

ALESSIA DEDUAL

Geltungserhaltende Reduktion

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

381

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

381

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann



Alessia Dedual

Geltungserhaltende Reduktion

Richterliche Ersatzregelbildung
im schweizerischen Vertragsrecht

Mohr Siebeck

Alessia Dedual, geboren 1987; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Zürich; Doktoratsstudium an der Universität Zürich und der Humboldt-Universität zu Berlin; Assistentin am Lehrstuhl für Rechtsgeschichte, Kirchenrecht, Rechtstheorie und Privatrecht an der Universität Zürich; Forschungsaufenthalte an der Humboldt-Universität zu Berlin und am Max Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern, Bonn; Assistentin am Lehrstuhl für Römisches Recht, Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Zürich.

e-ISBN PDF 978-3-16-155276-2

ISBN 978-3-16-155275-5

ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Diese Arbeit ist im Frühjahrssemester 2017 als Dissertation von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich angenommen worden. Für die Drucklegung wurde sie leicht überarbeitet; Rechtsprechung und Literatur konnten bis Mai 2017 berücksichtigt werden.

Das Manuskript habe ich hauptsächlich während meiner Anstellung am Lehrstuhl für Rechtsgeschichte, Kirchenrecht, Rechtstheorie und Privatrecht (*Prof. Dr. Andreas Thier M.A.*) an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich verfasst. Betreut wurde ich hierbei von *Prof. Dr. Ulrike Babusiaux* und *Prof. Dr. Andreas Thier M.A.* Ihnen beiden gebührt mein größter Dank, denn ohne ihre Unterstützung hätte ich dieses Buch nicht schreiben können. Bedanken möchte ich mich nicht nur für die zahlreichen Ideen und Verbesserungsvorschläge, die sie an mich herangetragen haben, sondern ebenso für das Vertrauen in meine Person, das mich sehr bestärkt hat. Ihre ansteckende Begeisterung für die Grundlagen der Rechtswissenschaft hat meine Herangehensweise an die Thematik maßgeblich beeinflusst und mir insbesondere die Reflexion der herkömmlichen Dogmatik aus historischer Perspektive nähergebracht.

Besonderer Dank gilt auch *MLaw Olivia Biehal*, *Dr. Carsten Fischer* und *MLaw Hanno Menges*. Sie sind mir in verschiedenen Phasen der Textentstehung mit kritischen Anmerkungen zum Untersuchungsgegenstand zur Seite gestanden und haben das Manuskript sorgfältig geprüft. Für ihre jederzeitige Ansprechbarkeit, ihren Rat und Zuspruch danke ich ihnen von Herzen.

Finanziell wurde dieses Projekt durch den Forschungskredit der Universität Zürich, Verfügung Nr. FK-14-004, gefördert. Der großzügige Jahresbeitrag hat es mir ermöglicht, mehrmonatige Forschungsaufenthalte in Berlin und Bonn zu absolvieren. An der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin habe ich am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Ökonomik (*Prof. Dr. Gerhard Wagner, LL.M.*) geforscht. Für die herzliche Aufnahme, die Hilfe und den Ansporn bedanke ich mich bei *Prof. Dr. Gerhard Wagner, LL.M.* Er hat mir in zahlreichen Fachgesprächen und durch den Einblick in seine Arbeiten den Zugang zur ökonomischen Analyse des Rechts wesentlich erleichtert und damit meinen Blick aufs Recht grundlegend verändert. Auf Einladung von

Prof. Dr. Christoph Engel konnte ich das Wissen zur Ökonomischen Analyse des Rechts anschließend in Bonn am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern vertiefen, wofür ich mich ebenfalls bedanke. Von der interdisziplinären Diskussionskultur zwischen Juristen, Ökonomen und Psychologen, die hier in enger Zusammenarbeit die verhaltenswissenschaftlichen Aspekte der Ökonomik untersuchen, konnte ich stark profitieren.

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Reinhard Zimmermann danke ich sehr herzlich für seine freundliche Bereitschaft, diese Arbeit in die Schriftenreihe „Studien zum internationalen und ausländischen Privatrecht“ aufzunehmen. Die Drucklegung haben *Daniela Taudt* und *Clara Vogel* vom Verlag Mohr Siebeck und die Mitarbeitenden der Abteilung Redaktionen des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht Hamburg stets geduldig, umsichtig und hilfsbereit betreut. Auch ihnen sei gedankt.

Während meiner Dissertationszeit sind mir darüber hinaus immer wieder Menschen begegnet, die meine gedankliche Arbeit in vielerlei Hinsicht bereichert haben oder mir ganz praktisch zur Seite gestanden sind. Besonderer Dank gebührt (in alphabetischer Reihenfolge): *Marcus Bsaisou*, *Prof. Dr. Franca Contratto*, *Prof. Dr. Stephan Dusil M. A.*, *Prof. Dr. Stefan Geyer*, *Holger Grefrath*, *M. Jur.*, *Tatjana Holter*, *MLaw Klemens Jansen*, *MLaw Elena Koch*, *Dr. Ana Kolarov*, *Peter McColgan*, *BLaw Annine Sawalt* und *Dr. Christian Tannò*, *LL.M.* Sie alle haben Anteil am Erscheinen dieses Buches.

Mein innigster Dank gilt neben meinen Eltern und meinen drei Schwestern, die mich seit jeher in jeglicher Hinsicht unterstützt haben, auch *Daniel Kohler*. Ihre Liebe, ihre humorvolle Art und ihre Zuversicht haben mich beflügelt und über die Zeit getragen. Der Dank, den ich für sie empfinde, lässt sich nicht in Worte fassen.

Schließlich möchte ich meine Großväter, *Lino Albertin* und *Eduard Dedual*, besonders erwähnen. Sie zeigten ein stetes Interesse an meinem Werdegang und unterstützten ihn nach Kräften. Den Abschluss der Dissertation haben beide leider nicht mehr erlebt. Ihrem Andenken ist dieses Buch in tiefer Verbundenheit gewidmet.

Zürich, im Mai 2017

Alessia Dedual

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XVII
A. Einleitung	1
I. Renaissance einer ungeklärten Fragestellung	2
II. Gang der Untersuchung	10
B. Geltungserhaltende Reduktion – ein tauglicher Rechtsbegriff?	15
I. Ausgangslage	15
II. Phänomenologie	16
III. Bedeutungsgehalte: Reduktionsvorgang und Reduktionsmaß	19
IV. Gesetzliche Anknüpfungspunkte	34
V. Funktionsverwandte Rechtsinstrumente	52
VI. Würdigung	97
C. Geltungserhaltende Reduktion – dogmatische Begründungswege eines zeitgeistgebundenen Phänomens?	101
I. Ausgangslage	101
II. Untersuchungsgegenstand	103
III. Die Behandlung von vertraglichem Übermaß in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	104
IV. AGB-spezifische Besonderheiten zur geltungserhaltenden Reduktion	209
V. Würdigung	219

D. Geltungserhaltende Reduktion – Regulierungsmodell auf Rechtsfolgenseite der AGB-Inhaltskontrolle?	221
I. Ausgangslage	221
II. Grundannahmen zum rationaltheoretischen Verhaltensmodell des <i>homo oeconomicus</i>	224
III. Vertragsfreiheit versus Vertragskontrolle im Falle von AGB aus ökonomischer Perspektive	229
IV. Anreizstruktur der verschiedenen Regulierungsmodelle auf Rechtsfolgenseite der Inhaltskontrolle	237
V. Ausnahmen vom grundsätzlichen Verbot geltungserhaltender Reduktion auf das noch Zulässige	252
VI. Rückübersetzung: Folgen für die AGB-Inhaltskontrolle unter besonderer Berücksichtigung von Art. 8 UWG	261
E. Geltungserhaltende Reduktion: Abschied von einem unfassbaren Wesen mit fragwürdiger Wirkung	275
F. Ergebnisse der Untersuchung	277
Literaturverzeichnis	281
Materialienverzeichnis	295
Entscheidregister	297
Stichwortverzeichnis	306

