



Klauselbegriff und „blue pencil test“ in der AGB-Rechtsprechung

Andreas Geroldinger*, Universität Linz

Kurztext: Ein Streifzug durch die Rechtsprechung österreichischer und deutscher Gerichte zur AGB-Kontrolle belegt die Unsicherheit, die im Hinblick auf die Teilbarkeit von Absätzen und Sätzen in einzelne Klauseln – mit anderen Worten: zum Klauselbegriff – herrscht. Klare Konturen sind aber wegen des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion mehr denn je erforderlich; sie fehlen sowohl in der Klausel-RL als auch bislang in der Rsp des EuGH. Die im deutschsprachigen Raum an Zuspruch gewinnende „blue pencil rule“, die (strikt verstanden) ausschließlich das Durchstreichen von zur Unwirksamkeit führendem Vertragstext erlaubt und jede darüber hinausgehende Umformulierung durch den Richter untersagt, taugt letztlich nicht zur Abgrenzung einzelner Klauseln voneinander. Es kann sich dabei nur um ein Hilfsinstrumentarium mit Indizcharakter handeln.

Schlagwörter: blue pencil rule; blue pencil test; geltungserhaltende Klauselabgrenzung; Klauselbegriff; AGB-Kontrolle.

I. Einleitung

Ob missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen geltungserhaltend reduziert werden dürfen, beschäftigt Wissenschaft und Praxis nun schon geraume Zeit.¹ 2012 hat der EuGH in der Rs *Banco Español de Crédito*² zumindest für den Anwendungsbereich der Klausel-RL³ einen Schlussstrich unter diese Diskussion gezogen: Demnach darf das Gericht, wenn es die Missbräuchlichkeit einer Klausel feststellt, den Vertrag nicht „durch Abänderung des Inhalts dieser

* Ass.-Prof. Dr. Andreas Geroldinger lehrt am Institut für Zivilrecht an der Johannes Kepler Universität Linz. Der vorliegende Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Autor am 28. 1. 2015 in Linz gehalten hat. Das Manuskript befindet sich am Stand März 2015, später erschienene Judikatur und Literatur ist nicht mehr berücksichtigt.

1 Siehe dazu (anstelle vieler) RIS-Justiz RS0128735; F. Bydlinski, Allgemeine Versorgungsbedingungen und Energielieferungsverträge in Österreich, in FS Neumayer (1985) 115 (127); Fitz, Zur „geltungserhaltenden Reduktion“ überschießender AGB-Klauseln, in FS Schnorr (1988) 645 (645 ff); Iro, Teilwirksamkeit gröblich benachteiligender AGB-Klauseln, RdW 1987, 7 (7); ferner die Nachweise bei Fidler, Unionsrechtliche Entwicklungen bei der richterlichen Vertragsergänzung, JBl 2014, 693 (693 ff); Geroldinger, Ergänzende Auslegung von Verbraucherverträgen trotz Verbots der geltungserhaltenden Reduktion? ÖBA 2013, 27 (28 ff); Iro in Apathy/Iro/Kozioł (Hrsg), Bankvertragsrecht I² (2007) Rz 1/37; Leupold/Ramharter, Die ergänzende Auslegung von Verbraucherverträgen im Lichte des Europarechts, ÖBA 2015, 16 (18 ff).

2 EuGH C-618/10, *Banco Español de Crédito*, JBl 2012, 434 (Lukas) = immolex 2012/92 (G. Graf) = EuZW 2012, 754 = (Wendenburg) = ecolex 2012, 697 (Slonina) = JZ 2012, 961 (Hau) = ÖBA 2013, 69 (Geroldinger 27); siehe auch EuGH C-26/13, *Kásler und Káslerné Rábai*, ÖBA 2014, 956; EuGH 21. 1. 2015, verb Rs C-482/13, C-484/13, C-485/13, C-487/13, *Unicaja Banco*.

3 RL 1993/13/EWG.

Klausel anpassen“. Die geltungserhaltende Reduktion missbräuchlicher Klauseln – im Sinne deren Rückführung auf das rechtlich (gerade noch) Zulässige durch den Richter – ist mit Art 6 Abs 1 Klausel-RL unvereinbar.⁴ Dieses Ergebnis ist gewiss nicht unangreifbar; angesichts der derzeitigen EuGH-Judikatur gilt aber: *Roma locuta, causa finita*.

Nicht zuletzt deshalb erheischt eine andere Frage verstärkt Aufmerksamkeit⁵: Was genau ist eine „Klausel“ in dem vom EuGH und von der Klausel-RL gemeinten Sinn? Lässt sich beispielsweise der Satz „Ansprüche aus Gewährleistung und die Haftung für Sachschäden bei leichter Fahrlässigkeit sind ausgeschlossen“ in mehrere Klauseln aufteilen, sodass der zulässige Haftungsausschluss⁶ trotz des unzulässigen Gewährleistungsausschlusses⁷ wirksam bleibt? Zur Teilbarkeit von Absätzen und Sätzen in einzelne Klauseln – mit anderen Worten: zum Klauselbegriff – fehlen eindeutige Vorgaben in der Klausel-RL und in der Rsp des EuGH.

Der vorliegende Beitrag vermag auf die damit zusammenhängenden äußerst schwierigen Fragen keine abschließende Antwort zu geben. Er soll nur den Ausdrücken „blue pencil test“ und „blue pencil rule“ nachgehen, die in diesem Zusammenhang inzwischen sowohl in Österreich als auch in Deutschland Einzug in Rsp und Lehre gehalten haben.⁸ Insbesondere werden anhand verschiedener Beispiele aus der Judikatur damit verbundene Unsicherheiten bzw Unstimmigkeiten aufgezeigt.

II. Der Klauselbegriff

A. Bedeutung

Während sich deutsche Gerichte schon seit Anfang der 1980er Jahre mit der Frage der Abgrenzung einzelner Klauseln beschäftigen⁹, wird diese Fragestellung in Österreich erst vergleichsweise kurz näher diskutiert¹⁰. Das verschieden ausgeprägte Interesse daran rührt wohl unter anderem aus dem grundlegend unterschiedlichen Zugang zur Teilunwirksamkeit. Spätestens seit dem AGBG aus dem Jahr 1977 entsprach es für Verbraucherverträge der hA in Deutschland, dass eine

4 Unklar ist bislang, ob die unwirksame Klausel durch ergänzende Vertragsauslegung substituiert werden darf (siehe dazu die Nachweise in Fn 1). Während der VIII. Senat des BGH die ergänzende Vertragsauslegung – unter Verletzung der Vorlagepflicht nach Art 267 Abs 3 AEUV – bereits für weiterhin zulässig erklärt hat (BGH VIII ZR 345/11 Rz 24 BeckRS 2013, 02656, ua), hat sich der OGH in den bisher an ihn herangetragenen Fällen noch nicht festgelegt (ausdrücklich offengelassen in OGH 7 Ob 11/14i ÖBA 2014/2042 [*Kietaib*] = VbR 2014/71, 132). Zumindest eine rechtskräftige Entscheidung eines Berufungsgerichts hat der ergänzenden Vertragsauslegung, ohne den EuGH zu befragen und mE zu Unrecht, eine Absage erteilt (LG St Pölten 13.03.2014, 21 R 189/13x [unveröffentlicht]; für diesen Hinweis danke ich RA Mag. *Gerhard Stefan*). Die Lückenfüllung anhand dispositiven Rechts hat der EuGH jedenfalls unter bestimmten Umständen für zulässig erklärt (EuGH C-26/13 Rn 76 ff; verb Rs C-482/13 ua Rn 33 ff; siehe dazu *Fidler*, JBl 2014, 700 ff; *Leupold/Ramharter*, ÖBA 2015, 18 ff, je mwN).

5 Vgl schon *Fitz* in FS Schnorr 652; *Riss*, Anmerkung zu OGH 5 Ob 42/11d, ÖBA 2012, 312 (313: „Kardinalfragen des AGB-Rechts“). Siehe die Nachweise in Fn 30.

6 Vgl § 6 Abs 1 Z 9 KSchG, der freilich keinen Gegenschluss dahingehend zulässt, dass die Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit stets zulässig wäre; siehe dazu *Apathy* in *Schwimmann*, ABGB³ (2006) § 6 KSchG Rz 47 mwN.

7 Vgl § 9 KSchG; dazu (anstelle vieler) *Kathrein/Schoditsch* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB⁴ (2014) § 9 KSchG Rz 1 ff.

8 Siehe die Nachweise in Fn 30 ff.

9 Siehe (anstelle vieler) die Nachweise in Fn 32 und 33; zu den in der Lehre entwickelten Definitionen siehe *Uffmann*, Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion (2010) 154 ff.

