

des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen behandelt wird, gehört diese Frage auch heute noch zu den umstrittensten.<sup>80</sup> Dem Wortlaut des § 306 Abs. 1 und Abs. 2 BGB jedenfalls lässt sich weder die Zulässigkeit einer geltungserhaltenden Reduktion noch deren Verbot entnehmen. Das Meinungsspektrum zur Zulässigkeit der geltungserhaltenden Reduktion ist breit gefächert, die Literatur kaum mehr zu überblicken – nahezu jedes Ergebnis wird vertreten. Nach ständiger Rechtsprechung<sup>81</sup> und der wohl überwiegenden Meinung<sup>82</sup> in der Literatur ist eine geltungserhaltende Reduktion **im Grundsatz unzulässig**. Für den Anwendungsbereich der Klausel-RL 93/13/EWG hat der EuGH jüngst das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion bestätigt.<sup>83</sup> Der EuGH hat entschieden, Art. 6 Abs. 1 Klausel-RL verbiete einem nationalen Gericht, eine missbräuchliche Klausel in einem Vertrag zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher inhaltlich abzuändern, statt deren Anwendung gegenüber dem Verbraucher schlicht auszuschließen.<sup>84</sup> Eine solche – unzulässige – Abänderung des Inhalts einer Klausel entspricht im deutschen Recht einer geltungserhaltenden Reduktion.<sup>85</sup>

14a

Die Gerichte dürfen danach eine unangemessene Klausel nicht auf ihren gerade noch zulässigen Inhalt zurückführen und insoweit der Klausel mit abgeschwächtem Inhalt nicht zur Wirksamkeit verhelfen. Die Begründung für diesen Grundsatz wird im Wesentlichen aus dem Normzweck des AGB-Rechts hergeleitet. Könnte der Verwender von AGB darauf vertrauen, im Prozessfall werde das Gericht eine unzulässige Klausel auf das gerade noch zulässige Maß reduzieren, so hätte der Verwender kaum einen Anreiz, unzulässige Klauseln zu vermeiden. Damit würde der Normzweck vereitelt. Denn Ziel der gesetzlichen Regelung ist es, den Vertragspartner des Verwenders vor der Gefahr zu schützen, mit Klauseln konfrontiert zu werden, deren Unwirksamkeit er nicht durchschaut. Gegenüber dieser Gefahr hilft es dem Vertragspartner nicht viel, wenn er die Möglichkeit hat, die Zulässigkeit der Klausel im Prozess zu klären.<sup>86</sup> Vielmehr ist es **Zweck des AGB-Rechts**, auf einen von vornherein angemessenen Inhalt von AGB hinzuwirken. Dies kann letztlich als eine Ausprägung des Transparenzgebots verstanden werden.<sup>87</sup> Ausgehend von der grundsätzlichen Totalunwirksamkeit überschießender Klauseln werden allerdings mehr oder weniger weitreichende **Ausnah-**

<sup>80</sup> Eingehend *Uffmann*, Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, 2010.

<sup>81</sup> Grundlegend BGH 17. 5. 1982 – VII ZR 316/81, NJW 1982, 2309 (2310); seitdem etwa BGH 26. 1. 1983 – VIII ZR 342/81, NJW 1983, 1322 (1325); 24. 9. 1985 – VI ZR 4/84, NJW 1986, 1610 (1612); 23. 1. 2013 – VIII ZR 80/12, NJW 2013, 991 (992); BAG 13. 12. 2011 – 3 AZR 791/09, NZA 2012, 738 (740); 18. 12. 2008 – 8 AZR 81/08, NZA-RR 2009, 519 (525); 25. 9. 2008 – 8 AZR 717/07, NZA 2009, 370 (377); 14. 8. 2007 – 8 AZR 973/06, NZA 2008, 170 (172); 4. 3. 2004 – 8 AZR 196/03, NZA 2004, 727 ff.

<sup>82</sup> Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Lindacher/Hau § 306 Rn. 31; Bamberger/Roth/Hub. Schmidt § 306 Rn. 16; Palandt/Grüneberg § 306 Rn. 6; Stoffels, AGB-Recht, Rn. 595; Fastrich, Inhaltskontrolle, 330 ff.; Ulmer NJW 1981, 2027 ff.; Neumann, Geltungserhaltende Reduktion und ergänzende Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1988, S. 58 ff., 81; Lindacher BB 1983, 154 ff.; Harry Schmidt, Vertragsfolgen der Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1986, S. 142 ff.; Clemenz/Kreft/Krause/Schlewing § 306 Rn. 73, allerdings kritisch zum „Verbot der geltungserhaltenden Reduktion“ als feststehendem Begriff.

<sup>83</sup> EuGH 14. 6. 2012 – C-618/10, NJW 2012, 2257 (2260) – Banco Español de Crédito; dazu Uffmann NJW 2012, 2225 (2229f.); Graf v. Westphalen NJW 2013, 961 (963f.); Schlosser IPrax 2012, 507.

<sup>84</sup> EuGH 14. 6. 2012 – C-618/10, NJW 2012, 2257 (2260) – Banco Español de Crédito.

<sup>85</sup> BGH 23. 1. 2013 – VIII ZR 80/12, NJW 2013, 991 (993), der die sich aufdrängende Frage, ob die vom EuGH vorgenommene unionsrechtliche Auslegung von Art. 6 Abs. 1 Klausel-RL auch einer ergänzenden Vertragsauslegung entgegensteht, verneint.

<sup>86</sup> BGH 17. 5. 1982 – VII ZR 316/81, NJW 1982, 2309 (2310); 3. 11. 1999 – VIII ZR 269/98, NJW 2000, 1110 (1113f.); BAG 13. 12. 2011 – 3 AZR 791/09, NZA 2012, 738 (740f.); 25. 5. 2005 – 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111 (1114).

