

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
ANTONIO SAGGIO

vom 16. Dezember 1999 *

1. Mit inhaltsgleichen Beschlüssen vom 31. März und 1. April 1998 hat der Juzgado de Primera Instancia Barcelona dem Gerichtshof eine Vorabentscheidungsfrage zur Auslegung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (nachstehend: Richtlinie) vorgelegt¹. Erstmals hat sich hier der Gerichtshof zu dieser Richtlinie zu äußern. Das vorlegende Gericht möchte insbesondere wissen, ob zu dem Schutzsystem, das die Richtlinie zugunsten der Verbraucher sicherstellen will, auch gehört, daß das Gericht bei der Entscheidung eines Rechtsstreits über die angebliche Nichterfüllung eines Vertrages zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher die Mißbräuchlichkeit einer in diesen Vertrag aufgenommenen Klausel von Amts wegen beurteilen darf. Im vorliegenden Fall geht es um die Klausel, die dem Gericht am Sitz des Unternehmens die ausschließliche Zuständigkeit für die Entscheidung von Streitigkeiten über einen Kaufvertrag zuweist.

Maßgebliche Gemeinschaftsvorschriften

2. Die Richtlinie bezweckt die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über mißbräuchliche

Klauseln in Verträgen zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern (Artikel 1 Absatz 1).

Gemäß Artikel 2 bedeutet „Gewerbetreibender“ eine natürliche oder juristische Person, die im Rahmen einer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handelt, auch wenn diese dem öffentlich-rechtlichen Bereich zuzurechnen ist, und „Verbraucher“ eine natürliche Person, die zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.

3. Die Richtlinie soll in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten einen Mindestschutz des Verbrauchers sicherstellen, stellt es aber den Mitgliedstaaten frei, dem Verbraucher durch strengere einzelstaatliche Vorschriften, als in der Richtlinie vorgesehen, einen besseren Schutz zu gewähren (zwölfte und siebzehnte Begründungserwägung, Artikel 8).

Die Richtlinie will, was ihren Geltungsbereich betrifft, nur die Vertragsklauseln regeln, die nicht einzeln ausgehandelt wurden; gemäß Artikel 3 Absatz 2 ist „[e]ine Vertragsklausel ... 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

* Originalsprache: Italienisch.

1 — ABl. L 95, S. 29.

nehmen konnte“. Die gleiche Vorschrift stellt im nächsten Absatz klar, daß „[d]ie Tatsache, daß bestimmte Elemente einer Vertragsklausel oder eine einzelne Vertragsklausel im einzelnen ausgehandelt worden sind, ... die Anwendung dieses Artikels auf den übrigen Vertrag nicht ausschließt], sofern es sich nach der Gesamtwertung dennoch um einen vorformulierten Standardvertrag handelt“. In Absatz 3 heißt es dann: „Behauptet ein Gewerbetreibender, daß eine Standardvertragsklausel im einzelnen ausgehandelt wurde, so obliegt ihm die Beweislast.“

4. Die Richtlinie enthält eine allgemeine Definition der mißbräuchlichen Vertragsklauseln. Artikel 3 Absatz 1 bestimmt, daß eine Vertragsklausel, die nicht im einzelnen ausgehandelt wurde, „als mißbräuchlich anzusehen ist, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtes Mißverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten des Vertragspartners verursacht“.

Artikel 4 ergänzt unbeschadet des Artikels 7, daß „[d]ie Mißbräuchlichkeit einer Vertragsklausel ... unter Berücksichtigung der Art der Güter oder Dienstleistungen, die Gegenstand des Vertrages sind, aller den Vertragsabschluß begleitenden Umstände sowie aller anderen Klauseln desselben Vertrages oder eines anderen Vertrages, von dem die Klausel abhängt, zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses beurteilt [wird]“. Diese Beurteilung „betrifft weder den Hauptgegenstand des Vertrages noch die Angemessenheit [des Verhältnisses] zwi-

schen dem Preis bzw. dem Entgelt und den Dienstleistungen bzw. den Gütern, die die Gegenleistung darstellen, sofern diese Klauseln klar und verständlich abgefaßt sind“.

5. Für die konkrete Ermittlung der Klauseln, die ein unangemessenes Mißverhältnis zu Lasten des Verbrauchers bewirken, führt die Richtlinie im Anhang die Klauseln auf, die als mißbräuchlich behandelt werden können; diese Aufzählung ist eine als Hinweis dienende und nicht erschöpfende Liste, die es den Mitgliedstaaten überläßt, sie im Rahmen ihrer einzelstaatlichen Rechtsvorschriften zu ergänzen oder restriktiver zu formulieren (siebzehnte Begründungserwägung und Artikel 3 Absatz 3).

Im Anhang aufgeführt sind u. a. Klauseln, die darauf abzielen oder zur Folge haben, daß „dem Verbraucher die Möglichkeit, Rechtsbehelfe bei Gericht einzulegen oder sonstige Beschwerdemittel zu ergreifen, genommen oder erschwert wird, und zwar insbesondere dadurch, daß er ausschließlich auf ein nicht unter die rechtlichen Bestimmungen fallendes Schiedsverfahren verwiesen wird, die ihm zur Verfügung stehenden Beweismittel eingeschränkt werden oder ihm die Beweislast auferlegt wird, die nach dem geltenden Recht einer anderen Vertragspartei obläge“ (Buchstabe q).

6. Gemäß Artikel 6 Absatz 1 sehen die Mitgliedstaaten vor, daß mißbräuchliche Klauseln in Verträgen, die ein Gewerbetreibender mit einem Verbraucher geschlossen hat, „für den Verbraucher verbindlich sind“; sie sehen weiter vor, daß

der Vertrag für beide Parteien auf derselben Grundlage bindend bleibt, „wenn er ohne die mißbräuchlichen Klauseln bestehen kann“.

Außerdem sorgen die Mitgliedstaaten im Interesse der Verbraucher und der gewerbetreibenden Wettbewerber für „angemessene und wirksame Mittel ...“, damit der Verwendung mißbräuchlicher Klauseln durch einen Gewerbetreibenden in den Verträgen, die er mit Verbrauchern schließt, ein Ende gesetzt wird“ (Artikel 7 Absatz 1); diese Mittel müssen insbesondere Rechtsvorschriften einschließen, wonach Personen und Organisationen, die nach dem innerstaatlichen Recht ein berechtigtes Interesse am Schutz der Verbraucher haben, im Einklang mit den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften die Gerichte oder die zuständigen Verwaltungsbehörden anrufen können, damit diese darüber entscheiden, ob Vertragsklauseln, die im Hinblick auf eine allgemeine Verwendung abgefaßt wurden, mißbräuchlich sind, und angemessene und wirksame Mittel anwenden, um der Verwendung solcher Klauseln ein Ende zu setzen (Artikel 7 Absatz 2). Die Richtlinie sagt allerdings nicht ausdrücklich, ob das nationale Gericht befugt ist, die Mißbräuchlichkeit der Klausel und folglich ihre Unverbindlichkeit für den Verbraucher von Amts wegen festzustellen.

7. Die Mitgliedstaaten hatten die Richtlinie bis zum 31. Dezember 1994 in innerstaatliches Recht umzusetzen. Die Vorschriften der Richtlinie gelten für alle Verträge, die nach diesem Zeitpunkt abgeschlossen wurden (Artikel 10 Absatz 1).

Innerstaatliche Rechtsvorschriften

8. Die Richtlinie wurde in der spanischen Rechtsordnung durch das Gesetz 7/1998 vom 13. April 1998² umgesetzt, also später als zum vorgesehenen Zeitpunkt. Dieses Gesetz soll nach seiner Präambel die Gemeinschaftsvorschriften über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und zur Regelung der allgemeinen Voraussetzungen des Vertragsschlusses in spanisches Recht umsetzen. Nach der dritten Schlußvorschrift ist das Gesetz im Anschluß an eine Wartefrist von zwanzig Tagen nach Veröffentlichung im *Boletín Oficial del Estado*, d. h. am 3. Mai 1998, in Kraft getreten.

9. Die Gesetzesnovelle des Jahres 1998 hat das Gesetz 26/1984 vom 9. Juli 1984 über den Verbraucherschutz³ geändert und u. a. einen neuen Artikel 10bis mit der Definition der mißbräuchlichen Klauseln eingeführt; hierunter sind alle nicht im einzelnen ausgehandelten Vertragsklauseln zu verstehen, die entgegen dem Gebot von Treu und Glauben ein erhebliches und ungerechtes Mißverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten zum Nachteil des Verbrauchers bewirken. Absatz 2 dieses Artikels bestimmt, daß mißbräuchliche Klauseln, Bedingungen und Vereinbarungen von Rechts wegen nichtig sind und als nicht vereinbart gelten.

2 — Ley de Condiciones Generales de la Contratación (BOE Nr. 89 vom 14. April 1998).

3 — Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE Nr. 176 vom 24. Juli 1984).

Im Sinne und für die Zwecke des Artikels 10bis sind als mißbräuchlich die in den zusätzlichen Bestimmungen aufgeführten Klauseln anzusehen, zu denen gemäß Nummer 27 die Abreden gehören, die die Zuständigkeit einem anderen Gericht als dem des Wohnsitzes des Verbrauchers und des Erfüllungsorts zuweisen.

Die nach dem Gesetz zulässigen Klagen können bei Gericht vom Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes an erhoben werden, auch wenn der Vertrag zuvor geschlossen wurde. In dem uns beschäftigenden Fall war das Gesetz allerdings noch nicht in Kraft getreten, als die Unternehmen Klage gegen die Verbraucher erhoben, so daß die neue Regelung im vorliegenden Fall keine Anwendung findet. Zuvor war der Schutz der Verbraucher vor mißbräuchlichen Klauseln in Verträgen mit einem Gewerbetreibenden in dem genannten Gesetz 26/1984 geregelt. Nach diesem Gesetz mußten Klauseln in den erwähnten Verträgen u. a. Treu und Glauben entsprechen und ein ausgewogenes Verhältnis von Leistung und Gegenleistung sicherstellen. Als von Rechts wegen nichtig galten mißbräuchliche Klauseln, also solche, die den Verbraucher unverhältnismäßig oder unbillig benachteiligten oder ein Mißverhältnis zwischen Rechten und Pflichten der Vertragsparteien zu Lasten der Verbraucher und Dienstleistungsempfänger in den Vertrag brachten (Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe c Nummer 3).

