

Österreichische

JURISTEN ZEITUNG

ÖJZ

Chefredakteur Gerhard Hopf

Redaktion Robert Fucik, Kurt Kirchbacher, Hans Peter Lehofer

Evidenzblatt Christoph Brenn, Helge Hoch, Eckart Ratz, Ronald Rohrer

Anmerkungen Andreas Konecny, Martin Spitzer

April 2017

07

293 – 340

Nachruf

Karl Korinek (1940 – 2017) ➔ 293

Beitrag

Verbraucherschutz und Verfassungsrecht

Harald Eberhard und Martin Spitzer ➔ 308

Die Nähe zum Beweis Jürgen C. T. Rassi ➔ 297

Evidenzblatt

Anordnung eines Erstgesprächs über Mediation ist vollstreckbar

Susanne Beck ➔ 323

Die persönliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers

Bernhard Burtscher ➔ 326

Reichweite der Urteilsanfechtung durch belangten Verband ➔ 331

Forum

Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG) ist verfassungskonform

Kerstin Holzinger ➔ 338

Verbraucherschutz und Verfassungsrecht

ÖJZ 2017/46

§ 879 ABGB;
Art 7 B-VG;
Art 5, 6 StGG
1867

Eigentums-
garantie;
Erwerbsfreiheit;
Gleichheitssatz;
Kompetenz-
verteilung;
Verbraucher-
schutz

Der Beitrag behandelt die verfassungsrechtlichen Parameter des Verbraucherschutzrechts. Dabei wird deutlich gemacht, dass das europäische Unionsrecht heute sehr viele Regelungen des Verbraucherschutzes inhaltlich vorprägt und insoweit das Verfassungsrecht als Prüfungsmaßstab verdrängt hat. Es werden die unterschiedlichen Fallgruppen der Einwirkung des Unionsrechts abgehandelt und sodann die einzelnen grundrechtlichen Prüfungsmaßstäbe der Erwerbsfreiheit, der Eigentums-garantie und des Gleichheitssatzes untersucht. Für einzelne aktuelle Anwendungsfälle werden sodann konkrete Schlussfolgerungen aus dem Zusammenspiel von europäischem Unionsrecht und österreichischem Verfassungsrecht gezogen.¹⁾

Von Harald Eberhard und Martin Spitzer

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
 1. Verselbständigung des Verbraucherrechts
 2. Verfassungsrechtliche Tangente
- B. Privatrechtlicher Bezugsrahmen
 1. Autonomer Normenbestand
 2. Vollharmonisierte Normen
 3. Mischformen
- C. Öffentlich-rechtlicher Bezugsrahmen
 1. Verfassungsrechtliche Determinanten als „intermediäre Schicht“ zwischen Unionsrecht und der Konkretisierung durch einfaches Gesetzesrecht
 2. Verbraucherschutz und Kompetenzordnung
 3. Grundrechtliche Prüfungsmaßstäbe
 - a) Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG; Art 15 und 16 GRC)
 - b) Eigentums-garantie (Art 5 StGG; Art 1 1. ZP-EMRK; Art 17 GRC)
 - c) Gleichheitssatz (Art 7 B-VG; Art 20 GRC)
 4. Folgerungen
- D. Ausgewählte Anwendungsfälle
 1. Autonome Prüfung am nationalen Verfassungsrecht
 2. Exklusive Prüfung am EU-Recht
 3. Mischformen
- E. Conclusio und Ausblick

A. Einleitung

1. Verselbständigung des Verbraucherrechts

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

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 Abkopplung 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*“.²⁾ Geht es um Verbraucherschutz, geht es – je nachdem, mit wem man spricht – um zwei Fragen: „*Darfs ein bisserl mehr sein?*“ oder „*Darfs ein bisserl weniger sein?*“

Diese Diskussion beschränkt sich nicht auf die Gesetzgebung, sondern strahlt auch auf die Rsp aus. Man denke an das Thema Erklärungs-fiktionsklauseln, das iS der Verbraucherschützer ausging,³⁾ oder das Thema Kreditbearbeitungsgebühren,⁴⁾ wo zugunsten der Unternehmer entschieden wurde.

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

Dieser Beitrag stellt die (insb um weitere Beispiele) gekürzte Fassung eines Beitrags dar, der in Leopold (Hrsg.), Forum Verbraucherrecht (2016), erschienen ist.