<sup>87</sup> Ulmer/Brandner/Hensen/H. Schmidt § 306 Rn. 14; Staudinger/Schlosser § 306 Rn. 22; BAG 11. 4. 2006 – 9 AZR 610/05, NZA 2006, 1042 (1045).

men vom Verbot der geltungserhaltenden Reduktion zugelassen.<sup>88</sup> So wird etwa erwogen, das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion aus Vertrauensschutzgründen einzuschränken bei Altverträgen, die erst aufgrund einer Gesetzesänderung, namentlich der Einbeziehung von Arbeitsverträgen, der AGB-Kontrolle unterliegen.<sup>89</sup>

- 15 Die unzulässige geltungserhaltende Reduktion ist zu unterscheiden von der nach § 306 Abs. 2 BGB vorgeschriebenen **Lückenfüllung** eines durch Wegfall einer Klausel lückenhaft gewordenen Vertrags. Die rechtlich gebotene Lückenfüllung durch ergänzende Vertragsauslegung kann im Einzelfall zu ähnlichen Ergebnissen führen wie eine geltungserhaltende Reduktion. Wegen dieser potentiellen Ergebnisgleichheit von verbotener geltungserhaltender Reduktion und gebotener ergänzender Vertragsauslegung ist die Unterscheidung in Grenzfällen problematisch.<sup>90</sup>

- 16 In der Literatur stieß die These vom Verbot der geltungserhaltenden Reduktion auf erheblichen Widerspruch.<sup>91</sup> Zum einen führe die Rechtsprechung das Verbot ohnehin nicht mehr konsequent durch.<sup>92</sup> Zum anderen sei der Präventionsgedanke im Privatrecht durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eingeschränkt.<sup>93</sup> Darüber hinaus sei die Überschreitung der durch die §§ 305 ff. BGB vorgegebenen Grenzen immer öfter nur Ausdruck einer Überforderung durch die hochdifferenzierte Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle. Schließlich wird der Begriff der geltungserhaltenden Reduktion von den Kritikern nicht mehr so verstanden, dass die unangemessene Klausel in größtmöglichem Umfang, sondern nur in angemessenem Umfang aufrechtzuerhalten sei.<sup>94</sup> Um diese relativierende Sicht des Verbots geltungserhaltender Reduktion zu rechtfertigen, führen manche sie auf die Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung zurück, die nicht den Vertrag auf die gerade noch zulässigen Grenzen zurückschneidet, sondern die die Lücke gestaltend durch eine angemessene Regelung ausfüllt.<sup>95</sup>

- 17 Für die **gerichtliche Praxis** ist die Frage geklärt, eine geltungserhaltende Reduktion ist danach im Grundsatz unzulässig. Eine Änderung der gefestigten Rechtsprechung ist nicht zu erwarten, zumal der EuGH<sup>96</sup> das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion nunmehr für Verbraucherverträge bestätigt hat – eine „gespaltene Auslegung“ des § 306 Abs. 1 und 2 BGB wäre weder praktikabel noch ist mit ihr zu rechnen. Ohnehin sprechen die besseren Gründe dafür, am **Verbot der geltungserhaltenden Reduktion festzuhalten**, auch wenn sich die dagegen vorgebrachten Gründe nicht völlig von der Hand weisen lassen.<sup>97</sup> Der Präventionsgedanke verliert tatsächlich an Gewicht, wenn man mit dem heutigen Verständnis unter geltungserhaltender Re-

---

<sup>88</sup> Ausnahmen ablehnend *Harry Schmidt*, Vertragsfolgen der Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1986, S. 148.

<sup>89</sup> *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 606; *Preis NZA-Sonderbeil.* Heft 16/2003, 19 (28f.); *Singer RdA* 2003, 194 (203f.); *Hanau/Hromadka NZA* 2005, 73 (78); auch noch hier in der Voraufgabe Rn. 18a; demgegenüber lehnt das BAG auch in Altfällen eine geltungserhaltende Reduktion ab und füllt entstehende Lücken ggf. im Wege ergänzender Vertragsauslegung, etwa BAG 11.10.2006 – 5 AZR 721/05, NZA 2007, 87 (90); 12.1.2005 – 5 AZR 364/04, NZA 2005, 465 (468).

<sup>90</sup> *Staudinger/Schlosser* § 306 Rn. 23; *Hager JZ* 1996, 175 ff. mwN.

<sup>91</sup> *MüKoBGB/Basedow* § 306 Rn. 13; *Kötz NJW* 1979, 785 ff.; *Hager JZ* 1996, 175 ff.; *Roth JZ* 1989, 411 (418f.); *Roth*, Vertragsänderung bei fehlgeschlagener Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1994, S. 34 ff.; *v. Mettenheim*, FS Piper, 1996, S. 937 ff.; *Boemke-Albrecht*, Rechtsfolgen unangemessener Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1989, S. 38 ff., 115 ff.; „tendenziell“ *Staudinger/Schlosser* § 306 Rn. 24; vgl. die eingehende Darstellung von *Uffmann*, Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, 2010, S. 254 ff.

<sup>92</sup> Insbesondere *Hager JZ* 1996, 175 ff.

<sup>93</sup> Insbesondere *Canaris*, FS Steindorff, 1990, S. 519 (567); *Staudinger/Schlosser* § 306 Rn. 24.

<sup>94</sup> *MüKoBGB/Basedow* § 306 Rn. 14; *Staudinger/Schlosser* § 306 Rn. 25; *Canaris*, FS Steindorff, 1990, S. 519 (549); *Hager JZ* 1996, 175 ff.

<sup>95</sup> *Hager JZ* 1996, 175 ff.

<sup>96</sup> EuGH 14.6.2012 – C-618/10, NJW 2012, 2257 (2260) – Banco Español de Crédito; 30.5.2013 – C-488/11, EuZW 2013, 596 – Asbeek Brusse, Rn. 54 ff.

