Studien zum
Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht

191

Christian Hess

Dynamische AGB-Kontrolle

Zum maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt der Wirksamkeit von AGB im Dauerschuldverhältnis

Nomos

Studien zum Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb
Prof. Dr. Mathias Habersack
Prof. Dr. Christoph Kumpan, LL.M. (Univ. of Chicago)
Prof. Dr. Adam Sagan, MJur (Oxon)

Begründet von
Prof. Dr. Klaus J. Hopt
Prof. Dr. Manfred Lieb
Prof. Dr. Harm Peter Westermann

Band 191

Christian Hess

Dynamische AGB-Kontrolle

Zum maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt der Wirksamkeit von AGB im Dauerschuldverhältnis

Nomos

Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: Bayreuth, Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-8132-4 (Print)

ISBN 978-3-7489-2548-4 (ePDF)

1. Auflage 2021
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern

Vorwort

Dauerschuldverhältnissen kommt eine herausragende Bedeutung im Leben eines jeden Einzelnen von uns zu. Nur beispielhaft hierfür seien Miet-, Leasing- oder Arbeitsverträge genannt. In einer modernen Wirtschaftsordnung werden sie schon aus Gründen ökonomischer Effizienz in aller Regel durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ausgestaltet. Solche unterliegen der Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB und können daher unwirksam sein. Bestehen Verträge über Jahre oder gar Jahrzehnte hinweg möglicherweise unverändert fort, so kann sich im Streitfall die Frage stellen, auf welchen Zeitpunkt für die Beurteilung der Wirksamkeit der entscheidenden Klausel abzustellen ist. Dies ist insofern relevant, als sich tatsächliche wie rechtliche Umstände, vor deren Hintergrund die Klausel beurteilt wird, seit dem Vertragsschluss geändert haben können. Die vorliegende Arbeit beleuchtet diese Problematik speziell im Hinblick auf Dauerschuldverhältnisse, welchen trotz ihrer Eigenarten meist keine besondere Aufmerksamkeit zuteilwird. Sie wurde von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth im Wintersemester 2020/2021 als Dissertation angenommen.

Mein größter Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. *Adam Sagan*, MJur (Oxon), an dessen Lehrstuhl ich die Schrift anfertigen durfte. Von ihm stammt nicht nur die Idee für das Thema der Arbeit. Auch bei Fragen stand er regelmäßig sehr kurzfristig für Diskussionen zur Verfügung. Besonders möchte ich mich an dieser Stelle auch für die äußert zügige Erstellung des Erstgutachtens bedanken. Für mich als externen Doktoranden war diese Betreuung beileibe nicht selbstverständlich. Nicht minder gedankt werden soll an dieser Stelle auch Herrn Professor Dr. *Michael Grünberger*, LL.M. (NYU). Er hat sich in der Anfangszeit meines Promotionsvorhabens viel Zeit für Gespräche mit mir genommen und mich verständnisvoll durch eine schwere Phase gleich zu Beginn begleitet. Ohne ihn wäre das Promotionsprojekt beendet worden, bevor es überhaupt richtig begonnen hat. Auch das Zweitgutachten hat er dankenswerterweise sehr zügig erstellt.

Ohne Freunde wäre die Anfertigung vorliegender Arbeit nicht möglich gewesen. Ihnen möchte ich herzlich danken. Namentlich genannt sei an dieser Stelle insbesondere Dr. *Christian Linke*, mit dem ich von Anfang an durch sämtliche Hochs und Tiefs, die ein solches Vorhaben mit sich

bringt, gegangen bin. Herrn Dr. *Thomas Kosmider*, LL.M. (Edinburgh) bin ich unter anderem für fachliche Diskussionen nicht nur während zahlreicher „balcony lunches“ dankbar. Ferner sei den Herren *Stefan Neuhöfer* und *Patrick Weig* insbesondere für motivatorische Unterstützung und freundschaftliche Gespräche gedankt. Bei den vielen anderen, die mich während des Projekts in verschiedenster Art und Weise persönlich begleitet haben, habe ich mich persönlich bedankt. Ihr Beitrag ist nicht vergessen.

Finanziell wurde die Anfertigung der Schrift durch ein Promotionsstipendium der Studienstiftung des deutschen Volkes gefördert, wofür ich sehr dankbar bin.

Zuletzt möchte ich mich noch bei meine Eltern, *Gertraud* und *Karl-Heinz Hess*, bedanken. Sie haben mich während Studium, Referendariat und Promotion fortwährend begleitet und mich in verschiedenster Weise immer unterstützt. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

München, im März 2021 Christian Hess

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis 17

1. Teil. Einleitung 21

A) Einführung in die Problemstellung 21

B) Forschungsfrage, Hypothese und Beschränkung 27

C) Methodik 28

D) Gang der Untersuchung 31

2. Teil. Ausgangspunkt: Der Stand in Wissenschaft und Rechtsprechung 33

A) Die Unterscheidung von Individual- und Verbandsprozess 33

B) Der Standpunkt in Wissenschaft und Rechtsprechung beim Individualprozess 34

3. Teil. Tatbestandliche Aspekte und temporale Auswirkungen dynamischer AGB-Kontrolle 51

A) Rechtsnatur von Dauerschuldverhältnissen und Interessenlage 51

B) Ausgangspunkt: Erforderlichkeit der dynamischen Kontrolle 59

C) Änderungen auf tatsächlicher Ebene 117

D) Änderung der Gesetzeslage 140

E) Änderung der Rechtsprechung 192

F) Weiterentwicklung und Perfektionierung von Rechtsprechung 244

4. Teil. Folgen dynamischer Kontrolle 246

A) Vertragliche Klauselanpassung 247

B) Teilunwirksamkeit und ergänzende Vertragsauslegung 258

C) Treu und Glauben 289

D) Zusammenfassung 290

5. Teil. Schlussbetrachtung 292

Literaturverzeichnis 299

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 17

1. Teil. Einleitung 21

A) Einführung in die Problemstellung 21
I. Ein einführendes Beispiel 23
II. Zur (konträren) Interessenlage im konkreten Beispiel 25

B) Forschungsfrage, Hypothese und Beschränkung 27

C) Methodik 28

D) Gang der Untersuchung 31

2. Teil. Ausgangspunkt: Der Stand in Wissenschaft und Rechtsprechung 33

A) Die Unterscheidung von Individual- und Verbandsprozess 33

B) Der Standpunkt in Wissenschaft und Rechtsprechung beim Individualprozess 34
I. Grundsatz: Maßgeblichkeit des Zeitpunkts des Vertragsschlusses 35
II. Änderung tatsächlicher Umstände 37
III. Änderung rechtlicher Umstände 39
1. Änderung der Gesetzeslage 39
2. Änderung einer bestehenden Rechtsprechung 42
a) Überwiegende Ansicht: Maßgeblichkeit der aktuellen Rechtsüberzeugung 43
b) Jedoch: Oftmals Gewährung von Vertrauensschutz 45
3. Weiterentwicklung und Perfektionierung sowie „Lückenfüllung“ 48
IV. Zwischenbewertung 49