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

3) Dazu unten B.3.

4) OGH 6 Ob 13/16 d 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 13/16 d, ÖJZ 2016, 797.

2. Verfassungsrechtliche Tangente

Worin liegt die verfassungsrechtliche Tangente solcher Fragen?

Ob es ein bisschen 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: „Darfs – vielmehr muss es – ein bisschen 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 Verfassungswidrigkeit zu stilisieren. Dies wäre nicht nur rechtsdogmatisch falsch, es erschiene auch ausgesprochen unerwünscht, den Ball dem Verfassungsrecht zuzuspielen.

B. 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.⁵⁾ Ein Problembewusstsein dafür ist notwendig, weil die Richtliniendeckung zu einer völligen Verschiebung des Prüfungsmaßstabs führt. Von „Verbraucherschutz und Verfassungsrecht“ kann in diesem Bereich eigentlich keine Rede mehr sein.

1. Autonomer Normenbestand

Von einer klassischen Verfassungskonformitätsprüfung kann nur im rein autonomen Bereich gesprochen werden. Hierher gehört über weite Teile das 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 österr Normen sind – was natürlich ein sehr generalisierender Befund ist – tendenziell unproblematisch.⁶⁾ 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 Mittätern (§ 1302, Urbestand), der gutgläubige Eigentumserwerb vom Vertrauensmann (§ 367, ebenso im Wesentlichen Urbestand), das spezielle Haftungsregime des Wegehalters (§ 1319 a, 3. Teilnovelle) sind keine Zufallsprodukte, sondern das Ergebnis einer intensiven zivilistischen „Binnenrechtifizierungsdiskussion“, 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.⁷⁾

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 österr 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.

2. 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 § 6 a KSchG (Zahlungsverzugs-RL), §§ 9, 9 a, 9 b KSchG (Verbrauchsgüterkauf-RL), das FernFinG (Fernabsatz von Finanzdienstleistungen-RL), das ECG (E-Commerce-RL), das VKrG (Verbraucherkredit-RL), das TNG (Timesharing-RL), das HIKrG (Wohnimmobilienkredit-RL) oder das FAGG (Verbraucherrechte-RL).

Wo das österr Recht Richtlinienumsetzung ohne autonome Gestaltungsspielräume ist, wird das nationale Verfassungsrecht als Prüfmaßstab vollständig vom Unionsrecht verdrängt.⁸⁾ Es bleibt die Frage nach der Übereinstimmung des Sekundärrechts mit dem Primärrecht,⁹⁾ wie die Entscheidung des EuGH in der Rs *Test-Achats* gezeigt hat.¹⁰⁾

Stets ist allerdings auch bei Fällen (vermeintlicher) Richtlinienumsetzung genau darauf zu achten, ob der nationale Gesetzgeber wirklich nur umsetzt oder auch

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

6) Das gilt natürlich nur für „weltanschauungsneutrale“ Regelungen, wie eine Vielzahl von Entscheidungen des VfGH zum Familienrecht zeigen.

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

8) Siehe unten C.1. ZB FAGG, unten D.2.

9) Genauer dazu unten D.2.

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

selbst gestaltet. Diese Frage ist für den Prüfungsmaßstab essentiell, bei ihrer Beantwortung ist Vorsicht geboten.

3. 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 Versandungskauf regelt. Damit setzt der Gesetzgeber Art 20 der Verbraucherrechte-RL um. Es wundert den im österr Versandungskauf 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 Prüfgegenstands, wirft sonst aber keine Probleme auf.

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

Ein solcher Fall liegt etwa vor, wenn der nationale Gesetzgeber eine Richtlinie modifizierend umsetzt, insb 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 Ausnahmen nämlich mindestharmonisierende Richtlinien vor,¹¹⁾ die nationalen Umsetzungsspielraum nach oben ließen. Wenngleich sich die Situation aufgrund des Vormarsches vollharmonisierender Richtlinien heute anders darstellt,¹²⁾ ist das Problem einer modifizierenden Umsetzung bei all diesen mindestharmonisierenden Richtlinien strukturell angelegt.