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XVII
A. Einleitung	1
I. Renaissance einer ungeklärten Fragestellung	2
1. Ausgangspunkt: Revision des Art. 8 UWG	2
2. Sprachliche Neuschöpfung für ein altbekanntes Problem	4
3. Begriffsentwicklung in der deutschen AGB-Diskussion	6
II. Gang der Untersuchung	10
1. Vorgehensweise	10
2. Abgrenzung des Untersuchungsgegenstands und Terminologie	12
B. Geltungserhaltende Reduktion – ein tauglicher Rechtsbegriff?	15
I. Ausgangslage	15
II. Phänomenologie	16
1. Einseitig übermäßige Bindung	17
2. Äquivalenzstörungen	18
3. Zwischenergebnis	18
III. Bedeutungsgehalte: Reduktionsvorgang und Reduktionsmaß	19
1. Prozedurale Ebene	19
a) Restriktive Auslegung	19
b) Partielle Teilunwirksamkeit	21
c) Konversion	24
d) Instrument <i>sui generis</i>	25
e) Richterliche Vertragsergänzung	27
f) Zwischenergebnis	28
2. Materiale Ebene	29
a) Variables Reduktionsmaß im Individualvertrag	29
b) Festes Reduktionsmaß für AGB	31
c) Zwischenergebnis	33

IV. Gesetzliche Anknüpfungspunkte	34
1. Einzelne Reduktionsnormen im OR	35
a) Inhaltskorrektur als gemeinsames Merkmal	37
b) Unterschiede	37
2. Regelungstendenzen einer Restgültigkeit	38
a) Art. 20 Abs. 2 OR	38
b) Art. 21 OR	39
c) Verbotsnormen	40
d) Art. 8 UWG?	41
3. Exkurs: Zivilprozessuale Einzelfragen	48
a) Leistungs-, Gestaltungs- oder Feststellungsurteil	48
b) Antragserfordernis oder Feststellung des Übermaßes von Amtes wegen	49
4. Zwischenergebnis	52
V. Funktionsverwandte Rechtsinstrumente	52
1. Modifizierte Teilnichtigkeit	53
a) Ausgangspunkt	53
b) Gesetzlicher Regelfall: schlichte Teilnichtigkeit	54
aa) Voraussetzung: die Teilbarkeit des Vertrags	55
(1) „[E]inzelne Teile des Vertrages“ gemäß Art. 20 Abs. 2 OR	55
(2) „Bestimmung“ im Sinne von § 306 BGB	57
(a) Formeller Ansatz	57
(b) Materieller Ansatz	58
(c) Formelle und materielle Ansatzpunkte in Kombination	58
(3) Klauselteilung als Alternative	59
bb) Grenzen der schlichten Teilnichtigkeit	60
(1) Nichtigkeit vertraglicher Nebenpunkte	61
(2) Nichtigkeit vertraglicher Hauptpunkte	62
(a) Objektiv-wesentliche Vertragspunkte	62
(b) Subjektiv-wesentliche Vertragspunkte	63
(3) Synallagmatische Verträge	64
cc) Zwischenergebnis	64
c) Teilnichtigkeit mit Ersatzregel	65
aa) Formen der Ersatzregelbildung	66
(1) Zwingendes Recht	66
(2) Dispositives Recht	68
(3) Richterliche Ersatzregel	69
(4) Verhältnis der einzelnen Ersatzregeln untereinander	70

bb) Verhältnis zu den Kriterien der schlichten Teilnichtigkeit	71
(1) Die Maßgeblichkeit des hypothetischen Parteiwillens	71
(2) Teilbarkeit des Vertrags	72
(3) Selbständigkeit des Rests	73
cc) Zwischenergebnis	73
d) Zwischenergebnis	74
2. Richterliche Vertragsergänzung	75
a) Ausgangspunkt	75
b) Voraussetzungen	78
aa) Lücke im Vertrag	78
bb) Ergänzungsbedürftigkeit	81
c) Ergänzungsmittel	81
aa) Objektive Ergänzungsmittel	82
bb) Hypothetischer Parteiwille als subjektives Ergänzungsmittel?	83
cc) Zwischenergebnis	86
d) Rangordnung der Ersatzregeln	86
aa) Dispositivnorm vor richterlicher Ersatzregel	87
bb) Primäre Orientierung am hypothetischen Parteiwillen	88
cc) Vermittelnde Positionen	89
dd) Zwischenergebnis	92
e) Grenzen der Vertragsergänzung	93
aa) Objektiv-wesentliche Vertragspunkte	93
bb) Subjektiv-wesentliche Vertragspunkte	94
f) Sonderproblematik AGB	95
3. Zwischenergebnis	96
VI. Würdigung	97
C. Geltungserhaltende Reduktion – dogmatische Begründungswege eines zeitgeistgebundenen Phänomens?	101
I. Ausgangslage	101
II. Untersuchungsgegenstand	103
III. Die Behandlung von vertraglichem Übermaß in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	104
1. Einseitig übermäßige Bindungen als absolutes Übermaß	104
a) Allgemeines vertragsrechtliches Schrankenkonzept	104
b) Gesetzlich nicht fixierte Zulässigkeitschranken	109
aa) Reduktion übermäßiger Konventionalstrafen	111
(1) Ausgangslage	111

(2) Übermaßkriterien	112
(a) Die Rechtslage zu Art. 182 aOR (1881)	112
(b) Die Rechtslage zu Art. 163 Abs. 3 OR	115
(3) Vorgehensweise i. w. S.	120
(a) Reduktionsmaß	120
(b) Rechtsgrundlagen und Reduktionsvorgang	123
(4) Zwischenergebnis	123
bb) Reduktion übermäßiger Mietzinse	124
(1) Ausgangslage	124
(2) Übermaßkriterien	129
(a) Absolute Anpassungskriterien	129
(b) Relative Anpassungskriterien	130
(c) Verhältnis der einzelnen Kriterien untereinander	131
(3) Vorgehensweise i. w. S. (Rechtsgrundlagen, Reduktionsmaß und -vorgang)	131
(4) Zwischenergebnis	132
cc) Reduktion übermäßiger Konkurrenzverbote	132
(1) Ausgangslage	132
(2) Rechtslage gemäß aOR (1881): Gültigkeit oder Nichtigkeit	133
(3) Differenzierte Rechtslage nach Inkrafttreten des OR 1912	140
(a) Dienstvertragliche bzw. arbeitsvertragliche Konkurrenzverbote	140
(i) Übermaßkriterien	140
(ii) Vorgehensweise i. w. S.	143
(a) Reduktionsmaß	143
(b) Rechtsgrundlagen und Reduktionsvorgang	148
(b) Gewerbliche Konkurrenzverbote	150
(i) Übermaßkriterien	150
(ii) Vorgehensweise i. w. S. (Rechtsgrundlagen, Reduktionsmaß und -vorgang)	151
(4) Zwischenergebnis	156
dd) Reduktion übermäßiger Mäklerlöhne unter Berücksichtigung der Ehe- und Partnerschaftsvermittlung	157
(1) Ausgangslage	157
(2) Übermaßkriterien	158
(a) Rechtslage zum aOR (1881)	158
(b) Rechtslage zu (a)Art. 417 OR	159
(3) Vorgehensweise i. w. S. (Rechtsgrundlagen, Reduktionsmaß und -vorgang)	162

