

Betül Kas und Prof. Dr. Hans-W. Micklitz, Florenz*

Rechtsprechungsübersicht zum Europäischen Vertrags- und Deliktsrecht (2008–2013) – Teil I

Fünf Jahre sind seit dem letzten Bericht vergangen, fünf Jahre, in denen der EuGH mehr als 50 Vorlageverfahren zu entscheiden hatte. Per dato liegen damit weit mehr als 100 Entscheidungen vor, die in immer dichter Form die Grundlagen für ein europäisches Vertrags- und Deliktsrecht konkretisieren. Auffällig ist die steigende Zahl von Vorlagen aus den neuen Mitgliedstaaten. In der Sache dominieren in quantitativer Hinsicht zwei Bereiche: rechtliche Auseinandersetzungen um Finanzdienstleistungen jedweder Art und das Passagier- bzw. Reiserecht. Für Teilbereiche des Vertragsrechts entwickelt der EuGH eine eigenständige Dogmatik, die ein Überdenken nationaler rechtlicher Kategorien notwendig macht.

Teil I (Heft 9)

- I. Vertragsrecht ...
 1. Missbräuchliche Vertragsklauseln ...
 2. Haustürgeschäfte ...
 3. Fernabsatz ...
4. Verbrauchsgüterkauf ...

Teil II (Heft 10)

- II. Reiserecht
 1. Passagierrechte im Flugverkehr
 2. Gesamteinordnung in die Rechtsprechung
 3. Reisevertrieb und Versicherung
- III. Finanzdienstleistungen
 1. Verbraucherkredit
 2. Versicherungsvertragsrecht und Verbraucherschutz
- IV. Diskriminierung und Verbraucherschutz
- V. Haftung für fehlerhafte Produkte
- VI. Rechtsschutz
 1. Gerichtliche Zuständigkeit in Verbrauchersachen
 2. Alternative Streitbeilegung
- VII. Tabellarische Übersicht

I. Vertragsrecht

1. Missbräuchliche Vertragsklauseln

(Rs. C-243/08, Pannon GSM; Rs. C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones; Rs. C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid; Rs. C-137/08, VB Pénzügyi Lízing; Rs. C-453/10, Pereničová und Perenič; Rs. C-472/10, Invitel; Rs. C-618/10, Banco Español de Crédito; Rs. C-472/11, Banif Plus Bank; Rs. C-415/11, Aziz; Rs. C-92/11, RWE Vertrieb; Rs. C-488/11, Asbeek Brusse, de Man Garabito; Rs. C-397/11, Jörös)

a) Amtswegige Prüfung von Gerichtsstandsklauseln
(Rs. C-243/08, Pannon GSM)

aa) Sachverhalt

Das ungarische Budaörsi Városi Bíróság legte dem EuGH die Frage vor, ob die Unwirksamkeit einer missbräuchlichen

Klausel nach Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 93/13/EWG¹ *ipso iure* eintritt oder ob es dazu eines Antrags durch den Verbraucher bedarf. Ferner fragte das Gericht, ob die Verpflichtung zur amtswegigen Missbräuchlichkeitskontrolle unabhängig von der Natur des Verfahrens besteht und welche Aspekte dabei in Betracht zu ziehen sind.

Die Geschäftsbedingungen des Mobiltelefonabonnementsvertrags zwischen der Verbraucherin und dem Unternehmen Pannon GSM sahen eine Gerichtsstandsvereinbarung zu Gunsten des Sitzes des Unternehmens vor. Die beklagte Verbraucherin legte Einspruch gegen den von Pannon GSM erwirkten Mahnbescheid ein, ohne die örtliche Zuständigkeit des Gerichts zu rügen. Trotz Zweifel an der Wirksamkeit der Klausel sah sich das Budaörsi Városi Bíróság aufgrund der Sacheinlassung der beklagten Verbraucherin daran gehindert, seine örtliche Zuständigkeit in Frage zu stellen.

bb) Wesentliche Gründe

Der EuGH entschied, dass die Unwirksamkeit einer missbräuchlichen Vertragsklausel keinen darauf gerichteten Antrag durch den Verbraucher erfordere.² Unter Berufung auf seine frühere Rechtsprechung in *Cofidis*³ und *Mostaza Claro*⁴ betonte der EuGH die Verpflichtung des nationalen Gerichts, die Missbräuchlichkeit einer Klausel von Amts wegen zu überprüfen, sobald es über die erforderlichen rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen verfügt. Diese Pflicht bestehe auch bei der Beurteilung der eigenen örtlichen Zuständigkeit. Ohne eine Kontrolle von Amts wegen würde der Verbraucher möglicherweise aus Unkenntnis seiner Rechte oder aus Scheu vor den Kosten einer Klage seine Rechte nicht wahrnehmen.⁵ Die Anwendung der missbräuchlichen Klausel sei möglich, wenn der Verbraucher, nach vorhergehendem Hinweis durch das nationale Gericht, die Missbräuchlichkeit nicht geltend machen möchte.⁶ Der EuGH verweist auf seine Feststellung in *Océano Grupo*⁷, dass eine Gerichtsstandsklausel als missbräuchlich angesehen werden könne.⁸ Dennoch überließ der EuGH unter Bezug auf das

* Betül Kas ist PhD Researcher am European University Institute (EUI) in Florenz (im dritten Jahr). Prof. Dr. Hans-W. Micklitz ist Professor of Economic Law, EUI, Florenz. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. IV. – The research leading to these results has received funding from the European Research Council under the European Union's Seventh Framework Programme (FP/2007–2013)/ERC Grant Agreement n. [269722], <http://blogs.eui.eu/erc-erpl/>.

1 Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. 4. 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. EG 1993 L 95, 29.

2 EuGH, 4. 6. 2009 – Rs. C-243/08, Pannon GSM Zrt./Erzsébet Sustikné Györfi, Slg. 2009, I-4713, Rdnr. 24.

3 EuGH, 21. 11. 2002 – Rs. C-473/00, Cofidis SA/Jean-Louis Fredout, Slg. 2002, I-10875.

4 EuGH, 26. 10. 2006 – Rs. C-168/05, Mostaza Claro/Centro Móvil, Slg. 2006, I-10421.

5 EuGH Rs. C-243/08, Pannon (Fn. 2), Rdnrn. 30–32.

6 EuGH Rs. C-243/08, Pannon (Fn. 2), Rdnr. 33.

7 EuGH, 27. 6. 2000 – verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98, Océano Grupo Editorial/Murciano Quintero und Salvat Editores/Sánchez Alcón Prades u. a., Slg. 2000, I-4941, EWS 2000, 356.

8 EuGH Rs. C-243/08, Pannon (Fn. 2), Rdnrn. 40, 41.

Urteil *Freiburger Kommunalbauten*⁹ den nationalen Gerichten die Beurteilung der Missbräuchlichkeit einer bestimmten Klausel anhand der Umstände des konkreten Falls.¹⁰

cc) Einordnung in die Rechtsprechung

Das Urteil trägt zur Klarstellung bei, dass der EuGH die nationalen Gerichte unter eine Verpflichtung zur amtswegigen Prüfung stellt.¹¹ In *Océano Grupo* ging der EuGH lediglich von einer Befugnis zur amtswegigen Prüfung aus. Bereits in *Cofidis* und noch deutlicher in *Mostaza Claro* hat der EuGH eine Prüfungspflicht angenommen.¹² Neues zur amtswegigen Klauselkontrolle ergebe sich aus der möglichen rügelosen Einlassung des Verbrauchers nach vorherigem Hinweis durch das nationale Gericht. Diese Regelung entspreche dem Gedanken des Verbraucherschutzes durch Information. Im Einklang mit dem Prinzip der Parteiautonomie berücksichtige der EuGH das Interesse des Verbrauchers, in Einzelfällen die Klausel durchzusetzen und den Verbraucher vor einem aufgedrängten Schutz zu bewahren.¹³

Diskussionspunkt in der Literatur ist die Kompetenzverteilung zwischen dem EuGH und den nationalen Gerichten. In Bezug auf *Océano Grupo* wurde davon ausgegangen, dass der EuGH durch die abschließende Feststellung der Missbräuchlichkeit einer Gerichtsstandsklausel eine umfassende Kontrollkompetenz für sich in Anspruch genommen hat.¹⁴ In *Freiburger Kommunalbauten* betonte der EuGH jedoch die abschließende Beurteilung der Missbräuchlichkeit einer bestimmten Vertragsklausel durch die nationalen Gerichte. Die Aufgabe des EuGH beschränke sich auf die Auslegung allgemeiner Beurteilungskriterien. In *Pannon GSM* versucht der EuGH seine Entscheidungen in *Océano Grupo* und *Freiburger Kommunalbauten* miteinander in Einklang zu bringen. Die Gerichtsstandsklausel könne als missbräuchlich angesehen werden, aber die abschließende Beurteilung sei dem ungarischen Gericht überlassen.¹⁵ Der EuGH stellt klar, er habe in *Océano Grupo* lediglich die allgemeinen Kriterien zur Definition der Missbräuchlichkeit ausgelegt.¹⁶

b) Nichtigkeit eines in Abwesenheit des Verbrauchers ergangenen rechtskräftigen Schiedsspruchs (Rs. C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*)

aa) Sachverhalt

Das spanische Juzgado de Primera Instancia Nr. 4 de Bilbao fragte, ob ein nationales Gericht im Verfahren der Zwangsvollstreckung eines rechtskräftigen Schiedsspruchs verpflichtet ist, von Amts wegen die Missbräuchlichkeit der Schiedsklausel zu prüfen und, bejahendenfalls, den Schiedsspruch aufzuheben.

Die Verbraucherin zahlte einige Rechnungen nicht und kündigte ihren Vertrag vorzeitig. Das von Asturcom angerufene Schiedsgericht entschied zu seinen Gunsten. Die Verbraucherin hat sich weder am Schiedsverfahren beteiligt noch einen Antrag auf Aufhebung des Schiedsspruchs gestellt. Das Vollstreckungsgericht vermutete die Nichtigkeit der Schiedsklausel. Das spanische Zivilprozessrecht sah jedoch keine Befugnis zur Prüfung der Schiedsklausel vor.

bb) Wesentliche Gründe

Der EuGH betont die Anerkennung des Grundsatzes der Rechtskraft in der Gemeinschaftsrechtsordnung wie auch in den nationalen Rechtsordnungen unter Verweis auf seine

bisherige Rechtsprechung.¹⁷ Die Grundsätze der Effektivität und Äquivalenz beschränken die Anwendung des nationalen Verfahrensrechts zur Umsetzung des Grundsatzes der Rechtskraft.¹⁸ Die in Spanien geltende zweimonatige Ausschlussfrist für die Anfechtung eines Schiedsspruchs entspreche dem Effektivitätsgrundsatz. Für den Verbraucher würde die Ausübung seiner Rechte gemäß der Richtlinie 93/13/EWG nicht unmöglich oder übermäßig erschwert werden.¹⁹ Die Überprüfung des Grundsatzes der Äquivalenz überließ der EuGH dem nationalen Gericht. Die Verpflichtung zur amtswegigen Missbräuchlichkeitskontrolle einer Schiedsklausel bestehe, falls das nationale Verfahrensrecht dem Gericht ermöglicht, von Amts wegen den Verstoß einer Schiedsklausel gegen zwingende nationale Vorschriften zu überprüfen.²⁰ Bejahendenfalls müsse das nationale Gericht alle sich aus den nationalen Vorschriften ergebenden Konsequenzen ziehen, soweit die Unverbindlichkeit der Klausel für den Verbraucher sichergestellt ist.²¹ Im Gegensatz zum EuGH plädierten Generalanwältin *Trstenjak*, die Kommission, die ungarische und spanische Regierung für die Verpflichtung des nationalen Gerichts zur amtswegigen Überprüfung der Missbräuchlichkeit einer Schiedsklausel im Vollstreckungsverfahren. Ein effektiver Verbraucherschutz verlange die Durchbrechung der Rechtskraft nationaler Schiedssprüche.²²

9 EuGH, I. 4. 2004 – Rs. C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG/Ludger Hofstetter and Ulrike Hofstetter*, Slg. 2004, I-3403, EWS 2004, 238.

10 EuGH Rs. C-243/08, *Pannon* (Fn. 2), Rdnrn. 42, 43.

11 Der vom EuGH geforderte Verbraucherschutz würde bereits durch die deutsche Rechtslage gewährleistet werden. Siehe hierzu, *Mayer*, GPR 2009, 220; *Pfeiffer* NJW 2009, 2369.

12 *Ancery/Wissink*, *European Review of Private Law* 2010, 307, 308, 313; *Stuyck*, *Common Market Law Review* 2010, 879, 892; *Cheneviere*, *Revue européenne de droit de la consommation* 2010, 351, 354; *Heinig* betont, dass die auferlegte Prüfungspflicht keinen unzulässigen Eingriff in die Regelungsautonomie der Mitgliedstaaten bedeutet; siehe *Heinig*, *EuZW* 2009, 885.

13 *Heinig*, *EuZW* 2009, 885, 886; *Ancery/Wissink*, *European Review of Private Law* 2010, 307, 313. *Osztoivits/Nemessányi* sind der Ansicht, dass sich somit der Grundsatz „pacta sunt servanda“ gegenüber der „Unverbindlichkeit“ missbräuchlicher Klauseln durchgesetzt habe, *Osztoivits/Nemessányi*, *ZfRV* 2010, 22, 25.

14 *Heinig*, *EuZW* 2009, 885, 886. Wenn auch uneindeutig, siehe: *Stuyck*, *Common Market Law Review* 2001, 879, 892, 894.

15 Kritisch gegenüber einer solchen „Delegation auf Kosten einer gemeinschaftsweiten Rechtsangleichung“, *Heinig*, *EuZW* 2009, 885, 886; positiver, *Ancery/Wissink*, *European Review of Private Law* 2010, 307, 315.

16 Nach *Pfeiffer* gelingt dem EuGH dies nur unter „starker Biegung“ von *Océano Grupo* und „zwischen den Zeilen“ spreche dennoch alles für die Missbräuchlichkeit; siehe *Pfeiffer*, *NJW* 2009, 2369; so auch *Heinig*, *EuZW* 2009, 885, 887; *Stuyck*, *Common Market Law Review* 2010, 879, 894.

17 EuGH, 6. 10. 2009 – Rs. C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL/Cristina Rodríguez Nogueira*, Slg. 2009, I-9579, EWS 2009, 475, Rdnrn. 35–37; siehe: EuGH, I. 6. 1999 – Rs. C-126/97, *Eco Swiss/Benetton International*, Slg. 1999, I-3055, EWS 1999, 345, Rdnrn. 47, 48; EuGH, 16. 3. 2006 – Rs. C-234/04, *Rosmarie Kapferer/Schlank & Schick GmbH*, Slg. 2006, I-2585, EWS 2006, 171, Rdnr. 21; EuGH, 3. 9. 2009 – Rs. C-2/08, *Amministrazione dell'Economia e delle Finanze und Agenzia delle Entrate/Fallimento Olimpiclub Srl*, Slg. 2009, I-7501, Rdnr. 24; siehe auch: *Schmahl/Köber*, *EuZW* 2010, 927.

18 EuGH Rs. C-40/08, *Asturcom* (Fn. 17), Rdnr. 38.

19 EuGH Rs. C-40/08, *Asturcom* (Fn. 17), Rdnrn. 39–48. Die Anfechtungsfrist im Ausgangsverfahren stehe im Einklang mit dem Effektivitätsgrundsatz aus zwei wesentlichen Gründen: 1) Die Frist lasse dem Verbraucher genügend Zeit zu beurteilen, ob Gründe für die Anfechtung des Schiedsspruchs vorliegen, und ggf. den Antrag zur Aufhebung vorzubereiten. 2) Die Frist beginne erst mit der Zustellung des Schiedsspruchs.

20 EuGH Rs. C-40/08, *Asturcom* (Fn. 17), Rdnrn. 49–56.

21 EuGH Rs. C-40/08, *Asturcom* (Fn. 17), Rdnr. 58.

22 *GA Trstenjak*, *Schlussanträge* vom 14. 5. 2009 – Rs. C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL/Cristina Rodríguez Nogueira*, Slg. 2009, I-9579, Rdnr. 58, 75. Wie von der Generalanwältin hervorgehoben, würde andernfalls vom Verbraucher erwartet werden, sich an einem nichtigen

cc) Einordnung in die Rechtsprechung

In *Mostaza Claro*²³ entschied der EuGH, dass ein nationales Gericht im Verfahren der Aufhebung eines Schiedsspruchs die Missbräuchlichkeit der Schiedsvereinbarung von Amts wegen prüfen muss. Anders als in *Mostaza Claro* blieb die Verbraucherin im Ausgangsverfahren „völlig untätig“ und der Schiedsspruch wurde rechtskräftig.²⁴ Die Anerkennung des Grundsatzes der Rechtskraft durch den EuGH schränkt den in *Mostaza Claro* vermittelten Verbraucherschutz vor unzulässigen Schiedsklauseln ein.²⁵ Der EuGH geht jedoch insofern einen Schritt weiter, als der Äquivalenzgrundsatz normalerweise vorsieht, dass der EuGH den Vergleichsmaßstab selbst definiert. Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 93/13/EWG müsse als eine Norm betrachtet werden, die zwingenden nationalen Bestimmungen gleichwertig ist.²⁶ Der EuGH bestätigte die schon in *Mostaza Claro* angedeutete Verankerung von Art. 6 Abs. 1 als Teil der öffentlichen Ordnung.²⁷ Diese Zuordnung löste in der Literatur weitreichende Diskussionen über das Verhältnis der öffentlichen Ordnung zu zwingenden Vorschriften des Vertragsrechts aus.²⁸

Das Urteil führt zu keiner Harmonisierung der Verpflichtung nationaler Gerichte im Zwangsvollstreckungsverfahren, die Missbräuchlichkeit von Schiedsklauseln zu prüfen. In Spanien fehlte sowohl eine Rechtsvorschrift als auch eine einheitliche Rechtsprechungslinie, die dem Gericht die Befugnis einräumte, unter Verweis auf die öffentliche Ordnung einen Zwangsvollstreckungsantrag abzulehnen. Das spanische Gericht Juzgado de Primera Instancia Nr. 4 de Bilbao vollstreckte im Folgeurteil den Schiedsspruch ohne Missbräuchlichkeitsprüfung der Schiedsklausel.²⁹ Im Unterschied zum spanischen Schiedsverfahrensrecht stellt die deutsche Zivilprozessordnung dem Vollstreckungsverfahren das Exequaturverfahren voran (§ 1060 Abs. 2 ZPO). Das Exequaturverfahren stellt ein besonders ausgestaltetes Erkenntnisverfahren dar, in dem nach Ablauf der Aufhebungsfrist in § 1059 Abs. 3 ZPO von Amts wegen die Aufhebungsgründe des § 1059 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zu prüfen sind. Gemäß der Zuordnung des Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 93/13/EWG zur öffentlichen Ordnung in § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b müsse auch die Missbräuchlichkeit der Schiedsklausel geprüft werden. Eine derartige Prüfung ist im Vollstreckungsverfahren bislang nicht zugelassen.³⁰ Auch in *Asturcom* hat der EuGH die Möglichkeit verstreichen lassen, einheitliche Maßstäbe für die Prüfung der Missbräuchlichkeit einer Schiedsklausel zu formulieren.³¹

c) *Mindestschutzstandard der Inhaltskontrolle von Klauseln gemäß Art. 4 Abs. 2 RL 93/13/EWG (Rs. C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid)*

aa) Sachverhalt

Im Vorabentscheidungsersuchen des spanischen Tribunal Supremo stand in Frage, ob die Mitgliedstaaten die Missbräuchlichkeitskontrolle unter Hinweis auf die mit der Richtlinie 93/13/EWG avisierte Mindestharmonisierung ausweiten dürfen. Art. 4 Abs. 2 schließt klar und verständlich abgefasste Klauseln, die den vertraglichen Hauptgegenstand oder den Preis regeln, von der Missbräuchlichkeitskontrolle aus. Die spanische Umsetzungsvorschrift sieht eine solche Einschränkung nicht vor.

Im Ausgangsrechtsstreit erhob die Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Vereinigung der Nutzer von Bank-

dienstleistungen) Unterlassungsklage gegen Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (Caja de Madrid). Die Klage richtete sich gegen die Verwendung einer Aufrundungsklausel in Verbraucherkreditverträgen mit variablem Zinssatz zur Finanzierung von Wohnungskäufen.³²

bb) Wesentliche Gründe

Die Kommission, die spanische Regierung und Caja de Madrid bestritten die Zulässigkeit der Vorlage. Die Aufrundungsklausel betreffe nicht den Hauptgegenstand des Vertrags oder die Angemessenheit zwischen Preis und Leistung, sondern sei ein Nebenbestandteil des Vertrags. Nach der gefestigten Rechtsprechung des EuGH ist es allein Sache des vorlegenden nationalen Gerichts, die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung und die Erheblichkeit der vorzulegenden Frage zu beurteilen.³³

Der EuGH entschied, dass die spanische Regelung nicht gegen das Unionsrecht verstoße. Wie sich aus dem zwölften Erwägungsgrund und Art. 8 der Richtlinie 93/13/EWG ergebe, lege die Richtlinie nur eine teilweise und minimale Harmonisierung der nationalen Rechtsvorschriften fest. Die Mitgliedstaaten könnten „auf dem durch die Richtlinie geregelten Gebiet“ strengere Bestimmungen zu Gunsten des Verbraucherschutzes erlassen.³⁴ Entgegen dem Vorbringen von Caja de Madrid werde der sachliche Anwendungsbeereich nicht durch Art. 4 Abs. 2 beschränkt. Art. 4 Abs. 2 bestimme lediglich die Modalitäten und den Umfang der Klauselkontrolle. Somit erstrecke sich Art. 8 auch auf die in Art. 4 Abs. 2 genannten Vertragsklauseln.³⁵

cc) Einordnung in die Rechtsprechung

Die Entscheidung des EuGH steht im Einklang mit der angestrebten Mindestharmonisierung der Richtlinie. Die fehlende Umsetzung des Art. 4 Abs. 2 in spanisches Recht läuft

Schiedsverfahren zu beteiligen, um den Vertrag für nichtig erklären lassen zu können. Diese Konsequenz sei nicht hinnehmbar und dem Vollstreckungsrichter müsse eine Prüfungscompetenz zustehen (Rdnr. 64).

23 EuGH Rs. C-168/05, *Mostaza Claro* (Fn. 4), Rdnrn. 38, 39.

24 EuGH Rs. C-40/08, *Asturcom* (Fn. 17), Rdnr. 33.

25 *Stuyck*, Common Market Law Review 2010, 879, 894; *Hilbig*, SchiedsVZ 2010, 74, 81. *Mak* kritisiert, dass der EuGH es verpasst, einen Vergleich mit *Océano Grupo* herzustellen und somit auch die Möglichkeit, der Schiedsstelle die Pflicht zur Prüfung der Missbräuchlichkeit der Schiedsklausel aufzuerlegen; *Mak*, European Review of Contract Law 2010, 437, 442–444.