<sup>97</sup> *Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Lindacher/Hau* § 306 Rn. 31 ff.; *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 595 ff., jeweils mit ausführlicher Würdigung der Argumente.

duktion nicht mehr die Aufrechterhaltung einer überschießenden Klausel im höchstmöglichen Maß, sondern „nur“ in einem angemessenen Umfang versteht. Bei diesem Verständnis verlieren zweifellos auch die dogmatischen Kategorien der Teilaufrechterhaltung – Klauselabgrenzung und ergänzende Vertragsauslegung einerseits, geltungserhaltende Reduktion andererseits – an Bedeutung, weil sie vielfach zu vergleichbaren Ergebnissen führen. Nicht überzeugend ist allerdings das Argument, die Überschreitung des Angemessenen sei zunehmend nicht die Folge einer bewussten Überschreitung der Zulässigkeitsgrenzen, sondern Ausdruck einer Überforderung des an sich redlichen Verwenders angesichts einer immer ausdifferenzierteren Inhaltskontrolle durch die Gerichte. Auch wenn dies der Fall sein sollte, begründete es keine besondere Schutzwürdigkeit – zumindest dort, wo dispositives und typischerweise die Interessen angemessen zum Ausgleich bringendes Recht zur Verfügung steht, beruht das Risiko des Verwenders auf seiner Grundentscheidung, hiervon abzuweichen, seine „Redlichkeit“ beschränkt sich also darauf nicht erkennen zu können, in welchem Umfang diese Abweichung zulässig ist. Ohnehin erscheint die Berücksichtigung subjektiver Umstände bei der Rechtsfolgenbestimmung problematisch: Gerichtliche Entscheidungen wären kaum vorhersehbar und damit die Rechtssicherheit in hohem Maße beeinträchtigt, wenn der Umfang der Validierung einer überschießenden Klausel von der inneren Einstellung des Verwenders abhinge.<sup>98</sup> Gegen die Zulässigkeit einer geltungserhaltenden Reduktion spricht vor allem, dass hierdurch nicht nur der in § 306 Abs. 1 BGB angeordnete Wegfall einer unwirksamen Bestimmung missachtet, sondern auch die gesetzliche Rechtsfolgenanordnung des § 306 Abs. 2 BGB beiseite gedrängt würde. Da bei der geltungserhaltenden Reduktion einer überschießenden Klausel von vornherein keine Vertragslücke entstünde, ließe § 306 Abs. 2 BGB weitgehend leer.<sup>99</sup> Dies gilt nicht nur, wo geschriebenes Sachrecht für den von der Klausel erfassten Sachverhalt vorhanden ist, sondern auch dort, wo in Ermangelung geschriebenen Sachrechts nach § 306 Abs. 2 BGB eine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht käme. Ohnehin ist das Argument, die ergänzende Vertragsauslegung führe in vielen Fällen zum selben Ergebnis wie eine geltungserhaltende Reduktion, in dieser Allgemeinheit nicht richtig: Das mag der Fall sein, sofern eine ergänzende Vertragsauslegung tatsächlich vorzunehmen ist. Dies ist aber die Ausnahme. Für eine ergänzende Vertragsauslegung genügt nämlich das Fehlen geschriebenen Sachrechts allein nicht. Weitere Voraussetzung ist, dass der ersatzlose Wegfall der unwirksamen Klausel keine angemessene Lösung bietet, sondern das Vertragsgefüge völlig einseitig zugunsten des Vertragspartners des Verwenders verschiebt. Bei Fehlen geschriebenen Sachrechts ist also der ersatzlose Fortfall der missbilligten Klausel der Regelfall, die Vertragsergänzung die Ausnahme. Bei Anerkennung einer geltungserhaltenden Reduktion kann es demgegenüber streng genommen keinen ersatzlosen Wegfall einer Klausel geben. Geltungserhaltende Reduktion und ergänzende Auslegung haben daher nicht denselben Anwendungsbereich. Insgesamt betont der methodische Ansatz der herrschenden Meinung, wonach eine überschießende Klausel insgesamt unwirksam ist, subsidiär das geschriebene Sachrecht gilt, bei dessen Fehlen die Klausel grundsätzlich ersatzlos wegfällt und nur ausnahmsweise eine Vertragsergänzung erfolgt, den durch § 306 Abs. 2 BGB vorgegebenen Ausnahmeharakter eines rechtsgestaltenden richterlichen Eingriffs in den Vertrag.<sup>100</sup>

## b) Geltungserhaltende Reduktion bei Arbeitsverträgen

Die **frühere Rechtsprechung des BAG** erkannte ein Verbot der geltungserhaltenden Reduktion im Arbeitsrecht nicht an. Vielmehr führte das BAG in ständiger Rechtsprechung zur Frage der zulässigen Bindungsfrist von Rückzahlungsverpflichtungen eine überlange und deshalb unzulässige Dauer der Bindungsfrist auf die gerade noch

18

<sup>98</sup> *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 595.

<sup>99</sup> *Harry Schmidt*, Vertragsfolgen der Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1986, S. 145; *Clemenz/Kreft/Krause/Schlewing* § 306 Rn. 73.