3. Teil. Tatbestandliche Aspekte und temporale Auswirkungen dynamischer AGB-Kontrolle 51

A) Rechtsnatur von Dauerschuldverhältnissen und Interessenlage 51
I. Begriff und dogmatische Spezifika des Dauerschuldverhältnisses 51
II. Interessenlage im Dauerschuldverhältnis 56

B) Ausgangspunkt: Erforderlichkeit der dynamischen Kontrolle 59
I. Willentliche Bindung an den Zeitpunkt des Vertragsschlusses 59
II. Europarechtliche Perspektive 63
1. Anwendungsbereich der Klausel-RL und Verhältnis zu §§ 305 ff. BGB 63
2. Rechtsfolgen unwirksamer AGB und Auswirkungen der neuen EuGH-Judikatur 66
a) Rechtsfolgen unwirksamer AGB und Judikatur des EuGH 66
b) Spannungsverhältnisse 68
aa) Nationales Recht und Judikatur zur Klausel-RL 68
bb) Rechtsprechung des EuGH 69
c) Grundsätzlich: Folgen für die Anwendung des § 306 BGB 70
aa) Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung 71
bb) Umsetzung 74
d) Speziell: Folgen für § 306 BGB bei dynamischer Kontrolle 76
3. Beurteilungszeitpunkt und Art. 4 Abs. 1, 8 Klausel-RL 79
a) Verträge außerhalb des Anwendungsbereichs der Klausel-RL 79
b) Verbraucherverträge 80
aa) Verwendete Klausel bei Vertragsschluss wirksam 81
bb) Verwendete Klausel bei Vertragsschluss unwirksam 83
c) Zwischenergebnis 86
III. Nationalrechtliche Perspektive 86
1. Grammatische Auslegung 86
a) § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB 87
b) Präsens statt Präteritum 88
c) Fehlen der Worte „bei Vertragsschluss“ 90
d) Der Begriff des „Verwenders“ 91

e) Bevorzugende Klauseln 94
f) Zwischenergebnis 95
2. Systematische Auslegung 96
a) Vergleich zum Übergangsrecht 96
b) Vergleich zu §§ 134, 138 Abs. 1 BGB 98
c) Vergleich zu § 313 BGB 99
d) Zwischenergebnis 103
3. Historisch-genetische Auslegung 103
4. Teleologische Auslegung 106
a) Zweck(e) der Inhaltskontrolle 106
b) Folgerungen 109
aa) Dauerhafte Erkennbarkeit von Rechten und Pflichten 109
bb) Dauerhafter Schutz vor Ausnutzen der einseitigen Vertragsgestaltungsfreiheit 110
cc) Dauerhafte Einheit von Nutzen und Risiko 112
dd) Zwischenergebnis 114
5. Zwischenergebnis 114
IV. Temporale Teilung von Dauerschuldverhältnis und Inhaltskontrolle 115

C) Änderungen auf tatsächlicher Ebene 117
I. Diskussion der weiteren Gegenargumente 118
1. Das „Rechtssicherheits- oder Vertrauensschutz-Argument“ 118
a) Allgemeines 118
b) Folgerungen 121
2. Schwebende Wirksamkeit der AGB? 125
3. Änderungen im Rahmen der Ausübungskontrolle berücksichtigen? 127
a) Temporale Bedenken 127
b) Systematische Bedenken 128
c) Zusammenfassung 131
II. Beginn der dynamischen Kontrolle 131
1. Vergangene Zeiträume und Sachverhalte 131
2. Künftige Zeiträume und Sachverhalte 134
a) Wortlaut und Telos 134
b) Vergleich zur Dogmatik im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB 135
3. Laufende Zeiträume und Sachverhalte 137
III. Zusammenfassung 139

D) Änderung der Gesetzeslage 140
I. Irrelevanz nachträglich erlassener Gesetze wegen geänderter Auslegung der Klausel? 141
1. Maßstab der Auslegung und Einschränkungen 142
2. Restriktive Auslegung? 144
II. Ausgangspunkt: Zukunftsbezogene Gesetzgebung 149
III. Vertrauensschutz und Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot 151
1. Ausgangspunkt: Rechtsprechung des BVerfG und Kritik 151
2. Anwendung: Dauerschuldverhältnis und Rückwirkung 156
a) Tatbestand 157
b) Abgeschlossen? 159
3. Zwischenergebnis 162
IV. Rechtsänderungen und Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG 163
1. Inhalts- und Schrankenbestimmung oder Enteignung? 164
2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung 165
V. Zuweisung des Rechtslagenänderungsrisikos 168
VI. Reaktion auf nachträgliche AGB-Widrigkeit 170
1. Nachträgliche Intransparenz oder dauerhafte Transparenz 171
a) Transparenz schaffende Erklärung 172
b) Fehlende Anpassungsmöglichkeit? 176
c) Exkurs: Dauerhafte Transparenz einer arbeitsvertraglichen Ausschlussklausel durch klauselimmanente Ausnahmen? 178
aa) Abstrakte Klauselausnahmen 178
bb) Konkrete Klauselausnahmen 180
cc) Vorschlag: Kombinationslösung 181
2. Verallgemeinerbarkeit der „Klarstellungslösung“ 183
VII. Beginn der dynamischen Kontrolle 186
1. Vergangene Zeiträume und Sachverhalte 187
2. Künftige Zeiträume und Sachverhalte 189
3. Laufende Zeiträume und Sachverhalte 189
VIII. Zusammenfassung 191

E) Änderung der Rechtsprechung 192
I. Rekapitulation: Anlegen aktueller Maßstäbe 193
II. Vorfrage: Rechtsprechungsänderungsbefugnis der Gerichte 194
III. Problematik: Rückwirkung und Vorwirkung von Rechtsprechung im Dauerschuldverhältnis 197