10. Schließlich sei erwähnt, daß die spanischen Verbraucherschutzvorschriften einschließlich derjenigen des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie nicht ausdrücklich regeln, ob die Nichtigkeit miß-

bräuchlicher Klauseln von Amts wegen Berücksichtigung finden kann. Anscheinend kennt das spanische Recht keine Rechtsgrundlage, auf die sich eine Befugnis des Gerichts zur Prüfung dieser Nichtigkeit ohne Anregung seitens der Parteien stützen ließe. In der spanischen Rechtsprechung hat dieses Problem bisher widersprüchliche Lösungen gefunden, zumal einige Gerichte entschieden haben, daß diese Befugnis ausdrücklich der Richtlinie zu entnehmen sei.

Sachverhalt und Vorabentscheidungsfrage

11. Zu unterschiedlichen Zeitpunkten schlossen das Unternehmen Océano Grupo Editorial SA und Frau R. Murciano Quintero, wohnhaft in El Ejido (Almeria), sowie das Unternehmen Salvat Editores SA und die in verschiedenen anderen Ortschaften in Spanien wohnhaften J. M. Sánchez-Alcón Prades, J. L. Copano Badillo, M. Berroane und E. Viñas Feliu Ratenkaufverträge über eine Enzyklopädie.

12. In den jeweiligen Ratenkaufverträgen, die von den Verkäufern in Formularen vorformuliert waren, vereinbarten die Parteien für den Fall von Streitigkeiten Barcelona als ausschließlichen Gerichtsstand; in dieser Stadt haben die Klägerinnen ihren Hauptgeschäftssitz.

13. Als die Käufer die vereinbarten Raten nicht zahlten, erhoben die Océano Grupo Editorial SA am 25. Juli und die Salvat Editores SA am 18. September, 16. Dezember und 19. Dezember 1997 Klage auf Zahlung der vereinbarten Beträge bei dem Gericht in Barcelona.

Bei Einreichung dieser Klagen war die Richtlinie noch nicht in das spanische innerstaatliche Recht umgesetzt. Das vorliegende Gericht hat jedoch Zweifel, ob die Gerichtsstandsvereinbarung in den Verträgen wirksam ist, weil sie nach den Vorschriften der Richtlinie möglicherweise als „mißbräuchlich“ einzustufen sei. Nach seiner Auffassung wäre das Gericht des Wohnsitzes der Beklagten zuständig. Am 9. September 1997 übersandte das vorliegende Gericht die Akten der Staatsanwaltschaft, um deren Auffassung zu der Möglichkeit in Erfahrung zu bringen, die Gerichtsstandsklausel von Amts wegen für nichtig zu erklären. Diese antwortete, daß im Rahmen des hier durchgeführten „juicio de cognición“⁴ die fehlende Zuständigkeit nicht von Amts wegen berücksichtigt werden dürfe, wenn der von den Parteien eines Vertrages vereinbarte Gerichtsstand dem Wohnsitz wenigstens einer von ihnen entspreche⁵.

14. Mit Beschlüssen vom 31. März 1998 (Rechtssachen C-240/98 und C-241/98) und vom 1. April 1998 (Rechtssachen

4 — Es handelt sich um ein summarisches Verfahren, das die klagende Partei bei Streitigkeiten mit geringem Streitwert (von 80 000 bis 800 000 Peseten) betreiben kann.

5 — Vgl. Artikel 1 des Gesetzes vom 17. Juli 1948 über die Zuständigkeit der Stadtgerichte (BOE Nr. 200 vom 18. Juli 1948); Artikel 32 des Dekrets vom 21. November 1952, in dem das Verfahren „de cognición“ geregelt ist (BOE Nr. 337 vom 2. Dezember 1952).

C-242/98, C-243/98 und C-244/98) hat daher der Juzgado de Primera Instancia Nr. 35 Barcelona dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Erlaubt der Verbraucherschutz, den die Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen gewährleistet, dem nationalen Gericht, von Amts wegen zu prüfen, ob eine Klausel des ihm zur Prüfung vorgelegten Vertrages mißbräuchlich ist, wenn es über die Zulässigkeit einer Klage vor den ordentlichen Gerichten zu entscheiden hat?

15. Mit Beschluß des Präsidenten des Gerichtshofes vom 20. Juli 1998 sind die Rechtssachen zu gemeinsamem schriftlichen und mündlichen Verfahren und zu gemeinsamer Entscheidung verbunden worden.

Beantwortung der Vorabentscheidungsfrage

16. Mit seiner Vorabentscheidungsfrage möchte das vorliegende Gericht wissen, ob es ihm auch ohne fristgerechte Umsetzung der Richtlinie gestattet ist, die eigene Zuständigkeit zu verneinen, wenn sie durch eine Vertragsklausel begründet wurde, die es für „mißbräuchlich“ im Sinne der Richtlinie hält.

Bei der Beantwortung dieser Frage halte ich es, da dem vorlegenden Gericht eine sachdienliche Antwort gegeben werden soll, für erforderlich, in zwei Schritten vorzugehen: In erster Linie sind die Vorschriften der Richtlinie auszulegen, um so klarzustellen, ob eine Gerichtsstandsklausel zugunsten des Sitzes des Gewerbetreibenden eine mißbräuchliche Klausel ist und ob, falls dies zu bejahen ist, die Richtlinie oder andere Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts das Gericht verpflichten, die eigene Unzuständigkeit von Amts wegen zu berücksichtigen, wenn es auf der Grundlage einer solchen Klausel zu entscheiden hat, auch wenn dies bedeutet, daß eine innerstaatliche Verfahrensvorschrift unangewandt bleibt, die in der Frage der örtlichen Zuständigkeit zu einer anderen Lösung führen würde. Zweitens ist zu prüfen, ob diese Nichtanwendung gegebenenfalls auch bei einer Auseinandersetzung zweier privater Parteien wie derjenigen der Ausgangsverfahren Platz greifen könnte, selbst wenn die Gemeinschaftsbestimmung mit einem vom innerstaatlichen Prozeßrecht abweichenden Regelungsinhalt Teil einer nicht umgesetzten Richtlinie ist.

17. Zur Einstufung der in Rede stehenden Vertragsklausel möchte ich sofort klarstellen, daß sie im Licht der Richtlinie als „mißbräuchliche Klausel“ zu betrachten ist. Es handelt sich bekanntlich um eine Klausel in einem Vertrag zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher, die als ausschließlich zuständiges Gericht für alle Streitigkeiten aus dem Vertrag das Gericht am Sitz des Unternehmens bestimmt. Wie die französische Regierung bemerkt hat, ist zwar eine Klausel dieser Art nicht ausdrücklich in die Liste der „mißbräuchlichen Klauseln“ im Anhang der Richtlinie aufgenommen, doch kann dies aus einer Reihe von Gründen nicht als entscheidend angesehen werden. Nach Meinung der französischen Regierung kann eine solche Klausel der allgemeinen Kategorie

des bereits angeführten Buchstabens q der Liste zugeordnet werden, weil sie bewirkt, daß „dem Verbraucher die Möglichkeit, Rechtsbehelfe bei Gericht einzulegen oder sonstige Beschwerdemittel zu ergreifen, erschwert wird“. Größere Bedeutung für unsere Zwecke kommt indessen dem Umstand zu, daß der Anhang nach Artikel 3 Absatz 3 der Richtlinie nur „eine als Hinweis dienende und nicht erschöpfende Liste der Klauseln [enthält], die für mißbräuchlich erklärt werden können“⁶, so daß die Mitgliedstaaten sie durch weitere Klauseln ergänzen können, die dann selbstverständlich der gleichen Regelung unterliegen wie die, die die Richtlinie in knapperer Form enthält. Letztlich ist nach der Richtlinie, damit eine Vertragsklausel in deren Anwendungsbereich fällt, lediglich erforderlich, daß sie nicht vom Gewerbetreibenden und vom Verbraucher im einzelnen ausgehandelt worden ist und zum Nachteil des Verbrauchers „ein erhebliches und ungerechtfertigtes Mißverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht“ (Artikel 3 Absatz 1). Solange die Mitgliedstaaten diese allgemeinen Parameter einhalten, können sie ohne weiteres weitergehende oder spezifischere Klauseln als die in der Liste angeführten vorsehen; in diesem Fall sind die Klauseln „mißbräuchlich“ im Sinne der Richtlinie und unterliegen somit, wie gesagt, der Regelung, die die Richtlinie für sie bereithält.

18. Den bisherigen Ausführungen läßt sich entnehmen, daß die Beantwortung der Frage, ob eine Klausel wie die in den Ausgangsverfahren in Rede stehende „mißbräuchlich“ ist, nicht mehr als eine Aus-

⁶ — Vgl. auch die siebzehnte Begründungserwägung, wo es heißt, daß „[d]ie Liste der Klauseln im Anhang ... für die Zwecke dieser Richtlinie nur Beispiele geben ... und infolge dieses Minimalcharakters ... von den Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer einzelstaatlichen Rechtsvorschriften, insbesondere hinsichtlich des Geltungsbereichs dieser Klauseln, ergänzt oder restriktiver formuliert werden [kann]“.

legung des Wortlauts der Richtlinie, insbesondere des Artikels 3 Absätze 1 und 2, erforderlich macht. In diesem Zusammenhang kann dem Anhang der Richtlinie lediglich die Bedeutung eines Hinweises zukommen. Ich bin demnach der Meinung, daß eine vom Verbraucher unterzeichnete, aber als Teil eines vorformulierten Standardvertrags nicht im einzelnen ausgehandelte Klausel, die ihn verpflichtet, bei jeder Streitigkeit aus dem Vertrag als Kläger oder Beklagter vor dem Gericht am Sitz des Unternehmens zu erscheinen, dem Unternehmen unbezweifelbare Vorteile bringt und im Gegensatz hierzu das rechtliche Gehör des Verbrauchers spürbar einzuschränken droht. Wie das vorliegende Gericht nämlich im Vorlagebeschluß aufgrund der konkreten Prozeßerfahrung ausgeführt hat, bringt die Pflicht, sich der Rechtsprechung des Gerichts am Sitz des Unternehmens, der möglicherweise weit vom eigenen Wohnsitz entfernt ist, zu unterwerfen, die Gefahr mit sich, daß es dem Verbraucher wegen der hohen Prozeßführungskosten, insbesondere wenn man sie zu dem geringen Streitwert des Rechtsstreits in Beziehung setzt, praktisch unmöglich wird, sich zu verteidigen; es kommt hinzu, daß die Personen, die in solche Streitigkeiten verwickelt werden, häufig in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen und von eher beschränkten Mitteln leben. Umgekehrt vermittelt die fragliche Vertragsklausel dem Gewerbetreibenden unbestreitbare Vorteile, der es auf diese Weise vermeiden kann, verschiedene aufgrund der Verfahrensvorschriften zuständige Gerichte anzurufen, und die Rechtsstreitigkeiten über Verträge mit Verbrauchern am eigenen Geschäftssitz zusammenzufassen, was für ihn augenscheinlich angenehmer und finanziell weniger belastend ist. Ich bin der Auffassung, daß eine solche Situation ohne weiteres zu einem erheblichen und ungerechtfertigten Mißverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien führt. Mithin kann die betreffende

Klausel als „mißbräuchlich“ im Sinne der Richtlinie eingestuft werden, so daß die verbraucherfreundliche Regelung der Richtlinie, insbesondere die aus Artikel 6 folgende „Unverbindlichkeit“ der Gerichtsstandsklausel, im vorliegenden Fall mit Sicherheit Anwendung findet.