26 *Ebers*, European Review of Private Law 2010, 823, 839; *Schebesta*, European Review of Private Law 2010, 847, 872.

27 EuGH Rs. C-168/05, *Mostaza Claro* (Fn. 4), Rdnr. 38.

28 Wie von Generalanwalt *Tizzano* in seinen Schlussanträgen in *Mostaza Claro* vorhergesehen, bestehe die Gefahr, dem ordre public „einen übermäßig weiten Sinn zuzuschreiben, der traditionell nur Grundsätzen beigelegt wird, die in einer Rechtsordnung von wesentlicher und absoluter Bedeutung sind.“ (Rdnr. 56). *Ebers*, European Review of Private Law 2010, 823, 843–846; *Stuyck*, Common Market Law Review 2010, 879, 891–897; *Schebesta*, European Review of Private Law 2010, 847, 864–870; *Hilbig*, SchiedsVZ 2010, 74, 79–81; *Mak*, European Review of Contract Law 2010, 437, 445–447.

29 *Mak*, European Review of Contract Law 2010, 437, 446–447.

30 *Hilbig*, SchiedsVZ 2010, 74, 81. Anderer Meinung ist *Steinbrück*, LMK Anmerkung 2009, 295201. Er ist der Auffassung, Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie stelle nicht Teil der öffentlichen Ordnung im Sinne von § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b dar.

31 *Hilbig*, SchiedsVZ 2010, 74, 75 ff.

32 Die Klausel sah die Aufrundung des variablen und nach dem vereinbarten Referenzzinssatz periodisch anzupassenden Nominalzinssatzes auf den nächsthöheren Viertelprozentpunkt ab der ersten Anpassung vor.

33 EuGH, 3. 6. 2010 – Rs. C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid/Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, Slg. 2010, I-4785, EWS 2010, 299, Rdnrn. 28, 29.

34 EuGH Rs. C-484/08, *Caja de Ahorros* (Fn. 33), Rdnrn. 17–23.

35 EuGH Rs. C-484/08, *Caja de Ahorros* (Fn. 33), Rdnrn. 32–35.

dem Verbraucherschutzziel der Richtlinie nicht zuwider. Der EuGH verwies auf die Unterschiede zum Urteil *Kommission/Niederlande*.³⁶ Dort ging es um die unvollständige Umsetzung des Art. 4 Abs. 2, welche jede richterliche Klauselkontrolle der Hauptleistungen, selbst wenn diese unklar und mehrdeutig abgefasst waren, ausschloss. Die Umsetzung des Art. 4 Abs. 2 müsse vollständig sein, um das Richtlinienziel zu erreichen.³⁷ Die beiden Urteile verdeutlichen die Natur der Richtlinie, welche gemäß Art. 288 AEUV hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich ist, jedoch den Mitgliedstaaten die Wahl der Form und Mittel überlässt.³⁸

Generalanwältin *Trstenjak* erinnerte an das „Spannungsverhältnis zwischen der Privatautonomie und der Notwendigkeit rechtlicher Intervention zugunsten des Verbraucherschutzes“.³⁹ Art. 4 Abs. 2 wurde erst durch eine Änderung des Rates eingeführt. Die Literatur sehe in Art. 4 Abs. 2 eine Wertentscheidung zum Schutz der Privatautonomie und zu Gunsten einer Marktwirtschaft.⁴⁰ Das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung richte sich nach dem Gesetz von Angebot und Nachfrage. § 8 AGBG (nun § 307 Abs. 3 BGB) wird als Vorlage für diese Vorschrift gesehen.⁴¹ Der BGH beschränkt die Reichweite des kontrollfreien Raums auf den „engen Bereich der Leistungsbezeichnungen, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann“.⁴² Klauseln, die die Bedingungen der Leistungserbringung verändern, ausgestalten oder modifizieren seien nicht von der Kontrolle ausgenommen.⁴³ In der Literatur wird eine Abgrenzung anhand allgemein-begrifflicher Kriterien als schwierig eingestuft. Sie könne nur durch eine Orientierung am Schutzzweck des Gesetzes erfolgen.⁴⁴

d) *Kompetenzverteilung zwischen dem EuGH und den mitgliedstaatlichen Gerichten; amtswegige Untersuchungsmaßnahmen zur Prüfung der Missbräuchlichkeit; Aufwertung der indikativen Liste (Rs. C-137/08, VB Pénczygi Lizing)*

aa) Sachverhalt

Das ungarische Gericht Budapesti II. és III. Kerületi Bíróság wollte wissen, ob sich die Zuständigkeit des EuGH auf die Auslegung des Begriffs „missbräuchliche Vertragsklausel“ in Art. 3 Abs. 1 sowie der im Anhang der Richtlinie 93/13/EWG aufgezählten Klauseln und der Beurteilungskriterien einer konkreten Vertragsklausel erstreckt. Außerdem stand in Frage, ob die nationalen Gerichte unter einer Amtsermittlungspflicht stehen, um die rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen zur Beurteilung der Missbräuchlichkeit festzustellen. Das ungarische Recht erlaubt eine solche Untersuchung nur auf Antrag einer der Parteien.

Im Ausgangsverfahren klagte das Unternehmen am prorogierten Gericht, da der Verbraucher seinen Zahlungsverpflichtungen aus dem Darlehensvertrag zur Finanzierung eines Kraftfahrzeugkaufs nicht mehr nachkam. Die Gerichtsstandsklausel wies die ausschließliche Zuständigkeit für vertragliche Streitigkeiten einem Gericht zu, in dessen Bezirk weder der Verbraucher noch das darlehengewährenden Unternehmen seinen Sitz hatte.

bb) Wesentliche Gründe

Der EuGH verwies auf seine Rechtsprechung in *Pannon GSM*.⁴⁵ Nach Art. 267 AEUV erstreckte sich seine Jurisdiktion auf die Auslegung des Begriffs „missbräuchliche Ver-

tragsklausel“ in Art. 3 Abs. 1, auf den Kauselkatalog im Anhang und die Beurteilungskriterien zur Missbräuchlichkeitsprüfung.⁴⁶ Dennoch sei es Sache des nationalen Gerichts, über die konkrete Bewertung einer bestimmten Vertragsklausel angesichts der Umstände des Einzelfalls zu entscheiden.⁴⁷ Der EuGH erläuterte die Verpflichtung der nationalen Gerichte anhand von zwei Prüfungsschritten: Im ersten Schritt müsse das nationale Gericht die Anwendungsvoraussetzungen gemäß Art. 1 i.V.m. Art. 3 der Richtlinie untersuchen. Bejahendenfalls müsse es im nächsten Schritt die Missbräuchlichkeit der Gerichtsstandsvereinbarung prüfen.⁴⁸ Der EuGH erinnerte an das Urteil *Océano Grupo*⁴⁹, in dem er eine Gerichtsstandsklausel zu Gunsten des Unternehmens als missbräuchlich qualifizierte. Das Erscheinen des Verbrauchers vor Gericht könne auch durch die örtliche Zuständigkeit eines Gerichts erschwert werden, das weder am Sitz des Unternehmens noch am Sitz des Verbrauchers liegt. Die streitige Gerichtsstandsklausel falle in die in Nr. 1 lit. q des Anhangs genannte Gruppe von Klauseln.⁵⁰

cc) Einordnung in die Rechtsprechung

Der EuGH festigte die in *Pannon GSM* etablierte Kompetenzverteilung zwischen dem EuGH und den nationalen Gerichten. Der EuGH ist für die Auslegung der in der Richtlinie genannten Kriterien der Missbräuchlichkeit einschließlich des Anhangs zuständig, während die konkrete Anwendung dem nationalen Gericht obliegt.⁵¹ Generalanwältin *Trstenjak* betonte die Aufgabe des EuGH, „schrittweise die abstrakten Kriterien der Missbräuchlichkeitskontrolle zu präzisieren und mit wachsender Erfahrung Konturen einer gemeinschaftsrechtlichen Missbrauchskontrolle zu erarbeiten.“⁵² Der Klauselanhang habe nicht bloß Hinweisfunktion, sondern diene als Ausgangspunkt für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit und begründe die Vermutung des missbräuchlichen Charakters einer darin aufgezählten Klausel.⁵³ Dagegen lehnte Generalanwältin *Trstenjak* eine gemeinschaftsrechtlich begründete Verpflichtung, Untersuchungsmaßnahmen zu ergreifen, aufgrund der weitreichenden Ein-

36 EuGH, 10. 5. 2001 – Rs. C-144/99, *Kommission/Niederlande*, Slg. 2001, I-3541.

37 EuGH Rs. C-484/08, *Caja de Ahorros* (Fn. 33), Rdnrn. 36–39.

38 *Tamas*, *Revue européenne de droit de la consommation* 2011, 403, 410–412.

39 GA *Trstenjak*, Schlussanträge vom 29. 10. 2009 – Rs. C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid/Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios* (Ausbanc), Slg. 2010, I-4785, Rdnr. 63.

40 GA *Trstenjak* Rs. C-484/08, *Caja de Ahorros* (Fn. 39), Rdnrn. 61 ff.

41 *Stuyck*, *European Review of Contract Law* 2010, 449, 451–454.

42 BGH, 21. 4. 1993 – IV ZR 33/92, BB 1993, 2044, NJW-RR 1993, 1049, 1050 sub I 2.

43 BGH, 30. 6. 1995 – V ZR 184/94, BGHZ 130, 150, 156, BB 1995, 2186, NJW 1995, 2637, 2638 sub III 1.

44 *Wurmnest*, in: MünchKomm, 6. Aufl. 2012, § 307 Rdnr. 12; für eine Diskussion im Zusammenhang mit dem UK Bank Charges Fall: *Whittaker*, *The Modern Law Review* 2011, 106.

45 EuGH Rs. C-243/08, *Pannon* (Fn. 2).

46 EuGH, 9. 11. 2010 – Rs. C-137/08, *VB Pénczygi Lizing Zrt./Ferenc Schneider*, Slg. 2010, I-10847, Rdnrn. 39–42, EWS 2010, 543 (Tenor).

47 EuGH Rs. C-137/08, *VB Pénczygi Lizing* (Fn. 46), Rdnr. 43.

48 EuGH Rs. C-137/08, *VB Pénczygi Lizing* (Fn. 46), Rdnrn. 49–52.

49 EuGH verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98, *Océano Grupo* (Fn. 7).

50 EuGH Rs. C-137/08, *VB Pénczygi Lizing* (Fn. 46), Rdnrn. 53–55.

51 *Pfeiffer*, LMK Anmerkung 2010, 311868.

52 GA *Trstenjak*, Schlussanträge vom 6. 7. 2010 – Rs. C-137/08, *VB Pénczygi Lizing Zrt./Ferenc Schneider*, Slg. 2010, I-10847, Rdnr. 99. Nach *Roth* widerspricht der EuGH zu einem gewissen Grad den Schlussanträgen der Generalanwältin. Der EuGH stelle in seiner Entscheidung klar, dass die Entwicklung spezifischer Kriterien im Ermessen der Mitgliedstaaten liege. *Roth*, *European Review of Contract Law* 2011, 425, 435–438.

53 *Reich/Micklitz*, EWS 2012, 257, 259.

griffe in das Verfahrensrecht der Mitgliedstaaten ab.⁵⁴ *Pénzügyi* markiert einen Wendepunkt in der Rechtsprechung des EuGH, deren Bedeutung erst in den Folgeentscheidungen zutage tritt. Der EuGH belässt den nationalen Gerichten zwar einen Auslegungsspielraum, liefert aber immer konkretere Hinweise darauf, wie die nationalen Gerichte die Regeln der Richtlinie zu verstehen haben.

e) *Auswirkungen unlauterer Geschäftspraktiken und missbräuchlicher Klauseln auf die Wirksamkeit des Vertrags insgesamt; kohärente Auslegung (Rs. C-453/10, Pereničová und Perenič)*

aa) Sachverhalt

Das slowakische Okresný súd Prešov fragte, ob gemäß Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 93/13/EWG im Falle einer missbräuchlichen Vertragsklausel der gesamte Verbrauchervertrag zu Gunsten des Verbrauchers für nichtig erklärt werden darf. Außerdem wollte das Gericht wissen, ob die Angabe eines geringeren als des realen Jahreszinses in einem Verbraucherkreditvertrag eine unlautere Geschäftspraxis gemäß der Richtlinie 2005/29/EG⁵⁵ darstellt und, bejahendenfalls, welche Konsequenzen sich daraus für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit und die Wirksamkeit des Vertrags gemäß der Richtlinie 93/13/EWG ergeben.

Anlass des Vorabentscheidungsersuchens bildete die Klage der Eheleute Perenič auf Feststellung der Nichtigkeit ihres Verbraucherkreditvertrags, welchen sie mit einem Nicht-Kreditinstitut geschlossen hatten. Das slowakische Gericht stellte neben einer fehlerhaften Angabe über den effektiven Jahreszins mehrere ungünstige Klauseln für die Eheleute fest.

bb) Wesentliche Gründe

Der EuGH betonte die Verpflichtung des nationalen Gerichts, alle nach nationalem Recht möglichen Konsequenzen zu ziehen, um die Unwirksamkeit missbräuchlicher Klauseln zugunsten der Verbraucher sicherzustellen. Zur Beurteilung, ob der Vertrag ohne die missbräuchlichen Klauseln bestehen kann, darf das nationale Gericht nicht nur die etwaige Vorteilhaftigkeit für den Verbraucher als maßgebendes Kriterium in Betracht ziehen. Aus dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 93/13/EWG und dem Erfordernis der Rechtssicherheit geschäftlicher Tätigkeiten ergebe sich ein objektiver Ansatz. Das nationale Gericht müsse dem Ziel der Richtlinie, die Ausgewogenheit der Rechte und Pflichten zwischen den Parteien herzustellen, Rechnung tragen.⁵⁶ Der Mindestschutzstandard der Richtlinie erlaube jedoch, die Gesamtnichtigkeit des Verbrauchervertrags zu Gunsten des Verbrauchers vorzusehen.⁵⁷

Der EuGH geht von einer weiten Definition des Begriffs „Geschäftspraxis“ in Art. 2 lit. d der Richtlinie 2005/29/EG aus. Die fehlende Angabe des effektiven Jahreszinses sei eine „irreführende“ Geschäftspraxis gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. d der Richtlinie 2005/29/EG, sofern sie den Durchschnittsverbraucher tatsächlich oder voraussichtlich zu einer ansonsten nicht getroffenen geschäftlichen Entscheidung veranlasst.⁵⁸ Aufgrund der weit definierten Kriterien zur Beurteilung der Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel in Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 93/13/EWG kann die Feststellung des unlauteren Charakters einer solchen Geschäftspraxis als Anhaltspunkt für die Missbräuchlichkeit herangezogen werden. Die Irreführung könne jedoch nicht automatisch und

für sich allein den missbräuchlichen Charakter der Vertragsklausel begründen.⁵⁹ Die irreführende fehlende Angabe des effektiven Jahreszinses habe keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Wirksamkeit des Verbraucherkreditvertrags gemäß Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 93/13/EWG. Die Richtlinie 2005/29/EG lasse „das Vertragsrecht und insbesondere die Bestimmungen über die Wirksamkeit, das Zustandekommen oder die Wirkungen eines Vertrags unberührt“.⁶⁰ Der EuGH folgt in seinem Urteil vollumfänglich Generalanwältin *Trstenjak*.⁶¹

cc) Einordnung in die Rechtsprechung

Wie Generalanwältin *Trstenjak* stellt auch der EuGH auf den Paritätsgedanken im Bereich der Vertragsautonomie ab, der einseitige subjektive Rechtsfolgen zum Vorteil des Verbrauchers ausschließt.⁶² Die Kriterien, nach denen der Vertrag objektiv nicht länger bestehen kann, werden vom EuGH nicht weiter ausgeführt. In der Literatur werden die Rechtsfolgen des Urteils für das Verständnis von § 306 Abs. 3 BGB im Falle von Verbraucherverträgen diskutiert. § 306 Abs. 3 sieht die Unwirksamkeit des gesamten Vertrags vor, falls die Aufrechterhaltung „eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde.“ Auf der einen Seite wird § 306 Abs. 3 als richtlinienkonform angesehen⁶³, auf der anderen Seite wird sowohl eine ersatzlose Streichung⁶⁴ als auch eine restriktive europarechtskonforme Auslegung diskutiert.⁶⁵

Das Urteil thematisiert erstmalig die Verschränkung von Verbrauchervertragsrecht und Lauterkeitsrecht. Nicht nur im deutschen Recht dominiere die Vorstellung einer klaren Trennung beider Rechtsgebiete, sowohl in verfahrensrechtlicher als in materiell-rechtlicher Perspektive.⁶⁶ Anders als die Richtlinie 93/13/EWG sehe die Richtlinie 2005/29/EG keinen individuellen Rechtsschutz vor.⁶⁷ Im deutschen Recht habe der durch eine Werbung zum Vertragsschluss angeleitete Verbraucher *de facto* keine Möglichkeit, sich vom Vertrag zu lösen.⁶⁸ Generalanwältin *Trstenjak* betonte, dass die Unionsrechtsakte auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes als sich ergänzende Teile eines „einheitlichen Gesamtregelungswerks“ kohärent ausgelegt werden müssen.⁶⁹

54 GA *Trstenjak*, VB *Pénzügyi Lízing* (Fn. 52), Rdnrn. 107–115. Der Generalanwältin zustimmend, Pfeiffer, LMK Anmerkung 2010, 311868.

55 Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. 5. 2005 über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. Nr. L 149, 22, ber. ABl. 2009 Nr. L 253, 18.

56 EuGH, 15. 3. 2012 – Rs. C-453/10, Jana Pereničová und Vladislav Perenič/SOS financ spol. s r. o., NJW 2012, 1781, Rdnrn. 29–33.

57 EuGH Rs. C-453/10, Pereničová (Fn. 56), Rdnrn. 34, 35. Unter Verweis auf Art. 8 der Richtlinie und EuGH Rs. C-484/08, Caja de Ahorros (Fn. 33), Rdnrn. 28, 29.

58 EuGH Rs. C-453/10, Pereničová (Fn. 56), Rdnrn. 37–41.

59 EuGH Rs. C-453/10, Pereničová (Fn. 56), Rdnrn. 42–44.

60 EuGH Rs. C-453/10, Pereničová (Fn. 56), Rdnr. 45.

61 GA *Trstenjak*, Schlussanträge vom 29. 11. 2011 – Rs. C-453/10, Jana Pereničová und Vladislav Perenič/SOS financ spol. s r. o., BeckRS 2011, 81770.

62 Kritisch gegenüber diesem Aspekt des Urteils: *Jacquemin*, *Revue européenne de droit de la consommation* 2012, 575, 580.

63 *Werkmeister*, *EuZW* 2012, 302, 305.

64 *Graf von Westphalen*, *NJW* 2012, 1770, 1772, 1773; *Basedow*, in: *MünchKomm*, 6. Aufl. 2012, § 306 Rdnr. 6.

65 *Hennigs*, *GRUR* 2012, 641, 642; sowie: *Heinrichs*, *NJW* 1996, 2190, 2195.

66 *Micklitz/Reich*, *EuZW* 2012, 126.

67 *Keirsblick*, *Common Market Law Review* 2013, 247, 254–256.

68 *Micklitz/Reich*, *EWS* 2012, 257, 258.

Der EuGH folgte der Generalanwältin und erschüttert so die etablierte Trennung beider Rechtsgebiete zu Gunsten eines effektiven Verbraucherrechtsschutzes. Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 93/13/EWG diene als „Einfallstor“ für Wertungen aus dem Lauterkeitsrecht.⁷⁰ Dennoch blieben die Rechtsfolgen einer irreführenden Angabe des effektiven Jahreszinses in der Werbung auf die Wirksamkeit des konkreten Vertrags unklar.⁷¹ Auch nehme der EuGH nicht zur umgekehrten Konstellation Stellung, ob die Verwendung einer missbräuchlichen Klausel eine missbräuchliche Geschäftspraxis darstellt.⁷² Zur Klärung des Verhältnisses der beiden Richtlinien und zur Konkretisierung des Gebotes einer „kohärenten“ Auslegung wird es noch weiterer Vorlageverfahren bedürfen.

f) *Missbräuchlichkeit einer einseitigen Preisänderungsklausel; Auswirkung einer Unterlassungsklage auf Individualverträge (Rs. C-472/10, Invitel)*

aa) Sachverhalt

Das ungarische Gericht fragte, unter welchen Voraussetzungen die im Ausgangsverfahren streitige Preiserhöhungsklausel gemäß der Richtlinie 93/13/EWG als missbräuchlich qualifiziert werden kann. Außerdem stand in Frage, ob die Feststellung der Nichtigkeit einer missbräuchlichen Klausel auf Grund einer im öffentlichen Interesse erhobenen Unterlassungsklage Wirkung gegenüber allen Verbrauchern entfaltet, auch wenn diese nicht Partei des Unterlassungsverfahrens waren, und ob die nationalen Gerichte auch in Zukunft von Amts wegen alle im innerstaatlichen Recht vorgesehenen Konsequenzen aus der Missbräuchlichkeit der Vertragsklausel ziehen müssen.

