Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
GERARD HOGAN
vom 21. März 2019[1]

Rechtssache C-34/18

Ottília Lovasné Tóth
gegen
ERSTE Bank Hungary Zrt.

(Vorabentscheidungsersuchen des Fővárosi Ítélőtábla [Hauptstädtisches Tafelgericht, Ungarn])

„Vorabentscheidungsersuchen – Verbraucherschutz – Missbräuchliche Klauseln – Richtlinie 93/13/EWG – Anwendungsbereich – Auf dem Gesetz beruhende Klausel – Anhang – Rechtliches Gewicht – Art. 3 Abs. 1 – Beurteilung der Missbräuchlichkeit einer Klausel – Eindruck, den eine Klausel beim Durchschnittsverbraucher erweckt – Verständlichkeit der Klauseln – Vorliegen einer uneinheitlichen nationalen Rechtsprechung“

1. Im vorliegenden Fall geht es um einen Rechtsstreit zwischen der ERSTE Bank Hungary Zrt. (im Folgenden: Bank) und Frau Lovasné Tóth über die Missbräuchlichkeit einer bestimmten Klausel in einem Darlehensvertrag zur Finanzierung einer Privatwohnung. Die streitige Klausel ist in einem die Hypothek betreffenden Dokument enthalten und bestimmt erstens, dass beide Vertragsparteien sich dazu verpflichten, eine in Einklang mit den Konten des Schuldners und den Büchern und Aufzeichnungen der Bank erstellte notarielle Urkunde als Beweis anzuerkennen, und zweitens, dass beide Parteien zustimmen, dass für den Fall der Nichterfüllung aus dieser Urkunde unmittelbar vollstreckt werden kann.

2. Nun sind durch die Kúria (Oberster Gerichtshof, Ungarn) bereits mehrere Urteile zu einer ähnlichen Klausel wie derjenigen, um die es im Ausgangsverfahren geht, ergangen. In diesen Urteilen wurde festgestellt, dass eine solche Klausel lediglich auf ein im nationalen Recht vorgesehenes notarielles Zwangsvollstreckungsverfahren verweist und daher rechtlich gesehen weder die Möglichkeit der Parteien berührt, rechtliche Schritte einzuleiten, noch sich auf die Beweislast auswirkt.

3. In diesem Zusammenhang fragt sich das vorlegende Gericht insbesondere, ob diese Klausel trotzdem nach der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl. 1993, L 95, S. 29) (im Folgenden: Richtlinie von 1993) für missbräuchlich erklärt werden könnte, und zwar im Wesentlichen aufgrund des falschen Eindrucks, den eine derartige Klausel beim Durchschnittsverbraucher erwecken könnte.

4. Vor der Prüfung dieser Frage ist es zunächst geboten, die einschlägigen Bestimmungen der Richtlinie von 1993 aufzuführen.

1 Originalsprache: Englisch.

I. Rechtlicher Rahmen

A. Unionsrecht

1. Richtlinie 93/13

5. Die Erwägungsgründe 16, 17 und 20 der Richtlinie von 1993 lauten:

„Die nach den generell festgelegten Kriterien erfolgende Beurteilung der Missbräuchlichkeit von Klauseln, insbesondere bei beruflichen Tätigkeiten des öffentlich-rechtlichen Bereichs, die ausgehend von einer Solidargemeinschaft der Dienstleistungsnehmer kollektive Dienste erbringen, muss durch die Möglichkeit einer globalen Bewertung der Interessenlagen der Parteien ergänzt werden. Diese stellt das Gebot von Treu und Glauben dar. Bei der Beurteilung von Treu und Glauben ist besonders zu berücksichtigen, welches Kräfteverhältnis zwischen den Verhandlungspositionen der Parteien bestand, ob auf den Verbraucher in irgendeiner Weise eingewirkt wurde, seine Zustimmung zu der Klausel zu geben, und ob die Güter oder Dienstleistungen auf eine Sonderbestellung des Verbrauchers hin verkauft bzw. erbracht wurden. Dem Gebot von Treu und Glauben kann durch den Gewerbetreibenden Genüge getan werden, indem er sich gegenüber der anderen Partei, deren berechtigten Interessen er Rechnung tragen muss, loyal und billig verhält.

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

…

Die Verträge müssen in klarer und verständlicher Sprache abgefasst sein. Der Verbraucher muss tatsächlich die Möglichkeit haben, von allen Vertragsklauseln Kenntnis zu nehmen. Im Zweifelsfall ist die für den Verbraucher günstigste Auslegung anzuwenden.“

6. Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie von 1993 bestimmt:

„Vertragsklauseln, die auf bindenden Rechtsvorschriften oder auf Bestimmungen oder Grundsätzen internationaler Übereinkommen beruhen, bei denen die Mitgliedstaaten oder die Gemeinschaft – insbesondere im Verkehrsbereich – Vertragsparteien sind, unterliegen nicht den Bestimmungen dieser Richtlinie.“

7. In Art. 3 der Richtlinie von 1993 heißt es:

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

…

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

8. Art. 4 Abs. 1 und 2 der Richtlinie von 1993 lautet wie folgt:

„(1) Die Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel wird unbeschadet des Artikels 7 unter Berücksichtigung der Art der Güter oder Dienstleistungen, die Gegenstand des Vertrages sind, aller den Vertragsabschluss begleitenden Umstände sowie aller anderen Klauseln desselben Vertrages oder eines anderen Vertrages, von dem die Klausel abhängt, zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses beurteilt.

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

9. Art. 5 der Richtlinie von 1993 sieht vor:

„Sind alle dem Verbraucher in Verträgen unterbreiteten Klauseln oder einige dieser Klauseln schriftlich niedergelegt, so müssen sie stets klar und verständlich abgefasst sein. Bei Zweifeln über die Bedeutung einer Klausel gilt die für den Verbraucher günstigste Auslegung. …"

10. In Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie von 1993 ist bestimmt:

„Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass missbräuchliche Klauseln in Verträgen, die ein Gewerbetreibender mit einem Verbraucher geschlossen hat, für den Verbraucher unverbindlich sind, und legen die Bedingungen hierfür in ihren innerstaatlichen Rechtsvorschriften fest; sie sehen ferner vor, dass der Vertrag für beide Parteien auf derselben Grundlage bindend bleibt, wenn er ohne die missbräuchlichen Klauseln bestehen kann."

11. Nach Art. 7 Abs. 1 und 2 der Richtlinie von 1993 gilt:

„(1) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass im Interesse der Verbraucher und der gewerbetreibenden Wettbewerber angemessene und wirksame Mittel vorhanden sind, damit der Verwendung missbräuchlicher Klauseln durch einen Gewerbetreibenden in den Verträgen, die er mit Verbrauchern schließt, ein Ende gesetzt wird.

(2) Die in Absatz 1 genannten Mittel müssen auch Rechtsvorschriften einschließen, wonach Personen oder Organisationen, die nach dem innerstaatlichen Recht ein berechtigtes Interesse am Schutz der Verbraucher haben, im Einklang mit den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften die Gerichte oder die zuständigen Verwaltungsbehörden anrufen können, damit diese darüber entscheiden, ob Vertragsklauseln, die im Hinblick auf eine allgemeine Verwendung abgefasst wurden, missbräuchlich sind, und angemessene und wirksame Mittel anwenden, um der Verwendung solcher Klauseln ein Ende zu setzen."

12. Art. 8 der Richtlinie von 1993 lautet:

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

13. Anhang I Nr. 1 der Richtlinie von 1993 nennt:

„Klauseln, die darauf abzielen oder zur Folge haben, dass

…

m) dem Gewerbetreibenden das Recht eingeräumt ist zu bestimmen, ob die gelieferte Ware oder erbrachte Dienstleistung den Vertragsbestimmungen entspricht, oder ihm das ausschließliche Recht zugestanden wird, die Auslegung einer Vertragsklausel vorzunehmen;

…

q) dem Verbraucher die Möglichkeit, Rechtsbehelfe bei Gericht einzulegen oder sonstige Beschwerdemittel zu ergreifen, genommen oder erschwert wird, und zwar insbesondere dadurch, dass er ausschließlich auf ein nicht unter die rechtlichen Bestimmungen fallendes Schiedsgerichtsverfahren verwiesen wird, die ihm zur Verfügung stehenden Beweismittel ungebührlich eingeschränkt werden oder ihm die Beweislast auferlegt wird, die nach dem geltenden Recht einer anderen Vertragspartei obläge."

2. Richtlinie 2005/29

14. Art. 6 („Irreführende Handlungen") Abs. 1 der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) (ABl. 2005, L 149, S. 229) bestimmt:

„(1) Eine Geschäftspraxis gilt als irreführend, wenn sie falsche Angaben enthält und somit unwahr ist oder wenn sie in irgendeiner Weise, einschließlich sämtlicher Umstände ihrer Präsentation, selbst mit sachlich richtigen Angaben den Durchschnittsverbraucher in Bezug auf einen oder mehrere der nachstehend aufgeführten Punkte täuscht oder ihn zu täuschen geeignet ist und ihn in jedem Fall tatsächlich oder voraussichtlich zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst, die er ansonsten nicht getroffen hätte:

…

g) die Rechte des Verbrauchers …"

15. In Art. 7 („Irreführende Unterlassungen") Abs. 2 der Richtlinie 2005/29 heißt es:

„Als irreführende Unterlassung gilt es auch, wenn ein Gewerbetreibender wesentliche Informationen gemäß Absatz 1 unter Berücksichtigung der darin beschriebenen Einzelheiten verheimlicht oder auf unklare, unverständliche, zweideutige Weise oder nicht rechtzeitig bereitstellt …, und dies … einen Durchschnittsverbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst oder zu veranlassen geeignet ist, die er ansonsten nicht getroffen hätte."

II. Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

16. Am 27. Oktober 2008 schlossen die Bank und Frau Tóth, die im Rahmen der Vereinbarung zu Zwecken handelte, die außerhalb ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit lagen, einen Darlehensvertrag zum Erwerb einer Wohnimmobilie. Es ist also unstreitig, dass Frau Tóth als Verbraucherin im Sinne von Art. 2 Buchst. b der Richtlinie von 1993 gehandelt hat.

17. Frau Tóth erschien am selben Tag vor einem Notar und erklärte, sie erkenne sämtliche Klauseln des Darlehensvertrags an. Diese Erklärung wurde in eine als „einseitiges Schuldanerkenntnis" bezeichnete notarielle Urkunde aufgenommen.

18. Abschnitt I.4 des Darlehensvertrags, der ebenfalls in der vor dem Notar aufgenommenen öffentlichen Urkunde enthalten ist, lautet wie folgt:

„Zur Beilegung von Streitigkeiten über die Abrechnung oder über die Befriedigung eines Anspruchs der Bank, zur Bestimmung der Höhe der Darlehensforderung oder einer sonstigen gemäß der vorliegenden Urkunde zu einem bestimmten Zeitpunkt fälligen Forderung, zur Bestimmung des tatsächlichen Zeitpunkts von Zahlungen und der Fälligkeit von Zahlungsverpflichtungen sowie im Hinblick auf die Feststellung sonstiger Angaben, die für die unmittelbare Zwangsvollstreckung erforderlich sind, verpflichten sich die Parteien, eine in Einklang mit den bei der Bank geführten Konten des Schuldners und den Aufzeichnungen und Büchern der Bank in der Form einer notariellen Urkunde errichtete Beweisurkunde als unwiderlegbaren und sicheren Beweis anzuerkennen.

