

Forum Verbraucherrecht 2016

herausgegeben von

Petra Leupold

mit Beiträgen von

Wilma Dehn

Harald Eberhard

Georg Graf

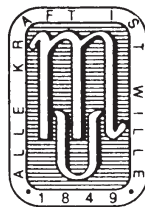
Raimund Madl

Martin Spitzer

Astrid Stadler

Andreas Vonkilch

Brigitta Zöchling-Jud



Wien 2016

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Verbraucherschutz und Verfassungsrecht*

Univ.-Prof. Dr. Harald Eberhard, Wien

Univ.-Prof. Dr. Martin Spitzer, Wien

Übersicht:

I. Einleitung	17
A. Verselbständigung des Verbraucherrechts	17
B. Verfassungsrechtliche Tangente	18
II. Privatrechtlicher Bezugsrahmen	19
A. Autonomer Normenbestand	19
B. Vollharmonisierte Normen	20
C. Mischformen	21
III. Öffentlich-rechtlicher Bezugsrahmen	24
A. Verfassungsrechtliche Determinanten als „intermediäre Schicht“ zwischen Unionsrecht und der Konkretisierung durch einfaches Gesetzesrecht	24
B. Verbraucherschutz und Kompetenzordnung	25
C. Grundrechtliche Prüfungsmaßstäbe	28
1. Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG, Art 15 und 16 GRC)	28
2. Eigentumsgarantie (Art 5 StGG, Art 1 1. ZP-EMRK, Art 17 GRC)	31
3. Gleichheitssatz (Art 7 B-VG, Art 20 GRC)	32
D. Folgerungen	33
IV. Ausgewählte Anwendungsfälle	35
A. Autonome Prüfung am nationalen Verfassungsrecht	35
B. Exklusive Prüfung am EU-Recht	36
C. Mischformen	38
V. Conclusio und Ausblick	39

I. Einleitung

A. Verselbständigung des Verbraucherrechts

Das Verbraucherschutzrecht hat in den letzten 20 Jahren eine unwahrscheinliche Erfolgsgeschichte verzeichnet. Die Regelungsdichte und die Rege-

Die Autoren danken Herrn *Philipp Haas, LL.M. (WU)* und Herrn Mag. *Alexander Wilfinger* für die sachkundige Unterstützung sehr herzlich.

* Der vorliegende Beitrag wird auch in der *ÖJZ* veröffentlicht.

lungstiefe haben zugenommen, gleichzeitig ist auch – je nach Fassung – das Schutzniveau oder die Eingriffsintensität, also die Tiefe der Einschnitte in die Privatautonomie und in allgemeine privatrechtliche Grundsätze, gestiegen. Der Verbraucherschutz hat sich – nicht nur was seinen Umfang, sondern auch was seine normative Eigenständigkeit und damit einhergehend seine Abkoppelung von solchen allgemeinen Grundsätzen anlangt – zu einem wirklichen Sonderprivatrecht entwickelt.

Charakteristisch ist für dieses Gebiet eine ungewöhnlich starke ideologische Komponente. Diskussionen über verbraucherschutzrechtliche Themen präsentieren sich daher nicht selten als „wir gegen die“.¹ Geht es um Verbraucherschutz, geht es – je nachdem, mit wem man spricht – um zwei Fragen: „Darf’s ein bisserl mehr sein?“ oder „Darf’s ein bisserl weniger sein?“.

Diese Diskussion beschränkt sich nicht auf die Gesetzgebung, sondern strahlt auch auf die Rechtsprechung aus. Man denke an das Thema Erklärungs-fiktionsklauseln, das im Sinne der Verbraucherschützer ausging,² oder das Thema Kreditbearbeitungsgebühren,³ wo zugunsten der Unternehmer entschieden wurde.

B. Verfassungsrechtliche Tangente

Worin liegt die verfassungsrechtliche Tangente solcher Fragen?

Ob es ein bisserl mehr sein darf, ist verfassungsrechtlich zwar natürlich nicht irrelevant. Mit fortschreitender Stärkung und Verselbständigung des Verbraucherschutzes verliert diese Frage aber an Bedeutung. Ein verfassungswidriges Untermaß an Verbraucherschutz besteht insgesamt nämlich ziemlich sicher nicht. Damit ist nicht gesagt, dass nicht in manchen Fragen mehr Verbraucherschutz sinnvoll oder sogar geboten sein kann, dieses Gebot ist dann aber meist systematisch-zivilrechtlicher, kaum verfassungsrechtlicher Natur.

Eher interessiert daher die umgekehrte Frage: Darf’s – vielmehr muss es – ein bisserl weniger sein? Gibt es hier und da also ein verfassungsrechtlich problematisches Übermaß an Verbraucherschutz, sodass das Pendel zu sehr in die andere Richtung ausschlägt?

Beide Überlegungen sind keineswegs neu. Allerdings gibt es durch den Parteiantrag auf Normenkontrolle („Gesetzesbeschwerde“) nunmehr eine realistische Chance, sie auch fruchtbar zu machen. Dabei darf eine Einschränkung nicht aus den Augen verloren werden: Die Verfassung setzt einen äußersten Rahmen und zieht so Grenzen, die nicht überschritten werden dürfen. Es geht aber nicht an, jedes zivilrechtlich unerwünschte Ergebnis zur Verfassungswid-

¹ Die vor einigen Jahren ins Leben gerufene Spezialzeitschrift VbR zeigt dies durch die Rubrik „Pro & Contra“ anschaulich.

² Dazu unten II.C.

³ OGH 30. 3. 2016, 6 Ob 13/16d VbR 2016/80 = ÖBA 2016, 446 (Bollenberger/Kellner); dazu Buchleitner/Th. Rabl, OGH: Kreditbearbeitungsgebühr zählt zur Hauptleistung! ecolex 2016, 465; Schoditsch, Einmalige Bearbeitungsgebühr und vorzeitige Kreditrückzahlung (§ 16 VKrG), VbR 2016, 100; Kellner, Pro Nebengebühren, VbR 2016, 126; Gelbmann, Bearbeitungsgebühr als Vertragshauptleistung? VbR 2016, 127; Heindler, Volenti non fit iniuria – OGH 30. 3. 2016, 6 Ob 13/16d ÖJZ 2016, 797.

rigkeit zu stilisieren. Dies wäre nicht nur rechtsdogmatisch falsch, es erschiene auch ausgesprochen unerwünscht, den Ball dem Verfassungsrecht zuzuspielen.

Zwei Beispiele – die im jeweils anderen Lager für Unzufriedenheit gesorgt haben – sollen das demonstrieren:

Der OGH hat die Änderung von AGB im Wege der Erklärungsfiktion unter anderem unter Gesichtspunkten des § 879 Abs 3 ABGB sehr eingeschränkt.⁴ Die Befürchtung war, dass Verträge so schrankenlos und damit im Ergebnis sittenwidrig angepasst würden. Diese Befürchtung muss man nicht teilen, man kann die Rechtsprechung des OGH zur Erklärungsfiktion für überschießend oder gar unzutreffend halten. Das allein macht sie nicht gleich verfassungswidrig.

Der OGH hatte sich außerdem kürzlich damit zu beschäftigen, ob das von den Wiener Linien beauftragte Inkassobüro seine Spesen von Schwarzfahrern auch dann verlangen kann, wenn es keine Möglichkeit hat, diese Spesen den Wiener Linien weiter zu verrechnen.⁵ Abstrakt gefragt: Sind solche Spesen im Fall der Schadensverlagerung zu ersetzen? Darüber mag man zivilrechtlich diskutieren können,⁶ verfassungswidrig wäre die Verweigerung von Ersatz nicht.

II. Privatrechtlicher Bezugsrahmen

Um verfassungsrechtliche Überlegungen anstellen zu können, muss man sich zunächst darüber im Klaren sein, um welche Normen es eigentlich geht. Dabei zeigt sich, dass das Thema „Verbraucherschutz und Verfassungsrecht“ österreichischer klingt, als es tatsächlich ist. Der Verbraucherschutz ist schließlich ein bevorzugtes Tätigkeitsfeld der EU und die Realität der Regelungstechnik von Richtlinien macht den nationalen Gesetzgeber oft zu einer reinen Umsetzungsmaschine.

Weite Teile des „österreichischen“ Verbraucherschutzrechts müssen daher vor einem europäischen Hintergrund betrachtet werden.⁷ Ein Problembewusstsein dafür ist notwendig, weil die Richtliniendeterminierung zu einer völligen Verschiebung des Prüfungsmaßstabes führt. Von „Verbraucherschutz und Verfassungsrecht“ kann in diesem Bereich eigentlich keine Rede mehr sein.

A. Autonomer Normenbestand

Von einer klassischen Verfassungskonformitätsprüfung kann nur im rein autonomen Bereich gesprochen werden. Hierher gehört über weite Teile das

⁴ OGH 11. 4. 2013, 1 Ob 210/12g VbR 2013/7. Genauer dazu unten II.C.

⁵ OGH 12. 7. 2016, 4 Ob 139/16v VbR 2016/129; dazu *Spitzer*, Inkassokosten, Wiederholungsgefahr und Leistungsfrist, ÖBA 2016, 733.

⁶ Dafür: *Ch. Rabl*, Der Schadenersatz von Inkassokosten dem Grunde nach, JBl 2007, 494; *Spitzer*, ÖBA 2016, 733.

⁷ ZB: ECG (E-Commerce-RL); FAGG (Verbraucherrechte-RL); FernFinG (Fernabsatz von Finanzdienstleistungen-RL); HIKrG (Wohnimmobilienkredit-RL); § 6a KSchG (Zahlungsverzugs-RL); §§ 9, 9a, 9b KSchG (Verbrauchsgüterkauf-RL); TNG (Timesharing-RL); VKrG (Verbraucherkredit-RL).

im ABGB kodifizierte klassische allgemeine Privatrecht. Rein autonome, spezifisch verbraucherrechtliche Normen sind demgegenüber vergleichsweise selten. Zu denken wäre zB an § 5 KSchG über Kostenvoranschläge, § 10 KSchG über die Vertretung von Unternehmern oder § 12 KSchG über das Verbot der Gehaltsabtretung.

Autonom österreichische Normen sind – was natürlich ein sehr generalisierender Befund ist – tendenziell unproblematisch.⁸ Das gilt in besonderem Maß für das allgemeine Zivilrecht, das als Produkt einer langen geschichtlichen Entwicklung ja gerade den Zweck hat, einen gerechten Ausgleich zu finden.

Der Mechanismus des Vertragsabschlusses; die Solidarhaftung von Mittägern (§ 1302, Urbestand); der gutgläubige Eigentumserwerb vom Vertrauensmann (§ 367, ebenso im Wesentlichen Urbestand); das spezielle Haftungsregime des Wegehalters (§ 1319a, 3. Teilnovelle) sind keine Zufallsprodukte, sondern das Ergebnis einer intensiven zivilistischen „Binnenrechtfertigungsdiskussion“, die ihren Ausgang bekanntlich oft schon in den Digesten nimmt. Klassische zivilrechtliche Normen, die häufig über solche Zeitspannen überzeugen konnten, werden kaum auch nur in den Verdacht geraten, verfassungswidrig zu sein.⁹

Dasselbe gilt für das autonome Verbraucherrecht, das seine Existenz zwar teilweise viel mehr dem (tages)politischen Kompromiss verdankt, aber dann doch vor dem Hintergrund einer österreichischen Rechtstradition erlassen wurde und damit meist recht fest auf dem Boden des allgemeinen Zivilrechts steht. Ein verfassungswidriges Über- oder Untermaß an Verbraucherschutz wird sich hier meist nicht konstatieren lassen.

