ernst, Münchener Kommentar zum BGB, Kommentar zu § 119 BGB, 4. A., München 2001 (zitiert: MK-Kramer)
- Leptien Ulrich, Kommentar zu § 167 BGB, in: Soergel Hans Theodor (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, Stuttgart 1987
- Looschelders Dirk/Olzen Dirk, in: Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung zu §§ 241 ff; §§ 241-243, Kommentar zu § 242 BGB, München 2005 (zitiert: Staudinger-Looschelders/Olzen)
- Lutter Marcus/Gehling Christian, Anmerkungen zum Urteil des BGH vom 1. Juli 1991, IIZR 292/90, JZ 1992, 154ff.
- Pellegrini Bruno, Die Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen Willensmängeln, Diss. Zürich 1983 = Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht, Heft 23, Bern 1983
- Portmann Wolfgang, Das Schweizerische Vereinsrecht, Schweizerisches Privatrecht, Zweiter Band, Fünfter Teilband, 3. A., Basel 2005
- Marti Arnold, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Band, Einleitung – Personenrecht, 1. Teilband, Art. 1-7 ZGB, Kommentar zu Art. 5 ZGB, 3. A. Zürich 1998 (zitiert ZK-Marti)
- Puchta Georg Friedrich, Das Wohnheitsrecht, Erster und zweiter Teil, Erlangen 1828 und 1837, Nachdruck Darmstadt 1965
- Reh binder Manfred, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. A., Bern 2002
- Rieder Markus S., Die Rechtsscheinhafung im elektronischen Geschäftsverkehr, Diss. München 2003 = Schriften zum internationalen Recht, Band 138, Berlin 2004
- Riemer Hans Michael, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I, Einleitung und Personenrecht, 3. Abteilung, Die juristischen Personen, Zweiter Teilband, Die Vereine, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 60-79 ZGB, Bern 1990 (zitiert: BK-Riemer)
- Roth Günter, Münchener Kommentar zum BGB, Kommentar zu § 242 BGB, 4. A. München 2003 (zitiert: MK-Roth)
- Schmidlin Bruno, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI, Das Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1b, Mängel des Vertragsabschlusses, Kommentar zu Art. 23-31 OR, Bern 1995 (zitiert: BK-Schmidlin)
- Schmidt Jürgen, in: Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung zu §§ 241 ff; §§ 241-243, Kommentar zu § 242 BGB, München 1995 (zitiert: Staudinger-Schmidt)
- Schwenzer Ingeborg, Vorbemerkungen und Kommentar zu Art. 23-31 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 3.

- A., Basel. 2003 (zitiert: BSK-Schwenzer)
- Senti Christoph, Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation, AJP 2002, S. 669ff.
 - Siegwart Alfred, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Teila: Allgemeine Bestimmungen, Art. 620-659 OR, Zürich 1945 (zitiert: ZK-Siegwart)
 - Singer Reinhard, Neue Entwicklungen im Recht der Betriebsübung, Zeitschrift für Arbeitsrecht 1993, S. 487ff.
 - Spiro Karl, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatale Fristen, Bern 1975
 - Staehelin Adrian, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Teilband V2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, 3. A., Zürich 1996 (zitiert: ZK-Staehelin)
 - Streiff Ullin/von Kaenel Adrian, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. A., Zürich 2006
 - Thüsing Gregor, Vom Ende einer betrieblichen Übung, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht NZA 2005 S. 718ff.
 - Vögeli Galli Nicole, Bemerkungen zum Urteil des Arbeitsgerichtes, 1. Abteilung, 28. April 2000, AJP 2000, S. 1293ff.
 - von Craushaar Götz, Der Einfluss des Vertrauens auf die Privatrechtsbildung, Schrift des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln, Band 24, München 1969
 - von Steiger Fritz, Kann Observanz den Statuten derogieren? Die Schweizerische Aktiengesellschaft 1953, S. 179ff.
 - Wellspacher Moritz, Das Vertrauen auf äusserer Tatbestände im bürgerlichen Rechte, Wien 1906
 - Wick Markus, Die Vertrauenshaftung nach schweizerischem Recht, AJP 1995, S. 1270ff.
 - Widmer Corinne, Vertrauenshaftung – Von der Gefährlichkeit des Überflüssigen, ZSR 2001 S. 101ff.
 - Windscheid Bernhard, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band I, 9. A., Frankfurt am Main 1906, Nachdruck Aalen 1963
 - Zeuner Albrecht, Zum Problem der betrieblichen Übung, Der Betriebs-Berater, 1957, S. 647ff.

Rechtsanwalt Dr. iur. Arnold F. Rusch, LL.M., ist Oberassistent im Privatrecht an der Universität Zürich.