Aufgrund zahlreicher Verbraucherbeschwerden erhob das ungarische Verbraucherschutzbüro (Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság NFH) im öffentlichen Interesse Klage gegen das Festnetz-Telekommunikationsunternehmen Invitel. Die einseitige Preisänderungsklausel erlaubte Invitel, Kunden bestimmte Kosten und Auslagen für einzelne Dienstleistungen nachträglich in Rechnung zu stellen, ohne deren Berechnungsmethode oder Gründe vertraglich festzulegen. Das Verbraucherschutzbüro beantragte beim ungarischen Gericht Pest Megyei Bíróság die Feststellung der Unwirksamkeit der Klausel und die Erstattung der rechtswidrig erhobenen Kosten und Auslagen.

bb) Wesentliche Gründe

Der EuGH verwies auf die in *Pénzügyi*⁷³ bestätigte Kompetenzverteilung zwischen dem EuGH und den nationalen Gerichten. Die Kompetenz des EuGH beschränke sich darauf, dem nationalen Gericht Hinweise für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit der Preisänderungsklausel an die Hand zu geben.⁷⁴ Der Ausschluss der Klauselkontrolle in Art. 4 Abs. 2 gelte nicht für eine Klausel, „die einen Mechanismus für die Änderung der Kosten der den Verbrauchern zu erbringenden Dienstleistungen betrifft“.⁷⁵ Zur Bestimmung der Beurteilungskriterien bezog sich der EuGH auf Nr. 1 lit. j und l und Nr. 2 lit. b und d des Anhangs. Der Anhang stelle eine „wesentliche Grundlage“ zur Beurteilung dar. Jedoch könne die Missbräuchlichkeit nach Art. 3 Abs. 1 nicht ohne weiteres und allein anhand des Anhangs ermittelt werden.⁷⁶ Das nationale Gericht müsse prüfen, ob „Gründe oder Modus der Änderung der mit der zu erbringenden Dienstleistung verbundenen Kosten klar und verständlich angegeben

sind und ob die Verbraucher gegebenenfalls über ein Recht zur Beendigung des Vertrags verfügen“.⁷⁷

Die wirksame Umsetzung der Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 und 2 der Richtlinie verlange, dass die Feststellung der Nichtigkeit einer missbräuchlichen Klausel im Unterlassungsverfahren Wirkung gegenüber allen Verbrauchern entfaltet, die mit dem Gewerbetreibenden einen Vertrag mit den gleichen AGB geschlossen haben.⁷⁸ Um ihren Abschreckungszweck und präventiven Charakter zu gewährleisten, müsse die Unterlassungsklage unabhängig von der Verwendung der Klausel in konkreten Verträgen zur Verfügung stehen.⁷⁹ Auch in Zukunft seien die nationalen Gerichte verpflichtet, von Amts wegen alle im nationalen Recht vorgesehenen Konsequenzen zu ziehen, damit diese Klausel für Verbraucher, die mit dem betreffenden Gewerbetreibenden einen Vertrag mit den gleichen AGB geschlossen haben, unverbindlich ist.⁸⁰ Andere Arten angemessener und wirksamer Sanktionen in den nationalen Regelungen seien nicht ausgeschlossen.⁸¹ Die Generalanwältin wies darauf hin, dass ein Rückererstattungsanspruch die Anforderungen an eine unionsrechtskonforme Ausübung der in Art. 8 der Richtlinie an die Mitgliedstaaten erteilten Ermächtigung erfülle.⁸²

cc) Einordnung in die Rechtsprechung

Das Vorabentscheidungsverfahren bot dem EuGH erstmalig die Möglichkeit, zum Rechtssystem der Richtlinie 93/13/EWG Stellung zu nehmen und das Verhältnis zwischen individuellem und kollektivem Rechtsschutz klarzustellen.⁸³ Die *erga omnes*-Wirkung eines Unterlassungsurteils auf Individualprozesse entspreche dem *effet utile* der Richtlinie. Unklar bleibe, ob sich die Rechtskraft auf die Klausel erstrecke, unabhängig vom Aufsteller. Die Generalanwältin verneinte diese Frage, um das Recht auf Gehör nicht am Verfahren beteiligter Dritter zu wahren.⁸⁴ Der EuGH nimmt zu dieser Frage keine Stellung, verweist aber auf den Schlussantrag.⁸⁵ Theoretisch wäre eine Rechtskrafterstreckung auf andere Verwender derselben Klausel auf Grund der offenen Formulierung des EuGH in Rdnr. 40 möglich.⁸⁶

69 GA *Trstenjak* Rs. C-453/10, Pereničová (Fn. 61), Rdnrn. 88, 89.

70 *Micklitz/Reich*, EWS 2012, 257, 260; GA *Trstenjak* Rs. C-453/10, Pereničová (Fn. 61), Rdnr. 124.

71 *Micklitz/Reich* stellen in Frage, ob eine Vertragsklausel in der Praxis wirksam sein kann, die sich auf eine unlautere oder irreführende Werbung bezieht; *Micklitz/Reich*, EWS 2012, 257, 260. *Hennigs* vertritt die Auffassung, dass die alleinige Feststellung einer unlauteren Geschäftspraxis die Unwirksamkeit einer Klausel nicht begründen kann; *Hennigs*, GRUR 2012, 641, 642.

72 *Keirsbilek*, Common Market Law Review 2013, 247, 260; *Hennigs*, GRUR 2012, 641, 642.

73 EuGH Rs. C-137/08, VB *Pénzügyi Lizing* (Fn. 46), Rdnr. 44.

74 EuGH, 26. 4. 2012 – Rs. C-472/10, Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság/Invitel Távközlési Zrt, EWS 2012, 198, EuZW 2012, 786, Rdnr. 22.

75 EuGH Rs. C-472/10, Invitel (Fn. 74), Rdnr. 23.

76 EuGH Rs. C-472/10, Invitel (Fn. 74), Rdnr. 26.

77 EuGH Rs. C-472/10, Invitel (Fn. 74), Rdnr. 30.

78 EuGH Rs. C-472/10, Invitel (Fn. 74), Rdnr. 38.

79 EuGH Rs. C-472/10, Invitel (Fn. 74), Rdnr. 37.

80 EuGH Rs. C-472/10, Invitel (Fn. 74), Rdnrn. 41–43.

81 EuGH Rs. C-472/10, Invitel (Fn. 74), Rdnr. 40.

82 GA *Trstenjak*, Schlussanträge vom 6. 12. 2011 – Rs. C-472/10, Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság/Invitel Távközlési Zrt., BeckRS 2011, 81778, Rdnrn. 74–76.

83 *Mathiak*, EuZW 2012, 786, 789.

84 GA *Trstenjak*, Rs. C-472/10, Invitel (Fn. 82), Rdnr. 60.

85 EuGH Rs. C-472/10, Invitel (Fn. 74), Rdnr. 39.

86 *Reich/Micklitz*, EWS 2012, 257, 261; siehe zu diesem Thema auch: *Botino*, Revue européenne de droit de la consommation 2012, 587, 590; *Law/Cafaggi*, Unfair contract Terms – Effect of Collective Proceedings – C-472/10, Invitel, in: Colaert/Terryn (Hrsg.), Landmark Cases of EU Consumer Law – In Honour of Jules Stuyck, Intersentia 2013.

Das deutsche Recht stimmt mit der Forderung des EuGH insofern überein, als § 11 Satz 1 UKlaG die Wirkung eines Unterlassungsurteils auch auf nachfolgende Individualprozesse zugunsten nicht beteiligter Verbraucher erstreckt, unabhängig davon, ob der Vertrag vor oder nach dem rechtskräftigen Urteil geschlossen wurde.⁸⁷ Jedoch muss sich der Verbraucher auf die Wirkung des Unterlassungsurteils berufen. Der Einredelösung steht die Verpflichtung der nationalen Gerichte gegenüber, von Amts wegen alle nach nationalem Recht möglichen Konsequenzen aus der Missbräuchlichkeit der Klausel zu ziehen. Genauso verhält es sich mit der Möglichkeit der Gegenklage nach § 10 UKlaG.⁸⁸ Insofern bedarf es einer Änderung des UKlaG. Die Richtlinie scheint keinen Gewinnabschöpfungsanspruch zu begründen. Anders als im UWG kennt das AGB-Recht einen solchen Anspruch nicht. Somit verbleibt der Gewinn aus der Nutzung missbräuchlicher Vertragsklauseln dem Unternehmen.⁸⁹

g) *Missbräuchlichkeitsprüfung im Mahnverfahren von Amts wegen und a limine; Abänderung des Inhalts einer in einem Verbraucherkreditvertrag enthaltenen missbräuchlichen Klausel*
(Rs. C-618/10, Banco Español de Crédito)

aa) Sachverhalt

Das spanische Audiencia Provincial de Barcelona ersuchte den EuGH zu klären, ob ein nationales Gericht im Rahmen eines Mahnverfahrens befugt ist, von Amts wegen und *a limine* über die Nichtigkeit einer Vertragsklausel zu entscheiden. Die zweite Vorlagefrage lautete, ob Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie einer nationalen Regelung entgegensteht, die dem Gericht erlaubt, den Inhalt einer missbräuchlichen Klausel abzuändern.

Im Ausgangsverfahren schloss der Verbraucher einen Darlehensvertrag für die Anschaffung eines Fahrzeuges. Aufgrund des Zahlungsverzugs des Verbrauchers reichte Banesto bei Gericht einen Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids für die ausstehenden Monatsraten nebst Vertragszinsen und Kosten ein. Das spanische Gericht stellte im Mahnverfahren von Amts wegen die Missbräuchlichkeit der Verzugszinsklausel fest und verringerte den Verzugszins von 29% auf 19%. Bei der Audiencia Provincial de Barcelona machte Banesto geltend, dass die Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Klausel lediglich im Erkenntnisverfahren zulässig sei.

bb) Wesentliche Gründe

Das Ausgangsverfahren sei von den Rechtssachen *Pannon GSM*⁹⁰ und *Pénzügyi*⁹¹ zu unterscheiden, da es die Aufgaben des nationalen Gerichts im Rahmen eines nichtstreitigen Mahnverfahrens betreffe.⁹² Da die nationalen Mechanismen zur Betreibung unbestrittener Forderungen nicht vereinheitlicht sind, verweist der EuGH auf die Grundsätze der Äquivalenz und Effektivität.⁹³ Der EuGH stellte keine Anhaltspunkte für einen Bruch des Äquivalenzgrundsatzes fest.⁹⁴ Jedoch verstoße die spanische Regelung gegen den Effektivitätsgrundsatz. Dem nationalen Gericht sei in keiner Phase des nichtstreitigen Mahnverfahrens erlaubt, von Amts wegen die Missbräuchlichkeit der Verzugszinsklausel zu prüfen, obwohl es über die hierzu erforderlichen rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen verfügt. Zur Prüfung des Effektivitätsgrundsatzes berücksichtigte der EuGH die gesamte Ausgestaltung des spanischen Verfahrens, wie bei-

spielsweise die Widerspruchsfrist von 20 Tagen, den Anwaltszwang bei Forderungen über 900 Euro und die knappen Informationen im Mahnantrag.⁹⁵ Der EuGH folgte nicht dem Schlussantrag der Generalanwältin *Trstenjak*. Wie die weiteren Verfahrensbeteiligten hielt es die Generalanwältin für ausreichend, dem Verbraucher Gelegenheit zu geben, sich durch Widerspruch gegen den Erlass des Mahnbescheids zur Wehr zu setzen.⁹⁶

Der EuGH stellte fest, dass Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie nicht mit der Befugnis des nationalen Gerichts vereinbar sei, den Inhalt einer missbräuchlichen Klausel abzuändern.⁹⁷ Wie von der Generalanwältin *Trstenjak* hervorgehoben, könne nur durch den Anwendungsausschluss der missbräuchlichen Klausel der Abschreckungseffekt gegenüber dem Gewerbetreibenden und somit das Richtlinienziel eines wirksamen Verbraucherschutzes garantiert werden.⁹⁸

cc) Einordnung in die Rechtsprechung

Durch die Verpflichtung des Mahngerichts zur amtswegigen Klauselkontrolle soll die Gefahr ausgeschlossen werden, dass Gewerbetreibende den beabsichtigten Verbraucherschutz umgehen, indem sie ein Mahnverfahren anstelle eines ordentlichen Zivilverfahrens anstrengen.⁹⁹ Da diese Umgehungsgefahr bei allen AGB bestehe, wird in der Literatur davon ausgegangen, dass sich das Urteil nicht auf Verzugszinsklauseln beschränkt. Im deutschen Recht setzt die Mahnverfahrenssperre (§§ 691 Abs. 1 Nr. 1, § 688 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) in Verbraucherdarlehensverträgen und Finanzierungshilfen (§§ 491 ff., 506 ff. BGB) ein, falls der effektive Jahreszins den bei Vertragsschluss geltenden Basiszinssatz um mehr als zwölf Prozentpunkte übersteigt. Bei allen übrigen AGB ist der Prüfungsumfang eingeschränkt: Die Zurückweisung eines Mahnantrags ist nur möglich, wenn Haupt- oder Nebenforderung offensichtlich unbegründet sind.¹⁰⁰

Der EuGH lehnte die geltungserhaltende Reduktion missbräuchlicher Klauseln ausdrücklich ab,¹⁰¹ was der deutschen Rechtslage entspricht.¹⁰² Offen ist, ob die durch eine unwirksame Klausel hinterlassene Lücke durch eine ergänzende Vertragsauslegung geschlossen werden darf. In der Tagespreisklausel-Entscheidung¹⁰³ aus dem Jahr 1984 hatte der BGH mit Hilfe dieser Rechtskonstruktion die potenziellen Wirkungen einer unwirksamen Vertragsklausel ausgehebelt.

87 Ebers, LMK Anmerkung 2012, 333520. Kritisch gegenüber der Wirksamkeit der Unterlassungsklage: *Meller-Hannich/Höland*, Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente, 2011.

88 Micklitz/Reich, EWS 2012, 257, 261, 262; Ebers, LMK Anmerkung 2012, 333520.

89 Micklitz/Reich, EWS 2012, 257, 262, 263.

90 EuGH Rs. C-243/08, *Pannon* (Fn. 2).

91 EuGH Rs. C-137/08, *Pénzügyi* (Fn. 46).

92 EuGH, 14. 6. 2012 – Rs. C-618/10, *Banco Español de Crédito SA/Joaquín Calderón Camino*, EuZW 2012, 754, Rdnr. 45.

93 EuGH Rs. C-618/10, *Banco Español* (Fn. 92), Rdnr. 46.

94 EuGH Rs. C-618/10, *Banco Español* (Fn. 92), Rdnr. 47, 48.

95 EuGH Rs. C-618/10, *Banco Español* (Fn. 92), Rdnr. 49–57.

96 GA *Trstenjak*, Schlussanträge vom 14. 2. 2012 – Rs. C-618/10, *Banco Español de Crédito SA/Joaquín Calderón Camino*, BeckRS 2012, 80342, Rdnr. 74.

97 EuGH Rs. C-618/10, *Banco Español* (Fn. 92), Rdnr. 65–73.

98 GA *Trstenjak* Rs. C-618/10, *Banco Español* (Fn. 96), Rdnr. 86–88.

99 EuGH Rs. C-618/10, *Banco Español* (Fn. 92), Rdnr. 55.

100 *Wendenburg*, EuZW 2012, 754, 759. *Wendenburg* geht davon aus, dass diese Evidenzprüfung geeignet ist, missbräuchliche Verzugszinsklauseln zu erfassen, die nicht der Mahnverfahrenssperre unterfallen.

101 Kritik am Urteil des EuGH: *Uffmann*, NJW 2012, 2225, 2230.

102 *Basedow*, MünchKomm, 6. Aufl. 2012, § 306, Rdnr. 13.

103 BGH, 1. 2. 1984 – VIII ZR 54/83, BGHZ 90, 69 (75), BB 1984, 486 (m. BB-Anm. *Löwe/Trinkner*), NJW 1984, 1177 (1778).

Micklitz/Reich sehen darin einen möglichen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie, da die ergänzende Vertragsauslegung das gemeinschaftsrechtliche Verbot der geltungserhaltenden Reduktion umgehe.¹⁰⁴ Außerdem wird diskutiert, ob die Richtlinie die Aufspaltung von „teilbaren Klauseln“ in einen unwirksamen und einen wirksamen Teil zulässt.¹⁰⁵

h) *Möglichkeit der Parteien, Erklärungen aufgrund der Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel abzugeben, bevor das nationale Gericht Konsequenzen zieht (Rs. C-472/11, Banif Plus Bank)*

aa) Sachverhalt

Das ungarische Gericht fragte den EuGH, ob die Verpflichtung des nationalen Gerichts, die Parteien auf die amtswegige Feststellung der Missbräuchlichkeit einer Klausel hinzuweisen und ihnen zu ermöglichen, dazu Erklärungen abzugeben, mit Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 93/13/EWG vereinbar ist. Außerdem stand in Frage, ob zur Beurteilung der Missbräuchlichkeit der Klausel, auf die sich der Antrag stützt, weitere Vertragsklauseln berücksichtigt werden müssen.

Der Verbraucher kam seiner Zahlungspflicht aus seinem Darlehensvertrag nicht mehr nach, woraufhin die Banif Plus Bank den Vertrag kündigte. Der vorformulierte Darlehensvertrag sah im Falle einer vorzeitigen Kündigung vor, dass der Darlehensnehmer neben Verzugszinsen und Kosten den Gesamtbetrag der noch ausstehenden Raten, bestehend aus den Hauptforderungen, den vereinbarten Zinsen und der Versicherungsprämie, zahlen muss. Das Bezirksgericht hielt die Klausel für missbräuchlich und gab den Parteien die Möglichkeit, sich dazu zu äußern. Das Gericht verurteilte den Verbraucher, den Betrag zu zahlen, der ohne Anwendung der streitigen Klausel berechnet wurde. Die Banif Plus Bank legte gegen das Urteil Berufung ein.

bb) Wesentliche Gründe

Die volle Effektivität des von der Richtlinie angestrebten Verbraucherschutzes verlange, dass das nationale Gericht alle Konsequenzen aus der Feststellung der Missbräuchlichkeit einer Klausel ziehen kann, „ohne darauf zu warten, dass der über seine Rechte informierte Verbraucher erklärt, dass er die Nichtigerklärung der genannten Klausel begehrt“.¹⁰⁶ Jedoch müsse das nationale Gericht die Erfordernisse eines effektiven gerichtlichen Schutzes gemäß Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union berücksichtigen. Zu diesen Erfordernissen zähle der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens. Das nationale Gericht sei „im Allgemeinen“ verpflichtet, die Parteien über die von Amts wegen festgestellte Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel zu informieren und ihnen die Gelegenheit zu geben, dies nach den Bedingungen der nationalen Verfahrensvorschriften kontradiktorisch zu erörtern.¹⁰⁷ Wie *Asturcom Telecomunicaciones*¹⁰⁸ hervorhebe, müssten die Grundzüge der nationalen Rechtsschutzsysteme Beachtung finden.¹⁰⁹ Das nationale Gericht könne ggf. den Willen des Verbrauchers berücksichtigen, falls dieser nach einem Hinweis durch das Gericht über die Unverbindlichkeit einer missbräuchlichen Klausel seine Einwilligung in die Klausel erteilt.¹¹⁰ Zur zweiten Frage stellte der EuGH unter Verweis auf Art. 3 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie fest, dass das nationale Gericht alle Vertragsklauseln berücksichtigen muss,

um die Missbräuchlichkeit der Klausel, auf die der bei ihm gestellte Antrag gestützt ist, beurteilen zu können.¹¹¹

cc) Einordnung in die Rechtsprechung

Im Hinblick auf seine Rechtsprechung in *Pannon GSM*¹¹², verdeutlicht der EuGH, dass das nationale Gericht nicht lediglich befugt, sondern verpflichtet ist, den Verbraucher auf die Missbräuchlichkeit der Klausel hinzuweisen und ggf. den Willen des Verbrauchers zur Einwilligung in die Klausel zu berücksichtigen. Der Verweis in Rdnr. 24 auf die in *Pénzügyi*¹¹³ etablierte Verpflichtung des nationalen Gerichts, Untersuchungsmaßnahmen durchzuführen, lässt darauf schließen, dass diese Verpflichtung auch bei Klauseln gilt, die nicht den Gerichtsstand betreffen, sondern materiellen Charakter haben. In *Pénzügyi* hatte Generalanwältin *Trstenjak* unter Hinweis auf die Verfahrensautonomie die Durchbrechung des Beibringungsgrundsatzes abgelehnt, nach dem es den Parteien obliegt, alle relevanten Tatsachen vorzubringen.¹¹⁴

i) *Einstweiliger Rechtsschutz im Vollstreckungsverfahren; Kriterien zur Bestimmung der Missbräuchlichkeit (Rs. C-415/11, Aziz)*

aa) Sachverhalt

Das spanische Juzgado de lo Mercantil n° 3 Barcelona fragte den EuGH zur Vereinbarkeit des spanischen Hypothekenvollstreckungsverfahrens mit der Richtlinie 93/13/EWG. Nach der spanischen Zivilprozessordnung kann der Schuldner die Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel nicht im Hypothekenvollstreckungsverfahren einwenden. Die Einwendung einer missbräuchlichen Klausel ist nur in einem gesonderten Erkenntnisverfahren möglich, welches zu keiner Aussetzung des Vollstreckungsverfahrens führt. Weiter fragte das spanische Gericht nach den Kriterien zur Beurteilung der Missbräuchlichkeit dreier konkreter Klauseln zur a) vorzeitigen Fälligkeitstellung von Verträgen mit langer Laufzeit, b) Festlegung der Verzugszinsen und c) Bezifferung des geschuldeten Betrags.

Im zugrunde liegenden Rechtsstreit schloss der Verbraucher zur Finanzierung eines Eigenheims mit einer spanischen Sparkasse einen Hypothekenkreditvertrag. Die mit der Hypothek belastete Immobilie war der Familienwohnsitz des Verbrauchers. Aufgrund des Zahlungsverzugs leitete die spanische Sparkasse das Hypothekenvollstreckungsverfahren des zuvor notariell beurkundeten Vollstreckungstitels vor dem Juzgado de Primera Instancia n° 5 Martorell ein. Nach Abschluss des Vollstreckungsverfahrens rügte der Verbraucher die Missbräuchlichkeit einer Klausel des Darle-

104 Micklitz/Reich, Luxemburg ante portas – jetzt auch im deutschen „rundenerneuertem“ AGB-Recht?, in: Wurmnest et al. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Magnus.

105 Pfeiffer, LMK Anmerkung 2012, 339740; Wendenburg, EuZW 2012, 754, 759, 760.

106 EuGH, 21. 2. 2013 – Rs. C-472/11, Banif Plus Bank Zrt/Csaba Csipai, Viktória Csipai, NJW 2013, 987, Rdnr. 28, EWS 2013, 158 (Tenor).

107 EuGH Rs. C-472/11, Banif Plus Bank (Fn. 106), Rdnrn. 30, 31. Unter Verweis auf seine Rechtsprechung in EuGH, 2. 12. 2009 – Rs. C-89/08 P, Kommission/Irland, Slg. 2009, I-11245, Rdnrn. 50, 54.