B. Vollharmonisierte Normen

Am anderen Ende der Skala stehen Normen, die in Umsetzung von Richtlinien erlassen wurden, die dem nationalen Gesetzgeber keinen Gestaltungsspielraum einräumen. Die Beispiele für solche Normen sind zahllos. Zu denken wäre etwa an § 6a KSchG (Zahlungsverzugs-RL), §§ 9, 9a, 9b KSchG (Verbrauchsgüterkauf-RL), das FernFinG (Fernabsatz von Finanzdienstleistungen-RL), das ECG (E-Commerce-RL), das VKrG (Verbrauchercredit-RL), das TNG (Timesharing-RL), das HIKrG (Wohnimmobilienkredit-RL) oder das FAGG (Verbraucherrechte-RL).

Wo das österreichische Recht Richtlinienumsetzung ohne autonome Gestaltungsspielräume ist, wird das nationale Verfassungsrecht als Prüfmaßstab vollständig vom Unionsrecht verdrängt.¹⁰ Es bleibt die Frage nach der Überein-

⁸ Vgl dazu *Spitzer*, Grundsatz- und Anwendungsfragen der Gesetzesbeschwerde, ZfV (in Druck). Das gilt natürlich nur für „weltanschauungsneutrale“ Regelungen, wie eine Vielzahl von Entscheidungen des VfGH zum Familienrecht zeigt.

⁹ Ausnahmen bestätigen die Regel. So war die Verfassungskonformität des gutgläubigen Erwerbs in Deutschland vereinzelt sehr wohl Thema der Diskussion, vgl die Nachweise bei *Karner*, Gutgläubiger Mobiliärerwerb (2006) 4.

¹⁰ Siehe unten III.A. Zum Beispiel FAGG unten IV.B.

stimmung des Sekundärrechts mit dem Primärrecht,¹¹ wie die Entscheidung des EuGH in der Rs *Test-Achats* gezeigt hat.¹²

Stets ist allerdings auch bei Fällen (vermeintlicher) Richtlinienumsetzung genau darauf zu achten, ob der nationale Gesetzgeber wirklich nur umsetzt oder auch selbst gestaltet. Diese Frage ist für den Prüfungsmaßstab essentiell, bei ihrer Beantwortung ist Vorsicht geboten.

C. Mischformen

Zwischen den beiden Extremen „rein autonome Normen – reine Richtlinienumsetzung“ finden sich nämlich zahlreiche – bei der verfassungsrechtlichen Prüfung besonders heikle – Mischformen. Diese sind Ausdruck des schon sprichwörtlichen „Privatrechts im Mehrebenensystem“ und machen die Berücksichtigung sowohl europäischer als auch nationaler Maßstäbe, die sich teilweise ausgesprochen unübersichtlich verschränken, notwendig. Solche Mischformen begegnen uns in verschiedener Hinsicht.

Die einfachste Variante ist die faktische Mischung von Richtlinienumsetzung und autonomem Recht. Zu denken ist etwa an § 7b Satz 1 und 2 KSchG, der die Gefahrtragung beim Versendungskauf regelt. Damit setzt der Gesetzgeber Art 20 der Verbraucherrechte-RL um. Es wundert den im österreichischen Versendungskauf Geschulten nicht, dass in Satz 3 der Bestimmung auch gleich der Eigentumsübergang „mitnormiert“ wird. Richtlinienumsetzung erfolgt damit aber nicht. Diese faktische Mischung erfordert die Anlegung des jeweiligen Maßstabs an den jeweiligen Teil von § 7b KSchG. Das gebietet hauptsächlich Vorsicht des Rechtsanwenders und zeigt die Notwendigkeit einer genauen Erfassung des Prüfgegenstandes, wirft sonst aber keine Probleme auf.

Schwieriger wird es, wenn die Mischung keine nur faktische, sondern eine rechtliche Mischung ist:

Ein solcher Fall liegt etwa vor, wenn der nationale Gesetzgeber eine Richtlinie modifizierend umsetzt, insbesondere um das Schutzniveau anzuheben. Das ist im Privatrecht kein seltenes Phänomen. Da die EU ein Absinken einzelstaatlicher Standards verhindern wollte, sah sie früher bis auf wenige Ausnahmen¹³ nämlich mindestharmonisierende Richtlinien vor,¹⁴ die nationalen Umsetzungsspielraum nach oben ließen. Wenngleich sich die Situation aufgrund des Vormarsches vollharmonisierender Richtlinien heute anders darstellt,¹⁵ ist das Problem einer modifizierenden Umsetzung bei all diesen mindestharmonisierenden Richtlinien strukturell angelegt.

¹¹ Genauer dazu unten IV.B.

¹² EuGH 1. 3. 2011, *Test-Achats*, C-236/09; dazu etwa *Perner*, Geschlechtertarife im Versicherungsrecht unzulässig, ÖJZ 2011/35.

¹³ Etwa die Produkthaftungs-RL 85/374/EWG, deren Vollharmonisierungsstandard freilich auch für viele überraschend kam. Vgl *Spitzer*, Vollharmonisierung des Produkthaftungsrechts, *ecolex* 2003, 14.

¹⁴ Vgl etwa die Fernabsatz-RL 97/7/EG oder Verbrauchsgüterkauf-RL 1999/44/EG.

¹⁵ Fernabsatz von Finanzdienstleistungen-RL 2002/65/EG; UGP-RL 2005/29/EG; Verbraucherkredit-RL 2008/48/EG; Timesharing-RL 2008/122/EG; Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU.

Unabhängig von ihrem Harmonisierungsgrad kann eine Richtlinie aber auch überschießend umgesetzt werden, indem ihr Anwendungsbereich erweitert wird.¹⁶ Man denke an die deutsche Entscheidung, das Transparenzgebot überschießend im BGB zu positivieren,¹⁷ während der österreichische Gesetzgeber es – was freilich nicht unumstritten ist¹⁸ – nur für das Verbrauchergeschäft anordnet.¹⁹

Die Verbrauchsgüterkauf-RL setzte der österreichische Gesetzgeber hingegen überschießend um, indem er den sachlichen Anwendungsbereich erweiterte und die B2C-Regelungen der Richtlinie auch für B2B- und C2C-Geschäfte anwendbar machte.²⁰ In beiden Fällen sind autonome Entscheidungen des österreichischen Gesetzgebers im Spiel.

Mischformen können aber auch aus bewussten Delegationen von Entscheidungsmacht an den nationalen Gesetzgeber durch die Richtlinie resultieren. Dabei ist einerseits an Optionen, also Wahlrechte zu denken, die die Richtlinie einräumt. Die Produkthaftungs-RL stellt es in Art 15 Abs 1 lit b dem nationalen Gesetzgeber etwa frei, ob er bei der Verwirklichung des Entwicklungsrisikos eine Haftung anordnet oder nicht.²¹

Andererseits ist es die eigentliche Regelungstechnik von Richtlinien, das Ziel zu definieren, nicht aber den Weg dorthin. So sieht die Verbraucherkredit-RL in Art 23 vor, dass die Mitgliedstaaten „wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen“ für Verstöße festlegen. Hier lassen sich Anforderungen der Richtlinie ebenso errahnen wie solche des nationalen Verfassungsrechts. Es besteht eine doppelte Bindung, wodurch sich die Untersuchung solcher Normen erheblich kompliziert.

Die autonome Entscheidung des österreichischen Gesetzgebers muss der österreichischen Verfassung genügen. Die Richtlinienumsetzung muss – was kein grundrechtliches Problem ist – der Richtlinie genügen, die ihrerseits aber natürlich primärrechtskonform sein muss.

Als instruktives Beispiel dafür kann § 9 Abs 5 VKrG dienen: Fehlen in einem Verbraucherkreditvertrag bestimmte Angaben (Sollzinssatz, effektiver Jahreszins), kommt es zu einer Vertragsanpassung – insbesondere zu einer Reduktion des Zinssatzes. Dies gilt auch dann, wenn der Vertragsabschluss in Kenntnis der maßgebenden Zahlen stattfand oder die unterlassene bzw falsche Angabe sich nicht auswirkte, es also keinen Irrtum oder keine Kausalität gab. Bei richtiger vorvertraglicher Information des Verbrauchers greift allerdings der Sanktionsausschluss des § 9 Abs 5 letzter Satz VKrG.

¹⁶ Die Abgrenzung zur modifizierenden Umsetzung ist fließend und schwierig.

¹⁷ § 307 Abs 1 BGB.

¹⁸ Vgl etwa *Apathy*, Auswirkungen der Judikatur zu Verbraucherverträgen auf Bankgeschäfte mit Unternehmern, ÖBA 2004, 737 (739); *Parapatits*, Das Transparenzgebot im Unternehmergeschäft, in *Knyrim/Leitner/Perner/Riss*, Aktuelles AGB-Recht (2008) 35 ff, jeweils mwN; *Langer* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG⁴ § 6 Rz 111 a.

¹⁹ § 6 Abs 3 KSchG.

²⁰ Von Ausnahmen wie § 9 KSchG abgesehen.

²¹ Der Haftungsausschluss des § 8 Z 2 PHG macht von dieser Ermächtigung Gebrauch.

Dazu wird einerseits die Ansicht vertreten, die Sanktion gehe zu weit,²² andererseits, sie gehe im Hinblick auf den möglichen Sanktionsausschluss nicht weit genug.²³ Im ersten Fall möglicherweise ein österreichisches (und damit grundrechtliches) Problem,²⁴ im zweiten ein schlichtes Problem der Richtlinienkonformität, wobei das Sanktionsregime der Richtlinie seinerseits primärrechtskonform sein muss.

Endgültig schwierig ist es, wenn österreichische Gerichte richtlinienumsetzende Bestimmungen auslegen. In Zweifelsfällen besteht dabei das Recht auf bzw. die Pflicht zur Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens (Art 267 AEUV), allerdings herrscht nicht immer Einigkeit darüber, was ein Zweifelsfall ist.

So wurden etwa – ohne vorzulegen – die schon angesprochenen Erklärungsfiktionsklauseln vom OGH nicht nur wegen gröblicher Nachteiligkeit (§ 879 Abs 3 ABGB), sondern auch wegen Intransparenz (§ 6 Abs 3 KSchG) gekippt, weil durch sie die Gefahr einer schrankenlosen Vertragsanpassung bestünde.²⁵ Daraus resultieren erhebliche Probleme für Unternehmen, die Dauerschuldverhältnisse im Massengeschäft anbieten (Energieversorger, Banken usw.). Überraschend war für viele auch die Entscheidung, dass die Übernahme von Gesetzestexten in AGB deren Transparenz nicht sicherstellt.²⁶ Auch hier sind nationale und europäische Aspekte miteinander verwoben, schließlich wurde § 6 Abs 3 KSchG in Umsetzung von Art 5 der Klausel-RL 93/13/EWG erlassen.²⁷

Damit sind im Großen und Ganzen drei Problemfelder identifiziert: autonom österreichische Normen, ausschließlich richtliniendeterminierte Normen und Mischformen. Je nach betrachteter Norm unterscheidet sich auch der Prüfmaßstab.

