

Öffentliches Recht als Instrument des Verbraucherschutzes

von

Univ.-Prof. Dr. Franz Merli

- I. Der Begriff des Verbraucherschutzrechts
 - A. Schwierigkeiten und Sinn einer Definition
 - B. Ziele des Verbraucherschutzrechts
- II. Gemeinschafts- und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für das Verbraucherschutzrecht
 - A. Kompetenzen
 - B. Grundfreiheiten und Grundrechte
 - C. Staatsziele und Schutzpflichten
- III. Funktionen des öffentlichen Wirtschaftsrechts für den Verbraucherschutz
 - A. Einzelne Funktionen
 1. Verstärkungsfunktion
 2. Ergänzungsfunktion
 3. Präventionsfunktion
 4. Vertrauensbildungsfunktion
 5. Vorklärungsfunktion
 6. Immunisierungsfunktion
 7. Organisationsfunktion
 8. Entlastungsfunktion
 9. Droh- und Reservefunktion
 10. Vereinheitlichungsfunktion
 - B. Verbraucherschutz als rechtsbereichsübergreifende Aufgabe

I. Der Begriff des Verbraucherschutzrechts

A. Schwierigkeiten und Sinn einer Definition

Angesichts des Fehlens eines einheitlichen, gesetzlich festgelegten Begriffs im österreichischen wie im Gemeinschaftsrecht ist Verbraucher(schutz(recht)) schwierig zu definieren, wenn man Trennschärfe und Übereinstimmung mit dem juristischen Alltagsgebrauch zugleich anstrebt¹⁾. Eine

¹⁾ Zum Verbraucher- und Verbraucherschutzrechtsbegriff im österreichischen, deutschen und Gemeinschaftsrecht zB *Wenger*, Der Verbraucherschutz im österreichischen Verwaltungsrecht, JBl 1970, 230; *Reichert-Facilides*, Einführung in die Thematik „Internationales Verbraucherschutzrecht“, in: *Schwyder ua* (Hrsg), Interna-

trennscharfe Begriffsfassung könnte Verbraucherschutzrecht als Sonderzivilrecht begreifen, also als Summe von Regelungen, die jenen Personen, die Waren und Dienstleistungen zu privaten Zwecken in Anspruch nehmen (wollen), besondere Rechte gegenüber den professionellen Anbietern dieser Güter einräumen²). Allerdings verzichten manche Vorschriften, die zum Verbraucherschutzrecht gezählt werden, auf die Unternehmereigenschaft des Anbieters oder die außerberufliche Verwendung durch den Erwerber des Gutes³); andere Regelungen räumen nicht nur Verbrauchern, sondern auch – oder sogar in erster Linie – Konkurrenten der Unternehmer Rechte ein⁴); und vor allem wäre mit diesem engen Begriff das gesamte öffentliche Verbraucherschutzrecht ausgeschlossen, das großteils aus Vorschriften besteht, die den Anbietern von Waren und Dienstleistungen Pflichten nicht direkt gegenüber den Verbrauchern, sondern gegenüber dem Staat auferlegen, die zudem neben dem Verbraucherschutz oft auch andere Ziele verfolgen⁵) und darüberhinaus gelegentlich auch nichtwirtschaftliche Beziehungen erfassen⁶).

Im folgenden gehe ich daher unter Verzicht auf Trennschärfe von einem weitem Begriff von Verbraucherschutzrecht aus, der jene Regelungen umfaßt, die zumindest auch und wenigstens typischerweise die Interessen

tionales Verbraucherschutzrecht (1995) 1 ff; *Weber/Watzel v Wiesentreu*, Verbraucherschutz und Bundesstaatsreform im Lichte der Europäischen Integration (1996) 25 ff; *Stoher*, Verfassungsrechtliche Konturen eines Verbraucherrechts, in: Lükes-FS (1989) 591; *Dreher*, Der Verbraucher – Das Phantom in den opera des europäischen und deutschen Rechts?, JZ 1997, 167; *Reich*, Europäisches Verbraucherrecht (1996) 63 ff; *Lecheler*, Verbraucherschutz, in: *Dausen* (Hrsg), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts (LoseblattStG, 1993 ff) H.V. Rn 31 ff; sowie *Raschauer*, in diesem Band.

² Vgl *Krejci*, Gewerbeordnung und Konsumentenschutz, in: *Korinek* (Hrsg), Gewerberecht (1994) 227 (228).