Unabhängig von ihrem Harmonisierungsgrad kann eine Richtlinie aber auch überschießend umgesetzt werden, indem ihr Anwendungsbereich erweitert wird.¹³⁾ Man denke an die deutsche Entscheidung, das Transparenzgebot überschießend im BGB zu positivieren,¹⁴⁾ während der österr Gesetzgeber es – was freilich nicht unumstritten ist¹⁵⁾ – nur für das Verbrauchergeschäft anordnet.¹⁶⁾

Die Verbrauchsgüterkauf-RL setzte der österr Gesetzgeber hingegen überschießend um, indem er den sachlichen Anwendungsbereich erweiterte und die B2C-Regelungen der Richtlinie auch für B2B- und C2C-Geschäfte anwendbar machte.¹⁷⁾ In beiden Fällen sind autonome Entscheidungen des österr 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.¹⁸⁾

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 österr Gesetzgebers muss der österr 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 – insb 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.

Dazu wird einerseits die Ansicht vertreten, die Sanktion gehe zu weit,¹⁹⁾ andererseits, sie gehe im Hinblick auf den möglichen Sanktionsausschluss nicht weit genug²⁰⁾ – im ersten Fall möglicherweise ein österr (und damit grundrechtliches) Problem,²¹⁾ im zweiten ein schlichtes Problem der Richtlinienkonformität, wobei das Sanktionsregime der Richtlinie seinerseits primärrechtskonform sein muss.

Endgültig schwierig ist es, wenn österr Gerichte richtlinienumsetzende Bestimmungen auslegen. In Zweifelsfällen besteht dabei das Recht auf bzw die Pflicht zur Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens (Art 267 AEUV).

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

12) 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.

13) Die Abgrenzung zur modifizierenden Umsetzung ist fließend und schwierig.

14) § 307 Abs 1 BGB.

15) 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.

16) § 6 Abs 3 KSchG.

17) Von Ausnahmen wie § 9 KSchG abgesehen.

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

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

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

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

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

C. Öffentlich-rechtlicher Bezugsrahmen

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

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.²²⁾ Nationales Verfassungsrecht ist damit 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 Verfassungsrecht, und eine Prüfung durch den VfGH kommt mangels Präjudizialität nicht in Betracht. Eine „doppelte Bindung“²³⁾ 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. Bei Setzung bloßer „Mindeststandards“ bleibt das nationale Verfassungsrecht Prüfungsmaßstab in den Verfahren vor dem VfGH. Soweit dieser Maßstab reicht, sind nach der jüngeren Judikatur²⁴⁾ auch die Rechte der GRC, die in ihrer Formulierung und Bestimmtheit den Regelungen der EMRK entsprechen, ebenfalls Prüfungsmaßstab, und zwar sowohl im Rahmen der Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit²⁵⁾ als auch im Bereich der Normenkontrolle.²⁶⁾

2. 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 von großer Bedeutung,²⁷⁾ auf die die Union auch im Lichte der Regelung des Art 169 AEUV entsprechende Rechtsakte setzt.

Mit Blick auf die österr. Kompetenzverteilung kann man davon ausgehen, dass Verbraucherschutz eine „Querschnittsmaterie“²⁸⁾ darstellt.²⁹⁾ Es stellt sich das gesamte Regelungsgebiet des Zivilrechts als verbraucherschutzrechtlicher Kernbestand dar.³⁰⁾ Darin erschöpft sich die Regelungsmaterie freilich nicht. Verbraucherschutz ist vielmehr auch in anderen Rege-

lungsbereichen ein relevanter Parameter. So hat die Judikatur des VfGH³¹⁾ mehrfach klargestellt, dass der Verbraucherschutz ein ganz zentrales Ziel des Gewerberechts³²⁾ und damit einer anderen Bundeskompetenz ist. Gewerberecht ist damit nicht nur bloßes Wirtschaftsordnungsrecht, es ist in mehrfacher Hinsicht auch Verbraucherschutzrecht.³³⁾ Gleiches gilt – man denke etwa an Versandhandelsverbote für bestimmte Produkte³⁴⁾ – für den Komplex des Gesundheits- und Ernährungswesens.³⁵⁾ Wenn man die derzeitige lebendig geführte Diskussion um den Apothekervorbehalt im Arzneimittelrecht³⁶⁾ ins Kalkül zieht, spielt auch dabei der Verbraucherschutz, hier verstanden als Gesundheitsschutz,³⁷⁾ eine maßgebliche Rolle. Beim vom VfGH³⁸⁾ 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 Wettbewerbsrechts,³⁹⁾ 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 unionsrechtlich⁴⁰⁾ gefordert – die Erlassung von AGB gesetzlich zwingend angeordnet wird⁴¹⁾ und eine darauf abstellende Kontrolle auch Regulierungsbehörden zukommt, deren Zuständigkeit wiederum neben die Ex-post-Kontrolle durch die ordentlichen Gerichte tritt.⁴²⁾ Zuweilen ist auch vorgesehen, dass AGB auf Aufforderung der Regulierungsbehörde geändert⁴³⁾ oder Änderungen bewilligt werden müssen.⁴⁴⁾