<sup>100</sup> *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 596.

der Billigkeit entsprechende Dauer zurück.<sup>101</sup> Auch bei Ausschlussfristen hielt das BAG eine geltungserhaltende Reduktion für möglich.<sup>102</sup> Diese Praxis ließ sich nach der Einbeziehung der Arbeitsverträge in die AGB-Kontrolle nicht mehr aufrechterhalten; Besonderheiten des Arbeitsrechts im Sinne des § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB rechtfertigten dies nicht.<sup>103</sup> Konsequenz wendet das BAG daher das **Verbot der geltungserhaltenden Reduktion** nunmehr auf Arbeitsverträge an und lehnte etwa eine Rückführung überschießender und damit unwirksamer Vertragsstrafenabreden,<sup>104</sup> Ausschlussfristen,<sup>105</sup> Rückzahlungsklauseln,<sup>106</sup> Stichtagsklauseln für Sonderzahlungen,<sup>107</sup> Widerrufsklauseln<sup>108</sup> sowie Änderungsklauseln<sup>109</sup> ab. Auch ein umfassender Änderungsvorbehalt in der Form einer dynamischen Bezugnahme auf ein einseitig vom Arbeitgeber gestelltes und abänderbares Regelwerk (Arbeits- und Sozialordnung) ist insgesamt unwirksam; eine solche Klausel ist nicht hinsichtlich einzelner in Bezug genommener Regelungen auf ein zulässiges Maß zurückzuführen.<sup>110</sup> Eine geltungserhaltende Reduktion wurde im Einzelfall für zulässig gehalten, wenn Rechtsvorschriften eine Aufrechterhaltung unwirksamer Vereinbarungen zulassen, bspw. § 74a Abs. 1 HGB.<sup>111</sup> § 343 BGB, der die Herabsetzung einer unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe ermöglicht, gehört hierzu nicht. Die Kontrolle der formulärmäßigen Vereinbarungen einer Vertragsstrafe erfolgt allein anhand der §§ 305 ff. BGB. Ist die Klausel danach unwirksam, entfällt sie insgesamt, nicht nur hinsichtlich des überschießenden Teils. Eine Reduktion durch Herabsetzung nach § 343 BGB kann nur im Falle einer verwirkten Vertragsstrafe erfolgen, was denotwendig die Wirksamkeit des Strafversprechens voraussetzt.<sup>112</sup> Das entspricht auch der Rechtsprechung des EuGH zur Klausel-RL.<sup>113</sup>

**18a** Im Schrifttum wird eine geltungserhaltende Reduktion aus Gründen des Vertrauensschutzes ausnahmsweise für **Altverträge** erwogen, bei denen der Arbeitsvertrag vor Inkrafttreten des SchRModG abgeschlossen und im Vertrauen auf die damalige Gesetzeslage und die nicht den Bindungen des AGB-Rechts unterworfenen Rechtsprechung formuliert worden war.<sup>114</sup> Mit vergleichbarem Ergebnis ist auch vorgeschlagen

<sup>101</sup> BAG 11.4.1984 – 5 AZR 430/82, NZA 1984, 288 (289); 16.3.1994 – 5 AZR 339/92, NZA 1994, 937.

<sup>102</sup> BAG 4.12.1997 – 2 AZR 809/96, NZA 1998, 431 (432).

<sup>103</sup> BAG 25.5.2005 – 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111; eingehend *Ohlendorf/Salamon RdA* 2006, 281 (283); *Preis NZA-Sonderbeil.* Heft 3/2006, 115 (122); *Preis/Roloff ZfA* 2007, 43 (78); aA *MüKoBGB/Basedow* § 310 Rn. 92; *Zöllner NZA-Sonderbeil.* Heft 3/2006, 99 (106f.); einschränkend *Bayreuther NZA* 2004, 953ff.; *Hromadka NJW* 2002, 2523 (2529).

<sup>104</sup> BAG 18.12.2008 – 8 AZR 81/08, NZA-RR 2009, 519 (525); 25.9.2008 – 8 AZR 717/07, NZA 2009, 370 (377); 14.8.2007 – 8 AZR 973/06, NZA 2008, 170 (172); 4.3.2004 – 8 AZR 196/03, NZA 2004, 727ff.; zum Verhältnis von § 307 BGB und § 343 BGB vgl. *Wensing/Niemann NJW* 2007, 401ff.

<sup>105</sup> BAG 12.3.2008 – 10 AZR 152/07, NZA 2008, 699 (701); 25.5.2005 – 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111ff.; 28.9.2005 – 5 AZR 52/05, NZA 2006, 149ff.

<sup>106</sup> BAG 28.5.2013 – 3 AZR 103/12, BeckRS 2013, 71140; 21.8.2012 – 3 AZR 698/10, NZA 2012, 1428 (1430f.); 13.12.2011 – 3 AZR 791/09, NZA 2012, 738 (740f.); 14.1.2009 – 3 AZR 900/07, NZA 2009, 666 (668f.); 11.4.2006 – 9 AZR 610/05, NZA 2006, 1042ff.; vgl. auch BGH 17.9.2009 – III ZR 207/08, NJW 2010, 57ff.

<sup>107</sup> BAG 24.10.2007 – 10 AZR 825/06, NZA 2008, 40 (44).

<sup>108</sup> BAG 19.12.2006 – 9 AZR 294/06, NZA 2007, 809ff.

<sup>109</sup> BAG 9.5.2006 – 9 AZR 424/05, NZA 2007, 145ff.

<sup>110</sup> BAG 11.2.2009 – 10 AZR 222/08, NZA 2009, 428 (431); dazu *Gaul/Ludwig BB* 2010, 55ff.

<sup>111</sup> LAG Hamm 14.4.2003 – 7 Sa 1881/02, NZA-RR 2003, 513 (515); *ErK/Preis BGB* §§ 305–310 Rn. 104; *Preis/Stoffels, Arbeitsvertrag*, II W 10 Rn. 32; s. hierzu *Diller NZA* 2005, 250ff.; *Koch RdA* 2006, 28ff.; *Preis/Roloff ZfA* 2007, 43 (80f.).

<sup>112</sup> Vgl. BAG 4.3.2004 – 8 AZR 196/03, AP BGB § 309 Nr. 3; ausführlich *Clemenz/Kreft/Krause/Krause Vor* § 307 Rn. 23; *Wensing/Niemann NJW* 2007, 401ff.