³) ZB das BauträgervertragsG oder die Bestimmungen des KonsumentenschutzG über den Rücktritt von Immobiliengeschäften und Pauschalreisen; beide enthalten in: *Jesser/Kiendl/Schwarzenegger*, Das neue Konsumentenschutzrecht (1997). Das Produkthaftungsgesetz schützt nicht nur Vertragspartner, sondern auch unbeteiligte Dritte, das VersicherungsvertragsG auch gewerbliche Versicherungsnehmer und das Einlagensicherungssystem nach dem BankwesenG erfaßt auch Einlagen von anderen als Verbrauchern.

⁴) Vgl zum UWG *Rüffler*, in diesem Band.

⁵) Vgl zB *Raschauer*, in diesem Band, zu Funktionsschutz und Verbraucherschutz im Wirtschaftsaufsichtsrecht.

⁶) Vgl zB die RV zum Euro-WährungsangabenG (1639 BlgNR XX.GP), die nicht nur eine Pflicht der Unternehmer zur doppelten Preisauszeichnung vorsieht, sondern auch die bescheiderlassenden Behörden zur Angabe von Geldbeträgen in Schilling und Euro verpflichtet (§ 29); allgemein: *Schilcher/Bretschneider* (Hrsg), Konsumentenschutz im öffentlichen Recht (1984).

der Verbraucher schützen, sei es auch außerhalb von konkreten Rechtsbeziehungen zu Anbietern von Waren und Dienstleistungen, wie etwa im Rahmen der Rechts- und Normerzeugung.

Im übrigen hat der Verbraucherschutzbegriff zwar heuristische Bedeutung, doch aus rechtsdogmatischer Sicht kommt es nicht so sehr auf eine allgemeine und trennscharfe Definition, sondern statt dessen vor allem auf eine genauere Auseinandersetzung mit den unter dem Titel Verbraucherschutz verfolgten Einzelzielen an, denn diese Ziele legen nicht nur eine bestimmte Fassung von Definitionselementen und oft auch eine bestimmte rechtstechnische Ausgestaltung der einschlägigen Vorschriften nahe, sondern sie bestimmen erst den inhaltlichen Zusammenhalt der Regelungen, und nicht zuletzt spielen sie eine wesentliche Rolle für die kompetenz- und grundrechtliche Zulässigkeit von Verbraucherschutzmaßnahmen.

B. Ziele des Verbraucherschutzrechts

Verbraucherschutzrecht ist die Reaktion auf zwei Tatsachen des Wirtschaftslebens: auf die regelmäßige Unterlegenheit des verbrauchenden „Laien“ gegenüber dem anbietenden „Profi“, und auf die schwindende Anschaulichkeit der Wirtschaftswelt. Die erstere bedarf keiner näheren Erläuterung, wird aber durch die zweite noch verstärkt: In der Wirtschaftstheorie wird manchmal zwischen „Such-“, „Erfahrungs-“ und „Vertrauensgütern“ unterschieden⁷). „Suchgütern“ sieht man ihre Qualität an, man muß sie nur suchen. Die Qualität von „Erfahrungsgütern“ erschließt sich erst beim Konsum; als Beispiel werden hier Fischkonserven angegeben. Die Qualität von „Vertrauensgütern“ schließlich entzieht sich der Beurteilung durch den Verbraucher auch nach ihrer Nutzung; ob der Rechtsanwalt, Versicherungsmakler oder der Vermögensberater ordentlich gearbeitet hat, kann in vielen Bereichen nur ein anderer Experte feststellen. Interessanterweise werden nun Tomaten oder Kartoffel als Beispiele für Suchgüter genannt, was angesichts der Möglichkeit gentechnischer Veränderungen und radioaktiver Bestrahlung nicht auf der Hand liegt, und auch zur Ermittlung der Zusammensetzung von Fischkonserven reicht Essen allein wohl kaum aus. Die Beispiele zeigen aber gerade deshalb sehr gut, daß immer mehr Waren und Dienstleistungen zu Vertrauensgütern werden. Unter diesen Umständen kommt dem Machtungleichgewicht zwischen Anbietern und Verbrauchern noch größeres Gewicht zu, weil die Gefahr wirtschaftlicher Übervorteilung steigt, wenn

⁷) *Bonus*, Wenn die Vertrauensbildung zum Schlüsselfaktor wird, Neue Zürcher Zeitung, 27./28.6.1998, 87.

man die Qualität des Gutes nicht erkennen kann. Aber auch ganz allgemein verstärkt sich durch die schwindende Anschaulichkeit der Wirtschaftswelt der Bedarf nach vertrauensbegründenden Mechanismen. Das Verbraucherschutzrecht ist ein solcher Mechanismus.