10 Siehe dazu die Nachweise in Fn 30 und RIS-Justiz RS0121187.

geltungserhaltende Reduktion einer unzulässigen Vertragsklausel nicht infrage kommt.¹¹ Demgegenüber hielt *F. Bydlinski* noch im Jahr 1985 fest, dass es „einem gesunden allgemeinen Grundsatz des österreichischen Vertragsrechtes entspricht, einen unerlaubten Vertrag nur soweit als nichtig zu behandeln, als dies nach Inhalt und Zweck des Verbotsgesetzes erforderlich ist“, weshalb überschüssige AGB-Klauseln geltungserhaltend zu reduzieren sind.¹²

Wer Vertragsinhalte geltungserhaltend reduzieren kann, muss sich um eine scharfe Abgrenzung einzelner Regelungen von anderen bzw um ihre Aufteilung in einzelne Klauseln nicht weiter kümmern. Schließlich macht es nicht viel Unterschied, ob zur Reduktion auf das rechtlich Zulässige letztlich in eine, zwei oder drei Klauseln eingegriffen wird.¹³ Zwingt einen hingegen die Rechtswidrigkeit einer AGB-Regelung dazu, die entsprechende Klausel zur Gänze zu streichen, stellt sich die Frage nach ihrem Umfang in aller Schärfe.¹⁴ Heute ist die geltungserhaltende Reduktion missbräuchlicher Klauseln im Anwendungsbereich der Klausel-RL auch in Österreich unzulässig.¹⁵

Grund zur Auseinandersetzung mit dem Klauselbegriff gab es freilich schon länger. Dessen Bedeutung erschöpft sich schließlich nicht in Fragen der Teilunwirksamkeit (§ 879 ABGB, § 6 Abs 1 und 2 KSchG; vgl Art 6 Abs 1 Klausel-RL). Auch im Rahmen der Transparenzprüfung (§ 6 Abs 3 KSchG; vgl Art 5 Klausel-RL), der Geltungskontrolle (§ 864a ABGB)¹⁶ und bei Unterlassungserklärungen nach §§ 28 ff KSchG¹⁷ tut Abgrenzung not. So könnten, sofern es sich um selbstständige Klauseln handelt, nur Satzteile bzw einzelne Wörter durch die Geltungskontrolle oder wegen Intransparenz¹⁸ unwirksam oder Gegenstand von Unterlassungserklärungen bzw Ausnahmen davon sein. Ob sich dabei freilich ein verallgemeinerungsfähiger Klauselbegriff formulieren lässt, kann an dieser Stelle nicht abschließend beantwortet werden.¹⁹

11 Siehe dazu die Nachweise in BGH XI ZR 54/88 NJW 1989, 582; *Krampe*, Aufrechterhaltung von Verträgen und Vertragsklauseln, AcP 194 (1994) 1 (9 ff); *H. Schmidt* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht¹¹ (2011) § 306 Rz 14 ff; *Roth*, Vertragsänderung bei fehlgeschlagener Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (1993) 29 ff; *Ulmer*, Teilunwirksamkeit von teilweise unangemessenen AGB-Klauseln? NJW 1981, 2025 (2025 ff).

12 *F. Bydlinski* in FS Neumayer 127; vgl die Nachweise in Fn 1 und bei *Koziol/Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ (2014) Rz 436.

13 Dies gilt zumindest dann, wenn man unter geltungserhaltender Reduktion die Rückführung auf das gerade noch Zulässige versteht. Meint man damit hingegen eine Reduktion auf das Angemessene, ist freilich auch hier die Abgrenzung der Klauseln notwendig, um solche Vertragsinhalte, die zwar noch zulässig, aber nicht angemessen sind, unberührt zu lassen. Zum Begriff der geltungserhaltenden Reduktion siehe (anstelle vieler) *Fidler*, JBl 2014, 693 ff; *Geroldinger*, ÖBA 2013, 28 ff; *Leupold/Ramharter*, ÖBA 2015, 18 ff, je mwN.

14 Vgl schon *Fitz* in FS Schnorr 652.

15 OGH 2 Ob 22/12t JBl 2013, 519; RIS-Justiz RS0128735. Vor dem 1. 1. 1995 abgeschlossene Verbraucherverträge sind nicht erfasst; siehe OGH 4 Ob 229/13z JBl 2014, 596; dazu *Geroldinger*, „Kostenloses Rücktrittsrecht“ bei missbräuchlicher Stornogebühr? Zak 2015/116, 67.

16 Dazu OGH 17. 5. 2004, 1 Ob 92/04t.

17 Dazu *Riss*, Die Reichweite des Unterlassungsanspruchs im Verbandsklageverfahren nach § 28 KSchG, RdW 2007, 395 (398); *derselbe*, ÖBA 2012, 313.

18 Davon ist die Frage zu trennen, ob die Intransparenz einer Regelung mittels des „blue pencil test“ behoben werden darf – schließlich könnte durch das Streichen einzelner Wörter zu einer transparenten und zulässigen Regelung führen; siehe dazu beispielsweise OGH 5 Ob 42/11d ÖBA 2012, 312 (*Riss*); BGH VIII ZR 117/06 NJW-RR 2007, 1286.

19 Vgl zur deutschen Rechtslage *H. Schmidt* in *Ulmer/Brandner/Hensen* (Hrsg), AGB-Recht¹¹ § 306 Rz 12.

B. Vorgaben im österreichischen Recht und der Klausel-RL?

Bei der Analyse der eben erwähnten österreichischen Normen, insbesondere von §§ 864a, 879 ABGB und § 6 KSchG, fällt auf, dass das Wort „Klausel“ im Gesetz nicht vorkommt.²⁰ Entweder ist von „Bestimmungen“ in den AGB oder von „Vertragsbestimmungen“ die Rede.²¹

Die Klausel-RL verwendet hingegen in der deutschen Sprachfassung nahezu²² durchgängig die Begriffe „Klausel“ oder „Vertragsklausel“; mit „Bestimmungen“ sind hingegen gesetzlichen Normen gemeint (vgl Art 1 Abs 2, Art 8 Klausel-RL). Eine Legaldefinition von „Klausel“ oder „Vertragsklausel“ enthält die RL freilich nicht. Bislang liegen auch keine ausdrücklichen Stellungnahmen des EuGH zum (autonomen) Klauselbegriff vor.²³ Im Schrifttum finden sich kaum Stellungnahmen dazu. *Pfeiffer* lehrt, dass „nach dem europäisch-autonomen Klauselbegriff jede *inhaltlich und semantisch trennbare* vertragliche Regelung *unabhängig von der optischen oder gliederungstechnischen Gestaltung* des Vertragswerks als selbständige Klausel anzusehen“ sei. Insofern könne „es zur Teilunverbindlichkeit einer scheinbar einheitlichen Klausel kommen, sofern es sich semantisch und inhaltlich um mehrere Klauseln handelt, von denen nur eine mißbräuchlich ist“.²⁴ Dieser Klauselbegriff folge aus der Klausel-RL selbst. Zumal sie „für die Mißbrauchsbeurteilung auf den Inhalt einerseits und die klare und verständliche Sprache andererseits abstellt, müssen bei der Definition des Klauselbegriffs die entsprechenden Kriterien, also sprachliche und inhaltliche Abgrenzbarkeit, maßgeblich sein“.²⁵ Freilich räumt auch *Pfeiffer* ein, dass es diesbezüglich einer Klärung durch den EuGH bedarf.²⁶

Aufgrund des Gebots richtlinienkonformer Interpretation muss dessen Verständnis natürlich auch auf die Auslegung der Termini „Bestimmungen“ bzw „Vertragsbestimmungen“ im österreichischen (und im deutschen) Recht ausstrahlen. Ob dabei völlige Deckungsgleichheit besteht oder eine gespaltene Auslegung geboten ist²⁷, kann hier dahinstehen.

C. Stand der Rechtsprechung in Österreich und Deutschland

In der österreichischen und der deutschen Judikatur ist durchwegs anerkannt, dass für die Beurteilung einer Klausel als eigenständig nicht nur formelle Kriterien ausschlaggebend sind. In der stRsp des OGH heißt es:

20 Gänzlich fremd ist der Begriff freilich auch der österreichischen Rechtsordnung nicht. So spricht beispielsweise § 27 Abs 4 VKrG von Kreditverträgen mit bestimmten „Klauseln“, § 581 ZPO von einer Schiedsvereinbarung „in Form einer Klausel in einem Vertrag“.

21 Vgl die §§ 305 ff BGB (und davor das ABGB), wobei das Wort „Klausel“ insb in den Überschriften zu mehreren Paragrafen (zB § 305c BGB; vgl auch §§ 308, 309 BGB) enthalten ist.

22 Siehe aber Nr 1 lit m Anhang Art 3 Abs 3 Klausel-RL: „Vertragsbestimmungen“.

23 Vgl auch *Fidler*, JBl 2014, 706; *Pfeiffer*, EuGH: Verbot geltungserhaltender Reduktion und ergänzende Vertragsauslegung nach der EU-Klauselrichtlinie, LMK 2012, 339740; *Thüsing*, Unwirksamkeit und Teilbarkeit unangemessener AGB, BB 2006, 661 (663).

24 *Pfeiffer* in *Grabitz/Hilf* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union (1999) Art 6 RL 93/13/EWG Rz 9.

25 *Pfeiffer* in *Grabitz/Hilf*, Recht der EU Art 3 RL 93/13/EWG Rz 2.

26 *Pfeiffer*, LMK 2012, 339740.