(4) Zwischenergebnis	163
ee) Reduktion überlanger Dauerschuldverhältnisse	164
(1) Zeitlich begrenzte Bindungen	164
(2) Bindungen auf unbestimmte Zeit	171
(a) Übermaßkriterien	171
(b) Vorgehensweise i. w. S. (Rechtsgrundlagen, Reduktionsmaß und -vorgang)	174
(i) Bei Fehlen einer Kündigungsregel	174
(ii) Im Falle der Nichtigkeit der vertraglichen Kündigungsregel	176
(iii) Zur Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens im Besonderen	177
(3) Abgrenzungen	178
(4) Zwischenergebnis	178
ff) Reduktionen im Falle des allgemeinen Übermaßverbots nach Art. 27 Abs. 2 ZGB	179
(1) Kasuistik	179
(2) Rechtsfolgen	183
(3) Zwischenergebnis	184
gg) Zusammenfassung	184
(2) Kriterien zur Feststellung des Übermaßes als Anknüpfungspunkt für eine geltungserhaltende Reduktion	186
(3) Vorgehensweise i. w. S. (Rechtsgrundlagen, Reduktionsmaß und -vorgang)	187
(4) Sonderfall AGB?	188
c) Gesetzlich fixierte Zulässigkeitsschranken	189
aa) Reduktion von Darlehenszinsen	189
bb) Reduktion von Freizeichnungsklauseln	192
(1) Haftungsausschluss	192
(2) Gewährleistungsausschluss	195
cc) Zwischenergebnis	197
2. Äquivalenzstörungen als relatives Übermaß	198
a) Reduktion eines offenbaren Missverhältnisses gemäß Art. 21 OR	200
aa) Übermaßkriterien	200
bb) Vorgehensweise i. w. S. (Reduktionsmaß und -vorgang)	202
b) Reduktion im Falle der <i>laesio enormissima</i> im System des Art. 17 aOR (1881) und Art. 20 OR	207
c) Zwischenergebnis	208

IV. AGB-spezifische Besonderheiten zur geltungserhaltenden	
Reduktion	209
1. Ausgangslage	209
2. Rechtsprechungsänderung durch das Urteil des Bundesgerichts BGer 4A_404/2008 vom 18. Dezember 2008?	210
a) Übermaßkriterien	211
b) Vorgehensweise i. w. S. (Rechtsgrundlagen, Reduktionsmaß und -vorgang)	212
aa) Grundsätze	212
bb) Sonderfall AGB	214
3. Die Rechtsfolgenfrage des Art. 8 UWG im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	215
a) Ansichten im Schrifttum	215
b) Missverständnisse in der bisherigen Diskussion	218
V. Würdigung	219
D. Geltungserhaltende Reduktion – Regulierungsmodell auf Rechtsfolgenseite der AGB-Inhaltskontrolle?	221
I. Ausgangslage	221
II. Grundannahmen zum rationaltheoretischen Verhaltensmodell des <i>homo oeconomicus</i>	224
1. Methodologischer Individualismus	225
2. Ressourcenknappheit, Restriktionen und Präferenzen	226
3. Das Wahlverhalten des <i>homo oeconomicus</i>	227
4. Zwischenergebnis	229
III. Vertragsfreiheit versus Vertragskontrolle im Falle von AGB aus ökonomischer Perspektive	229
1. Ausgangspunkt: Konzept des vollständigen Vertrags	229
2. Regulatorische Eingriffe in den Vertragsmechanismus	230
3. AGB-Kontrolle im Besonderen	231
4. Zwischenergebnis	236
IV. Anreizstruktur der verschiedenen Regulierungsmodelle auf Rechtsfolgenseite der Inhaltskontrolle	237
1. Regulierungsmodelle im Falle übermäßiger Vertragsbestimmungen	237
a) Gesamtnutzwirkung	238
b) Regulierungsmodelle zur Vertragserhaltung	241

aa) Reduktion auf ein Maß zum Nachteil der begünstigten Partei	242
bb) Reduktion auf ein angemessenes Maß	242
cc) Reduktion auf das noch zulässige Maß	243
2. Verhalten des <i>homo oeconomicus</i> im Modell	243
a) Risikoallokation unter vollkommener Information	243
b) Risikoallokation unter Informationsasymmetrie und Regulierung	245
aa) Reduktion auf das noch zulässige Maß	246
bb) Reduktion auf ein angemessenes Maß	248
cc) Reduktion auf ein Maß zum Nachteil der begünstigten Partei	249
dd) Gesamtunwirksamkeit	250
3. Zwischenergebnis	251
V. Ausnahmen vom grundsätzlichen Verbot geltungserhaltender Reduktion auf das noch Zulässige	252
1. Grundsatz	252
2. Ausnahmen	254
a) Fehlende Voraussehbarkeit	254
aa) Altrechtliche Verträge: Gesetzes- oder Praxisänderung	255
bb) Gesetzlich nicht fixierte Zulässigkeitssschranken	256
b) Geltungserhaltende Reduktion zugunsten des Kunden	257
aa) Betrachtung <i>ex post</i>	257
bb) Betrachtung <i>ex ante</i> (Art. 2 Abs. 2 ZGB)	257
c) Gutgläubigkeit/Bösgläubigkeit der AGB-Verwenderin	258
3. Zwischenergebnis	261
VI. Rückübersetzung: Folgen für die AGB-Inhaltskontrolle unter besonderer Berücksichtigung von Art. 8 UWG	261
1. Ziele der AGB-Kontrolle	261
2. AGB-Kontrollstufen im schweizerischen Recht	262
a) Geltungskontrolle	262
b) Auslegungskontrolle	265
c) Inhaltskontrolle	267
aa) Allgemeine vertragsrechtliche Inhaltskontrolle	267
bb) Inhaltskontrolle gemäß Art. 8 UWG	268
(1) Rechtslage zum aArt. 8 UWG	268
(2) Rechtslage zum Art. 8 UWG	269
d) Zwischenergebnis	270
3. Zielerreichung mittels der richtigen Rechtsfolgenwahl für Art. 8 UWG?	271

E. Geltungserhaltende Reduktion: Abschied von einem unfassbaren Wesen mit fragwürdiger Wirkung	275
F. Ergebnisse der Untersuchung	277
Literaturverzeichnis	281
Materialienverzeichnis	295
Entscheidregister	297
Stichwortverzeichnis	306

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
a. M.	am Main
aAGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Dezember 1976 (BGBl. I S. 3317), das durch Bekanntmachung vom 29. Juni 2000 (BGBl. I S. 946) neugefasst und durch das Gesetz vom 26. November 2001 (BGBl. I S. 3138) mit Wirkung vom 1. Januar 2002 aufgehoben worden ist
aArt.	aufgehobener Artikel
AB	Amtliches Bulletin
Abs.	Absatz
aBV (1874)	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (aufgehoben)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingung(en)
AJP	Allgemeine Juristische Praxis
Al.	Alinéa (Absatz)
aOR (1881)	Bundesgesetz (sic) über das Obligationenrecht vom 14. März 1881 (aufgehoben)
AS	Amtliche Sammlung des schweizerischen Bundesrechts
Aufl.	Auflage
AVG	Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz) vom 6. Oktober 1989 (SR 823.11)
AZR	Aktenzeichen Recht
B2B	Business-to-Business (Geschäftsbeziehung zwischen Unternehmen)
B2C	Business-to-Consumer (Geschäftsbeziehung zwischen Unternehmen und Privatperson)
BAG	(Deutsches) Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebs-Berater
BBl.	Schweizerisches Bundesblatt
Bd.	Band
bearb.	bearbeitet
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das durch das Gesetz vom 6. Juni 2017 (BGBl. I S. 1495) mit Wirkung vom 10. Juni 2017 geändert worden ist