108 EuGH Rs. C-40/08, Asturcom (Fn. 17), Rdnr. 39.

109 EuGH Rs. C-472/11, Banif Plus Bank (Fn. 106), Rdnr. 33.

110 EuGH Rs. C-472/11, Banif Plus Bank (Fn. 106), Rdnr. 35.

111 EuGH Rs. C-472/11, Banif Plus Bank (Fn. 106), Rdnrn. 40, 41.

112 EuGH Rs. C-243/08, Pannon (Fn. 2), Rdnr. 33.

113 EuGH Rs. C-137/08, VB Pénzügyi Lizing (Fn. 46), Rdnr. 56.

114 GA Trstenjak Rs. C-137/08, VB Pénzügyi Lizing (Fn. 52), Rdnrn. 109 ff.

hensvertrags in einem separaten Erkenntnisverfahren vor dem Juzgado de lo Mercantil n° 3 Barcelona und forderte die Nichtigkeit des durchgeführten Vollstreckungsverfahrens.

bb) Wesentliche Gründe

Die Modalitäten des Zwangsvollstreckungsverfahrens unterlägen der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie, beschränkt durch den Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz.¹¹⁵ Im spanischen Prozessrecht sei die Umkehrung eines endgültigen Zuschlags eines mit einer Hypothek belasteten Gegenstandes zugunsten eines Dritten möglich, falls der Verbraucher vor dem Randvermerk über die Ausstellung der Belastungsbescheinigung eine Vormerkung für den Antrag auf Nichtigerklärung der Hypothek hat eintragen lassen.¹¹⁶ Jedoch bestehe die Gefahr, dass der Verbraucher die Vormerkung nicht innerhalb der vorgesehenen Frist eintragen lässt, „sei es wegen des extrem schnellen Ablaufs des fraglichen Vollstreckungsverfahrens, sei es, weil er den Umfang seiner Rechte nicht kennt oder nicht richtig erfasst.“¹¹⁷ Die Feststellung der Nichtigkeit des Vollstreckungsverfahrens durch das Erkenntnisgericht könne lediglich einen nachgelagerten, in Schadensersatz bestehenden Schutz sicherstellen. Der nachgelagerte Schadensersatzanspruch sei nicht angemessen und wirksam, der Verwendung der Klausel gemäß Art. 7 Abs. 1 ein Ende zu setzen.¹¹⁸ Der EuGH sieht in der spanischen Regelung einen Verstoß gegen den Effektivitätsgrundsatz, insbesondere weil der endgültige und nicht rückgängig zu machende Verlust des Eigenheims des Verbrauchers und seiner Familie nicht verhindert werden könne.¹¹⁹ Generalanwältin *Kokott* kommt in ihrem Schlussantrag zu dem Ergebnis, dass das Erkenntnisgericht befugt sein müsse, das Vollstreckungsverfahren (einstweilen) auszusetzen, um die Zwangsvollstreckung anzuhalten, bis die Missbräuchlichkeit der Vertragsklausel geprüft sei.¹²⁰ Der EuGH bestätigt die Generalanwältin unter Verweis auf *Unibet*^{121, 122}

Zur Bewertung eines „Missverhältnisses“ gemäß Art. 3 Abs. 1 müsse das nationale Gericht die fragliche Klausel mit denjenigen Vorschriften vergleichen, die im nationalen Recht anwendbar wären, wenn die Parteien keine Vereinbarung getroffen hätten.¹²³ Ein solches Missverhältnis werde „entgegen dem Gebot von Treu und Glauben“ verursacht, falls der Gewerbetreibende bei loyalen und billigen Verhalten gegenüber dem Verbraucher vernünftigerweise nicht hätte erwarten dürfen, dass sich der Verbraucher nach individuellen Verhandlungen auf die Klausel einlässt.¹²⁴ Unter Verweis auf den Schlussantrag von Generalanwältin *Kokott* erläutert der EuGH Beurteilungskriterien für die konkreten Klauseln des Hypothekenkreditvertrags:

– Vorzeitige Fälligkeit von Verträgen mit langer Laufzeit wegen Nichterfüllung in einem eng begrenzten Zeitraum: Das nationale Gericht müsse beurteilen,

„ob die dem Gewerbetreibenden eingeräumte Möglichkeit, das gesamte Darlehen fällig zu stellen, davon abhängt, dass der Verbraucher eine Verpflichtung nicht erfüllt hat, die im Rahmen der fraglichen vertraglichen Beziehungen wesentlich ist, ob diese Möglichkeit für Konstellationen vorgesehen ist, in denen eine solche Nichterfüllung im Verhältnis zur Laufzeit und zur Höhe des Darlehens hinreichend schwerwiegend ist, ob die genannte Möglichkeit von den auf diesem Gebiet anwendbaren Vorschriften abweicht und ob das nationale Recht angemessene und wirksame Mittel vorsieht, die es dem Verbraucher, dem gegenüber eine derartige Klausel

zur Anwendung kommt, ermöglichen, die Wirkungen der Fälligkeitstellung des Darlehens wieder zu beseitigen.“¹²⁵

– Festlegung der Verzugszinsen:

Im Licht von Nr. 1 lit. e des Anhangs i.V.m. Art. 3 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 müsse das nationale Gericht zum einen die nationalen Vorschriften prüfen, die zwischen den Parteien zur Anwendung kämen, wenn in dem Vertrag hierzu nichts vereinbart worden wäre; zum anderen müsse die Höhe des festgelegten Verzugszinssatzes mit dem gesetzlichen Zinssatz verglichen werden, um zu prüfen, ob der Verzugszins zur Erreichung der Zwecke, die im betreffenden Mitgliedstaat mit ihm verfolgt werden, geeignet ist und nicht über das hierzu Erforderliche hinausgeht.¹²⁶

– Einseitige Festlegung des geschuldeten Betrags durch Darlehensgeber:

In Anbetracht von Nr. 1 lit. q des Anhangs und der in Art. 3 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 aufgeführten Kriterien müsse das nationale Gericht feststellen,

inwiefern „die betreffende Klausel von den Vorschriften abweicht, die in Ermangelung einer Vereinbarung zwischen den Parteien anwendbar wären, und dadurch für den Verbraucher vor dem Hintergrund der ihm zur Verfügung stehenden prozessualen Mittel der Zugang zum Gericht und die Ausübung der Verteidigungsrechte erschwert wird“.¹²⁷

cc) Einordnung in die Rechtsprechung

In *Aziz* erreichten den EuGH die sozialen Auswirkungen der Euro-Krise. Weder die Generalanwältin noch der EuGH sprechen das „Recht auf Wohnung“ gemäß Art. 34 Abs. 3 der Grundrechtecharta ausdrücklich an, wenngleich es in der Begründung mehrfach aufscheint. *Aziz* betrifft nicht nur die spanischen Verbraucher. Es handelt sich um einen klassischen Fall einer „public interest litigation“. Der EuGH tritt als politischer Akteur auf, dem es darum zu tun ist, die negativen Auswirkungen der Euro-Krise mit Hilfe des Rechts auszugleichen.¹²⁸

In *Aziz* nahm der EuGH nicht zu der Frage Stellung, ob der Verbraucher im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens die Möglichkeit haben muss, die Missbräuchlichkeit einer Klausel geltend zu machen. Gleichwohl geht es in der Sache um die Verzahnung von Hypothekenvollstreckungsverfahren

115 EuGH, 14. 3. 2013 – Rs. C-415/11, Mohamed Aziz/Caixa d’Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), EuZW 2013, 464, Rdnr. 50.

116 EuGH Rs. C-415/11, Mohamed Aziz (Fn. 115), Rdnrn. 54–57.

117 EuGH Rs. C-415/11, Mohamed Aziz (Fn. 115), Rdnr. 58.

118 EuGH Rs. C-415/11, Mohamed Aziz (Fn. 115), Rdnr. 60.

119 EuGH Rs. C-415/11, Mohamed Aziz (Fn. 115), Rdnr. 61.

120 GA *Kokott*, Schlussanträge vom 8. 11. 2012 – Rs. C-415/11, Mohamed Aziz/Caixa d’Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (CATALUNYACAIXA)), BeckRS 2012, 82392, Rdnr. 57.

121 EuGH, 13. 3. 2007 – Rs. C-432/05, Unibet (London) Ltd, Unibet (International) Ltd/Justitiekansler, Slg. 2007, I-2271, Rdnr. 77.

122 EuGH Rs. C-415/11, Mohamed Aziz (Fn. 115), Rdnr. 59.

123 EuGH Rs. C-415/11, Mohamed Aziz (Fn. 115), Rdnr. 68.

124 EuGH Rs. C-415/11, Mohamed Aziz (Fn. 115), Rdnr. 69.

125 EuGH Rs. C-415/11, Mohamed Aziz (Fn. 115), Rdnr. 73. Verweis auf GA *Kokott* Rs. C-415/11, Mohamed Aziz (Fn. 120), Rdnrn. 77, 78.

126 EuGH Rs. C-415/11, Mohamed Aziz (Fn. 115), Rdnr. 74. Verweis auf GA *Kokott* Rs. C-415/11, Mohamed Aziz (Fn. 120), Rdnrn. 85–87.

127 EuGH Rs. C-415/11, Mohamed Aziz (Fn. 115), Rdnr. 75. Der EuGH verweist nicht auf die Schlussanträge der Generalanwältin, die detaillierte Kriterien für die Prüfung erläutert; siehe GA *Kokott* Rs. C-415/11, Mohamed Aziz (Fn. 120), Rdnrn. 89–95.

128 *Micklitz*, Unfair Contract Terms – Public Interest Litigation before European Courts – C-415/11, Mohamed Aziz, in: Colaert/Terryn (Hrsg.), Landmark Cases of EU Consumer Law – In Honour of Jules Stuyck, Intersentia 2013, 615–634.

und Erkenntnisverfahren.¹²⁹ Der EuGH etabliert einen neuen Rechtsbehelf, welcher das Vollstreckungsverfahren mit dem Erkenntnisverfahren verbindet. Das Erkenntnisgericht muss befugt sein, die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung zu erwirken. Die Rechtssache unterscheidet sich von *Pénzügyi*¹³⁰ und *Banco Español*¹³¹, welche von den Pflichten der nationalen Gerichte zur amtswegigen Klauselkontrolle handelten.¹³² Dennoch blieb die Frage zur amtswegigen Missbräuchlichkeitskontrolle in *Aziz* offen. Wie soll sichergestellt werden, dass der Verbraucher seine Rechte trotz Unkenntnis über die missbräuchliche Klausel wahrnimmt?¹³³ *Ebers* geht davon aus, dass im deutschen Recht wirksame Rechtsmittel vorhanden seien.¹³⁴

In *Aziz* bestätigt der EuGH den einmal gefundenen Mittelweg zwischen einer umfassenden Kontrollkompetenz wie in *Océano Grupo*¹³⁵ und fehlender Kontrollkompetenz wie in *Freiburger Kommunalbauten*¹³⁶. Schrittweise konkretisiert der EuGH die abstrakten Kriterien der Klauselkontrolle und schränkt den Spielraum der nationalen Gerichte deutlich ein. In *Aziz* nimmt der EuGH zum ersten Mal zu dem Kriterium des „Missverhältnisses“ und dem Gebot von „Treu und Glauben“ Stellung. Er spricht dem dispositiven Recht eine Leitbildfunktion im Rahmen der Klauselkontrolle zu.¹³⁷ Generalanwältin *Kokott* und der EuGH lehnen eine abstrakt-generelle Inhaltskontrolle ab und verlangen stattdessen eine konkrete Bewertung anhand der Umstände des Einzelfalls.¹³⁸ Der EuGH stellt auf subjektive Kriterien ab: ob sich der Verbraucher bei individuellen Verhandlungen auf die Klausel eingelassen hätte und ob der Gewerbetreibende bei loyalen und billigem Verhalten von der Einwilligung des Verbrauchers „vernünftigerweise“ ausgehen durfte. Nicht eingegangen ist der EuGH auf das Verhältnis des Gebotes von „Treu und Glauben“ zum Kriterium des „Missverhältnisses“.¹³⁹ Im Einklang mit der Aufwertung des Anhangs in *Pénzügyi*¹⁴⁰ und *Invitel*¹⁴¹ zieht der EuGH auch in *Aziz* den Anhang zur Konkretisierung der Beurteilungskriterien für die Klauselkontrolle heran.¹⁴²

j) Auslegung von Gaspreisänderungsklauseln in Sonderkundenverträgen; Transparenz als Informationsgebot (Rs. C-92/11, RWE Vertrieb)

aa) Sachverhalt

Der BGH fragte, ob Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 93/13/EWG dahin auszulegen ist, dass Gaspreisänderungsklauseln in Sonderkundenverträgen nicht den Bestimmungen der Richtlinie unterliegen, wenn in diesen Klauseln die für Tarifkunden geltenden gesetzlichen Regelungen der AVBGasV unverändert übernommen wurden. Außerdem suchte der BGH Klärung, ob die streitigen Gaspreisänderungsklauseln, die keine Angaben zu Anlass, Voraussetzungen und Umfang einer Preisänderung vorsehen, gemäß Art. 3 und 5 i.V.m. Nr. 1 lit. j und Nr. 2 lit. b des Anhangs der Richtlinie 93/13/EWG sowie gemäß Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2003/55/EG i.V.m. Anhang A lit. b und/oder c als hinreichend klar und verständlich beurteilt werden können, wenn die Kunden von der Änderung mit angemessener Frist benachrichtigt werden und den Vertrag kündigen können.¹⁴³

Im Ausgangsverfahren klagte die Verbraucherzentrale NRW aus abgetretenem Recht von 25 Gasverbrauchern gegen das Gasversorgungsunternehmen RWE auf Rückzahlung der aufgrund von Preiserhöhungen geleisteten Zusatzzahlungen. RWE hatte die Preiserhöhungen in den Jahren 2003 bis 2005 auf vertragliche Gaspreisänderungsklauseln gestützt,

die auf die gesetzliche Regelung der AVBGasV verwiesen oder aber gleichlautende Regelungen enthielten. Die Klauseln erlaubten dem Lieferanten, die Gaspreise einseitig zu ändern, ohne den Anlass, die Voraussetzungen oder den Umfang einer solchen Änderung anzugeben, setzten aber voraus, dass die Kunden von der Änderung benachrichtigt wurden und den Vertrag ggf. kündigen konnten. Die AVBGasV galt nur für Tarifkundenverträge im Geltungsbereich der allgemeinen Grundversorgung und nicht für die streitigen Sonderkundenverträge. Das LG Dortmund gab der Klage auf Rückzahlung statt und die Berufung von RWE vor dem OLG Hamm blieb ohne Erfolg.¹⁴⁴

bb) Wesentliche Gründe

Der Ausschluss von Vertragsklauseln in Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 93/13/EWG, die auf „bindenden Rechtsvorschriften“ beruhen, sei durch die Annahme gerechtfertigt, dass der nationale Gesetzgeber eine ausgewogene Regelung aller Rechte und Pflichten der Parteien bestimmter Verträge getroffen habe.¹⁴⁵ Der Parteiwille, die Anwendung einer gesetzlichen Regelung auf weitere Vertragskategorien auszuweiten, könne einer Regelung durch den Gesetzgeber nicht gleichgestellt werden.¹⁴⁶ Andernfalls könne ein Gewerbetreibender der Prüfung der Missbräuchlichkeit leicht entgehen, indem er die Klauseln seiner Verträge so abfasst wie die Klauseln, die gemäß den nationalen Rechtsvorschriften für bestimmte Vertragskategorien vorgesehen sind.¹⁴⁷ Der deutsche Gesetzgeber habe Sonderkundenverträge bewusst nicht der AVBGasV unterworfen und lediglich die Klauselverbote in den §§ 308 und 309 BGB gemäß § 310 Abs. 2 BGB für unanwendbar erklärt.¹⁴⁸ Im Einklang mit der Auffassung der Kommission und der Generalanwältin *Trstenjak* unterwarf der EuGH Sonderkundenverträge dem Anwendungsbereich der Richtlinie 93/13/EWG.¹⁴⁹

Auch wenn die Richtlinien 93/13/EWG und 2003/55/EG verdeutlichen, dass der Gesetzgeber den Gasversorgungsunternehmen ein berechtigtes Interesse zur Änderung der Ent-

129 EuGH Rs. C-415/11, Mohamed Aziz (Fn. 115), Rdnrn. 37–39.

130 EuGH Rs. C-137/08 VB Pénzügyi Lizing (Fn. 46).

131 EuGH Rs. C-618/10 Banco Español (Fn. 92).

132 EuGH Rs. C-415/11, Mohamed Aziz (Fn. 115), Rdnr. 49.

133 Micklitz, Unfair Contract Terms – Public Interest Litigation before European Courts – C-415/11, Mohamed Aziz, in: Colaert/Terryn (Hrsg.), Landmark Cases of EU Consumer Law – In Honour of Jules Stuyck, Intersentia 2013, 615–634.

134 Ebers, LMK 2013, 345483.

135 EuGH Rs. C-240/98 bis C-244/98, Océano Grupo (Fn. 7).

136 EuGH Rs. C-237/02, Freiburger Kommunalbauten (Fn. 9).

137 Ebers, LMK 2013, 345483.

138 Micklitz, Unfair Contract Terms – Public Interest Litigation before European Courts – C-415/11, Mohamed Aziz, in: Colaert/Terryn (Hrsg.), Landmark Cases of EU Consumer Law – In Honour of Jules Stuyck, Intersentia 2013, 615–634.

139 Ebers, LMK 2013, 345483.

140 EuGH Rs. C-137/08, VB Pénzügyi Lizing (Fn. 46).

141 EuGH Rs. C-472/10, Invitel (Fn. 74).

142 Micklitz, Unfair Contract Terms – Public Interest Litigation before European Courts – C-415/11, Mohamed Aziz, in: Colaert/Terryn (Hrsg.), Landmark Cases of EU Consumer Law – In Honour of Jules Stuyck, Intersentia 2013, 615–634.

143 BGH, 9. 2. 2011 – VIII ZR 162/09, BB 2011, 719 (m. BB-Komm. *Zabel*).

144 LG Dortmund, 18. 1. 2008 – 6 O 341/06, BeckRS 2008, 04225; OLG Hamm, 29. 5. 2009 – 19 U 52/08, BeckRS 2009, 15973.

145 EuGH, 21. 3. 2013 – Rs. C-92/11, RWE Vertrieb AG/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e. V., EWS 2013, 193, NJW 2013, 2253, Rdnr. 28.

146 EuGH Rs. C-92/11, RWE Vertrieb (Fn. 145), Rdnr. 29.

147 EuGH Rs. C-92/11, RWE Vertrieb (Fn. 145), Rdnr. 31.

148 EuGH Rs. C-92/11, RWE Vertrieb (Fn. 145), Rdnrn. 33–37.

149 EuGH Rs. C-92/11, RWE Vertrieb (Fn. 145), Rdnrn. 38, 39.

gelte für ihre Leistung zuerkannt hat, müsse ein hoher Verbraucherschutz gewährleistet werden.¹⁵⁰ Zur Beurteilung, ob die Gaspreisänderungsklausel den Anforderungen in Art. 3 und Art. 5 der Richtlinie 93/13/EWG genügt, müsse im Hinblick auf *Invitel*¹⁵¹ insbesondere geprüft werden,

„ob der Anlass und der Modus der Änderung dieser Entgelte in dem Vertrag so transparent dargestellt werden, dass der Verbraucher die etwaigen Änderungen der Entgelte anhand klarer und verständlicher Kriterien absehen kann, wobei das Ausbleiben der betreffenden Information vor Vertragsabschluss grundsätzlich nicht allein dadurch ausgeglichen werden kann, dass der Verbraucher während der Durchführung des Vertrags mit angemessener Frist im Voraus über die Änderung der Entgelte und über sein Recht, den Vertrag zu kündigen, wenn er diese Änderung nicht hinnehmen will, unterrichtet wird.“¹⁵²

Das Ausbleiben dieser Information vor Vertragsabschluss könne nicht dadurch ausgeglichen werden, dass der Verbraucher mit angemessener Frist im Voraus über die Änderung der Entgelte und über sein Recht, den Vertrag zu kündigen, unterrichtet wurde.¹⁵³ Es sei von wesentlicher Bedeutung, ob die Kündigungsmöglichkeit dem Verbraucher nicht nur formal eingeräumt werde, sondern auch tatsächlich wahrgenommen werden könne.¹⁵⁴ Es gehe um einen Interessensausgleich zwischen den Parteien, weil dem

„berechtigten Interesse des Gewerbetreibenden, sich gegen eine Änderung der Umstände zu wappnen, das genauso berechnete Interesse des Verbrauchers gegenüber (steht), zum einen die Folgen, die eine solche Änderung für ihn in der Zukunft haben könnte, zu kennen und damit absehen zu können, und zum anderen in einem solchen Fall über die Angaben zu verfügen, die es ihm erlauben, in der geeignetsten Weise auf seine neue Situation zu reagieren.“¹⁵⁵

Es sei Sache des nationalen Gerichts unter Berücksichtigung dieser Kriterien über die konkrete Bewertung der Gaspreisänderungsklausel zu entscheiden.¹⁵⁶ Zu dem Ersuchen der deutschen Regierung und RWE, die Wirkung des Urteils des EuGH erst ab dessen Verkündung eintreten zu lassen, verweist der EuGH auf zwei grundlegende Kriterien, den guten Glauben der Betroffenen und die Gefahr schwerwiegender Störungen,¹⁵⁷ die beide nicht vorlägen.¹⁵⁸

cc) Einordnung in die Rechtsprechung

Der EuGH rückt immer weiter von seiner *Freiburger Kommunalbauten*-Entscheidung¹⁵⁹ ab, wonach die Feststellung der Nichtigkeit nicht in der Kompetenz des EuGH, sondern der des nationalen Gerichts liege. Die detaillierte Auslegung der Anforderungen in Art. 3 und Art. 5 der Richtlinie 93/13/EWG lässt dem nationalen Gericht kaum Spielraum, die Gaspreisänderungsklausel nicht zu verwerfen.¹⁶⁰ Die ursprünglich individualistisch angelegte Einzel-Klauselkontrolle wird über das traditionelle Wettbewerbsrecht hinausgehend in eine unionsspezifische Marktkontrolle überführt.¹⁶¹ Bemerkenswert ist die „Aufwertung des Transparenzgebots zu einem positiven und effektiven Informationsgebot“, wonach eine wirksame Anpassungsklausel „ausführliche, genaue und nachvollziehbare Verbraucherinformationen“ enthalten müsse.¹⁶² Am 31. 7. 2013 erklärte der BGH im Folgeurteil die von RWE verwendeten Preisanpassungsklauseln in Sonderverträgen, die nur die in der AVBGasV enthaltene Regelung übernehmen oder auf diese verweisen, für unwirksam.¹⁶³ Wie von der Verbraucherzentrale NRW in einer Pressemitteilung hervorgehoben, stehen den 25 Gasverbrauchern wegen der unwirksamen Vertragsbedingungen Rückzahlungen von insgesamt 16 128,63 Euro zu.¹⁶⁴ Eine kollektive Regelung zur Abwicklung der Rück-

forderungen würde die Rückabwicklung vereinfachen. Die Rechtsprechung des EuGH bewegt sich sukzessive auf dieses Ziel zu.¹⁶⁵

k) Anwendbarkeit der Richtlinie 93/13/EWG auf Wohnraummietverträge; Ablehnung der richterlichen Herabsetzungsbefugnis (Rs. C-488/11, *Asbeek Brusse, de Man Garabito*)

aa) Sachverhalt

Der Gerichtshof te Amsterdam legte dem EuGH die Frage vor, ob der Anwendungsbereich der Richtlinie 93/13/EWG einen zwischen einem gewerblichen Vermieter und einem zu privaten Zwecken handelnden Mieter geschlossenen Wohnraummietvertrag umfasst. Außerdem stand in Frage, ob die nationalen Umsetzungsvorschriften der Richtlinie den Normen zwingenden Rechts gleichzustellen sind, so dass das nationale Gericht zur amtswegigen Prüfung der Missbräuchlichkeit verpflichtet ist und die missbräuchliche Vertragsklausel für nichtig erklären muss. Mit seiner dritten Frage wollte das vorlegende Gericht wissen, ob die nach niederländischem Recht zulässige richterliche Herabsetzungsbefugnis mit Art. 6 der Richtlinie vereinbar ist.