27 Zur gespaltenen Auslegung siehe im AGB-Recht *Kellner*, Der Rechtsbegriff der allgemeinen Geschäftsbedingungen (2013) 225 ff; im Gewährleistungsrecht siehe OGH 9 Ob 64/13x JBl 2014, 531 = EvBl 2014/89 (*Perner*) = ZVB 2014/109 (*Kraus*) = VbR 2014/114 (*Steurer*); im Ergebnis auch OGH 5 Ob 126/12h immolex 2013/36 (*Faber*) = EvBl 2013/89 (*Reif*); 4 Ob 44/14w ecolex 2014/197 (*Riepl*) = JBl 2015, 46 (*Geroldinger*); allgemein jüngst *P. Bydlinski*, Richtlinienkonforme „gesetzesübersteigende“ Rechtsfindung und ihre Grenzen – eine methodische Vergewisserung anlässlich 20 Jahre EU-Mitgliedschaft, JBl 2015, 2 (12 ff).

„Für die Qualifikation einer Klausel als ‚eigenständig‘ ist [...] nicht die Gliederung des Klauselwerks maßgebend. Es können vielmehr auch zwei unabhängige Regelungen in einem Punkt oder sogar in einem Satz der Allgemeinen Geschäftsbedingungen [...] enthalten sein. Es kommt darauf an, ob ein materiell eigenständiger Regelungsbereich vorliegt. Das ist dann der Fall, wenn die Bestimmungen [...] isoliert voneinander wahrgenommen werden können.“²⁸

Ähnlich judiziert der BGH: Lässt sich eine AGB-Klausel nach ihrem Wortlaut „aus sich heraus verständlich und sinnvoll“ in einen inhaltlich zulässigen und in einen unzulässigen Regelungsteil trennen, so sei die Aufrechterhaltung des zulässigen Teils rechtlich unbedenklich.²⁹

In diesem Zusammenhang verwenden heute das österreichische³⁰ wie das deutsche³¹ Schrifttum, deutsche Instanzgerichte³², das BAG³³ und – seit Kurzem auch – der BGH³⁴ das Schlagwort „blue pencil test“. Teilweise ist auch von „geltungserhaltender Klauselabgrenzung“ die Rede.³⁵ Jüngst formulierte etwa der BGH³⁶:

„Die inhaltliche Trennbarkeit einer Klausel und damit ihre Zerlegung in einen inhaltlich zulässigen und einen inhaltlich unzulässigen Teil ist immer dann gegeben, wenn *der unwirksame Teil der Klausel gestrichen werden kann, ohne dass der Sinn des anderen Teils darunter leidet (sog. blue-pencil-test)*; ob beide Bestimmungen den gleichen Regelungsgegenstand betreffen ist dabei unerheblich.“

Die deutsche Literatur nennt vielfach drei Bedingungen für eine erfolgreiche Klauselabgrenzung nach dem „blue pencil test“: Erstens müsse der unwirksame Teil ohne Weiteres gestrichen werden können, also im sprachlichen Sinn ohne Wortlautkorrektur trennbar sein. Zweitens müsse der angemessene Teil eine aus sich heraus verständliche und sinnvolle Regelung darstellen. Drittens dürfe der angemessene Teil keine von der bisherigen Gestaltung völlig abweichende und

28 OGH 2 Ob 215/10x wobl 2012, 404 (Riss); RIS-Justiz RS0121187; erstmals in diesem Sinne (zu § 6 KSchG) OGH 6 Ob 140/06s JBI 2007, 247 (Leitner) unter Berufung auf Leitner (Transparenzgebot [2005] 68 f), St. Korinek (Das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, JBI 1999, 149 [169]) und Fitz (in FS Schnorr 652). Leitner beruft sich wiederum auf Neumann (Geltungserhaltende Reduktion und ergänzende Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen [1988] 43), demzufolge der „abzutrennende Teil [...] Wort für Wort isolierbar sein“ müsse.

29 BGH VIII ZR 155/99 NJW 2001, 292; siehe die Nachweise in BGH III ZR 325/12 NJW 2014, 141. Ausdrücklich zur Zulässigkeit der Umformulierung des Vertragstextes bekannte sich hingegen BGH IX ZR 108/94 NJW 1995, 2553; siehe dazu Hager, Der lange Abschied vom Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, JZ 1996, 175 (176 ff); Keim, Entscheidungsanmerkung, DNotZ 1996, 285 f; Reich/Schmitz, Globalbürgschaften in der Klauselkontrolle und das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion NJW 1995, 2533 (2534); weitere Entscheidungen bei Uffmann, Verbot 161 Fn 67.

30 Bollenberger, Die gefahrlose Wiederholungsgefahr nach § 28 Abs 2 KSchG, ÖBA 2010, 304 (310 Fn 41); Fidler, JBI 2014, 706; derselbe, Das bestandrechtliche Schrifttum des Jahres 2013, Jahrbuch Wohnrecht 2014 (2014) 49 (62); Geroldinger, ÖBA 2013, 33 und 36; Kellner, Rechtsbegriff 229; Leitner, Transparenzgebot 68 f; Prader/Walzel von Wiesentreu, Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, Zulässigkeit der ergänzenden Vertragsauslegung oder wie? RdW 2013, 383 (386); Riss, RdW 2007, 398; derselbe, Anmerkung zu OGH 5 Ob 42/11d, ÖBA 2012, 312; derselbe, Zwei Fragen des Transparenzgebots, ÖBA 2013, 650; Rummel in Rummel/Lukas (Hrsg), ABGB⁴ (2014) § 878 Rz 15; Vonkilch, Mietverträge im Fokus des Verbraucherrechts, wobl 2007, 185 (203); vgl auch schon Fitz in FS Schnorr 652.

31 Anstelle vieler Basedow in MünchKomm BGB⁶ (2012) § 306 Rz 18; Berger in Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg), BGB⁹ (2014) § 306 Rz 6; Grüneberg in Palandt (Hrsg), BGB⁷⁴ (2015) § 306 Rz 7.

32 Anstelle vieler (chronologisch) BayOLG REMiet 1/96 NJW-RR 1997, 1371; LAG Hamm 19 Sa 360/04 BeckRS 2004, 42047; KG (Berlin) 27 U 65/05 NJOZ 2007, 4255; LAG Schleswig-Holstein 5 Sa 499/11 BeckRS 2012, 75405; OLG Frankfurt am Main 17 U 54/12 BeckRS 2013, 03292; LAG Köln 7 Sa 101/13 Rz 157 ff BeckRS 2013, 71618.

33 BAG 10 AZR 152/07 NZA 2008, 699; 10 AZR 443/08 NZA 2009, 783; 5 AZR 483/12 NZA 2014, 1262. Eine Übersicht zur einschlägigen Rsp des BAG bietet etwa Zimmermann, Rechtsfolgen unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen in Arbeitsverträgen, ArbRAktuell 2012, 105 (106).

34 Soweit ersichtlich, erstmals in BGH III ZR 325/12 NJW 2014, 141; seither auch BGH III ZR 32/14 WRP 2014, 1469.

35 So etwa Jacobs in Rof/Giesen/Kreikebohm/Udsching (Hrsg), BeckOK Arbeitsrecht³⁴ (2014) § 306 BGB Rz 7 f mwN; Roth, Vertragsänderung 39 f.

36 BGH III ZR 325/12 NJW 2014, 141.

neue Regelung enthalten.³⁷ Speziell das letztgenannte Kriterium ist freilich äußerst unbestimmt, im Detail erscheint auch vieles umstritten.

Der OGH hat den Begriff „blue pencil test“ bislang – wie auch lange Zeit der BGH – vermieden, ohne dass sich seine Vorgehensweise wesentlich von jener unterscheiden würde, die die deutschen Höchstgerichte dezidiert als „blue pencil test“ bezeichnen. Dessen Funktionsweise sollen nun einige Beispiele aus der Rsp verdeutlichen. Gleichzeitig wird dabei die Unsicherheit offenbar, die im Umgang mit diesem Instrumentarium besteht. Die Ursachen für die Unwirksamkeit der jeweiligen Vertragstexte werden hier nicht näher analysiert.

1. OGH 10 Ob 70/07b

Der 10. Senat des OGH hatte im Rahmen eines Verbandsprozesses über die AGB eines Kreditkartenunternehmens zu urteilen, wobei die hier interessierenden Klauseln wie folgt lauteten³⁸:

„Sofort nach Erhalt hat der Karteninhaber an der auf der Karte dafür vorgesehenen Stelle seine Unterschrift anzubringen. ~~Unterlässt dies der Karteninhaber, dann übernimmt er die volle Haftung für alle Schäden, die im Falle des Verlustes oder Diebstahls der Karte durch Benützung derselben eintreten. ...~~

Die Zusendung, mit welcher der PIN-Code dem Karteninhaber übermittelt wird, ist unverzüglich nach Erhalt zu öffnen, der PIN-Code zur Kenntnis zu nehmen und unmittelbar danach zu vernichten. ~~Unterlässt dies der Karteninhaber, dann haftet er für alle Schäden, die im Fall der missbräuchlichen Verwendung des PIN-Codes eintreten.“~~

Der 10. Senat hielt fest, dass es sich bei Satz 1 und 2 der beiden Regelungen jeweils um eigenständige, sprachlich wie inhaltlich voneinander trennbare Klauseln handle. In beiden Fällen verstoße die Haftungsanordnung gegen § 879 Abs 3 ABGB bzw § 6 Abs 1 Z 9 KSchG, was jedoch der Wirksamkeit der zulässigen Teile nicht schade.