Folglich dient für den Fall, dass das Darlehenskapital oder die Zinsen und Kosten nicht gezahlt werden oder dass die Zahlung den Vertragsbestimmungen nicht entspricht, neben dieser Urkunde die in der Form einer öffentlichen Urkunde in Einklang mit den bei der Bank geführten Konten des Schuldners und den Aufzeichnungen und Büchern der Bank errichtete Beweisurkunde als Beweis für die Höhe der Darlehensforderung und der fälligen Zinsen und Kosten zu einem bestimmten Zeitpunkt, auf die die Vollstreckung gestützt wird, ebenso wie für die vorstehend genannten Tatsachen. Die Parteien verpflichten sich mit der Unterzeichnung des vorliegenden Vertrags zur Anerkennung der genannten Beweisurkunde.

Für den Fall, dass die Bank die Zwangsvollstreckung betreibt, ersuchen die Parteien oder der Schuldner den beurkundenden Notar oder den aus anderen Gründen zuständigen Notar darum, in Einklang mit den bei der Bank geführten Konten des Schuldners und den Aufzeichnungen und Büchern der Bank nach Prüfung der Aufzeichnungen eine notarielle Urkunde über die Höhe der Darlehensforderung sowie der fälligen Zinsen und Kosten oder einer sonstigen mit dem vorgenannten Darlehen in Zusammenhang stehenden Forderung und die vorstehend genannten Tatsachen auszustellen, und sie bewilligen die Aufhebung des Bankgeheimnisses im Hinblick auf diese Informationen.“

19. Nach dem Darlehensvertrag und dem einseitigen Schuldanerkenntnis ist die Bank außerdem berechtigt, im Falle einer schwerwiegenden Vertragsverletzung durch den Schuldner – wie beispielsweise der Nichterfüllung seiner Zahlungsverpflichtungen – den Vertrag mit sofortiger Wirkung zu kündigen und das gesamte noch nicht zurückgezahlte Darlehenskapital zuzüglich Zinsen und Kosten fällig zu stellen.

20. Am 5. Januar 2016 erhob Frau Tóth eine Klage auf Feststellung, dass sowohl die Klausel I.4 des Darlehensvertrags als auch die entsprechende Bestimmung in der notariellen Urkunde missbräuchlich seien. Sie stützte ihre Klage darauf, dass durch diese Klausel die Beweislast zu ihrem Nachteil umgekehrt werde.

21. In ihrer Klagebeantwortung trägt die Bank vor, die Klausel sei nicht missbräuchlich, da sie die Bank weder dazu berechtige, einseitig festzulegen, ob Frau Tóth ihre Verpflichtungen erfülle, noch dazu, den geschuldeten Betrag der Höhe nach festzulegen, und sie beschränke auch nicht die Möglichkeiten von Frau Tóth, ihre Rechte geltend zu machen, und kehre die Beweislast nicht um, denn sie stelle kein Schuldanerkenntnis dar.

22. Das erstinstanzliche Gericht wies die Klage durch Urteil ab. Es war der Auffassung, die Klausel begründe keine für die Parteien verbindliche Regelung über die Erfüllung durch den Schuldner, enthalte auch kein Schuldanerkenntnis und berechtige die Bank auch nicht dazu, einseitig die derzeitige Höhe der Verbindlichkeiten von Frau Tóth festzulegen oder zu bestimmen, ob sie ihre Pflichten vertragsgemäß erfülle. Ferner bedeute auch die Tatsache, dass Frau Tóth die Vollstreckung aus einer notariellen Urkunde akzeptiert habe, nicht, dass ihr die Möglichkeit genommen worden sei, Einwände gegen die Höhe der Schuld zu erheben, denn sie könne immer noch z. B. Klage auf Einstellung (oder Beschränkung) der Zwangsvollstreckung erheben.

23. Frau Tóth legte daraufhin Berufung zum vorlegenden Gericht ein. Ihre Berufung stützte sie darauf, dass die Klausel geeignet sei, ein Missverhältnis zwischen dem Verbraucher und der Beklagten zu verursachen, da sie der Bank die Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber dem Verbraucher erleichtere und es ihr (der Klägerin) zugleich erschwere, Einwände gegen die sich aus den Büchern der Bank ergebende Höhe der Verbindlichkeiten zu erheben.

24. In diesem Zusammenhang weist das vorlegende Gericht zunächst darauf hin, dass Unklarheiten im Hinblick auf den Anwendungsbereich des Anhangs der Richtlinie von 1993 bestehen. In der Tat bezieht sich die ungarische Fassung von Nr. 1 dieses Anhangs auf Klauseln, die [eine Beweislastumkehr] „zum Gegenstand oder zur Folge haben“, während in anderen Sprachfassungen (z. B. in der deutschen, polnischen, tschechischen oder slowakischen) der Ausdruck „die darauf abzielen oder zur Folge haben“ verwendet wird. Angesichts des unterschiedlichen Wortlauts möchte das vorlegende Gericht wissen, ob es, damit eine Klausel unter Nr. 1 Buchst. q des Anhangs der Richtlinie fällt, ausreicht, dass der mit ihr verfolgte Zweck in der Umkehr der Beweislast besteht.

25. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob es in Fällen, in denen eine Klausel die in Nr. 1 Buchst. q des Anhangs der Richtlinie von 1993 bestimmten Voraussetzungen erfüllt, noch einer Prüfung bedarf, inwieweit die Klausel ein Missverhältnis zum Nachteil des Verbrauchers verursacht hat. Das vorlegende Gericht gibt an, ihm sei durchaus bekannt, dass nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Anhang, auf den Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie verweise, lediglich eine als Hinweis dienende und nicht erschöpfende Liste von Klauseln enthalte, die für missbräuchlich erklärt werden könnten, aber im Urteil vom 26. April 2012, Invitel (C-472/10, EU:C:2012:242), habe der Gerichtshof auch festgestellt: „Zwar lässt sich die Missbräuchlichkeit einer streitigen Klausel nicht ohne Weiteres und allein anhand des Anhangs ermitteln, doch ist er eine wesentliche Grundlage, auf die das zuständige Gericht seine Beurteilung der Missbräuchlichkeit dieser Klausel stützen kann.“

26. Sodann führt das vorlegende Gericht aus, die Kúria (Oberster Gerichtshof) habe festgestellt, dass eine ähnliche Klausel wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende nicht als Schuldanerkenntnis angesehen werden könne und an der Rechtslage des Verbrauchers, was die möglichen Wege zur Durchsetzung des Anspruchs anbelange, nichts ändere, da die Rechtsvorschriften ihm oder ihr die Möglichkeit gäben, ein auf Einstellung der Zwangsvollstreckung gerichtetes Verfahren einzuleiten oder die Feststellung zu beantragen, dass die Kündigung keine Rechtsfolgen entfalte. Die Kúria (Oberster Gerichtshof) habe außerdem festgestellt, dass eine vergleichbare Klausel den Verbraucher im Hinblick auf die Beweislast nicht *per se* benachteilige. Da sich der Darlehensgeber ausgehend von seinen Aufzeichnungen entscheiden könne, ob er den Vertrag beende, liege es in einem solchen Fall nämlich in der Natur der Sache, dass die Beweislast beim Verbraucher liege. Zudem gäben die nationalen Rechtsvorschriften jedem Darlehensgeber das Recht, eine notarielle Erklärung zu verlangen, selbst wenn der mit dem Schuldner geschlossene Vertrag dazu keine ausdrückliche Bestimmung enthalte. Folglich bewirke nach Ansicht der Kúria (Oberster Gerichtshof) weder die Klausel noch die notarielle Urkunde eine Änderung der Beweislast, die es dem Verbraucher erschwere, sich zu verteidigen, sondern vielmehr die Regelungen über die Beweiskraft notarieller Urkunden und über die Vollstreckungsklauseln.

27. Das vorlegende Gericht weist darauf hin, dass es gleichwohl noch Zweifel habe, ob die Klausel I.4 nicht trotzdem unter Nr. 1 Buchst. q des Anhangs der Richtlinie von 1993 falle.

28. Es stellt einerseits fest, dass die Klausel zwar grammatikalisch verständlich sei, ihre Folgen aber für einen Verbraucher nicht klar seien, weil sie den Eindruck erwecke, dass mit Vertragsschluss die notarielle Urkunde als unwiderlegbarer und sicherer Beweis der Berechtigung jeglicher Forderung dienen werde, die sich zukünftig aus dem Vertrag ergeben könne. Dies alles habe einen unmittelbaren Einfluss auf die Entscheidung des Verbrauchers, seine Rechte gegen den Darlehensgeber geltend zu machen.

29. Andererseits könne die Klausel I.4 selbst dann negative Folgen für den Verbraucher haben, wenn gemäß der Rechtsprechung der Kúria (Oberster Gerichtshof) das Recht des Darlehensgebers, die unmittelbare Zwangsvollstreckung zu betreiben oder eine notarielle Vollstreckungsklausel zu erhalten, nicht auf dieser Klausel beruhe. Indem sie sich auf die Klausel I.4 berufe, könne die Bank loyale und faire Verhandlungen mit dem Schuldner vermeiden, weil er seine Rechte nur mittels eines kostspieligen und langwierigen Gerichtsverfahrens geltend machen könne, und zudem müsse der Schuldner, um die Folgen einer Kündigung des Vertrags zu vermeiden, während der Dauer dieses Verfahrens weiterhin die sich aus den missbräuchlichen Klauseln ergebenden überhöhten Beträge zahlen.

30. Drittens fragt sich das vorlegende Gericht, ob die Klausel I.4 nicht wegen Art. 5 der Richtlinie von 1993 für missbräuchlich erklärt werden sollte. Nach der Rechtsprechung der Kúria (Oberster Gerichtshof) ist es eine Tatsache, dass eine derartige Klausel keine Beweislastumkehr bewirkt. Allerdings hätten mehrere nationale Gerichte in ähnlichen Fällen anders entschieden. Infolge dieser Rechtsprechung seien die Verbraucher nicht in der Lage zu erkennen, dass diese scheinbar klare Bestimmung sich tatsächlich gar nicht auf die Frage der Beweislast auswirke.

31. Viertens merkt das vorlegende Gericht an, dass nach dem Wortlaut der Klausel I.4 die in der notariellen Urkunde aufgenommene Erklärung allein auf den Aufzeichnungen des Darlehensgebers über die Leistungen des Schuldners bis zu diesem Zeitpunkt beruhe. Daher könne diese Klausel als Klausel anzusehen sein, die den Darlehensgeber berechtige, einseitig zu bestimmen, ob die Leistung des Verbrauchers den Vertragsbestimmungen entspreche, und folglich unter Nr. 1 Buchst. m des Anhangs der Richtlinie von 1993 fallen.

32. Unter diesen Umständen hat das Fővárosi Ítélőtábla (Hauptstädtisches Tafelgericht, Ungarn) beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Ist Nr. 1 Buchst. q des Anhangs der Richtlinie 93/13 dahin auszulegen, dass diese Vorschrift als Unionsnorm im Rang zwingenden Rechts allgemein und in einer Weise, die jede weitere Prüfung erübrigt, verbietet, dass sich ein Darlehensgeber eine Vertragsbestimmung in der Form einer allgemeinen oder nicht im Einzelnen ausgehandelten Vertragsklausel ausbedingt, die eine Verlagerung der Beweislast auf den Verbraucherschuldner bezweckt oder eine solche Wirkung hat?