<sup>113</sup> EuGH 30.5.2013 – C-488/11, EuZW 2013, 596 – Asbeek Brusse, Rn. 54ff.

<sup>114</sup> *Stoffels, AGB-Recht*, Rn. 606; *ders. NZA* 2005, 726ff.; *Preis NZA-Sonderbeil.* Heft 16/2003, 19 (28f.); *Singer RdA* 2003, 194 (203f.); *Hanau/Hromadka NZA* 2005, 73 (78); so auch noch hier in der Voraufage Rn. 18a.

worden, die frühere Übergangsregelung des § 28 Abs. 2 AGBG entsprechend anzuwenden und Altverträge danach auf der Grundlage der früheren Rechtsprechung zu überprüfen.<sup>115</sup> Das BAG sieht allerdings auch in derartigen Problemfällen von einer geltungserhaltenden Reduktion ab und füllt die entstehenden Lücken ggf. im Wege ergänzender Vertragsauslegung.<sup>116</sup>

### c) Geltungserhaltende Auslegung bei Arbeitsverträgen

Oft lässt sich das Ergebnis einer geltungserhaltenden Reduktion methodisch auch durch Auslegung erreichen, wenn nämlich eine Klausel durch Vertragsauslegung auf ein zulässiges Maß reduziert und erst mit diesem Inhalt der Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB unterzogen wird. Eine **geltungserhaltende Auslegung** ist grundsätzlich **unzulässig**, um das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion und die Sanktion des § 306 Abs. 2 BGB nicht leer laufen zu lassen.<sup>117</sup> Sie soll ausnahmsweise dann möglich sein, wenn eine generell gefasste Klausel ihrem Wortlaut nach auch völlig außergewöhnliche Sachverhalte erfasst, deren formularmäßige Regelung unwirksam wäre.<sup>118</sup> Diese Ausnahme lässt sich vor allem deshalb rechtfertigen, weil anderenfalls der Klauselverwender jede noch so ungewöhnliche Eventualität berücksichtigen müsste, was letztlich zur Intransparenz jeder Klausel führte.<sup>119</sup> Bei der Beurteilung, ob der nach dem weiten Wortlaut einer Klausel umfasste Sachverhalt tatsächlich untypisch ist, ist aber äußerste Zurückhaltung geboten. Dies wird bei der Beurteilung **undifferenzierter Ausschlussklauseln** durch das BAG nicht beachtet. Die Wirksamkeit von Ausschlussklauseln, die unterschiedslos alle „Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis“ erfassen, ist unabhängig von der gewählten Frist zu bezweifeln. **Zum einen** erfassen solche Klauseln ihrem Wortlaut nach Ansprüche aus vorsätzlichen Vertragsverletzungen (§ 202 Abs. 1 BGB) sowie die in § 309 Nr. 7 BGB genannten Ansprüche und sind daher – mangels Teilbarkeit insgesamt – unwirksam.<sup>120</sup> Das BAG hingegen hält § 309 Nr. 7 BGB für nicht einschlägig; es legt derartige Klauseln geltungserhaltend dahin aus, dass sie Ansprüche aus Vorsatzhaftung und die in § 309 Nr. 7 BGB aufgeführten Ansprüche gegen den Arbeitgeber nicht erfassen.<sup>121</sup> Zwar könne ein Arbeitgeber seine eigene Haftung für Vorsatz nicht ausschließen, was sich schon aus § 276 Abs. 3 BGB ergebe. Über den Gesetzeswortlaut hinaus verbiete § 202 Abs. 1 BGB auch nicht nur Vereinbarungen zur Verjährung von Ansprüchen wegen Vorsatzhaftung, sondern auch Ausschlussfristen, die sich auf eine Vorsatzhaftung des Schädigers beziehen. Hinzu komme, dass § 104 Abs. 1 SGB VII die Haftung des Arbeitgebers bei Arbeitsunfällen und Berufsunfähigkeit auf Vorsatz beschränke, sie aber auch genau in diesen Fällen gerade nicht ausschließe. Jedoch habe ein Arbeitgeber grundsätzlich kein Interesse daran, einen gesetzwidrigen Haftungsausschluss für vorsätzlich verursachte Personenschäden zu vereinbaren, der in jedem Falle wegen § 134 BGB nichtig und bei Formulararbeitsverträgen zudem nach § 309 Nr. 7 Buchst. a BGB ohne Wertungsmöglichkeit unwirksam wäre. Bei der Vereinbarung einer Ausschlussfrist dächten die Parteien eines Arbeitsver-

18b

<sup>115</sup> Preis/Roloff ZfA 2007, 43 (79f.).

<sup>116</sup> BAG 20. 4. 2011 – 5 AZR 191/10, NZA 2011, 796 (797); 11. 10. 2006 – 5 AZR 721/05, NZA 2007, 87 (90); 12. 1. 2005 – 5 AZR 364/04, NZA 2005, 465 (468); vgl. auch BAG 10. 12. 2008 – 10 AZR 1/08, NZA-RR 2009, 576 (578); eine ergänzende Vertragsauslegung wurde mangels Vorliegen der Voraussetzungen abgelehnt durch BAG 11. 2. 2009 – 10 AZR 222/08, NZA 2009, 428 (431ff.); 11. 4. 2006 – 9 AZR 610/05, NZA 2006, 1042 (1046); 25. 5. 2005 – 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111 (1114); dazu → Rn. 24a.

<sup>117</sup> Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Lindacher/Hau § 305 c Rn. 119.

<sup>118</sup> Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Lindacher/Hau § 305 c Rn. 120 mwN.

<sup>119</sup> Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Lindacher/Hau § 305 c Rn. 120.

<sup>120</sup> Preis/Preis, Arbeitsvertrag, II A 150 Rn. 18; ErfK/Preis BGB § 310 Rn. 103; Matthiessen NZA 2007, 361 (366f.); Lakies, Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen, Rn. 599.

