

SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN
VERICA TRSTENJAK
vom 29. Oktober 2009¹

Inhaltsverzeichnis

I — Einleitung	I - 4790
II — Normativer Rahmen	I - 4790
A — Gemeinschaftsrecht	I - 4790
B — Nationales Recht	I - 4792
III — Sachverhalt, Ausgangsverfahren und Vorlagefragen	I - 4793
IV — Verfahren vor dem Gerichtshof	I - 4794
V — Wesentliche Argumente der Parteien	I - 4795
VI — Rechtliche Würdigung	I - 4799
A — Einleitende Ausführungen	I - 4799
B — Zulässigkeit der Vorlage	I - 4801
C — Untersuchung der Vorlagefragen	I - 4803
1. Zur ersten und zur zweiten Frage	I - 4803
a) Anwendbarkeit von Art. 8 der Richtlinie 93/13	I - 4803
i) Vorliegen einer strengeren nationalen Bestimmung	I - 4803

¹ — Originalsprache: Deutsch.

ii) Eröffnung des Anwendungsbereichs der Richtlinie 93/13	I - 4804
— Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich	I - 4804
— Auslegung von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13	I - 4805
b) Reichweite der Ermächtigung in Art. 8 der Richtlinie 93/13	I - 4812
i) Fehlender zwingender Charakter von Art. 4 Abs. 2	I - 4812
ii) Mindestharmonisierung	I - 4815
c) Ergebnis	I - 4816
2. Zur dritten Frage	I - 4816
a) Rechtliche Würdigung im Licht der Gemeinschaftsziele	I - 4816
b) Rechtliche Würdigung anhand der Konkretisierungsnormen	I - 4818
i) Wettbewerbsregeln	I - 4818
ii) Grundfreiheiten	I - 4820
c) Ergebnis	I - 4822
VII — Ergebnis	I - 4823
	I - 4789

I — Einleitung

1. Im vorliegenden Vorabentscheidungsverfahren wird der Gerichtshof vom spanischen Tribunal Supremo (im Folgenden: vorlegendes Gericht) mit drei Vorlagefragen zur Auslegung des Art. 8 der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen in Verbindung mit Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie und den Art. 2, 3 Abs. 1 Buchst. g und 4 Abs. 1 EG befasst².

2. Rechtlich betrachtet geht es dabei im Grunde um die Frage, ob die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft sich auf Art. 8 der Richtlinie berufen dürfen, um in Abweichung von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie die inhaltliche Beurteilung von Vertragsklauseln auf ihre Missbräuchlichkeit auch auf Vertragsklauseln zu erweitern, die entweder den „Hauptgegenstand des Vertrags“ oder die „Angemessenheit zwischen dem Preis bzw. dem Entgelt und den Dienstleistungen bzw. den Gütern, die die Gegenleistung darstellen“ betreffen.

3. Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines von der Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Kassationsbeschwerdegegnerin, im Folgenden: Beklagte des Ausgangsverfahrens) — einer juristischen Person, deren satzungsmäßiger Zweck in der „Verteidigung der berechtigten Interessen der Nutzer von

Dienstleistungen der Kreditinstitute und der Kreditfinanzierungseinrichtungen“ besteht — gegen das Kreditinstitut Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (Kassationsbeschwerdeführerin, im Folgenden: Klägerin des Ausgangsverfahrens) anhängig gemachten Rechtsstreits. Die Klage im Ausgangsverfahren ist auf Nichtigerklärung sowie auf Unterlassung der Nutzung einer sogenannten „Aufrundungsklausel“ gerichtet, die die Klägerin in Form einer vorformulierten Vertragsbedingung in jeden Kreditvertrag über den Kauf von Wohnungen mit ihren Kunden aufgenommen hat.

II — Normativer Rahmen

A — Gemeinschaftsrecht

4. Die Erwägungsgründe 12, 17 und 19 der Richtlinie 93/13 lauten wie folgt:

„Beim derzeitigen Stand der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften kommt allerdings nur eine teilweise Harmonisierung in Betracht. So gilt diese Richtlinie insbesondere nur für Vertragsklauseln, die nicht einzeln

² — ABl. L 95, S. 29.

ausgehandelt wurden. Den Mitgliedstaaten muss es freigestellt sein, dem Verbraucher unter Beachtung des Vertrags einen besseren Schutz durch strengere einzelstaatliche Vorschriften als den in dieser Richtlinie enthaltenen Vorschriften zu gewähren.

als missbräuchlich beurteilt werden, sofern diese Einschränkungen bei der Berechnung der vom Verbraucher gezahlten Prämie Berücksichtigung finden.“

5. Art. 3 der Richtlinie 93/13 sieht Folgendes vor:

...

Die Liste der Klauseln im Anhang kann für die Zwecke dieser Richtlinie nur Beispiele geben; infolge dieses Minimalcharakters kann sie von den Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer einzelstaatlichen Rechtsvorschriften, insbesondere hinsichtlich des Geltungsbereichs dieser Klauseln, ergänzt oder restriktiver formuliert werden.

„(1) Eine Vertragsklausel, die nicht im Einzelnen ausgehandelt wurde, ist als missbräuchlich anzusehen, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht.

...

Für die Zwecke dieser Richtlinie dürfen Klauseln, die den Hauptgegenstand eines Vertrages oder das Preis-Leistungs-Verhältnis der Lieferung bzw. der Dienstleistung beschreiben, nicht als missbräuchlich beurteilt werden. Jedoch können der Hauptgegenstand des Vertrages und das Preis-Leistungs-Verhältnis bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit anderer Klauseln berücksichtigt werden. Daraus folgt unter anderem, dass bei Versicherungsverträgen die Klauseln, in denen das versicherte Risiko und die Verpflichtung des Versicherers deutlich festgelegt oder abgegrenzt werden, nicht

(2) Eine Vertragsklausel ist immer dann als nicht im Einzelnen ausgehandelt zu betrachten, wenn sie im Voraus abgefasst wurde und der Verbraucher deshalb, insbesondere im Rahmen eines vorformulierten Standardvertrags, keinen Einfluss auf ihren Inhalt nehmen konnte.

Die Tatsache, dass bestimmte Elemente einer Vertragsklausel oder eine einzelne Klausel im Einzelnen ausgehandelt worden sind, schließt die Anwendung dieses Artikels auf den übrigen Vertrag nicht aus, sofern es sich nach der Gesamtwertung dennoch um einen vorformulierten Standardvertrag handelt.

Behauptet ein Gewerbetreibender, dass eine Standardvertragsklausel im Einzelnen ausgehandelt wurde, so obliegt ihm die Beweislast.

B — *Nationales Recht*

(3) Der Anhang enthält eine als Hinweis dienende und nicht erschöpfende Liste der Klauseln, die für missbräuchlich erklärt werden können.“

8. Art. 10bis Abs. 1 des Gesetzes 26/1984 vom 19. Juli 1984 zum Schutz der Verbraucher und Benutzer (*Ley 26/1984 general para la defensa de consumidores y usuarios*), eingefügt durch das Gesetz 7/1998 vom 13. April 1998 über allgemeine Geschäftsbedingungen bestimmt in Bezug auf den Begriff der missbräuchlichen Klausel Folgendes:

6. Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13 bestimmt Folgendes:

„Als missbräuchliche Klauseln sind alle nicht im Einzelnen ausgehandelten Vertragsbestimmungen anzusehen, die entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien schaffen. Auf jeden Fall sind die in der Zusatzbestimmung dieses Gesetzes aufgeführten Fälle von Vertragsbestimmungen als missbräuchliche Klauseln anzusehen.“

„Die Beurteilung der Missbräuchlichkeit der Klauseln betrifft weder den Hauptgegenstand des Vertrages noch die Angemessenheit zwischen dem Preis bzw. dem Entgelt und den Dienstleistungen bzw. den Gütern, die die Gegenleistung darstellen, sofern diese Klauseln klar und verständlich abgefasst sind.“

9. Art. 8 Abs. 2 des Gesetzes 7/1998 vom 13. April 1998 über allgemeine Geschäftsbedingungen ordnet die Nichtigkeit von missbräuchlichen Klauseln an:

7. Art. 8 der Richtlinie 93/13 sieht vor:

„Die Mitgliedstaaten können auf dem durch diese Richtlinie geregelten Gebiet mit dem Vertrag vereinbare strengere Bestimmungen erlassen, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher zu gewährleisten.“

„Insbesondere sind missbräuchliche allgemeine Klauseln in Verbraucherverträgen nichtig, wobei solche Klauseln auf jeden Fall diejenigen sind, die in Art. 10bis und der ersten Zusatzbestimmung des Allgemeinen Gesetzes 26/1984 vom 19. Juli 1984 zum Schutz der Verbraucher und Benutzer umschrieben sind.“

10. Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13 ist nicht in die spanische Rechtsordnung umgesetzt worden.

III — Sachverhalt, Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

11. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens schloss mit ihren Kunden Kreditverträge für den Kauf von Wohnungen ab, die durch Grundpfandrechte an diesen Wohnungen gesichert sind. Diese Kreditverträge sahen im Einzelnen einen variablen und nach dem vereinbarten Referenzzinssatz periodisch anzupassenden Nominalzins vor. Die Verträge enthielten zudem eine vorformulierte Vertragsbedingung, wonach der vom Kreditnehmer geschuldete Zinssatz bereits ab der ersten Anpassung bei Schwankungen jedes Mal, wenn ein Bruchteil von 0,25 % überschritten wird, auf den nächsten Bruchteil aufgerundet wird.

12. Nach Ansicht der Beklagten des Ausgangsverfahrens ist diese Klausel, die in der Bankenpraxis als „Aufrundungsklausel“ bekannt ist, nicht individuell mit den Darlehensnehmern ausgehandelt worden und daher gemäß Art. 8 Abs. 2 in Verbindung mit den Art. 1, 2 und 10a Abs. 1 des spanischen Allgemeinen Gesetzes 26/1984 vom 19. Juli 1984 zum Schutz der Verbraucher und Benutzer nichtig. Aufgrund dessen erhob sie Klage auf Nichtigerklärung der Klausel und Unterlassung des Abschlusses von Darlehensvereinbarungen, die die streitige Klausel enthalten.

13. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens beantragte, die Klage abzuweisen. Sie machte geltend, die Aufrundung des Zinssatzes stelle eine Regel für die Bestimmung eines wesentlichen Bestandteils des Kreditvertrags dar. Der Nominalzins sei die vom Kreditnehmer zu erbringende Gegenleistung für das zur Verfügung gestellte Kapital. Damit verstoße eine nach spanischem Recht erfolgende Missbrauchskontrolle gegen Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13, da eine Beurteilung der Missbräuchlichkeit nicht erfolgen könne, wenn diese Klauseln klar und verständlich abgefasst seien.

14. Das spanische erstinstanzliche Gericht befand mit Urteil vom 11. September 2001, dass die „Aufrundungsklausel“ unvereinbar mit dem spanischen Gesetz über allgemeine Geschäftsbedingungen sei. Dieses Urteil wurde durch das Berufungsurteil der Audiencia Provincial Madrid vom 10. Oktober 2002 bestätigt. Dagegen legte die Klägerin des Ausgangsverfahrens Kassationsbeschwerde beim vorlegenden Gericht ein.

15. Das Tribunal Supremo hält eine Klarstellung des Sinns der Art. 4 Abs. 2 und 8 der Richtlinie 93/13 in Verbindung mit den Art. 2, 3 Abs. 1 Buchst. g und 4 Abs. 1 EG für erforderlich, um ihre juristisch relevante Bedeutung und die Folgen der fehlenden Umsetzung der erstgenannten Bestimmung in die spanische Rechtsordnung in der für das Rechtsmittel maßgeblichen Fassung beurteilen zu können. Es hat daher das Verfahren

ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Vertrags und die Angemessenheit zwischen dem Preis bzw. dem Entgelt und den Dienstleistungen bzw. den Gütern, die die Gegenleistung darstellen, regeln, gestattet ist, mit den Art. 2 EG, 3 Abs. 1 Buchst. g EG und 4 Abs. 1 EG vereinbar?

1. Ist Art. 8 der Richtlinie 93/13/EWG vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen dahin gehend auszulegen, dass ein Mitgliedstaat in seiner Rechtsordnung zum Schutz der Verbraucher eine Missbrauchskontrolle von Vertragsklauseln, die nach Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie von dieser Kontrolle ausgenommen sind, vorsehen kann?

IV — Verfahren vor dem Gerichtshof

16. Der Vorlagebeschluss mit Datum vom 20. Oktober 2008 ist am 11. November 2008 bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen.

2. Ist ein Mitgliedstaat durch Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 8 der Richtlinie 93/13 daran gehindert, in seiner Rechtsordnung zum Schutz der Verbraucher eine Missbrauchskontrolle für Klauseln vorzusehen, die „den Hauptgegenstand des Vertrages“ bzw. „die Angemessenheit zwischen dem Preis bzw. dem Entgelt und den Dienstleistungen bzw. den Gütern, die die Gegenleistung darstellen“, regeln, obwohl sie klar und verständlich abgefasst sind?

17. Schriftliche Erklärungen haben die Parteien des Ausgangsverfahrens, die Regierungen der Portugiesischen Republik, der Republik Österreich, der Bundesrepublik Deutschland, des Königreichs Spanien sowie die Kommission innerhalb der in Art. 23 der Satzung des Gerichtshofs genannten Frist eingereicht.

3. Ist eine Auslegung der Art. 8 und 4 Abs. 2 der Richtlinie dahin, dass einem Mitgliedstaat eine richterliche Missbrauchskontrolle von Klauseln in Verbraucherverträgen, die klar und verständlich abgefasst sind und die den Hauptgegenstand des

18. In der mündlichen Verhandlung vom 10. September 2009 sind die Prozessbevollmächtigten der Parteien des Ausgangsverfahrens, der Regierung des Königreichs Spanien sowie der Kommission erschienen, um Ausführungen zu machen.