²² Bollenberger, Grundfragen des Irrtumsrechts, in FS 200 Jahre ABGB II (2011) 877 (896 f).

²³ Zöchling-Jud in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht § 9 VKrG Rz 58; Pesek, Anmerkung zu EuGH C-377/14, VbR 2016/96.

²⁴ Wobei auch die Ansicht vertreten werden könnte, dass die von der Richtlinie geforderte Verhältnismäßigkeit nicht gewahrt wird.

²⁵ OGH 11. 4. 2013, 1 Ob 210/12 g VbR 2013/7; dazu Haghofer, Stärkung des Vertragsprinzips, VbR 2013, 30; Spitzer, Ein Schelm, wer Böses dabei denken könnte, VbR 2013, 31; Csoklich/Foglar-Deinhardstein, Die Inhaltskontrolle von Erklärungsfiktionsklauseln in Verbraucherverträgen, JBl 2013, 629; Weiland, OGH stellt Grenzen für Zustimmungsfiktion in AGB auf, Zak 2013, 330; Koch, Erklärungs(f)iktionen, ÖBA 2013, 898; Palma, Unzulässige AGB-Änderungen – Auswirkungen der E 1 Ob 210/12 g, VbR 2014, 84; Riss, Mechanismen der Vertragsanpassung im Massengeschäft mit Verbrauchern, ÖBA 2014, 419; Haghofer, Änderung der Hauptleistungen im Wege einer Zustimmungsfiktion, eolex 2014, 504; OGH 27. 5. 2015, 8 Ob 58/14 h VbR 2015, 160 (Kaindl/Fischer); 24. 9. 2015, 9 Ob 26/15 m VbR 2016/9 ua. Vgl auch Bollenberger, Vertragsabschluss unter beiderseitig verdünnter Willensfreiheit, ÖBA 2016, 26 (36 f).

²⁶ OGH 12. 10. 2011, 7 Ob 68/11 t ÖBA 2012, 249 (Koziol) = JBl 2012, 310 (P. Bydlinski); 24. 7. 2014, 1 Ob 105/14 v VbR 2015/7 = ÖBA 2015, 211 (Knyrim); dazu krit Bollenberger, AGB-Recht wird verfassungsrelevant – sind Unternehmer bessere Gesetzgeber? VbR 2015, 31 und ders, ÖBA 2016, 26 (30 f).

²⁷ Zur Diskussion, ob die Einführung des expliziten Transparenzgebots notwendig war, vgl etwa Leitner, Das Transparenzgebot (2005) 43 ff.

III. Öffentlich-rechtlicher Bezugsrahmen

Wenn man aus öffentlich-rechtlicher Perspektive zu Fragen des Verbraucherschutzes Stellung nimmt, dann ist man in der Rolle des doppelten Exoten. Zum einen schon aus dem Umstand, dass Verbraucherschutzrecht nun einmal im Kernbereich zivilrechtlicher Fragestellungen steht, geht es doch letztlich um Modifikationen der privatrechtlichen Vertragsfreiheit und daher um die Umgestaltung zivilrechtlicher Grundsätze in bestimmten Rechtsgeschäften durch die Überlagerung zugunsten typischerweise schwächerer Vertragspartner. Die zweite Dimension dieses Exotentums ist darin begründet, dass Fragen des Verbraucherschutzes, jedenfalls soweit sie überhaupt explizit als solche thematisiert werden, nur einen Nebenschauplatz in der öffentlich-rechtlichen Dogmatik ausmachen. Sie werden in den wesentlichen Zügen durch die Judikatur der ordentlichen Gerichte ausgestaltet, wohingegen die Judikatur des VfGH in quantitativer Weise eher zurücksteht. Was aber – vielleicht gerade aus der Perspektive des Außenstehenden – reizvoll erscheint, ist die Darlegung verfassungsrechtlicher Aspekte des Verbraucherschutzrechts, das Skizzieren der Rahmenbedingungen und auch der Linien, mit welchen die öffentlich-rechtliche Dogmatik an Regelungen des Ordnungsrechts, die privatrechtliche Autonomie einschränken, herangeht. Diese Rahmenbedingungen sind zweifellos vorhanden: Denn Grundrechte wirken letztlich in die gesamte Rechtsordnung hinein und sind daher auch für Privatrechtsbeziehungen relevant. Sichtbar wird dies vor allem an der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte,²⁸ die vor allem durch die Generalklauseln des Zivilrechts und ihre Interpretation durch die ordentlichen Gerichte entsprechende Konturen erfahren hat. Das Verbraucherrecht bietet sich in diesem Zusammenhang als reiches Anschauungsobjekt derartiger Bindungen an.

A. Verfassungsrechtliche Determinanten als „intermediäre Schicht“ zwischen Unionsrecht und der Konkretisierung durch einfaches Gesetzesrecht

Es stellt sich die Frage, ob man das Thema Verbraucherschutz und Verfassungsrecht nicht von vornherein breiter fassen muss. Denn eine große Anzahl an Regelungen des Verbraucherschutzes ist heute in beträchtlicher Weise durch das europäische Unionsrecht determiniert. Unionsrecht steht bekanntlich im Stufenbau über dem nationalen Verfassungsrecht und schlägt angesichts der Notwendigkeit der Umsetzung von Richtlinien in einfaches Gesetzesrecht durch den nationalen Stufenbau der Rechtsordnung auf das einfache Gesetz durch.²⁹ Nationales Verfassungsrecht ist damit bestenfalls eine „intermediäre Schicht“ und nur insoweit Prüfungsmaßstab für einfaches Gesetzesrecht vor dem VfGH, als das europäische Unionsrecht entsprechende Spielräume lässt. In den Bereichen der Vollharmonisierung werden diese Spielräume weitgehend reduziert. Unionsrecht verdrängt in diesen Fällen bestehendes nationales Ver-

²⁸ Dazu etwa Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ (2016) Rz 741 ff mwN.

²⁹ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht Rz 140 ff.

fassungsrecht und eine Prüfung durch den VfGH kommt mangels Präjudizialität nicht in Betracht. Eine „doppelte Bindung“³⁰ an nationales Verfassungsrecht und europäisches Unionsrecht besteht nämlich nur bei Spielräumen oder in jenen Zusammenhängen, in denen das Unionsrecht schlicht keine Regelung trifft oder auch gar nicht treffen darf, man denke etwa an Fragen der Kompetenzverteilung³¹ sowie des Organisationsrechts³² oder – wenngleich heute nur mehr eingeschränkt – an das Verfahrensrecht.³³ Bei Setzung bloßer „Mindeststandards“ bleibt das nationale Verfassungsrecht Prüfungsmaßstab in den Verfahren vor dem VfGH. Soweit dieser Maßstab reicht, sind nach der jüngeren Judikatur³⁴ auch die Rechte der GRC, die in ihrer Formulierung und Bestimmtheit den Regelungen der EMRK entsprechen, ebenfalls Prüfungsmaßstab, und zwar sowohl im Rahmen der Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit³⁵ als auch – was hier von Relevanz ist – im Bereich der Normenkontrolle.³⁶ Nationale Grundrechte spielen hier nur mehr in jenen Zusammenhängen eine Rolle, in denen das Vollzugshandeln selbst Mängel aufweist, die – wie es der VfGH in ständiger Rechtsprechung formuliert – in die Verfassungssphäre reichen.³⁷ In diesen Fällen bleiben daher auch nationale Grundrechte insoweit Maßstab, als Vollzugsmängel denkunmögliche Gesetzesanwendungen oder objektive Willkür³⁸ im Sinne des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes darstellen. Dieses Zusammenhanges muss man sich bewusst sein, wenn heute vom Verhältnis von Verbraucherschutz und Verfassungsrecht gesprochen wird.

Soweit verfassungsrechtliche Maßstäbe relevant sind, handelt es sich dabei im Besonderen um grundrechtliche Maßstäbe. Der Verbraucherschutz ist hier ein ganz entscheidender Faktor als Topos der grundrechtlichen Interessenabwägung, wie noch zu zeigen sein wird.

B. Verbraucherschutz und Kompetenzordnung

Verbraucherschutz ist im Verhältnis von EU und Mitgliedstaaten eine geteilte Kompetenz, was bedeutet, dass prinzipiell beide Ebenen zur Setzung entsprechender Akte zuständig sind, unionsrechtliche Akte aber je nach Regelung eine Sperrwirkung für innerstaatliches Recht besitzen. Dabei ist vor allem die Binnenmarktkompetenz,³⁹ auf die die Union auch im Lichte der Regelung des Art 169 AEUV entsprechende Rechtsakte setzt von großer Bedeutung. Diese Kompetenz ist bekanntlich auch im Lichte der Judikatur des EuGH sehr breit⁴⁰

³⁰ *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht⁵ (2014) 113.

³¹ VfSlg 17.022/2003.

³² VfSlg 17.001/2003.

³³ Zur relativen verfahrensrechtlichen Autonomie der Mitgliedstaaten vgl mwN *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht 139.

³⁴ VfSlg 19.632/2012, 19.892/2014; VfGH 3. 7. 2015, G 239/2014 ua, V 14/2015 ua.

³⁵ Art 144 B-VG.

³⁶ Art 139 und 140 B-VG.

³⁷ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 207, mwN.

³⁸ VfSlg 19.291/2011, 19.596/2011.

³⁹ Art 114 AEUV.

⁴⁰ Dazu etwa *Schroeder*, Grundkurs Europarecht⁴ (2015) § 18 Rz 7 ff.

und trägt heute – entsprechend auch dem „Auftrag“ des Art 12 AEUV⁴¹ – viele Regelungen. Die Frage, ob eine zu hohe Regelungsintensität im Bereich geteilter Kompetenzen gegen das Subsidiaritätsprinzip⁴² verstößt, wird immer wieder und durchaus berechtigt diskutiert.⁴³

Von großer Bedeutung sind daneben auch die innerstaatlichen verfassungsrechtlichen Direktiven der Kompetenzordnung, also die Regelungen der Art 10 bis 15 B-VG.

Man kann hier durchaus davon sprechen, dass Verbraucherschutz eine „Querschnittsmaterie“⁴⁴ darstellt.⁴⁵ Es stellt sich – an erster Stelle genannt – das gesamte Regelungsgebiet des Zivilrechts als verbraucherschutzrechtlicher Kernbestand dar.⁴⁶ Darin erschöpft sich die Regelungsmaterie freilich nicht. Verbraucherschutz ist vielmehr auch in anderen Regelungsbereichen ein relevanter Parameter. So hat die Judikatur des VfGH⁴⁷ mehrfach klargestellt, dass der Verbraucherschutz ein ganz zentrales Ziel des Gewerberechts⁴⁸ und damit einer anderen Bundeskompetenz ist. Gewerberecht ist damit nicht nur bloßes Wirtschaftsordnungsrecht, es ist in mehrfacher Hinsicht auch Verbraucherschutzrecht.⁴⁹ Gleiches gilt – man denke etwa an Versandhandelsverbote für bestimmte Produkte⁵⁰ – für den Komplex des Gesundheits- und Ernährungs-

⁴¹ „Den Erfordernissen des Verbraucherschutzes wird bei der Festlegung und Durchführung der anderen Unionspolitiken und -maßnahmen Rechnung getragen.“

⁴² Art 5 Abs 3 EUV.