<sup>121</sup> BAG 20. 6. 2013 – 8 AZR 280/12, NZA 2013, 1265f.; 25. 5. 2005 – 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111 (1112f.); zustimmend Clemenz/Kreft/Krause/Schlewing § 306 Rn. 76; dies. NZA-Beil. 2/2012, 33 (35ff.).

trags vor allem an laufende Entgeltansprüche, also an Ansprüche des Arbeitnehmers, gegebenenfalls an Ansprüche des Arbeitgebers auf Rückzahlung überzahlten Arbeitsentgelts, nicht aber an vertragliche oder deliktische Ansprüche wegen Personenschäden. Aus diesen Gründen sei eine vereinbarte Ausschlussfrist bei Fehlen anderer Anhaltspunkte dahin auszulegen, dass sie nur die von den Parteien für regelungsbedürftig gehaltenen Fälle erfassen solle.<sup>122</sup> Allerdings betreffen die genannten Ansprüche keine völlig ungewöhnlichen Sachverhalte, die eine derartige geltungserhaltende Auslegung rechtfertigten. Die Auslegung des BAG führt zudem zu einem Transparenzproblem: Die vom BAG durch Auslegung gewonnene Beschränkung ist dem Wortlaut einer undifferenzierten Ausschlussklausel nicht zu entnehmen, insoweit wäre sie nicht klar – zudem verstieße sie auch gegen das Verschleierungsverbot, weil nämlich die Gefahr besteht, dass ein Arbeitnehmer allein aufgrund des zu weiten Wortlauts der Klausel von der Durchsetzung etwaiger, nach der Auslegung des BAG von der Ausschlussfrist nicht erfasster Ansprüche absieht. Ohnehin ist für eine geltungserhaltende Auslegung methodisch kein Raum, da die problematischen Klauseln eindeutig (zu weit gefasst) sind. Zu Recht hielt daher der BGH eine Ausschlussklausel und eine Verjährungsverkürzung für insgesamt unwirksam, weil diese keine § 309 Nr. 7 BGB entsprechenden Ausnahmen vorsah.<sup>123</sup> Der BGH lehnte sowohl eine Teilung der Klausel als auch eine geltungserhaltende Auslegung mit der zutreffenden Begründung ab, dies liefe auf eine verbotene geltungserhaltende Reduktion hinaus. **Zum anderen** erfassen undifferenzierte Ausschlussklauseln ihrem Wortlaut nach auch Ansprüche, die vom Ausgang eines etwaigen Bestandsschutzprozesses (Kündigungsschutz- oder Befristungskontrollklage) abhängen, insbesondere Annahmeverzugsansprüche des Arbeitnehmers. Aus guten Gründen hielt das BAG die Bestimmung in einer Betriebsvereinbarung, nach der alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis innerhalb von drei Monaten nach ihrer Ablehnung gerichtlich geltend zu machen sind, für unangemessen, unverhältnismäßig und damit unwirksam, soweit die Regelung auch die Geltendmachung von Annahmeverzugsansprüchen des Arbeitnehmers erfasse, die vom Ausgang des Kündigungsrechtsstreits abhängen.<sup>124</sup> Es ist konsequent, dieses Ergebnis im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB auf eine einzelvertragliche zweistufige Ausschlussfrist zu übertragen. Eine zweistufige Ausschlussfrist, die sich unterschiedslos auf „Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis“ bezieht und dabei Annahmeverzugsansprüche einschließt, ist daher hinsichtlich der zweiten Stufe unwirksam.<sup>125</sup> Die Unwirksamkeit ist auch nicht auf die Annahmeverzugsansprüche zu beschränken, weil die Klausel insoweit nicht teilbar ist und eine solche Einschränkung eine geltungserhaltende Reduktion wäre. Das BAG hat allerdings die Frage, ob zweistufige Ausschlussfristen zu einer unangemessenen Benachteiligung des Arbeitnehmers führen, wenn sie diesem die Pflicht auferlegen, Annahmeverzugsansprüche vor dem rechtskräftigen Abschluss eines Bestandsschutzrechtsstreits gerichtlich geltend zu machen, ausdrücklich offen gelassen.<sup>126</sup> Stattdessen legte das BAG eine generelle Ausschlussklausel dahin aus, dass diese zur Wahrung etwaiger Annahmeverzugsansprüche bereits die Erhebung der Kündigungsschutzklage ausreichen lasse; wolle der Arbeitgeber anderes, müsse er dies klar und deutlich formulieren.<sup>127</sup> So verstanden

<sup>122</sup> BAG 20.6.2013 – 8 AZR 280/12, NZA 2013, 1265 (1267).

<sup>123</sup> BGH 15.11.2006 – VIII ZR 3/06, NJW 2007, 674 (675); so auch *Lakies*, Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen, Rn. 601; kritisch *Schlewing* NZA-Beil. 2/2012, 33 (35).

<sup>124</sup> BAG 12.12.2006 – 1 AZR 96/06, NZA 2007, 453 (456f.).

<sup>125</sup> *Matthiessen* NZA 2008, 1165 (1167f.).

<sup>126</sup> BAG 19.3.2008 – 5 AZR 429/07, NZA 2008, 757 (760).