- ¹ BK-Riemer, Syst. Teil, N353; ZK-Marti, ZGB 5N229; ZK-Egger, ZGB 1N26ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §12N8.
- ² Zur Bedeutung der Observanz im Vereinsrecht siehe Portmann, N76. Zum Begriff siehe auch Puchta, Drittes Buch, S. 105ff. und Windscheid, S. 95f.
- ³ Art. 5 ZGB verweist auf die Übung und den Ortsgebrauch und bestimmt, dass das bisherige kantonale Recht als deren Ausdruck gilt. Verweise auf den Ortsgebrauch finden sich in Art. 338 Abs. 3 ZGB, Art. 611 Abs. 2 ZGB, Art. 613 Abs. 3 ZGB, Art. 684 Abs. 2 ZGB und Art. 740 ZGB.
- ⁴ König, S. 73 und 82; vgl. von Steiger, S. 179; BK-Riemer, Syst. Teil, N354.
- ⁵ BJM 1957 S. 140ff., 142; vgl. König, S. 81.
- ⁶ BJM 1957 S. 140ff., 142 und 146.
- ⁷ BGHZ 25, 311 in NJW 1957, S. 1800f., besprochen bei Canaris, Vertrauenshaftung, S. 379.
- ⁸ Vgl. BGE 72 II 91ff., 110.
- ⁹ Vierteljahresschrift für Aargauische Rechtsprechung VAR 1943 S. 1ff.; vgl. auch die Beispiele bei König, S. 86f.; vgl. auch Hanau, S. 262 zur Billigung von Satzungsänderungen.
- ¹⁰ Vierteljahresschrift für Aargauische Rechtsprechung VAR 1943 S. 1ff., 5.
- ¹¹ Urteil des Bundesgerichtshofs vom 17. Januar 1966 (Nr. IZR 8/64), abgedruckt in Wertpapier-Mitteilungen WM 1966, 159ff. und NJW 1966 S. 826ff.; vgl. auch die Beschreibung des Falles bei Canaris, Vertrauenshaftung, S. 383f.
- ¹² NJW 1966 S. 826ff., 827.
- ¹³ Urteil vom 5. Mai 1920 des Bernischen Appellationshofes in Zivilsachen, abgedruckt in ZBJV 57 (1921), S. 82ff., 86.
- ¹⁴