IV. Rechtsprechungsänderung und AGB 200
1. Ansicht des BGH 201
a) Die Rechtsprechung 201
b) Folgen 203
2. Kritik 205
a) Kein Schutz des Vertrauens auf eine AGB „per se“ 206
b) Telos der AGB-Kontrolle 208
aa) Relativität des Rechts 209
bb) Folgen 213
c) „Wahl“ des Weges der Allgemeinen Geschäftsbedingungen 215
d) Zielrichtung und Inhalt des AGB-Rechts 217
3. Zwischenergebnis 219
V. Vertragliche Vermeidung der Auswirkung geänderter Rechtsprechung 219
1. Notwendigkeit der Rückwirkungsbeschränkung 219
2. Vereinbarung der Fortgeltung der alten Auslegung 220
VI. Rückwirkungsbeschränkung durch Schutz vor Rechtsprechungsänderungen 223
1. Übertragung der Grundsätze zur Rückwirkung von Gesetzen 223
2. Überblick: Rückwirkung von und Vertrauen auf Rechtsprechung 226
3. Rückwirkungsbeschränkung und Dauerschuldverhältnis 231
a) Fortentwicklung des Rechts 231
b) Rechtswidrige Urteile 233
c) Gleichordnung statt Unterordnung 236
d) Fehlende Funktionsgleichheit 237
4. Vertrauensschutz und Rückwirkungsbeschränkung 239
VII. Zusammenfassung 243

F) Weiterentwicklung und Perfektionierung von Rechtsprechung 244

4. Teil. Folgen dynamischer Kontrolle 246

A) Vertragliche Klauselanpassung 247
I. Änderungsvertrag 247
II. Änderungskündigung 251
1. Bestandsgeschützte Dauerschuldverhältnisse 251
2. Nicht bestandsgeschützte Dauerschuldverhältnisse 253

III. Anpassungsklauseln 254

B) Teilunwirksamkeit und ergänzende Vertragsauslegung 258

I. Ausgangspunkt: Aufrechterhaltung des Interessenausgleichs 258

II. Teilunwirksamkeit dynamisch kontrollierter AGB 260

1. Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion 261

2. Verbot und anfänglich unwirksame Klausel 263

3. Verbot und problematisch gewordenen Klausel 264

III. Ergänzende Vertragsauslegung 267

1. Grundsätze 267

2. Zulässigkeit bei Verbraucherverträgen 269

a) Anfänglich unwirksame Klausel 269

aa) Grundsätzliche Unzulässigkeit bei Verbraucherverträgen 269

bb) Zulässigkeit infolge neuerer Rechtsprechung? 272

b) Unwirksam gewordene Klausel 274

IV. Teilunwirksamkeit vs. ergänzende Vertragsauslegung 275

1. Überzeugenderer Weg: Teilunwirksamkeit 275

2. Dogmatische Verankerung 279

3. Umfang der Teilunwirksamkeit 281

a) Maßstab 281

b) Konturierung 283

C) Treu und Glauben 289

D) Zusammenfassung 290

5. Teil. Schlussbetrachtung 292

Literaturverzeichnis 299

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Auffassung
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEntG	Arbeitnehmer-Entsendegesetz
a.F.	alte Fassung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingung(en)
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
allg.	allgemein
Anm.	Anmerkung
AnwBlatt	Anwaltsblatt (Zeitschrift)
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Art.	Artikel
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BayObLG	Bayerisches oberstes Landgericht
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
Bd.	Band
bearb.	bearbeitet
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BR	Bundesrat
Bsp.	Beispiel
bspw.	beispielsweise
BStBl II	Bundessteuerblatt Teil II
BT	Bundestag
BT-Drs.	Bundestag Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerfGK	Kammerentscheidung des Bundesverfassungsgerichts

bzgl.	bezüglich
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CSU	Christlich-Soziale Union in Bayern
d.	des
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
dens.	denselben
ders.	derselbe
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
DWiR	Deutsches Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
DZWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht (Zeitschrift)
ebd.	ebenda
ECLI	European Case Law Identifier
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGVVG	Einführungsgesetz zum Versicherungsvertragsgesetz
EStG	Einkommenssteuergesetz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgend
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
grds.	grundsätzlich
GrS	Großer Senat
ggü.	gegenüber
GS	Gedächtnisschrift
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
Hs.	Halbsatz
i.E.	im Ergebnis
insb.	insbesondere
insg.	insgesamt
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Zeitschrift)
i.R.d.	im Rahmen des
i.S.d.	im Sinne der/des
IAB	Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung

JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
Jherings Jb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
jM	juris – Die Monatszeitschrift (Zeitschrift)
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JURA	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
KG	Kammergericht
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
Losebl.	Loseblattsammlung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
MiLoG	Mindestlohngesetz
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJ	Neue Justiz (Zeitschrift)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	NJW- Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NVwZ-RR	NVwZ- Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Zeitschrift)
NZA-RR	NZA- Rechtsprechungsreport (Zeitschrift)
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht (Zeitschrift)
OLG	Oberlandesgericht
PflVG	Pflichtversicherungsgesetz
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannte(n)
StGB	Strafgesetzbuch
stRspr.	ständige Rechtsprechung
TVG	Tarifvertragsgesetz
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
u.a.	unter anderem
ua	und andere
UKlaG	Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen
Urt.	Urteil
v.	von/vom
Var.	Variante
Verh.	Verhandlung

VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag
Wahlp.	Wahlperiode
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht (Zeitschrift)
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (Zeitschrift)
z.B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht (Zeitschrift)
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft (Zeitschrift)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Zeitschrift)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht (Zeitschrift)
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Zeitschrift)

1. Teil. Einleitung

A) Einführung in die Problemstellung

Es ist kaum übertrieben zu behaupten, dass einige unserer Entscheidungen unser Leben prägen und uns über einen längeren Zeitraum begleiten, manche über Jahre oder sogar Jahrzehnte hinweg. Wir ziehen beispielsweise anlässlich der Ausbildung, des Studiums, der Berufsaufnahme oder aus sonstigen Gründen aus dem Elternhaus aus und mieten unsere erste eigene Wohnung an. Für diese schließen wir einen Strom- und Wasserlieferungs- sowie einen Internetvertrag ab. Um stets informiert zu bleiben, abonnieren wir eine Zeitung. Nach Beendigung der Ausbildung oder des Studiums treten wir in das Berufsleben ein und binden uns dabei regelmäßig über einen nicht unerheblichen Zeitraum[1] an einen Arbeitgeber. Wenn sich die Arbeitsstelle nicht in unmittelbarer Nähe unseres Wohnortes befindet, leasen wir gegebenenfalls aus diesem Anlass ein Auto, um zu ebenjener zu gelangen. Als Halter des Wagens[2] müssen wir gemäß § 1 PflVG zwingend einen Haftpflichtversicherungsvertrag abschließen. Später möchten wir möglicherweise Wohneigentum erwerben. Das hierzu erforderliche Geld erhalten wir mittels eines langfristigen Darlehensvertrages, in der Regel besichert durch eine Grundschuld, von einer Bank als Fremdkapital. Mit dieser Bank haben möglicherweise unsere Eltern für uns oder wir selbst vor Jahren schon einen Zahlungsdiensterahmenvertrag geschlossen. Während all dieser beschriebenen Lebensabschnitte ist natürlich ein Smartphone unser ständiger Begleiter, für das wir einen Handyvertrag mit Internet- und Telefonflatrate abgeschlossen haben.

