MARTÍN MARTÍN

SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN VERICA TRSTENJAK vom 7. Mai 2009 [1]

Inhaltsverzeichnis

I — Einleitung . . . . . I - 11942

II — Rechtlicher Rahmen . . . . . I - 11943

A — Gemeinschaftsrecht . . . . . I - 11943

1. EG-Vertrag . . . . . I - 11943

2. Die Richtlinie 85/577 . . . . . I - 11944

B — Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union . . . . . I - 11946

C — Nationales Recht . . . . . I - 11947

III — Sachverhalt, Ausgangsverfahren und Vorlagefrage . . . . . I - 11948

IV — Verfahren vor dem Gerichtshof . . . . . I - 11949

V — Vorbringen der Beteiligten . . . . . I - 11950

VI — Würdigung durch die Generalanwältin . . . . . I - 11954

A — Einleitung . . . . . I - 11954

B — Prüfung der Vorlagefrage . . . . . I - 11955

1. Einleitend zur Vorlagefrage . . . . . I - 11955

a) Gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen, um deren Auslegung das vorlegende Gericht ersucht . . . . . I - 11955

b) Von der Vorlagefrage aufgeworfene Probleme . . . . . I - 11957

2. Zur Frage, ob die relative Nichtigkeit des Vertrags eine geeignete Maßnahme im Sinne von Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie 85/577 ist . . . . . I - 11958

1 — Originalsprache: Slowenisch.

3. Allgemeine Regel: Im Gemeinschaftsrecht existiert keine allgemeine Pflicht zur Prüfung von Amts wegen . . . . . I - 11962

4. Ausnahme von der allgemeinen Regel: Rechtsprechung zu den Richtlinien 93/13 und 87/102 . . . . . I - 11963

a) Rechtsprechung zur Richtlinie 93/13 . . . . . I - 11963

b) Rechtsprechung zur Richtlinie 87/102 . . . . . I - 11965

5. Übertragung der Rechtsprechung zu den Richtlinien 93/13 und 87/102 auf die vorliegende Rechtssache . . . . . I - 11965

6. Recht oder Pflicht des nationalen Gerichts, *ex officio* tätig zu werden? . . . I - 11973

C — Ergebnis . . . . . I - 11974

VII — Entscheidungsvorschlag . . . . . I - 11975

I — Einleitung

1. Die vorliegende Rechtssache wirft die Frage auf, ob ein nationales Gericht von Amts wegen tätig werden und einen außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag für nichtig erklären darf, weil der Verbraucher nicht über sein Widerrufsrecht belehrt wurde, obwohl ihm das geltende nationale Recht in diesem Fall kein Tätigwerden von Amts wegen erlaubt und der Verbraucher, der eine solche Belehrung nicht erhalten hat, selbst die Nichtigerklärung des Vertrags beantragen muss. Die Rechtssache bezieht sich auf die Auslegung der Bestimmungen des EG-Vertrags zum Verbraucherschutz sowie die Auslegung von Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen [2] (im Folgenden: Richtlinie 85/577), wonach die Mitgliedstaaten für geeignete Maßnahmen zum Schutz des Verbrauchers für den Fall sorgen müssen, dass er nicht über das Widerrufsrecht belehrt wurde.

2. Bei einem außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag spielt für den Schutz des Verbrauchers nicht nur sein Recht auf Widerruf eines solchen Vertrags eine Schlüsselrolle, sondern auch der Umstand, dass er über dieses Recht ordnungsgemäß belehrt wird sowie dass geeignete und wirksame Maßnahmen für den Fall gewährleistet sind, dass ihm diese Belehrung nicht erteilt wird. Wenn der Verbraucher einen solchen Vertrag

2 — ABl. L 372, S. 31.

abschließt, kann er nämlich oft nicht alle Folgen, die dieser für ihn haben wird, objektiv abschätzen. Da der Verbraucher die schwächere Vertragspartei ist, wird in der vorliegenden Rechtssache zu prüfen sein, ob es zum wirksamen Schutz seiner Rechte erforderlich ist, dass nationale Gerichte in Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit solchen Verträgen von Amts wegen über die Wahrung der Verbraucherrechte wachen.

t) einen Beitrag zur Verbesserung des Verbraucherschutzes;

…“

II — Rechtlicher Rahmen

4. Art. 95 EG sieht vor:

A — *Gemeinschaftsrecht*

„…

1. EG-Vertrag

3. In Art. 3 Abs. 1 EG heißt es:

„Die Tätigkeit der Gemeinschaft im Sinne des Artikels 2 umfasst nach Maßgabe dieses Vertrags und der darin vorgesehenen Zeitfolge:

(3) Die Kommission geht in ihren Vorschlägen nach Absatz 1 in den Bereichen Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz und Verbraucherschutz von einem hohen Schutzniveau aus und berücksichtigt dabei insbesondere alle auf wissenschaftliche Ergebnisse gestützten neuen Entwicklungen. Im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse streben das Europäische Parlament und der Rat dieses Ziel ebenfalls an.

…

…“

5. Art. 153 EG lautet:

„(1) Zur Förderung der Interessen der Verbraucher und zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus leistet die Gemeinschaft einen Beitrag zum Schutz der Gesundheit, der Sicherheit und der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher sowie zur Förderung ihres Rechts auf Information, Erziehung und Bildung von Vereinigungen zur Wahrung ihrer Interessen.

(2) Den Erfordernissen des Verbraucherschutzes wird bei der Festlegung und Durchführung der anderen Unionspolitiken und -maßnahmen Rechnung getragen.

(3) Die Gemeinschaft leistet einen Beitrag zur Erreichung der in Absatz 1 genannten Ziele durch

a) Maßnahmen, die sie im Rahmen der Verwirklichung des Binnenmarkts nach Artikel 95 erlässt;

b) Maßnahmen zur Unterstützung, Ergänzung und Überwachung der Politik der Mitgliedstaaten.

(4) Der Rat beschließt gemäß dem Verfahren des Artikels 251 und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses die Maßnahmen nach Absatz 3 Buchstabe b.

(5) Die nach Absatz 4 beschlossenen Maßnahmen hindern die einzelnen Mitgliedstaaten nicht daran, strengere Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu ergreifen. Diese Maßnahmen müssen mit diesem Vertrag vereinbar sein. Sie werden der Kommission mitgeteilt."

2. Die Richtlinie 85/577

6. Die Erwägungsgründe 4, 5 und 6 der Richtlinie 85/577 lauten:

„Verträge, die außerhalb der Geschäftsräume eines Gewerbetreibenden abgeschlossen werden, sind dadurch gekennzeichnet, dass die Initiative zu den Vertragsverhandlungen in der Regel vom Gewerbetreibenden ausgeht und der Verbraucher auf die Vertragsverhandlungen nicht vorbereitet ist. Letzterer hat häufig keine Möglichkeit, Qualität und Preis des Angebots mit anderen Angeboten zu vergleichen. Dieses Überraschungsmoment

gibt es nicht nur bei Haustürgeschäften, sondern auch bei anderen Verträgen, die auf Initiative des Gewerbetreibenden außerhalb seiner Geschäftsräume abgeschlossen werden.

Um dem Verbraucher die Möglichkeit zu geben, die Verpflichtungen aus dem Vertrag noch einmal zu überdenken, sollte ihm das Recht eingeräumt werden, innerhalb von mindestens sieben Tagen vom Vertrag zurückzutreten[3].

Außerdem ist es geboten, geeignete Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass der Verbraucher schriftlich von seiner Überlegungsfrist unterrichtet ist."

3 — Im Zusammenhang mit den Begriffen „Widerruf" und „Rücktritt" sei erwähnt, dass die Richtlinie 85/577 zwei Ausdrücke verwendet, und zwar ist in Art. 4 Abs. 1 vom Widerrufsrecht des Verbrauchers („droit de résiliation/résilier", „right of cancellation", „derecho de rescisión/a rescindir") die Rede, in Art. 5 Abs. 1 heißt es hingegen, dass der Verbraucher „das Recht [besitzt], von der eingegangenen Verpflichtung zurückzutreten" („droit de renoncer aux effets de son engagement", „right to renounce the effects of his undertaking", „derecho de renunciar a los efectos de su compromiso"). Hinsichtlich der deutschen Sprachfassung der Richtlinie 85/577 sei bemerkt, dass im fünften Erwägungsgrund derselbe Ausdruck wie in Art. 5 Abs. 1 („das Recht, … zurückzutreten") verwendet wird. Eine rechtsvergleichende Analyse der Institute des „Widerrufs" und des „Rücktritts" würde den Rahmen der Untersuchung in diesen Schlussanträgen sprengen, da ihre Rechtsfolgen im Recht der Mitgliedstaaten festgelegt sind; es sei nur klargestellt, dass ich in den Schlussanträgen nicht beide Ausdrücke verwende, sondern nur den Ausdruck „Widerruf".

7. Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 85/577 bestimmt:

„Diese Richtlinie gilt für Verträge, die zwischen einem Gewerbetreibenden, der Waren liefert oder Dienstleistungen erbringt, und einem Verbraucher geschlossen werden:

…

— anlässlich eines Besuchs des Gewerbetreibenden

i) beim Verbraucher in seiner oder in der Wohnung eines anderen Verbrauchers,

…

sofern der Besuch nicht auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers erfolgt."

8. Art. 4 der Richtlinie 85/577 sieht vor:

„Der Gewerbetreibende hat den Verbraucher bei Geschäften im Sinne des Artikels 1 schriftlich über sein Widerrufsrecht innerhalb der in Artikel 5 festgelegten Fristen zu belehren und dabei den Namen und die Anschrift einer Person anzugeben, der gegenüber das Widerrufsrecht ausgeübt werden kann.

Diese Belehrung ist zu datieren und hat Angaben zu enthalten, die eine Identifizierung des Vertrages ermöglichen. Sie ist dem Verbraucher auszuhändigen

a) im Fall von Artikel 1 Absatz 1 zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses;

b) im Fall von Artikel 1 Absatz 2 spätestens zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses;

c) im Fall von Artikel 1 Absatz 3 und Artikel 1 Absatz 4 zum Zeitpunkt der Abgabe des Angebots durch den Verbraucher.

Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass ihre innerstaatlichen Rechtsvorschriften geeignete Maßnahmen zum Schutz des Verbrauchers vorsehen, wenn die in diesem Artikel vorgesehene Belehrung nicht erfolgt.“

9. Art. 5 der Richtlinie 85/577 bestimmt:

„Der Verbraucher besitzt das Recht, von der eingegangenen Verpflichtung zurückzutreten, indem er dies innerhalb von mindestens[4] sieben Tagen nach dem Zeitpunkt, zu dem ihm die in Artikel 4 genannte Belehrung erteilt wurde, entsprechend dem Verfahren und unter Beachtung der Bedingungen, die im einzelstaatlichen Recht festgelegt sind, anzeigt. Die Frist gilt als gewahrt, wenn die Anzeige vor Fristablauf abgesandt wird.

(2) Die Anzeige bewirkt, dass der Verbraucher aus allen aus dem widerrufenen Vertrag erwachsenden Pflichten entlassen ist.“

B — *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union*

10. Art. 38 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union[5] (im Folgenden: Charta)

4 — [Diese Fußnote betrifft nur die slowenische Fassung der Schlussanträge.]

5 — Die Charta wurde zum ersten Mal am 7. Dezember 2000 in Nizza feierlich verkündet (ABl. C 364, S. 1), später erneut am 12. Dezember 2007 in Straßburg (ABl. C 303, S. 1).

sieht unter dem Titel „Verbraucherschutz“ vor:

„Die Politiken der Union stellen ein hohes Verbraucherschutzniveau sicher.“

C — *Nationales Recht*

11. In Spanien wurde die Richtlinie 85/577 durch das Gesetz 26/1991 vom 21. November 1991 über außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge [6] (im Folgenden: Gesetz 26/1991) in nationales Recht umgesetzt.

12. Art. 3 des Gesetzes 26/1991 sieht vor:

„1. Der Vertrag oder das Vertragsangebot im Sinne von Art. 1 ist schriftlich in zweifacher Ausfertigung niederzulegen, mit einem Widerrufsformular[7] zu versehen und vom Verbraucher eigenhändig zu datieren und zu unterschreiben.

2. Die Vertragsurkunde muss in fettgedruckter Schrift unmittelbar über dem für die Unterschrift des Verbrauchers vorgesehenen Feld einen klaren und genauen Hinweis auf das Recht des Verbrauchers, die Vereinbarung zu widerrufen, sowie auf die Voraussetzungen und Folgen der Ausübung dieses Rechts enthalten.

3. Das Widerrufsformular muss in deutlich hervorgehobener Form den Begriff ‚Widerrufsformular‘, Namen und Anschrift der Person, an die es zu senden ist, sowie Angaben zur Identifizierung des Vertrags und der Vertragsparteien enthalten.

4. Nach Unterzeichnung des Vertrags händigt der Unternehmer oder die für ihn handelnde Person dem Verbraucher eine der zwei Ausfertigungen des Vertrags und das Widerrufsformular aus.

5. Der Beweis der Erfüllung der Pflichten nach diesem Artikel obliegt dem Unternehmer.“

6 — Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, Boletín Oficial del Estado (BOE), 26.11.1991, Nr. 283/1991.

7 — Das Gesetz 26/1991 verwendet den Ausdruck „revocación“.

13. Art. 4 des Gesetzes 26/1991 regelt die Folgen eines Verstoßes gegen die Erfordernisse nach Art. 3 und bestimmt:

„Verträge oder Angebote, die unter Verstoß gegen die im vorhergehenden Artikel festgelegten Erfordernisse geschlossen bzw. abgegeben wurden, können auf Antrag des Verbrauchers für nichtig erklärt werden.

Der Unternehmer kann sich auf keinen Fall auf die Nichtigkeit berufen, es sein denn, der Verstoß ist ausschließlich dem Verbraucher zuzurechnen."

14. Art. 9 des Gesetzes 26/1991 sieht vor:

„Der Verbraucher kann auf die Rechte, die ihm dieses Gesetz einräumt, nicht verzichten. Für den Verbraucher günstigere Vertragsbestimmungen sind jedoch wirksam."

III — Sachverhalt, Ausgangsverfahren und Vorlagefrage

15. Eva Martín Martín schloss am 20. Mai 2003 bei sich zu Hause einen Vertrag mit einem Vertreter des Unternehmens EDP Editores S.L. (im Folgenden: EDP), der den Kauf von 15 Büchern, fünf DVDs und einem DVD-Spieler zum Gegenstand hatte [8]. Diese Waren wurden ihr am 2. Juni 2003 geliefert. Der Kaufpreis betrug 1 909 Euro; davon zahlte Eva Martín Martín 47,48 Euro, den restlichen Kaufpreis in Höhe von 1 861,52 Euro beglich sie hingegen nicht.

16. Da EDP die gelieferte Ware nicht bezahlt wurde, beantragte sie beim Juzgado de Primera Instancia numero Uno de Salamanca den Erlass eines Mahnbescheids gegen Eva Martín Martín, um die Zahlung des restlichen Kaufpreisbetrags in Höhe von 1 861,52 Euro zuzüglich gesetzlicher Verzugszinsen zu erwirken. Gegen das Urteil vom 14. Juni 2007, mit dem Eva Martín Martín zur Zahlung des geforderten Betrags verurteilt wurde, legte diese Berufung bei der Audiencia Provincial de Salamanca (im Folgenden: vorlegendes Gericht) ein.