Zumal jeweils ganze Sätze mit völlig eigenständigen Regelungskreisen gestrichen wurden und die Pflichten im Hinblick auf die Unterschrift auf der Karte bzw den Umgang mit dem PIN-Code auch ohne die unwirksamen Teile von Bedeutung verbleiben, handelt es sich hier um einen unstrittigen Fall. Wohl unter jedem Klauselbegriff, der nicht vollständig formellen Kriterien verschrieben ist, gelänge man zu dem Ergebnis, dass zwei von vier Klauseln zur Gänze für unwirksam erklärt wurden.

2. BGH VIII ZR 214/80

Schon etwas komplexer war insofern eine der ersten Entscheidungen des BGH zur Frage der Teilbarkeit von Klauseln. Darin wurde folgende Bestimmung untersucht und teilweise für unwirksam erklärt³⁹:

„Der Käufer verpflichtet sich, die Ansprüche aus dem Kaufvertrag nicht abzutreten, das Fahrzeug vor Erhalt nicht weiterzuverkaufen ~~sowie die Zulassung des Fahrzeugs auf sich zu veranlassen. Der Käufer wird [die Verkäuferin] oder deren zuständigen Vertreter auf Verlangen bevollmächtigen, die Zulassung des Fahrzeugs auf den Käufer zu beantragen.~~ Bei Verstoß oder versuchtem Verstoß gegen diese Regelung kann [die Verkäuferin] ohne Fristsetzung vom Vertrag zurücktreten.“

³⁷ So die Zusammenfassung bei *Uffmann*, Verbot 157.

³⁸ OGH 10 Ob 70/07b ÖBA 2009, 922.

³⁹ BGH VIII ZR 214/80 NJW 1982, 178.

Dem BGH zufolge ordnet Satz 1 drei gesonderte Pflichten an, deren Übernahme isoliert beurteilt werden könne. Die Pflicht zur Zulassung des Fahrzeugs in Satz 1 sei rechtlich unzulässig und Satz 2 untrennbar damit verbunden, weshalb dieser ebenfalls zu entfallen habe. Davon sei aber der Rest des Absatzes nicht betroffen.

3. BGH VIII ZR 226/83

Wurden im letzten Beispiel zumindest noch ein weitgehend eigenständiger Halbsatz und ein darauf aufbauender Satz gestrichen, entschied der BGH im Jahr 1984 auf die Unwirksamkeit nur weniger Wörter⁴⁰:

„Bei Rückgabe von ~~Teppichen~~, Matratzen, Gardinen und Bettwäsche wird der Verkehrswert, ~~höchstens 10%~~ vergütet, da diese nur bedingt zu gebrauchen sind.“

Dazu hielt der BGH fest, dass eine Regelung des Inhalts, dass der Käufer im Falle des Rücktritts den Kaufpreis nur in Höhe des Verkehrswertes der Sache zurückerhält, bei Barzahlungskäufen⁴¹ nicht zu beanstanden sei. Enthalte die Klausel keine Begrenzung auf einen bestimmten Prozentsatz des zu vergütenden Verkehrswertes, so entfallen auch allfällige Bedenken gegen eine fehlende Differenzierung nach der Art der Kaufgegenstände. Eine derartige Beschränkung des Unterlassungsgebots scheitere auch nicht an dem Verbot der geltungserhaltenden Reduktion. Dass das Wort „Teppichen“ letztlich unwirksam war, hing eng mit dem Umfang der Unterlassungserklärung und jenem der Rechtsrüge in der Revision zusammen.

4. BGH III ZR 63/83

Speziell unter Verdacht, in Wahrheit nur eine geltungserhaltende Reduktion vollzogen zu haben, stehen jene Entscheidungen, in denen komplexe Regelungen durch Streichung einzelner Wörter „gerettet“ wurden. Beispielsweise entschied sich der BGH in einer relativ frühen Entscheidung dazu, folgende Regelungen durch das wiederholte Streichen des Wortes „unwiderruflich“ aufrecht zu erhalten⁴²:

„Der Bauherr [...] hat weiterhin die Bank der Firma L ~~unwiderruflich~~ zur Auszahlung der fälligen Beträge zu beauftragen. [...]
Die Sparkasse wird hiermit ~~unwiderruflich~~ beauftragt, zu Lasten des oben genannten Treuhandkontos an die Firma L-GmbH folgende Überweisungen vorzunehmen: [...]
Sind die erforderlichen Mittel an den vereinbarten Zahlungsterminen auf dem Treuhandkonto [...] nicht verfügbar, beauftrage ich die Sparkasse S. ~~unwiderruflich~~, die Zwischenfinanzierung der fälligen Raten vorzunehmen.“

Der BGH argumentierte, dass sich der Widerrufs Ausschluss „ohne inhaltliche Veränderung sprachlich auch in einem selbständigen Satz ausdrücken“ hätte lassen. Auch ohne den Zusatz „unwiderruflich“ sei die restliche Klausel eine in sich verständliche, inhaltlich selbstständige und dabei unbedenkliche Regelung. Der BGH betonte dabei, dass es sich keineswegs um eine geltungserhaltende Reduktion handle.

40 BGH III ZR 226/83 NJW 1985, 320.

41 Vgl. § 2 Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte.

42 BGH III ZR 63/83 NJW 1984, 2816.

5. BAG 10 AZR 443/08

Das BAG meinte, in folgendem Fall eine unwirksame Klausel von anderen wirksamen Regelungen abzugrenzen, anstatt eine einzelne Klausel geltungserhaltend zu reduzieren⁴³:

„Voraussetzung für die Auszahlung des Bonus ist ein ~~ungekündigtes~~ Arbeitsverhältnis zum Abschluss des Geschäftsjahres. Die Gewährung des Bonus erfolgt freiwillig unter dem Vorbehalt der einseitigen Änderungsmöglichkeit durch die Gesellschaft sowie mit der Maßgabe, dass auch durch eine wiederholte Zahlung ein Rechtsanspruch für die Zukunft begründet wird.“

Dazu hielt das BAG geradezu lapidar fest, dass die Auszahlung des Bonus nach Streichung des Wortes „ungekündigtes“ nur noch das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zum Abschluss des Geschäftsjahres voraussetze. Die Klausel sei damit sprachlich teilbar, wobei die restliche Regelung verständlich bleibe.

6. OGH 2 Ob 22/12t

2013 urteilte der OGH über eine nachträglich vereinbarte Konvertierungsklausel in einem Fremdwährungskreditvertrag. Die Klausel enthielt ein sogenanntes „Stop-loss-Limit“ bei Anstieg des Gegenwertes der Finanzierung um 15 %⁴⁴:

„2. Sie akzeptieren ein Stop-loss-Limit zu Ihrer ausgenützten Fremdwährung in der Form, dass Sie ab einer Kursschwankung von 15 % (Kurs 1,29) aus der Währung in den Euro zurück konvertiert werden. Das bedeutet, dass Sie nach einer Ausnützung in Währung dann automatisiert aus dieser Währung in Euro konvertiert werden, wenn der Gegenwert Ihrer Finanzierung um 15 % gestiegen ist. Diese Konvertierung zum Stop-loss-Limit hat den Sinn, das Risiko von Kursschwankungen für Ihre Finanzierung mit 15 % begrenzen zu können.“ (Gesamte Klausel unwirksam.)

Der OGH erachtete die Regelung vor allem wegen des Automatismus der Konvertierung für unzulässig.⁴⁵ Zur Frage, ob sie teilweise aufrechterhalten werden könne, führte der 2. Senat unter Berufung auf die Rsp des EuGH wörtlich aus: „Eine geltungserhaltende Reduktion (etwa durch Beseitigung des Begriffs ‚automatisiert‘) auf den unbedenklichen Teil der Vertragsbestimmung kommt nicht in Betracht.“ Daher erklärte der OGH den gesamten Punkt 2. für unwirksam.

Jedenfalls auf den ersten Blick leuchtet schwerlich ein, inwiefern sich die Streichung des Wortes „automatisiert“ von den beiden Entscheidungen des BGH und des BAG unterschieden hätte. Ob damit der beanstandete Automatismus abgewendet worden wäre, scheint aber ohnehin fraglich.⁴⁶

7. OGH 7 Ob 78/06f

Gänzlich unverständlich muten einzelne Ergebnisse einer OGH-Entscheidung aus einem Verbandsprozess an, der Muster-AGB für Mietverträge zum Gegenstand hatte.⁴⁷ Die hier interessierenden Klauseln lauteten wie folgt:

⁴³ BAG 10 AZR 443/08 NZA 2009, 783.

⁴⁴ OGH 2 Ob 22/12t JBl 2013, 519; zur Entscheidung siehe *Fidler*, JBl 2014, 705 f; *Holly*, Unzulässige Konvertierung eines Fremdwährungskredits: Für welchen Schaden haftet die Bank? *ecolex* 2013, 503 (503 ff); *Kellner*, Konvertierungsklauseln und -orders beim Fremdwährungskredit, *ÖBA* 2014, 920 (920 ff).

⁴⁵ Siehe insb Punkt 2.3.5. der Entscheidung.

⁴⁶ Arg: „konvertiert werden“ im ersten und im zweiten Satz der Klausel. Ob eine Streichoperation dahin gehend möglich gewesen wäre, aus „konvertiert werden“ das Wort „konvertieren“ zu formen, wurde nicht thematisiert; siehe dazu noch Punkt III.C.