V – Wesentliche Argumente der Parteien

19. Die *Beklagte des Ausgangsverfahrens*, die *deutsche* und die *spanische Regierung* sowie die *Kommission* weisen darauf hin, dass die Richtlinie eine Mindestharmonisierung bezwecke.

20. Die *Beklagte des Ausgangsverfahrens* und die *Kommission* machen geltend, dass die Nichtumsetzung von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13 den Willen des nationalen Gesetzgebers widerspiegele, gemäß Art. 8 der Richtlinie 93/13 den Schutz der Verbraucher auszuweiten, indem die inhaltliche Kontrolle ebenfalls auf Klauseln, die den Hauptgegenstand des Vertrags betreffen, erstreckt werde.

21. Eine solche Auslegung werde durch den Bericht der Kommission vom 27. April 2000 über die Anwendung der Richtlinie 93/13 (KOM[2000] 248) bestätigt, aus dem keine Einwände gegen die fehlende Umsetzung des Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13 hergeleitet werden könnten, zumal darin sogar die Möglichkeit der Streichung dieser Richtlinienvorschrift in Erwägung gezogen werde.

22. Die *deutsche Regierung* schließt ihrerseits aus dem minimalen Charakter der

angestrebten Harmonisierung, dass, sofern wesentliche Elemente des Vertrags betreffende Vertragsklauseln klar und verständlich abgefasst seien, diese Klauseln nicht dem Anwendungsbereich der Richtlinie unterlägen, so dass es den Mitgliedstaaten freistehe, die Beurteilung der Missbräuchlichkeit auch auf sie auszuweiten.

23. Aus der Sicht der deutschen Regierung bestätigt eine systematische und teleologische Auslegung der Richtlinie diese Rechtsauffassung. Da der in Art. 8 der Richtlinie 93/13 verankerte allgemeine Grundsatz auf alle vorstehenden Bestimmungen Anwendung finde, könne Art. 4 der Richtlinie 93/13 keine Ausnahmebestimmung zu einem derartigen Grundsatz darstellen.

24. Die *österreichische Regierung* vertritt die Auffassung, dass eine andere Auslegung der Richtlinie einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Vertragsrecht der Mitgliedstaaten darstellen würde. Sie hätte zur Folge, dass die Rechtsinstitute des Zivilrechts nicht auf missbräuchliche Klauseln angewandt werden könnten, sofern sie den Hauptgegenstand des Vertrags beträfen. Indes müsste die Entscheidung darüber, ob und gegebenenfalls mit welchen Mitteln derartige Klauseln zu bekämpfen seien, den Mitgliedstaaten überlassen werden.

25. Die *portugiesische Regierung* schließt aus der Existenz von Art. 8 der Richtlinie 93/13 selbst, dass die Mitgliedstaaten strengere als die in der Richtlinie vorgesehenen und mit

dem EG-Vertrag vereinbare Bestimmungen erlassen dürfen, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher zu gewährleisten. Die *spanische Regierung* weist hierzu darauf hin, dass die strengeren Bestimmungen, die die spanische Rechtsordnung vorsehe, keinesfalls bezweckten, den spanischen Markt mittels rechtlicher Schranken, die den Zugang für Berufstätige aus anderen Mitgliedstaaten erschweren könnten, abzuschotten. Vielmehr bezweckten sie den Schutz des Verbrauchers in Übereinstimmung mit der Zweckbestimmung der Richtlinie.

26. Die *Beklagte des Ausgangsverfahrens* ist der Ansicht, dass die sogenannte Aufrundungsklausel nicht den Hauptgegenstand des Vertrags betreffe. Obwohl diese Vertragsklausel eigentlich die Berechnung des Preises betreffe, müsse ebenfalls berücksichtigt werden, dass Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13 als Ausnahmebestimmung eine enge Auslegung erfordere. Darüber hinaus sei die Aufrundungsklausel insofern konditional ausgestaltet, als ihre Anwendung von einem zukünftigen und ungewissen Ereignis abhängt, nämlich der Notwendigkeit einer Anpassung des Zinssatzes um 0,25 %. Ferner erklärt sie, dass angesichts des Umstands, dass die Aufrundungsklausel keinen wesentlichen Aspekt des Vertrags betreffe, die Frage, ob ein Mitgliedstaat auf der Grundlage von Art. 2 EG, 3 Abs. 1 Buchst. g EG und 4 Abs. 1 EG von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13 abweichen dürfe, nicht relevant sei.

27. Vorsorglich erklären die *Beklagte des Ausgangsverfahrens* sowie die *deutsche* und die *österreichische Regierung*, dass das Wirtschaftsmodell des freien Unternehmertums

und der freien Preisgestaltung, entsprechend den Zielen des Art. 2 EG und den in Art. 3 Abs. 1 Buchst. g EG und Art. 4 Abs. 1 EG niedergelegten Grundsätzen des freien Wettbewerbs, in einem sozialen Rechtsstaat seine Grenzen im Schutz bestimmter allgemeiner Interessen findet, zu denen der Schutz der Rechte und der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher zähle.

28. Die *Kommission* teilt die Zweifel der Beklagten des Ausgangsverfahrens hinsichtlich der Frage, ob die Aufrundungsklausel den Hauptgegenstand des Vertrags betrifft, und fragt sich deshalb, ob die Vorlagefragen entscheidungserheblich und damit zulässig sind. Im Zusammenhang mit Art. 4 EG weist sie darauf hin, dass diese Bestimmung nur programmatischen Charakter habe und, wie der Gerichtshof im Urteil *Échirolles Distribution*³ festgestellt habe, den Mitgliedstaaten keine klaren und unbedingten Verpflichtungen auferlege, auf die sich Einzelne vor nationalen Gerichten berufen könnten.

29. Die *Klägerin des Ausgangsverfahrens* vertritt eine andere Rechtsauffassung als alle anderen Verfahrensbeteiligten. Sie ist der Ansicht, dass Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13 den Charakter zwingenden Rechts habe und die Mitgliedstaaten daher nicht von ihm abweichen dürften.

3 — Urteil vom 3. Oktober 2000, *Échirolles Distribution* (C-9/99, Slg. 2000, I-8207, Randnrn. 22 bis 26).

30. Zur Stützung ihrer These beruft sie sich zunächst auf das Urteil Kommission/Niederlande⁴, in dem der Gerichtshof die Niederlande wegen der unvollständigen Umsetzung von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13, was das Erfordernis der Klarheit und der verständlichen Abfassung der fraglichen Klauseln betrifft, verurteilt hat. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens schließt aus diesem Urteil, dass diese Richtlinienbestimmung insgesamt zwingenden Charakter habe.

31. Des Weiteren behauptet die Klägerin des Ausgangsverfahrens, diese Bestimmung sei vor dem Hintergrund dessen, dass die Richtlinie 93/13 ein Mindestschutzniveau für die Verbraucher gewährleisten wolle und dementsprechend in imperativer und verbindlicher Form abgefasst sei, zwingend. Ferner gehe aus den Erwägungsgründen 12 und 19 der Richtlinie hervor, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber versucht habe, den Anwendungsbereich für den gewährleisteten Schutz der Verbraucher festzulegen, und zwar unter Ausschluss jener Klauseln, die den Hauptgegenstand des Vertrags oder die Angemessenheit des Preis-Leistungs-Verhältnisses betreffen und Gegenstand einer individuellen Vereinbarung seien. Nach Ansicht der Klägerin des Ausgangsverfahrens schließt eine Mindestharmonisierung nicht aus, dass bestimmten Richtlinienbestimmungen zwingender Charakter zukommt. Dies habe der Gerichtshof im Urteil Kommission/Spanien⁵ im Hinblick auf Art. 5 Satz 3 der Richtlinie 93/13, der eine Ausnahme vom Grundsatz der für den Verbraucher günstigsten Auslegung vorsehe, festgestellt.

32. Dass Art. 4 Abs. 2 den Charakter zwingenden Rechts habe, werde ferner durch die Entstehungsgeschichte der Richtlinie 93/13 bestätigt. Der ursprüngliche Kommissionsvorschlag habe nämlich keine solche Bestimmung enthalten. Vielmehr sei sie nachträglich eingefügt worden, was beweise, dass eine richterliche Kontrolle der Hauptelemente eines Vertrags als mit dem auf dem Grundsatz der Privatautonomie beruhenden Vertragsrecht sowie den Grundsätzen der Marktwirtschaft und des freien Wettbewerbs unvereinbar angesehen worden sei.

33. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens beruft sich ferner auf die letzten Initiativen der Kommission zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz, die bestätigten, wie wichtig es sei, eine richterliche Kontrolle der wesentlichen Vertragsklauseln auszuschließen. Sie verweist insbesondere auf das Grünbuch über die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz⁶ sowie auf den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher⁷, die sich ebenfalls für einen Ausschluss der Inhaltskontrolle wie Art. 4

4 — Urteil vom 10. Mai 2001, Kommission/Niederlande (C-144/99, Slg. 2001, I-3541).

5 — Urteil vom 9. September 2004, Kommission/Spanien (C-70/03, Slg. 2004, I-7999, Randnr. 17).

6 — Grünbuch über die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz (KOM[2006] 744 endg.).

7 — Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher (KOM[2008] 614 endg.).

Abs. 2 aussprechen und eine Bestätigung im Zuge einer Vollharmonisierung lieferten.

des Vertrags, ohne den eine Durchführung des Vertrags nicht möglich sei, betreffe. Das Schutzsystem, das die Richtlinie 93/13 einführe, beruhe auf der Grundüberlegung, dass der Verbraucher sich in einer Situation der Ungleichheit befinde, die einer Korrektur bedürfe, ohne jedoch die Stabilität des Vertrags in Frage zu stellen.

34. Vorsorglich weist die Klägerin des Ausgangsverfahrens darauf hin, dass auch im Fall der Unverbindlichkeit von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13 die Mitgliedstaaten keine gerichtliche Kontrolle der wesentlichen Vertragsklauseln vorsehen könnten, ohne dabei die im EG-Vertrag verankerten Grundsätze des freien Wettbewerbs und der freien Marktwirtschaft zu verletzen. Tatsächlich würde dies im Ergebnis darauf hinauslaufen, zuzulassen, dass das Gleichgewicht zwischen Angebot und Nachfrage einer gerichtlichen Kontrolle unterzogen würde, um deren missbräuchlichen Charakter festzustellen. Darüber hinaus hätte die Anerkennung einer gerichtlichen Kompetenz zur Beurteilung des Hauptgegenstands eines Vertrags zur Folge, dass im europäischen Binnenmarkt unterschiedliche Handelsbedingungen herrschen würden.

36. Die *spanische Regierung* hat in der mündlichen Verhandlung in erster Linie Argumente gegen die von der Klägerin des Ausgangsverfahrens vertretene Rechtsauffassung zum angeblichen Charakter zwingenden Rechts von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13 sowie zur Einordnung der streitgegenständlichen Aufrundungsklausel als Teil des Hauptgegenstands eines Vertrags vorgebracht. Ferner hat sie unter Abänderung ihres ursprünglich im schriftlichen Verfahren unterbreiteten Entscheidungsvorschlags angeregt, der Gerichtshof möge feststellen, dass eine von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13 grundsätzlich ausgeschlossene, den Hauptgegenstand des Vertrags umfassende Missbrauchskontrolle mit der Richtlinie sowie den im EG-Vertrag anerkannten Grundsätzen vereinbar ist.

35. Schließlich bezweifelt die Klägerin des Ausgangsverfahrens, dass eine Ausweitung der gerichtlichen Kontrolle des Vertragsinhalts tatsächlich ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher im Sinne des Art. 8 der Richtlinie 93/13 gewährleisten könnte, zumal die angeordnete Sanktion für die Missbräuchlichkeit einer Klausel die Nichtigkeit derselben sei und das reale Risiko bestehe, dass die Nichtigkeit sich auf den gesamten Vertrag erstrecke, sofern die als missbräuchlich anzusehende Klausel den Hauptgegenstand

37. Vorsorglich regt die *spanische Regierung* an, die Vorlagefragen stattdessen dahin gehend zu beantworten, dass eine Vertragsklausel wie die streitgegenständliche Aufrundungsklausel nicht der Art von Klauseln zuzuordnen ist, die laut Art. 4 Abs. 2 vom

Anwendungsbereich der Richtlinie 93/13 ausgenommen ist.

39. Die Richtlinie 93/13 betrifft ein Zentralproblem des Privatrechts: Es geht um den Widerstreit zwischen der Privatautonomie⁹ auf der einen und dem Schutz des schwächeren Vertragspartners, des Verbrauchers, auf der anderen Seite. Die Richtlinie 93/13 schränkt den Grundsatz der Vertragsfreiheit zugunsten des Verbrauchers wesentlich ein, indem sie eine richterliche Kontrolle missbräuchlicher Klauseln erlaubt¹⁰. Gerechtfertigt wird dieser hoheitliche Eingriff in die Privatautonomie mit der Annahme, dass auf dem Gebiet der standardisierten Verträge eine Asymmetrie wirtschaftlicher Macht bestehe. Verträge würden durch die Unternehmen vorformuliert und dem Verbraucher einseitig auferlegt, ohne dass dieser die Möglichkeit habe, die Vertragsbedingungen

VI — Rechtliche Würdigung

A — Einleitende Ausführungen

38. Ziel der Richtlinie 93/13 ist es, den Verbraucher vor Nachteilen zu schützen, die ihm aus seiner typischen vertraglichen Unterlegenheit gegenüber Unternehmern entstehen. Unternehmer haben in der Vergangenheit ihre wirtschaftliche Macht dazu ausgenutzt, den Verbraucher durch das Aufstellen standardisierter Verträge zu benachteiligen und unter Berufung auf die Vertragsfreiheit Risiken auf den Vertragspartner abzuwälzen. Diesem Machtmissbrauch sollte durch die Richtlinie entgegengewirkt werden⁸.