Das Ausgangsverfahren betraf einen Wohnraummietvertrag, der zwischen Privatpersonen und einem Gewerbetreibenden der Immobilienbranche geschlossen wurde. Die AGB des Mietvertrags sahen vor, dass der Mieter im Fall des Zahlungsverzugs eine Vertragsstrafe zu leisten hat. Da die Mieter ihren Zahlungen nicht nachkamen, wurden sie vor der Rechtbank Alkmaar verklagt. Die Mieter legten Rechtsmittel ein und beantragen, die als Vertragsstrafen zugesprochenen Beträge in Anbetracht der Diskrepanz zwischen diesen Beträgen und dem Schaden des Vermieters herabzusetzen.

bb) Wesentliche Gründe

Die Richtlinie ist auf einen Wohnraummietvertrag anwendbar, der zwischen einem Vermieter, der im Rahmen seiner gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handelte, und einem Mieter, der zu einem nicht gewerblichen oder beruflichen Zweck handelte, geschlossen wurde. Der Gesetzgeber habe nicht die Absicht gehabt, den Anwendungsbereich der Richtlinie auf Verträge zwischen einem Verkäufer und einem Verbraucher zu beschränken.¹⁶⁶ Der zehnte Erwägungsgrund der Richtlinie stelle klar, dass die Richtlinie auf alle Verträge zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern, wie in Art. 2 lit. b und c der Richtlinie definiert, anzu-

150 EuGH Rs. C-92/11, RWE Vertrieb (Fn. 145), Rdnrn. 45, 46.

151 EuGH Rs. C-472/10, *Invitel* (Fn. 74), Rdnr. 30.

152 EuGH Rs. C-92/11, RWE Vertrieb (Fn. 145), Rdnr. 49.

153 EuGH Rs. C-92/11, RWE Vertrieb (Fn. 145), Rdnr. 51.

154 EuGH Rs. C-92/11, RWE Vertrieb (Fn. 145), Rdnr. 54.

155 EuGH Rs. C-92/11, RWE Vertrieb (Fn. 145), Rdnr. 53.

156 EuGH Rs. C-92/11, RWE Vertrieb (Fn. 145), Rdnr. 55.

157 EuGH Rs. C-92/11, RWE Vertrieb (Fn. 145), Rdnr. 59.

158 EuGH Rs. C-92/11, RWE Vertrieb (Fn. 145), Rdnrn. 61, 62.

159 EuGH Rs. C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten* (Fn. 9).

160 *Micklitz/Reich*, EuZW 2013, 457, 459.

161 *Micklitz/Reich*, EuZW 2013, 457, 457.

162 *Micklitz/Reich*, EuZW 2013, 457, 460. Zur bisherigen Überprüfung von einseitigen Preisbestimmungen der Gasversorger durch deutsche Gerichte, siehe: *Rott*, *European Review of Private Law* 2013, 717; siehe auch: *Derleder*, KJ 2010, 292.

163 BGH VIII ZR 162/09 (Fn. 143).

164 <http://www.vz-nrw.de/bgh-urteil-verbraucherzentrale-erfolgreich>.

165 Dazu *Micklitz/Reich*, EuZW 2013, 460, und vertiefend *Micklitz/Reich*, in: W. Wurmnest et al. (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Magnus* (Fn. 104).

166 EuGH, 30. 5. 2013 – Rs. C-488/11, *Dirk Frederik Asbeek Brusse, Katarina de Man Garabito/Jahani BV*, EuZW 2013, 596, Rdnr. 28.

wenden ist.¹⁶⁷ Ausschlaggebend sei, ob die Vertragspartner im Rahmen ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handeln oder nicht.¹⁶⁸ Dem Verbraucherschutz komme bei einem Wohnraummietvertrag eine besondere Bedeutung zu. Die Ungleichheit zwischen den Parteien werde dadurch verschärft,

„dass sich ein solcher Vertrag in wirtschaftlicher Hinsicht auf ein grundlegendes Bedürfnis des Verbrauchers, nämlich die Wohnungsbeschaffung, bezieht und Beträge betrifft, die für den Mieter meist einen der größten Haushaltsposten darstellen, während es sich in rechtlicher Hinsicht um einen Vertrag handelt, der in der Regel unter eine komplexe nationale Regelung fällt, die den Privatpersonen oft kaum bekannt ist.“¹⁶⁹

Aufgrund fehlender unionsrechtlicher Vorschriften verwies der EuGH zunächst auf die nationale Verfahrensautonomie zur Umsetzung der Verpflichtungen des nationalen Rechtsmittelgerichts, die Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel von Amts wegen zu prüfen.¹⁷⁰ Gemäß dem Äquivalenzgrundsatz sei das nationale Gericht verpflichtet, wenn es nach innerstaatlichem Prozessrecht befugt ist, die Gültigkeit eines Rechtsakts von Amts wegen anhand zwingender nationaler Bestimmungen zu prüfen, die Missbräuchlichkeit einer in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallenden Vertragsklausel von Amts wegen zu prüfen.¹⁷¹ In dem Sinne müsse das nationale Gericht auch die missbräuchliche Vertragsklausel von Amts wegen für nichtig erklären, falls es nach innerstaatlichem Prozessrecht die Befugnis hat, von Amts wegen eine Klausel für nichtig zu erklären, die gegen die öffentliche Ordnung oder eine zwingende gesetzliche Bestimmung, die ihrer Bedeutung nach eine solche Sanktion rechtfertigt, verstößt.¹⁷² Jedoch müsse das nationale Gericht die Prozessparteien zuvor über die Missbräuchlichkeit der Klausel informieren und ihnen Gelegenheit geben, dies kontradiktorisch zu erörtern.¹⁷³

Nr. 1 lit.e des Anhangs der Richtlinie indizierte die Missbräuchlichkeit von Klauseln, die darauf abzielen oder zur Folge haben, dass dem Verbraucher, der seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, ein unverhältnismäßig hoher Entschädigungsbetrag auferlegt wird. Wie in *Invitel*¹⁷⁴ hervorgehoben, bilde der Anhang „eine wesentliche Grundlage“, auf die das zuständige Gericht seine Beurteilung der Missbräuchlichkeit dieser Klausel stützen kann.¹⁷⁵ Unter Verweis auf seine Rechtsprechung in *Banco Español*¹⁷⁶ betont der EuGH, dass Art. 6 Abs. 1 einem nationalen Gericht, wenn es die Missbräuchlichkeit einer Vertragsstrafklausel feststellt, nicht erlaubt, die dem Verbraucher auferlegte Vertragsstrafe herabzusetzen, statt die Klausel unangewendet zu lassen.¹⁷⁷

cc) Einordnung in die Rechtsprechung

Der EuGH bejahte die Anwendung der Richtlinie 93/13/EWG auf vorformulierte Mietverträge zwischen einem gewerblichen Vermieter und einem nichtgewerblichen Mieter. Die niederländische Sprachfassung des Art. 1 Abs. 1 formuliert, dass die Richtlinie die Angleichung der nationalen Bestimmungen über missbräuchliche Klauseln in Verträgen zwischen einem „Verkäufer“ („verkoper“) und einem Verbraucher bezweckt. Die deutsche Fassung geht wie die anderen Sprachfassungen auch vom „Gewerbetreibenden“ aus.¹⁷⁸ Der EuGH erklärte die nach niederländischem Recht zulässige Herabsetzungsbefugnis einer übermäßigen Vertragsstrafe bei unwirksamen Vertragsklauseln mit Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 93/13/EWG für unvereinbar. Damit bestätigt der EuGH die bereits in *Banco Español* angedeutete Ableh-

nung nicht nur einer geltungserhaltenden Reduktion sondern auch einer ergänzenden Vertragsauslegung.¹⁷⁹

l) Verpflichtung von Rechtsmittelgerichten zur amtswegigen Prüfung (Rs. C-397/11, Jörös)

aa) Sachverhalt

Das ungarische Fővárosi Bíróság fragte den EuGH, ob nationale Gerichte im Rahmen zweitinstanzlicher Verfahren verpflichtet sind, die Missbräuchlichkeit der allgemeinen Vertragsbedingungen zu prüfen, obwohl der Verstoß im erstinstanzlichen Verfahren nicht geltend gemacht wurde. Außerdem fragte das vorliegende Gericht nach den Konsequenzen, die sich aus der Feststellung der Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel ergeben, auch wenn sich die Parteien darauf nicht speziell berufen haben.

Im Ausgangsverfahren schloss die Verbraucherin mit einem ungarischen Kreditinstitut einen Darlehensvertrag. Ohne die Missbräuchlichkeit der Vertragsklauseln zu rügen, machte sie vor Gericht geltend, dass der Darlehensvertrag teilweise unwirksam sei. Das erstinstanzliche Gericht wies die Klage ab. Die Verbraucherin legte Rechtsmittel gegen das Urteil ein und berief sich auf die Nichtigkeit verschiedener Klauseln des Vertrags, die offensichtlich sittenwidrig seien, weil sie dem Gläubiger die einseitige Änderung der Vertragsbedingungen ermöglichten und dem Schuldner die Folgen späterer Änderungen aufbürdeten.

bb) Wesentliche Gründe

Nach dem Grundsatz der Verfahrensautonomie sei es Sache der Mitgliedstaaten, die Verfahrensmodalitäten für Berufungsverfahren vor einem Rechtsmittelgericht festzulegen, die den Schutz der Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen.¹⁸⁰ Nach dem Äquivalenzgrundsatz müsse das Rechtsmittelgericht, falls es die Gültigkeit eines Rechtsakts anhand zwingender nationaler Bestimmungen von Amts wegen beurteilen darf, obwohl der Verstoß im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht wurde, die Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel gemäß der Richtlinie 93/13/EWG von Amts wegen prüfen.¹⁸¹ Das ungarische Prozessrecht, welches vorsieht, dass das Rechtsmittelgericht alle Nichtigkeitsgründe prüfen muss, die sich

167 EuGH Rs. C-488/11, Asbeek Brusse und de Man Garabito (Fn. 166), Rdnr. 29.

168 EuGH Rs. C-488/11, Asbeek Brusse und de Man Garabito (Fn. 166), Rdnr. 30.

169 EuGH Rs. C-488/11, Asbeek Brusse und de Man Garabito (Fn. 166), Rdnr. 32.

170 EuGH Rs. C-488/11, Asbeek Brusse und de Man Garabito (Fn. 166), Rdnr. 42.

171 EuGH Rs. C-488/11, Asbeek Brusse und de Man Garabito (Fn. 166), Rdnr. 45.

172 EuGH Rs. C-488/11, Asbeek Brusse und de Man Garabito (Fn. 166), Rdnr. 51.

173 EuGH Rs. C-488/11, Asbeek Brusse und de Man Garabito (Fn. 166), Rdnr. 52.

174 EuGH Rs. C-472/10, *Invitel* (Fn. 74), Rdnr. 26.

175 EuGH Rs. C-488/11, Asbeek Brusse und de Man Garabito (Fn. 166), Rdnr. 55.

176 EuGH Rs. C-618/10, *Banco Español* (Fn. 92), Rdnrn. 65–69.

177 EuGH Rs. C-488/11, Asbeek Brusse und de Man Garabito (Fn. 166), Rdnrn. 57–59.

178 EuGH Rs. C-488/11, Asbeek Brusse und de Man Garabito (Fn. 166), Rdnr. 25.

179 *Micklitz/Reich*, in: W. Wurmnest et al. (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Magnus* (Fn. 104).

180 EuGH, 30. 5. 2013 – Rs. C-397/11, *Erika Jörös/Aegon Magyarország Hitel Zrt*, BeckRS 2013, 81098, Rdnr. 29.

181 EuGH Rs. C-397/11, *Jörös* (Fn. 180), Rdnr. 30.

aus den im ersten Rechtszug vorgebrachten Umständen ergeben, einschließlich der Rechtsgrundlage, die für die Ungültigkeit dieser Klauseln geltend gemacht wurde, entsprechende dem Effektivitätsgrundsatz.¹⁸²

Wie schon in *Banif Plus Bank*¹⁸³ festgestellt, sei das nationale Gericht verpflichtet, ohne einen entsprechenden Antrag des Verbrauchers abwarten zu müssen, alle Konsequenzen, die sich nach nationalem Recht aus der Feststellung der Missbräuchlichkeit der Vertragsklausel ergeben, zu ziehen, um sicherzustellen, dass diese Klausel für den Verbraucher unverbindlich ist.¹⁸⁴ Auch wenn Klagen auf Feststellung der Ungültigkeit missbräuchlicher Vertragsklauseln nach innerstaatlichem Prozessrecht in die Zuständigkeit eines anderen Rechtsprechungsorgans fallen, müsse das nationale Gericht das innerstaatliche Prozessrecht nach Möglichkeit so anwenden, dass das in Art. 6 Abs. 1 dieser Richtlinie gesetzte Ziel erreicht wird.¹⁸⁵ Zur Beurteilung, ob der Vertrag tatsächlich ohne die betreffende Klausel bestehen kann, seien grundsätzlich objektive Kriterien ausschlaggebend. In *Pereničová*¹⁸⁶ bestehe die Möglichkeit, einen Verbrauchervertrag, der eine oder mehrere missbräuchliche Klauseln enthält, in seiner Gesamtheit für nichtig zu erklären, wenn dadurch ein besserer Verbraucherschutz gewährleistet wird.¹⁸⁷

cc) Einordnung in die Rechtsprechung

Sukzessive nähert sich die Rechtsprechung der Problematik, was genau die Rechtsfolgen nach Art. 6 sein sollen. Die Richtlinie spricht von „unverbindlich“. Diese Kategorie dürfte es nur in wenigen Rechtsordnungen geben. Klauseln können unwirksam, teilweise oder insgesamt, bzw. nichtig sein. Das ungarische Gericht wollte hier offensichtlich eine Klärung herbeiführen, die es aber nicht erhalten hat. Über kurz oder lang dürfte auch dieser Fragenkomplex den EuGH erreichen.

2. Haustürgeschäfte

(Rs. C-227/08, *Martín Martín*; Rs. C-215/08, *E. Friz*; Rs. C-166/11, *González Alonso*)

a) Rechtsfolgen der Nichtbelehrung über das verbraucherrechtliche Widerrufsrecht (Rs. C-227/08, *Martín Martín*)

aa) Sachverhalt

Das spanische Audiencia Provincial de Salamanca fragte, ob laut Art. 4 der Richtlinie 85/577/EWG¹⁸⁸ ein nationales Gericht von Amts wegen einen Verstoß gegen die Pflicht zur Belehrung des Verbrauchers über sein Widerrufsrecht aufgreifen und die Nichtigkeit des Vertrags feststellen darf. Nach spanischem Recht können Verträge, bei deren Abschluss der Verbraucher nicht über sein Widerrufsrecht belehrt wurde, nur auf Antrag des Verbrauchers für nichtig erklärt werden. Im Zivilprozess gilt der Dispositionsgrundsatz, wonach das Gericht Tatsachen, Beweise und Ansprüche, welche die Parteien nicht selbst geltend gemacht haben, nicht von Amts wegen prüfen kann.

Im Ausgangsverfahren schloss die Verbraucherin in einer Haustürsituation einen Vertrag für den Kauf von 15 Büchern, fünf DVDs und einem DVD-Spieler. Da die gelieferte Ware nicht bezahlt wurde, leitete das Unternehmen ein Mahnverfahren ein. Das Berufungsgericht vertrat die Auffassung, dass der Vertrag möglicherweise für nichtig zu erklären sei, da die Verbraucherin nicht ordnungsgemäß über

ihr Widerrufsrecht belehrt wurde. Die Verbraucherin hatte die Nichtigkeit des Vertrags nicht selbst geltend gemacht.

bb) Wesentliche Gründe

Unter Verweis auf *van Schijndel*¹⁸⁹ stellte der EuGH klar, dass das Gemeinschaftsrecht grundsätzlich nicht verlange, dass die nationalen Gerichte von Amts wegen die Frage eines Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht aufgreifen, außer ihr Einschreiten sei im Interesse der öffentlichen Ordnung erforderlich.¹⁹⁰ Im Anschluss an *Hamilton*¹⁹¹ und *Heininger*¹⁹² unterstreicht der EuGH die zentrale Stellung der Belehrungspflicht gemäß Art. 4 der Richtlinie als wesentliche Garantie für die tatsächliche Ausübung des Widerrufsrechts und als Bestandteil der öffentlichen Ordnung.¹⁹³ Ein positives Eingreifen des nationalen Gerichts könne gerechtfertigt werden, um bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen ein Gleichgewicht zwischen dem Verbraucher und dem Gewerbetreibenden herzustellen. Deshalb könne das nationale Gericht von Amts wegen feststellen, ob der Verbraucher über sein Widerrufsrecht belehrt wurde.¹⁹⁴

Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie überlasse den nationalen Behörden einen Ermessensspielraum, die möglichen Folgen eines Verstoßes gegen die Belehrungspflicht zu bestimmen, die jedoch mit dem Ziel und Zweck der Richtlinie vereinbar sein müssen, um im Einzelfall einen angemessenen Verbraucherschutz zu gewährleisten.¹⁹⁵ Die Richtlinie formuliere nur Mindestanforderungen. Die Mitgliedstaaten könnten für den Verbraucher günstigere Bestimmungen erlassen.¹⁹⁶ Die Nichtigerklärung des streitigen Vertrags wird vom EuGH als „geeignet“ eingestuft, wobei das Schutzniveau auch durch andere Maßnahmen gewährleistet werden könne, wie beispielsweise einem nochmaligen Beginn des Fristenlaufs zum Rücktritt vom Vertrag.¹⁹⁷ Unter Verweis auf *Pannon GSM*¹⁹⁸ fügte der EuGH hinzu, dass das nationale Gericht berücksichtigen könne, dass die Nichtigerklärung nicht immer im Interesse des Verbrauchers liegt.¹⁹⁹ Im Gegensatz zum EuGH kommt Generalanwältin *Trstenjak* zu dem Schluss, dass die amtswegig festgestellte Nichtigkeit des Vertrags keine geeignete Verbraucherschutzmaßnahme darstelle. Die Nichtigkeit des Vertrags könne zum Nachteil des Verbrauchers sein, da der Verbraucher nach spanischem Recht gezwungen sei, die Sachen gegen Erhalt des bereits gezahlten Kaufpreises zurückzugeben. Nach Ansicht der

182 EuGH Rs. C-397/11, *Jörös* (Fn. 180), Rdnr. 37.

183 EuGH Rs. C-472/11, *Banif Plus Bank* (Fn. 106), Rdnrn. 27, 28.

184 EuGH Rs. C-397/11, *Jörös* (Fn. 180), Rdnrn. 41, 42.

185 EuGH Rs. C-397/11, *Jörös* (Fn. 180), Rdnr. 51.

186 EuGH Rs. C-453/10, *Pereničová* (Fn. 56), Rdnr. 35.

187 EuGH Rs. C-397/11, *Jörös* (Fn. 180), Rdnr. 47.

188 Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. 12. 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. EG 1985 L 372, 31.

189 EuGH, 14. 12. 1995 – verb. Rs. C-430/93, C-431/93, *Jeroen van Schijndel und Johannes Nicolaas Cornelis van Veen/Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, Slg. 1995, I-4705, Rdnrn. 21, 22.

190 EuGH, 17. 12. 2009 – Rs. C-227/08, *Eva Martín Martín/EDP Editores SL*, Slg. 2009, I-11939, EWS 2010, 57, Rdnr. 19.

191 EuGH, 10. 4. 2008 – Rs. C-412/06, *Annelore Hamilton/Volksbank Filder eG*, Slg. 2008, I-2383, Rdnrn. 32, 33.

192 EuGH, 13. 12. 2001 – Rs. C-481/99, *Georg Heininger und Helga Heininger/Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG*, Slg. 2001, I-9945, EWS 2012, 76, Rdnr. 45.

193 EuGH Rs. C-227/08, *Martín Martín* (Fn. 190), Rdnrn. 22–27.

194 EuGH Rs. C-227/08, *Martín Martín* (Fn. 190), Rdnrn. 28–29.

195 EuGH Rs. C-227/08, *Martín Martín* (Fn. 190), Rdnrn. 31, 32.

196 EuGH Rs. C-227/08, *Martín Martín* (Fn. 190), Rdnr. 33.

197 EuGH Rs. C-227/08, *Martín Martín* (Fn. 190), Rdnr. 34.

198 EuGH Rs. C-243/08, *Pannon* (Fn. 2), Rdnr. 33.

199 EuGH Rs. C-227/08, *Martín Martín* (Fn. 190), Rdnr. 35.

Generalanwältin sei das nationale Gericht verpflichtet, von Amts wegen festzustellen, ob der Verbraucher über sein Recht auf Widerruf des Vertrags belehrt wurde, und müsse im Falle eines Verstoßes im Einklang mit der Privatautonomie den Verbraucher über sein Recht informieren.²⁰⁰

cc) Einordnung in die Rechtsprechung

Unter Berücksichtigung von *Mostaza Claro*²⁰¹ und *Pannon GSM*²⁰² scheint es wahrscheinlich zu sein, dass die nationalen Gerichte verpflichtet sind, die Einhaltung der Richtlinie 85/577/EWG von Amts wegen zu prüfen. Die eher vagen Formulierungen, die auf eine Befugnis aber nicht auf eine Verpflichtung hindeuten, beruhen auf der Vorlagefrage des spanischen Gerichts beruhen.²⁰³

b) Anwendung der RL 85/577/EWG auf die Rückabwicklung der Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds in Form einer Personengesellschaft (Rs. C-215/08, E. Friz)

aa) Sachverhalt

Der BGH legte dem EuGH zwei Fragen zur Rückabwicklung der Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds vor.²⁰⁴ Mit seiner ersten Frage wollte der BGH wissen, ob ein Vertrag über den Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds in Form einer Personengesellschaft in den Anwendungsbereich der Richtlinie 85/577/EWG fällt, wenn der Zweck des Beitritts nur darin besteht, Kapital anzulegen und nicht Mitglied der Gesellschaft zu werden.²⁰⁵ Der BGH fragte außerdem nach der Vereinbarkeit der Prinzipien der fehlerhaften Gesellschaft mit Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 85/577/EWG. Danach hat der Verbraucher lediglich einen Anspruch auf ein Auseinandersetzungsguthaben. Er erhält möglicherweise weniger als den Wert seiner Einlage zurück oder muss sich sogar an den Verlusten des Fonds beteiligen.