17. Im Vorlagebeschluss kommt das vorlegende Gericht zur Auffassung, dass der strittige Vertrag nichtig sein könnte, da der

8 — Als Käufer ist im Vertrag der Lebensgefährte von Eva Martín Martín, Juan Caballo Bueno, angeführt, obwohl ihn Eva Martín Martín unterschrieben hat. Im gesamten Verfahren vor den spanischen Gerichten war nur von der Vertragspartei Eva Martín Martín die Rede.

Verbraucher weder über sein Recht auf Widerruf innerhalb von sieben Tagen ab der Lieferung der Ware noch über die Voraussetzungen und Folgen der Ausübung dieses Rechts belehrt worden sei. Das vorlegende Gericht betont, dass der Verbraucher weder im Verfahren vor dem erstinstanzlichen Gericht noch im Berufungsverfahren beantragt habe, den Vertrag für nichtig zu erklären.

18. Das vorlegende Gericht erwähnt in diesem Zusammenhang, dass der Verbraucher nach spanischem Recht — genauer gesagt, nach Art. 4 des Gesetzes 26/1991 — die Nichtigerklärung des Vertrags beantragen müsse, bei dessen Abschluss das Erfordernis, ihn über sein Widerrufsrecht zu belehren, missachtet worden sei. Außerdem gelte nach spanischem Zivilprozessrecht die Dispositionsmaxime („principio de rogación"), wonach der Richter Tatsachen, Beweise und Ansprüche, auf die sich die Parteien nicht berufen hätten, nicht von Amts wegen prüfen könne. Daher stellt sich das vorlegende Gericht die Frage, ob es bei der Entscheidung dieser Rechtssache nur die Ansprüche berücksichtigen muss, die die Parteien im Berufungsverfahren geltend gemacht haben, oder ob ihm die Richtlinie 85/577 erlaubt, den Vertrag von Amts wegen für nichtig zu erklären.

19. Daher hat das vorlegende Gericht mit Beschluss vom 20. Mai 2008 das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof die folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Ist Art. 153 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften in Verbindung mit dessen Art. 3 und 95 sowie mit Art. 38 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und der Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, und zwar Art. 4 der genannten Richtlinie, dahin gehend auszulegen, dass das Gericht, das über die Berufung gegen das im ersten Rechtszug ergangene Urteil entscheidet, einen Vertrag, der in den Anwendungsbereich der genannten Richtlinie fällt, von Amts wegen für nichtig erklären kann, wenn der beklagte Verbraucher die Nichtigkeit weder mit dem Widerspruch gegen den Mahnbescheid noch im mündlichen Verfahren oder mit der Berufung geltend gemacht hat?

IV — Verfahren vor dem Gerichtshof

20. Der Vorlagebeschluss ist am 26. Mai 2008 beim Gerichtshof eingegangen. Im schriftlichen Verfahren haben EDP, die spanische und die österreichische Regierung sowie die Kommission Erklärungen eingereicht. In der Sitzung vom 12. März 2009 haben EDP, die spanische Regierung, die tschechische Regierung — die keine schriftlichen Erklärungen

eingereicht hat — und die Kommission mündliche Ausführungen gemacht und Fragen des Gerichtshofs beantwortet.

V — Vorbringen der Beteiligten

21. *EDP* ist der Auffassung, dass Art. 4 der Richtlinie 85/577 nicht dahin gehend ausgelegt werden dürfe, dass er es dem nationalen Gericht erlaube, einen mit dem Verbraucher außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag von Amts wegen für nichtig zu erklären, wenn sich der Verbraucher nicht auf die Nichtigkeit berufen habe.

22. EDP unterstreicht in ihrem Vorbringen, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 4 der Richtlinie 85/577 in ihrer innerstaatlichen Rechtsordnung für geeignete Maßnahmen zum Schutz des Verbrauchers sorgen müssten und dass kein Artikel dieser Richtlinie vorsehe, dass das Gericht die Nichtigkeit von Amts wegen feststellen könne, wenn sich der Verbraucher auf die Nichtigkeit nicht berufen habe. Daher stehe die einschlägige spanische Regelung [9], die vorsehe, dass der Verbraucher die Nichtigerklärung des Vertrags beantragen müsse, nicht im Widerspruch zu Art. 4 der Richtlinie, sondern biete einen starken Schutz der Verbraucherrechte. Aus Sicht von EDP muss dabei noch berücksichtigt werden, ob eine nationale Bestimmung die Ausübung der Rechte, die das Gemeinschaftsrecht verleihe, praktisch unmöglich mache oder übermäßig erschwere [10].

23. Die EDP erklärt außerdem, dass das spanische Recht zwischen relativer und absoluter Nichtigkeit unterscheide. Sie hebt hervor, dass es sich im Fall der Nichtigkeit von Verträgen, die außerhalb der Geschäftsräume geschlossen worden seien, um relative Nichtigkeit handle, deren Feststellung die Partei immer beantragen müsse. Wenn absolute Nichtigkeit vorliege, verjähre der Klageanspruch auf Nichtigkeitserklärung nach spanischem Recht nicht, und es könnten ihn auch dritte Personen geltend machen, darüber hinaus dürften aber auch die Gerichte die Nichtigkeit von Amts wegen feststellen.

24. *Die spanische Regierung* ist der Ansicht, dass Art. 4 der Richtlinie 85/577 nicht unbedingt dahin gehend auszulegen sei, dass er es dem nationalen Gericht erlaube, einen außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag von Amts wegen für nichtig zu erklären, wenn sich der Verbraucher in keinem Zeitpunkt des Verfahrens auf die Nichtigkeit des Vertrags berufen habe.

25. Das Verbraucherschutzniveau, das den Verbrauchern durch das Gesetz 26/1991 gewährt werde, stehe völlig im Einklang mit den

9 — EDP ist der Auffassung, dass in der vorliegenden Rechtssache das Real Decreto Legislativo 1/2007 vom 16. November 2007 von Bedeutung sei, mit dem das Gesetz 26/1991 aufgehoben wurde. Dennoch ist, wie die spanische Regierung erklärt (vgl. Fn. 11 dieser Schlussanträge), in der vorliegenden Rechtssache das Gesetz 26/1991 einschlägig, das im entscheidungserheblichen Zeitraum galt.

10 — Dabei bezieht sich EDP auf das Urteil des Gerichtshofs vom 14. Dezember 1995, Peterbroeck (C-312/93, Slg. 1995, I-4599, Randnr. 14).

Anforderungen des EG-Vertrags und der Richtlinie 85/577, weshalb dieses Gesetz die Bestimmungen der Richtlinie 85/577 [11] vollständig und ordnungsgemäß in spanisches Recht umsetze. Mit der Bestimmung, dass der Verbraucher die Nichtigerklärung des Vertrags beantragen könne, wenn er nicht über sein Widerrufsrecht informiert worden sei, gewähre Art. 4 des Gesetzes 26/1991 den Verbrauchern angemessenen Schutz. Es sei möglich, die Verpflichtung der Mitgliedstaaten nach Art. 4 der Richtlinie 85/577 — wonach sie dafür sorgen müssten, dass ihre innerstaatlichen Rechtsvorschriften geeignete Maßnahmen zum Schutz des Verbrauchers vorsähen — in verschiedener Weise zu erfüllen; eine davon bestehe darin, dem Verbraucher die Möglichkeit zu geben, die Nichtigerklärung zu beantragen. Die Wahl der Mittel, mit denen für diesen Verbraucherschutz gesorgt werde, sei der innerstaatlichen Rechtsordnung jedes Mitgliedstaats überlassen.

26. Die spanische Regierung führt aus, dass aus der Rechtsprechung zur Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen [12] (im Folgenden: Richtlinie 93/13) ersichtlich sei, dass der Richter die Möglichkeit haben müsse, von Amts wegen die Nichtigkeit missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen festzustellen, wenn es um die Wahrung der öffentlichen Ordnung gehe. Dabei beruft sie sich auf die Urteile Océano Grupo Editorial und Salvat Editores [13] (im Folgenden: Urteil Océano Grupo), Cofidis [14] und Mostaza Claro [15]. Obwohl in der vorliegenden Rechtssache nicht die Richtlinie 93/13, sondern die Richtlinie 85/577 einschlägig sei, müsse diese Rechtsprechung auch bei der Prüfung von Rechtssachen auf der Grundlage der Richtlinie 85/577 berücksichtigt werden. Jedoch müsse geprüft werden, ob es sich in der vorliegenden Rechtssache um eine Frage der öffentlichen Ordnung handle.

27. *Die österreichische Regierung* steht auf dem Standpunkt, Art. 4 der Richtlinie 85/577 sei dahin auszulegen, dass er den Mitgliedstaaten nicht gebiete, dass ihre Gerichte einen außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag von Amts wegen für nichtig erklären müssten, ohne dass der Verbraucher die Nichtigkeit im Verfahren vor dem nationalen Gericht geltend gemacht hätte.

28. Art. 4 der Richtlinie 85/577 könne nicht entnommen werden, dass der Vertrag schon deshalb nichtig sei, weil der Unternehmer den Verbraucher nicht über sein Widerrufsrecht

11 — Die spanische Regierung erwähnt ferner, dass das Gesetz 26/1991 durch das Real Decreto Legislativo 1/2007 vom 16. November 2007 ersetzt worden sei, dass aber im entscheidungserheblichen Zeitraum noch das Gesetz 26/1991 gegolten habe.

12 — ABl. L 95, S. 29.

13 — Urteil vom 27. Juni 2000, Océano Grupo Editorial und Salvat Editores (C-240/98 bis C-244/98, Slg. 2000, I-4941).

14 — Urteil vom 21. November 2002, Cofidis (C-473/00, Slg. 2002, I-10875).

15 — Urteil vom 26. Oktober 2006, Mostaza Claro (C-168/05, Slg. 2006, I-10421).

informiert habe. Im Unterschied zu dieser Richtlinie sei in Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 93/13 ausdrücklich Folgendes festgelegt: „Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass missbräuchliche Klauseln … für den Verbraucher unverbindlich sind ….“ Art. 4 der Richtlinie 85/577 bestimme hingegen bloß Folgendes: „Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass ihre innerstaatlichen Rechtsvorschriften geeignete Maßnahmen zum Schutz des Verbrauchers vorsehen, wenn die in diesem Artikel vorgesehene Belehrung nicht erfolgt.“ Mangels einer einschlägigen Gemeinschaftsregelung sei es nach ständiger Rechtsprechung Sache des innerstaatlichen Rechts der einzelnen Mitgliedstaaten, die Verfahrensmodalitäten für Klagen zu regeln, die den Schutz der dem Bürger aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollten [16].

29. Die österreichische Regierung betont, dass die Mitgliedstaaten für den Fall, dass der Verbraucher über sein Widerrufsrecht nicht belehrt worden sei, auch andere geeignete Maßnahmen vorsehen könnten, und führt als Beispiel an, dass der Verbraucher unbefristet vom Vertrag zurücktreten könne [17]; eine andere mögliche Maßnahme könnte die Pflicht der Gerichte sein, den Verbraucher über sein Widerrufsrecht zu informieren. Einen Vertrag von Amts wegen für nichtig zu erklären, sei also nur eine der Möglichkeiten, die den Mitgliedstaaten für den Schutz des Verbrauchers im Sinne von Art. 4 der Richtlinie 85/577 zur Verfügung stünden.

30. Daher ist die österreichische Regierung der Auffassung, dass Art. 4 der Richtlinie 85/577 den Mitgliedstaaten nicht gebiete, dass ihre Gerichte einen Vertrag von Amts wegen für nichtig erklären müssten, wenn der Verbraucher über sein Widerrufsrecht nicht belehrt worden sei.

31. *Die Kommission* vertritt im Gegensatz dazu die Ansicht, dass die Richtlinie 85/577 folgendermaßen auszulegen sei: Wenn ein Vertrag unter Nichtbeachtung der Pflicht, den Verbraucher über sein Recht auf Widerruf des Vertrags zu belehren, geschlossen worden sei, müsse das nationale Gericht von Amts wegen diesen Rechtsverstoß feststellen und den Vertrag für nichtig erklären, obwohl der Verbraucher die Nichtigkeit des Vertrags nicht geltend gemacht habe. Nach Auffassung der Kommission ist die Möglichkeit, dass der Verbraucher die Nichtigerklärung des Vertrags beantrage, wenn er nicht über sein Recht auf Widerruf des Vertrags belehrt worden sei, keine geeignete Maßnahme zum Schutz des Verbrauchers im Sinne von Art. 4 der Richtlinie 85/577. Es bestehe die Gefahr, dass der Verbraucher seine Rechte nicht kenne und sie daher auch nicht geltend mache.

32. Die Kommission weist darauf hin, dass nach ständiger Rechtsprechung mangels einer einschlägigen Gemeinschaftsregelung die Verfahrensmodalitäten, die den Schutz der dem Bürger aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen,

16 — Dabei beruft sich die österreichische Regierung auf die Urteile vom 16. Dezember 1976, Rewe (33/76, Slg. 1976, 1989, Randnr. 5), und vom 13. März 2007, Unibet (C-432/05, Slg. 2007, I-2271, Randnr. 39).

17 — Die österreichische Regierung beruft sich dabei auf das Urteil vom 13. Dezember 2001, Heininger (C-481/99, Slg. 2001, I-9945).

nach dem Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung eines jeden Mitgliedstaats seien; sie dürften jedoch nicht ungünstiger sein als diejenigen, die gleichartige Sachverhalte innerstaatlicher Art regelten (Äquivalenzprinzip), und die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsprinzip) [18]. Die Kommission ist ferner der Auffassung, dass nationale Gerichte von Amts wegen nur in Ausnahmefällen im Interesse der Öffentlichkeit tätig werden könnten [19].

33. Der Gerichtshof habe in seiner Rechtsprechung zur Richtlinie 93/13 entschieden, dass das nationale Gericht von Amts wegen prüfen könne, ob es sich um missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen handele [20]. Außerdem habe der Gerichtshof auch hinsichtlich der Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit [21] (im Folgenden: Richtlinie 87/102) entschieden, dass das nationale Gericht die Möglichkeit habe, von Amts wegen darauf zu achten, dass der Verbraucher gegenüber dem Kreditgeber gewisse Ansprüche geltend machen könne [22]. Nach Ansicht der Kommission ist es möglich, diese Rechtsprechung analog auf die Auslegung der Richtlinie 85/577 zu übertragen.