19. Nicht unerheblich ist ferner der Umstand, daß sich der spanische Staat bei der Umsetzung der Richtlinie, als es darum ging, dem allgemeinen Grundsatz des Artikels 3 Absatz 1 der Richtlinie konkrete Gestalt zu geben, im Einklang mit den von anderen Mitgliedstaaten gewählten Lösungen⁷ ausdrücklich dafür entschieden hat, die Klausel, mit der ein anderer Gerichtsstand als der am Wohnsitz des Verbrauchers oder am Erfüllungsort vorgeschrieben wird, in die Liste der mißbräuchlichen Klauseln aufzunehmen⁸. Aufgrund all dieser Argumente kann man mit Recht die Auffassung vertreten, daß die Klausel in einem Vertrag zwischen einem Verbraucher und einem Gewerbetreibenden, die für jeden Rechtsstreit im Zusammenhang mit dem Vertrag als ausschließlich zuständig das Gericht am Sitz des Gewerbetreibenden festlegt, unter den Begriff der „mißbräuchlichen Klausel“ im Sinne der Richtlinie fällt.

7 — Der durch das Gesetz Nr. 25 vom 6. Februar 1996 zur Umsetzung der Richtlinie hinzugefügte Artikel 1469-bis des italienischen bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmt, daß als mißbräuchlich bis zum Beweis des Gegenteils die Klausel gilt, die bezweckt oder bewirkt, „als Sitz des für den Rechtsstreit zuständigen Gerichts einen anderen Ort als den des Aufenthalts oder des gewählten Wohnsitzes des Verbrauchers festzulegen“ (Absatz 3 Nummer 19); in Frankreich rechnet die „recommandation de synthèse“ Nr. 91-02 der durch Artikel L.132.2 des Verbraucherschutzgesetzes geschaffenen Kommission für mißbräuchliche Vertragsklauseln dazu die Klausel, die bezweckt oder bewirkt, „de déroger aux règles légales de compétence territoriale ou d'attribution“.

8 — Vgl. die erste Zusatzvorschrift des genannten Gesetzes 7/1998, Nummer 27. Das bis dahin geltende Recht kannte eine allgemeine Regel, deren Formulierung meines Erachtens sehr wohl so verstanden werden könnte, daß zu den verbotenen Vertragsklauseln auch die in den vorliegenden Rechtssachen zu behandelnde gehört (Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe c Nummer 3 des Gesetzes 26/1984).

20. Da somit feststeht, daß die Entscheidung der Ausgangsverfahren eine Beurteilung der Zuständigkeit des vorlegenden Gerichts erfordert, die nach Maßgabe der Vorschriften der Richtlinie zu erfolgen hat, geht es nun um die denkgesetzlich nachgeordnete Frage, die Gegenstand der Vorlage ist; es ist also zu prüfen, ob das nationale Gericht seine eigene Zuständigkeit von Amts wegen verneinen darf, wenn es einen Rechtsstreit auf der Grundlage einer Vertragsklausel in einem Vertrag zwischen einem Verbraucher und einem Gewerbetreibenden zu entscheiden hat, die es für mißbräuchlich hält, weil sie dem Gericht am Sitz des Gewerbetreibenden die ausschließliche Zuständigkeit zuspricht.

21. Hierzu muß ich wohl vorausschicken, daß sich der Beklagte in den beim vorlegenden Gericht anhängigen Ausgangsverfahren (der Verbraucher) nicht auf das Verfahren eingelassen und damit darauf verzichtet hat, das Fehlen der auf eine mißbräuchliche Klausel gestützten Zuständigkeit des angerufenen Gerichts zu rügen. Nach Auffassung der spanischen Regierung soll dem Verhalten der Partei entscheidende Bedeutung zukommen. Da die Beurteilung der dem nationalen Gericht zustehenden Befugnisse ausschließlich nach den nationalen Rechtsvorschriften zu erfolgen hat, die, wie bereits erwähnt, dem Gericht eine derartige Befugnis in einem solchen Verfahren nicht einräumen, wäre es diesem unmöglich, die Unwirksamkeit der Vertragsklausel von Amts wegen zu berücksichtigen.

22. Ich möchte gleich sagen, daß mir diese Auslegung nicht überzeugend erscheint. Mit der Kommission und der französischen Regierung halte ich es für richtiger, auf eine allgemeine Prüfung zurückzugreifen, die zu

dem Ergebnis führen sollte, daß die Notwendigkeit, das nationale Gericht für befugt zu halten, die Unwirksamkeit einer im Sinne der Richtlinie mißbräuchlichen Klausel von Amts wegen zu berücksichtigen, eigentlich nur dem Schutzsystem zugunsten des Verbrauchers als des schwächeren Vertragsteils selbst entnommen werden kann. Anders gesagt: Das Erfordernis, der in Rede stehenden Vorschrift eine „sachdienliche Wirkung“ zu sichern, spricht für eine Auslegung, die die schwächere Vertragspartei nicht zwingt, sich auf ein Verfahren einzulassen, um die Unwirksamkeit ihm abträglicher Vertragsklauseln geltend machen zu können; dies gilt, wie ich gleich hinzufügen möchte, vor allem dann, wenn der Verbraucher in Anwendung dieser Klausel gezwungen ist, sich vor einem anderen Gericht als dem seines Wohnsitzes zu verteidigen.

23. Es ist nämlich darauf hinzuweisen, daß das von den Vorschriften der Richtlinie garantierte Schutzsystem von dem allgemeinen Grundsatz ausgeht, daß der Verbraucher in Verträgen mit einem Gewerbetreibenden als der „schwache Teil“ erscheint, der eines besonderen Schutzes bedarf. Ziel der Richtlinie ist es demnach, in diesen Beziehungen ein vertragliches Gleichgewicht herzustellen und gleichzeitig das allgemeine Interesse an der Einhaltung einer korrekten Geschäftspraxis sicherzustellen. In diesem Zusammenhang erlegt die Richtlinie den Mitgliedstaaten eine Erfolgspflicht auf, um so zu vermeiden, daß für mißbräuchlich gehaltene Klauseln den Verbraucher unter den Bedingungen der nationalen Rechtsvorschriften binden können (Artikel 6). Auch wenn es daher Sache der Mitgliedstaaten ist, die besondere zivilrechtliche Rechtsfolge auszuwählen, die für diese Klauseln gelten soll — Unwirksamkeit, Nichtigkeit, Anfechtbarkeit —, so werden sie doch verpflichtet, ein System zu

schaffen, dessen Ziel der wirksame Schutz der Rechte des Verbrauchers ist.

Dieses Ziel könnte, wie die Kommission zutreffend bemerkt, nur schwer erreicht werden, wenn dem Gericht nicht die Möglichkeit eingeräumt würde, die Mißbräuchlichkeit einer Vertragsklausel von Amts wegen zu prüfen. Das System zum Schutz des schwachen Vertragspartners, wie es in der Richtlinie definiert wird, scheint nämlich vom Verhalten des Verbrauchers abhängig zu sein. Keine Bedeutung kommt z. B. dem Umstand zu, daß die Vertragsklausel vom Verbraucher durch Unterschrift unter einen Standardvertrag gebilligt wurde; eine solche Klausel kann in der Tat trotz der Unterschrift für den Verbraucher nicht verbindlich sein. Meines Erachtens muß dann aber auch ganz folgerichtig ausgeschlossen werden, daß dem *prozessualen* Verhalten des Verbrauchers eine entscheidende Bedeutung zukommt. Der Verbraucher könnte sich aus Unwissenheit nicht auf die Mißbräuchlichkeit der Klausel berufen, oder weil er es für zu belastend hält, sich außerhalb seines Wohnorts vor Gericht zu verteidigen, wie dies bei der Klausel der Fall ist, mit der wir es in diesen Rechtssachen zu tun haben. In all diesen Fällen würde das mit der Richtlinie verfolgte Ziel nicht erreicht werden, weil die Klausel, obwohl offensichtlich nachteilig für den schwachen Partner des Vertrages, ihr Ziel erreichen würde. Damit wäre die praktische Wirksamkeit der Richtlinie unwiederbringlich aufs Spiel gesetzt.

