

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 äußerst 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

Vorwort

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 Neuböfer* 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

Inhaltsübersicht

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

Inhaltsverzeichnis

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

Inhaltsverzeichnis

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. Bestandgeschützte Dauerschuldverhältnisse	251
2. Nicht bestandgeschützte Dauerschuldverhältnisse	253

Inhaltsverzeichnis

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

Abkürzungsverzeichnis

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

Abkürzungsverzeichnis

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
PfIVG	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

Abkürzungsverzeichnis

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)