BGBB	Bundesgesetz über das bürgerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 (SR 211.412.11)
BGBI.	(Deutsches) Bundesgesetzblatt
BGE	Leitentscheid des schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Entscheid des schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof (der Bundesrepublik Deutschland)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar
BR	Baurecht
BR	Bundesrat
BRB	Bundesratsbeschluss
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw./bezw.	beziehungsweise
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CHF	Schweizer Franken
Chi. L. Rev.	The University of Chicago Law Review
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CO	Loi fédérale complétant le Code civil Suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) du 30 mars 1911 (RS 220)
Code Consum.	Loi numéro 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation
Cogn. Psych.	Cognitive Psychology
CSLE	Center for the Study of Law and Economics
d. h.	das heißt
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
D.	Digesten
Diss.	Dissertation
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
E-Art.	Entwurf eines Artikels
EER	European Economic Review
Einl.	Einleitung
et. al.	et alii (und andere)
etc.	et cetera (und so weiter)
FG	Festgabe
FIFA	Fédération Internationale de Football Association
FS	Festschrift
GewO	Gewerbeordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Februar 1999 (BGBl. I S. 202), die durch das Gesetz vom 23. Juni 2017 (BGBl. I S. 1822) mit Wirkung vom 26. Juni 2017 geändert worden ist
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Mai 1949 (BGBl. I S. 1), das durch Gesetz

	vom 23. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2438) mit Wirkung vom 1. Januar 2015 geändert worden ist
Habil.	Habilitation
HAVE	Haftung und Versicherung
HGB	Handelsgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 10. Mai 1897 (RGBl. I S. 217), das durch das Gesetz vom 23. Juni 2017 (BGBl. I S. 1693) mit Wirkung vom 26. Juni 2017 geändert worden ist
HKK	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
HLS	Historisches Lexikon der Schweiz
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
Hs.	Halbsatz
i. Br.	im Breisgau
i. Ü.	im Üechtland
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinn
JA	Juristische Arbeitsblätter
JEL	Journal of Economic Literature
JEP	Journal of Economic Perspectives
JLE	Journal of Law and Economics
JLE&O	Journal of Law, Economics, & Organization
JPE	Journal of Political Economy
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
KKG	Bundesgesetz über den Konsumkredit vom 23. März 2001 (SR 221.214.1)
KuKo	Kurzkommentar
LCD	Loi federal contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (RS 241)
m. E.	meines Erachtens
m. w. H.	mit weiteren Hinweisen
MRA	MietRecht aktuell
MüKo	Münchener Kommentar
N.	Note(n)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NR	Nationalrat
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OFK	Orell Füssli Kommentar
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
PauRG	Bundesgesetz über Pauschalreisen vom 18. Juni 1993 (SR 944.3)
RS	Recueil systématique de droit fédéral
QJE	Quarterly Journal of Economics
recht	Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis
RGBl.	Reichsgesetzblatt des Deutschen Reiches
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft

Rz.	Randziffer(n)
S.	Seite(n)
s.	siehe
SGK	St. Galler Kommentar
SHK	Stämpflis Handkommentar
SJ	La Semaine Judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
sog.	so genannt
SPR	Schweizerisches Privatrecht
SR	Ständerat
SR	Systematische Sammlung des schweizerischen Bundesrechts
ST	Der Schweizer Treuhänder
SVIT	Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
u. a.	unter anderem/anderen
Ulp.	Ulpian
USA	United States of America (Vereinigte Staaten von Amerika)
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241)
vgl.	vergleiche
VKKG	Verordnung zum Konsumkreditgesetz vom 6. November 2002 (SR 221.214.11)
VMWG	Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen vom 9. Mai 1990 (SR 221.213.11)
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz) vom 2. April 1908 (SR 221.229.1)
Wisc. L. Rev.	Wisconsin Law Review
WiStrG	Wirtschaftsstrafgesetz 1954 in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Juni 1975 (BGBl. I S. 1313), das zuletzt durch das Gesetz vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872) mit Wirkung vom 1. Juli 2017 geändert worden ist
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
Yale L. Journ.	The Yale Law Journal
z. B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung) vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

A. Einleitung

Tragender Gedanke des schweizerischen Privatrechts ist die Privatautonomie.¹ Das Privatrecht geht dem Grundsatz nach davon aus, dass die einzelnen Akteure ihre Verhältnisse selbstbestimmt angemessen regeln.² Zwar erwähnt die schweizerische Bundesverfassung die Privatautonomie nicht ausdrücklich als verfassungsmäßiges Recht, doch wird sie durch verschiedene Freiheitsrechte, insbesondere die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV), vorausgesetzt und erhält damit selbst Verfassungsrang.³

Im Schuldrecht findet die Zulässigkeit privatautonomer Rechtsgestaltung ihren Ausdruck in der Vertragsfreiheit. Sie umfasst die Abschlussfreiheit, die Partnerwahlfreiheit, die Inhaltsfreiheit, die Formfreiheit und die Aufhebungsfreiheit.⁴ Als privatautonomer Akt ist die Selbstgestaltung des Rechtsverhältnisses in einem Vertrag nicht nur für die beteiligten Parteien verbindlich, sondern auch vom Gericht zu beachten. Das heißt, das Gericht ist grundsätzlich nicht befugt, in den Vertragsinhalt einzugreifen.⁵ Das subjektive Recht auf selbstbestimmte Verpflichtung und die Möglichkeit, die vertraglich vereinbarten Rechte und Pflichten gerichtlich durchzusetzen, werden in diesem Lichte treffend als „Normsetzungsbefugnis“ der Privaten charakterisiert.⁶

Privatrecht befasst sich der Idee nach also vorwiegend mit der Koordination privater Interessen. Allerdings kommen diesem Rechtsbereich zunehmend andere Funktionen sozialer Gestaltung zu. Es versteht sich von selbst, dass der Gesetzgeber Verträge mit widerrechtlichem oder sittenwidrigem Inhalt nicht anerkennen kann (vgl. Art. 20 OR und Art. 27 ZGB).⁷ Damit die Freiheit des Einen im Rahmen der Vertragsaushandlung nicht zur Unfreiheit des Anderen

¹ SGK-Vallender, Art. 27 BV N. 44.

² Bucher, OR AT, 87; Richter, 12 f.

³ SGK-Vallender, Art. 27 BV N. 45; BSK-Uhlmann, Art. 27 BV N. 10; vgl. auch BGE 113 Ia 126 E. 8c S. 139; 130 I 26 E. 4.3 S. 41; 131 I 333 E. 4. S. 339.

⁴ SGK-Vallender, Art. 27 BV N. 44.

⁵ Vgl. Canaris, Grundrechte und Privatrecht, 24–27; Fastrich, 12 f.

⁶ SGK-Vallender, Art. 27 BV N. 44 m. w. H.