- ZR 22 (1923) Nr. 70 S. 129 ff., 133.
- 15 ZR 74 (1975) Nr. 34 S. 65 ff., 67.
- 16 Vögeli Galli, S. 1294.
- 17 ZK-Staehelin, OR 322 d N 9; Reh binder, N 181; ZR 100 (2001), Nr. 72, S. 232 ff., 233; BGE 129 III 276 ff., 278.
- 18 ZK-Staehelin, OR 322 d N 10 mit weiteren Hinweisen; Delbrück, S. 83 ff.; vgl. auch Staudinger-Schmidt § 242 N 550.
- 19 ZK-Staehelin, OR 322 d N 12; Reh binder, N 181; vgl. BGE 129 III 276 ff., 281 ff.; zur Betriebsübung und deren Beendigung im deutschen Rechtsausführlich Zeuner, S. 647 ff.; Hromadka, S. 241 ff. und Eberle, S. 1326 ff. Vgl. die Definition bei Singer, S. 488.
- 20 Siehe ZK-Staehelin, OR 322 d N 12; vgl. ZR 50 (1951) Nr. 194 S. 293 ff., 295 ff.
- 21 Vgl. ZK-Egger, ZGB 1 N 26; vgl. BK-Riemer, Syst. Teil, N 353; ZK-Marti, ZGB 5 N 229; König, S. 75 f.
- 22 Siehe die Julian-Digestenstelle D. 1.3.32.1., abgedruckt mit Übersetzung bei Kaser/Knütel, § 3 N 2. Vgl. auch Puchta, Erstes Buch, S. 84 und ein weiteres Zitat auf S. 81: «*Consuetudo pro jure et lege custoditur, observatur*»; Windscheid, S. 85 mit weiteren Hinweisen; vgl. auch Bucher, Gesetzeslücke, Rz. 16.
- 23 Übersetzung bei Kaser/Knütel, § 3 N 2.
- 24 BGE 96 V 49 ff., 51 f.
- 25 BGE 84 I 89 ff., 95 f.
- 26 BGE 59 II 264 ff., 297; BGE 72 II 91 ff., 110. In einem Entscheid des St. Galler Regierungsrats wurde auch schon die dreimalige Vornahme einer Kollektivzeichnung durch Vorstandsmitglieder eines Vereins innert eines Monats als Übung bezeichnet (SGGV P 1981 Nr. 66 S. 127 ff., 129). Keine Zeitangabe enthält der Entscheid in BJM 1957, S. 140 ff., 142, doch ist von einer Auslegungspraxis die Rede, die seit Neufassung der Statuten bestand und von der noch nie abgewichen wurde; vgl. auch den Aargauischen Obergerichtsentcheid in VAR (Vierteljahresschrift für Aargauische Rechtsprechung) 1943 S. 1 ff., 5. Siehe die Übersicht über die Entscheide bei BK-Riemer, Syst. Teil, N 353. Zum deutschen Recht vgl. das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 17. Januar 1966 (Nr. II ZR 8/64), abgedruckt in WM (Wertpapier-Mitteilungen) 1966, 159 ff. und NJW 1966 S. 826 ff. Hier ging es um eine 25 Jahre alte Übung, den Gewinn abweichend vom Gesellschaftsvertrag zu verteilen; vgl. auch NJW-RR 2005 S. 1195 f.; NJW 1996, S. 1678 ff., 1680; NJW-RR 1994, S. 1057 f., 1058. Im römischen Recht waren die Adjektive «*longa, inveterata, diuturna consuetudo, longaevus usus*» und «*ea, quae per plurimos annos observatasunt*» (Zitate und Hinweise bei Puchta, Erstes Buch, S. 93 und drittes Buch, S. 105) einschlägig.
- 27 König, S. 76.
- 28 ZK-Staehelin, OR 322 d N 9; Streiff/von Kaenel, OR 322 d N 4; Senti, S. 676; vgl. Delbrück, S. 58 f.; BGE 129 III 276 ff., 278; vgl. auch die allgemeine Definition von Thüsing, S. 718: «Die regelmässige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers, aus denen der Arbeitnehmerschliessen kann, ihm solle eine Leistung oder Vergünstigung auf Dauereingeräumt werden, bindet den Arbeitgeber auch für die Zukunft.»
- 29 ZK-Staehelin, OR 322 d N 10 mit weiteren Hinweisen; BGE 129 III 276 ff., 280 f.; vgl. auch Staudinger-Schmidt § 242 N 550.
- 30 BGE 129 III 276 ff., 281; Streiff/von Kaenel, OR 322 d N 5. Im Entscheid 4C.244/2004 vom 25. Oktober 2004, Erw. 2.1. und 2.2. wurde allerdings nachdem Vertrauensprinzip aufgrund der stets steigenden Bonuszahlungen darauf geschlossen, dass der Kläger trotz Vorbehaltsklausel gutgläubig darauf vertrauen könnte, einen Anspruch auf den Bonus zu erhalten: «*ladéfenderesse avait payé un tel bonus en 1994 puis successivement, année après année de 1996 à 1999, le montant de ce dernier connaissant une progression régulière et assez forte, puis que la somme créditée au demandeur s'élevait à 160'000 fr. en 1999. A vu de cette attitude, le demandeur pouvait de bonne foi déduire que ladéfenderesse s'était engagée à lui verser chaque année un bonus comme complément de salaire, et que la réserve portait que sur la quotité de celui-ci, qui était fonction de la rentabilité de l'employé au sein de l'entreprise. Une telle conclusion découle aussi de la progression du montant des bonus, passant de 65'000 fr. à 160'000 fr. de 1996 à 1999, ladéfenderesse allant même jusqu'à proposer pour l'exercice 2000 le paiement d'une somme de 250'000 fr. à titre de bonus, montant équivalent au salaire de base, ce qui constitue un indice supplémentaire que le bonus en question est devenu significatif pour indemniser la prestation de travail fournie, l'assimilant ainsi au salaire*» (Erw. 2.2.). Es ist unklar, wie diese Begründung zu den Erwägungen bei

BGE 129 III 276 ff., 280 f. und allgemein zur bisherigen Rechtsprechung passt. Insbesondere ist unklar, weshalb die Vorbehaltsklausel nach bloss fünfmaliger Anwendung zu einer bedeutungslosen Floskel geworden sein soll. Im Entscheid ist beispielsweise nirgends dargetan, dass die Arbeitgeberin einmal Anlass dazu hatte, den Bonus zu kürzen, dies aber nicht getan habe. Darüber hinaus dauerte das Arbeitsverhältnis bloss sechs Jahre (1994–2000), wobei der Bonus für das Jahr 1995 im Entscheid konsequent verschwiegen wird und der Anspruch auf den Bonus für das Jahr 2000 strittig war. Das Verhältnis zwischen Gratifikation und Lohn verschob sich mit der Zeit, startete jedoch moderat bei 1:7, was noch nicht darauf schliessen lässt, die Gratifikation sei das eigentliche Entgelt für die Arbeit (vgl. dies bezüglich in Überlegungen bei Urteil 4C.6/2003 vom 24. April 2004, Erw. 2.2 und 3.2., wo ein Verhältnis von 1:5 bei hohen Salären noch nicht gegen die Qualifikations-Gratifikationspraxis sprach). Der Jahreslohn belief sich im Jahr 1994 auf Fr. 175'000 und stieg im Jahr 2000 auf Fr. 250'000. Das Verhältnis verschob sich allerdings im Laufe der Jahre auf fast 1:1 (Lohn von Fr. 175'000 im Vergleich zur Gratifikation von Fr. 160'000 im Jahre 1999).