<sup>127</sup> BAG 19.5.2010 – 5 AZR 253/09, NZA 2010, 939 (941f.); 19.3.2008 – 5 AZR 429/07, NZA 2008, 757 (759f.); dazu *Matthiessen* NZA 2008, 1165ff. Dies entspricht nunmehr auch der durch das BVerfG 1.12.2010 – 1 BvR 1682/07, NZA 2011, 354ff. veranlassten geänderten Rechtsprechung des BAG zu tariflichen Ausschlussfristen: Nach BAG 19.9.2012 – 5 AZR 627/11, NZA 2013, 101 (102) sind auch tarifvertragliche Ausschlussfristen, die eine rechtzeitige gerichtliche Geltendmachung vorsehen, verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass die vom Erfolg einer Bestandsschutzstreitigkeit abhängigen Ansprüche bereits mit der Klage in der Bestandsschutzstreitigkeit gerichtlich

stellt sich die Frage nach der Unwirksamkeit der Einbeziehung von Ansprüchen, die vom Ausgang des Kündigungsrechtsstreits abhängen, erst dann, wenn die Klausel solche Ansprüche ausdrücklich umfasst. Dass eine solche Klausel den Arbeitnehmer unangemessen benachteiligt, sollte nach der Entscheidung des BVerfG<sup>128</sup> zu tariflichen Ausschlussklauseln nicht mehr zweifelhaft sein.<sup>129</sup> Diese einschränkende Deutung vorformulierter undifferenzierter zweistufiger Ausschlussklauseln missachtet aber entgegen § 305 c Abs. 2 BGB das Gebot der arbeitnehmerfreundlichsten Auslegung; die Auslegung des BAG ist nur scheinbar arbeitnehmerfreundlich, da sie zur Aufrechterhaltung der Klausel führt.<sup>130</sup> Die vom BAG vorgenommene geltungserhaltende Auslegung ist nicht gerechtfertigt, weil die Geltendmachung von Ansprüchen, die vom Ausgang eines Kündigungsprozesses abhängen, nicht besonders ungewöhnlich ist.

### III. Lückenausfüllung (Abs. 2)

#### 1. Dispositives Recht als Ersatzordnung

Ist der Vertrag wegen der Nichteinbeziehung oder der Unwirksamkeit von AGB nur noch teilweise wirksam, stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls wie die entstandenen Lücken ausgefüllt werden können. Grundsätzlich greift bei Unvollständigkeit eines Vertrags ohnehin dispositives Recht ein. Dieser allgemeine Gedanke wird durch Abs. 2 für den Fall der Teilunwirksamkeit des Vertrags infolge Verstoßes gegen AGB-Recht ausgesprochen. Insofern hat die Vorschrift nur **klarstellende Bedeutung**.<sup>131</sup> 19

Ob die Lücke, die durch den Wegfall einer AGB-Regel entstanden ist, nach dispositivem Recht geschlossen werden kann, hängt vom **dispositiven Recht** selbst ab. Die Ausfüllung der Lücke ist nicht immer möglich, weil unter Umständen die wegfällende AGB-Regel nicht durch eine andere, dem dispositiven Recht entsprechende Regel ersetzt werden kann.<sup>132</sup> Gerade im Arbeitsrecht fehlen häufig Rechtsvorschriften, die an die Stelle der unwirksamen AGB-Bestimmungen treten könnten. In diesen Fällen entfällt die unwirksame Klausel ersatzlos.<sup>133</sup> 20

Zu den Vorschriften des dispositiven Rechts, nach denen die Ausfüllung entstandener Lücken vorzunehmen ist, zählen nach herrschender Meinung auch **Generalklauseln** und **methodische Vorschriften** zur Ausfüllung von Vertragslücken. Insbesondere sind hierzu auch die Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung zu rechnen.<sup>134</sup> Ferner gehören zum dispositiven Recht auch die durch die Rechtsprechung vorgenommene **Rechtsfortbildung** und die gesetzlichen Auslegungsregeln.<sup>135</sup> Ein unangemessener und deshalb unwirksamer Haftungsausschluss wird daher ersetzt 21

---

geltend gemacht sind; s. dazu *Husemann* BB 2013, 2615 ff.; v. *Medem* NZA 2013, 345 ff.; anders noch BAG 26.4.2006 – 5 AZR 403/05, NZA 2006, 845 (846).

<sup>128</sup> BVerfG 1.12.2010 – 1 BvR 1682/07, NZA 2011, 354 ff.

<sup>129</sup> So auch Clemenz/Kreft/Krause/*Klumpp* § 307 Rn. 123.

<sup>130</sup> Zum Gebot der kundenfeindlichsten Auslegung im Individualprozess vgl. BGH 29.4.2008 – KZR 2/07, NJW 2008, 2172 (2173), BAG 18.3.2008 – 9 AZR 186/07, NZA 2008, 1004 (1007) sowie → § 305 c Rn. 35.

<sup>131</sup> Ulmer/Brandner/Hensen/*H. Schmidt* § 306 Rn. 24.

<sup>132</sup> BGH 11.10.1984 – VII ZR 248/83, NJW 1985, 852; 12.10.1995 – I ZR 172/93, NJW 1996, 1407 (1408); Ulmer/Brandner/Hensen/*H. Schmidt* § 306 Rn. 25.

<sup>133</sup> Palandt/*Grüneberg* § 306 Rn. 6; Bamberger/Roth/*Hub. Schmidt* § 306 Rn. 9.

<sup>134</sup> BGH 1.2.1984 – VIII ZR 54/83, BGHZ 90, 69; 30.10.1984 – VIII ARZ 1/84, BGHZ 92, 363; Staudinger/*Schlosser* § 306 Rn. 11 f.; aA Ulmer/Brandner/Hensen/*H. Schmidt* § 306 Rn. 26; Wolf/Lindacher/*Pfeiffer/Lindacher/Hau* § 306 Rn. 15.