⁴³ Siehe Eberhard, Das Legalitätsprinzip im Spannungsfeld von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht. Stand und Perspektiven eines „europäischen Legalitätsprinzips“, ZÖR 2008, 49 (112) mwN.

⁴⁴ Zum Begriff Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht Rz 273.

⁴⁵ So auch Moser, Art 38 GRC, in Holoubek/Lienbacher (Hrsg), GRC-Kommentar (2014) Rz 18.

⁴⁶ Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG.

⁴⁷ VfSlg 9543/1982, 10.831/1986, 11.853/1988, 16.222/2001.

⁴⁸ Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG.

⁴⁹ Ennöckl, Gewerberecht, in: Raschauer (Hrsg), Grundriss des österreichischen Wirtschaftsrechts³ (2010) Rz 307.

⁵⁰ § 50 Abs 2 GewO: „Der Versandhandel mit Giften, Arzneimitteln, Heilbehelfen (ausgenommen Kontaktlinsen), Waffen und Munition sowie pyrotechnischen Artikeln an Letztverbraucher ist unzulässig. Dieses Verbot gilt auch für den Absatz von aus eigener Erzeugung stammenden Waren oder von zugekauften Waren in der Art des Versandhandels an Letztverbraucher.“

Diese Verbote können durch Verordnung auch noch erweitert werden – vgl § 50 Abs 3 GewO: „Der Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten hat, wenn es Gründe der öffentlichen Sicherheit erfordern, im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Inneres, wenn es Gründe der Volksgesundheit oder des Konsumentenschutzes erfordern, im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Gesundheit, Sport und Konsumentenschutz, wenn es Gründe des Jugendschutzes erfordern, im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Umwelt, Jugend und Familie, oder wenn es – neben den Fällen des Abs. 2 – wegen der besonderen Gefahr einer Irreführung oder Benachteiligung der Bevölkerung erforderlich ist, mit Verordnung auch weitere Waren zu bezeichnen, hinsichtlich derer der Versandhandel an Letztverbraucher unzulässig ist. Ein solches Verbot gilt auch für den Absatz von aus eigener Er-

wesens.⁵¹ Wenn man die derzeitige lebendig geführte Diskussion um den Apothekervorbehalt im Arzneimittelrecht⁵² ins Kalkül zieht, spielt auch dabei der Verbraucherschutz, hier verstanden als Gesundheitsschutz,⁵³ eine maßgebliche Rolle. Beim vom VfGH⁵⁴ als verfassungswidrig aufgehobenen Trafikantenvorbehalt für E-Zigaretten und Liquids wurde ebenfalls – letztlich aber erfolglos – der Faktor Verbraucherschutz ins Treffen geführt. Auch bei den dynamischen Regelungsbereichen des sektorspezifischen Wettbewerbsrechts⁵⁵ wie etwa im Telekommunikations- oder auch im Energierecht spielt Verbraucherschutz eine wichtige Rolle, dessen Einwirkung in das Vertragsrecht man etwa daran erkennt, dass für bestimmte Bereiche – wiederum unionsrechtlich⁵⁶ gefordert – die Erlassung von AGB gesetzlich zwingend angeordnet wird⁵⁷ und eine darauf abstellende Kontrolle auch Regulierungsbehörden zukommt, deren Zuständigkeit wiederum neben die ex post-Kontrolle durch die ordentlichen Gerichte tritt.⁵⁸ Zuweilen ist auch vorgesehen, dass AGB auf Aufforderung der Regulierungsbehörde geändert⁵⁹ oder Änderungen bewilligt werden müssen.⁶⁰

Und – wenn auch nicht so eindeutig – sind schließlich preisrechtliche Regelungen, für die es ebenfalls ein starkes bundesrechtliches Regime gibt,⁶¹ von Grundgedanken des Verbraucherschutzes geprägt.

Kurzum: Verbraucherschutz ist gerade auch in Kernbereichen des öffentlichen Wirtschaftsrechts ein relevanter Regulationsgegenstand.

zeugung stammenden Waren oder von zugekauften Waren in der Art des Versandhandels an Letztverbraucher.“

⁵¹ Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG.

⁵² §§ 57 ff AMG. Dazu etwa *Böheim/Pichler*, Schwerpunkt Wachstum ohne Schulden: Der Selbstmedikationsmarkt im Umbruch, Wirtschaftspolitische Blätter 2015, 499. Siehe dazu auch den Beschluss VfGH 10. 10. 2016, G 49/2016.

⁵³ Zu diesem Zusammenhang vgl etwa VfSlg 16.222/2001: „Die zitierten Erläuterungen zur Regierungsvorlage begründen das gewerberechtliche Versandhandelsverbot für Verzehrprodukte schlüssig mit ‚dem Schutz der Verbraucher vor Gesundheitsgefährdung‘, also mit konsumentenschutz- und gesundheitspolitischen Erwägungen.“ Siehe hierzu näherhin *Schulze-Steindl*, Besprechung zu VfGH 21. 6. 2001, G 74/01, ÖZW 2001, 123.

⁵⁴ VfGH 3. 7. 2015, G 118/2015.

⁵⁵ Paradigmatisch VfSlg 16.688/2002 zur Verfassungskonformität des Verbotes unerbetener Anrufe zu Werbezwecken ohne Einwilligung (heute § 107 TKG 2003).

⁵⁶ Art 6 RL 97/67/EG idF RL 2008/6/EG (Postdienste-RL); Art 14 RL 2004/39/EG (Finanzmärkte-RL).

⁵⁷ Siehe etwa § 25 Abs 1 TKG 2003; §§ 17, 41, 47 und 80 ElWOG 2010; §§ 16, 26, 28, 32, 88, 92 und 125 GWG 2011; §§ 20 und 31 PMG; § 67 Abs 2 WAG 2007.

⁵⁸ Vgl § 25 Abs 6 TKG 2003. Dazu näherhin *Schilchegger* in *Riesz/Schilchegger* (Hrsg), Telekommunikationsgesetz (2016) § 25 Rz 105 f.

⁵⁹ Vgl etwa § 41 ElWOG 2010; § 28 GWG 2011.

⁶⁰ Etwa § 7 Abs 1 Bausparkassengesetz: „Änderungen des Geschäftsplans und der in § 4 Abs 1 Z 1 bis 7 genannten Allgemeinen Bedingungen für das Bauspargeschäft bedürfen der Bewilligung der FMA. Die Bewilligung ist zu erteilen, sofern die Änderungen der Sicherung der dauernden Funktionsfähigkeit der Bausparkasse dienen und hiebei die Belange der Bausparer berücksichtigt werden. Eine Bewilligung kann auch mit Wirkung für bestehende Verträge erteilt werden.“

⁶¹ Art I Abs 1 PreisG 1992.

C. Grundrechtliche Prüfungsmaßstäbe

Von besonderem Interesse sind die grundrechtlichen Prüfungsmaßstäbe für verbraucherschutzrechtliche Regelungen. Sie sind auch jene, die letztlich eine Klammer zwischen der Judikatur des VfGH und jener der ordentlichen Gerichte, im Speziellen des OGH, bilden. Sowohl VfGH und OGH sind in ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereichen Grundrechtsgerichte,⁶² die verfahrensrechtliche Klammer ist dabei – was generelle Normen betrifft – die Verpflichtung zur Stellung von Normenkontrollanträgen bei Vorliegen von Bedenken gegen im jeweiligen Fall anwendbare Bestimmungen.⁶³ Auch in dieser Frage spielt bereits mit, inwieweit nationale gesetzliche Regelungen nicht möglicherweise in ihrer Anwendung durch EU-Recht verdrängt werden und dann – in den Worten des VfGH – nicht präjudiziell sind,⁶⁴ daher auch nicht aufgehoben werden können. Das ist aber insoweit eine der Schlüsselfragen bei den folgenden Anwendungsbeispielen.

1. Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG, Art 15 und 16 GRC)

Eine ganz zentrale Rolle spielt zunächst das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Erwerbsfreiheit, das im Prinzip jede auf wirtschaftlichen Erfolg gerichtete Tätigkeit erfasst, unabhängig davon, ob sie selbständig oder unselbständig ausgeübt wird.⁶⁵ Die Judikatur des VfGH prüft Eingriffe in diese Schutzbereiche dahingehend, ob sie im öffentlichen Interesse liegen, geeignet und erforderlich sind, dieses Ziel zu erreichen, und in einem letzten Schritt – im Sinne der Abwägung der berührten Rechtspositionen – ob sie verhältnismäßig sind.⁶⁶

Der Verbraucherschutz spielt dabei eine entscheidende Rolle als öffentliches Interesse, was anhand einiger Fälle gezeigt werden kann.

Die Judikatur des VfGH⁶⁷ hat etwa das Verbot von Haustürgeschäften und „Vertriebsparties“, nämlich bei Kosmetikprodukten, welches sich in der

⁶² Nach Art 92 B-VG ist der OGH in Zivil- und Strafrechtssachen oberste Instanz, und zwar auch in Fragen des Verfassungsrechts, dh auch wenn es um Grundrechtsverletzungen durch Zivil- und Strafgerichte geht. Dem VfGH verbleibt in diesem Zusammenhang die Verwerfungskompetenz, dh die Funktion eines negativen Gesetzgebers gemäß Art 139 und 140 B-VG. Siehe *Khakzadeh-Leiler*, Der Grundrechtsschutz durch den OGH, in *Pabel/Raschauer* (Hrsg), Die Organisation des Grundrechtsschutzes. Nationale und europäische Perspektiven (2014) 29 ff; *Gamper*, Der Grundrechtsschutz durch den VfGH, in *Pabel/Raschauer* (Hrsg), Die Organisation des Grundrechtsschutzes. Nationale und europäische Perspektiven (2014), 1 ff; *Ratz*, Der Oberste Gerichtshof in Österreich als Grundrechtsgericht, AnwBl 2013, 274.

⁶³ Art 139 und 140 iVm Art 89 B-VG.

⁶⁴ Zur Präjudizialität der zu prüfenden Norm als Prozessvoraussetzung eines konkreten, also auf Antrag von Gerichten eingeleiteten, Normenkontrollverfahrens vgl etwa *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 1013 f.

⁶⁵ VfSlg 7798/1976.

⁶⁶ MwN *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 888 ff.

⁶⁷ VfSlg 11.853/1988.