- 32 ZK-Staehelin, OR 322 d N 12 f.; vgl. auch Streiff/von Kaenel, OR 322 d N 4 und 5; Delbrück, S. 67 f.; Reh binder, N 181; zur Betriebsübung und deren Beendigung in Deutschland ausführlich Zeuner, S. 647 ff. und Eberle, S. 1326 ff.
- 33 Vgl. die Definition bei Singer, S. 488.
- 34 Vgl. Puchta, Erstes Buch, S. 81 und drittes Buch, S. 4, wo Puchta die *consuetudo* als äussere Erscheinung des Gewohnheitsrechts beschreibt.
- 35 BK-Riemer, Syst. Teil, N 353; König, S. 79; ZK-Marti, ZGB 5 N 229; von Steiger, S. 184 f.; vgl. Puchta, Drittes Buch, S. 32 ff.
- 36 Siehe BK-Riemer, Syst. Teil, N 353; BGE 96 V 49 ff., 52; vgl. auch BGE 56 I 37 ff., 42; BGE 81 I 26 ff., 34; BGE 83 I 242 ff., 248; BGE 96 I 219 ff., 228; BGE 105 Ia 80 ff., 84.
- 37 ZK-Staehelin, OR 322 d N 9; ZR 59 (1960) Nr. 32, S. 83 ff., 86 und Nr. 33 S. 87 f.; zum deutschen Recht vgl. Hromadka, S. 243 und die Übersicht bei Singer, S. 490 ff.
- 38 Vgl. die Julian-Digestenstelle (siehe oben, Rz 16) sowie deren Übersetzung.
- 39 ZK-Staehelin, OR 322 d N 9; ZR 59 (1960) Nr. 32, S. 83 ff., 86 und Nr. 33 S. 87 f.; zum deutschen Recht vgl. Hromadka, S. 243 und die Übersicht bei Singer, S. 490 ff.
- 40 Vgl. ZK-Staehelin, OR 322 d N 11; Delbrück, S. 65; als Voraussetzung noch genannt in ZR 50 (1951) Nr. 194 S. 293 ff., 295; ZR 59 (1960) Nr. 32, S. 83 ff., 86 und Nr. 33 S. 87 f.; siehe auch BK-Oser/Schönenberger, OR 330 N 19.
- 41 ZK-Staehelin, OR 322 d N 11.
- 42 Vgl. zum Vertrauensschutz im öffentlichen Recht Häfelin/Müller, Rz. 631 ff. und zur Vertrauensbetätigung insbesondere Rz. 660 ff.
- 43 Vgl. zum Einfluss des Lohnes auf den Lebenszuschnitt Canaris, Vertrauenshaftung, S. 386 und Singer, S. 511.
- 44 Vgl. Hromadka, S. 243.
- 45 Singer, S. 493; vgl. Delbrück, S. 59; Hanau, S. 261; Beppler, S. 237.
- 46 Ebenfalls kritisch dazu Delbrück, S. 83 f.
- 47 Vgl. dazu Gauch/Schluep/Schmid/Rey, N 456; vgl. Urteil 4C.244/2004 vom 25. Oktober 2004 Erw. 3.1.; vgl. zum deutschen Recht den Entscheid des Bundesarbeitsgerichts, Urteil vom 24. November 2004 – Nr. 10 AZR 202/04, abgedruckt in NZA 2005, S. 349 ff., 351.
- 48 Singer, S. 492.
- 49 Vgl. Staudinger-Schmidt, § 242 N 581, vgl. Delbrück, S. 58; Singer, S. 492 und Hanau, S. 260 f.; vgl. dies bezüglich aber auch den umgekehrten Fall der Verwirkung von Provisionszahlungen für einen Kaderarbeiter, der auch Verwaltungsrat war (SGG VP 1985, Nr. 35, S. 75 ff., erwähnt in ZK-Baumann, ZGB 2 N 394). Seiner Geltendmachung von Provisionsansprüchen wurde entgegen gesetzt, dass er in der Zwischenzeit Lohnausweise akzeptiert habe, dies seien nicht auszuweisen und so gar den Vermerk trugen «Umsatzprovision inbegriffen». Auch als Verwaltungsrat bemühte er sich nie um die korrekte Verbuchung der seiner Ansicht nach bestehenden Provisions Guthaben. Erwartet er mit der Geltendmachung seiner Ansprüche viereinhalb Jahre zu. Aufgrund der verzögerten Geltendmachung und der weiteren Umständen nahm das Gericht ein stillschweigendes und rechtsverbindliches Verzicht an. Die Geltendmachung dieser Ansprüche erachtete das Gericht deshalb als rechtsmissbräuchlich.