Den Hintergrund des Vorlageverfahrens bilden die so genannten „Schrottimmobilien“²⁰⁶. Der Verbraucher war einem geschlossenen Immobilienfonds in der Rechtsform einer GbR beigetreten. Nachdem er seine Beteiligung gemäß dem damals geltenden § 3 HwiG (nun § 312 BGB) widerrufen hatte, forderte die GbR die Zahlung von 16 319 Euro als negatives Auseinandersetzungsguthaben, welches der Differenz zwischen dem Wert der ursprünglich erbrachten Einlage und dem Anteil an dem bis zum Widerruf entstandenen Verlust des Immobilienfonds entsprach. Das OLG München lehnte die Zahlungspflicht ab, da der Verbraucher nach Maßgabe des Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie aus allen vertraglichen Verpflichtungen entlassen werden muss.²⁰⁷

bb) Wesentliche Gründe

Der Beitritt eines Verbrauchers zu einem geschlossenen Immobilienfonds in Form einer Personengesellschaft erfüllt die Voraussetzungen in Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 85/577/EWG.²⁰⁸ Generalanwältin *Trstenjak* hatte dagegen das Vorliegen eines Vertrags gemäß Art. 1 Abs. 1 verneint, da der „Vermittler“ nicht als „Gewerbetreibender“ i. S. von Art. 2 der Richtlinie angesehen werden könne.²⁰⁹ Der EuGH stellte demgegenüber klar, dass sowohl der Geschäftsführer der Gesellschaft als auch der Anlagevermittler gewerblich tätig wurden.²¹⁰ Der EuGH wies auch das Argument der deutschen Regierung zurück, dass der Vertrag „andere Rechte an Immobilien“ im Sinne des Ausschlusses in Art. 3 Abs. 2 lit. a der Richtlinie betreffe.²¹¹ Wie in *Heininger*²¹² hervorgeho-

ben, seien Ausnahmen der unionsrechtlichen Vorschriften zum Verbraucherschutz eng auszulegen.²¹³ Der vorliegende Vertrag betreffe ausschließlich den Beitritt zu einem Immobilienfonds mittels des Erwerbs von Beteiligungen an einer Personengesellschaft gegen Leistung einer Kapitalanlage.²¹⁴

Art. 5 Abs. 2 stehe einer mitgliedstaatlichen Regelung nicht entgegen, die den Anspruch des Verbrauchers nach dem Wert seines Anteils zum Zeitpunkt des Widerrufs berechnet. Auch wenn die Richtlinie dem Verbraucherschutz diene, bedeute das nicht, dass der Schutz „absolut“ sei.²¹⁵ In *Schulte*²¹⁶ habe der EuGH klargestellt, dass der Verbraucher Verpflichtungen gegenüber dem Gewerbetreibenden haben könne und auch gewisse aus dem Widerruf resultierende Folgen tragen müsse.²¹⁷ Wie der BGH ausgeführt habe, Sorge die streitige Regelung nach den allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts für eine gerechte Risikoverteilung zwischen den Beteiligten.²¹⁸ Der Verbraucher könne seine Anteile zurückgeben und übernehme einen Teil des Kapitalanlagerisikos, wobei die Mitgesellschafter und Drittgläubiger von der finanziellen Belastung des Widerrufs befreit würden.²¹⁹ Im Ergebnis stimmt der EuGH mit dem Schlussantrag von Generalanwältin *Trstenjak* überein, welche für den Fall, dass der EuGH ihr hinsichtlich der Anwendbarkeit der Richtlinie nicht folge, die Vereinbarkeit der streitigen Regelung mit der Richtlinie bejaht hatte.²²⁰

cc) Einordnung in die Rechtsprechung

Gemäß § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB sind auf das Widerrufsrecht, soweit nicht anders bestimmt, die Vorschriften über den gesetzlichen Rücktritt (§§ 346 ff.) anwendbar. Der richterrechtlich entwickelte Grundsatz der fehlerhaften Gesellschaft wird als eine andere Bestimmung in diesem Sinne angesehen und gilt nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH, auch wenn der Verbraucher seinen Beitritt zu einer

200 GA *Trstenjak*, Schlussanträge vom 7. 5. 2009 – Rs. C-227/08, Eva Martín Martín/EDP Editores, S.L., Slg. 2009, I-11939, Rdnrn. 75–86.

201 EuGH Rs. C-168/05, *Mostaza Claro* (Fn. 4).

202 EuGH Rs. C-243/08, *Pannon* (Fn. 2).

203 *Ebers*, *European Review of Private Law* 2010, 823, 833; siehe außerdem: *Depince*, *Revue européenne de droit de la consommation* 2011, 383–391.

204 BGH, 5. 5. 2008 – II ZR 292/06, BB 2008, 1364 (Ls. m. Rechtsprechungsreport *Herweg*), WM 2008, 1026.

205 Die Frage des BGH erstreckte sich nicht nur auf den Beitritt eines Verbrauchers zu einem geschlossenen Immobilienfonds in Form einer Personengesellschaft, sondern auch auf andere Arten von Gesellschaften und Vereinigungen, wie z. B. Personenhandelsgesellschaften, Vereine und Genossenschaften. Der EuGH kam jedoch zu dem Entschluss, dass er für die Beantwortung dieser Frage gegenüber den weiteren Arten von Gesellschaften und Vereinigungen nicht zuständig sei. Siehe: EuGH, 15. 4. 2010 – Rs. C-215/08, E. Friz GmbH/Carsten von der Heyden, Slg. 2010, I-2947, EWS 2010, 198, Rdnrn. 22–24.

206 Zum Hintergrund und Umfang des Phänomens, siehe: *Derleder*, NJW 2003, 2064.

207 OLG München, 23. 11. 2006 – 8 U 3479/06, BeckRS 2007, 01731.

208 EuGH Rs. C-215/08, E. Friz (Fn. 205), Rdnr. 30.

209 GA *Trstenjak*, Schlussanträge vom 8. 9. 2009 – Rs. C-215/08, E. Friz GmbH/Carsten von der Heyden, Slg. 2010, I-2947, Rdnrn. 60–70.

210 EuGH Rs. C-215/08, E. Friz (Fn. 205), Rdnr. 28.

211 EuGH Rs. C-215/08, E. Friz (Fn. 205), Rdnr. 31.

212 EuGH Rs. C-481/99, *Heininger* (Fn. 192), Rdnr. 31.

213 EuGH Rs. C-215/08, E. Friz (Fn. 205), Rdnr. 32.

214 EuGH Rs. C-215/08, E. Friz (Fn. 205), Rdnr. 33.

215 EuGH Rs. C-215/08, E. Friz (Fn. 205), Rdnr. 44. Unter Verweis auf EuGH Rs. C-412/06, *Hamilton* (Fn. 191), Rdnrn. 39, 40.

216 EuGH, 25. 10. 2005 – Rs. C-350/03, *Elisabeth Schulte und Wolfgang Schulte/Deutsche Bausparkasse Badenia AG*, Slg. 2005, I-9215, Rdnr. 93.

217 EuGH Rs. C-215/08, E. Friz (Fn. 205), Rdnr. 45.

218 EuGH Rs. C-215/08, E. Friz (Fn. 205), Rdnr. 48.

219 EuGH Rs. C-215/08, E. Friz (Fn. 205), Rdnr. 49.

220 GA *Trstenjak* Rs. C-215/08, E. Friz (Fn. 209), Rdnr. 103.

Personengesellschaft widerruft.²²¹ Somit richten sich die Widerrufsfolgen nicht nach § 355 i.V.m. §§ 346 ff. BGB. Der Zweck des Grundsatzes der fehlerhaften Gesellschaft, wonach das Austrittsrecht *ex nunc* wirke, liege in einem gerechten Interessenausgleich zwischen dem widerrufenden Verbraucher, den Mitgesellchaftern und den Drittgläubigern.²²² Dem Verbraucher verbleibt nach Widerruf nur ein Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben (§ 738 Abs. 1 BGB). Die Anwendbarkeit der Richtlinie auf Personengesellschaften wird zum Teil kritisch bewertet.²²³ Diskutiert wird, ob die Entscheidung auf andere Gesellschaftsformen übertragbar ist.²²⁴ Die herrschende Meinung befürwortet die Anwendung des Grundsatzes der fehlerhaften Gesellschaft und weist darauf hin, dass sich andernfalls der Schutz einzelner Verbraucher zu Lasten der übrigen Mitgesellchafter auswirkte, die doch ebenfalls Verbraucher sind. Nur so könnten „Windhundrennen“ vermieden werden.²²⁵ Außerdem bleibe dem Verbraucher die Möglichkeit, Schadenersatzansprüche gegen die Initiatoren und Gründungsgesellchafter geltend zu machen.²²⁶ Ungelöst sei das Problem, wie Anlageinteressenten vor dem Beitritt hinreichend über die Risiken der Beteiligung informiert werden.²²⁷

c) *Ausschluss von fondsgebundenen Versicherungsverträgen aus dem Anwendungsbereich der RL 85/577/EWG (Rs. C-166/11, González Alonso)*

aa) Sachverhalt

Das spanische Audiencia Provincial de Oviedo fragte, ob gemäß Art. 3 Abs. 2 lit. d der Richtlinie 85/577/EWG ein außerhalb eines Geschäftsraums geschlossener fondsgebundener Versicherungsvertrag in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt.

Der Verbraucher beantragte die Nichtigerklärung des Versicherungsvertrags und die Rückerstattung der bereits geleisteten Zahlungen. Nach Auffassung des spanischen Gerichts sind fondsgebundene Versicherungsverträge dadurch gekennzeichnet, dass das Versicherungsunternehmen nur das versicherungsmathematische Risiko und der Versicherte die finanziellen Risiken trägt und dafür bestimmte Steuervorteile erhält. Somit könne der Vertrag nicht nur als ein Versicherungsvertrag, sondern auch als ein Finanzprodukt eingeordnet werden. Nur reine Versicherungsverträge seien gemäß Art. 3 Abs. 2 lit. d vom Anwendungsbereich der Richtlinie 85/577/EWG ausgenommen.

bb) Wesentliche Gründe

Der EuGH entschied, dass Art. 3 Abs. 2 lit. d der Richtlinie 85/577/EWG auch für fondsgebundene Versicherungsverträge gelte. Der Begriff „Versicherungsvertrag“ müsse autonom und einheitlich unter Berücksichtigung des Kontexts der Richtlinie ausgelegt werden.²²⁸ Auch wenn Ausnahmen zum Verbraucherschutz generell eng auszulegen seien, so scheidet eine enge Auslegung des Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 85/577/EWG aus, da der Verbraucherschutz gemäß der Richtlinie nicht „absolut“ sei. Mit einer engen Auslegung würde Art. 3 Abs. 2 seine praktische Wirksamkeit der Ausschlüsse verlieren.²²⁹ Da fondsgebundene Versicherungsverträge gängige Praxis im Versicherungsrecht seien, sei der Unionsgesetzgeber, wie sich aus Anhang I Nr. III i.V.m. Art. 2 Nr. 1 lit. a der Richtlinie 2002/83/EG über Lebensversicherungen²³⁰ ergebe, davon ausgegangen, dass diese Vertragsart zu einem Zweig der Lebensversicherung gehöre.

Das identische Ergebnis folge bereits aus Art. 1 Nr. 1 lit. a und Anhang III der Ersten Richtlinie 79/267/EWG.²³¹ Diese Verträge fallen demgemäß nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 85/577/EWG.²³² Nicht ausgeschlossen sei dagegen, dass der Versicherungsnehmer gemäß Art. 35 Abs. 1 i.V.m. Art. 36 und Anhang III Teil A Punkt a.13 der Richtlinie 2002/83/EG²³³ von dem Versicherungsvertrag zurücktreten könne. Die Anwendungsvoraussetzungen hierfür seien vom nationalen Gericht zu prüfen.²³⁴

cc) Einordnung in die Rechtsprechung

Die am 12. 12. 2011 in Kraft getretene Verbraucherrechtsrichtlinie 2011/83/EU²³⁵ führe zu keiner anderen Beurteilung, da der Ausschluss von Finanzdienstleistungen in Art. 3 Abs. 3 lit. d i.V.m. Art. 2 Nr. 12 Versicherungsverträge umfasse. Kritik richtet sich gegen die zu enge Auslegung der Ausnahmegesetzgebung. In *Hamilton*²³⁶ und *Friz*²³⁷ habe der EuGH zwar festgestellt, dass der Verbraucherschutz nicht „absolut“ sei. Dennoch müsse der EuGH beispielsweise die gerechte Risikoverteilung in einem geschlossenen Immobilienfonds gegen den Verbraucherschutz abwägen. Dies sei in der zugrunde liegenden Rechtssache nicht der Fall gewesen. Sich auf die Anforderungen des Unionsgesetzgebers zu beschränken, wäre überzeugender gewesen.²³⁸

**3. Fernabsatz
(Rs. C-205/07, Strafverfahren gegen Gysbrechts und Santurel Inter; Rs. C-489/07, Messner; Rs. C-511/08, Handelsgesellschaft Heinrich Heine; Rs. C-49/11, Content Service Ltd)**

a) *Verbot des Zahlungseinzugs bzw. der Anforderung von Kreditkartendetails vor Ablauf der Rücktrittsfrist (Rs. C-205/07, Strafverfahren gegen Gysbrechts und Santurel Inter)*

aa) Sachverhalt

In dem Vorabentscheidungsersuchen des belgischen Hof van beroep te Gent musste der EuGH zu der Frage Stellung nehmen, ob die Artt. 34–36 AEUV (ex Artt. 28–30 EG) dem

221 BGH, 27. 6. 2006 – II ZR 218/04, DStR 2006, 1664.

222 BGH II ZR 292/06 (Fn. 204); siehe auch: *Oechsler*, NJW 2008, 2471.

223 Kritisch: *Podewils*, EWS 2010, 265, 269; *Kindler/Libbertz*, NZG 2010, 603, 605; Befürwortend: *Armbrüster*, EuZW 2010, 614, 615.

224 *Kindler/Libbertz*, NZG 2010, 603, 605; *Goette*, DStR 2010, 878, 881; *Schäfer*, DStR 2010, 1138; *Podewils*, EWS 2010, 265, 267.

225 *Armbrüster*, EuZW 2010, 614, 616; *Goette*, DStR 2010, 881; *Miras*, NJW 2010, 1511; Kritisch: *Podewils*, EWS 2010, 268, 269; *Schulte-Nölke*, LMK 2009, 275581.

226 *Miras*, NJW 2010, 1511; *Schäfer*, DStR 2010, 1138, 1140, 1141; *Möhrsdorf*, ZIP 2012, 845; *Armbrüster*, EuZW 2010, 614, 616.

227 *Armbrüster*, EuZW 2010, 614, 616.

228 EuGH, 1. 3. 2012 – Rs. C-166/11, Ángel Lorenzo González Alonso/Nationale Nederlanden Vida Cía de Seguros y Reaseguros S.A.E., NJW 2012, 1709, Rdnr. 25.

229 EuGH Rs. C-166/11, González Alonso (Fn. 228), Rdnrn. 26, 27.

230 Richtlinie 2002/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. 11. 2002 über Lebensversicherungen, ABl. Nr. L 345, 1.

231 Erste Richtlinie 79/267/EWG des Rates vom 5. 3. 1979 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Direktversicherung (Lebensversicherung), ABl. EG Nr. L 63, 1.

232 EuGH Rs. C-166/11, González Alonso (Fn. 228), Rdnrn. 29–32.

233 Richtlinie 2002/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. 11. 2002 über Lebensversicherungen, ABl. Nr. L 345, 1.

234 EuGH Rs. C-166/11, González Alonso (Fn. 228), Rdnr. 33.

235 Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 10. 2011 über die Rechte der Verbraucher ABl. Nr. L 304, 64.

236 EuGH Rs. C-412/06 *Hamilton* (Fn. 191), Rdnr. 39.

237 EuGH Rs. C-215/08, *E. Friz* (Fn. 205), Rdnr. 44.

238 *Weatherill*, *European Review of Contract Law* 2012, 221, 227–232.

belgischen Umsetzungsgesetz zur Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG²³⁹ entgegenstehen, wonach es dem Lieferanten untersagt ist, vor Ablauf der Rücktrittsfrist von sieben Werktagen eine (An-)Zahlung vom Verbraucher zu fordern sowie vom Verbraucher eine Kreditkartennummer zu verlangen, auch wenn sich der Verkäufer verpflichtet, von ihr vor Ablauf der Rücktrittsfrist keinen Gebrauch zu machen.

Der belgische Versandhändler von Lebensmittelzusätzen verlangte von seinem Kunden in Frankreich vor Ablauf der Widerrufsfrist die Angabe seiner Kreditkartennummer. Nach den Geschäftsbedingungen des Versandhändlers konnte für in Belgien ausgelieferte Waren der Preis durch Banküberweisung, Postanweisung oder mittels Kreditkarte bezahlt werden. Bei Bestellungen aus dem Ausland wurden nur Kreditkarten als Zahlungsmittel akzeptiert. Wenn eine Zahlung mittels Kreditkarte erfolgte, musste der Kunde auf dem Bestellschein Nummer und Geltungsdauer der Karte angeben. Das erstinstanzliche Gericht verurteilte den Versandhändler und dessen Geschäftsführer zu einer Geldstrafe von je 1250 Euro.

bb) Wesentliche Gründe

Der EuGH klärte zunächst, dass die streitige Regelung zwar in den Anwendungsbereich der Richtlinie 97/7/EG falle, diese aber gemäß Art. 14 nur eine Mindestharmonisierung vornehme und somit strengere nationale Bestimmungen zu Gunsten des Verbraucherschutzes erlaube. Die über die Richtlinie hinausgehenden nationalen Regelungen seien am Maßstab der Vorschriften im EG-Vertrag zu messen.²⁴⁰ Da das Ausgangsverfahren nicht die Einfuhr von Waren nach Belgien, sondern lediglich die Ausfuhr von Waren von Belgien ins Ausland betreffe, schloss der EuGH die Anwendung des Art. 34 AEUV (ex Art. 28 EG) aus.²⁴¹ Zur Vereinbarkeit der nationalen Regelung mit Art. 35 AEUV (ex Art. 29 EG) verwies der EuGH auf seine in *Groenveld*²⁴² etablierte Formel zur Definition von Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Ausfuhrbeschränkungen.²⁴³ Auch wenn die streitige Klausel formal für alle inländischen Wirtschaftsteilnehmer gelte, seien Ausfuhren tatsächlich stärker betroffen als der Absatz der Waren auf dem inländischen Markt. Das nationale Verbot nehme dem Wirtschaftsteilnehmer ein wirksames Instrument, um sich gegen das Risiko der Nichtzahlung zu schützen, dessen Folgen bei grenzüberschreitenden Direktverkäufen schwerwiegender seien. Deshalb sei die nationale Regelung als eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Ausfuhrbeschränkung anzusehen.²⁴⁴ Dagegen lehnte Generalanwältin *Trstenjak* die Ausführungen des nationalen Gerichts ab, dass es schwieriger und teurer sei, Beträge von Verbrauchern aus anderen Mitgliedstaaten beizutreiben. Der Verkäufer müsse den Verbraucher nicht stets in dem Staat verklagen, in dem dieser seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, und die Gemeinschaft habe außerdem zahlreiche Maßnahmen zur Stärkung der grenzüberschreitenden justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen geschaffen.²⁴⁵ Dennoch kam Generalanwältin *Trstenjak* zu demselben Ergebnis wie der EuGH, da sie die enge Anwendung der *Groenveld*-Formel ablehnte und für die Anwendung der Kriterien aus den Urteilen *Dassonville*²⁴⁶, *Cassis de Dijon*²⁴⁷, *Keck*²⁴⁸ und *Mithouard*²⁴⁹ plädierte.²⁵⁰

In der Prüfung des Art. 36 AEUV (ex Art. 30 EG) stellt der EuGH unter Verweis auf *Rewe-Zentral*²⁵¹ und *A-Punkt Schmuckhandel*²⁵² darauf ab, ob die belgische Regelung mit zwingenden Erfordernissen des Verbraucherschutzes ge-

rechtfertigt werden kann.²⁵³ Prinzipiell sei die gesetzliche Regelung geeignet, ein hohes Schutzniveau für den Verbraucher beim Fernabsatz zu erreichen, insbesondere in Bezug auf die Ausübung des Rücktrittsrechts.²⁵⁴ Der vom belgischen Umsetzungsgesetz festgelegte Zahlungsaufschub bis zum Ablauf der Rücktrittsfrist sei ein geeignetes und verhältnismäßiges Mittel zur Sicherstellung des Verbraucherschutzes.²⁵⁵ Jedoch ginge die Auslegung der Vorschrift durch die nationale Praxis – wonach der Lieferant nicht die Angabe der Kreditkartennummer des Verbrauchers verlangen kann – über das für die Erreichung des Verbraucherschutzes erforderliche Maß hinaus und sei nicht mit Art. 35 AEUV (ex Art. 29 EG) vereinbar.²⁵⁶

cc) Einordnung in die Rechtsprechung

Die Bedeutung des Urteils liegt in der Auslegung von Art. 35 AEUV. Auch wenn der EuGH entgegen der Anregung der Generalanwältin an der *Groenveld*-Formel festhielt, prüfte er ausdrücklich nur das zweite Kriterium, nämlich ob die nationale Regelung oder Praxis zu unterschiedlichen Bedingungen für den Binnenhandel in Belgien und dessen Außenhandel führt. Das erste Kriterium der *Groenveld*-Formel, die Prüfung der Frage, ob die nationale Regelung oder Praxis eine spezifische Beschränkung der Ausfuhrströme bezwecke oder zumindest bewirke, bzw. das dritte Erfordernis, ob die nationale Regelung oder Praxis den nationalen Markt oder die nationale Produktion bevorzuge, schob der EuGH beiseite. Mittels der weiten Auslegung der sonst restriktiven *Groenveld*-Formel passte der EuGH diese an seine Rechtsprechung in *Keck* an, was zu einer Konvergenz der Maßstäbe führt.²⁵⁷ Dieses Ergebnis wird in der Literatur begrüßt, da, wie von der Generalanwältin hervorgehoben, erstens die Ungleichbehandlung nach der *Groenveld*-Formel nicht festgestellt werden könne, wenn das für den Export bestimmte Produkt nicht im Inland ver-

239 Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 5. 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. EG 1997 L 144, 19.