2. Falls nach Nr. 1 Buchst. q des Anhangs der Richtlinie 93/13 auch eine Prüfung des Zwecks oder der Wirkung der Vertragsklausel erfolgen muss: Kann festgestellt werden, dass eine Vertragsklausel Verbraucherrechte hindernde Wirkung hat,

   – wenn in Anbetracht der Klausel der Verbraucherschuldner Grund zu der Annahme hat, dass er den Vertrag in seiner Gesamtheit einschließlich sämtlicher Klauseln in der Art und Weise und in dem Umfang, wie vom Darlehensgeber gefordert, auch dann erfüllen muss, wenn er nach seiner Überzeugung die vom Darlehensgeber geforderte Leistung ganz oder teilweise nicht schuldet, oder

   – wenn die Klausel bewirkt, dass der Zugang des Verbrauchers zu einer Streitbeilegungsmöglichkeit, die auf einer fairen Verhandlung beruht, beschränkt oder ausgeschlossen wird, weil es für den Darlehensgeber ausreicht, sich auf diese Vertragsklausel zu berufen, damit der Rechtsstreit als abgeschlossen betrachtet wird?

3. Falls auch die Missbräuchlichkeit der im Anhang der Richtlinie 93/13 aufgeführten Vertragsklauseln anhand der in Art. 3 Abs. 1 dieser Richtlinie genannten Kriterien zu beurteilen ist: Genügt eine Klausel, die sich auf die Entscheidungen des Verbrauchers im Zusammenhang mit der Erfüllung des Vertrags, mit der gerichtlichen oder außergerichtlichen Beilegung von

Streitigkeiten mit dem Darlehensgeber oder mit der Geltendmachung von Ansprüchen auswirkt, dem in Art. 5 der Richtlinie aufgestellten Grundsatz der klaren und verständlichen Abfassung, wenn die Klausel grammatikalisch klar abgefasst ist, sich ihre Rechtswirkungen aber nur durch Auslegung nationaler Rechtsvorschriften feststellen lassen, zu denen eine einheitliche Rechtsprechung weder zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestand noch sich in den Folgejahren herausgebildet hat?

4. Ist Nr. 1 Buchst. m des Anhangs der Richtlinie 93/13 dahin auszulegen, dass eine nicht im Einzelnen ausgehandelte Vertragsklausel auch dann missbräuchlich sein kann, wenn sie der Partei, die den Vertrag mit dem Verbraucher schließt, das Recht gibt, einseitig zu bestimmen, ob die Erfüllung durch den Verbraucher vertragsgemäß ist, und der Verbraucher dies, noch bevor die Vertragsparteien irgendeine Erfüllungshandlung vorgenommen haben, als für sich verbindlich anerkennt?

III. Würdigung

A. Zur Zuständigkeit des Gerichtshofs und zur Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens

33. Die Bank macht geltend, dass die Vorlagefragen hypothetisch seien und der Gerichtshof daher nicht für ihre Beantwortung zuständig sei. Entgegen der Annahme des vorlegenden Gerichts in seiner ersten, zweiten und vierten Frage führe die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Klausel weder zu einer Beweislastumkehr noch zu einem Ausschluss oder einer Beschränkung der Möglichkeiten des Verbrauchers, rechtliche Schritte einzuleiten, noch ermögliche sie der Bank, einseitig zu beurteilen, ob der Verbraucher seine vertraglichen Verpflichtungen erfüllt habe. Ebenso wenig gebe es – entgegen der der dritten Frage zugrunde liegenden Hypothese – unterschiedliche Auffassungen in der nationalen Rechtsprechung, da die Kúria (Oberster Gerichtshof) zwischenzeitlich in mehreren unlängst ergangenen Urteilen über die Tragweite einer ähnlichen wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Klausel entschieden habe.

34. Insoweit ist erstens anzumerken, dass das Vorbringen der Bank, soweit sie formell die Zuständigkeit des Gerichtshofs bestreitet, dahin gehend verstanden werden muss, dass sie die Zulässigkeit der vorgelegten Fragen in Zweifel zieht [2].

35. Zweitens ist das mit Art. 267 AEUV eingerichtete Verfahren ein Instrument der Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten, mit dem der Gerichtshof diesen Gerichten Hinweise zur Auslegung des Unionsrechts gibt, die sie zur Entscheidung des bei ihnen anhängigen Rechtsstreits benötigen [3]. Es ist allein Sache des mit dem Rechtsstreit befassten nationalen Gerichts, in dessen Verantwortungsbereich die zu erlassende gerichtliche Entscheidung fällt, im Hinblick auf die Besonderheiten der bei ihm anhängigen Rechtssache sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung für den Erlass seines Urteils als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof von ihm vorgelegten Fragen zu beurteilen. [4]

2 Der Gerichtshof ist für die Beantwortung der Vorlagefrage eines nationalen Gerichts zuständig, es sei denn, der Gegenstand der Frage fällt nicht in den sachlichen Anwendungsbereich der Zuständigkeit gemäß Art. 267 Abs. 1 AEUV, namentlich die Auslegung der Verträge sowie die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union.

3 Urteil vom 5. Juli 2016, Ognyanov (C-614/14, EU:C:2016:514, Rn. 16).

4 Urteil vom 1. Juli 2010, Sbarigia (C-393/08, EU:C:2010:388, Rn. 19 bis 20). Darüber hinaus ist der Gerichtshof gemäß Art. 267 AEUV nicht zuständig für die Beurteilung des Sachverhalts und die Anwendung des Unionsrechts auf einen Einzelfall. Vgl. z. B. Urteile vom 16. Juli 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria (C-83/14, EU:C:2015:480, Rn. 104), und vom 26. April 2012, Invitel (C-472/10, EU:C:2012:242, Rn. 22).

36. Daher ist der Gerichtshof grundsätzlich gehalten, über ihm vorgelegte Fragen zu befinden, wenn diese die Auslegung des Unionsrechts betreffen. Die Zurückweisung des Ersuchens eines nationalen Gerichts ist dem Gerichtshof natürlich möglich, wenn die erbetene Auslegung des Unionsrechts offensichtlich in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht, wenn das Problem hypothetischer Natur ist oder er nicht über die tatsächlichen oder rechtlichen Angaben verfügt, die für eine sachdienliche Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen erforderlich sind [5]. Der bloße Umstand allerdings, dass eine der Parteien des Ausgangsverfahrens die Entscheidungserheblichkeit der vorgelegten Fragen für das Ausgangsverfahren bestreitet, kann für sich genommen die Schlussfolgerung nicht rechtfertigen, dass diese Fragen unzulässig sind.

37. Im vorliegenden Fall ergibt sich aus der Darstellung des Falles durch das vorlegende Gericht nicht offenkundig, dass die seinen Fragen zugrunde liegenden Hypothesen in keinem Zusammenhang mit dem Sachverhalt des Ausgangsverfahrens stehen. Unter diesen Umständen bin ich nicht der Ansicht, dass der Gerichtshof diese Fragen für unzulässig erklären sollte [6].

B. Zur Sache

1. Vorbemerkungen

38. Da mehrere Fragen die Auslegung von Nr. 1 Buchst. q des Anhangs der Richtlinie von 1993 betreffen, halte ich es für erforderlich, mich zunächst mit den Zweifeln des vorlegenden Gerichts im Hinblick auf den Wortlaut des ersten Satzes dieses Anhangs zu befassen.

39. Im vorliegenden Fall ergibt sich eindeutig aus dem 17. Erwägungsgrund und auch aus Art. 3 Abs. 3, dass der Anhang eine nicht erschöpfende Liste von Beispielen für Vertragsklauseln enthält, die wegen ihres Gegenstands oder ihrer Folgen für missbräuchlich im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie von 1993 erklärt werden *können*.

40. In Art. 3 Abs. 1 wird darüber hinaus der Begriff der missbräuchlichen Klausel definiert als eine nicht im Einzelnen ausgehandelte Klausel, die entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht. Folglich sollen die nationalen Gerichte bei der Beurteilung des missbräuchlichen Charakters der zu überprüfenden Klausel berücksichtigen, was der Gegenstand und die Folgen solcher Klauseln sind.

41. Schließlich hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass diese Richtlinie von den Mitgliedstaaten verlangt, die formale Ausgewogenheit der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien durch eine materielle Ausgewogenheit zu ersetzen und so deren Gleichheit wiederherzustellen [7]. Ausschlaggebend sind also die Wirkungen der fraglichen Klausel und nicht das von ihrem Verfasser verfolgte Ziel.

42. Unter diesen Umständen bin ich der Auffassung, dass Nr. 1 des Anhangs der Richtlinie von 1993 in jeder Sprachfassung so verstanden werden sollte, dass er sich auf den „Gegenstand oder die Folgen" der Vertragsklauseln und nicht auf den „Zweck oder die Folgen" bezieht.

5 Urteil vom 20. September 2018, OTP Bank und OTP Faktoring (C-51/17, EU:C:2018:750, Rn. 37).

6 Die von der Bank erwähnten Urteile der Kúria (Oberster Gerichtshof) sind alle vor den Ereignissen ergangen, die dem vorliegenden Verfahren zugrunde liegen.

7 Urteil vom 26. April 2012, Invitel (C-472/10, EU:C:2012:242, Rn. 34 und die dort angeführte Rechtsprechung).

43. Zweitens ist darauf hinzuweisen, dass sich nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs seine Zuständigkeit auf die Auslegung des Begriffs „missbräuchliche Klausel“ in Art. 3 Abs. 1 und im Anhang der Richtlinie von 1993 sowie auf die Kriterien, die das nationale Gericht bei der Prüfung einer Vertragsklausel im Hinblick auf die Bestimmungen der Richtlinie anwenden darf oder muss, erstreckt. Es ist jedoch Sache des nationalen Gerichts, unter Berücksichtigung dieser Kriterien über die konkrete Bewertung einer bestimmten Vertragsklausel anhand der Umstände des Einzelfalls zu entscheiden [8].

2. Zur ersten Frage

44. Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht im Kern wissen, ob die Regelung in Nr. 1 Buchst. q des Anhangs der Richtlinie von 1993 dahin ausgelegt werden sollte, dass sie ein allgemeines Verbot jeder Klausel darstellt, die nicht im Einzelnen ausgehandelt wurde und die eine Umkehr der Beweislast in Fällen, in denen die Beweislast nach dem geltenden Recht normalerweise bei der anderen Vertragspartei liegen sollte, bezweckt oder bewirkt.

45. Insoweit ist zunächst daran zu erinnern, dass Nr. 1 Buchst. q des Anhangs der Richtlinie von 1993 Klauseln betrifft, die zum Gegenstand oder zur Folge haben, dass „dem Verbraucher die Möglichkeit, Rechtsbehelfe bei Gericht einzulegen oder sonstige Beschwerdemittel zu ergreifen, genommen oder erschwert wird …, die ihm zur Verfügung stehenden Beweismittel ungebührlich eingeschränkt werden oder ihm die Beweislast auferlegt wird, die nach dem geltenden Recht einer anderen Vertragspartei obläge“. Daher fällt jede Klausel, die eine ungerechtfertigte Umkehr der Beweislast zum Nachteil des Verbrauchers zum Gegenstand oder zur Folge hat, unter Nr. 1 Buchst. q des Anhangs der Richtlinie von 1993.