34. In der Sitzung hat die Kommission hinzugefügt, dass andere Maßnahmen — z. B. verwaltungsrechtliche Sanktionen, die unbefristete Möglichkeit des Widerrufs des Vertrags oder die Pflicht der Gerichte, den Verbraucher über sein Widerrufsrecht zu informieren — zum Schutz des Verbrauchers nicht geeignet seien. Verwaltungsrechtliche Sanktionen könnten zwar abschreckende Wirkung haben, doch seien sie nicht auf den Schutz des einzelnen Verbrauchers gerichtet; die unbefristete Möglichkeit des Widerrufs sei keine geeignete Maßnahme, weil die Gefahr bestehe, dass der Verbraucher dieses Recht nicht kenne, und die Pflicht der Gerichte, den Verbraucher über sein Widerrufsrecht zu informieren, hänge davon ab, ob das nationale Prozessrecht eine solche Möglichkeit zulasse. Zuletzt erwähnt die Kommission, dass der Verbraucher angesichts dessen, dass er in gewissen Fällen den Vertrag werde aufrechterhalten wollen, die Möglichkeit haben müsse, sich der Nichtigerklärung zu widersetzen und in solchen Fällen weiterhin an den Vertrag gebunden zu sein.

18 — Die Kommission stützt sich dabei auf die Urteile vom 14. Dezember 1995, van Schijndel und van Veen (C-430/93 und C-431/93, Slg. 1995, I-4705, Randnr. 17), vom 9. Dezember 2003, Kommission/Italien (C-129/00, Slg. 2003, I-14637, Randnr. 25), vom 7. Juni 2006, van der Weerd u. a. (C-222/05 bis C-225/05, Slg. 2006, I-4233, Randnr. 28), und Mostaza Claro (in Fn. 15 angeführt, Randnr. 24).

19 — Die Kommission beruft sich in diesem Zusammenhang auf die in Fn. 18 angeführten Urteile van Schijndel und van Veen (Randnr. 21) sowie van der Weerd (Randnr. 35).

20 — Die Kommission nennt in diesem Zusammenhang die Urteile Océano Grupo (in Fn. 13 angeführt, Randnr. 28), Cofidis (in Fn. 14 angeführt, Randnr. 32) und Mostaza Claro (in Fn. 15 angeführt, Randnr. 27).

21 — ABl. 1987, L 42, S. 48. Diese Richtlinie wurde durch die Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates (ABl. L 133, S. 66) aufgehoben.

22 — Die Kommission nennt dabei das Urteil vom 4. Oktober 2007, Rampion und Godard (C-429/05, Slg. 2007, I-8017).

35. *Die tschechische Regierung,* die keine schriftlichen Erklärungen eingereicht hat, hat in der Sitzung vorgetragen, dass sie den Standpunkt der Kommission nicht teile und nach ihrer Auffassung die Richtlinie 85/577 nicht dahin auszulegen sei, dass das nationale Gericht einen außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag von Amts wegen für nichtig erklären könne, wenn der Verbraucher nicht über sein Recht auf Widerruf dieses Vertrags informiert worden sei.

36. Die tschechische Regierung stützt ihren Standpunkt auf drei Gründe. Als ersten Grund führt sie an, mit der Nichtigerklärung von Amts wegen werde in das Recht des Verbrauchers eingegriffen, selbst darüber zu entscheiden, ob er den Vertrag aufrechterhalten wolle oder nicht; nach Art. 5 der Richtlinie 85/577 habe nämlich nur der Verbraucher das Recht auf Widerruf des Vertrags. Auch wenn der Verbraucher über sein Widerrufsrecht nicht belehrt worden sei, erlösche dieses Recht nicht, da die Widerrufsfrist gemäß Art. 5 der Richtlinie 85/577 erst ab der Belehrung des Verbrauchers über dieses Recht laufe. Als zweiten Grund nennt die tschechische Regierung, dass die Mitgliedstaaten die ausschließliche Zuständigkeit auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts hätten; geteilte Zuständigkeit bestehe nur auf dem Gebiet der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen und dort nur dann, wenn es um Streitsachen mit grenzüberschreitendem Bezug gehe. Ihrer Auffassung nach ist es fraglich, ob Art. 94 EG (früher Art. 100 EG-Vertrag), auf dessen Grundlage die Richtlinie 85/577 verabschiedet worden sei, für die Ergreifung von Maßnahmen herangezogen werden könne, die in diese ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fielen. Bei der Prüfung dieser Frage müsse der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit berücksichtigt werden. Als dritten Grund führt die tschechische Regierung an, dass die Rechtsprechung im Zusammenhang mit anderen Richtlinien auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes, hinsichtlich deren der Gerichtshof bereits ein Tätigwerden der nationalen Gerichte von Amts wegen zugelassen habe, nicht auf die vorliegende Rechtssache zu übertragen sei, da es in dieser um die Auslegung der Richtlinie 85/577 gehe, die andere Bestimmungen und eine andere Systematik aufweise als die Richtlinien, hinsichtlich deren der Gerichtshof ein Tätigwerden der nationalen Gerichte von Amts wegen zugelassen habe.

VI — Würdigung durch die Generalanwältin

A — *Einleitung*

37. Der vorliegende Rechtsstreit betrifft die Problematik des Abschlusses von Verträgen außerhalb der Geschäftsräume und die Frage,

welche Folgen es hat, wenn der Verbraucher nicht über sein Recht auf Widerruf eines solchen Vertrags belehrt wurde. Der Gerichtshof hat in seiner Rechtsprechung bereits mehrmals die Problematik der Folgen des Fehlens einer solchen Belehrung behandelt [23], obwohl er bisher noch nicht darüber entschieden hat, ob dabei auch die nationalen Gerichte eine aktive Rolle spielen und bei Nichtbelehrung des Verbrauchers von Amts wegen tätig werden müssen. Bei der Entscheidung der vorliegenden Rechtssache wird der Gerichtshof daher die Ziele der Richtlinie 85/577 und den Wortlaut ihrer einzelnen Bestimmungen besonders genau zu berücksichtigen haben.

38. Das vorlegende Gericht möchte mit seinem Vorabentscheidungsersuchen wissen, ob Art. 153 EG in Verbindung mit den Art. 3 EG und 95 EG, mit Art. 38 der Charta sowie mit den Bestimmungen der Richtlinie 85/577 — genauer gesagt mit Art. 4 dieser Richtlinie — dahin gehend auszulegen ist, dass er es dem nationalen Gericht erlaubt, wenn der Verbraucher nicht über sein Recht auf Widerruf des Vertrags belehrt wurde, einen außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag von Amts wegen für nichtig zu erklären, obwohl der Verbraucher die Nichtigkeit dieses Vertrags im Verfahren vor den nationalen Gerichten nicht geltend gemacht hat.

23 — Vgl. Urteile Heininger (in Fn. 17 angeführt), vom 25. Oktober 2005, Schulte (C-350/03, Slg. 2005, I-9215); vom 25. Oktober 2005, Crailsheimer Volksbank (C-229/04, Slg. 2005, I-9273), und vom 10. April 2008, Hamilton (C-412/06, Slg. 2008, I-2383).

B — *Prüfung der Vorlagefrage*

1. Einleitend zur Vorlagefrage

a) Gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen, um deren Auslegung das vorlegende Gericht ersucht

39. Das vorlegende Gericht ersucht in seiner Frage um Auslegung mehrerer gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen, und zwar von Art. 153 EG in Verbindung mit den Art. 3 EG und 95 EG, mit Art. 38 der Charta und mit den Bestimmungen der Richtlinie 85/577. Unter diesen Normen wird für die Entscheidung der vorliegenden Rechtssache die Auslegung der Bestimmungen der Richtlinie 85/577, die als sekundärrechtliche Regelung die im Primärrecht verankerten Bestrebungen der Gemeinschaft um Verbraucherschutz konkretisiert, zentrale Bedeutung haben.

40. Art. 153 EG, der im Vertrag unter dem Titel „Verbraucherschutz“ zu finden ist, enthält in Abs. 1 die allgemeine Bestimmung, dass die Gemeinschaft zur Förderung der Interessen der Verbraucher und zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus einen Beitrag zum Schutz der Gesundheit, der Sicherheit und der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher sowie zur Förderung ihres Rechts auf Information, Erziehung

und Bildung von Vereinigungen zur Wahrung ihrer Interessen leistet; in Abs. 2 sieht dieser Artikel vor, dass bei der Festlegung und Durchführung der anderen Gemeinschaftspolitiken und -maßnahmen den Erfordernissen des Verbraucherschutzes Rechnung getragen wird. Art. 153 Abs. 3 und 4 legt fest, welche Maßnahmen die Gemeinschaft zur Erreichung des Ziels des Verbraucherschutzes ergreift und auf welcher Rechtsgrundlage sie dies tun. Abs. 5 dieses Artikels ermöglicht den Mitgliedstaaten die Einführung strengerer Schutzmaßnahmen für den Verbraucherschutz.

41. Art. 153 EG ist also eine allgemeine Bestimmung des gemeinschaftlichen Primärrechts, die den Verbraucherschutz betrifft. Eine noch allgemeinere Verbraucherschutzvorschrift enthält Art. 3 Abs. 1 EG, der verschiedene Tätigkeitsbereiche der Gemeinschaft festlegt, worunter nach Buchst. t dieses Artikels auch ein Beitrag zur Verbesserung des Verbraucherschutzes fällt. Die Bestimmungen der Richtlinie 85/577 werden im Licht dieser allgemeinen Vorschriften des EG-Vertrags auszulegen sein.

42. Das vorlegende Gericht ersucht in seiner Frage auch um die Auslegung von Art. 95 EG und Art. 38 der Charta.

43. Auf der Grundlage von Art. 95 EG werden Maßnahmen verabschiedet, die die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben. Aus der Vorlageentscheidung ist nicht ersichtlich, warum das vorlegende Gericht um Auslegung dieses Artikels bittet, da die Richtlinie 85/577 nicht auf dieser Rechtsgrundlage erlassen wurde, sondern auf der Grundlage von Art. 94 EG (früher Art. 100 EG-Vertrag). Meines Erachtens ist daher eine Auslegung von Art. 95 EG in der vorliegenden Rechtssache nicht erforderlich.

44. In Art. 38 der Charta heißt es, dass die Politiken der Union ein hohes Verbraucherschutzniveau sicherstellen. Im Zusammenhang mit den Bestimmungen der Charta sei darauf hingewiesen, dass diese nicht Teil der Gemeinschaftsrechtsordnung sind, weshalb der Gerichtshof für ihre Auslegung nicht zuständig ist [24]. Allerdings berufen sich die Generalanwälte in ihren Schlussanträgen häufig darauf in ihrer Argumentation [25], und auch der Gerichtshof hat die Charta bereits in seinen Entscheidungsgründen erwähnt [26]. Daher können in der vorliegenden Rechtssache die Bestimmungen der Charta als Auslegungshilfe für die Bestimmungen der Richtlinie 85/577 verwendet werden, es wird aber nicht möglich sein, sich in der Beantwortung der Vorlagefrage auf sie zu berufen.

24 — Vgl. in diesem Sinne Beschlüsse vom 6. Oktober 2005, Vajnai (C-328/04, Slg. 2005, I-8577, Randnr. 13), und vom 16. Januar 2008, Polier (C-361/07, Randnr. 11).

25 — Vgl. z. B. Schlussanträge des Generalanwalts Maduro vom 9. September 2008 in der Rechtssache Elgafaji (C-465/07, Urteil vom 17. Februar 2009, Slg. 2009, I-921, Nrn. 21 und 23), meine Schlussanträge vom 11. September 2008 in der Rechtssache Gorostiaga (C-308/07 P, Urteil vom 19. Februar 2009, Slg. 2009, I-1059, Nrn. 56, 91 und 92), Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi vom 21. Januar 2009 in der Rechtssache Mono Car Styling (C-12/08, Rechtssache anhängig, Nrn. 49, 83, 95 und 97) und Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 22. Januar 2009 in der Rechtssache Mellor (C-75/08, Rechtssache anhängig, Nrn. 24, 25 und 33).

26 — Vgl. Urteil Unibet (in Fn. 16 angeführt, Randnr. 37).

45. Zentrale Bedeutung für die Beantwortung der Vorlagefrage wird der Auslegung der Bestimmungen der Richtlinie 85/577 zukommen. Das vorlegende Gericht führt in seiner Frage zwar ausdrücklich nur Art. 4 dieser Richtlinie an, doch hat der Gerichtshof nach ständiger Rechtsprechung dem vorlegenden Gericht, unabhängig davon, ob dieses in der Fragestellung darauf besonders Bezug genommen hat, alle Hinweise zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu geben, die ihm bei der Entscheidung im Ausgangsverfahren von Nutzen sein können [27]. Bei der Auslegung der Richtlinie 85/577 wird neben Art. 4 insbesondere ihr Art. 5 zu berücksichtigen sein, der sich ebenfalls auf das Recht des Verbrauchers auf Widerruf des Vertrags bezieht.

b) Von der Vorlagefrage aufgeworfene Probleme

46. Bevor ich mit der Untersuchung der Vorlagefrage beginne, möchte ich noch auf die Vielschichtigkeit der rechtlichen Probleme hinweisen, die diese Frage aufwirft und die als Richtungsweiser für die Untersuchung dieser Frage darzustellen sind.

47. Erstens ergibt sich aus den Ausführungen des vorlegenden Gerichts im Vorlagebeschluss, dass dieses Gericht von der Annahme ausgeht, dass die spanische Regelung, wonach der Verbraucher die Nichtigerklärung beantragen muss, nicht im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht steht, insbesondere nicht mit den Bestimmungen der Richtlinie 85/577 und den Vorschriften des EG-Vertrags zum Verbraucherschutz. In der Untersuchung der Vorlagefrage wird daher zu prüfen sein, ob diese Annahme des vorlegenden Gerichts richtig ist bzw. ob das einschlägige spanische Recht geeignete Maßnahmen für den Fall vorsieht, dass ein Verbraucher nicht über sein Recht auf Widerruf des Vertrags belehrt wurde.

48. Zweitens ist zu berücksichtigen, dass sich die Vorlagefrage deswegen auf die Nichtigerklärung von Amts wegen bezieht, weil im spanischen Recht als Folge der Nichtbelehrung des Verbrauchers die relative Nichtigkeit des Vertrags vorgesehen ist; da das vorlegende Gericht der Auffassung ist, dass die relative Nichtigkeit keine geeignete Verbraucherschutzmaßnahme ist, will es zur Gewährleistung dieses Schutzes die absolute Nichtigkeit anwenden. Das vorlegende Gericht fragt also nicht, ob es von Amts wegen die Bestimmungen der Richtlinie 85/577 anwenden kann, sondern, ob es von Amts wegen jene des nationalen spanischen Rechts anwenden kann, mit denen diese Richtlinie in nationales Recht umgesetzt wurde. Keine Bestimmung der Richtlinie 85/577 sieht nämlich vor, dass der Vertrag nichtig ist, wenn der Verbraucher nicht über sein Recht auf Widerruf eines außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrags belehrt wurde. Die Richtlinie 85/577 regelt ebenso wenig andere Folgen für den Fall, dass der Verbraucher über dieses Recht nicht belehrt wurde, sondern legt in Art. 4 Abs. 3 bloß fest, dass die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass ihre innerstaatlichen Rechtsvorschriften *geeignete Maßnahmen* zum Schutz des Verbrauchers vorsehen,

27 — Vgl. z. B. Urteile vom 12. Dezember 1990, SARPP (C-241/89, Slg. 1990, I-4695, Randnr. 8), 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), vom 12. Mai 2005, RAL (Channel Islands) u. a. (C-452/03, Slg. 2005, I-3947, Randnr. 25), und vom 22. Dezember 2008, Kabel Deutschland (C-336/07, Slg. 2008, I-10889, Randnr. 47).

wenn diese Belehrung nicht erfolgt. Die Mitgliedstaaten entscheiden also selbst, welche Folgen sie für den Fall festlegen, dass ein Verbraucher nicht über sein Recht auf Widerruf des Vertrags informiert wurde; die Richtlinie verlangt nur, dass diese Maßnahmen zum Verbraucherschutz geeignet sind [28]. Daher wird der Gerichtshof bei der Beantwortung der Vorlagefrage darauf achten müssen, dass mit seiner Entscheidung nicht von den anderen Mitgliedstaaten gefordert wird, in ihren innerstaatlichen Rechtsordnungen die Nichtigkeit des Vertrags als Folge der Nichtbelehrung des Verbrauchers über sein Recht auf Widerruf des Vertrags vorzusehen.