- 50 Vgl.auchdenEntscheidBJM1957,S.140ff.,146,wovoneinem *Verzicht*derAnwendungdesstatutarischen
AbstimmungsweisedurcheineanderslautendeÜbungdieRedewar;inZR22(1923)Nr.70S.129ff.,133
51 (sieheoben,Rz11)wurdeverneint,dassdieStatutendurcheinGebrauch *aufgehoben*werdenkönnen.
UrteildesBundesgerichtshofsvom17.Januar1966(Nr.IIZR8/64),abgedruckt inWertpapier-Mitteilungen
52 WM1966,159ff.undNJW1966S.826ff.,827.
BGHZ25,311inNJW1957,S.1800.
- 53 Canaris,Vertrauenshaftung,S.381ff.und384;zurErwirkungausführlich Staudinger-Schmidt§242N516ff. ;
Staudinger-Looschelders/Olzen,§242N192ff.undN824f.
- 54 Vgl. Hanau,S.261,262: «*Esistnicht einzusehen,warumderZeitablaufnichtdieumgekehrteWirkunghaben
undAnsprüchebegründenkann*» ;vgl. Canaris,Vertrauenshaftung,S.372ff.; Singer,S.494; Hromadka,S.244;
Thüsing,S.719.
- 55 ZK-Baumann,ZGB2N385.
- 56 Siehedazu Staudinger-Schmidt,§242N517und580.
- 57 Vgl. Hromadka,S.244,derdieErwirkungalsUnterfalldesVerbotsdes *venirecontrafactumproprium* sieht.
58 ZK-Baumann,ZGB2N401unddieÜbersichtbeiN426ff.;vgl.indiesemZusammenhangdieEntscheide
BGE104II86ff.,92undBGE102II211ff.,225.
- 59 SiehedieBeispielebei Spiro,S.932,Fn.5;vgl.dieBeispielebei Gauch/Schluop/Schmid/Rey,N3577;vgl.
auchzurvergleichbarenSituationimdeutschenRecht Staudinger-Schmidt§242N518.
- 60 Vgl.auch Staudinger-Schmidt§242N208und533;vgl.oben,Rz25.
- 61 Vgl. BSK-Rehbinder/Portmann,OR322dN3.
- 62 Vgl.zudenVoraussetzungenendesnormativenKonsenses Huguenin,N196f.
- 63 Vgl. Staudinger-Schmidt,§242N525.
- 64 Vgl. Delbrück,S.84.
- 65 Vgl.diediesbezüglichenÜberlegungenimdeutschenRenten-Fall:EinRentnererhieltaufgrundeines
Berechnungsfehlers,dersichimJahre1947ereignete,DM100imMonatzuviel.Deneigentlichexistierenden
BerichtigungsanspruchfürdiezukünftigenAuszahlungendurftedieBehördejedochaufgrundVerwirkungnicht
ausüben.DerRentnerhabeseinenLebensstandardwährendüberzölfwJahrenaufdieumeinenDrittelhöhere
Renteingestellt.DieBehördemusstedeshalbdiezuhoheRenteauchinZukunftweiterhinbezahlen(NJW
1966S.125f.);vgl.auch Singer,S.511: «*GeradebeikleinenundmittlerenEinkommenisthäufig«jedeMark»
verplant...»*
- 66 Vgl. Hromadka,S.244.
- 67 Vgl.aberUrteil4C.244/2004vom25.Oktob2004,Erw.2.2.TrotzVorbehaltserklärungenhielt das
BundesgerichtindiesemEntscheidfest,dassderArbeitnehmeraufgrunddesVerhaltensderArbeitgeberin
gutgläubigaufdieBonuszahlungvertrauenkonnte.
- 68 Vgl. Singer,S.494.
- 69 Hromadka,S.246;vgl. Delbrück,S.84: «*Sowird(...)derVorbehalt«jederzeitigenWiderrufs»sicherlichim
LaufederZeitineinenWiderrufsvorbehalt nachbilligemErmessenumzuinterpretierensein.»*
- 70 Vgl.dazu Thüsing,S.722;vgl. Hromadka,S.246.
- 71 Canaris,Vertrauenshaftung,S.372f.
- 72 Canaris,Vertrauenshaftung,S.373.
- 73 Hromadka,S.245.
- 74 Hromadka,S.245.
- 75 Vgl. Thüsing,S.722: «*ManwirddieErwartungdesArbeitnehmersnichtdahinauslegendürfen,denbislang
regelmässigeingeräumtenVorteilewiczuerhalten,kommewasdawolle,biszumjüngstenTagundüberalle
KrisendesUnternehmenshinweg–sondernnurbis aufweiteres,bisihmeineÄnderungausplausiblemGrund
rechtzeitigvorherbekanntgemachtwurde.»*
- 76 DerartigeÜberlegungen spielensicheraucheineRolle,vgl.diesbezüglich Canaris,Vertrauenshaftung,S.386
und vonCraushaar ,S.93ff.;vgl.zumUmstandderbesonderenSchutzwürdigkeitdesArbeitnehmers MK-Roth,
§242N354und Hanau,S.261.