46. Allerdings ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie von 1993, dass der Anhang der Richtlinie eine Liste von Klauseln enthält, die für missbräuchlich erklärt werden *können* – und nicht müssen [9]. Daraus folgt, wie der Gerichtshof bereits festgestellt hat, „dass eine in der Liste aufgeführte Klausel nicht zwangsläufig als missbräuchlich anzusehen ist und umgekehrt eine nicht darin aufgeführte Klausel gleichwohl für missbräuchlich erklärt werden kann“ [10]. Damit eine Klausel für missbräuchlich erklärt werden kann, muss diese am Maßstab von Art. 3 Abs. 1 geprüft werden, auch wenn, wie ich nachfolgend noch erläutern werde, einige Kriterien dieser Prüfung als erfüllt angesehen werden können, wenn die fragliche Vertragsbestimmung unter den Anhang fällt.

47. Dementsprechend kann Nr. 1 Buchst. q des Anhangs nicht als ein nach dem Unionsrecht bestehendes allgemeines Verbot von Klauseln, die unter eine der dort aufgeführten Kategorien fallen, angesehen werden. Er gibt lediglich ein Beispiel für eine Klausel, die für missbräuchlich erklärt werden *kann*.

48. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass den Mitgliedstaaten in Art. 8 der Richtlinie von 1993 das Recht eingeräumt wird, strengere Bestimmungen zu erlassen, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher zu gewährleisten.

8 Beschluss vom 14. November 2013, Banco Popular Español und Banco de Valencia (C-537/12 und C-116/13, EU:C:2013:759, Rn. 63).

9 Der Gebrauch des Verbs „können“ scheint in diesem Zusammenhang aufschlussreicher als der Verweis auf die „Hinweisfunktion“ dieses Anhangs im 17. Erwägungsgrund und in Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie von 1993. Wie die Kommission in ihrem Überprüften Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (KOM[93] 11 endg.) zutreffend angemerkt hat, ist dieser Begriff mehrdeutig. Er könnte in der Tat entweder darauf hindeuten, dass die Liste im Anhang dieser Richtlinie unvollständig ist, oder darauf, dass sie keine besondere Beweiskraft besitzt.

10 Urteil vom 7. Mai 2002, Kommission/Schweden (C-478/99, EU:C:2002:281, Rn. 20).

49. Daher hängen die den nationalen Gerichten obliegenden Aufgaben, wie die Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen angemerkt hat – und wie auch ihr Vertreter in der mündlichen Verhandlung bestätigt hat – davon ab, ob der betreffende Mitgliedstaat geeignete Gesetzgebungsmaßnahmen ergriffen hat, um die Missbräuchlichkeit der in Nr. 1 Buchst. q des Anhangs der Richtlinie von 1993 enthaltenen Liste von Klauseln verbindlich festzulegen, anstatt sie nur als Hinweis dienen zu lassen.

50. Hat der Mitgliedstaat diesen Schritt nicht vollzogen, so dass nach nationalem Recht Klauseln, die unter die in Nr. 1 Buchst. q des Anhangs der Richtlinie von 1993 erwähnte Kategorie fallen, nicht als missbräuchlich angesehen werden, so müssen die nationalen Gerichte am Maßstab der Definition des Begriffs der missbräuchlichen Klausel in Art. 3 Abs. 1 und der in Art. 4 Abs. 1 dieser Richtlinie enthaltenen Klarstellung in Bezug auf die Kriterien, die dabei zu berücksichtigen sind, prüfen, ob die ihrer Kontrolle unterliegenden Klauseln als missbräuchlich anzusehen sind [11].

51. Im Gegensatz dazu müssen die nationalen Gerichte, wenn der betreffende Mitgliedstaat beschlossen hat, dass die unter die in Nr. 1 Buchst. q des Anhangs der Richtlinie von 1993 erwähnte Kategorie fallenden Klauseln als missbräuchlich anzusehen sind, jede Klausel für missbräuchlich erklären, die eine Beweislastumkehr zum Nachteil des Verbrauchers zum Gegenstand oder zur Folge hat, ohne eine Prüfung am Maßstab von Art. 3 Abs. 1 vorzunehmen. Allerdings möchte ich betonen, dass nicht Nr. 1 Buchst. q des Anhangs der Richtlinie von 1993 eine weitere Überprüfung nach Art. 3 Abs. 1 überflüssig macht, wenn ein Mitgliedstaat solche Schritte unternommen hat, sondern vielmehr die betreffenden nationalen Rechtsvorschriften.

52. Was das Ausgangsverfahren anbelangt, haben alle Beteiligten in der mündlichen Verhandlung bestätigt – wie auch das vorlegende Gericht festgestellt hat –, dass Ungarn sein Zivilgesetzbuch geändert hat, um von der in Art. 8 der Richtlinie von 1993 vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch zu machen, höhere Verbraucherschutzstandards einzuführen, als sie sich aus den Bestimmungen der Richtlinie ergeben. Da Ungarn hierzu allerdings nicht verpflichtet war, ist festzustellen, dass die seinen nationalen Gerichten auferlegte Verpflichtung, von Nr. 1 Buchst. q des Anhangs erfasste Vertragsklauseln automatisch für nichtig zu erklären, eine Frage des *nationalen Rechts* und nicht des Unionsrechts ist.

53. Daher bin ich der Auffassung, dass nach dem Unionsrecht die erste Frage zu verneinen ist. Einfach gesagt, muss die Antwort lauten, dass Nr. 1 Buchst. q des Anhangs der Richtlinie von 1993 nicht als ein allgemeines Verbot sämtlicher Vertragsklauseln, die in seinen Anwendungsbereich fallen, ausgelegt werden kann.

54. Obwohl das vorlegende Gericht die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu dieser Frage perfekt zusammengefasst hat, hat es dennoch eine Frage zur Wirkung des Anhangs der Richtlinie von 1993 an den Gerichtshof für erforderlich gehalten. Unter diesen Umständen bin ich daher der Ansicht, dass der Gerichtshof diese Gelegenheit zur Klarstellung bestimmter Aspekte der Kriterien nutzen könnte, die im Rahmen der Prüfung heranzuziehen sind, unter welchen Bedingungen eine Klausel, die eine Umkehr der Beweislast bewirkt, gemäß Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie von 1993 als missbräuchlich angesehen werden sollte.

55. Tatsächlich hat der Gerichtshof in früheren Entscheidungen festgestellt, dass in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie von 1993 im Rahmen der Bestimmung des Begriffs der missbräuchlichen Klauseln zwei Kriterien festgelegt werden, nämlich einerseits der „Verstoß gegen das Gebot von Treu und Glauben“ und andererseits die „Verursachung eines erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnisses der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner zum Nachteil des Verbrauchers“. Nach der Rechtsprechung soll bei der Prüfung des ersten Kriteriums untersucht werden, ob ein

11 Urteil vom 3. Juni 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309, Rn. 33).

Gewerbetreibender bei loyalem und billigem Verhalten gegenüber dem Verbraucher vernünftigerweise erwarten dürfte, dass der Verbraucher sich nach individuellen Verhandlungen auf eine solche Klausel eingelassen hätte, während im Rahmen der Prüfung des zweiten Kriteriums danach geschaut werden soll, ob der Vertrag für den Verbraucher eine weniger günstige Rechtslage schafft, als sie das geltende nationale Recht vorsieht [12].

56. Ich für meinen Teil hingegen bin nicht der Ansicht, dass diese beiden Kriterien getrennt untersucht werden sollten.

57. Zunächst ist mit Blick auf den Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie anzumerken, dass die Wortgruppen „Gebot von Treu und Glauben“ und „erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis“ grammatikalisch durch die Präposition „entgegen“ miteinander verbunden sind. Die Verwendung dieser Präposition lässt nicht darauf schließen, dass die beschriebene Lage eine getrennte Bedingung darstellt, sondern dient vielmehr dazu, herauszustellen, dass die Verursachung eines erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnisses der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner das Gegenteil des normalerweise erwarteten Handelns nach dem Gebot von Treu und Glauben bedeutet. Es ist daher eindeutig, dass eine in einem Verbrauchervertrag enthaltene Klausel, die nicht im Einzelnen ausgehandelt wurde, nur als missbräuchlich im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie von 1993 angesehen werden kann, wenn

– sie ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht und

– dieses Missverhältnis zum Nachteil des Verbrauchers ist.

58. Da in den Rechtssystemen, in denen mit diesem Konzept gearbeitet wird, der gute Glaube stets vermutet wird, sollte der Ausdruck „entgegen dem Gebot von Treu und Glauben“ folglich nur als ein Hinweis auf die Lage verstanden werden, die bestehen würde, wenn es kein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis gäbe, und *nicht* als eine *eigenständige* Voraussetzung. Mit anderen Worten, der Ausdruck „entgegen dem Gebot von Treu und Glauben“ beschreibt im Wesentlichen die Situation, die entsteht, wenn tatsächlich zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien besteht.

59. Was zweitens die Zwecke der Richtlinie von 1993 anbelangt, wird im 16. Erwägungsgrund darauf hingewiesen, dass das Gebot von Treu und Glauben eine globale Bewertung der Interessenlagen der Parteien erfordert, wobei besonders zu berücksichtigen ist, welches Kräfteverhältnis zwischen den Verhandlungspositionen der Parteien bestand. Dies zeigt erneut, dass es nicht in der Absicht des Unionsgesetzgebers lag, diese beiden Begriffe klar voneinander abzugrenzen, und noch weniger, den Grundsatz von Treu und Glauben als ein übergeordnetes und unabhängiges Kriterium vorzusehen, das getrennt von den anderen konkreten Regelungen der Richtlinie von 1993 zu betrachten ist.

60. Drittens verstößt aus systematischem Blickwinkel, wie einige Autoren angemerkt haben, eine Klausel, die ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht, schon für sich genommen gegen das Gebot von Treu und Glauben [13].

12 Vgl. Urteile vom 14. März 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164, Rn. 68 und 69), vom 26. Januar 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60, Rn. 58 bis 60), vom 20. September 2017, Andriciuc u. a. (C-186/16, EU:C:2017:703, Rn. 56).

13 Vgl. z. B. Tenreiro M., „The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems – The Principle of Good Faith and Remedies for Unfair Terms“, (1995) 3 *European Review of Private Law*, Ausgabe 2, S. 273, 279.

61. In diesem Zusammenhang ist anzunehmen, dass der Verweis auf das Bestehen eines „erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnisses“ in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie von 1993 in Verbindung mit dem Begriff „Treu und Glauben“ darauf zurückzuführen sein könnte, dass es in den Rechtstraditionen des „common law“, zu denen das englische und das irische Recht gehören, einen allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben nicht gibt [14]. Zudem bestimmt Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie von 1993, indem er [den Verstoß gegen] Treu und Glauben vom Bestehen eines erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnisses abhängig macht, in objektiver Weise den Inhalt des Grundsatzes von Treu und Glauben, der ansonsten auch in den Mitgliedstaaten mit „civil law“-Rechtstraditionen unterschiedlich verstanden werden könnte. Daher kann man sagen, dass die Richtlinie von 1993 in dieser Hinsicht die in den Mitgliedstaaten vorhandenen unterschiedlichen Ansätze zu Vertragsverhältnissen miteinander in Einklang bringt.