⁴⁷ OGH 7 Ob 78/06f JBl 2007, 181 = wobl 2007, 74 (*Call*); dazu *Böhm/G. Graf*, *Miete und Konsumentenschutz I*, *immolex* 2007, 102 (102); *Böhm*, *Miete und Konsumentenschutz II*, *immolex* 2007, 134 (139).

„2. Verfügungen über die Außenflächen des Mietgegenstandes bedürfen der ~~schriftlichen~~ Zustimmung des Vermieters. [...]“

4. ~~Eine Änderung des Mietzwecks bedarf der schriftlichen Zustimmung des Vermieters. [...]~~

7. ~~Vereinbart wird, dass der Hauptmietzins auf Basis des vom Statistischen Zentralamt monatlich verlautbarten Verbraucherpreisindex 1996 (VPI 96) wertbeständig erhalten wird, wobei eine Verringerung des Hauptmietzinses ausgeschlossen wird.“~~

Die Unwirksamkeit des Schriftlichkeitserfordernisses in Punkt 2. und 4. ergab sich laut OGH aus § 10 Abs 3 KSchG. Ohne näher auf die Teilbarkeit der jeweiligen Klauseln einzugehen, erklärte der OGH in Klausel 2. nur das Wort „schriftlich“ für unzulässig, während Klausel 4. zur Gänze unwirksam sei. Diese unterschiedliche Behandlung war primär prozessual bedingt⁴⁸, ist aber (vor dem Hintergrund des vom OGH betonten Verbotes der geltungserhaltenden Reduktion) allgemein nur dann erklärbar, wenn schon das Wort „schriftlich“ eine eigenständige Klausel sein kann.⁴⁹

Auch die Berufung auf Punkt 7. der AGB, der gegen das Symmetriegebot des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG verstieß, wurde dem Verwender vollständig untersagt.⁵⁰ Riss⁵¹ und Vonkilch⁵² monierten diesbezüglich, dass dieser Verstoß auch durch Streichen des letzten Halbsatzes saniert worden wäre, was der ansonsten unbedenklichen Wertsicherungsklausel keinen Abbruch getan hätte. Mit der Teilbarkeit dieser Regelung in mehrere Klauseln setzte sich der OGH allerdings nicht auseinander; offensichtlich hatte die Beklagte insofern eine uneingeschränkte Unterlassungserklärung abgegeben und nur die – vom OGH letztlich bejahte – Wiederholungsgefahr bestritten. Das uneinheitliche Bild, das diese Entscheidung im Hinblick auf den Umfang der Unwirksamkeit vermittelt, ist also primär prozessual bedingt.⁵³

III. Die „blue pencil rule“

Diese kleine Auswahl an Entscheidungen – mit ihren zum Teil nur scheinbaren Widersprüchen – belegt das Potenzial, das der Klauselabgrenzung und damit dem Instrumentarium des „blue pencil test“ innewohnt. Rein sprachlich lässt sich in nahezu allen geschilderten Fällen der problematische Teil vom unbedenklichen in Form einer Streichoperation trennen. Die in einzelnen Prozessen erzielten Ergebnisse könnten aber unterschiedlicher nicht sein – Grund genug, dem Instrument des „blue pencil test“ näher nachzugehen.⁵⁴

48 In der Entscheidung heißt es: „Die Klauseln 2, 3 und 13 wurden nach der Formulierung des Klagebegehrens dort zwar mit ihrem gesamten Text wiedergegeben, aber nur im Umfang der nicht in eckige Klammer gesetzten Wortfolgen angefochten. Diesem Umstand war im Spruch der Entscheidung Rechnung zu tragen.“ Der Spruch lautete im Hinblick auf die Klausel 2: „2. [Verfügungen über die Außenflächen des Mietgegenstandes bedürfen der] schriftlichen [Zustimmung des Vermieters.]“.

49 H. Böhm, *immolex* 2007, 139.

50 Siehe den Spruch der Entscheidung. Zustimmend H. Böhm/G. Graf (*immolex* 2007, 103), da Wertsicherungsklauseln typischerweise nicht den Interessen des Mieters dienen würden.

51 RdW 2007, 398.

52 Mietverträge im Fokus des Verbraucherrechts, wobl 2007, 185 (203).

53 Dies wurde in der Kritik mitunter nicht hinreichend beachtet; vgl H. Böhm, *immolex* 2007, 139; Riss, RdW 2007, 398.

54 Zur Zitierweise der Beiträge und Entscheidungen aus dem common law: Grundsätzlich wurden die Zitate nach der hieszulande gängigen Zitierweise dargestellt. Die Fundstellen von Entscheidungen wurden aber in der jeweils üblichen Form belassen, sodass sie unter Verwendung des Zitats in verschiedene Datenbanken (insb Westlaw) auffindbar sind. Die vollständigen Namen der Zeitschriften bzw Entscheidungssammlungen sind in Klammer neben der üblichen Abkürzung angegeben.

A. Ursprünge und Import

Das deutschsprachige Schrifttum datiert die Geburtsstunde des „blue pencil test“ bzw der „blue pencil rule“, sofern überhaupt darauf eingegangen wird, wiederholt mit der Entscheidung *Mallan versus May* aus dem Jahr 1843.⁵⁵ Ein englisches Gericht hatte über die Wirksamkeit einer Konkurrenzklausel zu befinden, die die Tätigkeit als Zahnarzt (dentist-surgeon) in London sowie in weiteren Städten Englands und Schottlands untersagte.⁵⁶ Anstatt diese Vereinbarung einem Ganz-oder-gar-nicht-Verdict zu unterwerfen, wurde die Bestimmung im Hinblick auf London aufrecht erhalten, bezüglich der anderen Städte jedoch für unwirksam erklärt.

Dabei berief sich der Richter⁵⁷ freilich auf die Rechtssache *Chesman versus Nainby*, die letztinstanzlich schon im Jahr 1727 entschieden worden war und einen ähnlichen Sachverhalt betroffen hatte⁵⁸: Der Verpflichteten der Konkurrenzklausel war der Textilhandel innerhalb einer halben Meile des aktuellen Wohnhauses der Berechtigten oder jedes anderen Hauses untersagt, in das die Berechtigte oder bestimmte andere Personen umziehen könnten.⁵⁹ Der zweite Teil dieser Regelung hätte ein vollständiges und damit (nach bereits etablierter Rsp)⁶⁰ unzulässiges Konkurrenzverbot bedeutet. Die Verpflichtete hatte schon gegen den ersten Teil der Klausel verstoßen. Diesen hat das Gericht ungeachtet des überschießenden zweiten Teils für wirksam erklärt.

Was später – wohl erst zu Beginn des 20. Jahrhunderts⁶¹ – als „blue pencil rule“ bekannt wurde, ist damit bedeutend älter als vielfach angenommen. Dieser Name beschreibt das charakteristische Durchstreichen von unzulässigen Textpassagen mit einem blauen Stift, wie ihn Lektoren und Zensoren in England und den USA typischerweise nutzten.⁶² Im deutschen Sprachraum hätte sich womöglich die Bezeichnung „Rotstift-Test“ durchgesetzt.⁶³

55 Thüsing, BB 2006, 662; Uffmann, Verbot 158 (unter Berufung auf *Farnsworth*, Contracts II² [1990] 72); vgl auch *Murray*, Contracts – cases and materials⁶ (2006) 496.

56 Exchequer of Pleas (B. Parke) 5. 6. 1843, *Mallan and another versus May*, 11 M. & W. (Meeson & Welsby's Exchequer Reports) 653 (669); abrufbar unter <http://commonlii.org/uk/cases/EngR/1843/> (31. 5. 2015).

57 „[...] the stipulation as to not practising in London is valid, and is not affected by the illegality of the other part. That point was decided in *Chesman v. Nainby*, [...]“ Zitiert nach 11 M. & W 669 (Hervorhebungen im Original).

58 Parliament 22. 2. 1727, *David Chesman and Elizabeth his Wife versus Margery Nainby*, 2 Ld Raym (Lord Raymond's King's Bench Report) 1456 = 1 Bro. P.C. (Brown's Parliamentary Cases) 234 = 2 Stra (Strange's King's Bench Reports) 739; abrufbar unter <http://commonlii.org/uk/cases/EngR/1727/> (31. 5. 2015).

59 „[...] that [Elisabeth Vickers] shall not nor will, at any time after she shall have left the service of her the said Margery [Nainby], set up or exercise the said trade or mystery of a linen draper, either by herself or by any other person or persons in trust for her, or for her use, either directly or indirectly, in any shop, room, or place, within the space of half a mile of the now dwelling-house of the said Margery Nainby, situate in Drury-lane, ~~or of any other house that she the said Margery Nainby, her executors or administrators, shall think proper to remove to,~~ in order to carry on the said trade of linen draper.“ Zitiert nach 1 Bro. P.C. 234 (eigene Hervorhebungen).

60 Siehe dazu *American Bar Association*, The Rule of Reason (1999) 24 ff mit zahlreichen Nachweisen; ferner die Entscheidung *Mitchel versus Reynolds* aus 1711 (24 E.R. [English Reports] 347; aus dem Abdruck gehen weder ein genaues Datum noch die exakte Bezeichnung des Gerichts hervor); abrufbar unter <http://commonlii.org/uk/cases/EngR/1711/> (31. 5. 2015).