Fall übertragbar ist; zuletzt prüfe ich noch, ob das vorlegende Gericht im vorliegenden Fall das Recht oder die Pflicht hat, von Amts wegen tätig zu werden.

2. Zur Frage, ob die relative Nichtigkeit des Vertrags eine geeignete Maßnahme im Sinne von Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie 85/577 ist

49. Im weiteren Verlauf der Schlussanträge untersuche ich zunächst, ob die relative Nichtigkeit des Vertrags nach spanischem Recht eine geeignete Maßnahme im Sinne von Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie 85/577 darstellt; hernach stelle ich die allgemeine gemeinschaftsrechtliche Regel für die Prüfung von Amts wegen vor; daraufhin untersuche ich inhaltlich die Rechtsprechung, mit der der Gerichtshof eine Ausnahme von dieser Regel anerkannt hat, und erörtere, ob diese Rechtsprechung auf den vorliegenden

50. Die spanische Regelung sieht vor, dass ein Vertrag, der geschlossen wurde, ohne dass der Verbraucher über sein Recht auf Widerruf des Vertrags informiert wurde, auf Antrag des Verbrauchers für nichtig erklärt werden kann; im spanischen Recht handelt es sich also um das Institut der relativen Nichtigkeit.

28 — So auch die Abhandlung der Europäischen Kommission *Discussion paper on the Review of Directive 85/577/EEC to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises (Doorstep Selling Directive),* abrufbar unter http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/door_sell/doorstepselling discussionpaper.pdf, S. 9. In der Literatur vgl. auch Ehricke, U., „L'extension au contrat d'acquisition du bien immobilier des effets juridiques de la révocation d'un contrat de crédit immobilier en application de la directive 85/577/CEE sur le démarchage à domicile. Réflexions sur les limites des principes d'interprétation conforme et d'effet utile des directives", in: *Revue Européenne de Droit Bancaire et Financier* (EUREDIA), Nr. 1/2004, S. 163, der darauf hinweist, dass die Richtlinie 85/577 den Mitgliedstaaten ein weites Ermessen bei der Umsetzung ihrer Bestimmungen in nationales Recht zugestehe.

51. An dieser Stelle möchte ich im Zusammenhang mit der Verwendung des Begriffs „Nichtigkeit" in theoretischer und terminologischer Hinsicht darauf aufmerksam machen, dass Spanien zu jenen Mitgliedstaaten zählt, die zwischen „absoluter Nichtigkeit" und

„relativer Nichtigkeit" unterscheiden (wie z. B. auch Belgien [29] und Frankreich [30]), im Gegensatz zu jenen Mitgliedstaaten, die zwischen „Nichtigkeit" und „Anfechtbarkeit" von Verträgen unterscheiden (z. B. Österreich [31], Deutschland [32], die Niederlande [33] und Slowenien [34]). Um absolute Nichtigkeit geht es im spanischen Recht z. B. dann, wenn eine der Voraussetzungen für den Abschluss eines Vertrags fehlt oder wenn mit dem Vertrag zwingende Normen oder moralische Grundsätze verletzt werden [35], um relative Nichtigkeit handelt es sich hingegen z. B. im Fall von Willensmängeln bei Vertragsabschluss [36]. Absolute Nichtigkeit beachten die Gerichte von Amts wegen, und auf sie kann sich jede Partei berufen, die daran Interesse hat, wohingegen relative Nichtigkeit von der betroffenen Partei geltend gemacht werden muss. [37] Die Unterscheidung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit ist zwar terminologisch anders, doch von der Idee her vergleichbar [38]; dabei kann sich auf die Nichtigkeit jedermann berufen, und die Gerichte müssen diese von Amts wegen beachten; wenn Anfechtungsgründe vorliegen, kann sie jedoch bloß die Partei, die ein Interesse daran hat, geltend machen [39]. Es sei noch erwähnt, dass die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Verträgen auch in der Expertenschrift *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* [40] (Entwurf eines Gemeinsamen Referenzrahmens) geregelt wird. Darin heißt es in Art. II.-7:301, dass ein Vertrag nichtig ist, wenn a) er gegen ein Prinzip verstößt, das im Recht der Mitgliedstaaten der Europäischen Union als grundlegend anerkannt ist, und b) die Verwirklichung dieses

29 — Vgl. z. B. van Gerven, W., *Verbintenissenrecht*, 2. Aufl., Acco, Löwen 2006, S. 146 ff., der erklärt, das belgische Recht unterscheide zwischen absoluter und relativer Nichtigkeit.

30 — Vgl. z. B. Flour, J., Aubert, J.-L., Savaux, É., *Les obligations. 1. Acte juridique*, 12. Aufl., Sirey, Paris 2006, S. 259, Randnr. 324.

31 — Nach österreichischem Recht ist Anfechtbarkeit z. B. für Fälle vorgesehen, in denen der Vertragsabschluss durch List oder Drohung herbeigeführt wurde; vgl. Rummel, P., in Rummel, P., *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Manz, Wien 2000, Kommentar zu § 870, S. 1321, Randnr. 1. Nichtigkeit liegt hingegen z. B. nach § 879 ABGB dann vor, wenn der Vertrag gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt. Es ist hervorzuheben, dass die österreichische Lehre im Rahmen der Nichtigkeit trotzdem noch zusätzlich zwischen absoluter Nichtigkeit, auf die sich jeder berufen kann und die die Gerichte von Amts wegen wahrzunehmen haben, und relativer Nichtigkeit, auf die sich nur die Person berufen kann, die von der verletzten Norm geschützt wird, unterscheidet. Im Zusammenhang damit vgl. Krejci, H., in Rummel, P., *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Manz, Wien 2000, Kommentar zu § 879, S. 1447, Randnrn. 247 bis 249.

32 — Vgl. z. B. Larenz, K., Wolf, M., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 9. Aufl., Beck, München 2004, S. 796, Randnrn. 4 ff. (zur Nichtigkeit), sowie S. 800, Randnrn. 21 ff. (zur Anfechtbarkeit).

33 — Vgl. z. B. Hijma, J., *Bijzondere overeenkomsten*, 1. Teil, 7. Aufl., Kluwer, Deventer 2007, S. 224, Randnr. 218; Hartkamp, A. S., *Verbintenissenrecht*, 2. Teil, 12. Aufl., Kluwer, Deventer 2005, S. 484, Randnr. 459.

34 — Vgl. z. B. Polajnar Pavčnik, A., in: Juhart, M., Plavšak, N. (Hrsg.), *Obligacijski zakonik s komentarjem*, 1. knjiga, GV založba, Ljubljana 2003, Kommentar zu Art. 86, S. 506 ff. (zur Nichtigkeit) und Kommentar zu Art. 94, S. 524 ff. (zur Anfechtbarkeit).

35 — Vgl. Moreno Gil, Ó., *Código civil y jurisprudencia concordada*, Boletín oficial del estado, Madrid 2006, S. 1430, Kommentar zu Art. 1.300, Randnrn. 4.399 und 4.407. Vgl. zum französischen Recht z. B. Flour, J., u. a., a. a. O. (Fn. 30), S. 259, Randnr. 325; zum belgischen Recht vgl. z. B. Cornelis, L., *Algemene theorie van de verbintenis*, Intersentia, Antwerpen/Groningen 2000, S. 676, Randnr. 539.

36 — Vgl. Moreno Gil, Ó., a. a. O. (Fn. 35), S. 1430, Kommentar zu Art. 1.300, Randnr. 4.399. Vgl. zum französischen Recht Flour, J., u. a., a. a. O. (Fn. 30), Randnr. 325 und S. 262, Randnr. 328; vgl. zum belgischen Recht van Gerven, W., a. a. O. (Fn. 29), S. 147.

37 — Vgl. Moreno Gil, Ó., a. a. O. (Fn. 35), S. 1430, Kommentar zu Art. 1.300, Randnrn. 4.399 und 4.407. Vgl. zum französischen Recht Flour, J., u. a., a. a. O. (Fn. 30), S. 260, Randnr. 326; zum belgischen Recht vgl. z. B. van Gerven, W., a. a. O. (Fn. 29), S. 147.

38 — Vgl. zum deutschen Recht z. B. Larenz, K., Wolf, M., a. a. O. (Fn. 32), S. 796, Randnr. 2, wo als Beispiele für Nichtigkeitsgründe die Nichteinhaltung von Formvorschriften sowie der Verstoß gegen gesetzliche Verbote oder gegen die guten Sitten, als Beispiele für Anfechtungsgründe aber Irrtum und arglistige Täuschung genannt werden. Vgl. zum niederländischen Recht Hartkamp, A. S., a. a. O. (Fn. 33), S. 484 ff., Randnrn. 459 und 460; vgl. zum slowenischen Recht Polajnar Pavčnik, A., a. a. O. (Fn. 34); zur Nichtigkeit Kommentar zu Art. 86 (S. 506 ff.), zur Anfechtbarkeit Kommentar zu Art. 524 ff.

39 — Zum deutschen Recht vgl. z. B. Larenz, K., Wolf, M., a. a. O. (Fn. 32), S. 797, Randnr. 5; zum niederländischen Recht Hartkamp, A. S., a. a. O. (Fn. 33), S. 485; zur Nichtigerklärung von Amts wegen vgl. Randnr. 459, zur Geltendmachung der Anfechtbarkeit vgl. Randnr. 460; zum slowenischen Recht Polajnar Pavčnik, A., a. a. O. (Fn. 34); zur Nichtigerklärung von Amts wegen vgl. Kommentar zu Art. 92 (S. 50 ff.), zur Geltendmachung der Anfechtbarkeit vgl. Kommentar zu Art. 95 (S. 527 ff.).

40 — Von Bar, C., u. a. (Hrsg.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Interim Outline Edition; prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Sellier, European Law Publishers, München 2008.

Prinzips Nichtigkeit voraussetzt [41]. Die Anfechtbarkeit von Verträgen sieht der DCFR z. B. für Fälle vor, in denen Irrtum [42], arglistige Täuschung [43] oder Drohung [44] bei Vertragsabschluss vorliegt.

52. Um festzustellen, ob die spanische Regelung, die relative Nichtigkeit des Vertrags für den Fall vorsieht, dass der Verbraucher nicht über sein Recht auf Widerruf des Vertrags belehrt wurde, eine geeignete Maßnahme im Sinne von Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie 85/577 darstellt, ist zunächst auf die besonderen Merkmale der außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträge und auf die Bedeutung des Rechts der Verbraucher, solche Verträge zu widerrufen, einzugehen.

53. Wie aus dem vierten Erwägungsgrund der Richtlinie 85/577 ersichtlich ist, geht die Initiative zum Abschluss eines solchen Vertrags in der Regel vom Gewerbetreibenden aus, wodurch der Verbraucher in eine Situation mit Überraschungsmoment gebracht wird, da er auf den Abschluss des Vertrags nicht vorbereitet ist [45]. Daher muss dem Verbraucher besonderer Schutz gewährt werden, da er Qualität und Preis des Angebots nicht mit anderen Angeboten vergleichen kann [46].

54. Wegen der besonderen Merkmale der außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträge muss der Verbraucher bei Vertragsabschluss eine Bedenkzeit haben — ein *spatium deliberandi* [47] –, während der er die Verpflichtungen abschätzt, die mit dem Vertrag verbunden sind, und über die Möglichkeit verfügen, nach Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 85/577 innerhalb von mindestens sieben

41 — Der Originalwortlaut von Art. II.-7:301 (Contracts infringing fundamental principles) ist folgender: „A contract is void to the extent that: (a) it infringes a principle recognised as fundamental in the laws of the Member States of the European Union; and (b) nullity is required to give effect to that principle."

42 — Vgl. z. B. Abs. 1 von Art. II.-7:201 (Mistake), der im Original lautet: „A party may avoid a contract for mistake of fact or law existing when the contract was concluded if: (a) the party, but for the mistake, would not have concluded the contract or would have done so only on fundamentally different terms and the other party knew or could reasonably be expected to have known this; and (b) the other party; (i) caused the mistake; (ii) caused the contract to be concluded in mistake by leaving the mistaken party in error, contrary to good faith and fair dealing, when the other party knew or could reasonably be expected to have known of the mistake; (iii) caused the contract to be concluded in mistake by failing to comply with a pre-contractual information duty or a duty to make available a means of correcting input errors; or (iv) made the same mistake."

43 — Vgl. z. B. Abs. 1 von Art. II.-7:205 (Fraud), der im Original lautet: „A party may avoid a contract when the other party has induced the conclusion of the contract by fraudulent misrepresentation, whether by words or conduct, or fraudulent non-disclosure of any information which good faith and fair dealing, or any pre-contractual information duty, required that party to disclose."

44 — Vgl. z. B. Abs. 1 von Art. II.-7:206 (Coercion or threats), der im Original lautet: „A party may avoid a contract when the other party has induced the conclusion of the contract by coercion or by the threat of an imminent and serious harm which it is wrongful to inflict, or wrongful to use as a means to obtain the conclusion of the contract."

45 — Der Gerichtshof hat z. B. im Urteil vom 25. Oktober 2005, Crailsheimer Volksbank (in Fn. 23 angeführt, Randnr. 43), darauf hingewiesen, dass das Ziel der Richtlinie 85/577 darin besteht, den Verbraucher vor dem mit dem Haustürgeschäft verbundenen Überraschungsmoment zu schützen. Das Überraschungsmoment betont z. B. auch Martín Briceño, M. del R., *La Directiva 85/577, de 20 de diciembre, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, La armonización legislativa de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid 1999, S. 162.

46 — Vgl. z. B. Martín Briceño, a. a. O. (Fn. 45), S. 162; Habersack, M., „The Doorstep Selling Directive and Mortgage Loan Contracts", in: *European Business Law Review*, Nr. 6/2000, S. 394.

47 — Diesen Ausdruck für Bedenkzeit verwendet Manes, P., „Il diritto di pentimento nei contratti dei consumatori dalla legislazione francese alla normativa italiana in attuazione della direttiva 85/577", in: *Contratto e impresa. Europa*, Nr. 2/1996, S. 696.