Die soeben beispielhaft aufgeführten vertraglichen Beziehungen – Miet-, Strom- und Wasserlieferungs-, Internet-, Abonnement-, Arbeits-, Leasing-, Versicherungs-, Darlehens-, Zahlungsdiensterahmen- und Handyvertrag sowie die Zweckerklärung betreffend die Grundschuld – sind mit Ausnah-

---

1 Die durchschnittliche Beschäftigungsdauer ist jedoch deutlich rückläufig, vergleiche dazu die Studie des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, IAB-Kurzbericht 3/2104, http://doku.iab.de/kurzber/2014/kb0314.pdf (letzter Besuch 4. Januar 2021).

2 Grundlegend BGHZ 87 (1983), 133 (135–137); 173 (2007), 182 Rn. 7; Berz/Burmann/*Schneider*, Losebl. (Stand: August 2020), Kapitel 5 C Rn. 140.

me des ebenfalls erwähnten Wohnungskaufvertrages alles Dauerschuldverhältnisse.[3] Diese können unser Leben maßgeblich mitbestimmen. Die meisten Personen haben in der Regel eine Vielzahl solcher Dauerschuldverhältnissen abgeschlossen, ohne sich dieses Umstandes ständig bewusst zu sein. Häufig bilden diese Verträge einen elementaren Teil unserer Lebensgrundlage. Einmal abgeschlossen bleiben sie oftmals über Jahre hinweg mehr oder weniger unverändert bestehen.[4] Unsere Umwelt jedoch und damit auch die Rechtsordnung, die mit ihr interagiert, wandelt sich dagegen ständig. Insbesondere rechtliche Bewertungsmaßstäbe sind im Fluss und ändern sich permanent. Sie sind keineswegs statisch für alle Zeiten festzementiert. Es ist deshalb nicht zwingend, dass Verträge oder jedenfalls einzelne Vertragsteile, die zu einem früheren Zeitpunkt als zulässig angesehen wurden, auch heute noch in dieser Form wirksam vereinbart werden können. Diese Entwicklung kann insbesondere auch einzelne Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) in Dauerschuldverhältnissen betreffen. Denn solche Verträge sind mehr als andere Sonderrechtsbeziehungen den Einflüssen sich im Laufe der Zeit ändernder Gegebenheiten ausgesetzt.[5] Das kann zur Folge haben, dass einzelne Klauseln in solchen Dauerschuldverhältnissen bei heutiger isolierter Betrachtung unwirksam sind, obwohl sie zum Zeitpunkt des länger zurückliegenden Vertragsschlusses unstreitig zulässig waren.[6] Die möglichen Gründe hierfür sind mannigfal-

---

3 Für eine beispielhafte Aufzählung einer Vielzahl solcher Dauerschuldverhältnisse siehe nur MüKoBGB/*Gaier*, § 314 BGB Rn. 8, 12.

4 Beispielsweise waren im Jahr 2016 rund 71 %, in den Jahren 2017 sowie 2018 rund 68 % und im Jahr 2019 rund 70 % der befragten Personen nicht bereit, ihren Stromanbieter zu wechseln, siehe dazu die Studie von VuMA (2019), Bevölkerung in Deutschland nach Bereitschaft, den Stromanbieter zu wechseln, von 2016 bis 2019 (in Millionen), Statista, https://de.statista.com/statistik/daten/studie/181625/umfrage/absicht-den-stromanbieter-zu-wechseln/ (letzter Besuch 4. Januar 2021). Die Studie geht jedoch nicht auf die Hintergründe fehlender Wechselwilligkeit – beispielsweise das Fehlen günstigerer Angebote – ein.

5 *Schneider*, Vertragsanpassung, S. 12, 456; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Rn. 10 betonen die erhöhte Anfälligkeit gegenüber Leistungsstörungen von (allgemein) Verträgen mit längerer Laufzeit.

6 Als Beispiel hierfür kann die Abwälzung von Schönheitsreparaturen bei nicht renoviertem oder renovierungsbedürftigem Wohnraum in Formularwohnraummietverträgen genannt werden. Eine solche Klausel wurde in BGHZ 101 (1987), 253 (267 f.) jedenfalls dann als wirksam erachtet, wenn die Renovierungsfristen erst mit Mietbeginn zu laufen beginnen. Diese Rechtsprechung wurde u.a. in BGH NJW 2004, 3042 (3043 f.) bestätigt. (Erst) BGHZ 204 (2015), 302 Rn. 17–23 gab sie für einen aus 2002 stammenden Mietvertrag, bei dem unrenovierter Wohnraum

tig. Sie können in tatsächlichen wie in rein rechtlichen Veränderungen der zugrunde liegenden Umstände liegen.

I. Ein einführendes Beispiel

Der besseren Illustration dieses abstrakten Befundes soll folgendes einfaches Beispiel dienen, das sich ohne Weiteres im alltäglichen Arbeitsleben hätte abspielen können:

> *Eine Arbeitnehmerin ist mit Arbeitsvertrag vom 04.01.2010 bei der Arbeitgeberin X-GmbH beschäftigt. In ihrem Formulararbeitsvertrag befindet sich folgende Klausel: „Alle beiderseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und solche, die mit dem Arbeitsverhältnis in Verbindung stehen, verfallen, wenn sie nicht innerhalb von drei Monaten nach Fälligkeit gegenüber der anderen Vertragspartei schriftlich geltend gemacht worden sind".[7] (sogenannte Ausschlussklausel). Im Jahr 2014 wurde das Mindestlohngesetz (MiLoG) verabschiedet, das zum 01.01.2015 einen allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn in Deutschland einführte. In dessen § 3 S. 1 heißt es: „Vereinbarungen, die den Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn unterschreiten oder seine Geltendmachung beschränken oder ausschließen, sind insoweit unwirksam". Am 15.01.2016 erlangt die Arbeitnehmerin einen Aufwendungsersatzanspruch in Höhe von € 1.000 gegen die X-GmbH. Am 15.07.2016 verlangt sie Ersatz ihrer Aufwendungen gegenüber der X-GmbH, die sich auf die Ausschlussklausel beruft. Zu Recht?*

Verwendet ein seit dem 01.01.2015 mit einem Verbraucher geschlossener Formulararbeitsvertrag eine wie hier beschriebene Ausschlussklausel, so ist diese wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam. Denn sie gibt die Rechtslage unter Verstoß gegen § 3 S. 1 MiLoG von Beginn an irreführend, da objektiv unrichtig, wieder.[8] Im Bei-

---

übergeben wurde, explizit auf, wenn der Mieter keinen angemessenen Ausgleich erhalte.