61 Siehe insb High Court (King's Bench Division) 12. 2. 1920, *Attwood versus Lamont*, 2 K.B. (Law Reports, King's Bench) 146 (149, 155); das Ergebnis allerdings ablehnend Court of Appeal 30. 7. 1920, *Attwood versus Lamont*, 3 K.B. 571.

62 Siehe nur *Barzun*, Behind the Blue Pencil. Censorship or Creeping Creativity? *American Scholar* 1985, 28; *Reitz*, Dictionary for Library and Information Science (2004) 83.

63 Vgl *Kellner*, Rechtsbegriff 229; *Leitner*, Transparenzgebot 69; *Nicholls*, Criminal Rate of Interest and Notional Severance, BFLR-CAN (Banking & Finance Law Review) 18 (2002/2003) 285 (Fn 7 unter Hinweis auf *Waldron*, The Law of Interest in Canada [1992] 202).

In ihrer reinsten und ursprünglichen Form zeichnet sich diese Methode dadurch aus, dass dem Richter zwar das Streichen jener Textpassagen, die zur Unwirksamkeit der Bestimmung führen, gestattet ist, andere Eingriffe in den Vertragstext – insbesondere Umformulierungen – aber untersagt sind. Der Richter solle nicht privatautonome Parteienvereinbarungen neu gestalten, sondern nur einen Rechtsstreit entscheiden. Das bloße Streichen eines Vertragsteiles sei im Unterschied zur Umformulierung keine Neugestaltung, denn der unangemessene Teil könne unter geringstmöglichem Eingriff in den Vertrag gezielt eliminiert werden.⁶⁴ Der Hauptanwendungsbereich der „blue pencil rule“ lag über lange Zeit in der Beschränkung von Konkurrenzklauseln, die im Hinblick auf die untersagte Tätigkeit, die Verbotsdauer oder das betroffene Gebiet überschießend formuliert waren. Die Gerichte strichen ohne Weiteres geografische Namen oder Umschreibungen relevanter Tätigkeitsfelder bzw sonstiger Konkurrenzsituationen⁶⁵, sahen sich aber – wegen der formellen Grenzen der „blue pencil rule“ – außerstande, überlange Verbotsfristen durch angemessene zu ersetzen (zB drei statt fünf Jahre). Auch aus Haftungsausschlüssen wurden wiederholt einzelne Wörter, Satzteile oder Sätze eines Absatzes herausgestrichen.⁶⁶

Freilich galt die strikt verstandene „blue pencil rule“ vielen schon bald als zu starr und unsachlich. Denn auch das Streichen von Vertragstext sei ein richterlicher Eingriff in den Vertrag.⁶⁷ Die „blue pencil rule“ räume der formellen Gestaltung des Vertrags ein überproportionales Gewicht ein⁶⁸ und sei eine Einladung zu ausufernden Formulierungen.⁶⁹ Daher wurde sie in unterschiedlichen Ausprägungen fortentwickelt. Beispielsweise hat § 184 Restatement (Second) of Contracts aus dem Jahr 1979 die – noch in § 518 Restatement (First) of Contracts (1932) niedergelegte⁷⁰ – „blue pencil rule“ zugunsten einer flexibleren Regelung verworfen, die verbreitet als „rule of reasonableness“ bezeichnet wird und dem Gericht auch gewisse Umformulierungen gestattet.⁷¹ Bis heute ist die Rsp der Gerichte, insbesondere in den einzelnen US-Bundesstaaten, uneinheitlich; der „blue pencil test“ ist somit keineswegs nur Teil der Rechtsgeschichte⁷², sondern in verschiedenen „Spielarten“ gelebte Praxis (zB „strict“ und „liberal blue pencil doctrine“).⁷³

64 Siehe (anstelle vieler) *Richards*, Law of Contract⁸ (2007) 333 ff.

65 Siehe zB Court of Appeal 17. 12. 1914, *Goldsoll versus Goldman*, [1915] 1 Ch 292: „business of a vendor of or dealer in ~~real or~~ imitation jewellery in the county of London or any part of the United Kingdom of Great Britain and Ireland [?] and the Isle of Man or in France, the United States, Russia, or Spain, or within twenty five miles of Potsdamerstrasse, Berlin, or St. Stefans Kirche, Vienna“; Court of Appeals of Indiana 31. 8. 1982, *Seach versus Richards*, *Dieterle & Co*, 439 N.E.2d (North Eastern Reporter, Second Series) 208: „present, ~~past, and prospective~~ clients“.

66 Supreme Court of Ohio 2. 4. 1975, *Raimonde versus van Vlerah*, 42 Ohio St. 2d (Ohio State Reports, Second Series) 21; English Court of Appeal 23.02.2001, *Watford Electronics Limited versus Sanderson CFL Limited*, [2001] EWCA Civ (England and Wales Court of Appeal Civil Division) 317; Court of Appeal (Civil Division) 15. 4. 2008, *Regus (UK) Ltd versus Epcot Solutions Ltd*, [2008] EWCA Civ 361; vgl auch *Lawson*, Exclusion Clauses and Unfair Contract Terms¹⁰ (2011) Rz 9.28.

67 Supreme Court of Ohio 2. 4. 1975, *Raimonde versus van Vlerah*, 42 Ohio St. 2d 21.

68 Supreme Court of Alaska 1. 7. 1988, *Data Management Inc versus Greene and Van Camp*, 757 P.2d 62: „Blue pencil approach to overbroad covenants not to compete, which allows court to delete words if the covenant could become enforceable by doing so, is too mechanical in that it values wording of contract over its substance“.

69 Zahlreiche Nachweise bei *Nicholls*, BFLR-CAN 18, 285 (bei Fn 6 ff); *Pivateau*, Putting The Blue Pencil Down: An Argument For Specificity In Noncompete Agreements, NELR (Nebraska Law Review) 86 (2008) 673 (681 ff).

70 Siehe dazu die Nachweise bei *Handler/Lazaroff*, Restraint Of Trade And The Restatement (Second) Of Contracts, NYULR (New York University Law Review) 57 (1982) 669 (671 Fn 6).

71 Vgl Supreme Court of Ohio 2. 4. 1975, *Raimonde versus van Vlerah*, 42 Ohio St. 2d 21.

72 Diesen Eindruck erweckt insb *Uffmann*, Verbot 160 („Im anglo-amerikanischen Rechtskreis stützt man sich [...] mittlerweile nicht mehr auf die ‚blue-pencil-rule‘ [...]“); vgl auch *Thüsing*, BB 2006, 661.

73 *Murray*, *Murray on Contracts*⁵ (2011) § 99 E; *Pivateau*, NELR 86, 682 ff, je mwN; vgl auch *Emanuel*, Contracts (2010) 448 f.

Für das deutsche Recht gehörte *Zimmermann* im Jahr 1979 zu den Ersten, die den „blue pencil test“ als Instrument zur Trennung von wirksamen und unwirksamen Vertragsteilen empfahlen.⁷⁴ In der Sache findet er sich auch schon in Entscheidungen des BGH aus den Jahren 1980 und 1981.⁷⁵ Für die Verbreiterung des Begriffes „blue pencil test“ sorgte nicht zuletzt *Heinrichs*, der ihn in die 48. Auflage des Palandt-BGB-Kommentars aufnahm.⁷⁶ Als die deutsche Lehre und Judikatur Anfang der 1980er Jahre auf den „blue pencil test“ aufmerksam wurden, hatten sich somit im Common-law-Rechtskreis bereits zahlreiche Varianten und Gegenpositionen entwickelt. Auch in der gegenwärtigen Diskussion sind, wie zuvor dargestellt, die Grenzen dieses Instrumentes keineswegs eindeutig abgesteckt. Bei Verwendung des Begriffes „blue pencil test“ ist also Vorsicht geboten. In weiterer Folge wird er nur im Kontext der Abgrenzung einzelner sprachlich (zB in einem Satz oder Absatz) zusammengefasster AGB-Regelungen und dabei in seiner strengsten Form verwendet, wonach ausschließlich das Durchstreichen von Text erlaubt und jede Umformulierung untersagt ist.⁷⁷

Missverständlich sind auch die vielfach verwendeten Begriffe „Teilunwirksamkeit“ oder „Teilbarkeit einer Klausel“.⁷⁸ Derartiges ist nach dem Verbot der geltungserhaltenden Reduktion im Grunde nicht mehr möglich – einzelne Klauseln sind entweder wirksam oder nicht. Es kann im Lichte der Rsp des EuGH nur darum gehen, (vollständige) Klauseln voneinander abzugrenzen. Der Begriff der „Teilunwirksamkeit“ kommt zudem in anderem Zusammenhang vor. Die Klausel-RL anerkennt das Konzept der Teilunwirksamkeit ausdrücklich in Art 6 Abs 1 Hs 2, wonach „der Vertrag für beide Parteien auf derselben Grundlage bindend bleibt, wenn er ohne die mißbräuchlichen Klauseln bestehen kann“ (vgl auch § 306 Abs 1 BGB). Dabei geht es freilich um die Restgültigkeit des gesamten Vertrages trotz einzelner missbräuchlicher Klauseln. Auch dies ist und war ein Aspekt des „blue pencil test“⁷⁹, entspricht aber nicht seinem „Haupteinsatzgebiet“ in der gegenwärtigen Diskussion.