Tagen den Vertrag zu widerrufen. [48] Wenn sich der Verbraucher entscheidet, den Vertrag zu widerrufen, ist er nach Art. 5 Abs. 2 dieser Richtlinie aus allen aus dem widerrufenen Vertrag erwachsenden Verpflichtungen entlassen. Dieses Recht des Verbrauchers ist so wichtig, dass er darauf nicht verzichten kann. [49]

55. Damit gewährleistet ist, dass der Verbraucher die Möglichkeit hat, dieses wichtige Recht auszuüben, ist von wesentlicher Bedeutung, dass er darüber in geeigneter und schriftlicher Form belehrt wird. Der Gewerbetreibende kann nämlich den Umstand, dass er den Verbraucher — vielleicht wegen momentaner Begeisterung oder weil der Verbraucher dieses Angebot nicht mit anderen Angeboten vergleichen kann — zum Vertragsabschluss überreden kann, zu seinem Vorteil nutzen und es unterlassen, ihn über sein Recht auf Widerruf des Vertrags zu belehren. Wenn sich der Verbraucher später „abkühlt“ [50], wird er seine Entscheidung vielleicht bereuen, doch wird er — wenn er nicht weiß, dass er die Möglichkeit hat, den Vertrag zu widerrufen — als Tatsache annehmen, dass ihn der Vertrag bindet.

56. Daher ist es für den Verbraucherschutz bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen nicht bloß wichtig, dass der Verbraucher das Recht auf Widerruf des Vertrags *besitzt*, sondern auch, dass er sich seiner Rechte *bewusst ist* und über sie belehrt wird [51]. Wie der Gerichtshof bereits im Urteil Heininger betont hat, kann der Verbraucher sein Recht auf Widerruf des Vertrags nicht ausüben, wenn es ihm nicht bekannt ist [52]. Wenn ihm die Belehrung über das Recht auf Widerruf nicht erteilt wurde, wird er folglich alle damit verbundenen Rechte, z. B. das Recht, die Nichtigerklärung des ohne diese Belehrung geschlossenen Vertrags zu beantragen, nicht ausüben können, sofern nicht sichergestellt wird, dass er wirksam über diese (mit dem Widerrufsrecht verbundenen) Rechte informiert wird.

57. Daher ist meines Erachtens die spanische Regelung, die bestimmt, dass der Verbraucher die Nichtigerklärung eines außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrags beantragen kann, wenn er nicht über das Recht

48 — In der Literatur vgl. z. B. Habersack, a. a. O. (Fn. 46), S. 394. Mankowski, P., „Die gemeinschaftsrechtliche Kontrolle von Erlöschenstatbeständen für verbraucherschützende Widerrufsrechte“, in: *Juristenzeitung*, Nr. 23/2008, S. 1143, betont, dass das Widerrufsrecht letztlich das einzige Instrument des Verbraucherschutzes in der Richtlinie 85/577 sei und dass jede Beschränkung dieses Rechts notwendig zu einer Verminderung dieses Schutzes führe.

49 — Vgl. Art. 6 der Richtlinie 85/577, wonach der Verbraucher auf die ihm aufgrund dieser Richtlinie eingeräumten Rechte nicht verzichten kann.

50 — Die Bedenkzeit nach dem Vertragsabschluss wird oft „*cooling off period*“ genannt (wörtlich: „Abkühlungsphase“). Vgl. z. B. Grünbuch Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz (aufgelegt von der Europäischen Kommission) KOM(2006) 744 endg., S. 10 der englischen Fassung; Abhandlung der Europäischen Kommission *Discussion paper on the Review of Directive 85/577/EEC to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises (Doorstep Selling Directive)* (angeführt in Fn. 28).

51 — Es sei hinzugefügt, dass die Richtlinie 85/577 damit dem Gewerbetreibenden eine besondere Verantwortung überträgt, da die Ausübung der Verbraucherrechte von der Belehrung durch den Gewerbetreibenden abhängt. Vgl. im Zusammenhang damit Schlussanträge des Generalanwalts Léger vom 12. Juli 2001 in der Rechtssache Heininger (C-481/99, in Fn. 17 angeführt, Nr. 60).

52 — Vgl. Urteil Heininger (in Fn. 17 angeführt, Randnr. 45). Vgl. auch Urteil Hamilton (in Fn. 23 angeführt, Randnr. 33) und Schlussanträge des Generalanwalts Léger vom 12. Juli 2001 in der Rechtssache Heininger (C-481/99, Slg. 2001, I-9945, Nr. 60). In der Literatur vgl. z. B. Rudisch, B., „Das ‚Heininger‘-Urteil des EuGH vom 13.12.2001, Rs C-481/99: Meilenstein oder Stolperstein für den Verbraucherschutz bei Realkrediten?“, in: Eccher, B., Nemeth, K., Tangl, A. (Hrsg.), *Verbraucherschutz in Europa. Festgabe für em. o. Univ.-Prof. Dr. Heinrich Mayrhofer*, Verlag Österreich, Wien 2002, S. 202.

auf Widerruf des Vertrags belehrt wurde, keine geeignete Maßnahme im Sinne von Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie 85/577, sofern nicht dafür gesorgt wird, dass der Verbraucher wirksam über seine Rechte informiert wird, die ihm in diesem Fall das nationale Recht gewährt.

58. Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob das nationale Gericht von Amts wegen tätig werden soll, wenn der Verbraucher nicht über sein Recht auf Widerruf des Vertrags belehrt wurde.

3. Allgemeine Regel: Im Gemeinschaftsrecht existiert keine allgemeine Pflicht zur Prüfung von Amts wegen

59. Es muss betont werden, dass nach Gemeinschaftsrecht keine allgemeine Pflicht der nationalen Gerichte besteht, von Amts wegen die Rechte zu wahren, die den Bürgern aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsen. Nach ständiger Rechtsprechung sind mangels einer einschlägigen Gemeinschaftsregelung die Verfahrensmodalitäten, die den Schutz der dem Bürger aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, nach dem Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung eines jeden Mitgliedstaats; sie dürfen jedoch nicht ungünstiger sein als diejenigen, die gleichartige Sachverhalte innerstaatlicher Art regeln (Äquivalenzprinzip), und die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsprinzip) [53]. Jeder Fall, in dem sich die Frage stellt, ob eine nationale Verfahrensvorschrift die Ausübung der den Bürgern durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte unmöglich macht oder übermäßig erschwert, ist unter Berücksichtigung der Stellung dieser Vorschrift im gesamten Verfahren, des Verfahrensablaufs und der Besonderheiten des Verfahrens vor den verschiedenen nationalen Stellen zu prüfen. [54]

60. Aus der Rechtsprechung geht ferner hervor, dass der Effektivitätsgrundsatz die nationalen Gerichte unabhängig von der Bedeutung einer Gemeinschaftsvorschrift für die Gemeinschaftsrechtsordnung nicht dazu verpflichtet, einen auf diese Vorschrift gestützten Klagegrund von Amts wegen zu prüfen, wenn die Parteien tatsächlich die Möglichkeit haben, einen auf dem Gemein-

53 — Vgl. in diesem Sinne Urteile Peterbroeck (in Fn. 10 angeführt, Randnr. 12), van Schijndel und van Veen (in Fn. 18 angeführt, Randnr. 17), vom 16. Mai 2000, Presdon u. a. (C-78/98, Slg. 2000, I-3201, Randnr. 31), vom 9. Dezember 2003, Kommission/Italien (C-129/00, Slg. 2003, I-14637, Randnr. 25), van der Weerd (in Fn. 18 angeführt, Randnr. 28) und Mostaza Claro (in Fn. 15 angeführt, Randnr. 24).

54 — Vgl. Urteile Peterbroeck (in Fn. 10 angeführt, Randnr. 14), van Schijndel und van Veen (in Fn. 18 angeführt, Randnr. 19) sowie van der Weerd (in Fn. 18 angeführt, Randnr. 33).

schaftsrecht beruhenden Grund vor einem nationalen Gericht geltend zu machen [55]. Dies wird durch das Prinzip gerechtfertigt, dass die Initiative in einem Prozess den Parteien zusteht, weswegen das Gericht nur in Ausnahmefällen im Interesse der öffentlichen Ordnung von Amts wegen tätig werden darf [56].

61. Der Gerichtshof hat jedoch in seiner Rechtsprechung von dieser allgemeinen Regel eine Ausnahme hinsichtlich einiger Verbraucherschutzrichtlinien gemacht — zunächst im Zusammenhang mit der Richtlinie 93/13, später auch im Zusammenhang mit der Richtlinie 87/102 — und zugelassen, dass das nationale Gericht aufgrund des Verbraucherschutzes und der Verwirklichung der Zwecke dieser Richtlinien bestimmte Klagegründe von Amts wegen prüft [57].

62. Daher stelle ich im Folgenden zunächst inhaltlich die Rechtsprechung zu den Richtlinien 93/12 und 87/102 vor und prüfe anschließend, ob diese Rechtsprechung analog auf die Richtlinie 85/577 übertragbar ist.

4. Ausnahme von der allgemeinen Regel: Rechtsprechung zu den Richtlinien 93/13 und 87/102

a) Rechtsprechung zur Richtlinie 93/13

63. Im Zusammenhang mit der Richtlinie 93/13 sind die Urteile Océano Grupo [58], Cofidis [59] und Mostaza Claro [60] einschlägig.

64. Im Urteil Océano Grupo hat der Gerichtshof betont, dass das durch die Richtlinie 93/13 eingeführte Schutzsystem davon ausgeht, dass sich der Verbraucher 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 [61]. Der Gerichtshof hat festgestellt, dass das Ziel des Art. 6 der Richtlinie, wonach die Mitgliedstaaten vorsehen müssen, dass missbräuchliche Klauseln für den Verbraucher unverbindlich sind, nicht erreicht wer-

55 — Vgl. Urteil van der Weerd (in Fn. 18 angeführt, Randnr. 41); vgl. in diesem Sinne auch Urteil van Schijndel und van Veen (in Fn. 18 angeführt, Randnr. 22). In der Literatur vgl. z. B. Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, 2. Aufl., Sweet & Maxwell, London 2006, S. 104, Randnr. 3-035; Simon, D., „Modalités du relevé d'office", in: *Europe — Revue mensuelle LexisNexis JurisClasseur*, August-September 2007, S. 12; Jans, J. H., Marseille, A. T., „Joined Cases C-222–225/05, Van der Weerd and others v. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 7 June 2007, [2007] ECR I-4233", in: *Common Market Law Review*, Nr. 3/2008, S. 858 f.

56 — Vgl. Urteile van Schijndel und van Veen (in Fn. 18 angeführt, Randnr. 21) sowie van der Weerd (in Fn. 18 angeführt, Randnr. 35).

57 — Es sei hinzugefügt, dass der Gerichtshof auch in anderen Fällen eine Ausnahme von dieser Regel zugelassen hat, z. B. im Urteil Peterbroeck (in Fn. 10 angeführt), in dem er entschieden hat, dass das Gemeinschaftsrecht der Anwendung einer nationalen Verfahrensvorschrift entgegensteht, die dem nationalen Gericht verbietet, von Amts wegen die Vereinbarkeit eines innerstaatlichen Rechtsakts mit einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts zu prüfen, wenn sich kein Verfahrensbeteiligter innerhalb einer bestimmten Frist auf die letztgenannte Vorschrift berufen hat. Gleiches gilt für die Anwendung der Bestimmungen auf dem Gebiet des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts; vgl. Urteile vom 1. Juni 1999, Eco Swiss (C-126/97, Slg. 1999, I-3055, Randnr. 40), sowie vom 13. Juli 2006, Manfredi u. a. (C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619, Randnr. 31).

58 — Vgl. Urteil Océano Grupo (in Fn. 13 angeführt).

59 — Vgl. Urteil Cofidis (in Fn. 14 angeführt).

60 — Vgl. Urteil Mostaza Claro (in Fn. 15 angeführt).

61 — Vgl. Urteil Océano Grupo (in Fn. 13 angeführt, Randnr. 25).

den könnte, wenn der Verbraucher die Missbräuchlichkeit solcher Klauseln selbst geltend machen müsste [62]. Er hat darauf hingewiesen, dass die Gefahr besteht, dass der Verbraucher die Missbräuchlichkeit der Klausel vor allem aus Unkenntnis nicht geltend macht, und dass somit ein wirksamer Schutz des Verbrauchers nur erreicht werden kann, wenn dem nationalen Gericht die Möglichkeit eingeräumt wird, eine solche Klausel von Amts wegen zu prüfen [63].

65. Der Gerichtshof hat im Urteil Océano Grupo außerdem hervorgehoben, 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, nämlich zu verhindern, dass der einzelne Verbraucher an eine missbräuchliche Klausel gebunden ist, und um die Verwirklichung des Zieles des Art. 7 [64] der Richtlinie zu fördern, da eine solche Prüfung abschreckend wirken kann und damit dazu beiträgt, dass der Verwendung missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen ein Ende gesetzt wird [65].

66. Daher hat der Gerichtshof im Urteil Océano Grupo entschieden, dass der Schutz, den die Richtlinie 93/13 den Verbrauchern gewährt, erfordert, dass *das nationale Gericht von Amts wegen die Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel prüfen kann* [66].

67. Ähnlich hat der Gerichtshof im Urteil Cofidis betont, dass die Befugnis des Gerichts, von Amts wegen die Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel zu prüfen, notwendig ist, um den wirksamen Schutz des Verbrauchers insbesondere angesichts der nicht zu unterschätzenden Gefahr zu gewährleisten, dass dieser seine Rechte nicht kennt oder Schwierigkeiten hat, sie geltend zu machen [67]. Deswegen hat der Gerichtshof in diesem Urteil entschieden, dass die Richtlinie 93/13 einer innerstaatlichen Regelung entgegensteht, die es dem nationalen Gericht im Rahmen einer von einem Gewerbetreibenden gegen einen Verbraucher erhobenen Klage, die auf einen von ihnen geschlossenen Vertrag gestützt wird, verwehrt, nach Ablauf einer Ausschlussfrist von Amts wegen oder auf eine vom Verbraucher erhobene Einrede hin die Missbräuchlichkeit einer in diesem Vertrag enthaltenen Klausel festzustellen [68].

68. Die angeführten Grundsätze hat der Gerichtshof im Urteil Mostaza Claro bestätigt, in dem er entschieden hat, dass die Richtlinie 93/13 dahin auszulegen ist, dass ein nationales Gericht, das über eine Klage auf Aufhebung eines Schiedsspruchs zu entscheiden hat, die Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung prüft und den Schiedsspruch aufhebt, wenn die

62 — Ebd. (Randnr. 26).

63 — Ebd. (Randnr. 26). Das hat der Gerichtshof später in den Urteilen Cofidis (in Fn. 14 angeführt, Randnr. 33) und Mostaza Claro (in Fn. 15 angeführt, Randnr. 28) bestätigt.

64 — Nach Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 93/13 müssen die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass „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“, nach Art. 7 Abs. 2 müssen diese Mittel „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 … missbräuchlich sind …“. Ziel von Art. 7 ist es also, die Gewährleistung des Verbraucherschutzes auch über Personen zu ermöglichen, die nicht Vertragsparteien sind.

65 — Vgl. Urteil Océano Grupo (in Fn. 13 angeführt, Randnr. 28). Das hat der Gerichtshof später in den Urteilen Cofidis (in Fn. 14 angeführt, Randnr. 32) und Mostaza Claro (in Fn. 15 angeführt, Randnr. 27) bestätigt.

66 — Vgl. Urteil Océano Grupo (in Fn. 13 angeführt, Nr. 1 des Tenors).