7 Bspw. BAGE 156 (2016), 150 Rn. 3 oder 163 (2018), 282 Rn. 6.

8 BAGE 163 (2018), 282 Rn. 36, 46–48; zu einem vergleichbaren Fall BAGE 156 (2016), 150 Rn. 29 f.; auf das Verhältnis von AGB- bzw. Transparenzkontrolle und § 3 S. 1 MiLoG soll hier und in dieser Arbeit nicht eingegangen werden, für Spezialität des § 3 S. 1 MiLoG *Bayreuther* NZA 2015, 385 (387); explizit *Lembke* NZA 2015, 70 (73, 76); wohl auch *Lingemann/Chakrabati* NJW 2019, 978 (980); *Lingemann/Otte* NZA 2016, 519 (522); *Sagan* RdA 2017, 264 (266) m.w.N; *Sagan/Witschen* jM 2014, 372 (376); für ein (uneingeschränktes) Nebeneinander nun ex-

spiel jedoch wurde der Arbeitsvertrag am 04.01.2010 und damit vor Inkrafttreten des MiLoG geschlossen. Ist die Klausel dennoch unwirksam, weil sie die objektiv zwingende Rechtslage *nicht mehr* korrekt aufzeigt? Ist sie also möglicherweise im Laufe der Zeit durch Veränderung der äußeren Umstände – im konkreten Beispiel der Gesetzeslage – intransparent, damit problematisch[9] und gegebenenfalls unwirksam *geworden*? Falls ja, nur für die Zukunft oder auch für die Vergangenheit?

So naheliegend und eindeutig die Antwort nach dem maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt der Wirksamkeit von AGB im Individualprozess bei punktuellen Schuldverhältnissen mit dem – im Ausgangspunkt – Zeitpunkt des Vertragsschlusses[10] auch sein mag, so zweifelhaft ist bei genauerem Hinsehen die pauschale Übertragung dieses Grundsatzes auf die hier zu behandelnden Dauerschuldverhältnisse.[11] Denn diese werden gerade nicht punktuell, das heißt häufig sofort mit der regelmäßigen Folge des endgültigen Erlöschens aller wechselseitigen Ansprüche abgewickelt. Sie zeichnen sich vielmehr durch den starken Einfluss der zeitlichen Dimension aus, das heißt durch das ständig neue Entstehen von in ihrer Summe erst am Vertragsende feststehenden Rechten und Pflichten[12] sowie durch ein Unsicherheitsmoment aus, das aus der Bindung gerade auch für die Zukunft in Verbindung mit der Unvorhersehbarkeit künftiger Umstände[13] resultiert.[14] Die das Dauerschuldverhältnis prägenden Besonderheiten sowie seine Beeinflussung durch sich ändernde Umstände könnten auch auf

---

plizit BAGE 163 (2018), 282 Rn. 61–73 mit zahlreichen Nachweisen aus dem entgegenstehenden herrschenden Schrifttum; ihm folgend *Seiwerth* NZA 2019, 17 (18).

9 Solange nicht klar ist, was die genaue Rechtsfolge der dynamischen Kontrolle ist, soll die AGB nicht als „unwirksam geworden" bezeichnet werden. Deshalb wird regelmäßig nur von der „problematisch" gewordenen Klausel gesprochen.

10 Hierzu noch genauer 2. Teil B) I.

11 So auch *Aden* DWiR 1992, 353 (354), der das statische Konzept der Wirksamkeitsbeurteilung von Rechtsgeschäften bei Dauerschuldverhältnissen ausdrücklich als problematisch erachtet.

12 *BMJ*, Abschlussbericht, S. 152 auch unter Betonung des Zeitelements; zum Zeitfaktor als „spezifisches Kennzeichen des Dauerschuldvertrages" siehe *Oetker*, Dauerschuldverhältnis S. 134–141.

13 Zum Unsicherheitsmoment MüKoBGB/*Gaier*, § 314 BGB Rn. 6, der dieses als „Prognoserisiko" bezeichnet; hierzu auch BeckOGKBGB/*Martens*, § 314 BGB Rn. 14.

14 Zu den Besonderheiten und Eigenschaften von Dauerschuldverhältnissen siehe noch ausführlicher 3. Teil A) I. An dieser Stelle soll ein Hinweis auf den instruktiven Überblicksaufsatz zu den Dauerschuldverhältnissen von *Michalski* JA 1979, 401 genügen.

den maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt der es ausgestaltenden AGB Auswirkungen haben.

II. Zur (konträren) Interessenlage im konkreten Beispiel

Führt man sich nur kurz – ohne vertiefte Analyse – die Positionen der im Beispiel beteiligten Parteien im Hinblick auf die soeben gestellten Fragen vor Augen, so ergibt sich ein konträres Bild.

Die Arbeitgeberin wird vortragen, sie habe die Ausschlussklausel nach bestem Wissen und Gewissen unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung[15] sowie im Vertrauen auf ebenjene entworfen und sie in ihre Formulararbeitsverträge aufgenommen. Dies müsse doch schützenswert sein. Die Klausel sei deshalb auch und noch heute, trotz Einführung des § 3 S. 1 MiLoG, wirksam. Lediglich der zwingende Mindestlohn werde von ihr nun nicht mehr erfasst, dies sei aber auch für sie eine nicht extra zu erwähnende Selbstverständlichkeit. Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt der Wirksamkeit der Klausel müsse jedenfalls im Grundsatz der Zeitpunkt des Vertragsschlusses sein und auch bleiben. Jede andere Position nähme ihr, der Arbeitgeberin, jegliche Planungssicherheit und sei ohnehin schon praktisch nicht handhabbar, weil sie sonst eine Vielzahl von Verträgen ständig kontrollieren und ihre Bedingungen gegebenenfalls anpassen müsste. Dies sei ihr aber weder (praktisch) möglich noch zumutbar.