Verbraucherschutz ist damit auch in Kernbereichen des öffentlichen Wirtschaftsrechts ein relevanter Regelungsgegenstand. →

22) Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ (2016) Rz 140 ff.

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

24) VfSlg 19.632/2012; 19.892/2014; 20.060/2015.

25) Art 144 B-VG.

26) Art 139 und 140 B-VG.

27) Art 114 AEUV.

28) Zum Begriff Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht, Rz 273.

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

30) Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG.

31) VfSlg 9543/1982; 10.831/1986; 11.853/1988; 16.222/2001.

32) Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG.

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

34) § 50 Abs 2 GewO. Diese Verbote können durch Verordnung auch noch erweitert werden – vgl § 50 Abs 3 GewO.

35) Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG.

36) §§ 57 ff AMG. Dazu etwa Böheim/Pichler, Schwerpunkt Wachstum ohne Schulden: Der Selbstmedikationsmarkt im Umbruch, WPBl 2015, 499. Siehe dazu auch den Beschluss VfGH 10. 10. 2016, G 49/2016.

37) Zu diesem Zusammenhang vgl etwa VfSlg 16.222/2001. Siehe hierzu näherhin Schulev-Steindl, Besprechung zu VfGH G 74/01, ÖZW 2001, 123.

38) VfSlg 20.002/2015.

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

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

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

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

43) Vgl etwa § 41 EIWOG 2010; § 28 GWG 2011.

44) Etwa § 7 Abs 1 Bausparkassengesetz.

3. Grundrechtliche Prüfungsmaßstäbe

a) Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG; Art 15 und 16 GRC)

Eine zentrale Rolle spielt zunächst das verfassungsrechtlich gewährleistete Recht auf Erwerbsfreiheit, das im Prinzip jede auf wirtschaftlichen Erfolg gerichtete Tätigkeit erfasst, unabhängig davon, ob sie selbständig oder unselbständig ausgeübt wird.⁴⁵⁾ 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 – iS der Abwägung der berührten Rechtspositionen – ob sie verhältnismäßig sind.⁴⁶⁾

Der Verbraucherschutz als öffentliches Interesse spielt dabei eine entscheidende Rolle. Die Judikatur des VfGH⁴⁷⁾ hat etwa das Verbot von Haustürgeschäften und „Vertriebspatties“ bei Kosmetikprodukten, welches sich in der GewO⁴⁸⁾ gefunden hatte, im Lichte des Verbraucherschutzes, nämlich des Schutzes vor „besonderem psychologischen Kaufdruck“, als verhältnismäßig bewertet. Bemerkenswert erscheint dabei iS einer Schnittstellenbetrachtung das Zusammenspiel mit dem Kernbereich des Verbraucherschutzrechts: Bestehen nämlich Rücktrittsrechte, die durch das FAGG⁴⁹⁾ noch bedeutend ausgebaut wurden, so stellt sich die Frage, ob diese Möglichkeiten nicht relevante Faktoren in der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung darstellen.⁵⁰⁾ Das Gleiche gilt für Versandhandelsverbote, etwa für Lebensmittel, wie sie in der GewO bestanden und eingeschränkt auch noch bestehen.⁵¹⁾ Diese wurden noch vor 15 Jahren als verfassungskonform erachtet.⁵²⁾ Hier sind die Dinge vor allem durch das Unionsrecht gewiss im Fluss, denn es ist wohl kein Zufall, dass erst angesichts eines drohenden Vertragsverletzungsverfahrens⁵³⁾ im Jahr 2015⁵⁴⁾ das Verbot des Direktvertriebs von kosmetischen Mitteln abgeschafft wurde.⁵⁵⁾ 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 VfGH⁵⁶⁾ hat im Jahr 2013 die Einordnung des Fotografengewerbes als reglementiertes Gewerbe, für dessen Ausübung man einen Befähigungsnachweis benötigt hat,⁵⁷⁾ als verfassungswidrig aufgehoben, und hat dabei explizit darauf hingewiesen, dass diese Einordnung gerade auch unter Verbraucherschutzgesichtspunkten nicht erforderlich wäre.⁵⁸⁾ Höchstprovisionssätze für Immobilienmakler,⁵⁹⁾ ebenfalls im gewerberechtlichen Zusammenhang, hat die Judikatur des VfGH⁶⁰⁾ 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 Mietverträgen⁶¹⁾ als verhältnismäßig erkannt.⁶²⁾