⁷ Bucher, OR AT, 87.

verkommt, wird der eigentlich tragende Gedanke des schweizerischen Privatrechts, die Privatautonomie, daher an entscheidenden Punkten durchbrochen.⁸

Aufgrund des Spannungsverhältnisses zwischen der Privatautonomie und ihren normativen Grenzen werden dem Gericht als rechtsprechender Gewalt im Staat verschiedene Rollen zuteil. Einerseits ist das Gericht der Durchsetzung der Verträge als privatautonom geschaffener Rechtsordnung zwischen den Parteien verpflichtet. Andererseits bedingt dies die verbindliche Festlegung des Vertragsinhalts durch Auslegung und die Prüfung des Auslegungsergebnisses auf seine Vereinbarkeit mit der Rechtsordnung. Wird der Vertragsinhalt von der Rechtsordnung nicht gebilligt, hat das Gericht auf Ebene der Inhaltskontrolle von Gesetzes wegen in den Vertragsinhalt einzugreifen.⁹ Auf Rechtsfolgenseite bieten sich hierfür insbesondere die Nichtigkeit oder die geltungserhaltende Reduktion des missbilligten Vertragsteils an. Wird der Vertragsteil für nichtig befunden, entfällt er ersatzlos (vgl. Art. 20 Abs. 2 OR). Als Gegenkonzept dazu wird im kontinentaleuropäischen Diskurs eine Rückführung auf das zulässige Maß diskutiert, wenn eine eigentlich unwirksame vertragliche Vereinbarung einen legitimen Kern enthält. Im Falle der Bejahung einer geltungserhaltenden Reduktion führt dies dazu, dass die übermäßig bindende Klausel ihre Geltung behält und die Nichtigkeitsfolge mittels geltungserhaltender Reduktion auf den überschießenden Teil begrenzt wird.¹⁰ Dadurch wird der gerichtliche Eingriff in den Vertragsinhalt teilweise zurückgenommen.

Die Frage nach einer geltungserhaltenden Reduktion übermäßiger Vertragsinhalte spiegelt damit das Dilemma des Richters, einerseits der Vertragsfreiheit verpflichtet zu sein und andererseits die zwingenden Grenzen des Gesetzesrechts einhalten zu müssen.¹¹

I. Renaissance einer ungeklärten Fragestellung

1. Ausgangspunkt: Revision des Art. 8 UWG

Die Diskussion um die Zulässigkeit einer geltungserhaltenden Reduktion hat sich in der Schweiz im Zuge der Revision des Art. 8 UWG im Jahr 2012 aktualisiert.¹² Dieser Artikel bestimmt auf Tatbestandsseite, dass „unlauter“ insbe-

⁸ Vgl. zum Ganzen auch *Canaris*, in: AcP 200 (2000), 273 ff.

⁹ Grundlegend: *Fastrich*.

¹⁰ Vgl. *Graf von Westphalen/Thüsing*, Art. „Rechtsfolgen“, in: *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke*, N. 16 m. w. H.

¹¹ Vgl. *Häsemeyer*, in: FS Ulmer, 1097, 1098.

¹² Zur Entstehungsgeschichte s. *Kramer/Probst/Perrig*, N. 292–311, sowie die Einzelnachweise unten S. 41 ff.

sondere derjenige handelt, der „allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen“. Zu den vertraglichen Rechtsfolgen, die ein unlauteres Handeln nach sich zieht, schweigt die Bestimmung. Die damit einhergehende Erwartungsunsicherheit hat in der Schweiz eine Diskussion über die „richtige“ Rechtsfolge entzündet, in deren Rahmen auch über die geltungserhaltende Reduktion debattiert wird.¹³

Vom Bundesgericht wurde diese Frage bislang noch nicht entschieden. Der überwiegende Teil der Lehre geht von der Nichtigkeit der betroffenen Klausel(n) bzw. von der Teilnichtigkeit des Vertrags aus.¹⁴ Die dadurch entstandene Lücke soll sodann anhand von dispositivem Gesetzesrecht bzw. mittels richterlicher Vertragsergänzung gefüllt werden.¹⁵ Diese Rechtsfolge wird der geltungserhaltenden Reduktion gegenübergestellt, gemäß welcher übermäßige Klauseln in begrenztem Umfang anwendbar blieben. Wie zu zeigen sein wird, entpuppt sich im Rahmen dieser Diskussion das der geltungserhaltenden Reduktion zugrunde gelegte Begriffsverständnis als uneinheitlich.¹⁶ Da „geltungserhaltende Reduktion“ kein Gesetzesbegriff ist¹⁷ und dennoch als feststehender Rechtsbe-

¹³ S. dazu sogleich die Hinweise in Kap. A Fn. 14.

¹⁴ S. *Bieri*, in: Jusletter 24. Oktober 2011, Rz. 10; *ders.*, in: *Bohnet*, 47, N. 29 f.; *Bohnet*, in: *Bohnet*, 63, N. 69; *Carron*, in: *Carron/Müller*, 95, N. 160; *Dupont*, in: *Bohnet*, 99, N. 70; *Ehle/Brunschweiler*, in: *RIW* 5/2012, 262, 269; *Eisner-Kiefer*, in: *Brunner/Schnyder/Eisner-Kiefer*, 83, 110; *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger*, OR AT, N. 1155b; *Gobet*, in: *ST* 8/2013, 539, 541; *Jung*, in: *Brunner/Schnyder/Eisner-Kiefer*, 129, 160 f.; *Maissen*, N. 342–345; *Pichonnaz*, in: *BR* 3/2012, 140, 144; *Roberto/Walker*, in: *recht* 2/2014, 49, 61 f.; *Rusch/Bornhauser*, in: *AJP* 10/2012, 1228, 1238; *Schmid*, in: *ZBJV* 1/2012, 1, 16; *Schott*, in: *ST* 2/2012, 78, 80; *Schwenzer*, OR AT, N. 46.09; *Stucki*, in: *Jusletter* 10. März 2014, Rz. 21; *Sutter/Lörtscher*, in: *recht* 4/2012, 93, 101; *Thouvenin*, in: *Jusletter* 29. Oktober 2012, Rz. 10; *Pichonnaz/Fornage*, in: *SJZ* 12/2010, 285, 290; *Walker*, 167 f.; *Widmer*, N. 323–325 mit Verweis auf N. 155 f. (Teilweise) befürwortet wird die geltungserhaltende Reduktion dagegen von *Bouverat*, N. 1103; *Koller T.*, in: *Emmenegger*, 17, 66 f.; *Kuonen*, in: *SJ* II 1/2014, 1, 29–31; *Kut/Stauber*, in: *Jusletter* 20. Februar 2012, Rz. 131; *Marchand*, in: *HAVE* 3/2011, 328, 331; *Schaller*, in: *AJP* 1/2012, 56, 65; *Vischer*, in: *AJP* 7/2014, 964, 975; *Hess/Ruckstuhl*, in: *AJP* 9/2012, 1188, 1210 f.; *Jenny*, 65 f.; *Schnyder*, in: *Brunner/Schnyder/Eisner-Kiefer*, 39, 73; *Wetzel/Grimm/Mosimann*, in: *MRA* 1/2013, 3, 11 f. Offengelassen wurde die Frage nach der Zulässigkeit einer geltungserhaltenden Reduktion in der Botschaft des Bundesrates zur Änderung des UWG. Dort wird die geltungserhaltende Reduktion zurückhaltend als „in der Praxis und Lehre umstritten“ bezeichnet, s. Botschaft zur Änderung des UWG, BBl. 2009, 6151, 6180.

¹⁵ In diesem Sinne *Bohnet*, in: *Bohnet*, 63, N. 69; *Buser-Gora*, 157; *Carron*, in: *Carron/Müller*, 95, N. 161; *Gobet*, in: *ST* 8/2013, 539, 541; *Ehle/Brunschweiler*, in: *RIW* 5/2012, 262, 269; *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger*, OR AT, N. 1155b; *Jenny*, 66.

¹⁶ S. im Einzelnen unten S. 19 ff.