240 EuGH, 16. 12. 2008 – Rs. C-205/07, Strafverfahren gegen Lodewijk Gysbrechts und Santurel Inter BVBA, Slg. 2008, I-9947, Rdnrn. 32–35, EWS 2009, 53 (Tenor).

241 EuGH Rs. C-205/07, Gysbrechts (Fn. 240), Rdnr. 36.

242 EuGH, 8. 11. 1979 – Rs. 15/79, P.B. *Groenveld BV/Produktschap voor Vee en Vlees*, Slg. 1979, 3409, Rdnr. 7.

243 EuGH Rs. C-205/07, Gysbrechts (Fn. 240), Rdnr. 40.

244 EuGH Rs. C-205/07, Gysbrechts (Fn. 240), Rdnrn. 41–44.

245 GA *Trstenjak*, Schlussanträge vom 17. 7. 2008 – Rs. C-205/07, Strafverfahren gegen Lodewijk Gysbrechts und Santurel Inter BVBA, Slg. 2008, I-9947, Rdnrn. 38, 39.

246 EuGH, 11. 7. 1974 – Rs. 8/74, *Procureur du Roi/Benoît und Gustave Dassonville*, Slg. 1974, 837.

247 EuGH, 20. 2. 1979 – Rs. 120/78, *Rewe-Zentral AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Slg. 1979, 649.

248 EuGH, 24. 11. 1993 – verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, Strafverfahren gegen Bernard Keck und Daniel Mithouard, Slg. 1993, I-6097, EWS 1994, 26.

249 GA *Trstenjak* Rs. C-205/07, Gysbrechts (Fn. 245), Rdnrn. 49 ff.

250 GA *Trstenjak* Rs. C-205/07, Gysbrechts (Fn. 245), Rdnrn. 49 ff.

251 EuGH Rs. C-120/78, *Rewe-Zentral* (Fn. 247), Rdnr. 8.

252 EuGH, 23. 2. 2006 – Rs. C-441/04, *A-Punkt Schmuckhandels GmbH/Claudia Schmidt*, Slg. 2006, I-2093, Rdnr. 27.

253 EuGH Rs. C-205/07, Gysbrechts (Fn. 240), Rdnr. 47.

254 EuGH Rs. C-205/07, Gysbrechts (Fn. 240), Rdnr. 52.

255 EuGH Rs. C-205/07, Gysbrechts (Fn. 240), Rdnr. 56.

256 EuGH Rs. C-205/07, Gysbrechts (Fn. 240), Rdnrn. 60–62. Der EuGH verweist auf Rdnr. 85 der Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak*, welche auf einen angemessenen Ausgleich zwischen einem hohen Verbraucherschutzniveau und dem Schutz des Verkäufers vor der Gefahr, dass der Verbraucher nicht zahlt, abstellt.

257 *Schinkels*, Anmerkung, LMK 2009, 275639; *Brigola*, EuZW 2009, 479, 481, 482; *Roth*, Common Market Law Review 2010, 509, 514, 515.

marktet wird, zweitens Art. 34 und Art. 35 AEUV denselben Zweck verfolgen, nämlich die Beseitigung von Beeinträchtigungen der EG-Handelsströme, und drittens eine Abkehr von der *Groenveld*-Formel zu einer schrittweisen Vereinheitlichung der Systematik der Grundfreiheiten führen könnte.²⁵⁸ *Micklitz/Reich* kritisieren, dass so das Mindestharmonisierungsprinzip durch die „Hintertür“ abgeschafft werden könnte.²⁵⁹

Der Verbraucherschutz kann bekanntlich als zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses eine Beschränkung des freien Warenverkehrs rechtfertigen. Somit sei eine Parallelisierung von geschriebenen und ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen sowohl in Bezug auf Art. 34 als auch Art. 35 gewährleistet.²⁶⁰ Dagegen gewährt Art. 5 Abs. 2 des Übereinkommens von Rom von 1980 bzw. Art. 6 Abs. 1 der Rom I-Verordnung den zwingenden Verbraucherschutzbestimmungen des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, den Vorzug. In *Alpine Investments*²⁶¹ hatte der EuGH noch die extraterritoriale Ausweitung des Allgemeininteresses abgelehnt.²⁶² Aus Verbrauchersicht ist zu kritisieren, dass dem Verbraucher das Missbrauchs- und Konkursrisiko des Verkäufers bei Zahlung mit der Kreditkarte vor Ablauf der Widerrufsfrist aufgebürdet wird.²⁶³ Die Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher gestattet in Art. 9 Abs. 3 den Mitgliedstaaten, bei Fernabsatzverträgen innerstaatliche Rechtsvorschriften aufrechterhalten, „die dem Unternehmer verbieten, innerhalb eines bestimmten Zeitraums nach Vertragsabschluss Zahlung vom Verbraucher zu fordern und entgegenzunehmen.“

b) *Kein Wertersatz für die Nutzung des gelieferten Verbrauchsgutes bei fristgerechtem Widerruf*
(Rs. C-489/07, *Messner*)

aa) Sachverhalt

Das Amtsgericht Lahr legte dem EuGH die Frage vor, ob der Anspruch eines Unternehmens auf Wertersatz für gezogene Nutzungen bei fristgemäßem Widerruf (§§ 346 Abs. 2 Nr. 1, 346 Abs. 1, 357 Abs. 1, 355, 312d Abs. 1 BGB) mit Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie 97/7/EG vereinbar ist.²⁶⁴

Die Verbraucherin kaufte bei einem Internet-Versandhandel ein gebrauchtes Notebook. Nach den AGB des Versandhändlers musste der Käufer für eine durch bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme eingetretene Verschlechterung der Ware Wertersatz leisten, wenn er den Vertrag widerruft. Nachdem der Versandhändler eine kostenlose Beseitigung des aufgetretenen Mangels abgelehnt hatte, widerrief die Verbraucherin vor Ablauf der Widerrufsfrist den Kaufvertrag. Da der Versandhändler die Rücknahme des Notebooks verweigerte, erhob sie Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises. Dagegen machte der Versandhändler geltend, dass die Verbraucherin für die Nutzung des Notebooks marktüblichen Wertersatz zu leisten habe.

bb) Wesentliche Gründe

Gemäß Art. 6 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 der Richtlinie 97/7/EG dürfen dem Verbraucher infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts keine weiteren Kosten als die unmittelbaren Kosten für die Rücksendung der Waren auferlegt werden. Der 14. Erwägungsgrund stellt klar, dass das Widerrufsrecht „mehr als ein bloß formales Recht“ sei.²⁶⁵ Die fehlende Möglichkeit, die Ware vor dem Vertragsschluss zu prüfen,

soll dadurch ausgeglichen werden, dass ihm eine angemessene Bedenkzeit zum Prüfen und Ausprobieren der Ware eingeräumt wird.²⁶⁶ Die generelle Auferlegung eines Wertersatzes, der allein deshalb zu leisten ist, weil der Verbraucher bis zum Widerruf die Möglichkeit hat, die Ware zu nutzen, verstoße gegen den Wortlaut und die Zielsetzung des Art. 6 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 der Richtlinie 97/7.²⁶⁷ Ein Wertersatzanspruch beeinträchtigt die Wirksamkeit und die Effektivität des Widerrufsrechts.²⁶⁸

Allerdings räume die Richtlinie 97/7/EG dem Verbraucher keine Rechte ein, die über das zur zweckdienlichen Ausübung des Widerrufsrechts Erforderliche hinausgehen.²⁶⁹ Art. 6 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 der Richtlinie 97/7/EG stehe einer nationalen Regelung nicht entgegen, die den Verbraucher verpflichtet, einen angemessenen Wertersatz zu zahlen, wenn er die Ware auf eine Art und Weise benutzt hat, die mit den „Grundsätzen des bürgerlichen Rechts wie denen von Treu und Glauben oder der ungerechtfertigten Bereicherung“ unvereinbar ist.²⁷⁰ Die Wirksamkeit und die Effektivität des Widerrufsrechts dürfen nicht beeinträchtigt werden. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn die Höhe des Wertersatzes außer Verhältnis zum Kaufpreis der Ware stünde oder dem Verbraucher die Beweislast dafür auferlegt würde, dass er die Ware nicht in einer Weise benutzt hat, die über das zur zweckdienlichen Ausübung seines Widerrufsrechts Erforderliche hinausgeht.²⁷¹ Es sei die Aufgabe des nationalen Gerichts, unter Berücksichtigung der Umstände der konkreten Rechtssache, insbesondere der Natur der Ware und der Länge des Zeitraums bis zur Ausübung des Widerrufsrechts, zu entscheiden, ob eine Wertersatzpflicht des Verbrauchers für die Nutzung der Ware besteht.²⁷²

cc) Einordnung in die Rechtsprechung

Die Entscheidung des EuGH hat viele verschiedene Stellungnahmen²⁷³ hervorgerufen. Der neu gefasste § 312e BGB²⁷⁴ verpflichtet den Verbraucher bei Fernabsatzverträgen, abweichend von § 357 Abs. 1, Wertersatz zu leisten, insofern er die Ware in einer Art und Weise genutzt hat, die über die Prüfung der Eigenschaften und der Funktionsweise hinausgeht (Nr. 1), und wenn er zuvor vom Unternehmer auf diese Rechtsfolge hingewiesen und gemäß § 360 Abs. 1 oder 2 über sein Widerrufs- oder Rückgaberecht belehrt worden ist oder von beidem anderweitig Kenntnis erlangt

258 *Brigola*, EuZW 2009, 479, 482, 483; *Gundel*, JA 2009, 558, 560; *Roth*, Common Market Law Review 2010, 509.

259 Zu den Schlussanträgen der Generalanwältin: *Micklitz/Reich*, VuR 2008, 349, 350.

260 *Gundel*, JA 2009, 558, 560; *Roth*, Common Market Law Review 2010, 509, 515, 516.

261 EuGH, 10. 5. 1995 – Rs. C-384/93, *Alpine Investments/Minister van Financiën*, Slg. 1995, I-1141, EWS 1995, 230, Rdnr. 43.

262 *Schinkels*, Anmerkung, LMK 2009, 275639; *Roth*, Common Market Law Review 2010, 509, 515–519.

263 Zu den Schlussanträgen der Generalanwältin: *Micklitz/Reich*, VuR 2008, 349, 350.

264 AG Lahr, 26. 10. 2007 – 5 C 138/07, MMR 2008, 270.

265 EuGH, 3. 9. 2009 – Rs. C-489/07, *Pia Messner/Firma Stefan Krüger*, Slg. 2009, I-7315, EWS 2009, 387, Rdnr. 19.

266 EuGH Rs. C-489/07, *Messner* (Fn. 265), Rdnr. 20.

267 EuGH Rs. C-489/07, *Messner* (Fn. 265), Rdnrn. 22, 23.

268 EuGH Rs. C-489/07, *Messner* (Fn. 265), Rdnr. 24.

269 EuGH Rs. C-489/07, *Messner* (Fn. 265), Rdnr. 25.

270 EuGH Rs. C-489/07, *Messner* (Fn. 265), Rdnr. 26.

271 EuGH Rs. C-489/07, *Messner* (Fn. 265), Rdnr. 27.

272 EuGH Rs. C-489/07, *Messner* (Fn. 265), Rdnr. 28.

273 Siehe z. B.: *Schinkels*, LMK 2009, 291092; *Faust*, JuS 2009, 1049; *Damm*, MMR 2009, 744.

274 Gesetz vom 27. 7. 2011 (BGBl. I, 1600); siehe hierzu: *Bartholomä*, NJW 2012, 1761; *Wendehorst*, NJW 2011, 2551.

hat (Nr. 2). Die erste Voraussetzung soll dem Verbraucher eine Prüfung der Ware, wie sie normalerweise in einem Ladengeschäft vorgenommen werden kann, ermöglichen. Um im Einklang mit der Auslegung des EuGH die Effektivität des Widerrufsrechts zu gewährleisten, ist das Vorliegen beider Voraussetzungen vom Unternehmer zu beweisen.²⁷⁵ Wie von Generalanwältin *Trstenjak* hervorgehoben, darf ein möglicher Missbrauch durch einzelne Verbraucher nicht dazu führen, den Schutz der EU-Rechte generell einzuschränken.²⁷⁶ Art. 14 Abs. 2 der Richtlinie 2011/83/EU setzt die Entscheidung des EuGH in *Messner* um.²⁷⁷

c) *Erstattung der Zusendungskosten bei Widerruf eines Fernabsatzvertrages (Rs. C-511/08, Handelsgesellschaft Heinrich Heine)*

aa) Sachverhalt

Der BGH fragte den EuGH, ob die Bestimmungen des Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Satz 2 und Abs. 2 der Richtlinie 97/7/EG einer nationalen Regelung entgegenstehen, welche vorsieht, dass die Kosten der Zusendung der Waren bei Widerruf dem Verbraucher auferlegt werden können.

Das Versandunternehmen sah in seinen AGB vor, dass dem Verbraucher im Falle des Widerrufs die Versandkostenpauschale nicht zu erstatten sei. Die Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen erhob gegen das Versandunternehmen Klage auf Unterlassung, den Verbrauchern die Zusendungskosten im Falle des Widerrufs aufzuerlegen. Das LG Karlsruhe und das OLG Karlsruhe gaben der Verbraucherzentrale Recht.²⁷⁸ Der BGH führte in seiner Vorlage mehrere Argumente an, die dafür sprechen könnten, dass die Richtlinie 97/7/EG der streitigen Regelung nicht entgegenstehe.²⁷⁹

bb) Wesentliche Gründe

Der EuGH befasste sich zunächst mit der Bedeutung der Wendung „vom Verbraucher geleistete Zahlungen“ in Art. 6 Abs. 2 Satz 1. Alle vom Verbraucher im Zusammenhang mit dem Vertrag geleisteten Zahlungen unabhängig von deren Grund würden erfasst. Der Ausdruck „die einzigen Kosten“ in Art. 6 Abs. 2 Satz 2 bestätige eine enge Auslegung.²⁸⁰ In Bezug auf die Wendung „infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts“ stellte der EuGH auf die allgemeine Systematik und den Zweck der Regelung ab.²⁸¹ Um zu gewährleisten, dass das Widerrufsrecht des Verbrauchers „mehr als ein bloß formales Recht“ darstellt, müssten die Kosten, die vom Verbraucher als Folge der Ausübung des Widerrufsrechts getragen werden, auf die unmittelbaren Kosten der Rücksendung begrenzt werden.²⁸² Die Auferlegung der Zusendungskosten könne den Verbraucher vom Widerruf abhalten und würde dem Ziel der Richtlinie zuwiderlaufen.²⁸³ Die Unterrichtung des Verbrauchers über die Höhe der Zusendungskosten vor Vertragsschluss ändere daran nichts.²⁸⁴ Eine ausgewogene Risikoverteilung könne nicht sichergestellt werden, wenn dem Verbraucher sämtliche im Zusammenhang mit der Beförderung der Waren stehenden Kosten auferlegt würden.²⁸⁵

cc) Einordnung in die Rechtsprechung

Entgegen den Stellungnahmen der Bundesregierung stellte der EuGH klar, dass der Versandhändler dem Verbraucher nicht die Kosten für die Zusendung der Ware auferlegen darf. Das Ergebnis sei wirtschaftlich gerecht, da der Ver-

braucher durch die Auferlegung der Rücksendekosten angemessen beteiligt werde.²⁸⁶ Gemäß § 357 Abs. 2 Satz 3 dürfen dem Verbraucher jedoch nur die Rücksendekosten auferlegt werden, „wenn der Preis der zurückzusendenden Sache einen Betrag von 40 Euro nicht übersteigt oder wenn bei einem höheren Preis der Sache der Verbraucher die Gegenleistung oder eine Teilzahlung zum Zeitpunkt des Widerrufs noch nicht erbracht hat“. Die zusätzliche Belastung des Unternehmens werde durch die bei Fernabsatzverkäufen gesparten Kosten für die Miete von Verkaufsräumen und für Verkaufspersonal ausgeglichen.²⁸⁷ Angebote versandkostenfreier Waren (d.h. Versandkosten sind im Kaufpreis inbegriffen) blieben für Unternehmen attraktiv. Es würde kein Anreiz geschaffen, den Kaufpreis niedriger und zum Ausgleich die Versandkosten eher hoch festzulegen, um sich im Falle des Widerrufs einen verdeckten Profit zu sichern.²⁸⁸ Andernfalls könnten diese Folgen nur durch eine richterrechtliche Kontrolle der Angemessenheit der Versandkosten vermieden werden.²⁸⁹

Wie die Fernabsatzrichtlinie lässt auch das BGB eine ausdrückliche Regelung der Zusendungskosten vermissen (abgesehen von der umstrittenen Schickschuld gemäß § 448 Abs. 1 BGB²⁹⁰). Die herrschende Meinung ging davon aus, dass der Käufer gemäß § 346 Abs. 1 nur den Kaufpreis zurückverlangen kann. Versandkosten seien im Rahmen des Aufwendungs- oder Schadenersatzanspruches zu erstatten.²⁹¹ Der BGH legte im Folgeurteil § 346 Abs. 1 BGB i. V.m. §§ 312d, 357 BGB richtlinienkonform aus. Dem Verbraucher steht nach dem Widerruf eines Fernabsatzvertrages ein Anspruch auf Rückgewähr geleisteter Zusendungskosten zu. Den Versandhändlern sei es versagt, Verbrauchern die Kosten für die Zusendung der Waren aufzuerlegen, wenn diese von ihrem Widerrufsrecht Gebrauch machen.²⁹² Die Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher sieht in Art. 13 Abs. 1 die Verpflichtung des Unternehmens vor, die Lieferkosten zurückzuzahlen, es sei denn, der Verbraucher hat sich für eine andere Art der Lieferung als die vom Unternehmer angebotene günstigste Standardlieferung entschieden. Gemäß Art. 14 Abs. 1 muss der Verbraucher die Kosten der Rücksendung tragen.²⁹³

275 *Rott*, European Review of Private Law 2010, 185, 190, 191.

276 *GA Trstenjak*, Schlussanträge vom 18. 2. 2009 – Rs. C-489/07, *Pia Messner/Firma Stefan Krüger*, Slg. 2009, I-7315, Rdnr. 90.

277 *Rott*, *Revue européenne de droit de la consommation* 2012, 371, 384.

278 LG Karlsruhe, 19. 12. 2005 – 10 O 794/05, MMR 2006, 245; OLG Karlsruhe, 5. 9. 2007 – 15 U 226/06, MMR 2008, 46.

279 BGH, 1. 10. 2008 – VIII ZR 268/07, K&R 2009, 40, MMR 2009, 107.

280 EuGH, 15. 4. 2010 – Rs. C-511/08, *Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e. V.*, Slg. 2010, I-3047, EWS 2010, 202, Rdnrn. 45–47.

281 EuGH Rs. C-511/08, *Heinrich Heine* (Fn. 280), Rdnr. 51.

282 EuGH Rs. C-511/08, *Heinrich Heine* (Fn. 280), Rdnrn. 54, 55. Unter Verweis auf den 14. Erwägungsgrund der Richtlinie 97/7/EG und die Rechtsprechung des EuGH in Rs. C-489/07, *Messner* (Fn. 265), Rdnr. 19.

283 EuGH Rs. C-511/08, *Heinrich Heine* (Fn. 280), Rdnr. 56.

284 EuGH Rs. C-511/08, *Heinrich Heine* (Fn. 280), Rdnr. 58.

285 EuGH Rs. C-511/08, *Heinrich Heine* (Fn. 280), Rdnr. 57.

286 *Grohmann*, *EuZW* 2010, 245, 246.

287 *Looschelders*, *JA* 2010, 825, 826.

288 *Schinkels*, *LMK* 2010, 303287.

289 *Faust*, *JuS* 2010, 640, 641.

290 *Schinkels*, *LMK* 2010, 303287; *Looschelders*, *JA* 2010, 825, 826.

291 *Bauerschmidt et al.*, *EuZW* 2010, 432, 435.

292 BGH, 7. 7. 2010 – VIII ZR 268/07, *BB* 2010, 2197 (m. *BB-Komm. Schirmbacher*), *NJW* 2010, 2651.

293 *Rott*, *Revue européenne de droit de la consommation* 2012, 371, 384.

d) *Verbraucherinformation bei Abschluss eines Fernabsatzvertrags nur über Hyperlink auf Website des Unternehmens abrufbar*
(Rs. C-49/11, Content Service)

aa) Sachverhalt

Das OLG Wien fragte, ob es den Erfordernissen des Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 97/7/EG genügt, wenn dem Verbraucher die nach dieser Bestimmung vorgesehenen Informationen auf einer Internetseite zur Verfügung gestellt werden, die nur durch Anklicken eines Hyperlinks abgerufen werden kann, der bei Vertragsschluss bereitgestellt wird.