B. Vorrang der Formulierung?

Ein wichtiges Anwendungsgebiet der „blue pencil rule“ sind Freizeichnungsklauseln, mit denen die AGB-Aufsteller ihre Haftung nach Möglichkeit zu begrenzen versuchen.⁸⁰ Je nach ihrer Formulierung gelangt man auf Basis des „blue pencil test“ zu sehr unterschiedlichen Ergebnissen:

„Die Haftung des [AGB-Verwenders] für Sachschäden ist bei leichter, grober und krass grober Fahrlässigkeit ausgeschlossen.“ Bei unbefangener Betrachtung und nach allgemeinem Sprachgebrauch mag man diesen Satz als „eine Klausel“ qualifizieren. Er enthält allerdings Haftungsaus-

⁷⁴ *Zimmermann*, Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit? (1979) 79.

⁷⁵ BGH VIII ZR 273/79 NJW 1981, 117; VIII ZR 214/80 NJW 1982, 178; siehe Punkt II.C.2.

⁷⁶ *Heinrichs* in *Palandt* (Hrsg), BGB⁴⁸ (1989) Vorb. zu § 8 AGBG Anm 3d; vgl nun *Grüneberg* in *Palandt* (Hrsg), BGB⁷⁴ (2015) § 306 Rz 7 mit zahlreichen Nachweisen aus der Rsp.

⁷⁷ Mitunter erachtete der BGH freilich auch gewisse Umformulierungen als zulässig; siehe Fn 29.

⁷⁸ Anstelle vieler *Roloff* in *Erman*, BGB I¹⁴ (2014) § 306 Rz 11; vgl auch *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts⁹ (2004) § 43 Rz 84; „aus der Klausel einzelne unwirksame Teile herausgenommen“; weitere Nachweise bei *Uffmann*, Verbot 153 Fn 21.

⁷⁹ Zum Teil wird freilich vertreten, dass Art 6 Abs 1 Klausel-RL oder § 306 Abs 1 BGB der blue pencil rule entspreche; siehe *Padfield*, The Impact On English Contract Law Of The EC Directive On Unfair Terms In Consumer Contracts, J.I.B.L. (Journal of International Banking Law) 10 (1995) 175 (179); *Schlewing*, Vertragsgestaltung – Auslegung, Unklarheitenregel, geltungserhaltende Reduktion, blue-pencil-Test, ergänzende Vertragsauslegung und Verweisungsklauseln, NZA-Beilage 2012, 33 (33).

⁸⁰ Siehe zB OGH 5 Ob 42/11d ÖBA 2012, 312 (*Riss*); BGH VI ZR 4/84 BGHZ 96,18 = JZ 1986, 342 (*Prölss*); dazu auch *Hager*, Der lange Abschied vom Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, JZ 1996, 175 (177).

schlüsse zugunsten nur eines Vertragsteiles für 1) leichte, 2) grobe und 3) krass grobe Fahrlässigkeit bei Sachschäden.⁸¹ Genauso gut ließe sich für jeden Verschuldensgrad, für die Begrenzungen auf eine Vertragsseite und auf Sachschäden jeweils ein eigenständiger Satz formulieren.⁸² Nun besteht kein Zweifel, dass „eine Klausel“ wie diese in einem Verbrauchervertrag in mehrfacher Hinsicht gesetzeswidrig wäre. Sie verstößt hinsichtlich der groben und krass groben Fahrlässigkeit gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG und steht jedenfalls hinsichtlich der krass groben Fahrlässigkeit in Konflikt mit § 879 Abs 1 ABGB.⁸³ Allenfalls könnte die Regelung wegen ihrer Einseitigkeit zugunsten des Klauselverwenders insgesamt gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB sein.⁸⁴ Diese Defizite lassen sich jedoch durch simples Streichen weniger Wörter beheben, womit ein unbedenklicher beidseitiger Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit bei Sachschäden übrig bliebe: „Die Haftung ~~des [AGB-Verwenders]~~ für Sachschäden ist bei leichter, ~~grobe~~ und ~~krass grobe~~ Fahrlässigkeit ausgeschlossen.“ Ist die geltungserhaltende Reduktion einer Klausel unzulässig, setzt diese Vorgehensweise voraus, dass es sich dabei um mehrere eigenständige Klauseln handelt, von denen einzelne für nichtig erklärt werden können.

Dem Ausgangsbeispiel inhaltlich gleichwertig erscheint folgende Regelung: „Der [AGB-Verwender] haftet bei Sachschäden nur für krass grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz.“ Dieser Satz wäre in einem Verbrauchervertrag aus denselben Gründen zu beanstanden wie der vorige. Die Streichoperation des „blue pencil test“ ist aber nur teilweise erfolgreich: „~~Der [AGB-Verwender]~~ haftet bei Sachschäden nur für ~~krass~~ grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz.“ Sollte die Einseitigkeit im Lichte des § 879 Abs 3 ABGB problematisch sein, ist dieser Satz mithilfe des „blue pencil test“ wohl nicht zu retten; schließlich käme dem aktiv formulierten Satz das Subjekt abhanden. Doch auch die Streichung des Wortes „krass“ erscheint bedenklich; vom vorherigen Beispiel unterscheidet es sich dadurch, dass nicht aus einer Liste von grammatisch gleichwertigen Tatbeständen gestrichen, sondern eine Qualifikation entfernt wird, die auf den verbleibenden Teil („grob fahrlässig“) bezogen ist. Ohne die Option einer geltungserhaltenden Reduktion muss hier Farbe bekannt werden: Ist schon das Wort „krass“ eine eigene Klausel?

Vollends versagt der „blue pencil test“ bei folgender Formulierung eines inhaltlich gleichgelagerten Haftungsausschlusses: „Die Haftung ~~des [AGB-Verwenders]~~ für Sachschäden ist bei Fahrlässigkeit ausgeschlossen“ oder „[...] ist bei ~~grobe~~ Fahrlässigkeit ausgeschlossen“.⁸⁵ Mit bloßem Streichen lässt sich hier keine zulässige Klausel „zimmern“, der Haftungsausschluss muss zur Gänze entfallen.

Mit dem „blue pencil test“ lassen sich außerdem missbräuchliche negative Formulierungen durch Streichung des Wortes „nicht“ in ihr Gegenteil verkehren. Zum Teil folgt daraus auch eine Reduktion auf das gesetzlich noch Zulässige. „Der [AGB-Verwender] haftet ~~nicht~~ für grobe Fahrlässigkeit

81 Für die Unzulässigkeit einer derartigen Klauselgestaltung vor dem Hintergrund des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion etwa *Fitz* in FS Schnorr 652; *H. Schmidt* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht¹¹ § 306 Rz 13; aA *Schlosser* in *Staudinger*, BGB (2013) § 306 Rz 20 („Strategische Aufspaltung von Texten wie ‚Haftungsausschluss bei leicht oder grob fahrlässigem Verhalten‘ sind zielführend“).

82 Vgl auch das Beispiel bei *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil⁹ § 43 Rz 84 (Terminsverlust, wenn Schuldner mit zwei Raten „ganz ~~oder teilweise~~ in Verzug“ gerät).

83 Siehe (anstelle vieler) OGH 3 Ob 196/13i JBl 2014, 641; vgl auch *G. Graf* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.01} § 879 Rz 303 ff.

84 Zur „gröblichen Benachteiligung“ im Vergleich zur Rechtsposition des anderen Vertragsteils siehe (anstelle vieler) RIS-Justiz RS0014676 (insb T4, T32); *Koziol/Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 436; *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 879 Rz 378, je mwN.

85 Vgl *Thüsing*, BB 2006, 662 unter Berufung auf *Larenz*.

und Vorsatz bei Sachschäden.“ Wer für grobe Fahrlässigkeit nicht haftet, muss kraft Größenschluss grundsätzlich auch nicht für leichte eintreten; es liegt ein vollständiger und damit unwirksamer Haftungsausschluss vor. Allenfalls könnte diese Klausel intransparent sein. Mit dem „blue pencil test“ ließe sich dem aber abhelfen, womit ein (einseitiger) Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit herauskäme. Hätte der AGB-Verfasser hingegen die Formulierung „haftet weder für grobe Fahrlässigkeit noch Vorsatz“ gewählt, scheitern wohl alle Rettungsversuche auf Basis der „blue pencil rule“.

Und schließlich muss man sich beim „blue pencil test“ die Frage stellen, ob nicht doch geringfügige orthografische bzw grammatische Unschärfen in Kauf genommen werden müssen – etwa beim eingangs gebrachten Beispiel: ~~„Ansprüche aus Gewährleistung und die Haftung für Sachschäden bei leichter Fahrlässigkeit sind ausgeschlossen.“~~ In einer derart „zusammengestrichenen“ Klausel sind der Plural des Prädikats und die Kleinschreibung zu Satzbeginn eindeutig inkorrekt. Soll das aber der Wirksamkeit des Haftungsausschlusses entgegenstehen? Wohl niemand würde eine Vertragsregelung, die entsprechende Fehler von Anfang an enthält, als iSd § 869 ABGB unbestimmt, intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG oder dergleichen bewerten.