GewO⁶⁸ gefunden hatte, im Lichte des Verbraucherschutzes, nämlich des Schutzes vor „besonderem psychologischen Kaufdruck“, als verhältnismäßig bewertet. Bemerkenswert erscheint dabei im Sinne einer Schnittstellenbetrachtung das Zusammenspiel mit dem Kernbereich des Verbraucherschutzrechts: Bestehen nämlich Rücktrittsrechte, die durch das FAGG⁶⁹ noch bedeutend ausgebaut wurden, so stellt sich die Frage, ob diese Möglichkeiten nicht relevante Faktoren in der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung darstellen.⁷⁰ Das Gleiche gilt für Versandhandelsverbote, etwa für Lebensmittel, wie sie in der GewO bestanden und eingeschränkt auch noch bestehen.⁷¹ Diese wurden noch vor 15 Jahren als verfassungskonform erachtet.⁷² Hier sind die Dinge vor allem durch das Unionsrecht gewiss im Fluss, denn es ist wohl kein Zufall, dass erst angesichts eines drohenden Vertragsverletzungsverfahrens⁷³ im Jahr 2015⁷⁴ das Verbot des Direktvertriebs von kosmetischen Mitteln⁷⁵ abgeschafft wurde.⁷⁶

⁶⁸ Heute nur noch eingeschränkt – vgl § 57 Abs 1 GewO: „Das Aufsuchen von Privatpersonen zum Zwecke des Sammelns von Bestellungen auf Waren ist hinsichtlich des Vertriebes von Nahrungsergänzungsmitteln, Giften, Arzneimitteln, Heilbehelfen, Waffen und Munition, pyrotechnischen Artikeln, Grabsteinen und Grabdenkmälern und deren Zubehör sowie Kränzen und sonstigem Gräberschmuck verboten. Weiters verboten ist das Aufsuchen von Privatpersonen, wenn hiebei in irgendeiner Form der Eindruck erweckt wird, dass das für die bestellten Waren geforderte Entgelt zumindest zum Teil gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Zwecken zugute kommt.“

§ 57 Abs 4 GewO: „Hinsichtlich der in Abs. 1 angeführten Waren sind Werbeveranstaltungen einschließlich Werbe- und Beratungspartys, die sich an Privatpersonen richten, verboten, gleichgültig, ob die Werbeveranstaltung vom Gewerbetreibenden selbst oder von jemand anderem organisiert wird. Dieses Verbot gilt auch für Waren, die in einer Verordnung gemäß Abs. 2 bezeichnet werden.“

⁶⁹ Vgl insb § 11 Abs 1 FAGG. Vgl unten IV.B.

⁷⁰ Der VfGH hat im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung in seiner bisherigen Judikatur dem Bestehen derartiger Rücktrittsrechte keine größere Bedeutung zugemessen; siehe etwa VfSlg 11.853/1988: Eine Vertriebsbeschränkung für Kosmetika wurde als nicht verfassungswidrig erachtet, obwohl schon damals ein Rücktrittsrecht bei Haustürgeschäften gem § 3 KSchG bestand bzw sogar die GewO selbst dem Verbraucher ein Rücktrittsrecht gem § 60 GewO eingeräumt hat.

⁷¹ Heute nur mehr in eingeschränkter Form in § 50 Abs 2 GewO. Das zuletzt (BGBl I 2003/48) bestandene Verbot des Versands von Nahrungsergänzungsmitteln wurde mit der Novelle BGBl I 2004/131 mit Blick auf die Erfordernisse des EU-Rechts, exemplifiziert im *Doc Morris*-Urteil des EuGH (Slg 2003 I-14887), aufgehoben. Dazu RV 616 BlgNR 22. GP 19: „Die Aufrechterhaltung des Verbotes des Versandhandels mit Nahrungsergänzungsmitteln (§ 3 LMG) ist im Hinblick auf das Urteil des EuGH vom 11. Dezember 2003, Rs C-322/01 nicht mehr vertretbar.“

⁷² VfSlg 16.222/2001.

⁷³ Dazu RV 481 BlgNR 25. GP 2.

⁷⁴ BGBl I 2015/48.

⁷⁵ Siehe FN 68.

⁷⁶ Auch hinsichtlich der Produktgruppe der Nahrungsergänzungsmittel stellt sich die Frage der Zulässigkeit eines derartigen Verbots. Die diesbezüglichen Gesundheits- und Sicherheitsaspekte wiegen wohl nicht derart schwer, dass sie eine Ausnahme von den Regeln der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken rechtfertigen können. Ange-

Es stellt sich die Frage, wie groß der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers hier tatsächlich noch ist. Aus jüngerer Zeit zeigen sich nämlich durchaus Beispiele, die unter der Flagge einer Deregulierung stehen: Der VfGH⁷⁷ hat im Jahr 2013 die Einordnung des Fotografengewerbes als reglementiertes Gewerbe, für dessen Ausübung man einen Befähigungsnachweis benötigt,⁷⁸ als verfassungswidrig aufgehoben, und dabei explizit darauf hingewiesen, dass diese Einordnung gerade auch unter Verbraucherschutzgesichtspunkten nicht erforderlich wäre.⁷⁹ Höchstprovisionssätze für Immobilienmakler,⁸⁰ ebenfalls im gewerberechtlichen Zusammenhang, hat die Judikatur des VfGH⁸¹ freilich nach wie vor als verfassungskonform erachtet. Zentral wurde dabei das durch den Gesetzgeber der GewO allgemein verfolgte Ziel des Schutzes des Vertrauens der Konsumenten in die das Gewerbe ausübenden Personen als im öffentlichen Interesse gelegen und die Begrenzung des Honorars auf eine Miete bei bis zu drei Jahren befristeten Mietverträgen⁸² als verhältnismäßig erkannt.⁸³ Das Bild ist daher bunt, die Dinge – so scheint es – sind aber in Bewegung.

sichts der bestehenden Rücktrittsrechte bei Haustürgeschäften gem § 11 FAGG und § 3 KSchG ist ein absolutes Vertriebsverbot verfassungsrechtlich nicht unproblematisch.

⁷⁷ VfSlg 19.814/2013.

⁷⁸ Feik, Gewerberecht, in: *Bachmann ua* (Hrsg), *Besonderes Verwaltungsrecht*¹¹ (2016) 233 (248 f, 252 ff).

⁷⁹ VfSlg 19.814/2013: „Auch der Schutz der Konsumenten vermag keinen Rechtfertigungsgrund von solchem Gewicht zu bilden, das zum Ergebnis der Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs führt. Eine besondere Schutzwürdigkeit der Konsumenten im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme der Dienstleistung eines Berufsfotografen besteht insbesondere deshalb nicht, weil es den Konsumenten durch Vorabbegutachtung der bisher durch den Berufsfotografen angefertigten Fotoaufnahmen und durch einen Vergleich mit Fotoaufnahmen anderer Berufsfotografen in ausreichender Weise möglich ist, die Qualität der Tätigkeit des Berufsfotografen einzuschätzen. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass es sich bei Fotoaufnahmen häufig um Aufnahmen von nicht wiederholbaren Ereignissen handelt, mag dieser Umstand auch das Bedürfnis nach einer hochqualitativen Arbeit des Berufsfotografen verstärken.“

⁸⁰ Vgl dazu auf Basis von § 69 Abs 2 Z 5 GewO § 20 der Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über Standes- und Ausübungsregeln für Immobilienmakler, BGBl 1996/297 idF BGBl II 2010/268.

⁸¹ VfSlg 19.624/2012.

⁸² § 20 der Standes- und Ausübungsregeln für Immobilienmakler (FN 80).

⁸³ VfSlg 19.624/2012: „Ziel der Novelle BGBl. II 268/2010 der Immobilienmaklerverordnung war – im Einklang mit der gesetzlichen Verordnungsermächtigung des § 69 Abs 2 GewO – die Entlastung der Wohnungssuchenden, die im Hinblick auf die stete Steigerung der Bruttomonatsmieten für Wohnungen und Einfamilienhäuser seit 1994 und angesichts der an diese Bruttomonatsmieten gebundenen Höchstprovisionssätze mit immer höheren Kosten zur Befriedigung ihrer Wohnbedürfnisse konfrontiert waren (vgl. Erläuterungen zur Novelle BGBl. II 268/2010). Dieses Ziel ist ebenso wie das vom Gesetzgeber in § 69 Abs 2 GewO allgemein verfolgte Ziel des Schutzes des Vertrauens der Konsumenten in die das Gewerbe ausübenden Personen im öffentlichen Interesse gelegen.“

[...] Das Mittel der Festlegung eines Höchstprovisionssatzes ist zur Erreichung des Ziels geeignet, schließt eine solche Festlegung doch über die Höchstsätze hinausgehende Vereinbarungen aus. Die Festsetzung eines Höchstprovisionssatzes ist aber auch adäquat. Zwar

2. Eigentumsgarantie

(Art 5 StGG, Art 1 1. ZP-EMRK, Art 17 GRC)

Eine zweite höchst bedeutsame Fallgruppe betrifft das Grundrecht auf Eigentum.⁸⁴ Sein Schutzbereich umfasst jedes vermögenswerte Privatrecht.⁸⁵ Dieser zugegebenermaßen sehr breiten Schutzsicht hat der VfGH aber schon vor knapp 30 Jahren die Überlegung hinzugefügt, dass damit auch Privatautonomie schlechthin, und dabei im Besonderen das Recht zum Abschluss von Verträgen, geschützt ist.⁸⁶ Eingriffe in laufende Verträge sind daher jedenfalls an diesem Maßstab des Grundrechts zu messen.⁸⁷ Der Kern ist dabei wiederum eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, die nicht nur den Wesensgehalt des Eigentums erfasst, sondern eben gerade auch Beschränkungen der Ausübung des Eigentums, womit ein relativ breites Feld gegeben ist.

Ins Auge sticht dabei eine Entscheidung des VfGH⁸⁸ aus dem Jahr 2005, in dem er sich mit Widerspruchsrechten der Regulierungsbehörde bei AGB-Änderungen im Telekommunikationsrecht beschäftigt hat. Diese sind eingebettet in ein unionsrechtlich heute weitgehend vorgeprägtes System, das eine zwingende Erlassung von AGB durch Unternehmen vorsieht und dabei eine Kontrolle durch die Regulierungsbehörden implementiert.⁸⁹ Dieses dient nicht nur den übergeordneten Zielen des Wettbewerbsrechts, sondern – worauf der VfGH zentral hingewiesen hat – vor allem auch dem Kunden- und damit dem Verbraucherschutz, weil die „Prüfungsmaßstäbe“ für dieses Widerspruchsrecht die gleichen Bestimmungen sind, welche die ordentlichen Gerichte der AGB-Kontrolle zugrunde legen: §§ 6 und 9 KSchG und §§ 879 und 864 a ABGB.⁹⁰

bewirkt sie eine durchaus erhebliche Beschränkung der Honorargestaltung durch den Immobilienmakler. Allerdings ist die Begrenzung mit einer Monatsmiete auf den Kreis jener Mietverträge beschränkt, die auf nicht mehr als drei Jahre befristet sind, mithin auf Verträge, bei denen der Nutzen für den Mieter aus der Vermittlungstätigkeit typischerweise geringer ist als bei länger oder nicht befristeten Mietverträgen, zumal es dem Immobilienmakler unverändert möglich ist, mit dem Vermieter eine Provision von bis zu drei Monatsmieten zu vereinbaren.“

⁸⁴ Der VfGH hat dazu kürzlich im Erkenntnis VfGH 9. 12. 2015, G 165/2015, eine Präferenz für einen weiten Schutzbereich der Garantie erkennen lassen; dazu krit *Spitzer*, ZfV (in Druck).

⁸⁵ MwN *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 868.

⁸⁶ VfSlg 12.227/1989, 14.500/1996, 14.503/1996.

⁸⁷ VfSlg 17.817/2006. Gerade bei diesem Judikat, bei dem es um eine Verringerung der Mindestverzinsung von Pensionskassenverträgen ging, wurde das öffentliche Interesse an der Verhinderung der Beeinträchtigung der Bonität von Pensionskassen durch kontinuierliche Verminderung der Eigenmittel sehr stark gewichtet und die in das Eigentum eingreifende Regelung als verhältnismäßig erachtet.

⁸⁸ VfSlg 17.577/2005.

⁸⁹ Zuvor bei FN 57.