24. Außerdem ist bestimmt von Bedeutung, daß die Richtlinie, um eine Situation des erheblichen Ungleichgewichts zwischen den beiden Vertragsparteien zu bereinigen, die Mitgliedstaaten verpflichtet, ein Schutz-

system zu schaffen, das außerhalb des einzelnen Vertragsverhältnisses stehende Dritte in aktiver Weise einbezieht. Aufgrund der augenscheinlichen Erkenntnis, daß die Reaktion der einzelnen Verbraucher gegenüber ihren Interessen abträglichen Klauseln wegen der Prozeßkosten des einzelnen und der geringen Neigung des einzelnen Verbrauchers, sich in komplexe Auseinandersetzungen mit mächtigeren und besser organisierten Gewerbetreibenden einzulassen, kein wirksames Mittel ist, fordert die Richtlinie in Artikel 7 von den Mitgliedstaaten, dafür zu sorgen, daß „im Interesse der Verbraucher und der gewerbetreibenden Wettbewerber angemessene und wirksame Mittel vorhanden sind, damit der Verwendung mißbräuchlicher Klauseln durch einen Gewerbetreibenden in den Verträgen, die er mit Verbrauchern schließt, ein Ende gesetzt wird“. Die Bewertung der „Angemessenheit“ und der „Wirksamkeit“ der Schutzinstrumente, die die Richtlinie von den Mitgliedstaaten verlangt⁹, hängt

9 — Es sei vermerkt, daß diese Bewertung unmittelbar der Richtlinie zu entnehmen ist, wo es in Artikel 7 Absatz 2 heißt: „Die in Absatz 1 genannten Mittel müssen auch Rechtsvorschriften einschließen, wonach Personen oder Organisationen, die nach dem innerstaatlichen Recht ein berechtigtes Interesse am Schutz der Verbraucher haben, im Einklang mit den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften die Gerichte oder die zuständigen Verwaltungsbehörden anrufen können, damit diese darüber entscheiden, ob Vertragsklauseln, die im Hinblick auf eine allgemeine Verwendung abgefaßt wurden, mißbräuchlich sind, und angemessene und wirksame Mittel anwenden, um der Verwendung solcher Klauseln ein Ende zu setzen.“ Es handelt sich offenbar um einen beispielhaften Hinweis, der andere Formen des Eingreifens einschließlich der Prüfung von Amts wegen durch das Gericht nicht ausschließt, aber in dem von der Richtlinie garantierten Schutzsystem besondere Bedeutung dadurch gewinnt, daß er Verbraucherschutzstellen oder -verbänden eine Unterlassungsklage eröffnet, die präventiv wirkt und daher von einer einzelnen Auseinandersetzung unabhängig ist. Eine solche Form des Schutzes, die wegen ihrer Allgemeinheit besonders wirksam ist, stellt für einige Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, insbesondere diejenigen, die in der romanischen Tradition stehen, eine absolute Neugigkeit dar; es ist daher gut zu verstehen, weshalb an die Mitgliedstaaten ausdrücklich die Aufforderung gerichtet wurde, sie in ihrem innerstaatlichen Recht vorzusehen. Wie die französische Regierung zutreffend dargelegt hat, ließe sich niemals eine Auslegung der Richtlinie rechtfertigen, wonach zum einen präventive Verbandsklagen zulässig sind, die günstige Wirkungen für alle Verbraucher haben, zum anderen aber ein Eingreifen des Gerichts von Amts wegen ausgeschlossen wird, das damit in einem konkreten Rechtsstreit, in dem der Verbraucher unmittelbar benachteiligt ist, eine offensichtlich mißbräuchliche Klausel zur Anwendung zu bringen hat.

mit einer konkreten Beurteilung der Nützlichkeit der Instrumente selbst im Hinblick auf das verfolgte Ziel ab, das, wie gesagt, darin besteht, sicherzustellen, daß mißbräuchliche Klauseln den Verbraucher nicht binden. Aufgrund dieser bisher angestellten Überlegungen ist es nun nur vernünftig, davon auszugehen, daß das Eingreifen des Gerichts von Amts wegen nicht nur ein repressives Mittel von höchster Wirksamkeit ist, sondern auch geeignet erscheint, eine wirksame Abschreckung gegen die Verwendung der Klauseln in Verträgen mit Verbrauchern in Gang zu setzen.

Außerdem würde es in Situationen wie der vorliegenden, in der die ausschließliche Zuweisung der Zuständigkeit für die Entscheidung über Streitigkeiten aus dem Vertrag an das Gericht am Sitz des Gewerbetreibenden im Streit ist, zu paradoxen Folgen führen, wollte man das Eingreifen von Amts wegen ausschließen, sofern die Mißbräuchlichkeit der Vertragsklausel nicht vom Verbraucher selbst geltend gemacht würde. Bekanntlich ist in den Ausgangsverfahren das vorliegende Gericht, der Juzgado de Primera Instancia Barcelona, mit einem Rechtsstreit zwischen Gewerbetreibenden (den Unternehmen Océano Grupo Editorial SA und Salvat Editores SA, die Enzyklopädien auf Raten verkaufen) und mehreren Verbrauchern befaßt, die in verschiedenen Städten Spaniens wohnen, die zum Teil Hunderte von Kilometern vom Sitz des angerufenen Gerichts entfernt sind. Würde man unter solchen Umständen ausschließen, daß das Gericht bei Säumnis des Beklagten die Wirksamkeit einer offensichtlich „mißbräuchlichen“ Vertragsklausel von Amts wegen prüfen könnte, so entstünde die paradoxe Situation, daß der Verbraucher verpflichtet wäre, sich an einem anderen Ort als seinem Wohnsitz auf den Rechtsstreit einzulassen, nur um geltend zu machen, daß die Vertragsklausel, die ihn hierzu verpflichtete, eine mißbräuchliche Klausel sei. Augen-

scheinlich wäre ein solches System als Schutzinstrument für den Verbraucher völlig untauglich, weil dieser, um sich unter den Schutz der Richtlinie zu begeben, trotzdem gezwungen wäre, alle diese Unzuträglichkeiten (Gerichtskosten für einen anderen Ort als seinen Wohnsitz, Darlegungslast für die Mißbräuchlichkeit der Klausel, Inanspruchnahme eines Rechtsanwalts trotz geringen Streitwerts und ähnliches) auf sich zu nehmen, die die Mitgliedstaaten dazu veranlaßt haben, die zwingende Wahl des Gerichtsstands des Unternehmens zu den Vertragsklauseln zu zählen, die dem Verbraucher nachteilig sind.

25. Es kommt hinzu, daß die Anerkennung der Befugnis des Gerichts, von Amts wegen tätig zu werden, vollständig mit der zivilrechtlichen Regelung übereinstimmt, die die Richtlinie als Rechtsfolge bei mißbräuchlichen Klauseln in Verträgen mit Verbrauchern, die in ihren Geltungsbereich fallen, vorgibt. Bekanntlich fordert die Richtlinie von den Mitgliedstaaten, unter den in ihren innerstaatlichen Rechtsvorschriften festgelegten Bedingungen vorzusehen, daß solche Klauseln für den Verbraucher unverbindlich sind (Artikel 6 Absatz 1). Wenn sich die Richtlinie im Einklang mit den Grenzen der „Mindestharmonisierung“ der nationalen Rechtsvorschriften damit begnügt, das zu erreichende Ziel (die „Unverbindlichkeit“ der mißbräuchlichen Klauseln) in allgemeiner Weise vorzugeben, und es den nationalen Rechtsordnungen überläßt, die konkrete zivilrechtliche Reaktion auf solche Klauseln auszuwählen¹⁰, so bedeutet die in diesem

¹⁰ — Vgl. hierzu die rechtsvergleichende Betrachtung von G. Paisant, „La lutte contre les clauses abusives des contrats dans l'Union Européenne“, in: *Vers un code européen de la consommation, sous la direction de F. Osman*, Brüssel 1998, S. 165 ff., insbes. S. 174, wonach sich der größte Teil der Mitgliedstaaten für die ausdrückliche Rechtsfolge der Nichtigkeit entschieden hat.

Ausdruck erkennbar werdende Wahl offensichtlich, daß den Bestimmungen der Richtlinie die Natur zwingender Rechtsnormen als Teil der „wirtschaftlichen öffentlichen Ordnung“ zukommt, die in den dem nationalen Gericht übertragenen Befugnissen ihren Ausdruck finden muß¹¹.

26. Wird also dem Gericht die Befugnis zuerkannt, die Unwirksamkeit einer Vertragsklausel wegen ihrer Mißbräuchlichkeit von Amts wegen festzustellen, so paßt dies meines Erachtens vollständig in den allgemeinen Zusammenhang des besonderen Schutzes, den die Richtlinie den Interessen der Gesellschaft zukommen lassen will, die als Teil der wirtschaftlichen öffentlichen Ordnung über den besonderen Interessen der Parteien stehen. Es besteht mit anderen Worten auch ein öffentliches Interesse daran, daß dem Verbraucher abträgliche Be-

stimmungen keine Wirkungen zeitigen. Dieses Interesse liegt materiell gesehen der Rechtsfolge der „Unverbindlichkeit“ der Klausel zugrunde, mag auch der Verbraucher sie unterzeichnet haben, sofern dies nicht darauf zurückzuführen ist, daß sie im einzelnen verhandelt wurde. Prozessual gesehen liegt es dem Eingreifen des Gerichts zugrunde, das bei Feststellung der Benachteiligung des Verbrauchers die Klausel unabhängig von dessen Prozeßverhalten unangewandt läßt.

27. Da also das System des Schutzes der durch die Richtlinie begründeten Rechte nicht „wirksam“ wäre, wenn man dem Gericht nicht die Möglichkeit eröffnete, die Vertragsklausel im Licht der Bestimmungen der Richtlinie von Amts wegen zu beurteilen, kann hieraus nur folgen, daß nationale Verfahrensvorschriften, die etwa eine solche Beurteilung nicht zuließen, vom Gericht bei Einhaltung der Pflichten zur Zusammenarbeit, die allen nationalen Stellen — einschließlich der Gerichte im Rahmen ihrer Zuständigkeiten — gemäß Artikel 5 EG-Vertrag (jetzt Artikel 10 EG) auferlegt sind, von der Anwendung ausgeschlossen werden müßten. Es handelt sich zudem um einen in der Rechtsprechung des Gerichtshofes häufig herangezogenen Grundsatz, wonach nationale Verfahrensvorschriften im Einklang mit dem allgemeinen Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts¹² vom Gericht nicht angewandt werden dürfen, wenn sie einen

11 — Ich weise in diesem Zusammenhang darauf hin, daß der französische Gesetzgeber bei der Umsetzung der Richtlinie die verbraucherschutzrechtlichen Vorschriften über mißbräuchliche Klauseln ausdrücklich als „zwingendes Recht“ bezeichnet hat (vgl. Code de consommation, Artikel L.132-1); in der Lehre wird als Folge dieser Einstufung erklärt: „Das Gericht hat künftig die Nichtigkeit der mißbräuchlichen Klausel von Amts wegen zu berücksichtigen“ (A. Karimi, „Les modifications des dispositions du code de la consommation concernant les clauses abusives par la loi n° 95-96 du 1er février 1995“, in: *Les petites affiches*, Nr. 54 [1995], S. 4 ff.). In Italien bestimmt der neue Artikel 1469-quinquies des bürgerlichen Gesetzbuchs zunächst, daß als mißbräuchlich anzusehende Klauseln „unwirksam [sind], während der Vertrag im übrigen wirksam bleibt“, um dann zu ergänzen: „Die Unwirksamkeit gilt nur zugunsten des Verbrauchers und kann von Amts wegen berücksichtigt werden.“ Zum belgischen System vgl. E. Balate, „Le contrôle des clauses abusives: premier bilan“, in: *Droit de la consommation*, 1997, S. 321 ff., insbes. S. 131 und 140, wo es heißt, daß der Natur der betreffenden Vorschriften als zwingendes Recht zu entnehmen sei, daß das Gericht sie von Amts wegen anzuwenden habe, auch wenn sich der Verbraucher nicht auf das Verfahren einlasse. Für eine allgemeine Bewertung vgl. M. Tenreiro, „The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems“, in: *European Review of Private Law*, 1995, S. 273 ff., insbes. S. 282, wo klargestellt wird, daß aus der Verwendung der nichttechnischen Wendung, daß mißbräuchliche Klauseln für den Verbraucher „unverbindlich“ sind, konkrete Folgerungen gezogen werden können, u. a. die, daß „das Gericht ... eine Klausel ex officio als mißbräuchlich festzustellen und ihre Anwendung abzulehnen [hat], ohne hierzu vom Verbraucher besonders aufgefordert werden zu müssen“.