Die Arbeitnehmerin wird und muss sogar, um ihre Forderung durchzusetzen, gegensätzlich argumentieren, etwa wie folgt: Zwar sei die Änderung der Rechtslage bei Vertragsschluss in concreto noch nicht absehbar gewesen. Schützenswert sei ihre Arbeitgeberin, wenn überhaupt, jedoch allenfalls für bis einschließlich zum 31.12.2014 entstandene Ansprüche. Seit dem 01.01.2015 gelte das MiLoG. Seitdem sei die Klausel jedenfalls bei isolierter Betrachtung gemäß § 307 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam. Die Arbeitgeberin habe hierauf nicht mit einer wie auch immer gearteten Anpassung der Ausschlussklausel reagiert. Der hier geltend gemachte Anspruch sei im Januar 2016 und damit jedenfalls lange Zeit nach Inkrafttreten des MiLoG entstanden. Zumindest solche später entstandenen Ansprüche – unabhängig von deren Inhalt – könne die Klausel nun nicht mehr wirksam ausgestalten. Folgte man der Argumentation der Arbeitgeberin, so führte dies doch faktisch dazu, dass eine objektiv irreführende AGB weiterhin aufrechterhalten bliebe. Dies könne sie, die Arbeitnehmerin, in der Folge

15 Z.B. BAGE 115 (2005), 19 zu Ausschlussfristen.

möglicherweise auch um ihre von der Klausel nicht mehr erfassten Rechte bringen. Die Arbeitgeberin hätte ihr gegenüber vorher ohne Weiteres den Anwendungsbereich der Ausschlussklausel – keine Erfassung des Mindestlohnanspruchs – „klarstellen" können und müssen. Dass sie dies nicht getan habe, sei doch eine (fortgesetzte) Täuschung durch unveränderte Weiterverwendung der jetzt irreführenden AGB. Die Arbeitgeberin als Verwenderin sei schließlich für ihre Klauseln dauerhaft verantwortlich. Wenn sie nicht mit der Zeit gehe, müsse sie hierfür nun die Konsequenzen tragen: Die vollständige Unwirksamkeit der Ausschlussklausel und nicht nur die Unwirksamkeit im Hinblick auf den Mindestlohnanspruch. Dies sei Teil des von ihr zu tragenden Risikos. Maßgebliche Beurteilungsgrundlage der Klausel müssten deshalb im Ergebnis auch die heutigen Umstände sein. Die AGB sei daher vollständig unwirksam geworden.

Abstrahiert man die Positionen der Vertragsparteien, so ergibt sich Folgendes: Auf der einen Seite steht hier das Bedürfnis der Klauselverwenderin nach Rechtssicherheit, Vertrauensschutz und weitestgehender Stabilität im Hinblick auf einmal wirksam vereinbarte Formularklauseln. Sie wird am Weiterbestehen ihrer AGB interessiert sein, weil und wenn sie diese ursprünglich wirksam und in der Regel zu ihrem Vorteil abweichend vom dispositiven Recht aufgestellt hat. Letztlich hat sie (auch hier im konkreten Fall) also ein Interesse an Kontinuität, soweit es die geänderten Umstände erlauben. Diesem Standpunkt stehen auf der anderen Seite das Bedürfnis der Rechtsordnung – hier der §§ 305 ff. BGB – an einer Freihaltung des Rechtsverkehrs vor objektiv unwirksamen Klauseln[16] sowie das individuelle Interesse des auf die Vertragsabschlussfreiheit beschränkten Klauselgegners an der Berücksichtigung einer für ihn günstigen Änderung der Umstände gegenüber. Dieser möchte von etwaigen Änderungen, die zu einer anderen Beurteilung der Wirksamkeit einer ihn benachteiligenden AGB-Klausel führen können, profitieren. Letztlich hat er also abstrakt sowie hier im Fall konkret ein Interesse am Wandel, sofern dieser zu seinen Gunsten geht.[17] Diese beide Interessen – Kontinuität und Wandel – stehen sich in einem Spannungsverhältnis gegenüber. Diesen Konflikt gilt es

16 BAGE 163 (2018), 282 Rn. 57; zu den Zwecken der Inhaltskontrolle genauer unten 3. Teil B) III 4. a), siehe aber auch unten 2. Teil A) m.w.N.

17 Überblicksartig legt *Kolmsee*, Anpassung, S. 18–20 dar, dass und warum auch der Klauselverwender ein Interesse an Anpassung von AGB und damit am Wandel haben kann. Für den Klauselgegner stellt er im Anschluss u.a. an *Horn* in Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I, 551 (565) sowie *ders*. NJW 1985, 1118 (1119) für Dauerschuldverhältnisse wegen ihrer oftmals existenzieller Bedeutung ein besonderes

letztlich im Ergebnis anhand des Gesetzes beidseitig interessengerecht aufzulösen.

B) Forschungsfrage, Hypothese und Beschränkung

Die hier zu untersuchende Forschungsfrage ist im obigen Beispiel angelegt und unmittelbar im Anschluss daran bereits angerissen worden. Angesichts der dort angesprochenen Problematik soll sich die vorliegende Arbeit folgender Frage widmen:

> *Ist im Individualprozess maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt für die Wirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Dauerschuldverhältnissen statisch im Grundsatz der Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder dynamisch auch der heutige Zeitpunkt und damit im Zweifel der der letzten mündlichen Verhandlung?*

Ziel der Arbeit ist es zu klären, ob die Wirksamkeit von Klauseln in Dauerschuldverhältnissen hinsichtlich des maßgeblichen Beurteilungszeitpunktes nach denselben dogmatischen Grundsätzen beurteilt werden kann wie die von Klauseln in punktuellen Verträgen, oder ob die Dogmatik hier modifiziert werden muss. Die Arbeit geht dabei, ohne das Ergebnis in irgendeiner Art und Weise vorweg nehmen zu wollen, von folgender These aus, die es zumindest partiell zu bestätigen oder zu widerlegen gilt:

Die sogenannte herrschende Meinung zum maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt der Wirksamkeit von AGB stellt im Individualprozess ohne hin-

---

„Kontinuitätsinteresse" im Hinblick auf die vereinbarten AGB fest, S. 20 f. Dies widerspricht obigem Beispiel nicht unbedingt. Während *Kolmsee* von abstrakten Überlegungen vor dem Hintergrund der Anpassung von AGB ausgeht und Stabilität als Maxime im Ausgangspunkt über (mögliche) andere Interessen des Klauselgegners stellt, geht es in vorliegender Untersuchung sowie im konkreten Beispiel um eine Konstellation, in der der Klauselgegner durch Änderung der Umstände begünstigt werden könnte und damit um die davon zu unterscheidende Frage der Wirksamkeit der AGB selbst. Hier kann das Stabilitätsinteresse zugunsten eines Interesses am Wandel zurücktreten. Dies erkennt *Kolmsee,* Anpassung, S. 21 ebenfalls an, wenn er einräumt, dass – wie hier – durchaus Konstellationen möglich sind, in denen sich eine Änderung für den Klauselgegner als positiv herausstellen könne. Auch wenn *Kolmsee* vor dem Hintergrund der Vertragsanpassung argumentiert, kommt insgesamt jedoch nicht hinreichend klar zum Ausdruck, dass es nicht „die Interessenlage" (im Dauerschuldverhältnis) gibt, sondern es stets auf den konkreten Vertrag und die konkrete Situation ankommt, siehe hierzu noch näher 3. Teil A) II.