67 — Vgl. Urteil Cofidis (in Fn. 14 angeführt, Randnr. 33).

68 — Vgl. Urteil Cofidis (in Fn. 14 angeführt, Randnr. 38 und Tenor).

Schiedsvereinbarung eine missbräuchliche Klausel zulasten des Verbrauchers enthält, auch wenn der Verbraucher diese Nichtigkeit nicht im Schiedsverfahren, sondern erst im Verfahren der Aufhebungsklage eingewandt hat [69].

b) Rechtsprechung zur Richtlinie 87/102

69. Wie die Kommission hervorhebt, hat der Gerichtshof die Rechtsprechung der Urteile Océano Grupo, Cofidis und Mostaza Claro bereits auf eine andere Verbraucherschutzrichtlinie übertragen, und zwar auf die Richtlinie 87/102. Im Urteil Rampion und Godard [70] hat der Gerichtshof entschieden, dass die Richtlinie 87/102 dahin gehend auszulegen ist, dass sie es *dem innerstaatlichen Gericht erlaubt, die Vorschriften, mit denen Art. 11 Abs. 2 der Richtlinie in innerstaatliches Recht umgesetzt wird, von Amts wegen anzuwenden* [71]. Dieser Artikel der Richtlinie 87/102 sieht vor, dass der Verbraucher unter bestimmten Bedingungen [72] Rechte gegen den Kreditgeber geltend machen kann und die Mitgliedstaaten bestimmen, wie weit und unter welchen Bedingungen diese Rechte geltend gemacht werden können.

70. In den Gründen des Urteils Rampion und Godard hat der Gerichtshof betont, dass die Richtlinie 87/102 zweierlei Zwecke verfolgt, und zwar zum einen die Errichtung eines gemeinsamen Verbraucherkreditmarkts und zum anderen den Schutz der Verbraucher, die solche Kredite aufnehmen [73]. Zweck von Art. 11 Abs. 2 der Richtlinie ist es also, dem Verbraucher Rechte gegenüber dem Kreditgeber zu verleihen, die zu den ihm nach dem Vertrag zustehenden üblichen Rechten gegenüber dem Lieferanten der Waren oder dem Erbringer der Dienstleistungen hinzukommen. [74] Der Gerichtshof ist der Auffassung gewesen, dass dieses Ziel nicht wirksam erreicht werden könnte, wenn der Verbraucher selbst gegen den Kreditgeber Rechte geltend machen müsste, insbesondere wegen der Gefahr, dass der Verbraucher seine Rechte nicht kennt oder Schwierigkeiten hat, sie auszuüben [75].

5. Übertragung der Rechtsprechung zu den Richtlinien 93/13 und 87/102 auf die vorliegende Rechtssache

71. Meines Erachtens lässt sich die angeführte Rechtsprechung auf die vorliegende Rechtssache übertragen, allerdings ist es wichtig, dass diese Übertragung Sinn macht und nicht den Zielen und einzelnen Bestimmungen der Richtlinie 85/577 zuwiderläuft.

69 — Vgl. Urteil Mostaza Claro (in Fn. 15 angeführt, Randnr. 39 und Tenor).

70 — Vgl. Urteil Rampion und Godard (in Fn. 22 angeführt).

71 — Ebd. (Randnr. 69 und Tenor).

72 — In Art. 11 Abs. 2 der Richtlinie 87/102 werden folgende Bedingungen angeführt: „Wenn a) für den Bezug von Waren oder Dienstleistungen ein Kredit mit einer anderen Person als dem Lieferanten vereinbart worden ist und b) zwischen dem Kreditgeber und dem Lieferanten der Waren oder Dienstleistungen eine vorherige Abmachung besteht, wonach Kredite an Kunden dieses Lieferanten zum Zwecke des Erwerbs von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen des betreffenden Lieferanten ausschließlich von dem betreffenden Kreditgeber bereitgestellt werden, und c) der unter Buchstabe a) genannte Verbraucher seinen Kredit im Rahmen dieser vorherigen Abmachung erhält und d) die unter den Kreditvertrag fallenden Waren oder Dienstleistungen nicht oder nur teilweise geliefert werden oder dem Liefervertrag nicht entsprechen und e) der Verbraucher seine Rechte gegen den Lieferanten erfolglos geltend gemacht hat …“

73 — Vgl. Urteil Rampion und Godard (in Fn. 22 angeführt, Randnr. 59).

74 — Ebd. (Randnr. 64).

75 — Ebd. (Randnr. 65).

72. Zunächst können für die vorliegende Rechtssache zweifelsohne die *ratio* dieser Rechtsprechung und die Entscheidungsgründe der angeführten Urteile des Gerichtshofs übernommen werden. Die Rechtsprechung in den Urteilen Océano Grupo, Cofidis, Mostaza Claro sowie Rampion und Godard geht davon aus, dass sich der Verbraucher im Vergleich zum Gewerbetreibenden in der unterlegenen Position befindet [76] und dass die Gefahr besteht, dass der Verbraucher seine Rechte nicht kennt oder Schwierigkeiten hat, sie auszuüben [77]. Auch das durch die Richtlinie 85/577 geschaffene System beruht auf der Tatsache, dass der Verbraucher die schwächere Vertragspartei ist, weshalb ihm besonderer Schutz zu gewähren ist, was insbesondere aus dem Erfordernis ersichtlich ist, dass er schriftlich über sein Widerrufsrecht belehrt werden muss — es wird also angenommen, dass der Verbraucher dieses Recht nicht kennen wird, wenn er darüber nicht belehrt wurde —, und aus dem Erfordernis, dass die Mitgliedstaaten für geeignete Maßnahmen sorgen müssen, wenn diese Belehrung nicht erfolgt [78]. Das Ziel eines hohen Verbraucherschutzniveaus ist also im Fall der Richtlinie 93/13 und der Richtlinie 87/102 dasselbe wie im Fall der Richtlinie 85/577. [79] Alle Richtlinien gehen davon aus, dass die Gefahr besteht, dass der Verbraucher seine Rechte nicht kennt. Diese Ungleichheit zwischen Verbraucher und Gewerbetreibendem kann nur durch ein positives Eingreifen von dritter, von den Vertragsparteien unabhängiger Seite ausgeglichen werden. [80]

73. Außerdem muss bei der Übertragung der Rechtsprechung klar zwischen dem, was das nationale Gericht von Amts wegen *feststellt*, und dem unterschieden werden, was die *Folge* dieser Feststellung ist. Der Kern der Rechtsprechung zur Richtlinie 93/13 besteht darin, dass das nationale Gericht von Amts wegen die Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel feststellt, und nicht darin, dass es feststellen kann, dass eine solche Vertragsbedingung für den Verbraucher nicht verbindlich ist; Letzteres ist bloß die Folge der Feststellung, dass es sich um eine missbräuchliche Vertragsklausel handelt. [81] Auch im Zusammenhang mit der Richtlinie 87/102 wendet das nationale Gericht von Amts wegen Bestimmungen an, mit denen Art. 11 Abs. 2 dieser Richtlinie in das innerstaatliche Recht umgesetzt wurde; die Folgen sind aber in den

76 — Auf die im Verhältnis zum Gewerbetreibenden schwächere Position des Verbrauchers wird z. B. in den Urteilen Océano Grupo (in Fn. 13 angeführt, Randnr. 25) und Mostaza Claro (in Fn. 15 angeführt, Randnr. 26) hingewiesen.

77 — Vgl. Urteil Océano Grupo (in Fn. 13 angeführt, Randnr. 26), Urteil Cofidis (in Fn. 14 angeführt, Randnr. 33), das in Fn. 15 angeführte Urteil Mostaza Claro (Randnr. 28) sowie Urteil Rampion und Godard (in Fn. 22 angeführt, Randnr. 65).

78 — Der Gerichtshof hat betont, dass der Hauptzweck der Richtlinie 85/577 darin besteht, den Verbraucher vor der Gefahr zu schützen, die sich aus den Umständen eines Vertragsschlusses außerhalb der Geschäftsräume ergibt, und dass dieser Schutz des Verbrauchers in der Richtlinie durch die Einführung eines Widerrufsrechts verwirklicht wird; vgl. das in Fn. 17 angeführte Urteil Heininger (Randnr. 38) und Urteil vom 25. Oktober 2005, Schulte (C-350/03, Slg. 2005, I-9215, Randnr. 66). Vgl. auch das in Fn. 23 angeführte Urteil Hamilton (Randnr. 32).

79 — Es sei hinzugefügt, dass die Forderung nach einem hohen Verbraucherschutzniveau auch in Art. 38 der Grundrechtecharta der Union (oben in Fn. 5 angeführt) enthalten ist, der vorsieht, dass die Politiken der Union ein hohes Verbraucherschutzniveau sicherstellen.

80 — Vgl. analog Urteile Océano Grupo (in Fn. 13 angeführt, Randnr. 27) und Mostaza Claro (in Fn. 15 angeführt, Randnr. 26).

81 — Die Folge, die nach der Richtlinie 93/13 das Einfügen einer missbräuchlichen Klausel in einen Vertrag hat, unterscheidet sich von der Folge, die nach der Richtlinie 85/577 die Nichtbelehrung des Verbrauchers über sein Recht auf Widerruf des Vertrags hat. Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 93/13 verlangt von den Mitgliedstaaten ausdrücklich, dass sie vorsehen, dass „missbräuchliche Klauseln in Verträgen, die ein Gewerbetreibender mit einem Verbraucher geschlossen hat, *für den Verbraucher unverbindlich sind* …“ (Hervorhebung nur hier). Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie 85/577 bestimmt hingegen bloß Folgendes: „Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass ihre innerstaatlichen Rechtsvorschriften *geeignete Maßnahmen* zum Schutz des Verbrauchers *vorsehen*, wenn die in diesem Artikel vorgesehene Belehrung nicht erfolgt“ (Hervorhebung nur hier). Der Unterschied zwischen den Folgen besteht auch darin, dass bei der Richtlinie 93/13 die Folge der missbräuchlichen Klausel im Gemeinschaftsrecht festgelegt ist, während die Folgen bei Nichtbelehrung des Verbrauchers über sein Widerrufsrecht im nationalen Recht geregelt sind.

nationalen Bestimmungen festgelegt und können in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich sein. Trennt man entsprechend zwischen der Feststellung von Amts wegen und der Folge dieser Feststellung, macht es erkennbar Sinn, wenn im Rahmen der Richtlinie 85/577 das nationale Gericht von Amts wegen feststellt, *ob der Verbraucher über sein Recht auf Widerruf des Vertrags belehrt wurde.*

74. Dabei stellt sich natürlich gleich die Frage nach den Folgen dieser Feststellung. Das vorlegende Gericht ist der Auffassung, dass in diesem Fall die absolute Nichtigkeit des Vertrags als strengere Maßnahme im Vergleich zu der im spanischen Recht vorgesehenen relativen Nichtigkeit eine geeignete Verbraucherschutzmaßnahme darstelle. Es bleibt jedoch die Frage, ob die absolute Nichtigkeit als Folge der Nichtbelehrung des Verbrauchers eine Maßnahme ist, die den Zielen der Richtlinie 85/577 gerecht wird; daher muss geprüft werden — ähnlich wie im Zusammenhang mit der relativen Nichtigkeit —, ob die absolute Nichtigkeit des Vertrags, die das nationale Gericht von Amts wegen feststellt, eine geeignete Verbraucherschutzmaßnahme im Sinne von Art. 4 Abs. 3 dieser Richtlinie ist.

75. Im Zusammenhang mit der Frage, ob die absolute Nichtigkeit geeignet ist, möchte ich zunächst eine Parallele ziehen zwischen dem Recht des Verbrauchers auf Widerruf des Vertrags und seinem Recht, über die Gültigkeit eines ohne Belehrung geschlossenen Vertrags zu entscheiden. Zu berücksichtigen ist, dass die Ausübung des Rechts auf Widerruf eines außerhalb der Geschäftsräume geschlossenen Vertrags vom Willen des Verbrauchers abhängt. Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 85/577 bestimmt: „Der Verbraucher *besitzt das Recht* [82], von der eingegangenen Verpflichtung zurückzutreten…". Das Wesen dieser Bestimmung liegt also darin, dass der Verbraucher selbst entscheidet, ob er den Vertrag widerrufen wird oder nicht. Aus Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 85/577 ergibt sich, dass der Verbraucher aus allen aus dem widerrufenen Vertrag erwachsenden Pflichten erst dann entlassen ist, wenn er seinem Vertragspartner den Widerruf anzeigt. Damit der Vertrag den Verbraucher nicht mehr bindet, muss dieser also eine Entscheidung treffen und eine Handlung vornehmen, nämlich dem Vertragspartner den Widerruf anzeigen.

76. Ähnlich wie der Verbraucher die Möglichkeit haben muss, sein Recht auf Widerruf des Vertrags selbst auszuüben, muss er auch die Möglichkeit haben, selbst darüber zu entscheiden, ob er den ohne diese Belehrung geschlossenen Vertrag in Geltung belässt oder nicht. Es besteht nämlich die Möglichkeit, dass er ihn aufrechterhalten will, obwohl er nicht über sein Widerrufsrecht belehrt wurde. Wenn der Vertrag für nichtig erklärt worden ist, wird der Verbraucher dem Gewerbetreibenden im vorliegenden Fall nach spanischem

82 — Hervorhebung nur hier. Vergleiche auch andere Sprachfassungen dieses Teils der Bestimmung, und zwar die französische *(„le consommateur a le droit")*, die englische *(„the consumer shall have the right")*, die italienische *(„il consumatore ha il diritto")* sowie die spanische *(„el consumidor tendrá el derecho")*.

Recht wegen des Grundsatzes *quod nullum est, nullum producit effectum* [83] die erhaltenen Sachen zurückgeben, aber auch selbst den bereits bezahlten Kaufpreis zurückerhalten [84]. Das wird aber vielleicht nicht zum Nutzen des Verbrauchers sein, im Gegenteil, die Nichtigkeit eines solchen Vertrags kann sogar zu seinem Nachteil sein [85]. Im Bestreben um übertriebenen Schutz des Verbrauchers kann ihm somit — wie der lateinische Spruch *summum ius summa iniuria* zum Ausdruck bringt — auch geschadet werden.

77. Außerdem ist es wichtig, sich zu vergegenwärtigen, dass mit der Annahme der absoluten Nichtigkeit noch einen Schritt weiter gegangen würde, als es die Rechtsprechung zur Richtlinie 93/13 ermöglicht. Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 93/13 lässt nämlich zu, dass „der Vertrag für beide Parteien … bindend bleibt, wenn er ohne die missbräuchlichen Klauseln bestehen kann". Das nationale Gericht stellt also im Zusammenhang mit der Richtlinie 93/13 von Amts wegen nur fest, ob einzelne Vertragsklauseln missbräuchlich sind, der Vertrag aber gilt weiterhin, wenn er ohne die missbräuchlichen Klauseln bestehen kann. In der vorliegenden Rechtssache möchte nun das vorlegende Gericht den gesamten Vertrag für nichtig erklären, wodurch die Folgen für den Vertrag gravierender wären als im Rahmen der Richtlinie 93/13.