⁹⁰ § 25 Abs 6 TKG: „Die Regulierungsbehörde kann den gemäß Abs. 1 und 2 angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen, letzteren jedoch nicht hinsichtlich der Höhe der nominellen Entgelte, innerhalb von acht Wochen bei Nichtübereinstimmung mit diesem Bundesgesetz oder den auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Verordnungen oder §§ 879 und 864 a ABGB oder §§ 6 und 9 KSchG widersprechen. Der Wider-

Dieses Nebeneinander öffentlich-rechtlicher und zivilrechtlicher Kontrolle ist signifikant und geradezu typisch für wichtige Bereiche des öffentlichen Wirtschaftsrechts.

Gleichzeitig zeigt sich in dieser Rechtsprechung das Anerkennen eines weiten Gestaltungsspielraums in der Verfolgung des öffentlichen Interesses des Verbraucherschutzes, denn das administrative Widerspruchsrecht gegen AGB wurde nicht nur als verfassungskonform erkannt, sondern ein Eingriff in das Eigentumsrecht wurde sogar von vornherein verneint. Der genannte Spielraum des Gesetzgebers sei – so der VfGH⁹¹ – dadurch nicht eingeschränkt, dass einzelne Wirkungen einer Regelung gerade auch nicht von Vorteil für den Verbraucher sein können. Sichtbar wird das an jener Entscheidung⁹² über die Preisauszeichnung an Tankstellen, die durch das Verbot einer mehr als einmal täglich erfolgenden Preiserhöhung eine Einschränkung der Preisgestaltung durch Tankstellenbetreiber in nicht unerheblichem Maß bewirkt und dabei auch in Kauf nimmt, dass Preise vielleicht in längeren Zeiträumen „höher“ sind als ohne eine Regelung, die besagt, dass Preise nur einmal am Tag, nämlich zu Betriebsbeginn, erhöht werden dürfen.

3. Gleichheitssatz (Art 7 B-VG, Art 20 GRC)

Als drittes Anschauungsbeispiel soll auf den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz eingegangen werden, eine auch in der Praxis des VfGH sehr lebendige und überaus kasuistische wie facettenreiche Fallgruppe.

Dieses Grundrecht verbietet unsachliche Ungleichbehandlungen, aber auch die Gleichbehandlungen bei Unterschieden im Tatsächlichen. Ebenso statuiert es ein allgemeines Sachlichkeitsgebot und enthält schließlich – im Sinne eines vierten Elements – einen wenngleich sehr unscharfen Vertrauensschutz.⁹³

Zwei Judikate scheinen hier repräsentativ, wenn es um Verbraucherschutzangelegenheiten geht. So hat der VfGH⁹⁴ im Jahr 2005 das – nach wie vor bestehende⁹⁵ – Gebot zur Einhaltung von Gewinnzusagen im KSchG als sachlich gerechtfertigt erkannt. Leitmotiv war ihm dabei die besondere Schutzbedürftigkeit der Verbraucher, die vor Irreführungen geschützt werden sollen, aber auch eine Orientierung an zivilrechtlichen Grundsätzen selbst: Denn es

spruch bewirkt jedenfalls die Untersagung der weiteren Verwendung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder der Entgeltbestimmungen. Die Zuständigkeiten zur Überprüfung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen nach anderen Rechtsvorschriften bleiben unberührt.“ Dazu näherhin *Schilchegger* in *Riesz/Schilchegger* (Hrsg), Telekommunikationsgesetz (2016) § 25 Rz 112 ff.

⁹¹ VfSlg 11.853/1988: „Der Gesetzgeber hält sich dabei im Rahmen der ihm bei der Erlassung von die Erwerbsfreiheit beschränkenden Regelungen zukommenden rechtspolitischen Gestaltungsfreiheit. Ob er dabei eine zweckmäßige oder den Interessen der Konsumenten bestmöglich entsprechende Regelung getroffen hat (...), hat der VfGH nicht zu beurteilen.“ Implizit auch VfSlg 19.033/2010.

⁹² VfSlg 19.033/2010.

⁹³ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 760 ff.

⁹⁴ VfSlg 17.574/2005.

⁹⁵ Heute § 5 c KSchG.

entspricht – so der VfGH – dem „Grundgedanken rechtsgeschäftlicher Privatautonomie, den Zusagenden zur Leistung dieses Preises an den Empfänger zu verhalten“. Wiederum zeigt sich das starke Gewicht des Topos Verbraucherschutz in der grundrechtlichen Interessenabwägung. Mehr noch wird dies bei jener Entscheidung des VfGH deutlich, die betragsmäßige Haftungsbeschränkungen bei Spielbanken, die im Konkreten auch bei größeren Schäden auf das Existenzminimum limitiert waren, als verfassungswidrig erkannt hat.⁹⁶ Ausschlaggebend war auch das Abweichen vom zivilrechtlichen Haftungsrecht durch ein besonderes Glücksspielhaftungsrecht, hier noch zugunsten des Staates, weil es sich um einen Monopolbetrieb handelt.⁹⁷

Dahinter steht aber noch ein anderer grundrechtlicher Gedanke, den man mit einer „Sphärenbetrachtung“ auf den Begriff bringen kann, wie er einer bekannten Judikaturlinie des VfGH zugrunde liegt:⁹⁸ Es soll derjenige für die Folgen eines rechtswidrigen und grob schuldhaften Verhaltens einstehen, dem diese Folgen zurechenbar sind, umgekehrt ist es danach unsachlich, wenn jemand verhalten wird, „für etwas einzustehen, womit ihn nichts verbindet“, also „für Umstände, die außerhalb seiner Interessen- und Einflussphäre liegen“.⁹⁹

Darin steckt durchaus reichhaltiges Material für verbraucherschutzrechtliche Betrachtungen, denn es stellt sich gerade dabei immer wieder auch die Frage, ob bestimmte Risiken in der Sphäre des Unternehmers oder aber des Verbrauchers liegen sollten.

D. Folgerungen

Das alles sind zugegebenermaßen holzschnittartige Linien, die man der Judikatur des VfGH entnehmen kann. Was kann man daraus – so ist zu fragen – an Folgerungen ableiten?

Zunächst einmal – und dieses Bild erscheint einigermaßen verdichtet – ist erkennbar, dass der VfGH dem Gesetzgeber einen relativ breiten Gestaltungsspielraum zugesteht. Der Berufung auf den rechtfertigenden Topos Verbraucherschutz hat hohes Gewicht, und zwar quer durch die grundrechtlichen Maßstäbe. Durch die Vorgaben für AGB und den Umstand, dass AGB wie erwähnt zuweilen auch zwingend vorgesehen sind, ergeben sich eindeutige Eingriffe in die Vertragsautonomie und damit vor allem in das Recht auf Eigentum.

Es stellt sich dabei die Frage des Zusammenspiels zwischen den Bereichen des „Kern-Verbraucherschutzrechts“ und des „Sonderrechts“, wenn man die-

⁹⁶ VfSlg 19.508/2011.

⁹⁷ Fragen der Abweichung von zivilrechtlichen Grundsätzen prägen ja weithin die Diskussion um das Verbraucherschutzrecht. So ist die Gewährung von verschuldensunabhängigem Schadenersatz eine im Vergaberecht unionsrechtlich geforderte Notwendigkeit, wie vom EuGH (EuGH, *Strabag* ua, Slg 2010, I-8769) bestätigt wurde. Dazu näherhin *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht⁴ (2014) 205 ff. Vgl § 337 BVergG 2006 („hinreichend qualifizierter Verstoß“).

⁹⁸ Grundlegend VfSlg 5318/1966; zu dieser Linie mwN *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 777.

⁹⁹ VfSlg 18.726/2009.

sen Begriff für die Bereiche öffentlich-rechtlichen Verbraucherschutzrechts, das daneben mehrere andere Zielsetzungen hat, verwendet. Hilfreich ist dabei das Bild eines beweglichen Systems, das nahe legen würde, bei Ausbau verbraucherschutzrechtlicher Regelungen im Zivilrecht ein höheres Rechtfertigungsmaß für öffentlich-rechtliche Einschränkungen zu verlangen.¹⁰⁰ Konkret gesagt: Bestehen weitgehende Rücktrittsrechte, die man wie etwa nach dem FAGG ohne jede Begründung ausüben kann,¹⁰¹ dann stellt sich in grundrechtlicher Hinsicht die Frage, ob es absoluter Vertragsverbote überhaupt bedarf, um dem Verbraucherschutz Rechnung zu tragen. Das müsste Auswirkungen auf die grundrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung haben und die Gewichte durchaus auch verschieben. Dieser Gedanke ist in der Judikatur noch nicht vollends angekommen, es zeigen sich aber Ansätze dazu.

Der entscheidende Faktor liegt heute freilich anderswo: Er liegt in der in vielen Bereichen zu konstatierenden Reduktion der zulässigen Spielräume durch das europäische Unionsrecht. Das hat mehrere Implikationen: Es zeigt sich nämlich, wie sehr auch die Prüfungsmaßstäbe für immer mehr ausdifferenziertes Recht auf nationaler Ebene „europäisiert“ werden, was gleichzeitig – neben einem möglichen Verlust an Handlungsspielräumen nationaler Legislativorgane – auch einen Verlust von Kontrollzuständigkeiten der nationalen Gerichte mit sich bringt. Denn dort, wo europäisches Unionsrecht keine Spielräume mehr lässt, verringern sich auch – nach dem Grundsatz der doppelten Bindung – nationale Direktiven. Vor diesem Hintergrund erscheint es plausibel, dass nationale Verfassungsgerichte auch an der Auslegung und damit an der Deutungshoheit europäischer Grundrechte partizipieren möchten, und ob die EU in jeder Hinsicht schon jenen Grad an Grundrechtsgemeinschaft erreicht hat, wie er sich in den nationalen Systemen findet, ist bekanntlich eine ebenfalls heftig diskutierte Frage.¹⁰² Klargestellt ist aber, dass der Verbraucher-

¹⁰⁰ Dem Ansatz nach gleichsinnig, aber (damals) die andere Schlussfolgerung ziehend VfSlg 11.853/1988: „Wenn der Gesetzgeber die Existenz derartiger Erscheinungen zum Anlaß genommen hat, für bestimmte Bereiche, in denen er dies aus sachlichen Erwägungen als unerwünscht ansieht, Haustürgeschäfte und Vertriebsparties von vornherein zu unterbinden, so kann ihm nicht zum Vorwurf gemacht werden, er habe das Grundrecht der Erwerbsausübungsfreiheit unverhältnismäßig eingeschränkt. Die Erwerbsausübungsfreiheit gebietet insbesondere nicht, auf eine solche verbietende Regelung im Hinblick auf bestehende Rücktrittsrechte (§ 60 GewO 1973, § 3 KSchG) zu verzichten, zumal auch in der Literatur die Frage, ob die Möglichkeit des Widerrufs von Haustürgeschäften zur Erreichung der konsumentenpolitischen Zielsetzungen in gleicher Weise geeignet ist wie ein generelles Verbot von Haustürgeschäften, durchaus kontrovers ist (vgl. v. Hippel, Verbraucherschutz², 1979, 164 f; zur Frage insgesamt: Schilcher, Das Rücktrittsrecht des Verbrauchers nach § 3 KSchG, in: Krejci (Hg), Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz, 1981, 273 ff). Umso weniger kann unter dem Gesichtspunkt der Erwerbsausübungsfreiheit der Entscheidung des Gesetzgebers entgegengetreten werden, wenn er in den Bereichen, in denen sog. ‚Vertriebsparties‘ tatsächlich vorkommen, eine Verbotslösung wählt.“

¹⁰¹ § 11 FAGG.