Content Services Ltd bietet auf seiner Website Gratissoftware und Testversionen von kostenpflichtiger Bezahlsoftware zum Herunterladen an. Um die Website mit der Sammlung von Links, welche auf die offiziellen Websites der Programmhersteller verweisen, nutzen zu können, muss der Kunde einen entgeltlichen Abonnementvertrag abschließen. Der Vertragsabschluss erfolgt durch Ausfüllen einer Anmeldemaske auf der Website des Unternehmens. Durch Setzen eines Häkchens an der betreffenden Stelle müssen die Kunden bei Abgabe ihrer Vertragserklärung zustimmen, dass sie die AGB akzeptieren und auf ihr Widerrufsrecht verzichten. Die in den Art. 4 und Art. 5 der Richtlinie 97/7/EG vorgesehenen Informationen können vom Kunden nur durch Anklicken eines Links eingesehen werden, welcher neben der Stelle für das Zustimmungshäkchen angebracht ist. Nach Vertragsabschluss erhält der Kunde eine Bestätigungse-Mail mit seinen Zugangsdaten und einem Link, welcher Informationen über das Widerrufsrecht bereitstellt. Nur die im weiteren Verlauf versandte Rechnung enthält den direkten Hinweis, dass der Verbraucher einen Verzicht auf sein Widerrufsrecht akzeptiert habe und daher den Abonnementvertrag nicht mehr widerrufen könne. Das Ausgangsverfahren vor dem Handelsgericht Wien wurde von der Bundesarbeitskammer eingeleitet, da die Geschäftspraxis des Unternehmens gegen mehrere Bestimmungen des Unionsrechts und des österreichischen Verbraucherschutzrechts verstoße.

bb) Wesentliche Gründe

Nach Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 97/7/EG müssen dem Verbraucher die Informationen gemäß Art. 4 Abs. 1 bereits vor Vertragsabschluss „erteilt“ werden, oder der Verbraucher „erhält“ die Informationen rechtzeitig während der Erfüllung des Vertrags in einer Bestätigung. In beiden Fällen müsse die Information schriftlich oder auf einem anderen für den Verbraucher verfügbaren „dauerhaften Datenträger“ übermittelt werden.²⁹⁴ Der EuGH kam zu dem Ergebnis, dass die Informationen weder „erteilt“ noch vom Verbraucher „erhalten“ werden, wenn diese nur durch einen Link übermittelt werden. Der durch die Richtlinie angestrebte Verbraucherschutz verlange, dass die Verwendung der Fernkommunikationstechniken zu keiner Verringerung der dem Verbraucher vermittelten Information führt.²⁹⁵

Der EuGH prüfte, ob eine Internetseite, deren Informationen für den Verbraucher durch einen Link zugänglich sind, als „dauerhafter Datenträger“ anzusehen ist. Ein Papierformersatz gelte als geeignet, wenn er dieselbe Funktion wie die Papierform erfülle.²⁹⁶ Unter Verweis auf die Definitionen des Begriffs „dauerhafter Datenträger“ in anderen Europäischen Rechtsvorschriften²⁹⁷ und in dem Urteil des EFTA-Gerichtshofs *Inconsult Anstalt/Finanzmarktaufsicht*²⁹⁸, stellte der EuGH fest, dass ein „dauerhafter“ Datenträger ga-

rantieren müsse, dass der Verbraucher die Möglichkeit hat, die an ihn persönlich gerichteten Informationen so zu speichern, dass er während einer angemessenen Dauer auf sie zugreifen und sie originalgetreu wiedergeben könne, ohne dass die Möglichkeit einer einseitigen Änderung ihres Inhalts durch den Verkäufer bestünde.²⁹⁹ Eine Website, deren Informationen für den Verbraucher nur über einen Link zugänglich sind, könne nicht als „dauerhafter Datenträger“ gemäß Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 97/7/EG angesehen werden.³⁰⁰ Der EuGH folgt in seinem Urteil dem Schlussantrag von Generalanwalt *Mengozzi*.³⁰¹

cc) Einordnung in die Rechtsprechung

Die Rechtssache bot dem EuGH die Möglichkeit, sich zu den Anforderungen der Informationsübermittlung im Kontext der neuen Technologien zu befassen. Auch wenn sich das Recht an neue Technologien anpassen müsse, dürfe dies nicht auf Kosten des Verbraucherschutzes passieren.³⁰² Der EuGH nahm nicht dazu Stellung, welche Arten von weiterentwickelten Websites die Anforderungen an einen dauerhaften Datenträger erfüllen könnten.³⁰³ Eine Beschränkung auf abstrakte Kriterien ist im Licht rascher neuer technologischer Entwicklungen nach Ansicht des Generalanwalts *Mengozzi* zu begrüßen.³⁰⁴ Kritisiert wird, dass der EuGH von einem komplett passiven Verbraucher ausgeht, obwohl das Setzen eines Hyperlinks zum Surfen im Internet üblich ist.³⁰⁵ Um Rechtsunsicherheiten zu vermeiden, schlägt Generalanwalt *Mengozzi* vor, die Informationen unmittelbar in den Text der E-Mail zu integrieren. Im Hinblick auf die strenge und formalistische Auslegung des Wortlauts in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie bleibt abzuwarten, ob sich Änderungen aus dem neuen Wortlaut der Richtlinie 2011/83/EU ergeben, welche in Art. 8 Abs. 7 lit. a verlangt, dass der Lieferer dem Verbraucher die erforderlichen Informationen „zukommen lässt“.³⁰⁶

4. Verbrauchsgüterkauf (verb. Rs. C-65/09, Gebr. Weber, und C-87/09, Putz; Rs. C-32/12, Duarte Hueros)

a) *Verpflichtung des Verkäufers zu Aus- und Einbau bei Nacherfüllung*
(verb. Rs. C-65/09, Gebr. Weber, und C-87/09, Putz)

aa) Sachverhalt

Die Vorabentscheidungsersuchen des BGH (C-65/09) vom 14. 1. 2009 und des AG Schorndorf (C-87/09) vom 25. 2. 2009 betrafen die Auslegung von Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3

294 EuGH, 5. 7. 2012 – Rs. C-49/11, Content Service Ltd/Bundesarbeitskammer, NJW 2012, 2637, Rdnrn. 28, 29.

295 EuGH Rs. C-49/11, Content Service (Fn. 294), Rdnrn. 33–37; unter Verweis auf den 11. Erwägungsgrund der Richtlinie 97/7/EG.

296 EuGH Rs. C-49/11, Content Service (Fn. 294), Rdnr. 41.

297 Art. 2 lit. f Richtlinie 2002/65; Art. 2 Nr. 12 Richtlinie 2002/92; Art. 3 lit. m Richtlinie 2008/48; Art. 2 Nr. 10 Richtlinie 2011/83.

298 EFTA-Gerichtshof, 27. 1. 2010 – E-4/09, Inconsult Anstalt/Finanzmarktaufsicht, Court Report 2009/2010, 86.

299 EuGH Rs. C-49/11, Content Service (Fn. 294), Rdnrn. 43–45.

300 EuGH Rs. C-49/11, Content Services (Fn. 294), Rdnr. 50.

301 GA *Mengozzi*, Schlussanträge vom 6. 3. 2012 – Rs. C-49/11, Content Service Ltd/Bundesarbeitskammer, BeckRS 2012, 80515.

302 *Brunaux*, Petites affiches. La Loi/Le Quotidien juridique 2013 n° 7, 10–14.

303 EuGH Rs. C-49/11, Content Service (Fn. 294), Rdnrn. 48–50.

304 GA *Mengozzi* Rs. C-49/11, Content Service (Fn. 301), Rdnr. 17.

305 *Brunaux*, La Loi/Le Quotidien juridique 2013 n° 7, 10–14.

306 *Stadler/Weissel*, European Law Reporter 2012, 117–120.

der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG.³⁰⁷ Kann der Käufer auf Grundlage des Ersatzlieferungsanspruchs auch die Ein- und Ausbaurkosten von dem Verkäufer verlangen, falls sich die Kaufsache nach Einbau als mangelhaft herausstellt? Kann der Verkäufer den Nacherfüllungsanspruch verweigern, wenn die Nacherfüllung sowohl durch Mängelbeseitigung als auch Neulieferung im Verhältnis zu dem Wert des mangelfreien Verbrauchsguts und der Bedeutung des Mangels unverhältnismäßig ist?

In der Rs. C-65/09 (Gebr. Weber GmbH/Jürgen Wittmer) schlossen die Parteien einen Kaufvertrag über polierte Bodenfliesen zum Preis von 1 382, 27 Euro. Nachdem zwei Drittel der Fliesen im Haus des Verbrauchers verlegt wurden, stellte dieser auf der Oberfläche mit bloßem Auge erkennbare Schattierungen fest. Der Sachverständige kam zu dem Ergebnis, dass es sich um nicht zu beseitigende Mikroschleifspuren handele, so dass Abhilfe nur durch einen kompletten Austausch der Fliesen möglich sei. Dies sei mit Kosten von etwa 5 830, 57 Euro verbunden. Das OLG Frankfurt verurteilte Gebr. Weber zur Lieferung neuer, mangelfreier Fliesen und zur Zahlung von 2 122,37 Euro für den Ausbau der mangelhaften Fliesen. Gebr. Weber legte gegen das Urteil Revision beim BGH ein.³⁰⁸

In der Rs. C-87/09 (Ingrid Putz/Medianess Electronics GmbH) schlossen die Parteien über das Internet einen Kaufvertrag über eine neue Spülmaschine. Nachdem die Verbraucherin die Spülmaschine installieren ließ, stellte sich ein nicht zu beseitigender Mangel heraus. Die Parteien einigten sich daher auf den Austausch der Maschine. Die Verbraucherin verlangte außerdem, dass Medianess Electronics entweder den Ausbau der alten und den Einbau der neuen Spülmaschine vornimmt oder die Aus- und Einbaurkosten trägt. Da der Verkäufer nicht auf die Aufforderung reagierte, trat Frau Putz vom Kaufvertrag zurück und erhob beim AG Schorndorf Klage auf Rückerstattung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Übergabe der mangelhaften Spülmaschine.³⁰⁹

bb) Wesentliche Gründe

Der EuGH entschied, dass der Verkäufer gemäß Art. 3 Abs. 2 und 3 der Richtlinie verpflichtet ist, den Ausbau des vertragswidrigen Verbrauchsguts und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts vorzunehmen oder die entsprechenden Kosten zu übernehmen, unabhängig davon, ob der Einbau ursprünglich Gegenstand des Kaufvertrags war. Der EuGH stützt sich maßgeblich auf den Wortlaut der Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3, auf seine Rechtsprechung in *Quellele*³¹⁰ und den Zweck der Richtlinie, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten. Der Unionsgesetzgeber wollte „die Unentgeltlichkeit der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts durch den Verkäufer zu einem wesentlichen Bestandteil des durch die Richtlinie gewährleisteten Verbraucherschutzes machen.“³¹¹ Der Verbraucher solle vor drohenden finanziellen Belastungen geschützt werden, die ihn davon abhalten könnten, seine Ansprüche auf Nacherfüllung geltend zu machen. Zwar seien die Aus- und Einbaurkosten nicht ausdrücklich in Art. 3 Abs. 4 genannt, jedoch sei die Aufzählung verschiedener Kosten nur beispielhaft und nicht abschließend.³¹² Die Ersatzlieferung zur „Herstellung des vertragsgemäßen Zustands“ müsse nach Art. 3 Abs. 3 nicht nur unentgeltlich, sondern auch innerhalb einer angemessenen Frist und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen.³¹³ Diese Auslegung führe zu keinem ungerechten Er-

gebnis. Selbst wenn den Verkäufer kein Verschulden treffe, habe dieser auf Grund der Lieferung eines mangelhaften Verbrauchsguts seine Verpflichtung nicht ordnungsgemäß erfüllt und müsse daher die Folgen der Schlechterfüllung tragen. Dagegen stelle der Umstand, dass der Verbraucher, im Vertrauen auf die Vertragsmäßigkeit des gelieferten Verbrauchsguts, das mangelhafte Verbrauchsgut vor Auftreten des Mangels gutgläubig eingebaut hat, kein vertretbares Verschulden dar.³¹⁴ Die finanziellen Interessen des Verkäufers würden durch die Verjährungsfrist von zwei Jahren gemäß Art. 5 Abs. 1 durch die mögliche Verweigerung einer unzumutbar belastenden Form der Nacherfüllung nach Art. 3 Abs. 3 und durch das Recht auf Rückgriff gegen die Haftenden innerhalb derselben Vertragskette gemäß Art. 4 der Richtlinie geschützt werden.³¹⁵

Art. 3 Abs. 3 stehe einer nationalen Regelung entgegen, die dem Verkäufer das Recht einräumt, die Ersatzlieferung als einzig mögliche Art der Abhilfe zu verweigern, weil sie Kosten verursachen würde, die verglichen mit dem Wert des mangelfreien Verbrauchsguts und der Bedeutung der Vertragswidrigkeit unverhältnismäßig wären. Falls sich nur eine der beiden Abhilfen in Art. 3 Abs. 3 als möglich erweist, kann der Verkäufer die einzige Abhilfe, durch die sich der vertragsgemäße Zustand des Verbrauchsguts herstellen lässt, nicht verweigern.³¹⁶ Jedoch könne der Anspruch des Verbrauchers auf Erstattung der Aus- und Einbaurkosten auf einen Betrag beschränkt werden, der sich nach dem Wert, den das Verbrauchsgut hätte, wenn es vertragsgemäß wäre, und der Bedeutung der Vertragswidrigkeit richtet.³¹⁷ Eine solche Herabsetzung dürfe aber nicht zur Folge haben, dass das Recht des Verbrauchers auf Erstattung der Kosten in der Praxis ausgehöhlt wird.³¹⁸ Dem Verbraucher sei im Fall einer Herabsetzung des zu erstattenden Betrags die Möglichkeit zu gewähren, statt einer Ersatzlieferung für das vertragswidrige Verbrauchsgut eine angemessene Minderung des Kaufpreises oder die Vertragsauflösung zu verlangen.³¹⁹ Der EuGH kommt zu einem anderen Ergebnis als der Generalanwalt *Mazák*, welcher in seinem Schlussantrag auf einen angemessenen Interessensausgleich zwischen Käufer und Verkäufer abstellte.³²⁰ Generalanwalt *Mazák* verneinte sowohl

307 Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 5. 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. EG 1999 L 171, 12.

308 BGH, 14. 1. 2009 – VIII ZR 70/08, BB 2009, 685 (m. BB-Komm. *Witt*), NJW 2009, 1660, LMK 2009, 281412.

309 AG Schorndorf, 25. 2. 2009 – 2 C 818/08, BeckRS 2009, 88603.

310 EuGH, 17. 4. 2008 – Rs. C-404/06, Quelle AG/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, Slg. 2008, I-2685, EWS 2008, 196.

311 EuGH, 16. 6. 2011 – verb. Rs. C-65/09, Gebr. Weber GmbH/Jürgen Wittmer, und C-87/09, Ingrid Putz/Medianess Electronics GmbH, Slg. 2011, I-5257, 744, EWS 2011, 341, Rdnr. 46.

312 EuGH verb. Rs. C-65/09, Gebr. Weber, und C-87/09, Putz (Fn. 310), Rdnr. 46, 50.

313 EuGH verb. Rs. C-65/09, Gebr. Weber, und C-87/09, Putz (Fn. 310), Rdnr. 52.

314 EuGH verb. Rs. C-65/09, Gebr. Weber, und C-87/09, Putz (Fn. 310), Rdnr. 56.

315 EuGH verb. Rs. C-65/09, Gebr. Weber, und C-87/09, Putz (Fn. 310), Rdnr. 58.

316 EuGH verb. Rs. C-65/09, Gebr. Weber, und C-87/09, Putz (Fn. 310), Rdnr. 71.

317 EuGH verb. Rs. C-65/09, Gebr. Weber, und C-87/09, Putz (Fn. 310), Rdnr. 74.

318 EuGH verb. Rs. C-65/09, Gebr. Weber, und C-87/09, Putz (Fn. 310), Rdnr. 76.

319 EuGH verb. Rs. C-65/09, Gebr. Weber, und C-87/09, Putz (Fn. 310), Rdnr. 77.

320 GA *Mazák*, Schlussanträge vom 18. 5. 2010 – Rs. C-65/09, Gebr. Weber GmbH/Jürgen Wittmer, BeckRS 2010, 90583, Rdnrn. 48, 85.

eine Ausbau- als auch Wiedereinbaupflicht, da Art. 3 darauf abziele, der Vertragswidrigkeit im Vergleich zu dem, was dem Verbraucher ursprünglich nach dem Kaufvertrag geschuldet war, abzuhelpfen.³²¹ Die Verweigerung der Nacherfüllung wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit sei mit der Richtlinie vereinbar.³²²

cc) Einordnung in die Rechtsprechung

Der EuGH etabliert im Rahmen des Nacherfüllungsanspruchs eine verschuldensunabhängige Verpflichtung des Verkäufers, den Aus- und Wiedereinbau der mangelhaften Kaufsache durchzuführen oder die anfallenden Kosten dafür zu tragen. Der EuGH nehme Einfluss auf das vertragliche Gleichgewicht zwischen den Parteien, da der Verkäufer zusätzliche Leistungen erbringen müsse, die nicht im Vertrag vorgesehen waren. Die ausschließliche Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten für Schadensersatzansprüche im Verbrauchsgüterkauf würde in Frage gestellt werden.³²³ Das Urteil wird als „Paukensschlag aus Luxemburg“³²⁴ und „verbraucherschutzrechtliche Sozialromantik“³²⁵ bezeichnet. Dennoch werden die praktischen Auswirkungen nicht grundsätzlich als verbraucherfreundlich eingestuft, da damit gerechnet wird, dass Verkäufer diese wirtschaftliche Belastung in ihre Preise einkalkulieren werden.³²⁶

Die bisherige Rechtsprechung des BGH im „Parkettstäbe-Fall“ sei Makulatur.³²⁷ Im Folgeurteil führte der BGH aus, dass der Käufer im Rahmen der Nacherfüllung durch Ersatzlieferung gemäß § 439 Abs. 1 BGB vom Verkäufer grundsätzlich den Ausbau und den Abtransport der mangelhaften Kaufsache verlangen kann. Er stützte dieses Ergebnis auf ein weites Wortlautverständnis und eine richtlinienkonforme Auslegung der Wendung „Lieferung einer mangelfreien Sache“. Problematischer ist der Wortlaut des § 439 Abs. 3 BGB, nach dem das Verweigerungsrecht des Verkäufers wegen Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllungskosten auch dann besteht, wenn nur eine Art der Nacherfüllung möglich ist. Im Wege der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung nahm der BGH eine teleologische Reduktion des § 439 Abs. 3 für Fälle des Verbrauchsgüterkaufs vor und stellte so sicher, dass der Anspruch auf Ausbau und Abtransport der mangelhaften Sache nicht verweigert werden kann. Außerdem räumte der BGH dem Verkäufer das Recht ein, den Käufer auf die Höhe eines angemessenen Betrags für die Kostenerstattung zu verweisen.³²⁸ Angesichts der schwierigen dogmatischen Einordnung sei der Gesetzgeber aufgerufen, eine den unionsrechtlichen Vorgaben angepasste Regelung zu verabschieden.³²⁹

b) Amtswegige Preisminderung bei Ausschluss der Vertragsauflösung wegen unerheblichem Mangel (Rs. C-32/12, Duarte Hueros)

Das spanische Juzgado de Primera Instancia n°2 de Badajoz fragte, ob das nationale Gericht verpflichtet ist, von Amts wegen den Kaufpreis einer mangelhaften Kaufsache zu mindern, falls der betroffene Verbraucher gerichtlich ausschließlich eine Vertragsauflösung geltend gemacht hat, welche jedoch wegen der Geringfügigkeit des Mangels ausgeschlossen ist.

Im Ausgangsverfahren erwarb die Verbraucherin ein Auto mit einem beweglichen Verdeck, das trotz mehrfacher Reparaturversuche nicht repariert werden konnte. Da die Lie-

ferung eines neuen Autos verweigert wurde, verlangte die Verbraucherin die Auflösung des Kaufvertrags und die Rückzahlung des Kaufpreises. Das vorlegende Gericht stellte fest, dass die Auflösung des Vertrags aufgrund der Geringfügigkeit des Mangels ausgeschlossen sei und nur ein Anspruch auf Minderung des Kaufpreises bestehe. Der Verbraucherin könne der Minderungsbetrag gemäß dem spanischen Prozessrecht jedoch nicht zugesprochen werden, da sie dies nicht einmal hilfsweise beantragt hat. Auch in einem späteren Rechtsstreit sei das nicht mehr möglich, da nach spanischem Zivilprozessrecht die Rechtskrafterstreckung alle Ansprüche umfasst, auch solche, die in einem früheren Verfahren nicht geltend gemacht wurden.

Generalanwältin *Kokott* betont, dass sich die Verfahrensmodalitäten des nationalen Rechts an den Grundsätzen der Äquivalenz und Effektivität messen lassen müssen.³³⁰ Die Ausgestaltung des spanischen Prozessrechts verletze den Effektivitätsgrundsatz, da die Ausübung der Rechte aus der Richtlinie übermäßig erschwert werde.³³¹ Weil die Richtlinie keine Pflicht zur amtswegigen Preisminderung enthalte, müsse der nationale Richter geeignete Maßnahmen ergreifen, die es dem Verbraucher ermöglichen, einen falschen Klageantrag zu korrigieren, falls er ansonsten seine Rechte aus der Richtlinie überhaupt nicht geltend machen könne.³³² Unabhängig davon, welche Maßnahme der nationale Richter wählt, müsse berücksichtigt werden, dass, erstens, eine Maßnahme nicht gegen den Willen des Verbrauchers getroffen wird und, zweitens, die Verteidigungsrechte der Gegenpartei nicht außer Acht gelassen werden.³³³ Außerdem wies die Generalanwältin darauf hin, dass der Eintritt von Wasser nicht als geringfügiger Mangel anzusehen ist und dass es förderlich gewesen wäre, auch diese Frage der Auslegung von Art. 3 Abs. 6 der Richtlinie dem EuGH vorzulegen.³³⁴ Die Generalanwältin verweist auf die Rechtsprechung des BGH.³³⁵

Hinweis der Redaktion:

Die Rechtsprechungsübersicht wird in Heft 10 fortgesetzt.

321 GA *Mazák* Rs. C-65/09, Gebr. Weber (Fn. 320), Rdnr. 35.

322 GA *Mazák* Rs. C-65/09, Gebr. Weber (Fn. 320), Rdnr. 87.

323 *Kreße*, *European Review of Private Law* 2012, 255, 260.

324 *Purnhagen*, *EuZW* 2011, 626.

325 *Lorenz*, *NJW* 2011, 2241, 2243.

326 *Lorenz*, *NJW* 2011, 2241, 2243; *Glöckner*, *EWS* 2012, 359, 362; *Johnston/Unberath*, *Common Market Law Review* 2012, 793, 807.

327 BGH, 15. 7. 2008 – VIII ZR 211/07, BB 2008, 1922 (m. BB-Komm. *Ayad*), *NJW* 2008, 2837.

328 BGH, 21. 12. 2011 – VIII ZR 70/08, BB 2012, 792, (m. BB-Komm. *Ayad/Lentrod*), *NJW* 2012, 1073; siehe: *Leible/Müller*, *LMK Anmerkung*, 2012, 330321; *Looschelders*, *JA* 2012, 386; *Faust*, *JuS* 2012, 456; *Jaensch*, *NJW* 2012, 1025.

329 In der Literatur werden verschiedene Lösungsansätze diskutiert: *Faust*, *JuS* 2011, 744, 747 f.; *Lorenz*, *NJW* 2011, 2241, 2244; *Purnhagen*, *EuZW* 2011, 626, 629 f.; *Pfeiffer*, *LMK Anmerkung* 2011, 321439; *Bauerschmidt*, *JA* 2012, 256.

330 GA *Kokott*, Schlussanträge vom 28. 2. 2013 – Rs. C-32/12, Soledad Duarte Huero/Autociba SA und Automóviles Citroen España SA, BeckRS 2013, 80437, Rdnrn. 25–27.

331 GA *Kokott* Rs. C-32/12, Duarte Hueros (Fn. 330), Rdnr. 31.

332 GA *Kokott* Rs. C-32/12, Duarte Hueros (Fn. 330), Rdnrn. 38–52.

333 GA *Kokott* Rs. C-32/12, Duarte Hueros (Fn. 330), Rdnr. 53.

334 GA *Kokott* Rs. C-32/12, Duarte Hueros (Fn. 330), Rdnrn. 55–57.

335 BGH, Urteil vom 5. 11. 2008 – VIII ZR 166/07, *NJW-Spezial* 2009, 137.