¹⁷ Zum Gesetzesbegriff *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, N. 204.

griff verwendet wird, ohne dass er für den schweizerischen Diskurs allerdings je *ex professo* bestimmt worden wäre, entstehen in dieser Diskussion folgenreichere Missverständnisse.¹⁸

2. Sprachliche Neuschöpfung für ein altbekanntes Problem

Dass sich die Debatte über die geltungserhaltende Reduktion in der Schweiz im Kontext des Art. 8 UWG momentan als schwierig erweist, liegt mitunter daran, dass der Begriff anfangs der 1980er-Jahre nicht im Hinblick auf die AGB-Problematik Eingang in die Literatur fand, sondern als Synonym für ein allgemeineres Problem diente: die quantitative Teilnichtigkeit.¹⁹ Unter diesem Ausdruck wurde in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts in der Schweiz vor allem mit Blick auf Art. 20 Abs. 2 OR die Frage diskutiert, ob ein Vertrag, der allein aufgrund seines Übermaßes, wie zum Beispiel einer zu langen vertraglichen Laufzeit oder einer übermäßigen Leistungsverpflichtung, gesetzes- oder sittenwidrig ist, unabhängig davon, ob er individuell ausgehandelt oder vorformuliert wurde, aufrechterhalten werden kann.²⁰ Diese Frage wurde nicht nur mit Blick auf die vertraglichen Hauptleistungspflichten diskutiert, sondern ebenso für Nebenpflichten wie die Haftungsfreizeichnung und den Gewährleistungsausschluss.²¹

Die Diskussion um eine richterliche Leistungsreduktion war allerdings auch damals nicht neu. Es ist evident, dass Verträge in einer Rechtsordnung ihrem Inhalt nach normative Grenzen über- oder unterschreiten können.²² Die Übermaßkorrektur durch das Gericht bietet, unabhängig von ihrem sprachlichen Gewand, eine Möglichkeit, um darauf auf Rechtsfolgenseite zu reagieren. Dementsprechend war bereits der Begriff „quantitative Teilnichtigkeit“ eine sprachliche Neuschöpfung für das dahinterstehende, viel ältere Problem der richterlichen Leistungsreduktion, die über das bloße Wegstreichen einzelner Vertragsteile hinausging und damit einer wertenden Korrektur durch das Gericht bedurfte.

Der Zweckgedanke, der sich hinter dieser wechselnden Terminologie verbirgt, lässt sich in seinem Grundgehalt bis zur gemeinrechtlichen Maxime *utile*

¹⁸ S. im Einzelnen unten S. 218 f.

¹⁹ S. hierzu *Herzog*; vgl. hierzu auch *Hürlimann*, N. 261.

²⁰ Zuweilen wird der Begriff auch in Deutschland im Zusammenhang der §§ 134, 138 BGB gebraucht, doch die Rechtsprechung ist diesbezüglich uneinheitlich. Vgl. hierzu *Bechtold*, 303 m. w. H.; *Pauly*, in: JR 9/1997, 357, 359; zur Forderung einer geltungserhaltenden Reduktion auch im Gefüge der § 134, 138 BGB s. *Canaris*, in: FS Steindorff, 519, 520 ff.; *ders.*, in: DB 18/2002, 930, 932 f.

²¹ Alternativ zu „quantitativer Teilnichtigkeit“ wurde die Problematik auch unter dem Stichwort des „richterlichen Moderationsrechts“ diskutiert, vgl. hierzu *Schweingruber*; *Scherrer*; s. auch *Spiro*, in: ZBJV 11/1952, 449 ff.; *ders.*, in: ZBJV 12/1952, 497 ff.

²² *Herzog*, 13.

per inutile non vitiat zurückverfolgen,²³ wobei diese im antiken römischen Recht allerdings nur für die Stipulation²⁴ und für das Erbrecht²⁵ nachgewiesen ist. Im 19. Jahrhundert hat sich die gemeinrechtliche Maxime der Restgültigkeit sodann als allgemeine Regel etabliert.²⁶ Zwar fand die Regelung weder Eingang ins OR noch etwa ins BGB, doch wurde der Begründungsbedarf für die Abweichung von Art. 20 OR bzw. § 139 BGB, die beide eine schlichte Teilnichtigkeit²⁷ vorsehen, dennoch erst im fortschreitenden 20. Jahrhundert erkannt.²⁸

Damit spiegelt sich in der Diskussion um eine geltungserhaltende Reduktion die Renaissance einer ungelösten Fragestellung. Dass der Begriff in den 1980er-Jahren Eingang in die Literatur fand, lag daran, dass das Bundesgericht (damals in Erweiterung der schlichten Teilnichtigkeit) begann, übermäßige Vertragsklauseln durch dispositives Gesetzesrecht und, wo solches fehlte, durch eine richterliche Regel zu ersetzen.²⁹ In der Literatur wurde diese richterliche Vertragskorrektur unter dem Stichwort der sog. „modifizierten Teilnichtigkeit“ behandelt. „Geltungserhaltende Reduktion“ diente hierbei als Ausdruck, um das Vorgehen des Gerichts zu benennen. Das Bundesgericht hat den Begriff

²³ S. Ulp. 48 ad Sab. D. 45.1.1.5: „Sed si mihi Pamphilum stipulanti tu Pamphilum et Stichum sponderis, Stichi adiectionem pro supervacuo habendam puto: nam si tot sunt stipulationes, quot corpora, duae sunt quodammodo stipulationes, una utilis, alia inutiles, neque vitiat utilis per hanc inutilem.“ Damit war gemeint, dass, wenn der Gegner die Stipulationsfrage „Versprichst Du, A zu geben?“ mit „A und B“ beantwortete, B zwar nicht stipuliert wurde, das Leistungsversprechen A davon allerdings nicht berührt wurde. Das heißt, der Stipulationsgegner hatte dieses gegen sich gelten zu lassen. Vgl. hierzu *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, § 9 N. 4, die betonen, dass sich Art. 20 Abs. 2 OR aus der auf der Grundlage dieser Digesten-Stelle abgeleiteten gemeinrechtlichen Maxime entwickelt habe; s. auch *Honsell*, Römisches Recht, 39. Im Einzelnen *Seiler*, in: FS Kaser, 127 ff., der nachweist, dass das Prinzip mit Blick auf den Vertrag dem römischen Recht unbekannt war, s. *ders.*, insbesondere 144f. ebenda. Im römischen Recht fand die geltungserhaltende Reduktion also nur auf der Ebene der Willenserklärung statt (vgl. Art. 25 Abs. 2 OR sowie hierzu *Spiro*, in: ZBJV 12/1952, 497, 501–513).

²⁴ Vgl. *Honsell*, in: ZSR 2/2011, 5, 15.

²⁵ Grundlegend *Staffhorst*.

²⁶ *HKK-Dorn*, §§ 134–137 BGB N. 19; *ders.*, §§ 139–141 N. 2 ff.; *HKK-Hellwege*, §§ 305–310 (II) N. 29, je m. w. H.

²⁷ Zum Begriff der „schlichten Teilnichtigkeit“ s. unten S. 54 f.

²⁸ *HKK-Hellwege*, §§ 305–310 (II) N. 30 m. w. H.

²⁹ Diese Rechtsprechung etablierte sich seit dem Grundsatzentscheid BGE 107 II 216. In einer Urteilsbesprechung prägte *Gauch* den Ausdruck der „modifizierten Teilnichtigkeit“, in welche er auch die geltungserhaltende Reduktion einbettete, s. *ders.*, in: recht 3/1983, 95 ff.; *Hürlimann* übernimmt ihn dann in seiner Dissertation, s. *ders.*, N. 275; später taucht er prominent auf bei *BK-Kramer*, Art. 19/20 z. B. N. 362.

zum ersten Mal in einem Grundsatzentscheid im Jahr 1997 verwendet und arbeitet seither kontinuierlich damit.³⁰

Mit der Rechtsfolgendebatte zu Art. 8 UWG hat die Literatur der Diskussion nun eine neue Stoßrichtung gegeben. Während die richterliche Vertragsergänzung im Falle übermäßiger AGB ausdrücklich zulässig sein soll, wird die geltungserhaltende Reduktion vor allem im Lichte der Prävention abgelehnt.³¹ Indem suggeriert wird, geltungserhaltende Reduktion und richterliche Vertragsergänzung seien zwei nebeneinander stehende Rechtsinstrumente, ist im Hinblick auf den Bedeutungsgehalt der geltungserhaltenden Reduktion momentan eine Begriffsverengung im Gange.