12 — Urteil vom 9. März 1978 in der Rechtssache 106/77 (Simmenthal, Slg. 1978, 629, Randnrn. 17 bis 24).

wirksamen Schutz der im Gemeinschaftsrecht begründeten Rechte nicht zulassen¹³.

Es sei allerdings darauf hingewiesen, daß im vorliegenden Fall die Gemeinschaftsnorm, die eine solche Wirkung hätte, Teil einer Richtlinie ist, die nicht fristgemäß in innerstaatliches Recht umgesetzt worden ist. Bedenkt man, daß es sich bei der Auseinandersetzung in den Ausgangsverfahren um einen Rechtsstreit zwischen Privaten handelt, so stellt sich damit das Problem, ob sich ein solcher Umstand negativ auf die Feststellung der dem nationalen Richter zustehenden Befugnisse auswirken kann.

28. Hierzu ist vor allem darauf hinzuweisen, daß es im vorliegenden Fall nicht

13 — Zur Frage des Verhältnisses zwischen den Pflichten des nationalen Gerichts und den Grundsätzen des nationalen Verfahrensrechts hat der Gerichtshof bekanntlich mehrfach festgestellt, daß es mangels einer entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Regelung Sache der nationalen Rechtsordnung jedes Mitgliedstaats ist, die Verfahrensmodalitäten für Rechtsbehelfe festzulegen, die den Schutz der Rechte sichern sollen, die den einzelnen aufgrund des Gemeinschaftsrechts zustehen. Diese Modalitäten dürfen aber nicht weniger günstig sein als die, die für ähnliche Rechtsbehelfe des innerstaatlichen Rechts vorgesehen sind, oder die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte erschweren oder praktisch unmöglich machen (vgl. hierzu Urteile vom 16. Dezember 1976 in der Rechtssache 33/76, Rewe, Slg. 1976, 1989, Randnr. 5, vom 16. Dezember 1976 in der Rechtssache 45/76, Comer, Slg. 1976, 2043, Randnrn. 12 bis 16, vom 27. Februar 1980 in der Rechtssache 68/79, Just, Slg. 1980, 501, Randnr. 25, vom 9. November 1983 in der Rechtssache 199/82, San Giorgio, Slg. 1983, 3595, Randnr. 14, vom 25. Februar 1988 in den verbundenen Rechtssachen 331/85, 376/85 und 378/85, Bianco und Girard, Slg. 1988, 1099, Randnr. 12, vom 24. März 1988 in der Rechtssache 104/86, Kommission/Italien, Slg. 1988, 1799, Randnr. 7, vom 14. Juli 1988 in den verbundenen Rechtssachen 123/87 und 330/87, Jeunehomme und EGI, Slg. 1988, 4517, Randnr. 17, vom 19. November 1991 in den verbundenen Rechtssachen C-6/90 und C-9/90, Francovich u. a., Slg. 1991, I-5357, Randnr. 43, vom 9. Juni 1992 in der Rechtssache C-96/91, Kommission/Spanien, Slg. 1992, I-3789, Randnr. 12, vom 1. April 1993 in den verbundenen Rechtssachen C-31/91 bis C-44/91, Lageder u. a., Slg. 1993, I-1761, Randnrn. 27 bis 29, vom 14. Dezember 1995 in den verbundenen Rechtssachen C-430/93 und C-431/93, Van Schijndel, Slg. 1995, I-4705, Randnrn. 16 und 17, vom 14. Dezember 1995 in der Rechtssache C-312/93, Peterbroeck, Slg. 1995, I-4599, Randnr. 12, vom 17. Juli 1997 in der Rechtssache C-242/95, GT-Link, Slg. 1997, I-4449, Randnrn. 24 und 27, und vom 1. Juni 1999 in der Rechtssache C-126/97, Eco Swiss, Slg. 1999, I-3055, Randnrn. 31 bis 41).

sinnvoll wäre, zum Mittel der dem Ziel und dem Buchstaben der Richtlinie entsprechenden „konformen Auslegung“ der nationalen Vorschriften zu greifen, wie sie nach der bekannten Rechtsprechung des Gerichtshofes vom nationalen Gericht gefordert wird, falls eine Richtlinie nicht ordnungsgemäß in innerstaatliches Recht umgesetzt worden ist. Zwar ist eine genauere und kundigere Beurteilung Sache des nationalen Gerichts, es liegt indessen auf der Hand, daß hier — obzwar das materielle spanische Recht vor der Umsetzung sinnvoll so ausgelegt werden könnte, daß der in Rede stehende Mangel zu denen gehörte, die zur „Nichtigkeit von Rechts wegen“ der Vertragsklausel führten¹⁴ — zwischen den nationalen Verfahrensvorschriften und der Richtlinie ein klarer und offener Widerspruch besteht, so daß ihre Anwendung zu völlig unterschiedlichen Ergebnissen führt. Auf der einen Seite erlaubt es die nationale Verfahrensvorschrift auch bei Verträgen zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher, die in den Geltungsbereich der Richtlinie fallen, abweichend von den allgemeinen Zuständigkeitskriterien als ausschließlich zuständig für Streitigkeiten aus dem Vertrag das Gericht am Sitz des Gewerbetreibenden zu vereinbaren. Andererseits verlangen die bereits herausgearbeiteten allgemeinen Grundsätze, die für die Verbraucherschutzregelung in der Richtlinie maßgebend sind, daß die Vertragsklausel mit einem solchen Inhalt, weil im Sinne der Richtlinie „mißbräuchlich“, für den Verbraucher nicht verbindlich sein darf. Ganz offensichtlich gibt es keine nationale Rechtsvorschrift, die so „ausgelegt“ werden könnte, daß das von der Richtlinie

14 — Vgl. Artikel 10 Absätze 1 und 4 des Gesetzes 26/1984.

angestrebte Ziel erreicht würde¹⁵. Eine genauere Beurteilung in dieser Richtung ist allerdings, wie bereits gesagt, Sache des nationalen Gerichts.

29. Da somit die beiden Normen nicht miteinander vereinbar sind, bliebe dem mit der Entscheidung des Rechtsstreits befaßten Gericht nichts anderes übrig, als zwischen den beiden im „Wettbewerb“ stehenden Rechtsvorschriften — eine nationalen Ursprungs, die die Gerichtsstandsklausel zuläßt, und die andere des Gemeinschaftsrechts, die verlangt, daß sich das Gericht von Amts wegen für unzuständig erklärt — eine Wahl zu treffen. Damit ist die Frage zu prüfen, ob eine nicht fristgerecht umgesetzte Richtlinie als Parameter für die Rechtmäßigkeit nationaler Verfahrensvorschriften dienen kann, mit der Folge, daß das nationale Gericht verpflichtet wäre, diese Vorschriften nicht anzuwenden, um den Vorrang der Gemeinschaftsbestimmungen zu sichern und damit einen wirksamen Schutz der durch diese vermittelten Rechtsverhältnisse zu ermöglichen, und zwar obwohl sich bei der Streitigkeit der Ausgangsverfahren zwei

Private gegenüberstehen — ohne Bedeutung ist natürlich in diesem Zusammenhang, daß sich eine der Parteien nicht auf das Verfahren eingelassen hat. Müßte man allerdings davon ausgehen, daß eine nicht umgesetzte Richtlinie keine solche Wirkung haben kann, so bliebe dem nationalen Gericht nichts anderes übrig, als die Gültigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung nach Maßgabe der Klausel anzuerkennen, die es selbst als mißbräuchlich betrachtet.

30. In diesem Punkt bin ich der Auffassung, daß eine ordnungsgemäße Anwendung des Grundsatzes des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht sowie das Erfordernis, eine einheitliche Anwendung der Gemeinschaftsbestimmungen sicherzustellen, dazu führen müssen, daß nicht umgesetzte Richtlinien, sobald der Zeitpunkt für ihre Umsetzung in nationales Recht verstrichen ist, die Wirkung haben müssen, die *Anwendung der abweichenden nationalen Vorschrift auszuschließen*, und zwar selbst dann, wenn sie wegen fehlender Genauigkeit oder weil sie in „horizontalen“ Beziehungen nicht unmittelbar wirksam sind, dem einzelnen keine gerichtlich einforderbaren Rechte verleihen. Die bereits erwähnte Pflicht zur Zusammenarbeit, die jeder staatlichen Stelle im Rahmen ihrer Zuständigkeit obliegt, erlegt es den Gerichten und der Verwaltung auf, das abweichende nationale Gesetz sozusagen „auszusondern“. Dieses Ergebnis zeichnet sich, wie wir sehen werden, in der Rechtsprechung des Gerichtshofes bereits filigranhaft ab, wird

15 — Im Urteil vom 26. September 1996 in der Rechtssache C-168/95 (Arcaro, Slg. 1996, I-4705) hat der Gerichtshof aufgrund der zutreffenden Prämisse, daß das Gemeinschaftsrecht es nicht zuläßt, von der Vorschrift einer nicht umgesetzten Richtlinie abweichende nationale Vorschriften zu eliminieren, entschieden, daß das Mittel der „konformen Auslegung“ seine Grenzen findet, wenn eine solche Auslegung dazu führt, daß einem einzelnen eine in einer nicht umgesetzten Richtlinie vorgesehene Verpflichtung entgegeng gehalten wird, und erst recht dann, wenn sie dazu führt, daß auf der Grundlage der Richtlinie und in Ermangelung eines zu ihrer Umsetzung erlassenen Gesetzes die strafrechtliche Verantwortlichkeit derjenigen verschärft wird, die gegen die Richtlinienbestimmungen verstoßen (Randnr. 42). Der Gerichtshof hat es daher richtigerweise ausgeschlossen, daß man unter dem Vorwand einer „konformen Auslegung“ des nationalen Rechts anhand einer nicht umgesetzten Richtlinie einem Privaten wegen Verletzung der nicht umgesetzten Richtlinie eine Sanktion auferlegen könnte, insbesondere wenn sie strafrechtlicher Art ist.

aber auch in der Lehre seit langem aufmerksam verfolgt¹⁶.