78. Daher bin ich der Auffassung, dass eine absolute Nichtigkeit des Vertrags, die das nationale Gericht von Amts wegen feststellt, wenn der Verbraucher nicht über sein Widerrufsrecht belehrt wurde, keine geeignete Verbraucherschutzmaßnahme im Sinne von Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie 85/577 ist.

79. Aus diesem Grund ist, wenn bestimmt wird, welche Folge die Feststellung des nationalen Gerichts hat, dass der Verbraucher

83 — Dieser Grundsatz bedeutet, dass ein nichtiger Vertrag keine rechtliche Wirkung hat; im Rahmen des spanischen Rechts erwähnt ihn z. B. Díez-Picazo, L., Gullón, A., *Sistema de derecho civil*, *Vol. II*, 7. Aufl., Tecnos, Madrid 1995, S. 109. Rechtsvergleichend sei angeführt, dass diesen Grundsatz auch die Rechtsordnungen anderer Mitgliedstaaten kennen; vgl. z. B. zum französischen Recht Flour, J., u. a., a. a. O. (Fn. 30), S. 297, Randnr. 361, und zum slowenischen Recht Polajnar Pavčnik, A., a. a. O. (Fn. 34), Kommentar zu Art. 86, S. 507.

84 — Vgl. Art. 1.303 des spanischen Código civil. In der spanischen Lehre vgl. bezüglich der Verpflichtung zur Rückgabe der auf der Grundlage eines nichtigen Vertrags erhaltenen Sache Díez-Picazo, L., Gullón, A., a. a. O. (Fn. 83), S. 111. Auch in den Rechtsordnungen anderer Mitgliedstaaten ist die Regelung ähnlich; vgl. z. B. zum deutschen Recht Larenz, K., Wolf, M., a. a. O. (Fn. 32), S. 797, Randnr. 8, wo es heißt, dass im Fall der Nichtigkeit des Vertrags eine Lage herzustellen sei, wie sie bestehen würde, wenn die auf dem nichtigen Vertrag beruhende Erfüllung niemals stattgefunden hätte; zum französischen Recht vgl. Flour, J., u. a., a. a. O. (Fn. 30), S. 298, Randnr. 362; zum slowenischen Recht vgl. Polajnar Pavčnik, A., a. a. O. (Fn. 34), Kommentar zu Art. 87, S. 513 ff.

85 — Stellen wir uns den Fall vor, dass der Verbraucher bei einem Haustürgeschäft eine Enzyklopädie im Vorverkauf und zu einem niedrigeren Frühkäuferpreis ersteht. Der Verkäufer zahlt den Kaufpreis, der Gewerbetreibende liefert aber die Ware nicht innerhalb der vorgesehenen Frist, weshalb der Verbraucher gegen ihn eine Klage einreicht. Das Gericht stellt fest, dass der Verbraucher nicht über sein Widerrufsrecht belehrt wurde, und erklärt den Vertrag für nichtig. Der Gewerbetreibende erstattet dem Verbraucher den Kaufpreis zurück, aber da der Verbraucher ohnehin die Enzyklopädie kaufen will, bestellt er sie erneut, jedoch zu einem höheren Preis, da sie nicht mehr zum Vorverkaufspreis erworben werden kann.

nicht über sein Recht auf Widerruf des Vertrags belehrt wurde, im Wege der teleologischen Auslegung eine Alternative zu finden, die dem Zweck der Richtlinie 85/577 besser gerecht wird.

80. Der Zweck der Richtlinie 85/577 wird aus meiner Sicht am besten dadurch erreicht, dass das nationale Gericht, wenn es von Amts wegen feststellt, dass der Verbraucher nicht über sein Widerrufsrecht belehrt wurde, *den Verbraucher über seine Rechte informiert, die ihm in diesem Fall das nationale Recht gewährt.* Dadurch wird zum einen ein angemessener Verbraucherschutz gewährleistet und zum anderen dem Verbraucher ermöglicht, im Einklang mit dem Grundsatz der Privatautonomie [86] selbst zu entscheiden, ob er den Vertrag aufrechterhalten wird, wenn er nicht über das Widerrufsrecht belehrt wurde.

81. Außerdem wird mit der Lösung, dass das nationale Gericht den Verbraucher über seine Rechte nach nationalem Recht informiert, das Recht der Mitgliedstaaten nach Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie 85/577 gewahrt, selbst geeignete Maßnahmen für den Fall zu treffen, dass der Verbraucher nicht über sein Recht auf Widerruf des Vertrags belehrt wurde. Wenn dem nationalen Gericht erlaubt würde, einen ohne diese Belehrung geschlossenen Vertrag von Amts wegen für nichtig zu erklären, würde den Mitgliedstaaten das Ermessen genommen, das ihnen die Richtlinie hinsichtlich der Folgen für einen solchen Vertrag einräumt. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zeigt nämlich, dass sich die Mitgliedstaaten im Rahmen der Umsetzung von Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie 85/577 tatsächlich für sehr unterschiedliche Maßnahmen für Fälle, in denen der Verbraucher nicht über sein Recht auf Widerruf des Vertrags belehrt wurde, entschieden haben. Grob können sie in zwei Gruppen eingeteilt werden; im Folgenden führe ich zur Veranschaulichung — ohne ein Urteil darüber abzugeben, ob die Bestimmungen der Richtlinie 85/577 ordnungsgemäß in das jeweilige nationale Recht umgesetzt wurden — Beispiele einiger Mitgliedstaaten an.

82. In die erste Gruppe fallen Staaten, deren nationales Recht als Folge der Nichtbelehrung des Verbrauchers entweder die Nichtigkeit

86 — Vgl. z. B. Basedow, J., „Die Europäische Union zwischen Marktfreiheit und Überregulierung — Das Schicksal der Vertragsfreiheit", in: *Bitburger Gespräche Jahrbuch 2008/I*, Beck, München 2009, S. 86, der hervorhebt, dass die Vertragsfreiheit der wichtigste Ausdruck der Privatautonomie sei. Zur Privatautonomie siehe rechtsvergleichend in der deutschen Lehre Larenz, K., Wolf, M., a. a. O. (Fn. 32), S. 2, Randnr. 2; in der österreichischen Lehre Koziol, H., Welser, R., *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band I: Allgemeiner Teil — Sachenrecht — Familienrecht,* 11. Aufl., Manzsche Verlags- u. Universitätsbuchhandlung, Wien 2000, S. 84; in der spanischen Lehre Díez-Picazo, L., Gullón, A., *Sistema de derecho civil, Vol. I*, 10. Aufl., Tecnos, Madrid 2002, S. 369 ff. 375; vgl. in der französischen Lehre Flour, J., u. a., a. a. O. (Fn. 30), S. 72, Randnr. 99 ff.

eines solchen Vertrags vorsieht (z. B. Belgien [87], Luxemburg [88], die Niederlande [89] und Spanien [90]) oder bestimmt, dass der Vertrag für den Verbraucher nicht bindend ist (z. B. Finnland [91]) oder dass von ihm nicht die Erfüllung des Vertrags gefordert werden kann (z. B. Irland [92] und das Vereinigte Königreich [93]). In der zweiten Gruppe befinden sich Staaten, in denen sich aufgrund der Nichtbelehrung des Verbrauchers die Frist für den Widerruf des Vertrags verlängert [94] (z. B. Österreich [95], Tschechien [96], Italien [97], Deutschland [98] und Slowenien [99]). Einige Staaten sehen neben den Hauptfolgen, z. B. der Nichtigkeit oder der Fristverlängerung, noch eine Geldstrafe vor (z. B. Belgien [100] und Italien [101]). Diese Frage wird *de lege ferenda* unter Umständen mit der Richtlinie über Verbraucherrechte einheitlich

87 — Vgl. Art. 88 Abs. 3 des belgischen Gesetzes vom 14. Juli 1991 über die Handelspraktiken sowie die Aufklärung und den Schutz der Verbraucher, das als Folge der Nichtbelehrung des Verbrauchers die Nichtigkeit des Vertrags vorsieht. Es sei erwähnt, dass das Gesetz nicht genau bestimmt, ob es um relative oder absolute Nichtigkeit geht, und auch unter den belgischen Gerichten herrscht insoweit Uneinigkeit; vgl. z. B. das Urteil des Hof van Beroep te Antwerpen vom 31. Oktober 2005 (Rechtskundig Weekblad 2007-08, Nr. 22, 26.1.2008), in dem dieses Gericht die Auffassung vertritt, dass es sich um absolute Nichtigkeit handele, und das Urteil des Hof van Beroep te Gent vom 21. Februar 2007 (Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 2007, S. 369), in dem dieses Gericht meint, dass es um relative Nichtigkeit gehe.

88 — Vgl. Art. 10 Abs. 4 der luxemburgischen Loi du 16 juillet 1987 concernant le colportage, la vente ambulante, l'étalage de marchandises et la sollicitation de commandes, wonach der Vertrag nichtig ist und sich der Verbraucher auf die Nichtigkeit berufen kann, wenn er nicht über sein Widerrufsrecht informiert wurde.

89 — Vgl. Art. 24 Abs. 1 der niederländischen Colportagewet, wonach die Folge der Nichtbelehrung des Verbrauchers die Nichtigkeit des Vertrags ist. Angesichts der allgemeinen Unterscheidung zwischen „Nichtigkeit" und „Anfechtbarkeit" im niederländischen Recht geht es in diesem Fall um eine Nichtigkeit, die die Gerichte von Amts wegen feststellen; vgl. Hartkamp, A. S., a. a. O. (Fn. 33), S. 484, Randnr. 459.

90 — Wie in Nr. 13 dieser Schlussanträge angeführt wurde, geht aus Art. 4 der spanischen Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles hervor, dass Verträge oder Angebote, die geschlossen bzw. abgegeben wurden, ohne dass der Verbraucher über sein Recht auf Widerruf des Vertrags informiert wurde, auf Antrag des Verbrauchers für nichtig erklärt werden.

91 — Vgl. Kapitel 6 § 20 des finnischen Kuluttajansuojalaki 38/1978, wonach der Vertrag für den Verbraucher nicht bindend ist, dieser sich jedoch darauf berufen muss.

92 — Vgl. Art. 4 Abs. 1 Buchst. b der irischen Regelung European Communities (Cancellation of Contracts negotiated away from business premises) Regulations, 1989, wonach vom Verbraucher nicht die Erfüllung des Vertrags gefordert werden kann *(„the contract shall not be enforceable")*, wenn er nicht über sein Recht auf Widerruf des Vertrags informiert wurde.

93 — Vgl. Art. 7 Abs. 6 der Regelung des Vereinigten Königreichs The Cancellation of Contracts made in a Consumer's Home or Place of Work etc. Regulations 2008, wonach vom Verbraucher nicht die Erfüllung des Vertrags gefordert werden kann *(„the contract shall not be enforceable")*, wenn er nicht über sein Widerrufsrecht informiert wurde.

94 — Dabei untersuche ich nicht, ob die Vorschriften jener Mitgliedstaaten, die die auf diese Weise verlängerte Frist trotzdem zeitlich begrenzen, im Einklang mit der Entscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache Heininger (in Fn. 17 angeführt) stehen.

95 — Vgl. § 3 Abs. 1 des österreichischen Konsumentenschutzgesetzes, wonach die Frist für den Rücktritt vom Vertrag mit Belehrung des Verbrauchers über sein Recht auf Rücktritt vom Vertrag zu laufen beginnt.

96 — Vgl. Art. 57 Abs. 3 des tschechischen Občiansky zákonník — Zákon č. 40/1964, wonach der Verbraucher den Vertrag innerhalb eines Jahres vom Tag des Vertragsabschlusses an widerrufen kann, wenn er nicht über sein Widerrufsrecht belehrt wurde.

97 — Vgl. Art. 65 Abs. 3 des italienischen Codice del consumo, wonach sich die Frist für den Widerruf des Vertrags — wenn der Verbraucher nicht über sein Widerrufsrecht belehrt wurde — auf 60 Tage verlängert und bei einem Warenkaufvertrag ab dem Tag läuft, an dem der Verbraucher die Ware übernommen hat, bei einem Dienstleistungsvertrag hingegen ab dem Tag des Vertragsabschlusses.

98 — Vgl. § 355 Abs. 3 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB), wonach das Recht des Verbrauchers auf Widerruf des Vertrags nicht erlischt, wenn er nicht ordnungsgemäß über dieses Recht belehrt wurde.

99 — Vgl. Art. 43č Abs. 4 des slowenischen Zakon o varstvu potrošnikov, wonach die Frist für den Widerruf des Vertrags drei Monate beträgt, wenn der Verbraucher nicht über sein Widerrufsrecht belehrt wurde. Art. 43č regelt zwar den Widerruf des Vertrags bei Fernabsatzverträgen, wird jedoch nach Art. 46c Abs. 4 dieses Gesetzes sinngemäß auf außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge angewendet.

100 — Eine Geldstrafe wegen Nichtbelehrung ist in Art. 102 Nr. 7 des belgischen Gesetzes vom 14. Juli 1991 über die Handelspraktiken sowie die Aufklärung und den Schutz der Verbraucher vorgesehen.

101 — Eine Geldstrafe wird in Art. 62 des italienischen Codice del consumo angedroht.

geregelt werden, die derzeit erst als Entwurf [102] vorliegt und vorsieht, dass — bei Nichtbelehrung des Verbrauchers über sein Recht auf Widerruf des Vertrags — die Widerrufsfrist drei Monate nach dem Zeitpunkt endet, in dem der Gewerbetreibende seine anderen vertraglichen Pflichten zur Gänze erfüllt hat [103].

83. Es muss noch untersucht werden, ob die Bestimmungen der Richtlinie 85/577 zur öffentlichen Ordnung gehören. Im Urteil Mostaza Claro [104] hat der Gerichtshof die Bestimmungen der Richtlinie 93/13 implizit bereits als solche eingestuft, die Teil der öffentlichen Ordnung sein können [105], wobei er sich insbesondere darauf berufen hat, dass Art. 6 Abs. 1 dieser Richtlinie eine zwingende Vorschrift ist. Auch im Hinblick auf die Richtlinie 85/577 lässt sich sagen, dass Art. 4, der dem Gewerbetreibenden die Verpflichtung auferlegt, den Verbraucher schriftlich über sein Recht auf Widerruf des Vertrags zu belehren, eine zwingende Vorschrift ist, die das wegen der Unterlegenheit einer der Vertragsparteien nur formale Gleichgewicht zwischen den Rechten und Pflichten der Vertragspartner durch ein tatsächliches Gleichgewicht zwischen den Vertragsparteien ersetzen will. Ähnlich wie es der Gerichtshof bereits im Zusammenhang mit der Richtlinie 93/13 im Urteil Mostaza Claro betont hat, kann auch hinsichtlich der Richtlinie 85/577 festgestellt werden, dass diese Richtlinie, die den Verbraucherschutz verbessern soll, eine Maßnahme nach Art. 3 Abs. 1 Buchst. t EG darstellt, die für die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinschaft und insbesondere für die Hebung des Lebensstandards und der Lebensqualität in der ganzen Gemeinschaft unerlässlich ist [106].