62. In Anbetracht der vorstehenden Ausführungen bin ich daher der Ansicht, dass die Missbräuchlichkeit einer Klausel trotz der Bezugnahme auf Treu und Glauben in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie von 1993 allein aus dem Umstand abgeleitet werden kann, dass eine solche Klausel ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte der Vertragspartner zum Nachteil des Verbrauchers verursacht. Dies ist im Kern das einzige in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie von 1993 enthaltene Kriterium, und ist es nicht erforderlich, darüber hinaus darzulegen, dass die fragliche Klausel infolge eines Verstoßes gegen Treu und Glauben eingefügt wurde.

63. Die zweite Klarstellung, die sich als nützlich erweisen könnte, betrifft die Rechtsnatur des Anhangs. Obwohl der Umstand, dass eine bestimmte Klausel im Anhang aufgeführt ist, nicht *ohne Weiteres* und allein ausreicht, um eine umstrittene Klausel für missbräuchlich zu erklären, hat der Gerichtshof festgestellt, dass „[er] doch eine wesentliche Grundlage [ist], auf die das zuständige Gericht seine Beurteilung der Missbräuchlichkeit dieser Klausel stützen kann“ [15].

64. Es könnte sich als sinnvoll erweisen, den dort erwähnten Ausdruck „wesentliche Grundlage“ klarzustellen, denn ich glaube nicht, dass diese Worte im eigentlichen Wortsinn gemeint waren oder überhaupt so verstanden werden können.

65. Zunächst ist festzuhalten, dass der Gerichtshof zwar klargestellt hat, dass der Inhalt des Anhangs nicht „ohne Weiteres“ oder „allein“ ausreicht, um die Missbräuchlichkeit einer streitigen Klausel nach dem Unionsrecht festzustellen, aber auch niemals ausdrücklich ausgeschlossen hat, dass der Anhang zumindest in Teilen als Hinweis dienen oder sogar die Vermutung der Missbräuchlichkeit einer bestimmten Klausel begründen kann.

66. Zweitens bezieht sich jede der im Anhang aufgeführten Kategorien von Klauseln auf eine Situation, in der das Vorliegen eines erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnisses zwischen den Rechten und Pflichten der Vertragsparteien so offensichtlich ist, dass nur schwer vorstellbar ist, wie man zu einem anderen Ergebnis kommen könnte.

67. Dementsprechend ist die Feststellung des Gerichtshofs, dass der Anhang zur Richtlinie von 1993 „eine wesentliche Grundlage [ist], auf die das zuständige Gericht seine Beurteilung der Missbräuchlichkeit dieser Klausel stützen kann“, meiner Auffassung nach so zu verstehen, dass die nationalen Gerichte bei Klauseln, die die Kriterien einer der im Anhang erwähnten Kategorien erfüllen, die Verursachung eines Missverhältnisses durch diese Klausel vermuten können [16]. Da sich allerdings Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie von 1993 auf das Vorliegen eines Missverhältnisses bezieht, das

14 Zum englischen Recht vgl. z. B. Globe Motors Inc/TRW Lucas Variety Electric Steering Ltd [2016] EWCA Civ 396, und zum irischen Recht Flynn & Benray/Breccia & McAteer [2017] IECA 7, [2017] 1 ILRM 369, Morrissey/Irish Bank Resolution Corporation [2017] IECA 162.

15 Urteile vom 26. April 2012, Invitel (C-472/10, EU:C:2012:242, Rn. 26), und vom 30. Mai 2013, Asbeek Brusse und de Man Garabito (C-488/11, EU:C:2013:341, Rn. 55).

16 Das steht in Einklang mit der Verwendung des Wortes „object“ (Gegenstand) im ersten Satz (der englischen Fassung) des Anhangs, das darauf hindeutet, dass in bestimmten Fällen allein aus dem Inhalt einer konkreten Klausel Rückschlüsse auf ein von ihr verursachtes Missverhältnis gezogen werden können.

erstens erheblich und ungerechtfertigt ist, zweitens zum Nachteil des Verbrauchers besteht und drittens die vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner betrifft, müssen die nationalen Gerichte trotzdem darauf achten, dass diese anderen drei Kriterien ebenfalls erfüllt sind, bevor sie abschließend über die Missbräuchlichkeit der fraglichen Klausel urteilen [17].

68. Zusammengefasst bin ich daher, was die erste Frage anbelangt, der Ansicht, dass Nr. 1 Buchst. q des Anhangs der Richtlinie von 1993 kein allgemeines Verbot jeder nicht im Einzelnen ausgehandelten Klausel darstellt, die eine Umkehr der Beweislast in Fällen, in denen die Beweislast nach dem geltenden Recht normalerweise bei der anderen Vertragspartei liegen sollte, bezweckt oder bewirkt. Andererseits ist gemäß Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie von 1993 eine Vertragsklausel als missbräuchlich anzusehen, die bewirkt, dass der Zugang des Verbrauchers zu einer Streitbeilegungsmöglichkeit in Fällen beschränkt oder ausgeschlossen wird, in denen sich, was das nationale Gericht feststellen muss, der Darlehensgeber nur auf diese Klausel berufen muss, damit der Rechtsstreit als abgeschlossen betrachtet wird.

3. Zur zweiten Frage

69. Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob in Fällen, in denen nach Nr. 1 Buchst. q des Anhangs der Richtlinie von 1993 auch eine Prüfung des Zwecks oder der Wirkung der Vertragsklausel erfolgen muss, die folgenden Arten von Klauseln eine Verbraucherrechte hindernde Wirkung haben:

– eine Klausel, die dem Verbraucherschuldner Grund zu der Annahme gibt, dass er den Vertrag in seiner Gesamtheit einschließlich sämtlicher Klauseln in der Art und Weise und in dem Umfang, die der Darlehensgeber fordert, auch dann erfüllen muss, wenn er nach seiner Überzeugung die vom Darlehensgeber geforderte Leistung nicht schuldet, oder

– eine Klausel, die bewirkt, dass der Zugang des Verbrauchers zu einer Streitbeilegungsmöglichkeit, die auf einer fairen Verhandlung beruht, beschränkt oder ausgeschlossen wird, weil es für den Darlehensgeber ausreicht, sich auf diese Vertragsklausel zu berufen, damit der Rechtsstreit als abgeschlossen betrachtet wird.

70. In Anbetracht der Antwort auf die erste Frage bin ich der Ansicht, dass die zweite Frage dahin gehend verstanden werden sollte, dass sie sich auf die Auslegung von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie von 1993 bezieht und klären soll, ob eine Klausel, die unter eine der beiden vom vorlegenden Gericht genannten Fallgruppen fällt, als missbräuchlich anzusehen ist. Aus Gründen der Zweckmäßigkeit werde ich mit der Prüfung der zweiten Fallgruppe beginnen.

a) Zur zweiten Fallgruppe: Beschränkung des Zugangs des Verbrauchers zu den Gerichten

71. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie von 1993 sieht vor, dass eine Vertragsklausel, die nicht im Einzelnen ausgehandelt wurde, „als missbräuchlich anzusehen ist, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht“.

17 Dieser Schlussfolgerung steht weder der Wortlaut von Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie von 1993 noch der des 17. Erwägungsgrundes entgegen. Einerseits wird in Art. 3 Abs. 3 nicht konkret angegeben, warum die im Anhang aufgeführten Kategorien nicht automatisch als missbräuchlich anzusehen sind. Auf der anderen Seite ergibt sich zwar aus dem 17. Erwägungsgrund der Richtlinie von 1993, dass die Liste der Klauseln im Anhang, weil die Richtlinie lediglich eine Mindestharmonisierung vornimmt, nur Beispiele gibt; dies schließt allerdings nicht aus, dass die Mitgliedstaaten aufgrund des Minimalcharakters dieser Harmonisierung nach Ansicht des Unionsgesetzgebers gleichwohl dazu verpflichtet waren, davon auszugehen, dass bei den im Anhang aufgeführten Kategorien von Klauseln eine Vermutung dafür spricht, dass sie ein Missverhältnis zwischen den Rechten und Pflichten der Parteien verursachen.

72. Wie bereits angemerkt, müssen die nationalen Gerichte, um festzustellen, ob eine Klausel im Sinne dieser Bestimmung ein „erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis“ verursacht, die sich aus der streitgegenständlichen Klausel ergebenden vertraglichen Rechte und Pflichten der Parteien mit den ohne die Klausel bestehenden Rechten und Pflichten vergleichen [18].

73. In Bezug auf die Rechte und Pflichten der Parteien nach den nationalen Rechtsvorschriften möchte ich darauf hinweisen, dass die Mitgliedstaaten gemäß Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie von 1993 dafür sorgen müssen, dass es Verfahrensvorschriften zur Gewährleistung der sich aus der Richtlinie von 1993 ergebenden individuellen Rechte gibt, um der Verwendung missbräuchlicher Klauseln ein Ende zu setzen. Daraus folgt, dass dem Verbraucher ein Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf gewährt werden muss; dieses Recht ist auch in Art. 47 der Grundrechtecharta verankert [19].

74. Wenn die in diesen Verfahren in Rede stehende Vertragsklausel zur Folge hätte, dass dem Darlehensgeber die Möglichkeit eingeräumt wird, Rechtsstreitigkeiten zu beenden, indem er den Rechtsstreit als abgeschlossen betrachtet, so würde dies den Schuldner im Wesentlichen daran hindern, selbst ein Verfahren einzuleiten. Dies wiederum würde dem Schuldner sein Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf nehmen. Eine derartige Klausel würde offensichtlich ein gravierendes Missverhältnis in den gewöhnlichen vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien zum eindeutigen Nachteil des Verbrauchers verursachen. Sie wäre folglich als missbräuchlich im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie von 1993 anzusehen.

75. Im vorliegenden Fall geht jedoch aus den Angaben in der dem Gerichtshof vorliegenden Akte hervor, dass die Kúria (Oberster Gerichtshof) in einer Reihe von Entscheidungen festgestellt hat, dass vergleichbare Klauseln lediglich auf das Vorhandensein eines nationalen notariellen Zwangsvollstreckungsverfahrens verweisen und dass solche Klauseln deshalb nicht darauf abzielen, das Recht des Darlehensnehmers zu beschränken, die einschlägigen Gerichtsverfahren einzuleiten.

76. In diesem Zusammenhang ist vor der Prüfung, ob eine derartige Klausel für missbräuchlich erklärt werden kann, zunächst zu prüfen, ob Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie von 1993 Anwendung findet, der bestimmt, dass Vertragsklauseln, die auf bindenden Rechtsvorschriften beruhen, nicht den Bestimmungen dieser Richtlinie unterliegen.

77. Da die Bank nicht verpflichtet ist, das nationale notarielle Zwangsvollstreckungsverfahren zu verwenden, kann meiner Ansicht nach eine solche Klausel nicht als bindend im Sinne der Ausnahmevorschrift des Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie von 1993 angesehen werden.

78. Wie ich jedoch bereits angemerkt habe, ist die Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel zu beurteilen, indem die vertraglichen Rechte und Pflichten mit den Rechten und Pflichten verglichen werden, die ohne die Klausel bestanden hätten. Dementsprechend kann eine Klausel, die den Kunden lediglich auf das Vorhandensein einer gesetzlichen Bestimmung aufmerksam macht, dessen Lage nicht zu seinem Nachteil verändern. Auch ohne eine solche Vertragsbestimmung wäre die andere Partei in jedem Fall berechtigt gewesen, die in Rede stehende gesetzliche Regelung zu nutzen, vorausgesetzt natürlich, dass diese tatsächlich anwendbar war.