16 — Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien erwähnt: D. Simon, *La directive européenne*, Paris 1997, S. 4 ff., der ausführt: „Die Pflicht, dem Gemeinschaftsrecht widersprechende nationale Vorschriften auszuschalten, ist dem nationalen Gericht wegen des Grundsatzes des Vorrangs selbst dann auferlegt, wenn die betreffende Norm keine unmittelbare Wirkung hat. Zwar darf sich das nationale Gericht ... nicht an die Stelle der für die Umsetzung zuständigen Stelle setzen, doch verbietet ihm niemand, die Anwendung einer nationalen Vorschrift abzulehnen, die mit einer Norm vereinbar ist, die wegen des Grundsatzes des Vorrangs in der Normenhierarchie höher steht. E contrario würde hingegen jede Lösung, die darauf hinausläufe, daß die nationalen Gerichte einer mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbaren nationalen Vorschrift den Vorzug geben könnten, den Vorrang des Gemeinschaftsrechts und insbesondere im vorliegenden Fall die Verbindlichkeit und die einheitliche Anwendung der Richtlinien in Frage stellen. Allerdings setzt die vorgeschlagene Betrachtungsweise eine Trennung von unmittelbarer Wirkung und Vorrang voraus; diese Trennung scheint indessen tatsächlich eine der beherrschenden Richtungen in der jüngsten Entwicklung der Rechtsprechung zu sein“ (Hervorhebung von mir); Prechal, „Directives“ in: *European Community Law*, Amsterdam 1995, insbes. S. 121 und 122: „Wenn die theoretische Grundlage des Grundsatzes des Vorrangs die Vorstellung einer autonomen Gemeinschaftsrechtsordnung ist, die auf einer Übertragung von Befugnissen auf die Gemeinschaft und den entsprechenden Beschränkungen der souveränen Rechte der Mitgliedstaaten beruht ..., können nationale Rechtsvorschriften, die gegen eine Richtlinie verstoßen, nicht angewandt oder rechtsgültig erlassen werden, weil sie ultra vires sind In der Praxis wird häufig Richtlinien und dem Gemeinschaftsrecht allgemein in der Hierarchie der Normen, die in einem nationalen Rechtssystem gelten, ein höherer Rang zugestanden.“ A. Ruggieri, „Continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sent. n. 170 del 1984, in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno: dalla ‚teoria‘ della separazione alla ‚prassi‘ dell’integrazione intersistemica?“, in: *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, S. 1583, 1608: „Nach fruchtlosem Ablauf der Frist zu ihrer Anpassung müssen abweichende Gesetze, die nicht sofort den Gemeinschaftsanforderungen angepaßt werden, bei rigoröser, folgerichtiger Bekräftigung des Vorrangs als mit dem Mangel nachträglicher Verfassungswidrigkeit behaftet angesehen werden, so wie sich als rechtswidrig die abweichenden Bestimmungen erweisen, die später erlassen werden.“ Vgl. auch Timmermans, „Directives: their Effects within the National Legal Systems“, in: *Common Market Law Review*, 1979, S. 533 ff.; Galmot und Bonichot, „La Cour de justice européenne et la transposition des directives en droit national“, in: *Revue française de Droit administratif*, 1988, S. 4 ff.; Manin, „L’invocabilité des directives: quelques interrogations“, in: *Revue trimestrielle de droit européen*, 1990, S. 669, 690; Bach, „Direkte Wirkung von EG-Richtlinien“, in: *JZ*, 1990, S. 1108 ff.; Lenaerts, „L’égalité de traitement en droit communautaire“, in: *Cahiers de droit européen*, 1991, S. 38 und Fußnote 120; Slot, „Commento alla sentenza CIA Security International SA“, in: *Common Market Law Review*, 1996, S. 1036, 1049; Timmermans, „Community Directives Revisited“, in: *Yearbook of European Law*, 1998, S. 1 ff.; Barav, *Rapport Général, XVIII Congrès FIDE*, Stockholm, 1998, Band III (Les directives communautaires: effets, efficacité, justiciabilité), S. 433 ff. Zu den Unsicherheiten aufgrund der Rechtsprechung des Gerichtshofes vgl. C. Holson, T. Downes, „Making Sense of Rights: Community Rights“, in: *E.C. Law, European Law Review*, 1999, S. 121 ff.

31. Zur Begründung dieses Ergebnisses weise ich darauf hin, daß der Gerichtshof zunächst zum einen auf die Verbindlichkeit der Richtlinie nach Artikel 189 EG-Vertrag (jetzt Artikel 249 EG) abgestellt hat, die die Verpflichtung der Mitgliedstaaten einschließt, das von ihr vorgegebene Ziel zu erreichen, und zum anderen auf die Pflicht, nach Artikel 5 EG-Vertrag, alle allgemeinen und besonderen Vorkehrungen zu treffen, die geeignet sind, dieses Ergebnis zu erzielen, und sodann klargestellt hat, daß diese Pflichten alle Organe der Mitgliedstaaten einschließlich der Justizorgane im Rahmen ihrer Zuständigkeiten treffen. In diesem Zusammenhang hat der Gerichtshof vor allem anerkannt, daß die nationalen Gerichte bei der Anwendung nationalen Rechts, unabhängig davon, ob es sich um vor oder nach der Richtlinie erlassene Rechtsvorschriften handelt, das eigene Recht im Licht des Wortlauts und des Zieles der Richtlinie auszulegen haben. Bei zwei möglichen Auslegungen nationaler Vorschriften hat daher das Gericht derjenigen den Vorzug zu geben, die es ermöglicht, das in der Richtlinie vorgesehene Ziel zu erreichen¹⁷. Über diese wohl alles andere als revolutionäre „konforme Auslegung“ hinaus hat der Gerichtshof erst kürzlich aus dem im Vergleich zu den nationalen Vorschriften höheren Rang der Richtlinien in der Hierarchie der Rechtsquellen weitere Konsequenzen gezogen.

17 — Urteile vom 10. April 1984 in der Rechtssache 14/83 (Von Colson und Kamann, Slg. 1984, 1891, Randnr. 26), vom 13. November 1990 in der Rechtssache C-106/89 (Marleasing, Slg. 1990, I-4135, Randnr. 8), vom 16. Dezember 1993 in der Rechtssache C-334/92 (Wagner Miret, Slg. 1993, I-6911, Randnr. 20), und vom 25. Februar 1999 in der Rechtssache C-131/97 (Carbonari, Slg. 1999, I-1103, Randnr. 48). Bemerkenswert ist, daß der Gerichtshof im Urteil Marleasing dem vorlegenden Gericht aufgegeben hat, das eigene Bürgerliche Gesetzbuch so auszulegen, daß die Anwendung von Vorschriften, die bei Verträgen zur Gründung einer Kapitalgesellschaft nach einer nicht umgesetzten Richtlinie nicht zulässige Nichtigkeitsgründe vorsehen, ausgeschlossen wird. Mithin läßt sich auch dieses Urteil in die Reihe derjenigen einreihen, in denen der Gerichtshof nicht umgesetzten Richtlinien unabhängig von der „Vertikalität“ oder „Horizontalität“ der Beziehung die Wirkung des „Ausschlusses“ damit unveränderbarer nationaler Vorschriften zuerkennt hat. Vgl. Louis, *L’ordre juridique communautaire*, Brüssel 1993, S. 147 bis 149.

Dies ist gerade bei Streitigkeiten geschehen, bei denen sich ausschließlich Privatpersonen gegenüberstanden, und damit wurde, wenn auch nur stillschweigend, zutreffend zwischen der unmittelbaren Wirkung einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts im engeren Sinne, d. h. der Möglichkeit, sich in einem gerichtlichen Verfahren gegenüber einem anderen auf diese Vorschrift zu berufen, und ihrer Eignung unterschieden, als Parameter für die Rechtmäßigkeit einer in der Quellenhierarchie niedriger angesiedelten Rechtsnorm zu dienen¹⁸.