77 Vgl. ZK-Baumann, ZGB 3N4.

78 Das Bundesgericht bezog den guten Glauben jedoch auf den Verpflichtungswillen, siehe Urteil 4C.244/2004 vom 25. Oktober 2004, Erw. 2.2.: «Auvue de cette attitude, le demandeur pouvait de bonne foi déduire que la défenderesse s'était engagée à lui verser chaque année un bonus comme complément de salaire, et que la réserve ne portait que sur la quote part de celui-ci, qui était fonction de la rentabilité de l'employé au sein de l'entreprise»; siehe auch oben, Fn. 31 und unten, Rz 38.

79 Vgl. Hromadka, S. 245.

80 Canaris, Vertrauenshaftung, S. 271, 381 ff. Das Bundesgericht gewährte jedoch im Entscheid 4C.299/1998 vom 7. Januar 1999 auch bei der Vertrauenshaftung einen Anspruch auf das positive Interesse. Der Entscheid ist auszugsweise wieder gegeben in der Besprechung von Bucher, Monte Rosa, S. 65 ff.; vgl. dazu auch Widmer, S. 113 f. und 122.

81 Vgl. die allgemeinen, kurzen Definitionen des Rechtsscheins und der Rechtsscheinhaftung (dies ist der üblichere Begriff als derjeniger der Rechtsscheinentsprechung) bei Canaris, Vertrauenshaftung, S. 526 ff.; Rieder, S. 91 ff., insbesondere S. 359; Wick, Vertrauenshaftung, S. 1271; Fehlmann, S. 112 f.; Berger, S. 207 f.; Frotz, S. 146 f.; Wellspacher, S. 267 f. definierte im Jahre 1906 das allgemeine Rechtsscheinprinzip so: «Wer im Vertrauen auf einen äusseren Tatbestand rechtsgeschäftlich handelt, der zufolge Gesetzes oder Verkehrsauffassung die Erscheinungsform eines bestimmten Rechtes, Rechtsverhältnisses oder eines rechtlich relevanten Momentes bildet, ist in seinem Vertrauen geschützt, wenn jener Tatbestand mit Zutun desjenigen zu Stande gekommen ist, dem der Vertrauensschutz zum Nachteil gereicht.»

82 Vgl. ZK-Baumann, ZGB 2N 385: Durch das Zuwarten entsteht der «Anschein einer neuen Rechts- oder Sachlage».

83 Siehe die kurze Erklärung der Zurechnung bei Rieder, S. 96 und die längere Erklärung bei Canaris, Vertrauenshaftung, S. 468 ff.

84 Siehe Canaris, Vertrauenshaftung, S. 386 und 479 ff.; vgl. auch Singer, S. 495.

85 Siehe zum Begriffspaar der Erwirkung und Verwirkung Staudinger-Schmidt § 242 N 5 16 ff. und 578 ff.; Thüsing, S. 719; Canaris, Vertrauenshaftung, S. 271.

86 Vgl. Canaris, Vertrauenshaftung, S. 511 und Rieder, S. 95.

87 Anders entschieden das Bundesgericht in Urteil 4C.244/2004 vom 25. Oktober 2004, Erw. 2.2. Es bejaht den guten Glauben bezüglich des Verpflichtungswillens: «Auvue de cette attitude, le demandeur pouvait de bonne foi déduire que la défenderesse s'était engagée à lui verser chaque année un bonus comme complément de salaire, et que la réserve ne portait que sur la quote part de celui-ci, qui était fonction de la rentabilité de l'employé au sein de l'entreprise»; siehe oben, Rz 34 und Fn. 31.

88 Vgl. Thüsing, S. 722.

89 von Steiger, S. 180 f.; vgl. die Beispiele bei König, S. 92 f., insb. 103 ff..