<sup>135</sup> BGH 14.5.1996 – XI ZR 257/94, NJW 1996, 2092 (2093); 11.7.1996 – IX ZR 74/95, NJW 1996, 2786 (2788); Staudinger/*Schlosser* § 306 Rn. 11 f.; Ulmer/Brandner/Hensen/*H. Schmidt* § 306 Rn. 27; Palandt/*Grüneberg* § 306 Rn. 6.

durch die Regelung des § 276 BGB.<sup>136</sup> Bei Unwirksamkeit der einem Festpreis beigegebenen Preiserhöhungsklausel ist der Festpreis maßgeblich.<sup>137</sup> Ist in einem Arbeitsvertrag eine Ausschlussklausel wegen zu kurzer Ausschlussfrist gemäß § 307 Abs. 1, 2 BGB unwirksam,<sup>138</sup> gilt das Verjährungsrecht.<sup>139</sup> Das BAG hat bei Unwirksamkeit einer Arbeitszeitabrede den geschuldeten Beschäftigungsumfang unter Rückgriff auf das Tarifrecht bestimmt.<sup>140</sup> Zu den gesetzlichen Vorschriften im Sinne des § 306 Abs. 2 BGB sollen im Hinblick auf die Besonderheiten des Arbeitsrechts (§ 310 Abs. 4 Satz 2 BGB) auch tarifvertragliche Normen gehören.<sup>141</sup>

## 2. Ergänzende Vertragsauslegung

- 22 Grundsätzlich ist eine Lückenfüllung im Wege der **ergänzenden Vertragsauslegung** gemäß §§ 133, 157 BGB vorzunehmen, wenn eine durch Unwirksamkeit einer AGB-Klausel entstandene Lücke nicht durch dispositive Vorschriften geschlossen werden kann und die ersatzlose Streichung der Klausel unbillig wäre, weil sie die Ausgewogenheit der beiderseitigen vertraglichen Leistungen verändern und zu einer mit der Zielsetzung des AGB-Rechts nicht zu vereinbarenden Benachteiligung des Klauselverwenders führen würde; an die Stelle der Klausel tritt dann gem. § 306 Abs. 2 BGB eine Gestaltung, welche die Parteien bei sachgerechter Abwägung der beiderseitigen Interessen gewählt hätten, wenn ihnen die Unwirksamkeit der Klausel bekannt gewesen wäre.<sup>142</sup> Das Rechtsinstitut der ergänzenden Vertragsauslegung als Methode zur Füllung von Vertragslücken, die durch die Nichtgeltung von AGB-Klauseln entstanden sind, wurde bereits durch den Gesetzgeber als selbstverständlich vorausgesetzt. Noch in § 5 Abs. 2 des RegE war bei fehlendem dispositiven Recht eine sachgerechte Regelung nach der „Natur des Vertrags“ aufzustellen, die an die Stelle der unwirksamen AGB treten sollte.<sup>143</sup> Dieser Zusatz wurde auf Anregung des Rechtsausschusses mit der Begründung gestrichen, es reiche aus, dass an die Stelle der unwirksamen Bestimmungen die gesetzlichen Vorschriften treten, weil in Ermangelung solcher bereits die §§ 157, 133 BGB eine ergänzende Vertragsauslegung ermöglichen.<sup>144</sup> Dies dürfte so zu verstehen sein, dass die besondere Regelung der ergänzenden Vertragsauslegung deshalb für überflüssig gehalten wurde, weil sie sich aus den §§ 133, 157 BGB als „gesetzliche Vorschriften“ ohnehin ergäbe.<sup>145</sup> Die Möglichkeit einer solchen ergänzenden Vertragsauslegung ist in der Rechtsprechung des **BGH**<sup>146</sup> und des **BAG**<sup>147</sup> grundsätzlich anerkannt und

<sup>136</sup> BGH 24.9.1985 – VI ZR 4/84, BGHZ 96, 18 (26); Staudinger/*Schlosser* § 306 Rn. 11.

<sup>137</sup> BGH 20.5.1985 – VII ZR 198/84, BGHZ 94, 335 (342).

<sup>138</sup> → § 310 Rn. 93ff.

<sup>139</sup> BAG 25.5.2005 – 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111 (1115).

<sup>140</sup> BAG 21.6.2011 – 9 AZR 238/10, AP BGB § 307 Nr. 54; dazu kritisch *Preis R dA* 2012, 101 (107).

<sup>141</sup> So ausdrücklich LAG Nds 23.5.2007 – 17 Sa 746/06, BeckRS 2008, 53438; zu Recht kritisch *Preis R dA* 2012, 101 (107).

<sup>142</sup> BGH 28.10.2009 – VIII ZR 320/07, NJW 2010, 993 (997); 26.10.2005 – VIII ZR 48/05, NJW 2006, 996 (999); 1.2.1984 – VIII ZR 54/83, BGHZ 90, 69 (75ff.); 24.9.1985 – VI ZR 4/84, BGHZ 96, 18; 7.3.1989 – KZR 15/87, BGHZ 107, 273 (276); 4.11.1992 – VIII ZR 235/91, BGHZ 120, 108; 13.11.1997 – IX ZR 289/96, BGHZ 137, 153 (157); Staudinger/*Schlosser* § 306 Rn. 12; Palandt/*Grüneberg* § 306 Rn. 7; Ulmer/Brandner/Hensen/*H. Schmidt* § 306 Rn. 33ff. mwN zu abweichenden Ansichten.

<sup>143</sup> BT-Drs. 7/3919, 4 (21).

<sup>144</sup> BT-Drs. 7/5422, 5.

<sup>145</sup> Anders Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Lindacher/Hau § 306 Rn. 15 mwN; *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 613 mwN; *Canaris ZIP* 1996, 1109 (1116).

<sup>146</sup> BGH 28.10.2009 – VIII ZR 320/07, NJW 2010, 993 (997); 26.10.2005 – VIII ZR 48/05, NJW 2006, 996 (999); 4.10.1995 – XI ZR 215/94, NJW 1996, 191 (193); 1.2.1984 – VIII ZR 54/83, NJW 1984, 1177 (1178).

<sup>147</sup> BAG 15.9.2009 – 3 AZR 17/09, NZA 2010, 164 (170); 14.1.2009 – 3 AZR 900/07, NZA