reichende Differenzierung zwischen punktuellen Verträgen und Dauerschuldverhältnissen zu pauschal im Grundsatz auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ab. Soweit spätere Maßstäbe herangezogen werden und es dadurch zu einer Änderung der Wirksamkeitsbeurteilung kommt, wird oftmals „Vertrauensschutz" gewährt, der letztlich zu einer (partiellen) Aufrechterhaltung der Klausel führen kann. Damit werden faktisch wieder alte Maßstäbe angesetzt, die – jedenfalls teilweise – dem Klauselverwender das Wirksamkeitsrisiko ungerechtfertigt abnehmen und auf den Vertragspartner verlagern. Für Dauerschuldverhältnisse passt dieser Ausgangspunkt aufgrund ihrer besonderen Eigenschaften jedoch nicht unbedingt, zumal er die dauerhafte Verantwortlichkeit des Verwenders für seine AGB vernachlässigt. Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt muss hier deshalb auch der heutige Kontrollzeitpunkt sein, weil sich die Parteien einem von künftigen Unwägbarkeiten geprägten System revolvierender Rechte und Pflichten unterworfen haben. Diesem ist eine statische Beurteilung jedenfalls dem ersten Anschein nach fremd, sodass vielmehr eine dynamische Kontrolle angezeigt ist.

Betrachtet werden soll hierbei lediglich die Inhaltskontrolle im Individualprozess. Im abstrakten AGB-Verbandsprozess nach dem UKlaG wird bereits mit der Maßgeblichkeit des Zeitpunktes der richterlichen Entscheidung auf aktuelle Umstände rekurriert.[18] Die soeben formulierten Hypothesen liefen hier ins Leere. Soweit spezifische Themenkomplexe wie beispielsweise „Rückwirkung von Gesetzen" oder „Vertrauensschutz auf Rechtsprechung" relevant werden, werden diese nicht völlig neu diskutiert. Dies würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen sowie letztlich an ihrer Zielsetzung vorbeigehen. Vielmehr soll sich im Wesentlichen auf den aktuellen Stand der Wissenschaft und Praxis gestützt werden, der zu diesem Zwecke an der jeweils passenden Stelle, soweit erforderlich, aufgearbeitet werden wird.

C) Methodik

Die Erläuterung und Begründung der verwendeten Arbeitsweise ist kein Selbstzweck. Sie dient der besseren Nachvollziehbarkeit der Vorgehensweise, schafft Transparenz und erleichtert dadurch letztlich die Überprüfung der Ergebnisse. Deshalb soll gleich zu Beginn offengelegt werden, dass die Arbeit mittels eines methodischen unter Heranziehung der Auslegungsre-

18 Dazu kurz unten 2. Teil A).

geln sowie eines dogmatischen Ansatzes die Rechtslage de lege lata untersuchen wird. Hierdurch soll ein Ergebnis erreicht werden, das sich ohne Friktionen in den gegebenen rechtlichen Rahmen einfügt, im jeweiligen konkreten Fall einheitlich angewendet werden kann und dadurch auch kritischer Überprüfung standhält.[19]

Die juristische Methodenlehre beschreibt dabei den systematisch-reflektierten Weg,[20] die „Summe der Regeln",[21] auf dem und mit denen der Rechtsanwender zu seinen Ergebnissen gelangt. Ihre Heranziehung sorgt damit im Einklang mit soeben genanntem Ziel dafür, dass die getroffenen Entscheidungen rational nachvollziehbar, letztlich also überprüfbar gemacht werden können.[22] Dies wiederum erhöht zwangsläufig deren Akzeptanz und schafft (durch Gleichbehandlung) Rechtssicherheit, wenn zur Auslegung und Rechtsfindung stets dieselben Methoden herangezogen werden.[23]

---

19 Hierzu und zu dieser Notwendigkeit vgl. *Rüthers* JuS 2011, 865 (866 f.).

20 *Möllers*, Methodenlehre, § 1 Rn. 1; *Reimer*, Methodenlehre, Rn. 14 f.: Methodenlehre als „Handwerkslehre"; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 604: Methodenlehre als „Anleitung zur Rechtsgewinnung".

21 So *Rebhahn* ZfPW 2016, 281 (289), der zu den Anforderungen an die Entscheidungsfindung der Gerichte und damit auch an die Methodenlehre insb. Vorhersehbarkeit, Rechtssicherheit, Gleichbehandlung oder Transparenz durch Begründung zählt; vgl. auch *Hassemer* in: Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 3 (5 f.).

22 So *Möllers* ZfPW 2019, 94 (99 f.) im Anschluss an *Esser* AcP 172 (1972), 97 (113), der allerdings die Ebene der Rechtsdogmatik behandelt; ähnlich *Rüthers* JuS 2011, 865 (866 f.), der die Methodenlehre als „Machtgrenze zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung" und damit letztlich als „Verfassungsfrage" ansieht.

23 *Rüthers*, JuS 2011, 865 (868 f.), der betont, dass Methodenfragen die verfassungsrechtlich gebotene Rückbindung des Rechtsanwenders an den Gesetzgeber und damit die auch Gewaltenteilung gewährleisten, methodische Beliebigkeit dagegen führe zu einer „willkürlichen, unkontrollierbaren Kadijustiz"; in dieselbe Richtung gehend *Würdinger* JuS 2016, 1 (2), wenn er darauf hinweist, eine „methodenunehrliche Arbeitsweise" erweitere verfassungsrechtlich bedenklich Eigenwertungsspielräume des Rechtsanwenders gegenüber dem Gesetzgeber. Zur Kritik an der Methodenlehre vergleiche nur *Hassemer* ZRP 2007, 213 (214, 217, 219): Methodenlehre werde überschätzt, sei zu praxisfern, könne Gesetzesbindung nicht gewährleisten und sei als alleiniger Maßstab der rechtsstaatlichen Rechtsfindung in einem kodifizierten Rechtssystem untauglich.