¹⁰² Holoubek, Ein Grundrechtskatalog für Europa, in Becker/Hatje/Potacs/Wunderlich (Hrsg), Verfassung und Verwaltung in Europa. Festschrift für Jürgen Schwarze zum 70. Geburtstag (2014) 109 (112 f, 119 f).

schutz auch in der Judikatur des EuGH¹⁰³ einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellt, der Einschränkungen von Grundfreiheiten rechtfertigen kann. Bemerkenswert ist aber auch, dass die GRC¹⁰⁴ den Verbraucherschutz explizit als Grundsatz nennt, und damit auch die Frage aufwirft, ob Verbraucherschutz nicht nur ein rechtfertigender Grundrechtstopos, sondern in bestimmten Grenzen sogar ein subjektives Recht ist, das – besieht man den heutigen Stand des Unionsrechts – durchaus konkretisiert und verdichtet wurde.¹⁰⁵ Auf anderer Ebene stellt sich die Frage, in welcher Weise diese grundrechtlichen Maßstäbe in der konkreten Anwendung durch die ordentlichen Gerichte effektuiert werden.

IV. Ausgewählte Anwendungsfälle

Versucht man nun die genannten Schichten verbraucherschutzrechtlicher Regelungen zu systematisieren und sie mit den zuvor skizzierten Maßstäben in Beziehung zu setzen, so bietet es sich an, mit jenen Fällen zu beginnen, bei denen es um eine ausschließlich an den nationalen Grundrechten erfolgende Prüfung geht. Dem stehen gleichsam als anderes Extrem jene Fälle gegenüber, in denen qua Vollharmonisierung und entsprechender Regelungsdichte nur mehr an den Grundrechten der EU zu prüfen wäre. Daneben verbleibt als breites Feld jenes der Mischformen, in denen das EU-Recht Spielräume lässt und folglich ein Nebeneinander der Bindungen besteht.

A. Autonome Prüfung am nationalen Verfassungsrecht

Für die erste Fallgruppe steht die schon erwähnte Haftungsbeschränkung bei Spielbanken.¹⁰⁶ Der VfGH¹⁰⁷ hat hier ausschließlich am innerstaatlichen Gleichheitssatz geprüft und die konventionelle Sachlichkeitsprüfung vorgenommen, die zentral auf die „Differenzierung zwischen allgemeinem Zivilrecht und glücksspielrechtlichem Sonderhaftpflichtrecht“ abgestellt hat, wofür auch vor dem Hintergrund der besonderen Schutzbedürftigkeit spielsüchtiger Personen keine sachliche Rechtfertigung erkannt wurde. Prozessual hervorzuheben ist wiederum das Zusammenspiel der Akteure im Rechtsschutzsystem, denn das zugrunde liegende Verfahren wurde vom OGH anhängig gemacht.

Den VfGH störte hier offenbar der Systembruch, der durch den Vergleich der speziellen Norm mit allgemeinen Grundsätzen deutlich wurde. Haftungsbeschränkungen sind nämlich nur aus der Gefährdungshaftung bekannt, wo

¹⁰³ Vgl etwa EuGH 8. 9. 2010, *Carmen Media Group*, Slg 2010 I-8149, Rz 45.

¹⁰⁴ Art 38 GRC: „Die Politik der Union stellt ein hohes Verbraucherschutzniveau sicher.“ Zum Gehalt dieser Bestimmung vgl näherhin etwa *Moser*, Art 38 GRC Rz 17 ff.

¹⁰⁵ *Moser*, Art 38 GRC Rz 5 ff.

Bestimmte dem Verbraucherschutzrecht zuzurechnende Regelungen werden den grundrechtlichen Gewährleistungsrechten nach Art 2 und 8 EMRK geschuldet sein: zu diesen grundlegend *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten (1997); vgl auch *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 694 ff.

¹⁰⁶ Siehe hierzu schon III.C.3.

¹⁰⁷ VfSlg 19.508/2011.

die Beträge außerdem noch viel höher sind.¹⁰⁸ Dieser Prüfschritt fällt auf rein europäischer Ebene schwer. Der Vergleich mit einem geschlossenen privatrechtlichen System ist dort nicht möglich, da ein solches System auf europäischer Ebene nicht existiert. Der Maßstab für die Gleichheitsprüfung fällt damit weg. Wo es kein System gibt, gibt es keinen Systembruch.

B. Exklusive Prüfung am EU-Recht

Relevant können dann nur mehr kleinere Ordnungssysteme sein, etwa die Verbraucherschutzrichtlinien selbst. Das zeigt ein Blick auf die höchst aktuellen und im Schrifttum¹⁰⁹ bereits eingehend diskutierten Fragen der grundrechtlichen Beurteilung der Bestimmungen des Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetzes.

Das FAGG normiert bestimmte Informationspflichten des Unternehmers und Rücktrittsrechte des Verbrauchers. Tritt der Verbraucher von einem Dienstleistungsvertrag zurück und hat der Unternehmer mit der Vertragsausführung noch nicht begonnen, stellen sich keine Probleme.

Anders gestaltet sich die Situation, wenn bereits mit der Ausführung begonnen wurde: Ruft ein Verbraucher einen Malermeister, weil er seine Wohnung farblich umgestalten möchte, und wird der Vertrag dort abgeschlossen, ist das FAGG anwendbar (obwohl er den Vertrag selbst anbahnt). Fängt der Unternehmer im Einvernehmen mit dem Verbraucher an zu arbeiten, ohne dass die Voraussetzungen des § 10 FAGG erfüllt sind, dass also der 1) Verbraucher die sofortige Erfüllung wünscht, 2) nach Aufforderung durch den Unternehmer 3) diesen Wunsch erklärt und außerdem die Kenntnis vom Entfall des Rücktrittsrechts bestätigt (§ 18 Abs 1 Z 1 FAGG), kann der Verbraucher zurücktreten, ohne bereicherungsrechtlichen Wertersatz zu leisten (§ 16 Abs 1 FAGG). Das Ausmalen der Wohnung ist dann gratis. Ein Ergebnis, das nach nationalem Verständnis problematisch erscheint¹¹⁰ und als nationale Norm bei einer Grundrechtsprüfung genau unter die Lupe genommen werden müsste.

Hier zeigt sich freilich, dass diese Bestimmungen ohne jeden Gestaltungsspielraum die unionsrechtlichen Regelungen des Art 14 der Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU umsetzen. Es sprechen daher – worauf zuletzt etwa *Berka*¹¹¹ hingewiesen hat – gute Gründe dafür, in diesem Zusammenhang eine Verdrängung des nationalen verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstabes anzunehmen, es sei denn, der EuGH räumt hier entsprechende Spielräume für die Anwendung allgemeiner zivilrechtlicher Grundsätze ein, die bei einer Prüfung an nationalen Grundrechten wiederum eine verfassungskonforme Auslegung ermöglichen würden.

¹⁰⁸ Vgl §§ 15 f EKHG; § 151 LFG.

¹⁰⁹ Vgl *Berka*, Verbraucherschutz ohne Grenzen? Zur Grundrechtskonformität der Rechtsfolgen eines Rücktritts nach dem FAGG, wbl 2015, 181 ff.

¹¹⁰ Vgl *Wendehorst*, Verlängerte Rücktrittsmöglichkeit. Fortschritte und Verzerrungen durch das VRUG, VbR 2014, 176 (177 f).

¹¹¹ *Berka*, wbl 2015, 181 (183).

Der VfGH¹¹² hat in einem gleichgelagerten Fall festgehalten, dass auf Grund des Vorrangs des Unionsrechts auch vor dem Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten¹¹³ die Aufhebung einer Bestimmung, welche Unionsrecht umsetzt, unzulässig ist, wenn das Unionsrecht dem innerstaatlichen Gesetzgeber keinen Spielraum für die inhaltliche Gestaltung einräumt, sodass der Gesetzgeber keine Möglichkeit hätte, eine Ersatzregelung zu schaffen, die sowohl EU-Recht als auch dem innerstaatlichen Verfassungsrecht entspricht. Die doppelte Bindung wird hier zu einer exklusiven Bindung des nationalen Rechts an Unionsrecht. Hier scheidet auch eine Prüfung an den Rechten der GRC aus, weil diese nur soweit erfolgen kann, als sie als „zusätzlicher“ Prüfungsmaßstab bei Spielräumen maßgeblich sind. Offen ist freilich im Lichte jüngerer Beispiele, etwa dem Judikat zur Vorratsdatenspeicherung aus dem Jahr 2014,¹¹⁴ bis zu welchem Grad der VfGH noch Spielräume zu einer eigenständigen Prüfung an Rechten der EMRK und der GRC annimmt.¹¹⁵

Als zweite Bindungsschicht wird hier freilich relevant, ob das Sekundärrecht den primärrechtlichen Vorgaben der GRC¹¹⁶ entspricht, was im Zuge eines Vorabentscheidungsverfahrens vom EuGH zu klären wäre, wofür neben der bereits erwähnten Rs *Test-Achats* ebenfalls der Testfall Vorratsdatenspeicherung als Beispiel dienen mag, der bekanntlich zur vollständigen Aufhebung

¹¹² VfSlg 18.642/2008.

¹¹³ Dazu auch VfSlg 16.050/2000.

¹¹⁴ VfSlg 19.892/2014: „Der Gerichtshof der Europäischen Union hat mit seinem Urteil in den verbundenen Rechtssachen C-293/12 und C-594/12, *Digital Rights Ireland* und *Seitlinger* ua., vom 8. April 2014 (...), das u. a. auf Grund eines Vorabentscheidungsersuchens des Verfassungsgerichtshofes (VfSlg 19.702/2012) ergangen ist, die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie für ungültig erklärt, ohne die zeitliche Wirkung der Ungültigerklärung zu beschränken. Die Ungültigerklärung wirkt daher zeitlich zurück (vgl. EuGH 13. 5. 1981, Rs 66/80, *International Chemical Corporation*, Slg. 1981, 1191 [Rz 13 ff.]). Die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie wurde damit mit Wirkung ex tunc aus dem Bestand des Unionsrechts ausgeschieden (vgl. allgemein zur zeitlichen Wirkung von Urteilen des Gerichtshofes der Europäischen Union in Vorabentscheidungsverfahren, mit denen Unionsrecht für ungültig erklärt wird, zB *Kadelbach*, Die Wirkungen von im Vorabentscheidungsverfahren ergangenen Urteilen, in *Holoubek/Lang* [Hrsg.], Das EuGH-Verfahren in Steuersachen, 2000, 119 [126 ff.]; B. *Schima*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH², 2004, 106 ff.; *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht⁵ 2014, 76 f.).

[...] Eine unmittelbare Anwendung von Bestimmungen der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie oder anderer unionsrechtlicher Bestimmungen, die den Verfassungsgerichtshof allenfalls zur Wahrnehmung des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts veranlassen müsste und die sich insbesondere auf die Zulässigkeit der Individualanträge zu G 59/2012 und zu G 62,70,71/2012 auswirken würde (vgl. zB VfSlg 15.771/2000, 17.508/2005, 18.298/2007), kommt daher nicht in Betracht.“

¹¹⁵ Dazu etwa *Grabenwarter*, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Europarecht und im Verfassungsrecht, AnwBl 2015, 404; *Souhrada-Kirchmayer*, Das Urteil des Europäischen Gerichtshofes zur „Vorratsdatenspeicherungs-Richtlinie“, Jahrbuch Datenschutzrecht 2014 (2014) 9 (17 ff); *Schmuck*, Meilenstein für die Freiheit. Aufstieg und Fall der Vorratsdatenspeicherung, juridikum 2014, 148; *Orator*, Rechtsprechungsbericht: Verfassungsgerichtshof und Unionsgerichte, ZfV 2015, 75 (80 ff).