b) Eigentumsgarantie (Art 5 StGG; Art 1 1. ZP-EMRK; Art 17 GRC)

Eine zweite höchst bedeutsame Fallgruppe betrifft das Grundrecht auf Eigentum.⁶³⁾ Sein Schutzbereich um-

fasst jedes vermögenswerte Privatrecht.⁶⁴⁾ Dieser zugebenermaßen sehr breiten Schutzzicht 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.⁶⁵⁾ Eingriffe in laufende Verträge sind daher jedenfalls an diesem Maßstab des Grundrechts zu messen.⁶⁶⁾ 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 VfGH⁶⁷⁾ 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 Regulierungsbe-

45) VfSlg 7798/1976.

46) MWN Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht, Rz 888 ff.

47) VfSlg 11.853/1988.

48) Heute nur noch eingeschränkt – vgl § 57 Abs 1 und 4 GewO.

49) Vgl insb § 11 Abs 1 FAGG. Vgl unten D.2.

50) Der VfGH hat im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung in seiner bisherigen Judikatur dem Bestehen derartiger Rücktrittsrechte keine größere Bedeutung zugemessen; s 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 eingeräumt hat.

51) 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 ErläutRV 616 BlgNR 22. GP 19: „Die Aufrechterhaltung des Verbots 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.“

52) VfSlg 16.222/2001.

53) Dazu ErläutRV 481 BlgNR 25. GP 2.

54) BGBl I 2015/48.

55) 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 RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken rechtfertigen können. Angesichts der bestehenden Rücktrittsrechte bei Haustürgeschäften gem § 11 FAGG und § 3 KSchG ist ein absolutes Vertriebsverbot verfassungsrechtlich nicht unproblematisch.

56) VfSlg 19.814/2013.

57) Feik, Gewerberecht, in *Bachmann ua* (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht¹¹ (2016) 233 (248 f, 252 ff).

58) VfSlg 19.814/2013.

59) 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.

60) VfSlg 19.624/2012.

61) § 20 der Standes- und Ausübungsregeln für Immobilienmakler (FN 59).

62) VfSlg 19.624/2012.

63) Der VfGH hat dazu kürzlich im Erk VfGH 9. 12. 2015, G 165/2015, eine Präferenz für einen weiten Schutzbereich der Garantie erkennen lassen.

64) MWN Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht, Rz 868.

65) VfSlg 12.227/1989; 14.500/1996; 14.503/1996.

66) 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.

67) VfSlg 17.577/2005.

hörden implementiert.⁶⁸⁾ 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 864a ABGB.⁶⁹⁾ Dieses Nebeneinander öffentlich-rechtlicher und zivilrechtlicher Kontrolle ist signifikant und geradezu typisch für wichtige Bereiche des öffentlichen Wirtschaftsrechts.

Gleichzeitig zeigt sich in dieser Rsp 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 VfGH⁷⁰⁾ – dadurch nicht eingeschränkt, dass einzelne Wirkungen einer Regelung gerade auch nicht von Vorteil für den Verbraucher sein können. Sichtbar wird das an jener Entscheidung⁷¹⁾ 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.

c) 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 – iS eines vierten Elements – einen wenngleich sehr unscharfen Vertrauensschutz.⁷²⁾

Zwei Judikate scheinen hier repräsentativ, wenn es um Verbraucherschutzangelegenheiten geht. So hat der VfGH⁷³⁾ im Jahr 2005 das – nach wie vor bestehende⁷⁴⁾ – 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 entspricht – so der VfGH – dem „Grundgedanken rechtsgeschäftlicher Privatautonomie, den Zugewandten 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.⁷⁵⁾ Ausschlaggebend

war auch das Abweichen vom zivilrechtlichen Haftungsrecht durch ein besonderes Glücksspielhaftungsrecht, hier noch zugunsten des Staates, weil es sich um einen Monopolbetrieb handelt.⁷⁶⁾

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:⁷⁷⁾ 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 Einfluss-sphäre liegen“. ⁷⁸⁾

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.