32. Hierzu kann auch das Urteil CIA Security International vom 30. April 1996 angeführt werden¹⁹. Bei dieser Gelegenheit ist der Gerichtshof vom Tribunal de commerce Lüttich um Auslegung der Artikel 8 und 9 der Richtlinie 83/189/EWG des Rates vom 28. März 1983 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen

und technischen Vorschriften²⁰ im Zusammenhang mit nationalen Vorschriften ersucht worden, die die Bauartgenehmigung von Alarmsystemen und -zentralen forderten. Im Verfahren vor dem vorliegenden Gericht hatte ein Unternehmen (CIA Security International SA, nachstehend: CIA), das sich mit dem Vertrieb von Alarmanlagen befaßte, zwei Konkurrenzunternehmen wegen unlauteren Wettbewerbs verklagt, da diese seiner Meinung nach verleumderische Behauptungen über die Qualität der von ihm vertriebenen Alarmsysteme geäußert hatten. Die beiden beklagten Unternehmen trugen u. a. vor, daß dieses System nicht den geltenden belgischen Rechtsvorschriften entspreche, da es keine Bauartgenehmigung nach diesen Vorschriften habe. CIA hielt dem entgegen, daß die nationalen Rechtsvorschriften nicht angewandt werden dürften, da sie der Kommission nicht gemäß der Richtlinie notifiziert worden seien. Obwohl es sich um eine Auseinandersetzung von Privaten handelte, hat der Gerichtshof zutreffend auf seine ständige Rechtsprechung hingewiesen, wonach „in allen Fällen, in denen die Bestimmungen einer Richtlinie inhaltlich als unbedingt und hinreichend genau erscheinen, diese Bestimmungen gegenüber allen nicht richtlinienkonformen nationalen Vorschriften herangezogen werden können“ (Randnr. 42; Hervorhebung von mir). Der Verstoß des Staates gegen die Richtlinie (hier die unterlassene Mitteilung der technischen Vorschriften entgegen der Verpflichtung nach der Richtlinie) stellt im Licht der mit ihr verfolgten Ziele „einen Verfahrensfehler beim Erlaß der betreffenden technischen Vorschriften dar ... [und führt] zur Unanwendbarkeit dieser technischen Vorschriften, so daß sie einzelnen nicht entgegengehalten werden können“ (Randnr. 45). Letztlich ergibt sich

18 — Es sei darauf hingewiesen, daß diese Unterscheidung im Urteil vom 16. Juni 1998 in der Rechtssache C-162/96 (Racke, Slg. 1998, I-3655) zum Thema des Verhältnisses zwischen einem Gemeinschaftsakt des abgeleiteten Rechts und einer Norm des allgemeinen Völkerrechts klar zutage tritt. Aufgrund der Maßgabe, daß die Regeln des Völkergewohnheitsrechts über die Beendigung und die Suspendierung vertraglicher Beziehungen wegen einer grundlegenden Änderung der Umstände die Gemeinschaftsorgane binden und Bestandteil der Rechtsordnung der Gemeinschaft sind (Randnr. 46), hat der Gerichtshof festgestellt: „Im vorliegenden Fall stellt die Betroffene die Gültigkeit einer Gemeinschaftsverordnung im Hinblick auf diese Regeln in Frage, um sich auf Ansprüche zu berufen, die sie unmittelbar aus einem Abkommen zwischen der Gemeinschaft und einem Drittland ableitet. Die vorliegende Rechtssache betrifft somit nicht die unmittelbare Wirkung dieser Regeln“ (Randnr. 47; Hervorhebung von mir). Letztlich wird wie im vorliegenden Fall die ranghöhere Norm unabhängig von der Existenz eines vor Gericht anführbaren Rechts zugunsten des einzelnen als Parameter für die Rechtmäßigkeit der rangniedrigeren Norm verwendet. Zwar betreffen die vorliegenden Rechtssachen anders als die Rechtssache Racke die Beziehungen zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, doch sollte dieser Umstand meines Erachtens nicht zu einer anderen Lösung führen, insbesondere wenn man den ausgesprochen „monistischen“ Ansatz berücksichtigt, den der Gerichtshof bei der Festlegung der Beziehungen zwischen den beiden Ordnungen stets bevorzugt hat.

19 — Rechtssache C-194/94 (Slg. 1996, I-2201).

20 — ABl. L 109, S. 8, geändert durch die Richtlinie 88/162/EWG des Rates vom 22. März 1988 (ABl. L 81, S. 75).

aus diesem Urteil, daß ein Privater einem anderen Privaten nicht die unterlassene Beachtung von Vorschriften vorwerfen kann, die unter Verletzung einer Richtlinie erlassen wurden. Diese wirkt wie ein „Schild“ gegen die Anwendung einer mit der Richtlinie selbst unvereinbaren Bestimmung, ohne daß es darauf ankäme, ob die Anwendung des abweichenden Gesetzes vor Gericht vom Staat (etwa in Gestalt einer staatlichen Kontrollstelle oder der Staatsanwaltschaft) oder von einem Privatmann eingefordert wird²¹.

33. In der Rechtssache Ruiz Bernáldez²² ist der Gerichtshof dagegen von der Audiencia Provincial Sevilla um Auslegung der Richtlinie 72/166/EWG des Rates vom 24. April 1972 betreffend die Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bezüglich der Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung und der Kontrolle der entsprechenden Versicherungspflicht²³ ersucht worden. In dieser Rechtssache war Herr Ruiz Bernáldez strafrechtlich wegen Trunkenheit am Steuer und zugleich zum Ersatz des einem Dritten zugefügten Schadens verurteilt worden. Die Gesellschaft, bei der Herr Ruiz versichert war, war hingegen nach den spanischen Vorschriften über die Versicherung von Schäden im Kraftfahrzeugverkehr von der Leistung an den Geschädigten frei, weil nach diesen Vorschriften eine derartige Verpflichtung nicht bestand, wenn sich der Versicherte zur Zeit des Unfalls im Zustand der Trunkenheit befand. Bei der Beantwortung der Vorabentscheidungsfrage hat der Gerichtshof die Vereinbarkeit der erwähnten Regelung mit Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie verneint

und ist somit zu dem Ergebnis gelangt, daß dieser Artikel „einer Regelung entgegensteht“, nach der sich der Versicherer auf Rechtsvorschriften oder Vertragsklauseln berufen kann, um Dritten, die Opfer eines durch das versicherte Fahrzeug verursachten Unfalls sind, eine Entschädigung zu verweigern“ (Randnr. 20). Auch in diesem Fall hat der Gerichtshof dem nationalen Gericht aufgegeben, nationale Vorschriften, die im Widerspruch zur Richtlinie stehen, selbst dann nicht anzuwenden, wenn diese nicht ordnungsgemäß umgesetzt worden ist. Der Privatmann — in diesem Fall die Versicherungsgesellschaft — mußte daher eine Zahlungspflicht erfüllen, die ihm nach den innerstaatlichen Vorschriften nicht oblag.

34. Andere Beispiele aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes bestätigen, daß nach dessen Auffassung die Richtlinie einen Parameter darstellt, auf dessen Grundlage die Rechtmäßigkeit nationaler Rechtsvorschriften unabhängig davon zu bewerten ist, ob sie den einzelnen „aktive“ subjektive Rechtspositionen vermittelt, die vor Gericht geltend gemacht werden können. Im Urteil Kommission/Deutschland vom 11. August 1995²⁴ hat der Gerichtshof den Standpunkt des betreffenden Mitgliedstaats, „nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes komme den Bestimmungen einer Richtlinie unmittelbare Wirkung nur dann zu, wenn diese dem einzelnen individuelle Rechte einräumten“ (Randnr. 24), eine klare Absage erteilt. Nach Auffassung der Bundesrepublik war, da die Artikel 2, 3 und 8 der Richtlinie über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten²⁵ solche Rechte nicht begründeten,

21 — Eine ähnliche Fallgestaltung wie die in der Rechtssache CIA Security findet sich in der jetzt anhängigen Rechtssache C-443/98 (Unilever Italia/Central Food).

22 — Urteil vom 28. März 1996 in der Rechtssache C-129/94 (Slg. 1996, I-1829).

23 — ABl. L 103, S. 1.

24 — Rechtssache C-431/92 (Slg. 1995, I-2189). Vgl. auch Urteil vom 24. Oktober 1996 in der Rechtssache C-72/95 (Kraaijeveld u. a., Slg. 1996, I-5403, Randnrn. 59 ff.).

25 — Richtlinie 85/537/EWG des Rates vom 27. Juni 1985 (ABl. L 175, S. 40).

eine unmittelbare Anwendung dieser Bestimmungen der Richtlinie ausgeschlossen, so daß die Genehmigung der Errichtung eines neuen Wärmekraftwerkblocks ohne vorherige Umweltverträglichkeitsprüfung nicht Anlaß für eine Vertragsverletzungsklage habe sein können. Der Gerichtshof ist diesem Einwand dadurch begegnet, daß er klar zwischen der Befolgung der Richtlinie und deren Wirkung auf die nationalen Rechtsvorschriften einerseits und ihrer unmittelbaren Wirkung zugunsten einzelner andererseits unterschieden hat²⁶. Die Frage der Verpflichtung des Staates zur Befolgung der Richtlinie habe mit der Möglichkeit für den einzelnen, sich unmittelbar auf die Vorschriften einer nicht umgesetzten Richtlinie zu berufen, nichts zu tun (Randnr. 26).

35. Noch bezeichnender scheint, was Streitigkeiten zwischen Privaten betrifft, die Lösung zu sein, die der Gerichtshof im Urteil *Bellone* vom 30. April 1998²⁷ erarbeitet hat. Der Gerichtshof hat hierbei die Richtlinie 86/653/EWG zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter²⁸ ausgelegt. Im Ausgangsverfahren klagte die Handelsvertreterin *Bellone* auf Zahlung einiger Beträge, die ihr angeblich für ihre Geschäftstätigkeit für die Firma *Yokohama* zustanden; die Firma machte demgegenüber die Nichtigkeit des Handelsvertretervertrags geltend, weil die Vertreterin nicht im Register der Handelsvertreter eingetragen gewesen sei. Es ging also augenscheinlich um einen Rechtsstreit zwischen Privaten. Der Gerichtshof, der

zunächst klar herausgestellt hatte, daß das nationale Recht die Gültigkeit des Vertrages von der Eintragung des Handelsvertreters in ein entsprechendes Register abhängig machte (Randnr. 12), hat den Bestimmungen der Richtlinie entnommen, daß ein Erfordernis dieser Art als Voraussetzung für den Schutz des Handelsvertreters nach der Richtlinie nicht zulässig sei. Er hat folglich eine nicht zu heilende Unvereinbarkeit der beiden Regelungen festgestellt, so daß offensichtlich jeder Rückgriff auf eine „konforme Auslegung“ auszuschließen war²⁹. Er ist daher zu dem Ergebnis gelangt, daß „die Richtlinie ... einer nationalen Regelung entgegen[steht], die die Gültigkeit eines Handelsvertretervertrags von der Eintragung des Handelsvertreters in ein dazu vorgesehenes Register abhängig macht“. Diese Feststellung muß im Kontext des Verfahrens unbedingt als Aufforderung an das vorle-