Damit ergibt sich der Befund, dass die geltungserhaltende Reduktion zwar einen festen Platz im schweizerischen Vertragsrecht besetzt, ohne jedoch in ihren Geltungsgrundlagen und ihrer Reichweite näher konturiert zu sein. Die vorliegende Studie will diese Lücke schließen. Hierfür könnte sich ein Vergleich mit dem deutschen Recht anbieten: Die momentan in der Schweiz geführte Debatte zur Rechtsfolge von Art. 8 UWG zeigt nämlich deutliche Parallelen zu einer Auseinandersetzung in Deutschland, die in den 1970er-Jahren im Zuge der Einführung des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (aAGBG) stattgefunden hat.³²

3. Begriffsentwicklung in der deutschen AGB-Diskussion

„Geltungserhaltende Reduktion“ ist eine relativ junge Begrifflichkeit, die in der deutschen AGB-Debatte der 1970er-Jahre aufkam.³³ Ziel des aAGBG aus dem Jahr 1976 war es, mittels einer Inhaltskontrolle die Angemessenheit von AGB

³⁰ BGE 123 III 292; in jüngerer Zeit BGer 4A_404/2008 vom 18. Dezember 2008.

³¹ *Bieri*, in: Bohnet, 47, N. 30; *Bohnet*, in: Bohnet, 63, N. 69; *Eisner-Kiefer*, in: Brunner/Schnyder/Eisner-Kiefer, 83, 110; *Gobet*, in: ST 8/2013, 539, 541; *Jenny*, 65; *Jung*, in: Brunner/Schnyder/Eisner-Kiefer, 129, 161 f.; *BK-Kramer*, Art. 19/20 OR N. 377; *Kut/Stauber*, in: Jusletter 20. Februar 2012, Rz. 131; *Maissen*, N. 343; *Pichonnaz/Fornage*, in: SJZ 12/2010, 285, 290; *Roberto/Walker*, in: recht 2/2014, 49, 62; *Rusch/Huguenin*, in: SZW 1/2008, 37, 47; *Schnyder*, in: Brunner/Schnyder/Eisner-Kiefer, 39, 73; *Schott*, in: ST 2/2012, 78, 80; *Schwenzer*, OR AT, N. 32.45; *Stucki*, in: Jusletter 10. März 2014, Rz. 21; *KuKo-Thier A.*, Art. 100 OR N. 7; *Widmer*, N. 155. Das in Deutschland ebenfalls verfochtene Transparenz-Argument wird in der Schweiz von folgenden Autoren vorgebracht: *CHK-Furrer/Wey*, Art. 100 OR N. 18; *Jung*, in: Brunner/Schnyder/Eisner-Kiefer, 129, 161 f.; *Schwenzer*, OR AT, N. 46.09.

³² Für einen ersten Überblick s. *Hager*, 63–66; *Staudinger-Schlosser*, § 306 BGB N. 22a), je m. w. H.

³³ Wie in der Schweiz existiert die Diskussion um die Zulässigkeit einer geltungserhaltenden Reduktion – unter wechselnder Begrifflichkeit – auch in Deutschland nicht nur mit Blick auf AGB, sondern auch für den Individualvertrag. S. hierzu *Zimmermann*; *Canaris*, Gesetzliches Verbot; *Hager*; *Bürge*; *Stürner*; *Berjasevic*; *Bergmann*.

sicherzustellen.³⁴ Mit Blick auf die Rechtsfolgenseite dieser besonderen, auf AGB ausgerichteten Inhaltskontrolle wurde damals zum Teil sehr emotional über die Frage diskutiert, ob eine inhaltlich bloß partiell übermäßige AGB-Klausel insgesamt unwirksam sei oder auf ein gesetzlich noch zulässiges Maß reduziert werden könne.³⁵

Terminologisch geprägt wurde der Begriff der „geltungserhaltenden Reduktion“, der sich für diese Frage etabliert hat, von *Joachim Schmidt-Salzer*. Er sprach in seiner Dissertation zum Thema „Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen“ aus dem Jahr 1967 im Falle eines übermäßigen Inhalts von AGB in Analogie zur Gesetzesauslegung von einer „teleologischen Reduktion der AGB“.³⁶ In seiner darauf aufbauenden Monografie „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ aus dem Jahr 1971 diskutierte *Schmidt-Salzer* das Problem sodann unter dem Schlagwort „teleologische Restriktion der AGB“.³⁷ Die Übertragung der teleologischen Reduktion aus dem Instrumentarium der juristischen Methodenlehre auf AGB begründete er wider Erwarten weder unter Bezugnahme auf den ihnen vor allem damals zugeschriebenen gesetzesähnlichen Charakter noch mit Blick auf den Vertrag als das Gesetz zwischen den Parteien.³⁸ Vielmehr leitet er die Zulässigkeit der Übermaßkorrektur aus § 133 BGB³⁹ her. Nach *Schmidt-Salzer* dürfen AGB aufgrund der Unklarheitenregel zwar nicht extensiv ausgelegt werden. Eine teleologische Reduktion, also eine „Beschränkung [...] auf den ihrem Sinn und Zweck entsprechenden Anwendungsbereich“ hielt er dagegen für zulässig. Dabei handele es sich nicht um eine „den Kunden begünstigende Auslegung“, sondern um die „Durchführung des in § 133 BGB positivrechtlich normierten obersten Auslegungsgrundsatzes“.⁴⁰

In der damaligen Debatte wurden mehrere Lösungen für das Übermaßproblem in Zusammenhang mit AGB diskutiert. Das Rechtsfolgenregime des § 306 BGB (früher: § 6 aAGBG) lässt diese Frage offen.⁴¹ Zunächst sprach sich die Literatur für eine geltungserhaltende Reduktion aus.⁴² Diese Tendenz hat sich

³⁴ Im Einzelnen *HKK-Hellwege*, §§ 305–310 (II) BGB N. 31.

³⁵ *Neumann*, 21; *Uffmann*, 1, 213–215.

³⁶ S. hierzu *Schmidt-Salzer*, Allgemeine Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, 250.

³⁷ Im Einzelnen *Schmidt-Salzer*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, N. 276.

³⁸ *Schmidt-Salzer* lehnte dieses damals vertretene Verständnis von allgemeinen Geschäftsbedingungen explizit ab, s. *ders.*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, N. 18–20 m. w. H.

³⁹ § 133 BGB, *Auslegung einer Willenserklärung*: „Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.“

⁴⁰ Zum Ganzen *Schmidt-Salzer*, Allgemeine Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, 250 f.

⁴¹ Vgl. *Pauly*, in: JR 9/1997, 357, 358.