9 — In der Rechtswissenschaft wird die Vertragsfreiheit als wichtigster Ausfluss der Privatautonomie und damit als individualrechtliche Verbürgung verstanden. Zur Privatautonomie siehe rechtsvergleichend im deutschen Schrifttum Larenz, K., Wolf, M., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 9. Aufl., München 2004, Randnr. 2, im österreichischen Recht Koziol, H., Welsch, R., „Grundriss des bürgerlichen Rechts“. Band I: *Allgemeiner Teil — Sachenrecht — Familienrecht*, 11. Aufl., Wien 2000, S. 84, im französischen Recht Aubert, J.-L., Savaux, É., *Les obligations. I. Acte juridique*, 12. Aufl., Paris 2006, S. 72, Randnr. 99, und im spanischen Recht Diez-Picazo, L./Gullón, A., *Sistema de derecho civil*, Band I, 10. Aufl., Madrid 2002, S. 369 f. Nach Auffassung von Basedow, J., „Die Europäische Union zwischen Marktfreiheit und Überregulierung — Das Schicksal der Vertragsfreiheit“, *Sonderdruck aus Bitburger Gesprächen Jahrbuch 2008/1*, München 2009, S. 103, ist die Vertragsfreiheit bereits als allgemeiner Grundsatz des europäischen Gemeinschaftsrechts anerkannt. Im Urteil vom 9. März 2006, Werhof (C-499/04, Slg. 2006, I-2397, Randnr. 23), hat der Gerichtshof erklärt, dass „ein Vertrag im Allgemeinen durch das Prinzip der Privatautonomie gekennzeichnet ist, wonach die Parteien frei darin sind, gegenseitige Verpflichtungen einzugehen“.

10 — Vgl. meine Schlussanträge vom 14. Mai 2009, Asturcom (C-40/08, Nr. 47).

8 — Siehe den neunten Erwägungsgrund zur Richtlinie.

im Einzelnen auszuhandeln. Das Prinzip der Privatautonomie sei in der Praxis nicht mehr gewährleistet, da der Verbraucher keinerlei Einfluss auf den Inhalt des Vertrags habe¹¹. Dies rechtfertige einen staatlichen Eingriff in die Vertragsfreiheit der Parteien, um eine möglichst weitgehende Vertragsgerechtigkeit zu gewährleisten¹².

40. Allerdings geht die Richtlinie 93/13 nicht so weit, dass sie die Privatautonomie ganz aufheben würde, da Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie Klauseln, die den „Hauptgegenstand des Vertrags“ oder die „Angemessenheit zwischen dem Preis bzw. dem Entgelt und den Dienstleistungen bzw. den Gütern, die die Gegenleistung darstellt“, betreffen, von einer Beurteilung der Missbräuchlichkeit ausnimmt. Der Verbraucher soll nicht generell davor geschützt werden, ein unvorteilhaftes Geschäft abzuschließen. Vielmehr wird er bezüglich der Hauptleistungen als durch den Wettbewerb hinreichend geschützt angesehen.

11 — Vgl. Urteile vom 27. Juni 2000, *Océano Grupo Editorial und Salvat Editores* (C-240/98 bis C-244/98, Slg. 2000, I-4941, Randnr. 25), und vom 26. Oktober 2006, *Mostaza Claro* (C-168/05, Slg. 2006, I-10421, Randnr. 25). Dort hat der Gerichtshof im Rahmen einer Auslegung der Art. 6 und 7 der Richtlinie 93/13 festgestellt, dass „das durch die Richtlinie eingeführte Schutzsystem davon ausgeht, dass der Verbraucher sich gegenüber dem Gewerbetreibenden in einer schwächeren Verhandlungsposition befindet und einen geringeren Informationsstand besitzt, was dazu führt, dass er den vom Gewerbetreibenden vorformulierten Bedingungen zustimmt, ohne auf deren Inhalt Einfluss nehmen zu können“.

12 — In diesem Sinne Tilmann, I., *Die Klauselrichtlinie 93/13/EWG auf der Schnittstelle zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht — Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Europarecht*, München 2003, S. 8. Basedow, J., a. a. O. (Fn. 9), S. 102, weist darauf hin, dass die Gesetzgebung der Gemeinschaft zum Vertragsrecht auf den rechtspolitischen Willen zurückzuführen sei, einzelne Missstände des Wirtschaftslebens mit den Mitteln der Rechtssetzung zu bekämpfen. Der Autor schließt aus diesem Umstand, dass das gemeinschaftliche Konzept der Vertragsfreiheit kein individualrechtliches, sondern ein ordnungspolitisches sei: Unter der Bedingung, dass Wettbewerb die exzessive Ausübung wirtschaftlicher Macht begrenze, lägen Privatautonomie und Vertragsfreiheit im öffentlichen Interesse. Soweit Marktunvollkommenheiten die Herstellung wettbewerblicher Verhältnisse nicht zuließen, seien staatliche Eingriffe in die Vertragsfreiheit legitim.

41. Wie eingangs erwähnt¹³, geht es im vorliegenden Ersuchen um Vorabentscheidung in erster Linie um die Frage, ob die Richtlinie 93/13 den Mitgliedstaaten die Befugnis einräumt, durch den Erlass entsprechender nationaler Vorschriften oder — wie im Fall des Königreichs Spanien — durch die Nichtumsetzung von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie in nationales Recht den Umfang der in Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie vorgesehenen rechtlichen Beurteilung von Vertragsklauseln auf ihre Missbräuchlichkeit auch auf die in Art. 4 Abs. 2 genannten Klauselarten auszuweiten. Dies hängt in erster Linie von der Beantwortung der Frage ab, welche Funktion Art. 4 Abs. 2 innerhalb der Richtlinie 93/13 genau zukommt und in welchem Verhältnis diese Bestimmung zu Art. 8 der Richtlinie steht. Da die beiden ersten Vorlagefragen zahlreiche inhaltliche Überschneidungen aufweisen, sind sie im Interesse der Übersichtlichkeit gemeinsam zu behandeln.

42. Anschließend ist auf die dritte Vorlagefrage einzugehen, in der es im Wesentlichen um die Vereinbarkeit einer umfassenden Inhaltskontrolle von Vertragsklauseln im obigen Sinne mit den primärrechtlich

13 — Siehe Nr. 2 dieser Schlussanträge.

verbürgten Grundsätzen der offenen Marktwirtschaft und des freien Wettbewerbs geht.

B — Zulässigkeit der Vorlage

43. Vorab ist jedoch auf die Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens einzugehen, da sowohl die Kommission als auch die Beklagte des Ausgangsverfahrens Zweifel an der Erheblichkeit der Vorlagefragen für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits hegen.

44. Beide Parteien halten es nämlich für zweifelhaft, dass die Streitgegenständliche Auf rundungsklausel überhaupt den Hauptgegenstand des Vertrags oder die Angemessenheit zwischen dem Preis und der Leistung betrifft. Sie verweisen auf die Rechtsprechung spanischer Gerichte sowie auf die im Bericht über die Anwendung der Richtlinie 93/13 von 5. April 1993¹⁴ zum Ausdruck gebrachte Rechtsauffassung der Kommission, wonach Klauseln, die Berechnungs- oder Änderungsmodalitäten der Preise festlegen, vollständig der Kontrolle anhand der Richtlinie 93/13 unterliegen.

14 — Bericht der Kommission vom 27. April 2000 über die Anwendung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, KOM(2000) 248 endg., S. 17.

45. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass es im Rahmen der Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten nach Art. 234 EG allein Sache des mit dem Rechtsstreit befassten nationalen Gerichts ist, in dessen Verantwortungsbereich die zu erlassende gerichtliche Entscheidung fällt, im Hinblick auf die Besonderheiten der bei ihm anhängigen Rechtsache sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung zum Erlass seines Urteils als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof von ihm vorgelegten Fragen zu beurteilen¹⁵.

46. Sofern die von den nationalen Gerichten vorgelegten Fragen die Auslegung einer Bestimmung des Gemeinschaftsrechts betreffen, ist der Gerichtshof somit grundsätzlich gehalten, darüber zu befinden¹⁶, es sei denn, er soll offensichtlich in Wirklichkeit dazu veranlasst werden, über einen konstruierten Rechtsstreit zu entscheiden oder Gutachten zu allgemeinen oder hypothetischen Fragen abzugeben, die begehrte Auslegung des Gemeinschaftsrechts steht in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem

15 — Vgl. u. a. Urteile vom 18. Oktober 1990, Dzodzi (C-297/88 und C-197/89, Slg. 1990, I-3763, Randnrn. 33 und 34), vom 8. November 1990, Gmurzynska-Bscher (C-231/89, Slg. 1990, I-4003, Randnrn. 18 und 19), vom 17. Juli 1997, Leur-Bloem (C-28/95, Slg. 1997, I-4161, Randnr. 24), vom 29. Januar 2008, Promusicae (C-275/06, Slg. 2008, I-271, Randnr. 36), und vom 12. Februar 2008, Kempter (C-2/06, Slg. 2008, I-411, Randnr. 42).

16 — Vgl. u. a. Urteile vom 13. März 2001, PreussenElektra (C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Randnr. 38), vom 22. Mai 2003, Korhonen u. a. (C-18/01, Slg. 2003, I-5321, Randnr. 19), vom 5. Februar 2004, Schneider (C-380/01, Slg. 2004, I-1389, Randnr. 21), vom 19. April 2007, Asemfo (C-295/05, Slg. 2007, I-2999, Randnr. 30), und vom 23. April 2009, VTB-VAB (C-261/07 und C-299/07, Slg. 2009, I-2949, Randnr. 32).

Gegenstand des Rechtsstreits oder der Gerichtshof verfügt nicht über die tatsächlichen oder rechtlichen Angaben, die für eine zweckdienliche Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen erforderlich sind¹⁷.

47. Das vorlegende Gericht hält die Bestimmungen der Art. 4 und 8 der Richtlinie 93/13 ausdrücklich für maßgeblich für die Entscheidung über das anhängige Rechtsmittelverfahren¹⁸. Davon abgesehen liegen keine Anhaltspunkte für die These vor, die Vorlagefragen stünden offenkundig in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Rechtsstreits.

48. Des Weiteren weist das vorlegende Gericht in seinem Vorlagebeschluss darauf hin, dass die Zweifel bezüglich der Auslegung der Richtlinie 93/13 darauf gründeten, dass das Königreich Spanien, wie andere Mitgliedstaaten auch, gestützt auf die Ermächtigung des Art. 8 der Richtlinie auf eine Umsetzung von Art. 4 Abs. 2, die einen Ausschluss der Inhaltskontrolle von Vertragsklauseln vorsieht, in nationales Recht verzichtet habe¹⁹. Dem

vorlegenden Gericht geht es demnach bei verständiger Würdigung des Vorabentscheidungsersuchens darum, vom Gerichtshof zu erfahren, wo die Grenzen der gemeinschaftsrechtlich gebotenen Inhaltskontrolle von Vertragsklauseln liegen und ob die Mitgliedstaaten diese Inhaltskontrolle gegebenenfalls erweitern dürfen, ohne gegen das Gemeinschaftsrecht zu verstoßen²⁰.

49. Dem Vorbringen der Kommission und der Beklagten des Ausgangsverfahrens bezüglich der Unzulässigkeit des Vorlage ist entgegenzuhalten, dass die Frage, ob die Aufwundungsklausel konkret unter den Begriff „Hauptgegenstand des Vertrags“ im Sinne des Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 93/13 fällt, keine Frage der Zulässigkeit, sondern vielmehr der Subsumtion und folglich der richterlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts auf den Ausgangsfall ist.

50. Nach alledem kann den Vorlagefragen nicht die Entscheidungserheblichkeit abgesprochen werden. Folglich ist die Vorlage als zulässig anzusehen.

17 — Vgl. u. a. Urteile vom 16. Dezember 1981, Foglia/Novello (244/80, Slg. 1981, 3045, Randnr. 18), vom 15. Juni 1995, Zabala Erasun u. a. (C-422/93 bis C-424/93, Slg. 1995, I-1567, Randnr. 29), vom 15. Dezember 1995, Bosman (C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Randnr. 61), vom 12. März 1998, Djabali (C-314/96, Slg. 1998, I-1149, Randnr. 19), PreussenElektra (in Fn. 16 angeführt, Randnr. 39), Schneider (in Fn. 16 angeführt, Randnr. 22), vom 1. April 2008, Gouvernement de la Communauté française und Gouvernement wallon (C-212/06, Slg. 2008, I-1683, Randnr. 29), und VTB-VAB (in Fn. 16 angeführt, Randnr. 33).

18 — Siehe S. 11 des Vorlagebeschlusses.

19 — Siehe S. 12 des Vorlagebeschlusses.

20 — Vgl. Brandner, H. E., „Maßstab und Schranken der Inhaltskontrolle bei Verbraucherverträgen“, *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 4/1997, S. 314; derselbe, „Auslegungszuständigkeit des EuGH bei der Inhaltskontrolle von Entgeltklauseln der Banken bei Verbraucherverträgen“, *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1/1999, S. 8, wonach die Auslegungszuständigkeit des Gerichtshofs gegeben sei, soweit Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13 die Schranken der Inhaltskontrolle möglicherweise anders ziehe als das nationale Umsetzungsrecht.