4. 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 ist erkennbar, dass der VfGH dem Gesetzgeber einen relativ breiten Gestaltungsspielraum zugesteht. Die 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 diesen Begriff für die Bereiche öffentlich-rechtlichen Verbraucherschutzrechts, das daneben mehrere andere Zielsetzungen hat, verwendet. Hilfreich ist dabei das Bild eines beweglichen Systems, das nahelegen würde, bei Ausbau verbraucherschutzrechtlicher Regelungen im Zivilrecht ein höheres Rechtfertigungsmaß für öffentlich-rechtliche Einschränkungen zu verlangen.⁷⁹⁾

68) Zuvor bei FN 41.

69) § 25 Abs 6 TKG. Dazu näherhin *Schilchegger in Riesz/Schilchegger* § 25 Rz 112 ff.

70) VfSlg 11.853/1988. Implizit auch VfSlg 19.033/2010.

71) VfSlg 19.033/2010.

72) *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht, Rz 760 ff.

73) VfSlg 17.574/2005.

74) Heute § 5 c KSchG.

75) VfSlg 19.508/2011.

76) 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“).

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

78) VfSlg 18.726/2009.

79) Dem Ansatz nach gleichsinnig, aber (damals) die andere Schlussfolgerung ziehend VfSlg 11.853/1988.

Konkret gesagt: Bestehen weitgehende Rücktrittsrechte, die man wie etwa nach dem FAGG ohne jede Begründung ausüben kann,⁸⁰⁾ dann stellt sich in grundrechtlicher Hinsicht die Frage, ob es absoluter Verbandsverbote überhaupt bedarf, um dem Verbraucherschutz Rechnung zu tragen. Das müsste Auswirkungen auf die grundrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung haben und die Gewichte durchaus auch verschieben.

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.⁸¹⁾ Klargestellt ist aber, dass der Verbraucherschutz auch in der Judikatur des EuGH⁸²⁾ einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellt, der Einschränkungen von Grundfreiheiten rechtfertigen kann. Bemerkenswert ist aber auch, dass die GRC⁸³⁾ 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.⁸⁴⁾ Auf anderer Ebene stellt sich die Frage, in welcher Weise diese grundrechtlichen Maßstäbe in der konkreten Anwendung durch die ordentlichen Gerichte effektuiert werden.

D. 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.

1. Autonome Prüfung am nationalen Verfassungsrecht

Für die erste Fallgruppe steht die schon erwähnte Haftungsbeschränkung bei Spielbanken.⁸⁵⁾ Der VfGH⁸⁶⁾ 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 die Beträge außerdem noch viel höher sind.⁸⁷⁾ 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.

2. 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 Schrifttum⁸⁸⁾ bereits eingehend diskutierten Fragen der grundrechtlichen Beurteilung der Bestimmungen des FAGG.

Dieses 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

80) § 11 FAGG.

81) 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 (112f, 119f).

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

83) 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.

84) 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.

85) Siehe hierzu schon C.3.c.

86) VfSlg 19.508/2011.

87) Vgl §§ 15 f EKHG; § 151 LFG.

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

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 erscheint⁸⁹⁾ 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 Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU umsetzen. Es sprechen daher – worauf zuletzt etwa *Berka*⁹⁰⁾ hingewiesen hat – gute Gründe dafür, in diesem Zusammenhang eine Verdrängung des nationalen verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstabs 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.

Der VfGH⁹¹⁾ hat in einem gleichgelagerten Fall festgehalten, dass auf Grund des Vorrangs des Unionsrechts auch vor dem Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten⁹²⁾ 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. Offen ist freilich im Lichte jüngerer Beispiele, etwa dem Judikat zur Vorratsdatenspeicherung aus dem Jahr 2014,⁹³⁾ bis zu welchem Grad der VfGH noch Spielräume zu einer eigenständigen Prüfung an Rechten der EMRK und der GRC annimmt.