¹¹⁶ Insb Art 7 und 8 GRC.

der Vorratsdatenspeicherungs-RL¹¹⁷ durch den EuGH geführt hat.¹¹⁸ In Anbetracht dessen, dass es bislang im Hinblick auf das FAGG nur eine Zurückweisung eines gegen die genannten Bestimmungen gerichteten Individualantrags durch den VfGH¹¹⁹ gibt, darf die weitere Entwicklung mit Spannung abgewartet werden, im Besonderen, ob es hier allenfalls zu einem Parteiantrag auf Normenkontrolle gemäß Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG kommt.

C. Mischformen

Im weiten Feld der Mischformen, in denen grundsätzlich sowohl eine Bindung an nationales Verfassungsrecht wie an Unionsrecht in seinen Schichtungen besteht, soll die Frage der Zulässigkeit von Zahlscheingebühren als Anschauungsbeispiel dienen. Hier spielen Art 52 Abs 3¹²⁰ der Zahlungsdienste-RL 2007/64/EG und § 27 Abs 6 ZaDiG¹²¹ zusammen.

Diese Richtlinie statuiert den Grundsatz der Vollharmonisierung. Nach Art 86 der RL ist eine Abweichung bei der Umsetzung der Richtlinie nur dort zulässig, wo die Richtlinie dies explizit vorsieht. Art 52 Abs 3 der RL lässt mit Blick auf die Umsetzungsregelung sowohl Ermäßigungen als auch Entgelte bei bestimmten Zahlungsmethoden zu, ermächtigt aber – wie auch der EuGH¹²² in einem vom OGH eingeleiteten Vorabentscheidungsverfahren¹²³ bestätigt hat – im Rahmen eines weiten Ermessensspielraums zum Verbot auch von Entgelten, sofern dabei insgesamt der Notwendigkeit Rechnung getragen wird, „den Wettbewerb und die Nutzung effizienter Zahlungsinstrumente zu fördern“, was zu prüfen freilich den nationalen Gerichten überantwortet wird. Zweitere Bestimmung, § 27 Abs 6 ZaDiG, normiert ein absolutes Verbot von Entgelten,¹²⁴ auch wenn § 27 Abs 4 Z 1 ZaDiG bis zu seiner Novellierung im Jahr 2015¹²⁵ durchaus ein anderes Ergebnis hätte nahe legen können, aber überwiegend als Redaktionsversehen qualifiziert wurde.¹²⁶

¹¹⁷ RL 2006/24/EG.

¹¹⁸ EuGH 8. 4. 2014, *Digital Rights Ireland Ltd*, C-293/12 und C-594/12.

¹¹⁹ VfGH 9. 10. 2015, G 164/2014.

¹²⁰ „Der Zahlungsdienstleister darf dem Zahlungsempfänger nicht verwehren, vom Zahler für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes ein Entgelt zu verlangen oder ihm eine Ermäßigung anzubieten. Die Mitgliedstaaten können jedoch das Recht auf Erhebung von Entgelten untersagen oder begrenzen, um der Notwendigkeit Rechnung zu tragen, den Wettbewerb und die Nutzung effizienter Zahlungsinstrumente zu fördern.“

¹²¹ „Der Zahlungsdienstleister darf dem Zahlungsempfänger nicht verwehren, dem Zahler für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes eine Ermäßigung anzubieten. Die Erhebung von Entgelten durch den Zahlungsempfänger im Falle der Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes ist unzulässig.“

¹²² EuGH 9. 4. 2014, *T-Mobile Austria GmbH/VKI*, C-616/11, Rz 45 ff.

¹²³ Beschluss vom 8. 11. 2011, 10 Ob 31/11y.

¹²⁴ RV 560 BlgNR 25. GP 21: „ganz bewusst normierter Entgeltausschluss“.

¹²⁵ BGBl I 2015/68.

¹²⁶ So auch vom Gesetzgeber selbst. Dazu RV 560 BlgNR 25. GP 22: „Es wird hier ein vom OGH im Urteil vom 17. Juni 2014, GZ 10 Ob 27/14i, aufgezeigtes Redaktionsversehen bereinigt, da aufgrund des ganz bewusst normierten Entgeltausschlusses in Ausübung des

Es kann auf Basis dessen zunächst davon ausgegangen werden, dass die Richtlinienbestimmung keine Bedenken ob ihrer Primärrechtskonformität aufwirft, die Fragen sind zum großen Teil auf die nationale Ebene übertragen, und dort bleiben sie vorerst, denn auch die Nachfolge-RL 2015/2366 enthält in ihrem Art 62¹²⁷ – entgegen ursprünglichen Plänen¹²⁸ – eine idente Regelung wie ihre Vorgängerin.

Und für diese hat der OGH¹²⁹ bekanntlich auch eine Verletzung des Eigentumsgrundrechts durch das Verbot bei laufenden „Altverträgen“ verneint. Ob § 27 Abs 6 ZaDiG hier nicht bei laufenden Verträgen durchaus anders interpretiert werden könnte oder – wenn er dies nicht zulässt – selbst verfassungswidrig ist, dazu besteht mangels Antragstellung nach Art 140 B-VG keine Aussage des VfGH, und einen Parteiantrag auf Normenkontrolle, der einen Weg zur Herantragung der Bedenken geebnet hätte, gab es zu diesem Zeitpunkt noch nicht.

V. Conclusio und Ausblick

Verbraucherschutz stellt aus dem Blickwinkel des Verfassungsrechts ein wichtiges öffentliches Interesse dar, er findet sich in unterschiedlichen typischen Kernbereichen auch des öffentlichen Rechts und ist ein bedeutender Faktor bei der grundrechtlichen Interessenabwägung. Bemerkenswert erscheint auch das Nebeneinander von „öffentlich-rechtlichem“ Verbraucherschutz und dem privatrechtlichen Kernbestand: Einerseits wird der Verbraucherschutz im öffentlichen Recht verstärkend und begleitend zum privatrechtlichen eingesetzt – dies nicht zuletzt wiederum unionsrechtlich induziert –; andererseits stellt sich die Frage, ob nicht im Lichte des Ausbaus privatrechtlicher Instrumente „öffentlich-rechtliches“ Verbraucherschutzrecht manchmal als anachronistisch und unverhältnismäßig erscheint. Beide Tendenzen sind vorhanden, und sie sind gegenläufig.

Dieses „Binnensystem“ ist heute freilich in weiten Bereichen durch das europäische Unionsrecht überbaut und durchdrungen. Dies bedeutet auch, dass es nicht nur um das Nebeneinander der nationalen gerichtlichen Player geht, sondern auch um die Einbeziehung des EuGH. Dieser „Dialog“ der beteiligten Gerichte wird vor allem über das Vorabentscheidungsverfahren geführt, gleichzeitig zeigt sich, dass gerade auch der VfGH „europäische Maßstäbe“ wie die der GRC mitgestalten möchte, in dem er diese – mit allen Konsequenzen für das Verhältnis der innerstaatlichen Höchstgerichte – als Prüfungsmaßstab auch

Wahlrechts des Art. 52 Abs. 3 Satz 2 der RL 2007/64/EG die Information des Zahlers über allenfalls vom Zahlungsempfänger verlangte Entgelte eine nicht mögliche Fallkonstellation darstellt und daher zu entfallen hat.“

¹²⁷ Art 62 Abs 6: „Die Mitgliedstaaten können dem Zahlungsempfänger die Erhebung von Entgelten untersagen oder dieses Recht begrenzen; dabei tragen sie der Notwendigkeit Rechnung, den Wettbewerb und die Nutzung effizienter Zahlungsinstrumente zu fördern.“

¹²⁸ Siehe den Vorschlag der Kommission für die Nachfolge-RL 2015/2366, COM/2013/0547 final - 2013/0264 (COD).

¹²⁹ OGH 17. 6. 2014, 10 Ob 27/14i VbR 2014/95 = JBl 2014, 655 (P. Bydlinski).

in eigenen Verfahren implementiert. Dieses Verhältnis hat gerade mit dem neuen Parteiantrag auf Gesetzes- und Verordnungsprüfung¹³⁰ neue Akzente erhalten, die man aber in ihren Auswirkungen noch nicht vollends abzuschätzen vermag. Wir wagen aber trotzdem eine Prognose: In den Kernbereichen des Zivilrechts mit seiner ausgefeilten Dogmatik und der Sichtweise auf bestimmte zentrale Themenfelder wird der VfGH seine Maßstäbe nicht gänzlich anders anlegen, als dies der OGH bislang getan hat und weiterhin tut. Erste Beispiele hierfür sind bereits zu erkennen, etwa im Erbrecht.¹³¹ Das ist freilich nicht die vorrangige Linie; entscheidend ist vielmehr, welche Prüfungsmaßstäbe man an jene Mischformen anlegt, von denen zuvor die Rede war. Hier wird dann auch deutlich, ob und inwieweit europäische Maßstäbe und nationale Maßstäbe differieren.

Wie auch immer: Mit Blick auf die weiteren Entwicklungen auf europäischer Ebene wird diese Dynamik, die in den letzten Jahren feststellbar war, keinen Abbruch erfahren. Im Gegenteil: Die Dinge bleiben in Bewegung, und das ist bei einem solch weitschichtigen Themenfeld wie dem Verbraucherschutz wichtig und reizvoll.

¹³⁰ Art 139 Abs 1 Z 4 B-VG und Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG. Dazu etwa *Bußjäger*, „Aus Anlass eines Rechtsmittels“ – Ausgewählte Rechtsfragen zur „Gesetzesbeschwerde“, JBl 2015, 149; *Fichtenbauer/Hauer*, Parteiantrag auf Normenkontrolle (2015); *Frank*, Gesetzesbeschwerde (2015); *Grabenwarter/Musger*, Praxisfragen der Gesetzesbeschwerde im Zivilverfahren, ÖJZ 2015, 551; *Harnoncourt*, Der Parteiantrag auf Normenkontrolle – die Gesetzesbeschwerde, ZfV 2015, 263; *Khakzadeh-Leiler*, Der Parteiantrag auf Normenkontrolle, ÖJZ 2015, 543; *Kneihs*, Der Subsidiarantrag auf Verordnungs- und Gesetzeskontrolle, ZfV 2015, 35; *Pichler*, Der Parteiantrag auf Normenkontrolle im Zivil- und Strafverfahren. Voraussetzungen, Folgen, Problemfelder, JAP 2015/16, 10; *Simon*, Partei- und Beteiligtenstellung im verfassungsgerichtlichen Verfahren aus Anlass eines Parteiantrags auf Normenkontrolle, AnwBl 2015, 522; *Scholz*, Der neue österreichische Parteiantrag auf Normenkontrolle im Zivilverfahren, ZZPInt 2014, 109.

¹³¹ VfGH 9. 12. 2015, G 165/2015. Dazu oben FN 84.