C — Untersuchung der Vorlagefragen

1. Zur ersten und zur zweiten Frage

a) Anwendbarkeit von Art. 8 der Richtlinie 93/13

i) Vorliegen einer strengeren nationalen Bestimmung

51. Die durch Art. 8 der Richtlinie 93/13 begründete Abweichungsbefugnis eröffnet den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, strengere Bestimmungen zu erlassen, als sie die Richtlinie vorsieht. Der Wortlaut des Art. 8 ist in seinen verschiedenen Sprachfassungen insofern unklar, als nicht ohne Weiteres erkennbar ist, in welcher Hinsicht das mitgliedstaatliche Recht „strengere“ Bestimmungen vorsehen kann. Immerhin ist jedoch erkennbar, dass es sich um solche handeln muss, die ein „höheres Schutzniveau“ für den Verbraucher gewährleisten.

52. Diese Bestimmung korrespondiert mit dem zwölften Erwägungsgrund der Richtlinie, aus dem hervorgeht, dass es den Mitgliedstaaten freistehen muss, dem Verbraucher einen „besseren Schutz“ durch strengere einzelstaatliche Vorschriften als die in dieser Richtlinie enthaltenen Vorschriften zu gewähren. „Strenger“ im Sinne von Art. 8 der Richtlinie sind also lediglich solche Vorschriften, die ein für den Verbraucher „günstigeres“ Ergebnis zeitigen, als es sich aus einer direkten Anwendung der Richtlinie bzw. des dort festgeschriebenen Mindeststandards ergäbe²¹.

53. Eine Anwendbarkeit dieser Bestimmung im Ausgangsfall setzt somit zunächst voraus, dass eine Ausweitung der inhaltlichen Kontrolle von Vertragsklauseln auf ihre Missbräuchlichkeit, wie sie die spanische Rechtsordnung durch den Verzicht auf eine Übernahme der Kontrollschranke des Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie vorsieht, tatsächlich ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher gewährleistet. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass eine Anwendung des durch die Richtlinie eingeführten Schutzsystems dahin gehend, dass der Umfang der inhaltlichen Kontrolle auf andere Vertragsgegenstände wie den Hauptgegenstand des Vertrags oder die Angemessenheit des Preis-Leistungs-Verhältnisses ausgeweitet wird, sich zum Vorteil des Verbrauchers auswirken kann, zumal damit verhindert wird, dass der Verbraucher an

21 — In diesem Sinne Pfeiffer, T., in: *Das Recht der Europäischen Union* (hrsg. von E. Grabitz/M. Hilf), Band IV, A5, Art. 8, Randnr. 9, S. 3.

missbräuchliche Vertragsklauseln gebunden bleibt²². Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung erklärt hat, dass die Befugnis der Gerichte, von Amts wegen die Missbräuchlichkeit einer Klausel zu prüfen, ein geeignetes Mittel ist, um das in Art. 6 der Richtlinie festgelegte Ziel zu erreichen, das darin besteht, zu verhindern, dass der einzelne Verbraucher an eine missbräuchliche Klausel gebunden ist, und um die Verwirklichung des Ziels des Art. 7 der Richtlinie zu fördern, da eine solche Prüfung abschreckend wirken kann und damit dazu beiträgt, dass der Verwendung missbräuchlicher Klauseln durch Gewerbetreibende in Verbraucherverträgen ein Ende gesetzt wird²³.

54. Eine solche mitgliedstaatliche Maßnahme bietet auch ein höheres Schutzniveau als die Richtlinie 93/13, die bestimmte Arten von Klauseln von vornherein von der Inhaltskontrolle ausnimmt. Sie stellt allerdings nur eine von verschiedenen möglichen in das Gestaltungsschema der Mitgliedstaaten fallenden Maßnahmen zur Gewährleistung eines weiter gehenden Verbraucherschutzes dar.

55. Demnach sind in den nationalen Bestimmungen, die der spanische Gesetzgeber

in Umsetzung der Richtlinie 93/13 bisher in Kraft gesetzt hat und die einen dem Art. 4 Abs. 2 entsprechenden Ausschluss der inhaltlichen Kontrolle von Vertragsklauseln nicht vorsehen, „strengere Bestimmungen“ im Sinne des Art. 8 der Richtlinie zu erkennen.

ii) Eröffnung des Anwendungsbereichs der Richtlinie 93/13

56. Aus Art. 8 der Richtlinie 93/13 geht hervor, dass die Mitgliedstaaten „auf dem durch diese Richtlinie geregelten Gebiet“ strengere Bestimmungen erlassen können, was dahin zu verstehen ist, dass eine Heranziehung dieser Richtlinienbestimmung nur in Betracht kommt, soweit es sich dabei um mitgliedstaatliche Regelungen im Anwendungsbereich der Richtlinie handelt. Um beurteilen zu können, ob die streitgegenständliche Aufrundungsklausel vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst ist, muss vorab untersucht werden, wie die Richtlinie den persönlichen und den sachlichen Anwendungsbereich abstrakt definiert.

— Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich

22 — Ähnlich offenbar Pfeiffer, T., a. a. O. (Fn. 21), Randnr. 13, S. 3, dessen Ansicht nach eine strengere Bestimmung auch dann vorliegt, wenn im Rahmen der Inhaltskontrolle eine strengere Regelung gilt.

23 — Urteile *Océano Grupo Editorial und Salvat Editores* (in Fn. 11 angeführt, Randnr. 28), vom 21. November 2002, *Cofidis* (C-473/00, Slg. 2002, I-10875, Randnr. 32), und *Mostaza Claro* (in Fn. 11 angeführt, Randnr. 27).

57. Der Anwendungsbereich der Richtlinie 93/13 ist in Art. 1 festgelegt. Eine Einschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs erfolgt dadurch, dass gemäß Art. 1 Abs. 1

die Richtlinie nur Klauseln in Verträgen zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern betrifft. Daraus folgt, dass Verträge sowohl unter Verbrauchern als auch unter Gewerbetreibenden von ihrem Anwendungsbereich ausgeschlossen sind. Der sachliche Anwendungsbereich wird wiederum so definiert, dass gemäß Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 Buchst. a und Art. 3 Abs. 1 Gegenstand der von der Richtlinie vorgesehenen Kontrolle nur die „nicht im Einzelnen ausgehandelten Klauseln in Verbraucherverträgen“ sind.

58. Im Ausgangsfall wird nicht in Abrede gestellt, dass die Kreditverträge für den Kauf von Wohnungen, welche die Klägerin des Ausgangsverfahrens mit ihren Kunden abschließt und die die fragliche Aufrundungsklausel enthalten, Verträge zwischen einem Gewerbetreibenden und Verbrauchern darstellen. Aus dem Vorlagebeschluss geht ferner hervor, dass bei der Fragestellung davon ausgegangen wird, dass die Klausel, die Gegenstand des Ausgangsverfahrens ist, nicht individuell mit dem Verbraucher ausgehandelt wurde²⁴. Daraus folgt, dass diese Verträge sowohl in den persönlichen als auch in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie fallen.

— Auslegung von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13

59. Fraglich ist jedoch, ob Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13 ebenfalls als eine Norm aufzufassen ist, die den sachlichen Anwendungsbereich festlegt. Bejahendenfalls wären die

strengeren mitgliedstaatlichen Bestimmungen, die den Umfang der Inhaltskontrolle auf jene Klauseln erweitern, die den Hauptgegenstand sowie die Angemessenheit des Preis-Leistungs-Verhältnisses betreffen, nicht mehr vom Anwendungsbereich der Richtlinie gedeckt.

60. Zur Beantwortung dieser Frage bedarf es einer Auslegung dieser Vorschrift anhand aller dem Gerichtshof zur Verfügung stehenden Auslegungsmethoden, allen voran der historischen und der teleologischen Auslegung.

Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13 als Kernbereich der Privatautonomie

61. Eine Untersuchung der Entstehungsgeschichte der Richtlinie 93/13 zeigt, dass der ursprüngliche Kommissionsvorschlag²⁵ keine vergleichbare Vorschrift vorsah. Ihre Einführung geht vielmehr auf Änderungen des

24 — Siehe S. 9 des Vorlagebeschlusses.

25 — Vorschlag der Kommission vom 3. September 1990 für eine Richtlinie des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, KOM(90) 322 endg.

Rates²⁶ im Rahmen des Rechtsetzungsverfahrens zurück.

62. Ihre nachträgliche Übernahme in den Richtlinienentwurf ist vom rechtswissenschaftlichen Schrifttum als eine kodifikatorische Wertentscheidung des Gemeinschaftsgesetzgebers zum Schutz der Privatautonomie gedeutet worden²⁷. Der gesetzgeberische Zweck dieser Bestimmung besteht nach einheitlicher Auffassung in der Rechtslehre darin, die richterliche Missbrauchskontrolle verbrauchervertraglicher Klauseln im Interesse der privatautonomen Gestaltungsfreiheit der Parteien und eines funktionierenden, auf Preis- und Leistungswettbewerb beruhenden Marktes zu beschränken²⁸.

63. Die mit Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13 vorgenommene Begrenzung des Kontrollumfangs beruht nach Auffassung der Rechtslehre auf marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten. Nach den Grundprinzipien einer liberalen Wirtschaftsordnung legen die Vertragspartner Leistung und Gegenleistung, um

deren Austausch willen der Vertrag geschlossen wird, autonom fest. Dies entspreche den Gesetzen des Marktes und des Wettbewerbs, die bei einer Angemessenheits- oder Äquivalenzkontrolle partiell außer Kraft gesetzt würden, so dass ein an ihnen ausgerichtetes planmäßiges Marktverhalten der Anbieter ausgeschlossen wäre²⁹.

64. Dieser Bestimmung lässt sich entnehmen, dass die Hauptleistungspflichten sowie die Angemessenheit des Preis-Leistungs-Verhältnisses nach dem Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers grundsätzlich der Parteivereinbarung und dem jeweiligen Marktangebot überlassen werden sollen³⁰. Sie spiegelt in gewisser Weise das Spannungsverhältnis zwischen der Privatautonomie und der Notwendigkeit rechtlicher Intervention zugunsten des Verbraucherschutzes wider. Die Rechtslehre stützt ihre Auslegung von Art. 4 Abs. 2 auf den Umstand, dass diese Vorschrift in ihrem normativen Inhalt im Wesentlichen Rechtsvorschriften entspricht, die bereits vor Erlass der Richtlinie 93/13 in

26 — Gemeinsamer Standpunkt des Rates vom 22. September 1992 im Hinblick auf die Annahme der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Dok. 8406/1/92, ABl. 1992, C 283, S. 1, Nr. 2.

27 — So auch Schmidt-Salzer, J., „Leistungsbeschreibungen insbesondere in Versicherungsverträgen und Schranken der Inhaltskontrolle (AGB-Gesetz und EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen)“, in: *Festschrift für Hans Erich Brandner zum 70. Geburtstag*, Köln 1996, S. 268.

28 — In diesem Sinne Pfeiffer, T., a. a. O. (Fn. 21), Art. 4, Randnr. 23, S. 7; Schmidt-Salzer, J., a. a. O. (Fn. 27), S. 265.

29 — In diesem Sinne Kohtes, S., *Das Recht der vorformulierten Vertragsbedingungen in Spanien*, Frankfurt am Main 2004, S. 52.

30 — So auch Tilmann, I., a. a. O. (Fn. 12), S. 12, Fn. 64.

den Rechtsordnungen einiger Mitgliedstaaten galten und als Vorbild gedient haben könnten³¹.

65. Rechtstechnisch wird das Ziel der Wahrung eines Kernbereichs der Privatautonomie verwirklicht, indem der Missbrauchskontrolle der Hauptleistungspflichten Grenzen gesetzt werden, wobei darauf hinzuweisen ist, dass lediglich die Inhaltskontrolle eine Einschränkung erfährt, zumal eine Auslegung von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13 im Licht des 19. Erwägungsgrundes belegt, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber offensichtlich von der Annahme ausgegangen ist, dass auch Vertragsklauseln, die den Hauptgegenstand oder das Preis-Leistungs-Verhältnis betreffen, unter Umständen durchaus missbräuchlich sein können³².

66. Als Grundregel lässt sich dieser Bestimmung entnehmen, dass klar und verständlich abgefasste Klauseln, die den Preis oder den Umfang der Hauptleistungspflichten festlegen, von der Missbrauchskontrolle nach Art. 3 der Richtlinie 93/13 freigestellt sind. Damit sind insbesondere die Leistungsbeschreibung und das von den Parteien vertraglich festgelegte Äquivalenzverhältnis grundsätzlich von der Missbrauchskontrolle ausgenommen³³. Ob diese Voraussetzungen im Fall der streitgegenständlichen Aufrundungsklausel, auf die das spanische Recht diese Missbrauchskontrolle erstreckt, gegeben sind, ist im Folgenden zu prüfen.

Verwirklichung des Tatbestands des Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13

31 — In diesem Sinne u. a. Brandner, H. E., „Neufassung des EG-Richtlinienvorschlags über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen“, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 21/92, S. 1591; derselbe, a. a. O. (Fn. 20), S. 314; Damm, R., „Europäisches Verbrauchervertragsrecht und AGB-Recht“, *Juristenzeitung*, 4/1994, S. 162. Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum wird die Vermutung geäußert, dass möglicherweise die von der deutschen Regierung im Rat artikulierten Bedenken dazu beigetragen haben, dass auch bei Verbraucherverträgen die leistungsbeschreibenden und preisbestimmenden Klauseln gemäß Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13 von der Inhaltskontrolle ausgeschlossen sind, wie dies auch § 8 des deutschen Gesetzes über Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGBG) vorschrieb. Der deutsche Gesetzgeber habe daher § 8 ABGB unverändert gelassen und den Bedarf einer Anpassung der Vorschrift an Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13 verneint.

32 — Nach Ansicht von Kapnopoulou, E., *Das Recht der missbräuchlichen Klauseln in der Europäischen Union*, Tübingen 1997, S. 105, deutet der Wortlaut des 19. Erwägungsgrundes der Richtlinie klar darauf hin, dass Vertragsklauseln, die den Hauptgegenstand beschreiben, durchaus missbräuchlich sein können.