29 — Hierzu ist zu bemerken, daß der Gerichtshof häufig bei Streitigkeiten zwischen Privaten Bestimmungen einer Richtlinie unabhängig von deren Umsetzung so auslegt, daß er sie als die Regelung des konkreten Sachverhalts behandelt. Vgl., um nur einige neuere zu nennen, Urteile vom 29. Juni 1999 in der Rechtssache C-60/98 (*Butterfly Music*, Slg. 1999, I-3939) und vom 2. Dezember 1999 in der Rechtssache C-234/98 (*G. C. Allen*, Slg. 1999, I-8643). Auch wenn es zutrifft, daß, wie der Gerichtshof selbst festgestellt hat, die „Auslegung der Richtlinie unabhängig von ihren Wirkungen ... für das nationale Gericht zweckmäßig sein [kann], damit sichergestellt wird, daß das zur Durchführung der Richtlinie erlassene Gesetz gemeinschaftskonform ausgelegt und angewendet wird“ (Urteil vom 20. Mai 1976 in der Rechtssache 111/75, *Mazzalai*, Slg. 1976, 657, Randnr. 10), kommt diese Klarstellung doch nicht ins Spiel, wenn, wie im gegebenen Fall oder im zuerst genannten Fall *Bellone*, eine nicht zu heilende Unvereinbarkeit der gemeinschaftlichen und der nationalen Regelung festzustellen ist. Es kann nicht eingewandt werden, daß das Urteil des Gerichtshofes auch als sachdienliche Beurteilung für eine etwaige Haftung des Mitgliedstaats wegen Verletzung seiner Pflicht zur Umsetzung der Richtlinie verstanden werden könnte, weil man sich damit vom Ausgangsverfahren, an dem zwei Private und nicht der Mitgliedstaat beteiligt sind, lösen und dem Gerichtshof die von ihm stets zurückgewiesene Aufgabe übertragen würde, sich zu hypothetischen Fragen zu äußern (Urteil vom 16. Juli 1992 in der Rechtssache C-343/90, *Laurenço Dias*, Slg. 1992, I-4673). Außerdem unterscheidet sich der Sachverhalt der Ausgangsverfahren von dem, der zum Urteil vom 7. Dezember 1995 in der Rechtssache C-472/93 (*Spano*, Slg. 1995, I-4321) geführt hat, in dem der Gerichtshof in einer Auseinandersetzung zwischen Privaten den Inhalt einer nicht umgesetzten Richtlinie ausgelegt hat, weil das vorlegende Gericht wissen wollte, „inwieweit das nationale Recht, insbesondere Artikel 2112 des Zivilgesetzbuchs, richtlinienkonform ausgelegt werden kann“ (Randnr. 18).

26 — Zu dieser Auslegung vgl. D. Edward, „Direct Effect, The Separation of Powers and the Judicial Enforcement of Obligations“, in: *Studi in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Band II, Diritto dell'Unione europea, Mailand 1998, S. 423, 438.

27 — Rechtssache C-215/97 (Slg. 1998, I-2191).

28 — ABl. L 382, S. 17.

gende Gericht verstanden werden, die widersprechende nationale Regelung nicht anzuwenden, weil sie mit der nicht wie vorgesehen umgesetzten Richtlinie unvereinbar war³⁰.

36. Außerdem würde man nur schwer annehmbare Folgen provozieren, wenn man den Gemeinschaftsrichtlinien nicht auf der Grundlage der fundamentalen Prinzipien des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts und seiner einheitlichen Anwendung in den Mitgliedstaaten eine Superiorität in der Normenhierarchie mit der notwendig hieraus folgenden Pflicht für Justiz- und Verwaltungsorgane einräumen würde, abweichende nationale Vorschriften nicht anzuwenden. Man denke etwa an den Fall, daß ein Mitgliedstaat, der zunächst seinen Verpflichtungen nach Artikel 189 EG-Vertrag nachgekommen ist (weil die vor oder nach der Richtlinie erlassenen Vorschriften deren Inhalt beachten), danach Vorschriften erläßt, die eine offensichtlich widersprechende Regelung enthalten. Es handelt sich durchaus um einen Fall, der alles andere als unwahrscheinlich ist³¹. In Fällen dieser Art könnte, wenn man den Richtlinien nach Ablauf der für ihre Umsetzung vorgesehenen Frist nicht die Wirkung zuerkennen würde, Einfluß auf den gültigen Erlaß nationaler Vorschriften zu

nehmen, das nationale Gericht in einem Rechtsstreit zwischen Privaten nichts anderes tun, als die später, wenn auch entgegen der Richtlinie erlassenen nationalen Vorschriften anzuwenden und dem einzelnen, sofern die Voraussetzungen vorlägen, bloßen Schadensersatz zuzusprechen. Es liegt auf der Hand, daß eine solche Lösung alles andere als befriedigend wäre; soweit es dann gilt, die Konsequenzen aus dem hierarchischen Verhältnis zwischen der Gemeinschaftsrechtsordnung und der innerstaatlichen Rechtsordnung zu ziehen, kommt ganz offensichtlich dem Umstand, daß das Gesetz vor oder nach Ablauf der Frist für die Umsetzung der Richtlinie erlassen wurde, keinerlei Bedeutung zu³².

37. Letztlich bedeutet die Funktion des nationalen Gerichts als Gemeinschaftsgericht des allgemeinen Rechts, daß ihm die heikle Aufgabe zukommt, für den Vorrang des Gemeinschaftsrechts gegenüber dem nationalen Recht Sorge zu tragen. Da vermieden werden muß, daß die eigentliche Harmonisierungsfunktion der Gemeinschaftsrichtlinien durch das einseitige Verhalten von Mitgliedstaaten beeinträchtigt wird, handele es sich dabei um Unterlassungen (Ausbleiben der fristgerechten Umsetzung der Richtlinie) oder um positive Handlungen (Erlaß abweichender nationaler Vorschriften), bedeutet dies, daß die Anwendung nicht richtlinienkonformer nationaler Vorschriften auf jeden Fall ausgeschlossen bleiben muß. Diese „Ausschluß-“Wirkung muß, damit sie Ergeb-

30 — Dieses Urteil ist in der Tat von den italienischen Gerichten so verstanden worden. Vgl. Urteil der Corte suprema di cassazione, Sez. Lavoro, Nr. 4817 vom 18. Mai 1999, die bei einem Rechtsstreit zwischen Privaten die Anwendung der nach dem Urteil des Gerichtshofes nicht richtlinienkonformen nationalen Vorschriften ausgeschlossen hat.

31 — Eine derartige Frage ist Gegenstand der anhängigen Rechtssache C-343/98 (Collino und Chiappero), in der der Gerichtshof in einem Rechtsstreit zwischen Privaten die Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14. Februar 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen (ABl. L 161, S. 26) auszulegen hat.

32 — Urteil Simmenthal (zitiert in Fußnote 12, Randnr. 17).

nisse zeitigen kann, jedesmal dann einsetzen, wenn die nationale Vorschrift Bedeutung für die Entscheidung eines Streites gewinnt, ohne daß es auf die öffentliche oder private Natur der beteiligten Rechtsobjekte ankäme.

mittelbar aus der Pflicht zur Zusammenarbeit nach Artikel 5 des Vertrages ergibt, in allen Fällen eintreten zu lassen, in denen die Vorschrift Bedeutung gewinnt, einschließlich natürlich der Streitigkeiten zwischen Privaten.

38. Außerdem sei darauf hingewiesen, daß eine solche Lösung, die zwischen „Ersetzungswirkung“ und „Ausschlußwirkung“ einer nicht fristgerecht umgesetzten Richtlinie unterscheidet, im Kern bereits in der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu den Folgen der Feststellung einer Verletzung der Pflichten aus dem Vertrag angelegt ist. Bekanntlich hat der Gerichtshof mehrfach entschieden, daß die Feststellung der Verletzung einer im Gemeinschaftsrecht begründeten Pflicht für die Gerichte und Verwaltungsbehörden des betreffenden Mitgliedsstaats die Pflicht mit sich bringt, die abweichende nationale Vorschrift nicht anzuwenden. Diese Pflicht, die zunächst auf Verstöße gegen Bestimmungen des Vertrages beschränkt war³³, wurde dann auch auf Verletzungen von Bestimmungen einer nicht umgesetzten Richtlinie ausgedehnt³⁴. Bedenkt man, daß ein Urteil des Gerichtshofes nach Artikel 169 EG-Vertrag (jetzt Artikel 226 EG) keine konstitutive Wirkung hat und sich darauf beschränkt, eine Pflichtverletzung des Staates festzustellen, so ist daraus abzuleiten, daß ein Eingreifen des Gerichtshofes nicht erforderlich ist, um die Wirkung des „Ausschlusses“, der sich un-

39. Aufgrund all dieser Erwägungen bin ich der Meinung (und kehre damit zu unserem Fall zurück), daß es keine Schwierigkeiten bereitet, sondern mit den allgemeinen Grundsätzen, die für die Beziehungen zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht maßgebend sind, durchaus übereinstimmt, wenn man vom nationalen Gericht verlangt, die nationale Verfahrensvorschrift außer acht zu lassen, um die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts auch dann sicherzustellen, wenn dieser Mechanismus sich dahin auswirkt, daß in einem Rechtsstreit zwischen Privaten die Anwendung einer Vorschrift der Verfahrensordnung ausgeschlossen wird, die mit den Bestimmungen einer nicht umgesetzten Richtlinie unvereinbar ist. Der Ausschluß der unzulässigen Klausel würde im vorliegenden Fall nicht zu einer Rechtslücke führen — die auf jeden Fall durch analoge Anwendung oder durch Rückgriff auf allgemeine Grundsätze des nationalen Rechts zu füllen wäre, soweit die nationale Regelung den Grundsätzen entspricht, denen die Richtlinie folgt —, da eine etwaige Lücke durch Anwendung der allgemeinen Verfahrensregel zu schließen ist, die die Anrufung des Gerichts am Wohnsitz des Schuldners vorschreibt.

33 — Urteil vom 13. Juli 1972 in der Rechtssache 48/71 (Kommission/Italien, Slg. 1972, 529, Randnr. 7).

34 — Urteil vom 19. Januar 1993 in der Rechtssache C-101/91 (Kommission/Italien, Slg. 1993, I-191, Randnr. 23).

Ergebnis

40. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, die Frage des Juzgado de Primera Instancia Barcelona wie folgt zu beantworten:

Die Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen erlaubt es dem nationalen Gericht, sich von Amts wegen bei der Entscheidung über eine Klage vor den ordentlichen Gerichten vorbeugend zur Mißbräuchlichkeit einer dieser Klauseln zu äußern.