79. Im vorliegenden Fall scheint die streitgegenständliche Vertragsbestimmung lediglich auf das Bestehen eines nationalen notariellen Zwangsvollstreckungsverfahrens hinzuweisen, auch wenn es letztlich Sache des nationalen Gerichts ist, dies zu überprüfen. Falls dies allerdings tatsächlich zutrifft, folgt daraus, dass aus den von mir soeben dargelegten Gründen eine derartige Klausel nicht als missbräuchlich angesehen werden kann.

18 Urteil vom 14. März 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164, Rn. 68).

19 Urteil vom 13. September 2018, Profi Credit Polska (C-176/17, EU:C:2018:711, Rn. 59).

b) Zur ersten Fallgruppe: Verleitung des Verbrauchers zu der Annahme, er müsse den Vertrag in der vom Darlehensgeber geforderten Weise erfüllen

80. Die erste vom vorlegenden Gericht in der zweiten Frage angesprochene Fallgruppe bezieht sich im Wesentlichen auf eine Vertragsklausel, die beim Verbraucher objektiv den Eindruck erweckt, dass er den Vertrag in der Art und Weise und in dem Umfang, die der Darlehensgeber fordert, auch dann erfüllen muss, wenn er – kurz gesagt – die vom Darlehensgeber geforderte Leistung ganz oder teilweise nicht schuldet.

81. Wie das vorlegende Gericht in seinem Ersuchen ausführt, bezieht sich diese Fallgruppe auf eine Vertragsklausel, die für sich genommen zwar klar formuliert ist, die aber dennoch beim Verbraucher den Eindruck erweckt, dass, sobald der Vertrag in einer notariellen Urkunde aufgenommen worden ist, diese Urkunde als unwiderlegbarer und sicherer Beweis der Berechtigung jeglicher Forderung dienen werde, die sich zukünftig aus dem Vertrag ergeben könne. Mit anderen Worten geht es in Wahrheit darum, ob eine Vertragsklausel *allein* wegen des *Eindrucks* als missbräuchlich angesehen werden kann, den die im Übrigen grammatikalisch verständliche Klausel wahrscheinlich beim Durchschnittsverbraucher erwecken wird.

82. Es wäre wohl naiv, nicht davon auszugehen, dass die Vertragsverfasser versuchen könnten, auf verschiedene Arten und Weisen Vorteile aus wahrscheinlichen Informationsasymmetrien zwischen ihnen und den Verbrauchern zu ziehen. Eine offensichtliche und wohlbekannte Strategie ist, gegenüber dem Verbraucher die genauen Rechtsfolgen einer bestimmten Klausel zu verschleiern. Die zweite Strategie, die das vorlegende Gericht hier anzudeuten scheint, besteht darin, Verbraucher dazu zu bringen, sich in einer bestimmten Weise zu verhalten, auch wenn dieses Verhalten rechtlich gesehen in Wahrheit nicht erforderlich ist. Mit anderen Worten, obwohl die in der Klausel enthaltenen Angaben rechtlich zutreffend sind, werden sie trotzdem in einer Weise präsentiert, die geeignet ist, den Verbraucher zu einem anderen Verhalten zu verleiten [20].

83. Klar ist, dass im Fall der ersten Strategie (d. h. der Verschleierung), die ich erwähnt habe, die fragliche Klausel am Maßstab von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie von 1993 geprüft werden muss, denn die nationalen Gerichte müssen die durch die Klausel hervorgerufenen Rechtsfolgen beurteilen und feststellen, ob eine derartige Klausel ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der Rechte und Pflichten der Vertragspartner zum Nachteil des Verbrauchers verursacht.

84. Was die zweite Strategie anbelangt, ist daran zu erinnern, dass der Anhang zur Richtlinie von 1993 dahin auszulegen ist, dass dort nicht auf die Zwecke verwiesen wird, die die Verfasser einer derartigen Vertragsklausel möglicherweise verfolgt haben [21]. Da bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit einer Klausel nach Art. 3 Abs. 1 dieser Richtlinie auf die Ausgewogenheit der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien abzustellen ist, kommt es vielmehr einzig und allein auf die durch eine solche Klausel hervorgerufenen Rechtsfolgen an. Wenn eine solche Klausel nur bewirkt, dass der Verbraucher zu der Annahme verleitet wird, er müsse in einer Weise handeln, die rechtlich nicht erforderlich ist, so ergibt sich die mögliche Missbräuchlichkeit dieser Klausel nicht aus der Richtlinie von 1993.

20 So kann z. B. die Wiederholung bestimmter Ausdrücke oder die Verwendung besonders ausgefeilter Formulierungen, auch wenn diese grammatikalisch richtig und rechtlich zutreffend sind, beim Verbraucher manchmal den Eindruck erwecken, er könne die Wirksamkeit einer Klausel nicht anfechten, obwohl er in Wahrheit dazu berechtigt ist. Zudem können das Erfordernis, dass der Verbraucher vor dem Notar erklären muss, ihm seien sämtliche Klauseln des Darlehensvertrags bekannt, die Aufnahme dieser Erklärung in eine notarielle Urkunde und der mehrfache Verweis auf das notarielle Zwangsvollstreckungsverfahren in den Unterlagen über die Hypothek möglicherweise in Kombination mit einigen anderen Elementen den Verbraucher davon abhalten, seine Rechte auszuüben. Das könnte insbesondere der Fall sein, wenn wir die allgemeine Wahrnehmung in manchen Mitgliedstaaten (wie z. B. Ungarn) in Betracht ziehen, in denen dieses notarielle Zwangsvollstreckungsverfahren häufig durchgeführt und eine notarielle Urkunde als eine unwiderruflich eingegangene Verpflichtung angesehen wird.

21 Siehe die Vorbemerkungen.

85. Nebenbei ist zu betonen, dass sich aus dem Wortlaut von Art. 5 nicht ausdrücklich ergibt, dass der Umstand, dass eine Klausel nicht klar und verständlich abgefasst ist, einen eigenen Grund darstellt, sie für missbräuchlich zu erklären. Ihm ist bloß zu entnehmen, dass im Fall einer Vertragsklausel, die nicht „klar und verständlich" abgefasst ist, bei „Zweifeln über die Bedeutung einer Klausel" die für den Verbraucher günstigste Auslegung gilt.

86. Zudem folgt aus dem 16. Erwägungsgrund und aus Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie von 1993, dass es nur einen einzigen Prüfungsmaßstab für missbräuchliche Vertragsklauseln gibt, nämlich den, den Art. 3 Abs. 1 selbst vorsieht. Dementsprechend ist Art. 5 nicht als ein alternativer Prüfungsmaßstab für die Missbräuchlichkeit ausgestaltet. Er enthält vielmehr nur eine Auslegungsregel zur Bestimmung der Rechtswirkungen solcher Klauseln. Daraus folgt wiederum, dass dort, wo eine bestimmte Klausel nicht klar und verständlich abgefasst ist, der Rückgriff auf die Auslegungsregel in Art. 5 zur Abmilderung etwaiger besonders strenger oder missbräuchlicher Auslegungen dieser Bestimmung dienen kann. Nur dann, wenn die Vertragsklausel, selbst wenn sie unter Berücksichtigung von Art. 5 ausgelegt wird, immer noch ein vertragliches Missverhältnis zum Nachteil des Verbrauchers verursacht, kann sie als missbräuchlich angesehen werden. In diesem Fall ist die Missbräuchlichkeit jedoch einfach am Maßstab von Art. 3 Abs. 1 zu messen und nicht unter Bezugnahme auf die Auslegungsregel in Art. 5.

87. Es stimmt allerdings, dass das Urteil vom 28. Juli 2016, Verein für Konsumenteninformation (C-191/15, EU:C:2016:612, Rn. 68), möglicherweise Zweifel im Hinblick auf die Frage aufgeworfen hat, ob eine Klausel allein deshalb für missbräuchlich erklärt werden kann, weil sie nicht klar und verständlich abgefasst ist. Der Gerichtshof hat in der Tat festgestellt, dass sich die Missbräuchlichkeit einer solchen Klausel aus einer Formulierung ergeben kann, die dem Erfordernis in Art. 5 der Richtlinie von 1993, klar und verständlich abgefasst zu sein, nicht genügt. Der Gerichtshof hat daraus den Schluss gezogen, dass eine vorformulierte Rechtswahlklausel, mit der das Recht des Mitgliedstaats gewählt wird, in dem der Gewerbetreibende seinen Sitz hat, missbräuchlich ist. Dabei hat der Gerichtshof nicht auf die Rechtswirkungen der Klausel abgestellt, sondern auf die irreführende Wirkung der Klausel für den Verbraucher, der nicht über bestimmte zwingende Vorschriften unterrichtet wurde [22].

88. Ich möchte mir jedoch den Hinweis erlauben, dass der Gerichtshof, bevor er zu diesem Schluss gekommen ist, gleichwohl in Rn. 67 dieses Urteils daran erinnert hat, dass eine Klausel, damit sie für missbräuchlich erklärt werden kann, ein erhebliches Missverhältnis zwischen den Rechten und Pflichten der Parteien verursachen muss, was dafür spricht, dass der Gerichtshof nicht die Absicht hatte, einen zweiten Maßstab für die Prüfung der Missbräuchlichkeit zu schaffen.

89. Jedenfalls ist meines Erachtens in diesem Urteil vielleicht das vom Gerichtshof [23] in seiner bisherigen Rechtsprechung [24] entwickelte „Transparenzgebot" etwas überbewertet worden. Angesichts dessen möchte ich mit dem gebotenen Respekt vorschlagen, dass der Gerichtshof zu seiner bisherigen Herangehensweise zurückkehren sollte, nach der Art. 5 der Richtlinie von 1993 keinen eigenständigen, von dem des Art. 3 Abs. 1 abweichenden Prüfungsmaßstab für die Missbräuchlichkeit vorsieht. Meiner

22 Rn. 71.

23 Meiner Ansicht nach betrifft das Transparenzgebot nur Art. 4 Abs. 2, der vorsieht, dass die Beurteilung der Missbräuchlichkeit der Klauseln nicht den Hauptgegenstand des Vertrags betrifft, sofern diese Klauseln klar und verständlich abgefasst sind. In der Tat steht hinter dem in Art. 4 Abs. 2 aufgestellten Erfordernis der Verständlichkeit die Überlegung, dass der Verbraucher dem Vertrag, soweit solche Klauseln dessen Hauptgegenstand betreffen, unter Berücksichtigung dieser Elemente zugestimmt haben dürfte. Daher ist eher unwahrscheinlich, dass ihn Klauseln, die den Hauptgegenstand des Vertrags betreffen – im Gegensatz zu anderen Klauseln des vorformulierten Vertrags, die der Verbraucher nicht liest –, überrumpeln könnten. Wenn also das Erfordernis der Verständlichkeit in Art. 4 Abs. 2 dieselbe Tragweite hat wie das in Art. 5 derselben Richtlinie niedergelegte, so sind die Folgen eines Verstoßes nicht dieselben, weil die mit diesen beiden Vorschriften verfolgten Ziele nicht übereinstimmen. Im ersten Fall ist das Ziel der Vorschrift die Überprüfung der soeben erwähnten Annahme (also dass der Verbraucher tatsächlich in der Lage war, auf der Grundlage klarer und verständlicher Kriterien die wirtschaftlichen Folgen zu beurteilen, die sich für ihn aus dem Hauptgegenstand des Vertrags ergeben), während mit Art. 5, jedenfalls meiner Ansicht nach, das Ziel verfolgt wird, im Hinblick auf den in Art. 3 Abs. [1] verankerten Prüfungsmaßstab zu bestimmen, wie die Klausel auszulegen ist.