Der Begriff der Rechtsdogmatik wird unterschiedlich verstanden.[24] Im Kern jedoch bietet Dogmatik vom konkreten Fall abstrahierte[25] und daher allgemein anwendbare Ansätze, Erklärungs- und Lösungsmuster zu bestimmten Rechtsfragen der Praxis, ordnet und systematisiert, durchdringt und erläutert das Recht mit rationeller Überzeugungskraft und sorgt damit letztlich – beispielsweise durch die Entwicklung von „Prüfprogrammen"[26] – für eine einheitliche Rechtsanwendung.[27] Sie führt dadurch auch zur Vorhersehbarkeit richterlicher Entscheidungen[28] und entlastet den Rechtsanwender, der letztlich auf vorgefertigte Problemlösungen, auf „Routinen",[29] zurückgreifen kann.[30]

Auch wenn Methodenlehre und Rechtsdogmatik damit im Grunde zwei verschiedene Dinge sind, so haben sie dennoch erkennbar Berührungspunkte. Mittels der Methodenlehre erzielte Ergebnisse können zu Rechtsdogmatik führen.[31] Methoden schaffen Nachvollziehbarkeit, Dogmatik sorgt für die korrekte Einordnung und konkrete Anwendbarkeit der ge-

---

24 Einen kurzen Überblick hierzu bietet *Waldhoff* in: Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 17 (22–26).

25 Kritisch zur hierzu *Lepsius* in Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 39 (56).

26 *Dreier* in: ders., (Hrsg), Rechtswissenschaft als Beruf, 1 (41–45) u.a. mit dem Beispiel des dreistufigen Aufbaus bei der Grundrechtsprüfung.

27 Ähnlich *Bumke* JZ 2014, 641; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 311, 321–327; *Stürner* JZ 2012, 10 (10 f.) betont insbesondere die Funktion der Dogmatik, Gleiches und Ungleiches transparent zu unterscheiden und zu behandeln, was (im Anschluss an BVerfGE 54 (1980), 277 (296)) ein grundlegendes Element menschlicher Gerechtigkeit sei.

28 *Hassemer* in: Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 3 (14).

29 *Hassemer* in: Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 3 (7), der auch der Ansicht ist, dass sich Methodenlehre und Rechtsdogmatik in maßgeblichen Bereichen ähneln (5), so spielten beide auf einer „Mittelhöhe zwischen Gesetz und Fall" (8) und näherten sich dadurch aneinander an.

30 So z.B. *Esser*, Vorverständnis, S. 90 f.; ihm folgend *Möllers*, Methodenlehre, § 9 Rn. 8; zur Kritik an Dogmatik nur *Lepsius* in Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 39 (54): Dogmatik enge ein und schwäche das Potential neuer Erkenntnisse. Sie beachte aufgrund ihrer Abstrahierung die Dimension Zeit nicht (56) und drohe zu politisieren (58).

31 *Möllers*, Methodenlehre, § 9 Rn. 7c: Methode als Herstellung und Verwendung von Dogmatik; vgl. auch *Rebhahn* ZfPW 2016, 281 (305), nach dem Methodenlehre Bedingung für Rechtsdogmatik sei, weil letztere auf ersterer aufbaue; nach *Reimer*, Methodenlehre, Rn. 14 setzen Methoden Dogmatik als „Inbegriff der Sachstrukturen eines Rechtsgebietes" voraus, ihre Ergebnisse können wieder zur Dogmatik führen.

fundenen Ergebnisse. Damit ist die hier gewählte Arbeitsweise gut geeignet, die zu untersuchende abstrakte Rechtsfrage belastbar zu bearbeiten.

D) Gang der Untersuchung

Vorliegende Arbeit wird im nun folgenden 2. Teil zunächst den aktuellen Stand in Wissenschaft und Rechtsprechung zur Problematik des maßgeblichen Beurteilungszeitpunktes der Wirksamkeit von AGB aufarbeiten. Nach Darlegung des Grundsatzes wird analysiert, wie sich Veränderungen nach Vertragsschluss auf diese Frage auswirken. Hierbei wird systematisch zwischen Änderungen im tatsächlichen wie im rechtlichen Bereich unterschieden und dabei herausgestellt, dass Literatur und Rechtsprechung bislang kaum zwischen punktuellen Verträgen und Dauerschuldverhältnissen differenzieren. Die Argumente der jeweiligen Ansichten werden kurz dargelegt, weil sie im weiteren Verlauf untersucht und auf Belastbarkeit für Dauerschuldverhältnisse überprüft werden müssen.

Der 3. Teil dieser Untersuchung bildet den Schwerpunkt und den Kern der vorliegenden Arbeit. Da im danach Folgenden als Argumentationsmuster immer wieder relevant wird zunächst ein kurzes Kapitel zu den dogmatischen Spezifika und Charakteristika des Dauerschuldverhältnisses sowie zur Interessenlage (3. Teil A)) vor die Klammer gezogen. Schließlich werden, den Ausgangspunkt der Untersuchung markierend, europarechtliche Vorgaben in den Blick genommen sowie §§ 307–310 BGB mittels der Auslegungsmethoden der juristischen Methodenlehre vor dem Hintergrund der gestellten Forschungsfrage analysiert (3. Teil B)). Im darauf Folgenden wird, ausgehend vom soeben gefundenen Zwischenergebnis, die Tragfähigkeit des im 2. Teil gezeigten derzeitigen Standes speziell im Hinblick auf Dauerschuldverhältnisse überprüft. Da eine etwaige dynamische Kontrolle nur bei Änderung der zugrunde liegenden Umstände Auswirkungen haben und damit virulent werden kann, muss auch hier systematisch nach der Art der jeweiligen Änderung differenziert werden. Es werden die Änderungen nach Vertragsschluss auf tatsächlicher Ebene (3. Teil C)) sowie Änderungen auf rechtlicher Ebene mit der Änderung der Gesetzeslage (3. Teil D)), der Änderung einer bestehenden Rechtsprechung (3. Teil E)) und der bloßen Weiterentwicklung respektive „Perfektionierung“ einer bestehenden Rechtsprechung (3. Teil F)) untersucht. In diesem Rahmen werden nicht nur die Argumente für die derzeit jeweils überwiegende Ansicht auf Belastbarkeit geprüft. Es wird auch auf mit der For-

schungsfrage zusammenhängende spezielle Einzelprobleme und -fragen der jeweiligen Fallgruppe eingegangen.

Soweit die Arbeit zum Ergebnis kommt, dass eine AGB auch an aktuellen Umständen zu messen und damit dynamisch zu kontrollieren ist, werden im 4. Teil Rechtsfolgenfragen behandelt. Denn mit der Beantwortung der bloß den Tatbestand der §§ 307 ff. BGB betreffenden Frage nach dem maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt ist noch nichts über die Rechtsfolgenseite gesagt. Es scheint nicht ausgeschlossen, dass eine im Dauerschuldverhältnis dynamisch kontrollierte und bloß problematisch *gewordene* Klausel sich dort anders verhalten kann und vor dem Hintergrund eines etwaigen Anpassungsbedürfnisses im Dauerschuldverhältnis auch anders verhalten muss, als man es nach allgemeiner Dogmatik bei von Beginn an unwirksamen AGB erwarten würde.

Die Arbeit schließt in ihrem 5. Teil mit einer thesenförmigen Zusammenfassung ihrer wesentlichen Ergebnisse.