90 Siehe die Übersicht über die Rechtsprechung bei BK-Riemer, Syst. Teil, N 354, der die Bildung statuten derogierender Observanz aus Rechtssicherheitsüberlegungen ablehnt; ebenso ablehnend äussern sich ZK-Siegwart, OR 626 N 7 und Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 12 N 10; für die Zulässigkeitsprechung sich ZK-Egger, ZGB 65 N 4, König, S. 85 ff. und S. 103 ff. und von Steiger, S. 181 ff. aus; vgl. auch BGE 72 II 91 ff., 110, wodie Möglichkeit einer statutenwidrigen Observanz angesprochen wird, aber aus anderen Überlegungen nicht geschützt wird; VAR 1943 S. 1 ff., 5 (statutenwidrige Kompetenz des Vorstandes durch Observanz bejaht); statutenwidrige Observanz wurde auch geschützt in ZBJV 57 (1921) S. 82 ff., 86; vgl. aber auch ZR 22 (1923) Nr. 70 S. 129 ff., 133 (Observanz kann statutarische Pflicht zur Ordnungsgemässen Einberufung der Genossenschafterversammlung nicht aufheben); vgl. auch den Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen in SJZ 2, S. 143 f. (Nicht handhabung einer Statutenbestimmung macht dies nicht obsolet); BGE 4C.386/2002 vom 12. Oktober 2004, Erw. 3.1. (Statutenbestimmung einer AG, die die Gewährung von Tantiemen ermöglicht, wird durch mehrjährige Nichtanwendung oder «innerem Willen» zu deren Abschaffung nicht obsolet) und ZR 74 Nr. 34 S. 65 ff., 67 (siehe dazu nachfolgend Fn. 91); zum deutschen Recht vgl. den Gewinnverteilungsfall des Bundesgerichtshofes vom 17. Januar 1966 (Nr. IZR 8/64), abgedruckt in Wertpapier-Mitteilungen WM 1966, 159 ff. und NJW 1966 S. 826 ff.; vgl. auch die Beschreibung des Falles bei Canaris, Vertrauenshaftung, S. 383 f.