67. Voraussetzung für eine Anwendbarkeit von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13 ist zunächst, dass die fraglichen Vertragsklauseln „klar und verständlich abgefasst“ sind. Was den Ausgangsfall anbelangt, ist festzustellen,

33 — Coester, M., in: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 13. Aufl., Berlin 1998, § 8 ABGB, Randnr. 17, S. 179, weist darauf hin, dass Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13 für den Bereich der Verbraucherverträge die Hauptleistung und das Äquivalenzverhältnis von der inhaltlichen Missbrauchskontrolle freistellt.

dass laut den Angaben des vorliegenden Gerichts im Vorlagebeschluss die Beklagte des Ausgangsverfahrens keinen Verstoß gegen das Transparenzgebot gerügt hat, so dass die in Rede stehende Klausel im Ausgangsverfahren so zu behandeln ist, als sei sie für den Verbraucher klar und verständlich³⁴. Für die Zwecke des vorliegenden Vorabentscheidungsverfahrens ist der Gerichtshof an diese Tatsachenfeststellungen des vorliegenden Gerichts gebunden³⁵.

68. Die weitere Frage, ob die Streitgegenständliche Aufrundungsklausel von der Missbrauchskontrolle durch die spanischen Gerichte auszunehmen ist, etwa weil sie dem von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13 umschriebenen Kernbereich der Privatautonomie zuzuordnen ist, betrifft wiederum, wie zuvor erwähnt³⁶, die konkrete Anwendung dieser Richtlinienbestimmung auf den Ausgangsfall, mit anderen Worten, die Subsumtion der fraglichen Vertragsklausel unter die gemeinschaftsrechtlichen und deshalb autonom auszulegenden Rechtsbegriffe

„Hauptgegenstand“ bzw. „Angemessenheit von Preis und Leistung“.

69. Indes entspricht es ständiger Rechtsprechung³⁷, dass zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten im Verfahren nach Art. 234 EG eine Zuständigkeitsverteilung dergestalt besteht, dass Ersterem die Auslegung und Letzteren die Anwendung des Gemeinschaftsrechts obliegt. Infolgedessen ist der Gerichtshof nicht befugt, die Normen des Gemeinschaftsrechts auf einen Einzelfall anzuwenden, und somit auch nicht dafür zuständig, Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts unter eine solche Norm einzuordnen. Er kann jedoch dem innerstaatlichen Gericht alle Hinweise zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts geben, die diesem bei der Beurteilung der Wirkungen dieser Bestimmungen dienlich sein könnten. Der Gerichtshof kann

34 — Siehe S. 9 des Vorlagebeschlusses.

35 — In einem Vorabentscheidungsverfahren sind für die Feststellung des Sachverhalts einer Rechtssache allein die nationalen Gerichte zuständig. Vgl. Urteil vom 12. Mai 1998, Kefalas (C-367/96, Slg. 1998, I-2843, Randnr. 22).

36 — Siehe Nr. 49 dieser Schlussanträge.

37 — Vgl. Urteile vom 27. März 1963, Da Costa (28/62 bis 30/62, Slg. 1963, 60), und vom 12. Februar 1998, Cordelle (C-366/96, Slg. 1998, I-583, Randnr. 9). In diesem Sinne auch Craig, P./De Búrca, G., *EU Law*, 4. Aufl., Oxford 2008, S. 492, deren Ansicht nach Art. 234 EG dem Gerichtshof zwar die Befugnis zur Auslegung des Vertrags, jedoch nicht ausdrücklich zur Anwendung desselben auf den Ausgangsfall einräumt. Die Abgrenzung zwischen Auslegung und Anwendung zeichne die Zuständigkeitsverteilung zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten aus. Danach lege der Gerichtshof den Vertrag aus und Letztere wenden diese Auslegung auf den konkreten Fall an. Laut Schima, B., *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag* (hrsg. von H. Mayer), 12. Lieferung, Wien 2003, Art. 234 EGV, Randnr. 40, S. 12, obliegt den nationalen Gerichten die Anwendung einer Gemeinschaftsnorm auf den konkreten Rechtsstreit. Der Autor räumt jedoch ein, dass es nicht immer einfach ist, die Anwendung von der Auslegung einer Norm zu trennen.

deshalb nicht direkt zur Nachprüfbarkeit³⁸ und erst recht auch nicht zur Vereinbarkeit³⁹ einer Klausel mit der Richtlinie 93/13 Stellung nehmen, sondern lediglich entscheiden, wie die Richtlinie 93/13 in Ansehung einer bestimmten Klausel auszulegen ist.

70. Demzufolge obliegt es dem nationalen Richter gegebenenfalls zu prüfen, ob die

streitgegenständliche Aufrundungsklausel unter Berücksichtigung des gesamten Vertragsgefüges und seiner Regelung durch das nationale Recht einem dieser beiden Tatbestandsmerkmale des Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13 unterfällt⁴⁰. Aus der Formulierung der Vorlagefragen lässt sich entnehmen, dass das vorlegende Gericht eine Einordnung unter eines dieser Tatbestandsmerkmale offenbar in Betracht zieht und damit von der Anwendbarkeit dieser Richtlinienbestimmung im Ausgangsfall ausgeht. Die Frage, ob diese Prämisse wirklich zutrifft⁴¹, kann meines Erachtens dahingestellt bleiben. Zwar ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass der Gerichtshof dem vorlegenden Gericht alle Hinweise zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu geben hat, die diesem bei der Entscheidung des bei ihm anhängigen Verfahrens von Nutzen sein können, und zwar unabhängig davon, worauf dieses Gericht bei

38 — So auch Nassall, W., „Die Anwendung der EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen“, *Juristenzeitung*, 14/1995, S. 690.

39 — In diesem Sinne Schlosser, P., in: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 13. Aufl., Berlin 1998, Einleitung zum AGBG, Randnr. 33, S. 18, wonach Vorlagen an den Gerichtshof dazu, ob bestimmte Klauseln in näher umschriebenen Vertragstypen missbräuchlich sind, ausgeschlossen sind. Ähnlich auch Whittaker, S., „Clauses abusives et garanties des consommateurs: la proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la portée de l’harmonisation complète“, *Recueil Dalloz*, 17/2009, S. 1153, unter Verweis auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs.

Vgl. dazu Urteile vom 1. April 2004, Freiburger Kommunalbauten (C-237/02, Slg. 2004, I-3403, Randnr. 22), und vom 4. Juni 2009, Pannon (C-243/08, Slg. 2009, I-4713, Randnr. 43). Dort hat der Gerichtshof festgestellt, dass er im Rahmen der Ausübung der Zuständigkeit zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts, die ihm in Art. 234 EG übertragen ist, die vom Gemeinschaftsgesetzgeber zur Definition des Begriffs der missbräuchlichen Klausel verwendeten allgemeinen Kriterien auslegen kann. Dagegen kann er sich nicht zur Anwendung dieser allgemeinen Kriterien auf eine bestimmte Klausel äußern, die anhand der Umstände des konkreten Falles zu prüfen ist.

In den Nrn. 27 bis 30 seiner Schlussanträge vom 25. September 2003 in der Rechtssache Freiburger Kommunalbauten hat Generalanwalt Geelhoed zutreffend darauf hingewiesen, dass es in Widerspruch dazu geraten würde, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber davon ausgeht, dass die Beurteilung der Frage, welche Klauseln als missbräuchlich anzusehen sind, den nationalen Behörden überlassen ist, wenn der Gemeinschaftsrichter dennoch eine Bewertung dieser Klauseln vornehmen würde. Zugunsten einer Zuständigkeit des nationalen Gerichts hat der Generalanwalt als Argument die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, den ökonomischen Gebrauch der Rechtsbehelfe sowie die Verschiedenheit der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen angeführt.

40 — Nach Ansicht von Pfeiffer, T., a. a. O. (Fn. 21), Art. 4, Randnr. 40, S. 11, lässt sich die Einordnung einer Abrede als den Hauptgegenstand des Vertrags betreffend nur im Rahmen des gesamten Vertragsgefüges und seiner Regelung durch das nationale Recht beurteilen, für dessen Auslegung wiederum die nationalen Gerichte zuständig sind. Andererseits seien zumindest die abstrakten Merkmale des Hauptgegenstands des Vertrags einer Klärung durch den Gerichtshof im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens zugänglich.

41 — Meiner Auffassung nach sind nach Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13 nicht alle Aspekte einer Preisklausel von der Missbrauchskontrolle freigestellt. Die Privilegierung erstreckt sich deshalb nicht auf den gesamten Regelungsgehalt einer Preisklausel, sondern nur auf die Angemessenheit des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung. Demgegenüber sind andere Aspekte von Preisklauseln nicht kontrollfrei. So wird im Anhang der Richtlinie das Recht zur einseitigen nachträglichen Festsetzung oder Erhöhung des Preises unter bestimmten Voraussetzungen als missbräuchlich — und damit als kontrollierbar — anerkannt (siehe Buchst. I). Vgl. dazu Pfeiffer, T., a. a. O. (Fn. 21), Art. 4, Randnr. 31, S. 9; Kapnopoulou, E., a. a. O. (Fn. 32), S. 109.

der Darlegung seiner Fragen Bezug genommen hat⁴². Dazu würden grundsätzlich auch die Kriterien zur Abgrenzung der einzelnen Tatbestandsmerkmale untereinander gehören. Jedoch sehe ich im vorliegenden Fall nicht die Notwendigkeit für ein entsprechendes Vorgehen⁴³.

Rechtscharakter des Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13

— Begrenzung der Inhaltskontrolle

71. Es stellt sich die Frage, welche gemeinschaftsrechtlichen Konsequenzen eine Überschreitung der darin festgelegten Kontrollschranken durch den Erlass strengerer mitgliedstaatlicher Bestimmungen hat. Dies hängt vom Rechtscharakter dieser Bestimmung ab.

42 — Vgl. Urteile vom 12. Dezember 1990, SARPP (C-241/89, Slg. 1990, I-4695, Randnr. 8), vom 2. Februar 1994, Verband Sozialer Wettbewerb, „Clinique“ (C-315/92, Slg. 1994, I-317, Randnr. 7), vom 4. März 1999, Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola (C-87/97, Slg. 1999, I-1301, Randnr. 16), vom 7. September 2004, Trojani (C-456/02, Slg. 2004, I-7573, Randnr. 38), und vom 17. Februar 2005, Oulane (C-215/03, Slg. 2005, I-1215, Randnr. 47).

43 — Eine genaue Abgrenzung zwischen den einzelnen Tatbestandsmerkmalen erscheint mir im vorliegenden Fall nicht erforderlich, da im Ergebnis von der Anwendbarkeit von Art. 8 der Richtlinie auszugehen ist, mit der Folge, dass die Mitgliedstaaten aufgrund dieser Ermächtigung den Umfang der Inhaltskontrolle erweitern dürfen.

72. Art. 4 Abs. 2 lässt, worauf die deutsche und die österreichische Regierung zutreffend hinweisen, einen Auslegungsspielraum zu. Diese Bestimmung kann entweder in dem Sinne verstanden werden, dass von dieser Einschränkung erfasste Klauseln nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 93/13 fallen, oder aber in dem Sinne, dass unter diese Einschränkung fallende Klauseln zwar in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, die von Art. 6 der Richtlinie angeordnete Rechtsfolge für derartige missbräuchliche Klauseln, nämlich deren Unverbindlichkeit für den Verbraucher, aber nicht gelten soll.

73. Auf den ersten Blick genießt keines der beiden Auslegungsergebnisse den Vorzug. Insbesondere bietet die Entstehungsgeschichte der Richtlinie 93/13 mangels einer ausdrücklichen Begründung des Rates für die Änderungen des ursprünglichen Richtlinienentwurfs keine Anhaltspunkte zugunsten einer bestimmten Auslegung. Aufschluss gibt hingegen ein Rückgriff auf die grammatikalische und die systematische Auslegungsmethode.

74. Gegen eine Einordnung von Art. 4 Abs. 2 als einer den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie festlegenden Vorschrift spricht zunächst der Wortlaut dieser Bestimmung,

der auf die „Beurteilung der Missbräuchlichkeit“, nicht aber auf die Anwendbarkeit der Richtlinie selbst Bezug nimmt, was ausschließlich auf eine sachliche Beschränkung des Umfangs der Inhaltskontrolle hindeutet. Dagegen spricht auch, dass nicht alle Klauseln, die den Hauptgegenstand des Vertrags wie auch das Preis-Leistungs-Verhältnis betreffen, grundsätzlich von dieser Kontrolle ausgenommen sind, sondern nur, soweit sie „klar und verständlich“ abgefasst sind. Gemäß dem 19. Erwägungsgrund dürfen sie für die Zwecke dieser Richtlinie „nicht als missbräuchlich beurteilt werden“. Wird allerdings das Transparenzgebot im Einzelfall nicht eingehalten, so erstreckt sich die Missbrauchskontrolle ohne Einschränkungen ebenfalls auf diese Vertragsklauseln⁴⁴. Indes erscheint mir zweifelhaft, anzunehmen, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber die Absicht gehabt haben könnte, die Anwendbarkeit der Richtlinie 93/13 von einer derart unbestimmten, letztendlich der Einzelfallbeurteilung des nationalen Richters unterliegenden Voraussetzung abhängig zu machen.

75. Auch eine Auslegung dieser Bestimmung anhand ihrer systematischen Stellung innerhalb der Richtlinie führt zu derselben

44 — So auch Kapnopoulos, E., a. a. O. (Fn. 32), S. 103, 113; Baier, K., *Europäische Verbraucherverträge und missbräuchliche Klauseln*, Hamburg 2004, S. 32; Kohtes, S., a. a. O. (Fn. 29), S. 52; Nassall, W., a. a. O. (Fn. 38), S. 690; Damm, R., a. a. O. (Fn. 31), S. 170. Ähnlich auch Generalanwalt Tizzano in seinen Schlussanträgen vom 23. Januar 2001 in der Rechtssache Kommission/Niederlande (C-144/99, Slg. 2001, I-3541, Nr. 27).