24 Vgl. Urteil vom 26. Februar 2015, Matei (C-143/13, EU:C:2015:127, Rn. 73), und vom 20. September 2018, Danko und Danková (C-448/17, EU:C:2018:745, Rn. 61).

Ansicht nach sollte der Gerichtshof deshalb feststellen, dass Art. 5 lediglich eine Auslegungsregel dahin gehend enthält, dass in Fällen, in denen die fraglichen Vertragsklauseln nicht „klar und verständlich" abgefasst sind, bei Zweifeln über die Bedeutung einer Vertragsklausel „die für den Verbraucher günstigste Auslegung gilt." Nur wenn die Klausel nach Anwendung der in Art. 5 vorgesehenen Auslegungsregel immer noch ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den Parteien verursacht, ist ihre Missbräuchlichkeit am Maßstab von Art. 3 Abs. 1 zu prüfen [25].

90. Das vorlegende Gericht sollte jedoch möglicherweise die unionsrechtlichen Vorschriften über unlautere Geschäftspraktiken im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern berücksichtigen, die sich speziell mit irreführenden Angaben befassen, insbesondere Art. 6 Abs. 1 Buchst. g und Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2005/29. Da diese Richtlinie vom vorlegenden Gericht nicht erwähnt wurde und die Parteien ihre Entscheidungserheblichkeit nicht erörtert haben, werde ich hierauf nicht näher eingehen.

91. Daraus folgt also, dass eine Klausel nicht auf der Grundlage der Richtlinie von 1993 für missbräuchlich erklärt werden kann, *nur* weil sie beim Verbraucher den Eindruck erwecken könnte, dass die Erfüllung einer bestimmten vertraglichen Verpflichtung erforderlich ist, wenn die Erfüllung, gemessen an der konkret in der Vertragsklausel verwendeten Formulierung, in Wahrheit nicht erforderlich ist. Im Hinblick auf den in Art. 3 Abs. 1 enthaltenen Prüfungsmaßstab für die Missbräuchlichkeit muss dargelegt werden, dass die Klausel ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den Rechten und Pflichten der Parteien verursacht, das sich im konkreten Fall zum Nachteil des Verbrauchers auswirkt.

4. Zur dritten Frage

92. Mit seiner dritten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 5 der Richtlinie von 1993 dahin auszulegen ist, dass eine Klausel als klar und verständlich abgefasst angesehen werden kann, wenn sich ihre Rechtswirkungen nur durch Auslegung nationaler Rechtsvorschriften feststellen lassen, zu denen eine einheitliche Rechtsprechung weder zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestand noch sich in den Folgejahren herausgebildet hat, auch wenn die Klausel ansonsten klar und verständlich abgefasst ist.

93. Wie ich bereits angemerkt habe, sieht Art. 5 der Richtlinie von 1993 vor: „Sind alle dem Verbraucher in Verträgen unterbreiteten Klauseln oder einige dieser Klauseln schriftlich niedergelegt, so müssen sie stets klar und verständlich abgefasst sein." Daraus lässt sich ableiten, dass der Wortlaut der Klausel die sich aus einer derartigen Klausel ergebenden Rechtswirkungen klar zum Ausdruck bringen sollte. Daher sollte jede Beurteilung der Frage, ob eine Vertragsklausel verständlich ist, zumindest im ersten Schritt anhand des Wortlauts erfolgen.

94. Im vorliegenden Fall bezieht sich das vorlegende Gericht allerdings auf den Fall, dass der Wortlaut der Klausel eindeutig ist, ihre rechtliche Bedeutung aber durch eine uneinheitliche Rechtsprechung über die Auslegung der in Rede stehenden Klausel verschleiert wird.

95. Daher muss die Frage dahin gehend verstanden werden, dass sie sich auf das Bestehen einer möglichen über das aus Art. 5 folgende Gebot, Klauseln klar und verständlich abzufassen, hinausgehenden Verpflichtung bezieht, den Verbraucher über die uneinheitliche Rechtsprechung zu unterrichten. In seinem Urteil vom 28. Juli 2016, Verein für Konsumenteninformation (C-191/15, EU:C:2016:612, Rn. 69), hat der Gerichtshof im Zusammenhang mit einer Klausel, mit der das Recht des Mitgliedstaats gewählt wird, in dem der Gewerbetreibende seinen Sitz hat, festgestellt: „[W]enn die Wirkungen einer Klausel durch bindende Rechtsvorschriften bestimmt werden, [ist es] entscheidend, dass der Gewerbetreibende den Verbraucher über diese Vorschriften unterrichtet".

25 Vgl. z. B. Urteil vom 9. Juli 2015, Bucura (C-348/14, nicht veröffentlicht, EU:C:2015:447, Rn. 64).

96. Allerdings ist anzumerken, dass die Richtlinie von 1993 keinerlei Hinweise auf eine solche Verpflichtung enthält. Vielmehr steht das Bestehen einer solchen Verpflichtung in Widerspruch zum Wortlaut von Art. 5, der voraussetzt, dass die wesentlichen Informationen über den Vertrag im Vertrag selbst enthalten sein müssen.

97. Darüber hinaus und unabhängig vom Standpunkt des Gerichtshofs in Bezug auf die Frage, ob in Art. 5 ein eigenständiger Prüfungsmaßstab der Missbräuchlichkeit verankert ist, bezweifle ich für meinen Teil, dass Art. 5 zutreffend dahin ausgelegt werden könnte, dass dem Vertragsverfasser eine umfassendere Verpflichtung auferlegt wird, den Verbraucher auf tatsächliche oder mögliche Auswirkungen von gerichtlichen Entscheidungen über die Auslegung dieser zwingenden gesetzlichen Bestimmungen hinzuweisen. In diesem Zusammenhang ist zuerst anzumerken, dass in den Erwägungsgründen 5 und 6 der Richtlinie ausdrücklich der Umstand erwähnt wird, dass „[d]ie Verbraucher … im allgemeinen nicht die Rechtsvorschriften [kennen], die in *anderen* Mitgliedstaaten für Verträge über den Kauf von Waren oder das Angebot von Dienstleistungen gelten“ [26]. Daraus lässt sich ohne Weiteres schließen, dass die Richtlinie zumindest stillschweigend von der Annahme ausgeht, dass Verbraucher, auch wenn sie im Allgemeinen das *ausländische* Recht nicht kennen, über hinreichende Kenntnisse ihrer eigenen Rechtsordnung verfügen, soweit es um Verbraucherverträge geht.

98. Zweitens würde, wenn Art. 5 der Richtlinie von 1993 so auszulegen wäre, dem Anbieter der betreffenden Waren oder Dienstleistungen eine erhebliche und zudem ungewisse Belastung auferlegt. Wie, so kann man sich fragen, könnte vom Vertragsverfasser erwartet werden, die Rechtsfolgen einer Klausel, der Gegenstand einer Reihe potenziell widersprüchlicher oder uneinheitlicher Gerichtsentscheidungen war, zusammenzufassen oder zu erklären? Als besonders kostspielig könnte sich eine solche Verpflichtung in „common law“-Rechtssystemen erweisen, in denen das Vertragsrecht größtenteils (zugegebenermaßen nicht vollständig) nicht auf den Bestimmungen eines allgemeinen Kodex beruht (wie im Fall der überwiegenden Mehrheit der Mitgliedstaaten) oder sogar auf Gesetzesrecht, sondern auf dem Verständnis einer Reihe von Gerichtsentscheidungen. Aber selbst in den „civil law“-Rechtsordnungen, in denen Gerichtsentscheidungen für das Verständnis des Vertragsrechts vielleicht nicht von ganz so zentraler Bedeutung sind wie in „common law“-Rechtssystemen, könnte sich diese Verpflichtung gleichwohl als ziemlich schwer erfüllbar erweisen.

99. Drittens wäre eine solche Auslegung von Art. 5 der Richtlinie von 1993 nicht praktikabel. Schließlich heißt es im 20. Erwägungsgrund der Richtlinie, dass „der Verbraucher tatsächlich die Möglichkeit haben muss, von allen Vertragsklauseln Kenntnis zu nehmen“. Man könnte sich fragen: Soll ernsthaft vorgeschlagen werden, dass infolge des Urteils in der Rechtssache Verein für Konsumenteninformation der Verbraucher vom potenziellen Verkäufer vor dem Abschluss eines Verbrauchervertrags eine Zusammenfassung gerichtlicher Entscheidungen erhalten muss? Selbst wenn diese Verpflichtung auf Verbraucherverträge über größere Anschaffungen [27] beschränkt bliebe – wie im vorliegenden Fall die Bestellung einer Hypothek zum Erwerb eines Hauses – kann man sich die Ungeduld des Durchschnittsverbrauchers (und erst dessen Verwirrung) angesichts einer Information, die schon beinahe einem von nicht qualifizierten Referenten gehaltenen Seminar über die Grundlagen des Vertragsrechts gleichkommen könnte, lebhaft ausmalen. Falls mit der Richtlinie eine derartig weitreichende Verpflichtung hätte begründet werden sollen, so wäre jedenfalls zu erwarten, dass dies in sehr klaren Worten zum Ausdruck gekommen wäre.

100. Mir drängt sich insofern der Gedanke auf, dass der Gerichtshof möglicherweise seine Wortwahl im fraglichen Absatz des Urteils Verein für Konsumenteninformation überdenken und sogar teilweise überarbeiten sollte.

26 Hervorhebung nur hier.

27 Eine Differenzierung, die in der Richtlinie selbst jedenfalls nicht vorgenommen wird.

101. Allerdings ist der Sachverhalt dieser Entscheidung zu betrachten. In dem Fall ging es um die Klage einer Verbrauchergruppe, mit der die Wirksamkeit bestimmter Klauseln angefochten wurde, die in einem Standardformular für Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr zwischen dem großen multinationalen Online-Einzelhändler Amazon und österreichischen Verbrauchern enthalten waren. Amazon hatte weder seinen Sitz noch eine sonstige Niederlassung in Österreich. Eine der Vertragsbestimmungen sah lediglich vor, dass auf den Vertrag luxemburgisches Recht Anwendung findet. Es gab z. B. überhaupt keinen Hinweis auf die einschlägigen Bestimmungen der Rom-I-Verordnung[28], die den Verbraucher vor Rechtswahlklauseln schützen sollen. Die Klausel enthielt auch keinen Hinweis darauf, dass die den Verbrauchern nach österreichischem Recht zustehenden Rechte durch die Wahl des luxemburgischen Rechts unberührt blieben.