⁴² Vgl. *Kötz*, in: NJW 16/1979, 785, 785; *Ebel*, in: DB 41/1979, 1973, 1975; *Götz*, in: NJW

jedoch bald in ihr Gegenteil verkehrt.⁴³ Der deutsche Bundesgerichtshof lehnt diesen Ansatz bei AGB seit 1982 in ständiger Rechtsprechung ab.⁴⁴ Bis auf wenige Ausnahmen votierte alsdann auch der weit überwiegende Teil der Lehre gegen eine geltungserhaltende Reduktion. Das Verbot wird in Deutschland im Falle von AGB im Rahmen der Inhaltskontrolle nach §§ 307–309 BGB bis heute weitgehend hochgehalten.⁴⁵

Die Ablehnung einer geltungserhaltenden Reduktion wird hauptsächlich auf drei Argumentationslinien gestützt: (1) Es wird vorgebracht, der Richter mache sich bei einer Übermaßkorrektur zum Sachwalter der Interessen der Verwenderin (einseitige Vertragshilfe).⁴⁶ (2) Der Vertragspartner könne sich nicht mehr aus den AGB über seine Rechte und Pflichten informieren, wie es das aAGBG und heute die §§ 305–310 BGB bezweckten (Transparenz).⁴⁷ (3) Zudem werde der Verwenderin durch die geltungserhaltende Reduktion das Risiko der Unwirksamkeit der übermäßigen Bestimmung genommen, wodurch kein Anreiz bestehe, angemessene AGB zu stellen. Dies laufe dem gesetzlichen Steuerungsziel zuwider (Prävention).⁴⁸

Unwidersprochen blieb das Dogma in Deutschland zwar nie, gleichwohl konnten die in der Literatur geäußerten Gegenstimmen diese „selbstgeschmie-

44/1978, 2223, 2226 f.; *Garrn*, in: JA 3/1981, 151, 154; *Schmidt-Salzer*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, N. 279; *ders.*, in: BB 33/1980, 1701, 1705 f.

⁴³ Im Überblick: *Ulmer*, in: NJW 38/1981, 2025, 2027–2031; *Löwe*, in: BB 3/1982, 152, 153; *Sonnenschein*, in: NJW 32/1980, 1713, 1720; *Lindacher*, in: BB 3/1983, 154, 156 f.; *Hensen*, in: JA 3/1981, 133, 137; *Pauly*, in: JR 9/1997, 357, 358.

⁴⁴ Bemerkenswert ist, dass in BGHZ 84, 109, der als Leitentscheid des Verbots einer geltungserhaltenden Reduktion gilt, die Begrifflichkeit vom Bundesgerichtshof noch gar nicht aufgenommen wurde, sondern erst in der Folgezeit; s. BGH WM 1983, 916; BGH NJW 1984, 48; BGH NJW 1985, 53, 55 f.; BGHZ 91, 375; 92, 312.

⁴⁵ Vgl. die Übersichten bei MüKo-*Basedow*, § 306 BGB N. 11–14; *Staudinger-Schlosser*, § 306 BGB N. 22a) f.; *Graf von Westphalen/Thüsing*, Art. „Rechtsfolgen“, in: *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke*, N. 16, je m. w. H.

⁴⁶ Vgl. *Boemke-Albrecht*, 93; *Graf von Westphalen/Thüsing*, Art. „Rechtsfolgen“, in: *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke*, N. 33; *Canaris*, in: FS Steindorff, 519, 547; *Schmidt*, 184 f.; *Sonnenschein*, in: NJW 32/1980, 1713, 1720; *Kötz*, in: NJW 16/1979, 785, 789 m. w. H.

⁴⁷ *Canaris*, in: NJW 20/1988, 1243, 1244; *Canaris*, in: FS Steindorff, 519, 547; *Canaris*, in: DB 18/2002, 930, 931; *Häsemeyer*, in: FS Ulmer, 1097, 1097; *Pauly*, in: JR 9/1997, 357, 358; *Schmidt*, 187–189; a. A. *Kötz*, in: NJW 16/1979, 785, 788.

⁴⁸ *Lindacher*, in: BB 3/1983, 154, 155; *Canaris*, in: NJW 20/1988, 1243, 1244; *Medicus*, in: *Heinrichs/Löwe/Ulmer*, 83, 88 f.; *Pauly*, in: JR 9/1997, 357, 360 f.; *Pfeiffer*, in: *DZWirR* 4/1998, 154, 157; *Koch*, in: *JZ* 19/1999, 922, 926 f.; *Graf von Westphalen/Thüsing*, Art. „Rechtsfolgen“, in: *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke*, N. 16; *Neumann*, 72; *Schmidt*, 185–187; *Canaris*, in: DB 18/2002, 930, 931; kritisch MüKo-*Basedow*, § 306 BGB N. 13; *Boemke-Albrecht*, 49; *Richter*, 168; *Staudinger-Schlosser*, § 306 BGB N. 24b) m. w. H.

dete Kette⁴⁹ zur Begründung des Verbots bislang nicht aufbrechen. Das Thema wurde aus verschiedenen Perspektiven beleuchtet⁵⁰ und auch immer wieder monografisch abgehandelt.⁵¹ *Wiedemann* fasst den gegenwärtigen *status quo* im deutschen Diskurs dahingehend zusammen, dass „[n]ahezu einheitlich [...] die Auffassung vertreten [wird], daß eine geltungserhaltende Reduktion nicht gewährt werden soll“⁵². Während abgelehnt wird, eine übermäßige AGB-Klausel auf ein zulässiges Maß zu reduzieren, soll es dagegen zulässig sein, die in den §§ 307–309 BGB angeordnete Rechtsfolge der Unwirksamkeit auf den unangemessenen Teil einer inhaltlich und sprachlich „geteilten“ Klausel zu beschränken oder an die Stelle der übermäßigen und daher insgesamt unwirksamen Bestimmung unter bestimmten Voraussetzungen eine angemessene Ersatzregel zu setzen.⁵³ Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion wird damit von zwei funktionsverwandten Rechtsinstrumenten flankiert: der Teilunwirksamkeit und der richterlichen Vertragsergänzung.⁵⁴

In jüngerer Zeit hat *Katharina Uffmann* eine Rechtsprechungsänderung im Arbeitsrecht, welche seit 2003 eine geltungserhaltende Reduktion auch in Formulararbeitsverträgen verbietet,⁵⁵ zum Anlass genommen, sich in ihrer Dissertation „Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion“ der Thematik erneut zu nähern.⁵⁶ Hierbei kommt sie zu erstaunlichen Ergebnissen und enttarnt das in den letzten 40 Jahren ritualisierte Verbot der geltungserhaltenden Reduktion als einen Mythos.⁵⁷ *Uffmann* weist überzeugend nach, dass es *die* geltungserhaltende Reduktion zurzeit gar nicht gibt. Der Begriff legt weder einen einheitlichen Begründungsweg zur Übermaßkorrektur offen noch definiert er ein einheitliches Reduktionsmaß. Die Studie zeigt, dass die Grenzen der geltungserhaltenden Reduktion als Vorgang der Rechtsanwendung im Verhältnis zur Teilunwirksamkeit und zur richterlichen Vertragsergänzung fließend sind. Zudem ist die Debatte um das „richtige“ Reduktionsmaß von einem je unterschiedlichen Vorverständnis der Autoren geprägt: Während die Befürworter einer geltungs-

⁴⁹ *von Mettenheim*, in: FS Piper, 937, 950.

⁵⁰ S. die in Kap. A Fn. 42f. angegebenen Literaturstellen.

⁵¹ *Witte; Schmidt; Neumann; Boemke-Albrecht; Roth; Mayer; Kolmsee; Uffmann; Mitterer*.

⁵² *Wiedemann*, in: FS Canaris, 1281, 1284.

⁵³ *Fastrich*, 356–358; *Pauly*, in: JR 9/1997, 357, 363; ablehnend *Graf von Westphalen/Thüsing*, Art. „Rechtsfolgen“, in: Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, N. 16, die vertreten, dass „[d]urch solch ein Vorgehen [...] die Präventionsfunktion der Nichtigkeitsfolge in noch erheblicherer Weise *ad absurdum* geführt [wird] als durch eine geltungserhaltende Reduktion [Hervorhebung im Original]“.

⁵⁴ *Uffmann*, 3.

⁵⁵ S. BAG 8 AZR 196/03; BAG 8 AZR 328/03; BAG 8 AZR 344/03.

⁵⁶ *Uffmann*, 3–7.

⁵⁷ Zu den Ergebnissen s. *Uffmann*, 286–289.