Schlussfolgerung. Der Anwendungsbereich der Richtlinie wird nämlich in den Art. 1 und 2 festgelegt, während Regelungsgegenstand des Art. 4 die Modalitäten und der Umfang der Inhaltskontrolle sind. Sie geben dem Rechtsanwender die notwendigen Kriterien und Hinweise für die vorzunehmende Missbrauchskontrolle. Insofern sind beide Aspekte streng voneinander zu unterscheiden.

76. Daraus folgt, dass auch Klauseln, die gemäß Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13 den Hauptgegenstand des Vertrags sowie das Preis-Leistungs-Verhältnis betreffen, grundsätzlich vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst sind. Sie unterliegen damit dem „durch diese Richtlinie geregelten Gebiet“ im Sinne des Art. 8. Sie sind gleichwohl von der Missbrauchskontrolle ausgenommen⁴⁵.

45 — Die Frage, ob Art. 4 Abs. 2 auch den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 93/13 definiert oder lediglich den Umfang der Inhaltskontrolle einschränkt, wird im rechtswissenschaftlichen Schrifttum nicht eindeutig beantwortet. Allerdings ist eine Tendenz zugunsten der zweiten Auslegung zu verzeichnen. Kapnopoulos, E., a. a. O. (Fn. 32), weist einerseits darauf hin, dass Absicht des Rates bei der Änderung des Kommissionsvorschlags gewesen sein soll, aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie alle Klauseln herauszunehmen, die den Hauptgegenstand des Vertrags und das Preis-Leistungs-Verhältnis betreffen (S. 79). Andererseits behandelt die Autorin diese Bestimmung als Beschränkung der Missbräuchlichkeitskontrolle (S. 103). Tilmann, I., a. a. O. (Fn. 30), S. 12, unterscheidet offenbar zwischen den Bestimmungen, die den Anwendungsbereich der Richtlinie regeln, und jenen, die den Umfang der Inhaltskontrolle festlegen. Coester, M., a. a. O. (Fn. 33), Randnr. 16, S. 179, geht im Zusammenhang mit Art. 4 Abs. 2 offenkundig allein von einer Freistellung von der inhaltlichen Missbrauchskontrolle aus. Ähnlich auch Kohtes, S., a. a. O. (Fn. 29), S. 52; Schulte-Nölke, H., „Verbraucherrecht“, in: *Europarecht* (hrsg. von Reiner Schulze/Manfred Zuleeg), Baden-Baden 2006, S. 965, und Huet, J., „Propos amers sur la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives“, *La Semaine Juridique*, 1/1994, études et chroniques Nr. 309, S. 2, die diese Bestimmung im Zusammenhang mit dem Umfang der Inhaltskontrolle untersuchen.

b) Reichweite der Ermächtigung in Art. 8 der Richtlinie 93/13

77. Sofern Art. 8 der Richtlinie 93/13 die Mitgliedstaaten ermächtigt, strengere Bestimmungen zu erlassen, bleibt zu untersuchen, ob diese Rechtsfolge eine Ausweitung des Kontrollbereichs auch auf die in Art. 4 Abs. 2 genannten Vertragsgegenstände einschließt.

i) Fehlender zwingender Charakter von Art. 4 Abs. 2

78. Dem stünde unter Umständen der von der Klägerin des Ausgangsverfahrens behauptete Charakter von Art. 4 Abs. 2 als zwingendes Recht entgegen. Wie sie in ihren schriftlichen Ausführungen selbst einräumt, lässt sich dies jedoch nicht unmittelbar aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ableiten⁴⁶.

79. Auch das Urteil *Kommission/Niederlande*⁴⁷, auf das sich die Klägerin des Ausgangsverfahrens beruft, vermag keine An-

haltspunkte zur Stützung dieser These zu geben. In diesem Urteil hat der Gerichtshof einen Verstoß des Königreichs der Niederlande gegen seine Verpflichtungen aus der Richtlinie 93/13 festgestellt, da es nicht die für die vollständige Umsetzung von Art. 4 Abs. 2 und Art. 5 der Richtlinie in das niederländische Recht erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften erlassen hatte⁴⁸. Der Gerichtshof vertrat konkret die Auffassung, dass die betreffenden zivilrechtlichen Bestimmungen des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht die notwendige Klarheit aufwiesen, um die Ziele der Richtlinie zu erreichen⁴⁹. Der Gerichtshof ist dabei der Auffassung von Generalanwalt Tizzano gefolgt, der in seinen Schlussanträgen u. a. beanstandet hatte, dass der Gewerbetreibende beim damaligen Stand des niederländischen Zivilrechts nach wie vor die Möglichkeit hatte, den Verbraucher daran zu hindern, unklare oder mehrdeutige Vertragsklauseln, die die Hauptleistung bezeichnen, anzufechten⁵⁰. Der Generalanwalt hatte darauf hingewiesen, dass der Ausschluss von Klauseln, die sich auf die Hauptleistung beziehen, aus der niederländischen Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine erhebliche Beschränkung des Anwendungsbereichs der Richtlinie darstelle⁵¹.

80. Dieses Urteil ist meines Erachtens für die Beurteilung der Frage, ob Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13 den Charakter zwingenden Rechts hat, irrelevant, da es ausschließlich die Umsetzung des in Art. 4 Abs. 2 und Art. 5 der Richtlinie verankerten Transparenzgebots auf nationaler Ebene und damit nur einen Aspekt der Regelung in Art. 4 Abs. 2 betrifft. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens räumt selbst

48 — Ebd. (Randnr. 22).

49 — Urteil *Kommission/Niederlande* (in Fn. 4 angeführt, Randnrn. 19 und 20).

50 — Schlussanträge von Generalanwalt Tizzano, *Kommission/Niederlande* (in Fn. 44 angeführt, Nrn. 27 und 28).

51 — Ebd. (Nr. 29).

46 — Siehe Randnr. 91 des Schriftsatzes der Klägerin des Ausgangsverfahrens.

47 — Urteil *Kommission/Niederlande* (in Fn. 4 angeführt).

ein, dass der Gerichtshof darauf verzichtet hat, sich zu weiteren Aspekten dieser Regelung zu äußern⁵². Diesem Urteil lässt sich somit keine Aussage zum Rechtscharakter dieser Bestimmung entnehmen. Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass die dem Urteil zugrunde liegende Rechtssache, wie Generalanwalt Tizzano zu Recht ausgeführt hat, den Fall einer richtlinienwidrigen Beschränkung des Anwendungsbereichs der Richtlinie 93/13 zulasten des Verbrauchers betraf, während es in der vorliegenden Rechtssache um die Erweiterung des Umfangs der Inhaltskontrolle zugunsten des Verbrauchers geht. Letzteres steht eindeutig mit dem Ziel der Richtlinie 93/13 sowie mit dem Gedanken der Mindestharmonisierung in Einklang, dem Verbraucher ein möglichst hohes Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten⁵³. Eine Beschränkung des Anwendungsbereichs der Richtlinie durch ihre nicht ordnungsgemäße Umsetzung bedeutet hingegen eine Unterschreitung des gemeinschaftsrechtlich festgelegten Mindestschutzstandards. Da sowohl die Ausgangssituation als auch die Problematik grundsätzlich verschieden sind, verbietet sich ein Vergleich zwischen beiden Rechtssachen.

81. Auch der Versuch der Klägerin des Ausgangsverfahrens, aus dem Urteil Kommission/Spanien⁵⁴ Schlussfolgerungen zur Stützung ihrer These zu ziehen, geht fehl. Gegenstand der diesem Urteil zugrunde liegenden Rechtssache war eine Vertragsverletzung des Königreichs Spanien wegen nicht

ordnungsgemäßer Umsetzung der Art. 5 und 6 Abs. 2 der Richtlinie 93/13 in sein nationales Recht. Zwar ist es richtig, dass der Gerichtshof die in Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie verankerte Auslegungsregel als normative und zwingende Regel bezeichnet hat, die den Verbrauchern Rechte verleiht und dazu beiträgt, das von dieser Richtlinie vorgegebene Ziel zu definieren⁵⁵, gleichwohl lassen sich aus dieser Feststellung keine Schlüsse auf den Rechtscharakter der in Art. 4 Abs. 2 enthaltenen Bestimmung ziehen, die insoweit einen anderen Regelungsinhalt besitzt.

82. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens beruft sich ferner auf die Entstehungsgeschichte der Richtlinie 93/13, die aus ihrer Sicht belegen soll, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber der richterlichen Missbrauchskontrolle von Vertragsklauseln gemeinschaftsweit Grenzen setzen wollte. Dies trifft, wie bereits im Rahmen einer historischen Auslegung von Art. 4 Abs. 2 dargelegt, zwar zu⁵⁶, ist aber für sich allein kein Beweis für die These, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber die Mitgliedstaaten unbedingte davon abhalten wollte, auf der Grundlage von Art. 8 strengere Bestimmungen zu erlassen, die den Umfang der richterlichen Inhaltskontrolle erweitern. Die historische Auslegung vermag keine klare Antwort

52 — Siehe Randnr. 96 des Schriftsatzes der Klägerin des Ausgangsverfahrens.

53 — Siehe Nr. 86 dieser Schlussanträge.

54 — Urteil Kommission/Spanien (in Fn. 5 angeführt).

55 — Ebd. (Randnr. 17).

56 — Siehe Nrn. 61 bis 63 dieser Schlussanträge.

auf die Frage zum Verhältnis zwischen Art. 4 Abs. 2 und Art. 8 der Richtlinie zu geben.

können⁵⁸. Dementsprechend kommen sie im vorliegenden Fall weder für eine historische noch für eine systematische Auslegung von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13 in Betracht. Dies gilt, wie die Kommission im Rahmen der mündlichen Verhandlung — auf die Fragen des Gerichtshofs zur Auslegung der entsprechenden Nachfolgevorschriften sowie im Zusammenhang mit dem neuen Vollharmonisierungsansatz⁵⁹ hin — selbst erklärt hat, insbesondere auch für ihren Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, der sich zurzeit noch im Stadium der Prüfung durch die Rechtssetzungsorgane der Gemeinschaft befindet.

83. Was den Verweis auf die bisherigen Initiativen der Kommission⁵⁷ zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz angeht, ist anzumerken, dass diese bereits aus rechtsmethodologischer Sicht nicht geeignet sind, Anhaltspunkte für eine Auslegung der Richtlinie 93/13 zu geben, da sie ausschließlich einen Vorschlag für eine andere, letztlich noch nicht in Kraft getretene Gemeinschaftsnorm zum Gegenstand haben. Abgesehen davon, dass die angeführten Dokumente keine Materialien zur Richtlinie 93/13 sind, ist in Erinnerung zu rufen, dass die Kommission nur ein Initiativrecht und daher die Möglichkeit hat, ihre Vorschläge zurückzuziehen. Diese Vorschläge können zudem im Rahmen des Rechtssetzungsverfahrens zahlreichen Änderungen durch Rat und Parlament unterliegen, so dass sie nur bedingt als Auslegungshilfe herangezogen werden

84. Nach alledem kann Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13 nicht als eine zwingende Vorschrift bezeichnet werden, die einem Mitgliedstaat verwehren könnte, sich auf Art. 8 der Richtlinie zu berufen, um Bestimmungen

57 — Damit sind in erster Linie das Grünbuch über die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz ([KOM[2006] 744 endg.) sowie der Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher (KOM[2008] 614 endg.) gemeint. Darüber hinaus hatte die Kommission bereits in ihrem Bericht vom 27. April 2000 über die Anwendung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, KOM(2000) 248 endg., S. 17, eine Abschaffung der Einschränkungen der Inhaltskontrolle in Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13 in Erwägung gezogen.

58 — In diesem Sinne Riesenhuber, K., „Die Auslegung“, in: *Europäische Methodenlehre*, Berlin 2006, S. 257, Randnr. 31. Der Autor erklärt, dass die historische Auslegung im europäischen Privatrecht, bei der es um die Vorgeschichte und die Entstehungsgeschichte gehe, eine zentrale Rolle spiele. Verfolge die Auslegung das Ziel, den Gesetzgeberwillen zu ermitteln, so sei zunächst zu bestimmen, wessen Wille maßgeblich sei. Der demokratische legitimierte Gesetzgeber, das seien nur die Gesetzgebungsorgane, deren Zustimmung den Rechtsakt im konkreten Fall trage. Verschiedene Organe seien hingegen lediglich anzuhören, und auch die Kommission habe nur ein Initiativrecht und die Möglichkeit, Vorschläge zurückzuziehen; ihre Vorschläge könnten im Gesetzgebungsverfahren beliebig verändert werden. Sofern Vorschläge bzw. Wünsche der Kommission nicht übernommen würden, könne sich daraus allenfalls (aber nicht zwingend) ein *e contrario* Argument ergeben.

59 — Nachfolgevorschrift von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13 wäre Art. 32 Abs. 3 (Allgemeine Grundsätze) des Richtlinienvorschlages. Der neue Vollharmonisierungsansatz ist in Art. 4 des Richtlinienvorschlages verankert.

zu erlassen, die den Umfang der Inhaltskontrolle auch auf andere Vertragsgegenstände wie den Hauptgegenstand des Vertrags oder die Angemessenheit des Preis-Leistungs-Verhältnisses erweitern.

ii) Mindestharmonisierung

85. In diesem Zusammenhang ist zu bedenken, dass eine auf Art. 8 der Richtlinie 93/13 gestützte uneingeschränkte Ausweitung des Kontrollbereichs im Ergebnis auf eine Ausweitung der in Art. 4 Abs. 2 geschützten Privatautonomie hinauslaufen könnte. Andererseits darf in der Beachtung dieser Regelung kein Selbstzweck gesehen werden. Vielmehr muss diese Bestimmung im Kontext der Richtlinienziele unter Berücksichtigung des bisherigen Harmonisierungsstands auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes betrachtet werden.