Als zweite Bindungsschicht wird hier freilich relevant, ob das Sekundärrecht den primärrechtlichen Vorgaben der GRC⁹⁴⁾ 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 der Vorratsdatenspeicherungs-RL⁹⁵⁾ durch den EuGH geführt hat.⁹⁶⁾ In Anbetracht dessen, dass es bislang im Hinblick auf das FAGG nur eine Zurückweisung eines gegen die genannten Bestimmungen gerichteten Individualantrags durch den VfGH⁹⁷⁾ gibt, darf die weitere Entwicklung mit Spannung abgewartet werden, im Besonderen, ob es hier allenfalls zu einem Parteiantrag auf Normenkontrolle gem Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG kommt.

3. 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 3 Zahlungsdienste-RL 2007/64/EG und § 27 Abs 6 ZaDiG 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 EuGH⁹⁸⁾ in einem vom OGH eingeleiteten Vorabentscheidungsverfahren⁹⁹⁾ 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,¹⁰⁰⁾ auch wenn § 27 Abs 4 Z 1 ZaDiG bis zu seiner Novellierung im Jahr 2015¹⁰¹⁾ durchaus ein anderes Ergebnis hätte nahelegen können, aber überwiegend als Redaktionsversehen qualifiziert wurde.¹⁰²⁾

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/EG enthält in ihrem Art 62¹⁰³⁾ – entgegen ursprünglichen Plänen¹⁰⁴⁾ – eine idente Regelung wie ihre Vorgängerin.

Und für diese hat der OGH¹⁰⁵⁾ 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 Heran-

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

90) *Berka*, wbl 2015, 181 (183).

91) VfSlg 18.642/2008.

92) Dazu auch VfSlg 16.050/2000.

93) VfSlg 19.892/2014.

94) Insb Art 7 und 8 GRC.

95) RL 2006/24/EG.

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

97) VfGH 9. 10. 2015, G 164/2014.

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

99) B v 8. 11. 2011, 10 Ob 31/11 y.

100) ErläutRV 560 BlgNR 25. GP 21: „ganz bewusst normierter Entgelt-ausschluss“.

101) BGBl I 2015/68.

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

103) 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.“

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

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

tragung der Bedenken geeignet hätte, gab es zu diesem Zeitpunkt noch nicht.

E. 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.

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 Kon-

sequenzen für das Verhältnis der innerstaatlichen Höchstgerichte – als Prüfungsmaßstab auch in eigenen Verfahren implementiert. Dieses Verhältnis hat gerade mit dem neuen Parteiantrag auf Gesetzes- und Verordnungsprüfung 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.¹⁰⁶⁾ 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.

106) VfGH 9. 12. 2015, G 165/2015. Dazu oben FN 63.

→ In Kürze

Die verfassungsrechtlichen Maßstäbe für das Verbraucherschutzrecht sind zunehmend europäisiert. Das hat Auswirkungen auf die Modalitäten der rechtsstaatlichen Kontrolle.

→ Zum Thema

Über die Autoren:

Dr. Harald Eberhard ist Universitätsprofessor an der Wirtschaftsuniversität Wien. Tel: +43 (0)1 313 36-5088, E-Mail: sekretariat.eberhard@wu.ac.at

Dr. Martin Spitzer ist Universitätsprofessor an der Wirtschaftsuniversität Wien. Tel: +43 (0)1 313 36-5666, E-Mail: lehrstuhl.spitzer@wu.ac.at

Kontaktadresse: Wirtschaftsuniversität Wien, Welthandelsplatz 1, AD, 1020 Wien. Internet: www.wu.ac.at

Von denselben Autoren erschienen:

Spitzer, Der Prostitutionsvertrag nach 3 Ob 45/12 g, ÖJZ 2012, 784; *ders.*, Das Verhältnis Eigentümer–Untermieter, ÖJZ 2010, 10; *Spitzer/Kernbichler*, Kindesmissbrauch und § 1489 ABGB, ÖJZ 2010, 330; *Hamoncourt/Spitzer*, Eigentumsvorbehalt, Vermengung und Individualisierbarkeit, ÖJZ 2014, 488; *Eberhard*, Altes und Neues zur „Geschlossenheit des Rechtsquellensystems“, ÖJZ 2007, 679.

→ Literatur-Tipp



**Leupold (Hrsg.),
Forum Verbraucherrecht (2016)**

MANZ Bestellservice:

Tel: (01) 531 61-100
Fax: (01) 531 61-455
E-Mail: bestellen@manz.at
Besuchen Sie unseren Webshop unter www.manz.at