91 Dieser Sachverhalt ergab sich in ZR 74 Nr. 34 S. 65 ff.

92

- Zur Änderungskündigung siehe Reh binder, N 313 und ZK-Staehelin, OR 335 N 6.
- ⁹³ Vgl. VAR 1943 S. 1 ff., 5.
- ⁹⁴ Vgl. Thüsing, S. 719. Dervon Thüsing benützte *terminustechnicus* lautet «gegenläufige betriebliche Übung» .
- ⁹⁵ Deutsches Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 26. März 1997, abgedruckt in NJW 1998, S. 475 f.; siehe auch die Kritik dazu bei Kettler, NJW 1998, S. 435 ff. und die Bemerkungen Beplers, S. 238 f.
- ⁹⁶ Siehe dazu vorne, Rz 19.
- ⁹⁷ Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 4. Mai 1999 – Nr. 10 AZR 290/98, abgedruckt in NZA 1999, S. 1162 ff., 1164: «Hatein Arbeitgeber in der Vergangenheit vorbehaltlos eine freiwillige Leistung erbracht und ist dadurch bereit seine Bindung für die Zukunft entstanden, muss er in besonderer Weise klar und unmissverständlich zum Ausdruck bringen, dass er sich von dieser betrieblichen Übung lösen und einen Rechtsanspruch für die Zukunft nunmehr ausschliessen wolle. Ohne eine entsprechende eindeutige Erklärung, die ins besondere darauf gerichtet ist, Ansprüche für die Zukunft auszuschliessen, kann nicht darauf vertrauen, dass der Arbeitnehmer durch die widerspruchslose Hinnahme der Zahlung mit einer Änderung der betrieblichen Übung einverstanden sei» ; vgl. auch die Bemerkungen zu diesem Urteil von Bepler, S. 239.
- ⁹⁸ Vgl. die Überlegungen bei Thüsing, S. 719 ff.; vgl. aber auch Bepler, S. 238, dervon einer stillschweigenden Zustimmung ausgeht.
- ⁹⁹ Vgl. das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 4. Mai 1999 – Nr. 10 AZR 290/98, abgedruckt in NZA 1999, S. 1162 ff., 1163: «Durch die dreimalig widerspruchslose Annahme drückt sich unter Vorbehalt ausbezahlten Gratifikationschaffter Arbeitnehmer beim Arbeitgeber einenschutzwürdigen Vertrauenstatbestand, weil er aufgrund des Verhaltens des Arbeitnehmers keine Veranlassung hat, eine ausdrückliche Änderung der arbeitsvertraglichen Vereinbarungen herbeizuführen.»
- ¹⁰⁰ Vgl. dazu Thüsing, S. 722.
- ¹⁰¹ Vgl. Singer, S. 492.
- ¹⁰² Zude diversen Lösungsansätzen siehe Eberle, S. 1328 mit weiteren Hinweisen.
- ¹⁰³ Vgl. die Überlegungen zur Anfechtung bei Delbrück, S. 65; BK-Schmidlin, OR 23/24 N 178 bejaht die grundsätzliche Anfechtbarkeit *ausdrücklicher und stillschweigender Willenserklärungen*; vgl. Canaris, Vertrauenshaftung, S. 454 f.
- ¹⁰⁴ Vgl. hiezuden Entscheid des deutschen Bundesgerichtshofs, Urteil vom 7. Juni 1984 – IX ZR 66/83, abgedruckt in NJW 1984, S. 2279 ff.
- ¹⁰⁵ Vgl. Lutter/Gehling, S. 155: «Begrift man das Problem als Haftung aus veranlasstem Rechtsschein, dürfte eine Anfechtung von vorn hereinausscheiden» ; vgl. auch Leptien, BGB 167 Rz. 22: «Der Rechtsschein kann nur für die Zukunft zerstört werden» ; vgl. BK-Schmidlin, OR 23/24 N 181: «Eine Anwendung der Art. 23 ff. OR auf die Fälle der Rechtsscheintatbestände (Anscheinsvollmacht, Rechtsscheinhaftung in Scheck- und Wechselrecht, u. ä.) ist ebenso abzulehnen wie eine Anwendung in den Fällen der Duldungsvollmacht. Hier widerspricht eine Irrtumsanfechtung direkt dem Sinn der mit dem Rechtsschein verbundenen Wirkungen» ; vgl. auch Canaris, Vertrauenshaftung, S. 454.
- ¹⁰⁶ Vgl. hiezudie Arbeit von Kindl, S. 1; vgl. auch Berger, S. 213 f.
- ¹⁰⁷ Vgl. Canaris, Vertrauenshaftung, S. 454.
- ¹⁰⁸ BK-Schmidlin, Vorbemerkungen zu OR 23-27 N 215 ff.
- ¹⁰⁹ Vgl. Huguenin, N 86 und BGE 128 III 428 ff., 430.
- ¹¹⁰ Vgl. statt vieler Huguenin, N 86 und BSK-Schwenzer, Vorbem. zu OR 23-31 N 7.
- ¹¹¹ Vgl. BSK-Schwenzer, Vorbem. zu OR 23-31 N 7 und ZK-Staehelin, OR 320 N 31 und 36; vgl. auch Pellegrini, S. 70, der die Anwendbarkeit von Art. 320 Abs. 3 auf Anfechtungsfälle verneint.
- ¹¹² Vgl. hiezudie ähnlichen Beispiele bei BGE 129 III 320 ff., 329 f. Erw. 7.1.4. und ZK-Staehelin, OR 320 N 36 (Wirkung extunc trotz Anfechtung eines Dauerschuldverhältnisses, weil der Willensmangel nur einen Teil des Vertrags betrifft, der mit einer Vertragsmodifikation behoben werden kann) und Pellegrini, S. 90 f., der auch von möglichen Lohnrückzahlungen ausgeht.
- ¹¹³ Siehe zu diesen Problemen, die die Wirkung extunc rechtfertigen BGE 129 III 320 ff., 329 Erw. 7.1.3; vgl. auch von Craushaar, S. 91 ff., der bei arbeitsrechtlichen Vergütungen von der grössten Verlassempfindlichkeit ausgeht, was gegen eine Anfechtungswirkung extunc spricht.
- ¹¹⁴

- SiehedieHinweiseoben,Rz32undFn.65;vgl. Honsell,S.31f.undzurnichtmehrvorhandenenBereicherung
gemäss§818Abs.3BGBimdeutschenRecht Eberle,S.1329.
- ¹¹⁵ Siehe Delbrück,S.65.
- ¹¹⁶ Vgl.dazu Berger,S.214.
- ¹¹⁷ Vgl. BK-Schmidlin,OR23/24N179;vgl.auchdieähnlichenÜberlegungendesdeutschenBundesgerichtshofs
zumSchweigenaufeinBestätigungsschreibeninNJW1954,S.105f.;dazuauch Kindl,S.165ff., Hanau,S.
250und MK-Kramer,BGB119N73.
- ¹¹⁸ DasBundesgerichtbejahtejedochdengutenGlaubenhinsichtlicheinesGratifikationsanspruchstrotzalljährlich
erneuerterVorbehaltsklausel,sieheUrteil4C.244/2004vom25.Oktober2004,Erw.2.2.;dazuoben,Rz34und
Fn.31.

Rechtsgebiet: Obligationenrecht

Erschienenin: Jusletter18.September2006

Zitervorschlag: ArnoldF.Rusch,ObservanzundÜbung,ErwirkungundRechtsschein,in:Jusletter18.September2006

Internetadresse: <http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=4964>