86. Die Richtlinie 93/13 zielt darauf ab, einen einheitlichen Mindestschutz vor

missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen in den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft zu gewährleisten. Dieses Ziel soll ausweislich des zwölften Erwägungsgrundes im Wege einer Teilharmonisierung der einzelstaatlichen Vorschriften auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes erreicht werden⁶⁰. Wesentlicher normativer Ausdruck des der Richtlinie 93/13 zugrunde liegenden Prinzips einer bloßen Mindestharmonisierung ist die Ermächtigung des Art. 8, die den Mitgliedstaaten erlaubt, in ihren nationalen Rechtsordnungen Bestimmungen beizubehalten oder zu erlassen, die einen über den in der Richtlinie verankerten Mindeststandard hinausgehenden Schutz gewähren⁶¹. Wie aus dem zwölften Erwägungsgrund hervorgeht, muss es den Mitgliedstaaten freigestellt sein, dem Verbraucher einen besseren Schutz durch strengere einzelstaatliche Vorschriften

60 — Auch die Richtlinie 93/13 basiert wie die Richtlinie 85/577/EWG über außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge, die Richtlinie 97/7/EG über Vertragsabschlüsse im Fernabsatz sowie die Richtlinie 1999/44/EG über den Verbrauchsgüterkauf und Garantien für Verbrauchsgüter auf einem Mindestharmonisierungskonzept. Dieses Konzept wird im Vorschlag der Kommission vom 8. Oktober 2008 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, KOM(2008) 614 endg., die diese vier Richtlinien zu einem einzigen horizontalen Rechtsinstrument zusammenführt, ausdrücklich aufgegeben. Der Richtlinienentwurf beruht nunmehr auf dem Konzept einer vollständigen Harmonisierung mit der Folge, dass die Mitgliedstaaten keine Rechtsvorschriften beibehalten oder einführen dürfen, die von denen der Richtlinie abweichen. Zweck des Vorschlags ist es, durch die vollständige Harmonisierung der für den Binnenmarkt relevanten wesentlichen Aspekte des Verbrauchervertragsrechts einen Beitrag zum ordnungsgemäßen Funktionieren des Binnenmarkts für Geschäfte zwischen Unternehmen und Verbrauchern zu leisten und ein hohes, einheitliches Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten.

61 — So auch Pfeiffer, T., a. a. O. (Fn. 21), Art. 8, Randnr. 1, S. 1; Kapnopoulou, E., a. a. O. (Fn. 32), S. 162. Long, A., „Unfair Contract Terms — New Directive, Implementation and Recent Developments“, *Community Law in Practice*, Trier 1997, S. 148, weist darauf hin, dass angesichts der divergierenden Meinungen der Mitgliedstaaten die Richtlinie 93/13 einen Mindestharmonisierungsansatz verfolge und dabei den Mitgliedstaaten ein erhebliches Gestaltungsermessen einräume, was wiederum in Einklang mit dem Subsidiaritätsprinzip sei. In ihrem Bericht vom 27. April 2000 (in Fn. 14 angeführt, S. 5) weist die Kommission auf den „minimalistischen“ Anspruch der Richtlinie 93/13 hin, der in der Ermächtigung des Art. 8 zum Ausdruck komme.

als die in dieser Richtlinie enthaltenen Vorschriften zu gewähren. Dieser Mindestharmonisierungsansatz räumt den Mitgliedstaaten ein erhebliches Gestaltungsermessen ein. Dieser Bestimmung ist im Umkehrschluss zugleich zu entnehmen, dass eine Abweichung nach unten, d. h. ein hinter den Zielen der Richtlinie zurückbleibendes Verbraucherschutzniveau, mit den Geboten der Richtlinie nicht vereinbar wäre.

2. Zur dritten Frage

88. Allerdings setzt das Gemeinschaftsrecht einer Öffnung für einen höheren nationalen Schutzstandard Grenzen. Unabhängig davon, ob die nationalen Regelungen Fallgestaltungen betreffen, die im Anwendungsbereich der Richtlinie liegen, müssen die Mitgliedstaaten die allgemeinen Grenzen des Gemeinschaftsrechts beachten. Ihre nationalen Regelungen dürfen nicht gegen den EG-Vertrag und die Grundfreiheiten oder gegen sekundäres Gemeinschaftsrecht verstoßen⁶³. Darauf weist Art. 8 der Richtlinie 93/13 ausdrücklich hin, wenn er das Erfordernis aufstellt, dass die erlassenen mitgliedstaatlichen Bestimmungen „mit dem Vertrag vereinbar“ sein müssen. Dies ist Gegenstand der dritten Frage.

c) Ergebnis

87. Vor dem Hintergrund dessen, dass die Richtlinie 93/13 nur eine Mindestharmonisierung vorsieht, stünde sie einer mitgliedstaatlich gewollten Ausweitung der Inhaltskontrolle auf andere Vertragsgegenstände wie den Hauptgegenstand des Vertrags oder die Angemessenheit des Preis-Leistungs-Verhältnisses im Prinzip nicht entgegen, zumal mit dieser Maßnahme ein höheres Verbraucherschutzniveau verbunden ist⁶².

a) Rechtliche Würdigung im Licht der Gemeinschaftsziele

89. Mit seiner dritten Frage will das vorlegende Gericht nämlich wissen, ob eine nach den Vorgaben der Richtlinie gestattete

62 — Siehe Nrn. 53 und 54 dieser Schlussanträge.

63 — So auch Kapnopoulou, E., a. a. O. (Fn. 32), S. 163.

richterliche Missbrauchskontrolle von Klauseln in Verbraucherverträgen, die klar und verständlich abgefasst sind und die den Hauptgegenstand des Vertrags und die Angemessenheit zwischen dem Preis bzw. dem Entgelt und den Dienstleistungen bzw. den Gütern, die die Gegenleistung darstellen, regeln, mit den Art. 2 EG, 3 Abs. 1 Buchst. g EG und 4 Abs. 1 EG vereinbar ist. Die Vorlagefrage ist also darauf gerichtet, vom Gerichtshof feststellen zu lassen, ob sich aus dem Primärrecht weitere Schranken für einen höheren nationalen Schutzstandard, wie in der spanischen Rechtsordnung vorgesehen, ergeben. Die Bestimmungen, die das vorliegende Gericht anführt, betreffen die Grundsätze des Gemeinsamen Marktes, des freien Wettbewerbs und der freien Marktwirtschaft.

90. Nützliche Hinweise zur Anwendbarkeit jener Bestimmungen als Maßstab für die Vereinbarkeit mitgliedstaatlichen Handelns mit dem Gemeinschaftsrecht lassen sich dem Urteil *Échiroles Distribution*⁶⁴ entnehmen.

91. Wie der Gerichtshof dort klargestellt hat, enthalten die Art. 4 EG, 98 EG und 99 EG — soweit sie auf eine Wirtschaftspolitik Bezug nehmen, die im Einklang mit dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb stehen muss — lediglich allgemeine Ziele, so dass sie nur in Verbindung

mit den sie jeweils konkretisierenden Vertragsbestimmungen betrachtet werden können⁶⁵. Daraus folgt, dass sie im Wesentlichen den Charakter von ordnungspolitischen Programmsätzen haben⁶⁶. Nach Auffassung des Gerichtshofs sind sie deshalb keine Bestimmungen, die den Mitgliedstaaten klare und unbedingte Verpflichtungen auferlegen, auf die sich die Einzelnen vor den nationalen Gerichten berufen können. Bei dem oben genannten Grundsatz handelt es sich seiner Ansicht nach vielmehr um einen allgemeinen Grundsatz, dessen Anwendung komplexe wirtschaftliche Beurteilungen erfordert, die in die Zuständigkeit des Gesetzgebers oder der nationalen Verwaltung fallen⁶⁷.

92. Letzteres beruht nicht zuletzt auf dem Umstand, dass die Mitgliedstaaten mangels einer gemeinsamen Wirtschaftspolitik nach dem Vorbild etwa der gemeinsamen Handelspolitik oder der Agrarpolitik im Rahmen der Wirtschafts- und Währungsunion weiterhin für ihre allgemeine Wirtschaftspolitik zuständig und verantwortlich bleiben, sie aber im Wege der Koordinierung so ausrichten müssen, dass sie zur Verwirklichung der

65 — Ebd. (Randnr. 24). Vgl. auch Urteil vom 14. Juli 1998, *Bettati* (C-341/95, Slg. 1998, I-4355, Randnr. 75).

66 — In diesem Sinne auch Bandilla, R., in: *Das Recht der Europäischen Union* (hrsg. von E. Grabitz/M. Hilf), Band I, Art. 4 EGV, Randnr. 7, S. 3. Nach Ansicht des Autors wurde mit dem Zusatz in Art. 4 Abs. 1 EG, wonach die Wirtschaftspolitik dem „Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft“ verpflichtet ist, eine Formulierung in den Vertrag aufgenommen, die als ordnungspolitischer Programmsatz verstanden werden könne.

67 — Urteil *Échiroles Distribution* (oben in Fn. 3 angeführt, Randnr. 25).

64 — Urteil *Échiroles Distribution* (in Fn. 3 angeführt).

Ziele der Gemeinschaft im Sinne des Art. 2 EG beitragen⁶⁸.

können, und zwar unabhängig davon, worauf dieses Gericht bei der Darlegung seiner Fragen Bezug genommen hat⁶⁹.

93. Angesichts der rechtlichen Unbestimmtheit dieser Programmsätze sowie der weiterhin autonomen Kompetenz der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Wirtschaftspolitik ist es grundsätzlich ausgeschlossen, mitgliedstaatliche Umsetzungsakte am Maßstab der besagten primärrechtlichen Bestimmungen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht zu überprüfen. Entsprechend der oben genannten Rechtsprechung käme hingegen theoretisch eine rechtliche Überprüfung anhand der die Art. 2 EG, 3 Abs. 1 Buchst. g EG und Art. 4 Abs. 1 EG konkretisierenden Vertragsbestimmungen in Betracht. Zwar ist in der Vorlagefrage ein entsprechendes Ersuchen um Auslegung dieser Vertragsbestimmungen nicht explizit zu erkennen, doch nimmt das vorlegende Gericht in seinem Vorlagebeschluss allgemein auf die Grundsätze der offenen Marktwirtschaft und des freien Wettbewerbs Bezug. Insoweit ist daran zu erinnern, dass der Gerichtshof dem vorlegenden Gericht alle Hinweise zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu geben hat, die diesem bei der Entscheidung des bei ihm anhängigen Verfahrens von Nutzen sein

b) Rechtliche Würdigung anhand der Konkretisierungsnormen

i) Wettbewerbsregeln

94. Wie vom Gerichtshof anerkannt, dienen die gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln der Wahrung der Grundsätze der Art. 2 EG und 3 EG und der Erreichung der dort aufgezeigten Ziele⁷⁰. Das in Art. 3 Abs. 1 Buchst. g EG festgeschriebene Ziel, ein System zu errichten, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt, wird durch die Anwendung von

68 — So auch Bandilla, R., a. a. O. (Fn. 66), Band II, Art. 98 EGV, Randnr. 2, S. 2. Wenn Art. 4 Abs. 1 EG von der Einführung einer Wirtschaftspolitik nach Maßgabe dieses Vertrags und der darin vorgesehenen Zeitfolge spricht, verweist er auf Titel VII Kapitel 1 im Dritten Teil des Vertrags, der mit den Art. 98 bis 104 nähere Vorschriften zur Wirtschaftspolitik enthält. Wie Häde, U., *Kommentar zu EUV/EGV* (hrsg. von C. Calliess/M. Ruffert), 3. Aufl., München 2007, Art. 4, Randnr. 4, zu Recht feststellt, ist Gegenstand dieser Regelungen aber keine Wirtschaftspolitik nach dem Vorbild etwa der gemeinsamen Handelspolitik oder der Agrarpolitik. Stattdessen geht es im Wesentlichen nur um eine Koordinierung und Überwachung der weiterhin grundsätzlich autonomen Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten, insbesondere im Hinblick auf die mittlerweile von fünfzehn Mitgliedstaaten verwirklichte Währungsunion.

69 — Vgl. Urteile SARPP (in Fn. 42 angeführt, Randnr. 8), Verband Sozialer Wettbewerb, „Clinique“ (in Fn. 42 angeführt, Randnr. 7), Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola (in Fn. 42 angeführt, Randnr. 16), Trojani (in Fn. 42 angeführt, Randnr. 38) und Oulane (in Fn. 42 angeführt, Randnr. 47).

70 — Vgl. im Zusammenhang mit Art. 81 EG die Urteile vom 21. Februar 1973, *Continental Can/Kommission* (6/72, Slg. 1973, 215, Randnr. 25), vom 1. Juni 1999, *Eco Swiss (C-126/97, Slg. 1999, I-3055, Randnr. 36)*, und vom 20. September 2001, *Courage und Crehan (C-453/99, Slg. 2001, I-6297, Randnr. 20)*.

Art. 81 EG und 82 EG durchgesetzt. Diese Vertragsbestimmungen stellen eine Konkretisierung der in den Art. 2 EG und 3 EG aufgezeigten Ziele dar⁷¹ und können daher als Prüfungsmaßstab für mitgliedstaatliche Umsetzungsakte herangezogen werden.

Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern überträgt⁷³.