C. Eignung zur Problemlösung?

Wäre für die Abgrenzung einzelner Klauseln voneinander tatsächlich allein entscheidend, ob Vertragstext durchgestrichen werden kann und dabei ein grammatikalisch sowie inhaltlich nicht zu beanstandender Text bestehen bleibt, würde die Formulierung der Regelung ganz wesentlich über Sein und Nichtsein der inhaltlich unbedenklichen Teile entscheiden. Gegen gewisse Anreize, sich um eine sorgfältige Vertrags- und AGB-Gestaltung zu bemühen, – wie sie auch aus dem Transparenzgebot folgen – ist gewiss nichts einzuwenden.⁸⁶ Bei striktem Verständnis lüde der „blue pencil test“ aber zur überbordenden, in Einzelaufzählungen zerfallenden AGB-Gestaltung ein.⁸⁷ Im Hinblick auf den Präventionsgedanken, die nach Ansicht des EuGH zentrale Wertung für das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion⁸⁸, macht es freilich keinen Unterschied, ob das verpönte Übermaß mit einer zulässigen Regelung sprachlich untrennbar verquickt oder in Form von Einzelaufzählungen in den Vertrag eingeführt wird. Die Ergebnisse des strikten „blue pencil test“ fordern daher zwangsläufig zur Kritik heraus.⁸⁹

⁸⁶ Vgl. Schlosser in Staudinger, BGB (2013) § 306 Rz 20.

⁸⁷ Siehe beispielsweise Schlosser in Staudinger, BGB (2013) § 306 Rz 20; Boundy, Business Contracts Handbook (2012) 125 („It is better to [...] break the clause into more specific parts so that the court could delete (blue-pencil) just the void part and leave the rest standing.“); High Court (Chancery Division) 25. 2. 2011, *Francotyp-Postalia Limited versus Whitehead*, [2011] EWHC 367 (Ch): Die relevante Klausel statuierte ein Konkurrenzverbot innerhalb der „restricted area“, die in einer anderen Klausel definiert war. Auf diese Definition bezogen sich noch weitere Klauseln. Der Richter hielt die Konkurrenzklausel im Hinblick auf ihren territorialen Anwendungsbereich für überschießend, sah sich aber zu keiner Begrenzung durch Streichung einzelner geografischer Bezeichnungen in der Lage, weil die Definition der „restricted area“ in Verbindung mit anderen Klauseln unproblematisch sei. Die Konkurrenzklausel wurde daher zur Gänze gestrichen; dabei hielt der Richter ausdrücklich fest, dass das Ergebnis ein anderes sein könnte, wenn die relevante Region in jeder einzelnen Klausel (statt in einer) umschrieben gewesen wäre.

⁸⁸ EuGH 14. 6. 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito* Rn 68 ff; zur Frage, ob dieser Gedanke auch gegenüber gutgläubigen AGB-Verwendern, die die Bestimmung nach sorgfältiger Prüfung für zulässig erachtet haben und erachten durften, verfährt, siehe Fidler, JBl 2014, 695 f; H. Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht¹¹ § 306 Rz 15, je mwN.

⁸⁹ Rummel in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 878 Rz 15; aus dem deutschen Schrifttum H. Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht¹¹ § 306 Rz 12 ff; Thüsing in Graf von Westphalen (Hrsg), Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke (2007) Arbeitsverträge Rz 119; Uffmann, Verbot 157 ff, je mwN.

Wäre außerdem jeder Eingriff legitim, solange nur Text gestrichen wird, so ermöglichte der „blue pencil test“ Ergebnisse, die nur als geltungserhaltende Reduktion zu bezeichnen und mit den Leitlinien des EuGH klar unvereinbar sind. Schließlich könnten so aus überschießenden „15 %“ oder „9,5 %“ (Verzugs-)Zinsen „5 %“ („15 %“ oder „9,5 %“) werden. Genauso gut ließe sich die Wendung „keine Haftung“ in ihr Gegenteil verkehren („keine Haftung“ oder „keine Haftung“). Die „blue pencil rule“ bedarf somit jedenfalls gewisser Einschränkungen. Eine davon könnte lauten, dass nur ganze Wörter gestrichen werden dürfen. Diese Regel wird man aber schon für Ergänzungsstriche wieder einschränken müssen. So stünde etwa eine Freizeichnungsregelung mit der Formulierung „Sach- und Personenschäden“ in Konflikt mit § 6 Abs 1 Z 9 KSchG; dieser ließe sich aber ohne Weiteres durch reines Streichen beheben („Sach-~~und Personen~~schäden“). Dabei wird allerdings kein ganzes Wort gelöscht; diesen Fall anders zu behandeln als die Klausel „Sachschäden ~~und Personenschäden~~“ käme geradezu Willkür gleich. Das Streichen der Wörter „nicht“ oder „keine“ allein wäre wohl grundsätzlich unzulässig. Die „blue pencil rule“ muss also jedenfalls durch zahlreiche – hier nicht annähernd abschließend darstellbare – Ausnahmen modifiziert werden. Ihre bestechende Einfachheit entpuppt sich als bloßer Schein.

Wiederholt wurde in Entscheidungen aus dem „common law“ festgehalten, dass der erfolgreiche „blue pencil test“ nur Mindestvoraussetzung sei, aber nicht zwangsläufig Teilbarkeit bedeute.⁹⁰ Auch solche Regelungen, die sich grammatisch teilen lassen, können „in Wahrheit eine einzige Klausel“ („in truth but one covenant“) sein.⁹¹ Dann aber definiert die „blue pencil rule“ gerade nicht den Klauselumfang, sondern limitiert nur die Reichweite der Unwirksamkeitssanktion einerseits und den zulässigen Eingriff in das Vertragswerk andererseits. Ursprünglich diene die „blue pencil rule“ keineswegs der Abgrenzung einzelner Klauseln voneinander – also der tatbestandlichen Umschreibung einer Klausel – mit dem Ziel, diese gesondert auf ihre Missbräuchlichkeit zu prüfen und gegebenenfalls zu eliminieren. Auch ein von Präventions- und Verbraucherschutzgedanken getragenes Verbot der geltungserhaltenden Reduktion spielte für die Väter des „blue pencil test“ (zunächst) keine Rolle.⁹² Vielmehr wurde er als Reaktionsmöglichkeit auf missbräuchliche Vertragsbestimmungen bei geringstmöglichem richterlichem Eingriff in das bestehende Regelwerk entwickelt. Die „blue pencil rule“ bestimmt damit im Grunde nicht den „Gegenstand der Wirksamkeitsprüfung“⁹³, sondern setzt der Rechtsfolge Grenzen. In seiner Urform ist der „blue pencil test“ also eine formalistische Form der geltungserhaltenden Reduktion – und nicht ihr Kontrapunkt.⁹⁴ Letztlich kann er daher bei der Abgrenzung einzelner Klausel voneinander nur ein Hilfsinstrumentarium mit Indizcharakter sein.⁹⁵

90 High Court (Chancery Division) 20. 12. 1946, *Routh versus Jones*, [1947] 1 All E.R. (All England Law Reports) 179 (181: „As regards severability, a composite covenant may only be severed if, and to the extent that, on its true construction, the covenant in truth consists of two or more separate covenants.“); vgl schon Zimmermann, Richterliches Moderationsrecht 79 f mwN.

91 Siehe dazu Beale, Chitty on Contracts I³¹ (2014) Rz 16-201; *Furmston*, Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract¹⁶ (2012) 533; ferner Fn 89.

92 Zum Präventionsgedanken siehe aber beispielsweise Supreme Court of Ohio 2. 4. 1975, *Raimonde versus van Vlerah*, 42 Ohio St. 2d 21; Supreme Court of Canada 23. 1. 2009, *Shafron versus KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 SCC (Supreme Court of Canada) 6 = [2009] 1 S.C.R. (Supreme Court Reports) 157.

93 *Medicus*, Rechtsfolgen für den Vertrag bei Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in *Heinrichs/Löwe/Ulmer* (Hrsg), Zehn Jahre AGB-Gesetz (1987) 83 (89).

94 Vgl aber *Fidler*, JBl 2014, 705 f.

95 Im Ergebnis ähnlich *H. Schmidt* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht¹¹ § 306 Rz 13 mwN; *Uffmann*, Verbot 174 f.

IV. Conclusio

Ein kurzer Streifzug durch die Rsp österreichischer und deutscher Gerichte belegt die Unsicherheit, die im Hinblick auf den Klauselbegriff herrscht. Klare Konturen sind aber wegen des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion mehr denn je erforderlich; sie fehlen sowohl in der Klausel-RL als auch bislang in der Rsp des EuGH. Verschärfend kommt hinzu, dass auch drei Jahre nach der Entscheidung in der Rs *Banco Español* noch immer ungewiss ist, ob eine Ersatzregelung für eine missbräuchliche Klausel im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung geschaffen werden darf.

Die „blue pencil rule“, die ausschließlich das Durchstreichen von zur Unwirksamkeit führendem Vertragstext erlaubt und jede darüber hinausgehende Umformulierung durch den Richter untersagt, taugt letztlich nicht zur Abgrenzung einzelner Klausel voneinander. Es kann sich dabei nur um ein Hilfsinstrumentarium mit Indizcharakter handeln. Letztlich wird man nicht umhinkommen, dazu den EuGH zu befragen. Seine Auslegung der Klausel-RL wird auf den „Klauselbegriff“ im österreichischen Recht im Wege der richtlinienkonformen Interpretation ausstrahlen, wobei sich freilich auch die Frage einer „Spaltung“ der Auslegung stellt.