84. Auch wenn der Gerichtshof der in der vorangegangenen Nummer dargelegten Argumentation im Zusammenhang mit der öffentlichen Ordnung nicht folgen sollte, möchte ich darauf aufmerksam machen, dass er sich in den Urteilen Océano Grupo und Cofidis zur Rechtfertigung eines amtswegigen Tätigwerdens der nationalen Gerichte nicht auf die öffentliche Ordnung berufen hat, sondern *bloß auf einen wirksamen Verbraucherschutz,* der angesichts der Gefahr, dass der Verbraucher seine Rechte nicht kennt, nur erreicht werden kann, wenn die nationalen Gerichte von Amts wegen tätig werden [107]. Auch in der vorliegenden Rechts-

102 — Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats über Rechte der Verbraucher, KOM(2008) 614 endg. Die Richtlinie über Verbraucherrechte soll die Richtlinie 85/577, die Richtlinie 93/13, die Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (ABl. L 144, S. 19) und die Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. L 171, S. 12) ersetzen. Vgl. Art. 47 des genannten Vorschlags und Begründung zu dem Vorschlag, S. 3.

103 — Vgl. Art. 13 des in Fn. 102 angeführten Vorschlags.

104 — Vgl. Urteil Mostaza Claro (in Fn. 15 angeführt, Randnrn. 35 bis 38).

105 — Vgl. in diesem Sinne auch Jordans, R., „Anmerkung zu EuGH Rs. C-168/05 — Elisa Maria Mostaza Claro gegen Centro Móvil Milenium SL“, in: *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, Nr. 1/2007, S. 50; Courbe, P., Brière, C., Dionisi-Peyrusse, A., Jault-Seseke, F., Legros, C., „Clause compromissoire et réglementation des clauses abusives: CJCE, 26 octobre 2006“, in: *Petites affiches*, Nr. 152/2007, S. 14; Poissonnier, G., Tricoit, J.-P., „La CJCE confirme sa volonté de voir le juge national mettre en oeuvre le droit communautaire de la consommation“, in: *Petites affiches*, Nr. 189/2007, S. 15.

106 — Vgl. Urteil Mostaza Claro (in Fn. 15 angeführt, Randnr. 37).

107 — Vgl. Urteile Océano Grupo (in Fn. 13 angeführt, Randnr. 26) und Cofidis (in Fn. 14 angeführt, Randnr. 33). Darauf weist auch Generalanwalt Mengozzi in seinen Schlussanträgen vom 29. März 2007 in der Rechtssache Rampion und Godard (in Fn. 22 angeführt, Nr. 61) hin.

sache ist zweifelsohne für einen wirksamen Verbraucherschutz zu sorgen, weswegen dies meines Erachtens für die Rechtfertigung eines amtswegigen Tätigwerdens des nationalen Gerichts ausreichen kann, auch wenn die Argumentation bezüglich der öffentlichen Ordnung nicht herangezogen wird.

85. Die Lösung, dass das nationale Gericht, wenn es von Amts wegen feststellt, dass der Verbraucher nicht über sein Widerrufsrecht belehrt wurde, diesen über die Rechte informiert, die ihm in diesem Fall das nationale Recht gewährt, steht meines Erachtens auch nicht im Widerspruch zur Entscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache Hamilton [108]. Im Urteil Hamilton, in dem der Gerichtshof darüber entschieden hat, ob eine Maßnahme, wonach das Widerrufsrecht des Kunden einen Monat nach beiderseitiger Erbringung der Leistungen aus einem langfristigen Darlehensvertrag erlischt, eine geeignete Verbraucherschutzmaßnahme ist, hat der Gerichtshof betont, dass der Begriff „geeignet" in Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie 85/577 zeigt, dass die entsprechenden Maßnahmen nicht auf einen absoluten Verbraucherschutz abzielen [109], und dass die allgemeine Systematik und der Wortlaut mehrerer Bestimmungen dieser Richtlinie darauf hindeuten, dass für diesen Schutz bestimmte Grenzen gelten [110]. Jedoch muss berücksichtigt werden, dass sich diese Grenzen auf den besonderen Sachverhalt der genannten Rechtssache beziehen, in der die beiderseitigen Verpflichtungen aus dem Vertrag vollständig erfüllt wurden [111].

86. Im Ausgangsverfahren geht aber aus der Beschreibung des Sachverhalts im Vorlagebeschluss hervor, dass die Verpflichtungen aus dem Vertrag noch nicht vollständig erfüllt sind. Die gekaufte Ware wurde dem Verbraucher geliefert, und der Gesamtkaufpreis betrug 1 909 Euro, wovon der Verbraucher 47,48 Euro, also bloß einen kleineren Teil, gezahlt hat. Der Gewerbetreibende hat gegen den Verbraucher gerade aus dem Grund ein Verfahren angestrengt, dass der Verbraucher seine Verpflichtungen aus dem Vertrag nicht vollständig erfüllt hat. Deswegen sind die Beschränkungen des Verbraucherschutzes, die der Gerichtshof im Urteil Hamilton eingeführt hat, in der vorliegenden Rechtssache nicht relevant, da ja die beiderseitigen Verpflichtungen aus dem Vertrag noch nicht vollständig erfüllt waren.

108 — Urteil Hamilton (in Fn. 23 angeführt).

109 — Ebd. (Randnr. 39). Das wird auch in der Literatur hervorgehoben; vgl. z. B. Mankowski, P., „Die gemeinschaftsrechtliche Kontrolle von Erlöschenstatbeständen für verbraucherschützende Widerrufsrechte", in: *Juristenzeitung*, Nr. 23/2008, S. 1143.

110 — Urteil Hamilton (in Fn. 23 angeführt, Randnr. 40).

111 — In der Literatur betont das z. B. Kroll, K., „Vertragserfüllung als zeitliche Grenze des verbraucherschützenden Widerrufsrechts", in: *Neue Juristische Wochenschrift*, Nr. 28/2008, S. 2000. Vgl. in diesem Sinne auch Edelmann, H., „EuGH: Kein grenzenloser Verbraucherschutz", in: *Betriebs-Berater*, Nr. 19/2008, S. 970; Raynouard, A., „CJCE, 10 avril 2008, C-412/06, Annelore Hamilton c/Volksbank Filder eG", in: *Revue de jurisprudence commerciale*, Nr. 4/2008, S. 305. Es sei hinzugefügt, dass nach Auffassung des Gerichtshofs im Urteil Hamilton die Verwendung des Ausdrucks „Verpflichtungen aus dem Vertrag" im fünften Erwägungsgrund der Richtlinie 85/577 darauf hindeutet, dass der Verbraucher einen solchen Vertrag *während dessen Laufzeit* widerrufen kann (Urteil Hamilton, in Fn. 23 angeführt, Randnr. 41, Hervorhebung nur hier) — natürlich nur, wenn er über sein Widerrufsrecht nicht belehrt wurde. Das weist keineswegs auf eine Beschränkung des Verbraucherschutzes hin, solange die Verpflichtungen aus dem Vertrag noch nicht erfüllt sind.

6. Recht oder Pflicht des nationalen Gerichts, *ex officio* tätig zu werden?

87. Obwohl das vorlegende Gericht nicht die Frage stellt, ob es nach Art. 4 der Richtlinie 85/577 die *Pflicht* hat, von Amts wegen tätig zu werden, wenn der Verbraucher nicht über sein Widerrufsrecht belehrt wurde, sondern die Frage, ob ihm Art. 4 dieser Richtlinie dies *erlaubt,* muss geklärt werden, ob es in der vorliegenden Rechtssache um ein Recht oder eine Pflicht des nationalen Gerichts geht, von Amts wegen tätig zu werden. Insbesondere ist das deswegen wichtig, weil in der vorliegenden Rechtssache die Kommission den Standpunkt vertritt, dass die nationalen Gerichte in dieser Rechtssache die Pflicht haben, von Amts wegen tätig zu werden [112], die österreichische Regierung aber der Auffassung ist, dass die nationalen Gerichte diese Verpflichtung nicht haben [113].

88. Zunächst sei erwähnt, dass die Frage des vorlegenden Gerichts im Kontext des spanischen Rechts zu verstehen ist. Das spanische Recht erlaubt es dem vorlegenden Gericht in der vorliegenden Rechtssache nämlich nicht, von Amts wegen tätig zu werden, weswegen das Gericht die Frage stellt, ob ihm das Gemeinschaftsrecht dies gestattet [114]. Aus der so formulierten Vorabentscheidungsfrage ist letztlich ersichtlich, dass das vorlegende Gericht eine Rechtsgrundlage für das Tätigwerden von Amts wegen im Gemeinschaftsrecht zu finden versucht.

89. Ferner muss aus vergleichender Sicht hervorgehoben werden, dass der Gerichtshof im Zusammenhang mit der Richtlinie 93/13 im Urteil Océano Grupo [115] entschieden hat, dass das nationale Gericht die Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel von Amts wegen prüfen *kann*. Ähnlich hat der Gerichtshof im Urteil Cofidis von der *Befugnis* [116] des nationalen Gerichts zu einer solchen Prüfung

112 — Vgl. Nr. 31 dieser Schlussanträge.

113 — Genauer gesagt führt die österreichische Regierung aus, dass Art. 4 der Richtlinie 85/577 von den Mitgliedstaaten nicht verlange, dass sie von Amts wegen tätig werden müssen. Vgl. Nr. 27 dieser Schlussanträge.

114 — Aus diesem Blickwinkel lassen sich auch die Vorlagefrage und die Antwort des Gerichtshofs im Urteil Océano Grupo (in Fn. 13 angeführt) verstehen. Vgl. in diesem Sinne Van Huffel, M., „La condition procédurale des règles de protection des consommateurs: les enseignements des arrêts Océano, Heininger et Cofidis de la Cour de justice", in: *Revue européenne de droit de la consommation*, Nr. 2/2003, S. 94.

115 — Das wird aus den meisten Sprachfassungen von Nr. 1 des Tenors des Urteils Océano Grupo (in Fn. 13 angeführt) deutlich. Vgl. z. B. die französische („le juge national *puisse* apprécier d'office"), die englische („the national court *being able* to determine of its own motion"), die deutsche („das nationale Gericht von Amts wegen prüfen *kann*"), die italienische („il giudice nazionale … *possa* valutare d'ufficio"), die spanische („el Juez nacional *pueda* apreciar de oficio"), die portugiesische („o juiz nacional *possa* apreciar oficiosamente") und die niederländische Fassung („dat de nationale rechter … ambtshalve *kan* toetsen").

116 — Vgl. Urteil Cofidis (in Fn. 14 angeführt, Randnrn. 32, 33 und 35). Einige Sprachfassungen verwenden in diesen Randnrnummern zwei verschiedene Ausdrücke, z. B. die französische („faculté" und „pouvoir"), die italienische („facoltà" und „potere") und die portugiesische („faculdade" und „poder"). Andere wiederum verwenden denselben Begriff, z. B. die englische („power"), die deutsche („Befugnis"), die spanische („facultad") sowie die niederländische Fassung („bevoegdheid").

gesprochen. Im Urteil Mostaza Claro ist der Gerichtshof aber noch einen Schritt weiter gegangen und hat entschieden, dass das nationale Gericht die Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel von Amts wegen prüfen *muss* [117].

90. Auch in der vorliegenden Rechtssache geht es meines Erachtens um eine Pflicht des nationalen Gerichts, von Amts wegen tätig zu werden, da nur auf diese Weise der wirksame Verbraucherschutz gewährleistet werden kann, den die Richtlinie 85/577 zu verwirklichen versucht [118]. Wenn diese Prüfung dem Ermessen der nationalen Gerichte überlassen wäre, wäre nicht klar, nach welchen Maßstäben die Gerichte in einigen Fällen von Amts wegen tätig würden, in anderen wiederum nicht. Die Pflicht der nationalen Gerichte, von Amts wegen tätig zu werden, ist auch deswegen wichtig, weil ein solches systematisches Tätigwerden von Amts wegen abschreckende Wirkung haben wird, da es Gewerbetreibende davon abhalten wird, die Verbraucher nicht über ihr Recht auf Widerruf des Vertrags zu belehren [119].

91. Daher haben meiner Meinung nach die nationalen Gerichte die Pflicht, nicht bloß das Recht, von Amts wegen festzustellen, ob der Verbraucher über sein Recht auf Widerruf des Vertrags belehrt wurde, und ihn, wenn er darüber nicht belehrt wurde, über die Rechte zu informieren, die ihm in diesem Fall das nationale Recht gewährt.

C — *Ergebnis*

92. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ist meines Erachtens auf die Vorlagefrage zu antworten, dass Art. 153 EG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 Buchst. t EG und Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie 85/577 dahin auszulegen ist, dass er es einem nationalen Gericht unter Umständen wie denen in der vorliegenden Rechtssache nicht erlaubt, einen Vertrag von Amts wegen für nichtig zu erklären, wenn sich der Verbraucher im Verfahren vor diesem Gericht nicht auf die Nichtigkeit berufen hat; allerdings muss das nationale Gericht von Amts wegen feststellen, ob der Verbraucher über sein Recht auf Widerruf des Vertrags belehrt wurde, und ihn, wenn er darüber nicht belehrt wurde, über die Rechte informieren, die ihm in diesem Fall das nationale Recht gewährt.

117 — In diesem Zusammenhang möchte ich erwähnen, dass nur einige Sprachfassungen im Tenor des Urteils Mostaza Claro (in Fn. 15 angeführt) ausdrücklich den Imperativ verwenden — so z. B. die englische („*must* determine whether the arbitration agreement is void") oder die slowenische („*mora* … presojati ničnost arbitražnega dogovora") —, andere Sprachfassungen verwenden hingegen im Urteilstenor den Indikativ, z. B. die französische („apprécie la nullité de la convention d'arbitrage") oder die deutsche („die Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung prüft"). Allerdings ergibt sich die Verpflichtung zur Prüfung von Amts wegen klar aus Randnr. 38 dieses Urteils; vgl. etliche Sprachfassungen dieser Randnummer des Urteils, z. B. die französische („*soit tenu* d'apprécier d'office"), die englische („*being required* to assess of its own motion"), die deutsche („von Amts wegen … prüfen *muss*"), die italienische („*sia tenuto* a valutare d'ufficio"), die spanische („*deba* apreciar de oficio"), die portugiesische („*deva* apreciar oficiosamente"), die slowenische („*dolžnost* …, da po uradni dolžnosti presoja") und die niederländische Sprachfassung („ambtshalve *dient* te beoordelen").

118 — In einem Vergleich mit der Richtlinie 93/13 betont das Van Huffel, a. a. O. (Fn. 114), S. 97.

119 — Ebd. (Randnr. 77).

VII — Entscheidungsvorschlag

93. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die von der Audiencia Provincial de Salamanca vorgelegte Frage wie folgt zu beantworten:

Art. 153 EG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 Buchst. t EG und Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen ist dahin auszulegen, dass er es einem nationalen Gericht unter Umständen wie denen in der vorliegenden Rechtssache nicht erlaubt, einen Vertrag von Amts wegen für nichtig zu erklären, wenn sich der Verbraucher im Verfahren vor diesem Gericht nicht auf die Nichtigkeit berufen hat; allerdings muss das nationale Gericht von Amts wegen feststellen, ob der Verbraucher über sein Recht auf Widerruf des Vertrags belehrt wurde, und ihn, wenn er darüber nicht belehrt wurde, über die Rechte informieren, die ihm in diesem Fall das nationale Recht gewährt.