95. Eine Anwendung der für die Mitgliedstaaten geltenden Wettbewerbsbestimmungen im Bereich staatlicher Beihilfen nach Art. 87 ff. EG auf den Ausgangsfall scheidet von vornherein aus, da Letztere nicht Gegenstand der Vorlage sind. Eine Anwendung von Art. 81 EG und 82 EG kommt ebenfalls nicht in Betracht, da sie sich nicht an die Mitgliedstaaten, sondern an die Unternehmen richten. Beide Vorschriften betreffen an sich nur das Verhalten von Unternehmen und nicht durch Gesetz oder Verordnung getroffene Maßnahmen der Mitgliedstaaten. Gleichwohl hat der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung erklärt, dass die Mitgliedstaaten aufgrund der Art. 81 EG und 82 EG in Verbindung mit Art. 10 EG keine Maßnahmen, und zwar auch nicht in Form von Gesetzen oder Verordnungen, treffen oder beibehalten dürfen, die die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten⁷². Nach der Rechtsprechung ist ein solcher Fall dann gegeben, wenn ein Mitgliedstaat gegen Art. 81 EG verstößende Kartellabsprachen vorschreibt, erleichtert oder deren Auswirkungen verstärkt oder wenn er der eigenen Regelung dadurch ihren staatlichen Charakter nimmt, dass er die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende

96. Indes weist nichts darauf hin, dass diese Voraussetzungen im Ausgangsfall gegeben wären. Demnach scheinen die streitgegenständlichen mitgliedstaatlichen Vorschriften nicht im Widerspruch zu Art. 81 EG in Verbindung mit Art. 10 EG zu stehen.

97. Gleiches gilt im Hinblick auf eine eventuelle Anwendung von Art. 82 EG in Verbindung mit Art. 10 EG. Zum einen sieht Art. 82 Buchst. a EG das Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung durch die Erzwingung unangemessener Einkaufs- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen vor. Zum anderen bestimmt Art. 3 Abs. 2 letzter Satz der Verordnung 1/2003⁷⁴, dass den Mitgliedstaaten durch diese Verordnung nicht verwehrt wird, in ihrem Hoheitsgebiet strengere innerstaatliche Vorschriften zur Unterbindung oder Ahndung einseitiger Handlungen von Unternehmen zu erlassen oder anzuwenden. Den

71 — Vgl. Urteile vom 13. Februar 1979, Hoffmann-La Roche (85/76, Slg. 1979, 461), vom 9. November 1983, Michelin (322/81, Slg. 1983, 3461, Randnr. 29) und vom 24. Januar 1991, Alsthom Atlantique (C-339/89, Slg. 1991, I-107, Randnr. 10).

72 — Urteil vom 28. Februar 1991, Marchandise (C-332/89, Slg. 1991, I-1027, Randnr. 22).

73 — Urteile vom 21. September 1988, Van Eycke (267/86, Slg. 1988, 4769, Randnr. 16), Marchandise (in Fn. 70 angeführt, Randnr. 22) und vom 17. November 1993, Meng (C-2/91, Slg. 1993, I-5751, Randnr. 14).

74 — Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003, L 1, S. 1.

Bestimmungen des Wettbewerbsrechts lässt sich somit nichts entnehmen, was hoheitliche Eingriffe in die Privatautonomie aus Gründen des Verbraucherschutzes und zur Wahrung des wirtschaftlichen Gleichgewichts zwischen Leistung und Gegenleistung kategorisch verbieten würde.

98. Demnach lassen sich keine Anhaltspunkte für eine Unvereinbarkeit der streitgegenständlichen mitgliedstaatlichen Bestimmungen mit den Wettbewerbsregeln feststellen.

ii) Grundfreiheiten

99. Das Vorliegen eines unverfälschten Wettbewerbs im Binnenmarkt, wie in Art. 3 Abs. 1 Buchst. g EG als Vertragsziel festgeschrieben, setzt darüber hinaus begrifflich die weitestgehende Verwirklichung der Grundfreiheiten voraus⁷⁵. Daher ist im Folgenden die Vereinbarkeit der streitgegenständlichen mitgliedstaatlichen Bestimmungen mit den Grundfreiheiten zu prüfen. Letztere kommen im Fall einer Mindestharmonisierung zur Anwendung, wenn nationale Regelungen über

75 — Nach Ansicht von Tietje, C., in: *Das Recht der Europäischen Union* (hrsg. von E. Grabitz/M. Hilf), Band II, Art. 95, Randnr. 18, S. 6, begründet der Binnenmarktbezug eine Vermutung für den freien Verkehr von Waren, Personen und Kapital.

den Mindestschutzmaßstab hinaus den freien Verkehr im Binnenmarkt beschränken⁷⁶.

100. Im vorliegenden Fall kommt eine Anwendung der primärrechtlichen Bestimmungen zur Dienstleistungsfreiheit in Betracht. Nach ständiger Rechtsprechung betrifft der Begriff „Beschränkung“ im Sinne von Art. 49 EG die Maßnahmen, die die Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs verbieten, behindern oder weniger attraktiv machen⁷⁷.

101. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine unterschiedslos anwendbare Maßnahme wie eine Ausweitung der Inhaltskontrolle auf den Hauptgegenstand eines Vertrags oder das Preis-Leistungs-Verhältnis unter diesen Begriff fällt, ist es erforderlich, auf die Perspektive sowohl eines in Spanien als auch eines in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistenden, in dem weniger strenge Bestimmungen gelten, abzustellen, da sich in Abhängigkeit von der jeweiligen Konstellation entsprechend der Rechtsprechung des

76 — In diesem Sinne Tassikas, A., *Dispositives Recht und Rechtswahlfreiheit als Ausnahmebereiche der EG-Grundfreiheiten: ein Beitrag zur Privatautonomie, Vertragsgestaltung und Rechtsfindung im Vertragsverkehr des Binnenmarkts*, Frankfurt (Main) 2002, S. 189; Pfeiffer, T., a. a. O. (Fn. 21), Art. 8, Randnrn. 1, 20, 21; Kapnopolou, E., a. a. O. (Fn. 32), S. 163.

77 — Urteile vom 5. Oktober 2004, CaixaBank France (C-442/02, Slg. 2004, I-8961, Randnr. 11), vom 3. Oktober 2006, Fidium Finanz (C-452/04, Slg. 2006, I-9521, Randnr. 46), vom 29. November 2007, Kommission/Österreich (C-393/05, Slg. 2007, I-10195, Randnr. 31), vom 13. Dezember 2007, Kommission/Italien (C-465/05, Slg. 2007, I-11091, Randnr. 17), vom 17. Juli 2008, Kommission/Frankreich (C-389/05, Slg. 2008, I-5337, Randnr. 52), und vom 28. April 2009, Kommission/Italien (C-518/06, Slg. 2009, I-3491, Randnr. 63).

Gerichtshofs unterschiedliche Rechtsfolgen ergeben können.

102. Nach der Rechtsprechung stellt nämlich eine Regelung eines Mitgliedstaats nicht allein deshalb eine Beschränkung im Sinne des EG-Vertrags dar, weil andere Mitgliedstaaten in ihrem Gebiet ansässige Erbringer gleichartiger Dienstleistungen weniger strengen oder wirtschaftlich interessanteren Vorschriften unterwerfen⁷⁸. Folglich könnten spanische Dienstleistende keinen Verstoß gegen die in Art. 49 EG verbürgte Grundfreiheit nur aus dem Grund geltend machen, dass sie unter Umständen einer strengeren Gesetzgebung unterliegen als in anderen Mitgliedstaaten ansässige Dienstleistende.

103. Dessen ungeachtet ist dieser Umstand, wie die Kommission zu Recht erklärt, die logische Folge einer Mindestharmonisierung. Zudem geht der Gemeinschaftsgesetzgeber ausweislich des zwölften Erwägungsgrundes der Richtlinie 93/13, in dem auf den derzeit möglichen Harmonisierungsgrad hingewiesen und zugleich das Recht der Mitgliedstaaten bekräftigt wird, strengere einzelstaatliche Vorschriften zu erlassen, offensichtlich vom weiteren Bestehen unterschiedlicher mitgliedstaatlicher Regelungen aus.

78 — Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 10. Mai 1995, *Alpine Investments* (C-384/93, Slg. 1995, I-1141, Randnr. 27), vom 12. Juli 2005, *Schempp* (C-403/03, Slg. 2005, I-6421, Randnr. 45), und vom 28. April 2009, *Kommission/Italien* (in Fn. 77 angeführt, Randnr. 63).

104. Hingegen umfasst der Begriff der Beschränkung die von einem Mitgliedstaat getroffenen Maßnahmen, die, obwohl sie unterschiedslos anwendbar sind, den Marktzugang von Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten betreffen und somit den innergemeinschaftlichen Handel behindern⁷⁹. Nach dieser Rechtsprechung kommt es also darauf an, wie sich die fragliche nationale Regelung auf Dienstleistende aus anderen Mitgliedstaaten auswirkt.

105. Es kann nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden, dass eine umfassende gerichtliche Inhaltskontrolle von Vertragsklauseln, die über den in Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13 festgelegten Rahmen hinausgeht, auf Dienstleistende aus anderen Mitgliedstaaten, in denen eine solche Inhaltskontrolle nicht stattfindet, abschreckend wirken kann. Soweit dadurch die Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs weniger attraktiv für sie gemacht würde, könnte von einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit gemäß der besagten Definition ausgegangen werden. Eine solche Beschränkung könnte gleichwohl aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls, zu denen der Verbraucherschutz gehört⁸⁰, gerechtfertigt werden, sofern

79 — Urteile *Alpine Investments* (in Fn. 78 angeführt, Randnrn. 35 und 38) und *CaixaBank France* (in Fn. 77 angeführt, Randnr. 12).

80 — Der Verbraucherschutz kann nach ständiger Rechtsprechung Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen (vgl. in diesem Sinne u. a. Urteile vom 9. Juli 1997, *De Agostini und TV-Shop*, C-34/95 bis C-36/95, Slg. 1997, I-3843, Randnr. 53, vom 6. November 2003, *Gambelli u. a.*, C-243/01, Slg. 2003, I-13031, Randnr. 67, vom 6. März 2007, *Placanica u. a.*, C-338/04, C-359/04 und C-360/04, Slg. 2007, I-1891, Randnr. 46, vom 29. November 2007, *Kommission/Deutschland*, C-404/05, Slg. 2007, I-10239, Randnr. 50, und *Kommission/Österreich*, in Fn. 77 angeführt, Randnr. 52).

sie auch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entspricht.

Dienstleistende und damit diskriminierenden Charakter hätte.

108. Folglich ist kein Verstoß gegen die Grundfreiheiten festzustellen.

106. Soweit aber Dienstleistende aus anderen Mitgliedstaaten vertragliche Vereinbarungen mit Verbrauchern mit Wohnsitz in Spanien eingehen und aufgrund der einschlägigen Kollisionsregeln⁸¹ unter Umständen einer strengeren Gesetzgebung als in ihrem Sitzstaat unterliegen, kann darin keineswegs ein gemeinschaftsrechtswidriger Zustand gesehen werden. Wie der Gerichtshof abermals betont hat, bedeutet der Umstand, dass ein Mitgliedstaat weniger strenge Vorschriften erlässt als ein anderer Mitgliedstaat, nicht, dass dessen Vorschriften unverhältnismäßig und folglich mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar sind⁸².

c) Ergebnis

109. Nach alledem komme ich zu dem Ergebnis, dass keine Anhaltspunkte für eine Unvereinbarkeit der streitgegenständlichen mitgliedstaatlichen Bestimmungen mit den Wettbewerbsregeln bzw. den Grundfreiheiten festzustellen sind.

107. Schließlich weist nichts darauf hin, dass die streitgegenständliche spanische Regelung Dienstleistende aus anderen Mitgliedstaaten stärker belasten würde als inländische

110. Demnach ist eine Auslegung der Art. 8 und 4 Abs. 2 der Richtlinie dahin, dass einem Mitgliedstaat eine richterliche Missbrauchskontrolle von Klauseln in Verbraucherverträgen, die klar und verständlich abgefasst sind und die den Hauptgegenstand des Vertrags und die Angemessenheit zwischen dem Preis bzw. dem Entgelt und den Dienstleistungen bzw. den Gütern, die die Gegenleistung darstellen, regeln, gestattet ist, mit den Art. 2 EG, 3 Abs. 1 Buchst. g EG und 4 Abs. 1 EG vereinbar.

81 — Siehe Art. 5 des Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, aufgelegt zur Unterzeichnung am 19. Juni 1980 in Rom (ABl. L 266, S. 1). Für die nach dem 17. Dezember 2009 abgeschlossenen Verträge siehe Art. 6 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) (ABl. L 177, S. 6).

82 — Vgl. Urteile *Alpine Investments* (in Fn. 78 angeführt, Randnr. 51) und vom 13. Juli 2004, *Kommission/Frankreich* (C-262/02, Slg. 2004, I-6569, Randnr. 37).

VII — Ergebnis

111. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die Vorlagefragen des Tribunal Supremo wie folgt zu antworten:

1. Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 8 der Richtlinie 93/13/EWG vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen stehen einer nationalen Regelung, die eine Missbrauchskontrolle von Klauseln vorsieht, die „den Hauptgegenstand des Vertrags“ bzw. „die Angemessenheit zwischen dem Preis bzw. dem Entgelt und den Dienstleistungen bzw. den Gütern, die die Gegenleistung darstellen“, regeln, auch dann nicht entgegen, wenn diese Klauseln klar und verständlich abgefasst sind.
2. Eine Auslegung der Art. 8 und 4 Abs. 2 der Richtlinie dahin, dass einem Mitgliedstaat eine richterliche Missbrauchskontrolle von Klauseln in Verbraucherverträgen, die klar und verständlich abgefasst sind und die den Hauptgegenstand des Vertrags und die Angemessenheit zwischen dem Preis bzw. dem Entgelt und den Dienstleistungen bzw. den Gütern, die die Gegenleistung darstellen, regeln, gestattet ist, ist mit den Art. 2 EG, 3 Abs. 1 Buchst. g EG und 4 Abs. 1 EG vereinbar.