102. Die Schlussfolgerung, dass eine solche Klausel missbräuchlich ist, kommt daher wenig überraschend. Denn wenn es ein grundlegendes Leitmotiv der mit den Rom- und Brüssel-Verordnungen geschaffenen Schutzsysteme gibt, dann ist es, dass die Verbraucher vor den Wirkungen von Vertragsklauseln geschützt werden sollen, die darauf abzielen, sie entweder der Zuständigkeit der Gerichte oder der Rechtsordnung zu entziehen, mit der sie vertraut sind. Unter diesem Blickwinkel stellt eine Vertragsklausel, nach der luxemburgisches Recht auf österreichische Verbraucher Anwendung findet, ohne dass auf die Schutzvorkehrungen der Rom-I-Verordnung im Zusammenhang mit einer solchen Rechtswahl hingewiesen wird, geradezu ein Paradebeispiel für eine missbräuchliche Klausel in einem Verbrauchervertrag dar, eben weil die fehlende Unterrichtung dieser Verbraucher darüber, dass ihre nach österreichischem Recht gewährleisteten Rechte durch die Wahl des ausländischen Rechts in der Rechtswahlklausel nicht beeinträchtigt werden können, für sich genommen missbräuchlich war.

103. Meiner Ansicht nach sind daher die Ausführungen des Gerichtshofs in Rn. 69 des Urteils Verein für Konsumenteninformation im Licht dieser besonderen Umstände und vor dem allgemeinen Hintergrund der Rechtswahlklauseln – und dem damit zusammenhängenden Schutz der Verbraucher in den Art. 4, 6 und 9 der Rom-I-Verordnung zu sehen.

104. Wenn jedoch die Anmerkungen des Gerichtshofs dahin verstanden werden sollen, dass er von einer allgemeinen Verpflichtung des Gewerbetreibenden zur Information des Verbrauchers über das Vorhandensein bindender Rechtsvorschriften ausgeht, so fürchte ich, dass ich einer solchen Feststellung – bei allem gebotenen Respekt – nicht beipflichten kann. Auch wenn der Gerichtshof formell betrachtet nicht einer Bindung an Präzedenzfälle unterliegt, scheint es mir gleichwohl angesichts der Bedeutung der Entscheidung in der Rechtssache Verein für Konsumenteninformation wünschenswert, dass diese Anmerkungen zumindest klargestellt oder vielleicht sogar überarbeitet würden.

105. In Übereinstimmung damit möchte ich daran erinnern, dass das Vertragsrecht aller Mitgliedstaaten bindende Rechtsvorschriften enthält, von denen viele ausdrücklich dem Verbraucherschutz dienen. Dies gilt in jedem Fall für die „civil law"-Rechtsordnungen der großen Mehrzahl der Mitgliedstaaten, deren innerstaatliche Gesetzbücher zahlreiche Bestimmungen dieser Art enthalten. Es gilt aber auch für die „common law"-Rechtsordnungen. Auch wenn sich, wie ich bereits angemerkt habe, große Teile des Vertragsrechts in den „common law"-Rechtsordnungen aus gerichtlichen Entscheidungen ableiten, so gibt es doch viele wichtige Beispiele, in denen derartige bindende Rechtsvorschriften durch Gesetz eingeführt worden sind.

106. Dementsprechend umfasst das Vertragsrecht aller Mitgliedstaaten eine breite Palette bindender Rechtsvorschriften von der impliziten Bedingung der Eignung der gelieferten Gegenstände und erbrachten Dienstleistungen für den vereinbarten Zweck bis hin zu besonderen Vorschriften über die Übertragung von Immobilien. Es kann daher nicht realistisch vorgeschlagen werden, dass der

28 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) (ABl. 2008, L 177, S. 6).

Verbraucher vor dem Vertragsschluss vom Gewerbetreibenden über jede einzelne dieser bindenden Rechtsvorschriften unterrichtet werden muss. Da die Entscheidung in der Rechtssache Verein für Konsumenteninformation zugegebenermaßen auf der Idee basiert, dass der Verbraucher tatsächlich Gelegenheit haben sollte, alle Vertragsklauseln zu prüfen, um Einfluss auf ihren Inhalt nehmen zu können [29], ist davon auszugehen, dass der Gerichtshof jedenfalls nicht verlangt, dass der Verbraucher auf sämtliche anwendbaren bindenden Rechtsvorschriften hingewiesen werden muss, sondern nur auf jene, die sich unmittelbar auf seine Zustimmung auswirken.

107. Nach alledem schlage ich vor, dass, erstens, die durch den Gerichtshof im Urteil Verein für Konsumenteninformation beschriebene Informationsverpflichtung unbeschadet der weiten Formulierung in Rn. 69 des Urteils so verstanden werden sollte, dass sie auf die konkreten Umstände in jenem Fall beschränkt ist, d. h. auf Klauseln über das anzuwendende Recht. Ein derartiges Verständnis dieses Urteils entspräche auch den Erwägungsgründen 5 und 6 der Richtlinie von 1993, die von der Notwendigkeit sprechen, Verbraucher zu schützen, die im Allgemeinen die Rechtsvorschriften in anderen Mitgliedstaaten nicht kennen.

108. So oder so denke ich, zweitens, dass es trotz alledem hilfreich wäre, wenn der Gerichtshof eine Präzisierung oder gar eine Korrektur der Formulierung in Rn. 69 des Urteils Verein für Konsumenteninformation vornehmen würde. In dieser Hinsicht schlage ich vor, dass der Gerichtshof die Ansicht vertreten sollte, dass es – von der besonderen Situation einer ausländischen Rechtswahlklausel wie in jenem Fall abgesehen – keine allgemeine Verpflichtung des Gewerbetreibenden gibt, den Verbraucher vor dem Vertragsschluss auf das Vorhandensein bindender Rechtsvorschriften dieser Art hinzuweisen.

109. Was die vorgelegte Frage anbelangt, bin ich der Auffassung, dass jede Informationspflicht sich aus der Richtlinie 2005/29 statt aus der Richtlinie von 1993 ableiten sollte und dass sich eine derartige Pflicht nur auf die Schlüsselangaben [30] erstrecken kann und nicht auch noch auf einen Abriss der bestehenden Rechtsprechung. Daraus folgt wiederum, dass das Vorhandensein einer uneinheitlichen Rechtsprechung jedenfalls für sich genommen nicht genügt, um festzustellen, dass eine Vertragsklausel, die selbst nicht auf diese Rechtsprechung verweist und sie erläutert, im Sinne von Art. 5 der Richtlinie von 1993 unverständlich ist.

5. Zur vierten Frage

110. Mit seiner vierten Frage möchte das vorlegende Gericht im Kern wissen, ob Nr. 1 Buchst. m des Anhangs der Richtlinie von 1993 dahin auszulegen ist, dass er auf eine nicht im Einzelnen ausgehandelte Vertragsklausel Anwendung findet, wenn sie der Partei, die den Vertrag mit dem Verbraucher schließt, das Recht gibt, einseitig zu bestimmen, ob die Erfüllung durch den Verbraucher vertragsgemäß ist, noch bevor die Vertragsparteien irgendeine Erfüllungshandlung vorgenommen haben.

111. In diesem Zusammenhang ist zu bedenken, dass Nr. 1 Buchst. m des Anhangs der Richtlinie von 1993 sich auf Klauseln bezieht, die zum Gegenstand oder zur Folge haben, dass dem Gewerbetreibenden das Recht eingeräumt wird, u. a. zu bestimmen, ob die „gelieferte Ware oder erbrachte Dienstleistung“ den Vertragsbestimmungen entspricht, oder ihm das ausschließliche Recht zugestanden wird, die Auslegung einer Vertragsklausel vorzunehmen. Der Formulierung „gelieferte Ware oder erbrachte Dienstleistung“ ist jedoch eindeutig zu entnehmen, dass Nr. 1 Buchst. m des Anhangs der Richtlinie von 1993 sich nicht auf *sämtliche* Verpflichtungen aus dem Vertrag bezieht,

29 Vgl. Rn. 63 und 68.

30 Vgl. entsprechend Urteil vom 7. September 2016, Deroo-Blanquart (C-310/15, EU:C:2016:633, Rn. 48).

sondern nur auf diejenigen, die im Zusammenhang mit der Frage stehen, ob die fraglichen Waren oder Dienstleistungen den Vertragsbestimmungen entsprechen. Wäre es beabsichtigt gewesen, dass Nr. 1 Buchst. m für alle sich aus dem Vertrag ergebenden Verpflichtungen gilt, so hätte der Unionsgesetzgeber vermutlich andere Worte als „Waren und Dienstleistungen“ verwendet.

112. Dementsprechend fällt eine Klausel, die „der Partei, die den Vertrag mit dem Verbraucher schließt, das Recht gibt, einseitig zu bestimmen, ob die Erfüllung durch den Verbraucher vertragsgemäß ist“, für sich genommen nicht unter Nr. 1 Buchst. m des Anhangs der Richtlinie von 1993, auch wenn sie unter bestimmten Umständen aufgrund der Regelung in Art. 3 Abs. 1 der genannten Richtlinie als missbräuchliche Vertragsklausel anzusehen sein kann, da sie schon beinahe *per definitionem* ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht.

113. Um dies noch einmal deutlich zu machen, Nr. 1 Buchst. m umfasst nur Klauseln, die dem Gewerbetreibenden das ausschließliche Recht einräumen, zu bestimmen, ob die *gelieferte Ware oder erbrachte Dienstleistung* den Vertragsbestimmungen entspricht; er umfasst nicht die Erfüllung des Vertrags im Allgemeinen.

Ergebnis

114. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die Fragen des Fővárosi Ítélőtábla (Hauptstädtisches Tafelgericht, Ungarn) wie folgt zu antworten:

1. Nr. 1 Buchst. q des Anhangs der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen ist dahin auszulegen, dass er kein allgemeines Verbot jeder nicht im Einzelnen ausgehandelten Klausel darstellt, die eine Umkehr der Beweislast in Fällen, in denen die Beweislast nach dem geltenden Recht normalerweise bei der anderen Vertragspartei liegen sollte, bezweckt oder bewirkt.

2. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 93/13 ist dahin auszulegen, dass eine Vertragsklausel als missbräuchlich anzusehen ist, die bewirkt, dass der Zugang des Verbrauchers zu einer Streitbeilegungsmöglichkeit beschränkt oder ausgeschlossen wird. Eine Vertragsklausel hingegen, die dem Verbraucher Grund zu der Annahme gibt, dass er den Vertrag in seiner Gesamtheit in der Art und Weise und in dem Umfang, wie vom Darlehensgeber gefordert, auch dann erfüllen muss, wenn er dies bestreitet, ist nicht missbräuchlich im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 93/13.

3. Art. 5 der Richtlinie 93/13 ist dahin auszulegen, dass das Fehlen einer einheitlichen Auffassung der nationalen Gerichte im Hinblick auf die Auslegung einer bestimmten Standardklausel für sich genommen nicht ausreicht, um daraus den Schluss zu ziehen, dass diese Klausel nicht klar und verständlich im Sinne dieser Vorschrift abgefasst ist.

4. Nr. 1 Buchst. m des Anhangs der Richtlinie 93/13 ist dahin auszulegen, dass er nicht ohne Weiteres Anwendung findet auf eine nicht im Einzelnen ausgehandelte Vertragsklausel, die der Partei, die den Vertrag mit dem Verbraucher schließt, das Recht gibt, einseitig zu bestimmen, ob die Erfüllung durch den Verbraucher vertragsgemäß ist. Unter bestimmten Umständen jedoch kann eine derartige Klausel als Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie anzusehen sein.