Im einzelnen lassen sich Verbraucherschutzregelungen in Anlehnung an Art 153 Abs 1 EGV (idF des Vertrags von Amsterdam) drei Hauptzielen zuordnen: dem Schutz des Lebens, der Gesundheit und der Sicherheit der Konsumenten, dem Schutz ihrer wirtschaftlichen Interessen und – auch unabhängig von drohenden Gefahren – der Sicherung ihrer Möglichkeit, unter Produkten und Dienstleistungen verschiedener Art, Herkunft oder Qualität bewußt zu wählen. Das komplexeste Zielbündel ist dabei wohl der Schutz wirtschaftlicher Interessen: Er erschöpft sich nicht in der Verhinderung von Übervorteilung bei Vertragsanbahnung, -abschluß und -beendigung sowie durch den Vertragsinhalt, sondern kann auch darauf abzielen, daß die Konsumenten bestimmte Güter und Dienstleistungen auch dann und dort angeboten zu erhalten, wo der Markt nicht oder nicht zufriedenstellend funktioniert. Dieses Interesse liegt etwa dem NahversorgungsG ebenso zugrunde wie den Regelungen über eine Grundversorgung im Telekommunikationsbereich^{*)}. Nicht zuletzt umfaßt das Verbraucherschutzrecht auch Vorkehrungen gegen Leistungsstörungen, indem es zB bestimmte Fähigkeiten oder Kenntnisse von den Anbietern verlangt, Mindestqualitäten für Produkte und Dienstleistungen festlegt oder in besonders sensiblen Bereichen die Folgen eines Konkurses des Vertragspartners zu mildern sucht wie zB die Reisebüro-Sicherungsverordnung^{**)} oder die Bestimmungen des § 91 BankwesenG über das Einlagensicherungssystem. Schließlich gehört auch der Ersatz von erlittenen Schäden zu den wirtschaftlichen Verbraucherinteressen.

Wie das Beispiel von Produktkennzeichnungsvorschriften zeigt, schließen die genannten Ziele einander natürlich nicht aus, und die Aufzählung ist auch nicht vollständig, denn gelegentlich geht es auch um den Schutz anderer nichtwirtschaftlicher Interessen der Verbraucher, zB ihrer Privatsphäre^{***)}. Schließlich kann man auch, wie dies Art 153 Abs 1 EGV tut, in der Förderung der Bildung von Verbraucherschutzvereinigungen nicht nur ein Mittel zur Durchsetzung der anderen Ziele des Verbraucherschutzes, sondern ein Ziel für sich selbst sehen.

*) § 24 ff TelekommunikationsG.

**) BGBl 1994/881 idF BGBl 1996/170.

***) So zB Art 10 der RL 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 20. 5. 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl 1997/L 144/19 v 4.6.1997 mit Beschränkungen der Telefon- und Telefaxwerbung; weitere Beispiele bei *Raschauer*, in diesem Band (FN 80).

II. Gemeinschafts- und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für das Verbraucherschutzrecht

A. Kompetenzen

Kompetenzrechtlich ist natürlich zunächst zwischen der Gemeinschaftsrechtsebene¹¹⁾ und dem nationalen Verfassungsrecht zu unterscheiden. Im EG-Vertrag fand sich der Verbraucherschutz ursprünglich nur punktuell berücksichtigt, so zB als ein Ziel der gemeinsamen Landwirtschaftspolitik (jetzt Art 33 Abs 1 lit e) oder als ein Schutzgut des Wettbewerbsrechts (jetzt Art 82 S 2 lit b). Das hat die Europäischen Organe freilich nicht gehindert, eine eigene Verbraucherschutzpolitik zu entwickeln, zumal der Verbraucherschutz vom EuGH als Grund für nationale Beschränkungen der Grundfreiheiten anerkannt wurde¹²⁾ und entsprechende Regelungen damit in das Blickfeld von Rechtsangleichungsmaßnahmen der Gemeinschaft gerieten; einschlägige Richtlinien wurden auf Art 100 (heute: 94) und ergänzend auf Art 235 (heute: 308) EGV gestützt. Mit der Einheitlichen Europäischen Akte fand der Verbraucherschutz dann als allgemeines Ziel der Tätigkeit der Gemeinschaft formelle Berücksichtigung im Vertrag (heute: Art 3 Abs 1 lit t), und mit dem neugeschaffenen Art 100a (heute: 95) EGV wurde auch eine eindeutige Grundlage für binnenmarktbedingte Rechtsangleichungsmaßnahmen des Verbraucherschutzes mit qualifizierter Mehrheit im Rat geschaffen. Der Vertrag von Maastricht brachte dann mit Art 129a einen eigenen Titel zum Verbraucherschutz, der durch seine Neufassung als Art 153 im Amsterdamer Vertrag verstärkt und ausgebaut wurde. Zusammenfassend und vereinfachend kann man sagen, daß der Vertrag heute verbraucher-schutzregelnde oder -fördernde Aktivitäten der Gemeinschaft in dreierlei Form vorsieht:

Erstens geht es um die Harmonisierung des Verbraucherschutzrechts als flankierende Maßnahme der Herstellung des Binnenmarktes, weil die Freiheit des wirtschaftlichen Austausches auf der Basis des Anerkennungs-

¹¹⁾ Dazu zB *Lecheler* (FN 1) Rn 1 ff; *Reich* (FN 1) 33 ff; *Heiss*, Verbraucherschutz im Binnenmarkt: Art 129a EGV und die wirtschaftlichen Verbraucherinteressen, *ZeUP* 1996, 625; *Dausies/Sturm*, Rechtliche Grundlagen des Verbraucherschutzes im EU-Binnenmarkt, *ZfRV* 1996, 133; *Zischka*, Die Rechtsetzungskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes (1997); *Kienle*, Verbraucherschutz, in: *Bergmann/Lenz* (Hrsg), Der Amsterdamer Vertrag (1998) 149; und das Arbeitsdokument der Kommission „Verbraucherpolitik: Bisherige Errungenschaften“ v 26.3.1998, SEK(1998)564.

¹²⁾ Ständige RSp seit EuGH 20.2.1979, Rs 120/78, *Cassis de Dijon*, Slg 1979, 649.

prinzips nur funktionieren kann, wenn ihn nationale Verbraucherschutzregelungen nicht durch ihre Unterschiedlichkeit behindern und wenn gewisse verbraucherschützende Mindeststandards gemeinschaftsweit gewährleistet sind. Dies ist das Programm des Art 95 EGV, auf den Art 153 Abs 3 lit a verweist, aber auch, wie man hinzufügen sollte, speziellerer Binnenmarktvorschriften wie zB jener über die Koordinierung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften zur Erleichterung der Niederlassungsfreiheit im heutigen Art 47 Abs 2 EGV. Auf diese Bestimmung wurde etwa die Richtlinie über die Einlagensicherungs-systeme der Banken¹³⁾ gestützt.

Zweitens hat die Gemeinschaft, wie der neue Art 153 Abs 2 EGV nun ausdrücklich festhält, den Erfordernissen des Verbraucherschutzes bei der Festlegung und Durchführung der anderen Gemeinschaftspolitiken und -maßnahmen Rechnung zu tragen. Beispiele für diese Vorgangsweise sind Verbraucherschutzregelungen im Rahmen von auf den heutigen Art 86 EGV gestützten Richtlinien der Kommission zur Liberalisierung des Telekommunikationsbereiches oder Regelungen von Herkunftsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse auf der Grundlage von (heute) Art 37 EGV¹⁴⁾. In den beiden bisher genannten Fällen ist der Verbraucherschutz also eine Querschnittskompetenz. Verbraucherschutzmaßnahmen werden hier auf Ermächtigungen gestützt, die primär anderen Zielen dienen, und sie bleiben daher diesen Zielen letztlich auch untergeordnet.

Drittens schließlich hat die Gemeinschaft mit Art 153 Abs 3 lit b EGV eine gegenüber anderen Politikzielen eigenständige, aber schwächer formulierte Kompetenz zur Maßnahmen der Unterstützung, Ergänzung und Überwachung der Verbraucherschutzpolitik der Mitgliedstaaten, die für Richtlinien erstmals bei der Neuregelung der Preisangaben¹⁵⁾ in Anspruch genommen wurde.

Die Unterscheidung der einzelnen Rechtsgrundlagen mag im Einzelfall zwar schwerfallen¹⁶⁾, ist jedoch notwendig, weil damit nicht nur das Gesetzgebungsverfahren auf Gemeinschaftsebene, sondern auch der verbleibende Regelungsspielraum der Mitgliedstaaten bestimmt wird. Während die ande-

¹³⁾ RL 94/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Einlagensicherungs-systeme, ABI 1995/L 135/5 v 31.5.1995; zur Zulässigkeit der Wahl dieser Rechtsgrundlage EuGH 13.5.1997, Rs C-233/94, *Deutschland/Rat*, Slg 1997 I-2405.

¹⁴⁾ ZB RL 90/388/EWG der Kommission über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste, ABI 1990/L 192/10 v 24.7.1990; VO 2081/92/EWG des Rates zum Schutz von geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel, ABI 1992/L 208/1 v 14.7.1992.

¹⁵⁾ RL 98/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz der Verbraucher bei der Angabe der Preise der ihnen angebotenen Erzeugnisse, ABI 1998/L 80/27 v 18.3.1998.

¹⁶⁾ Vgl den in FN 13 genannten Fall und insbesondere die Ausführungen des Generalanwalts zur Abgrenzung der (damaligen) Art 57 Abs 2 und Art 129a EGV.

ren Tatbestände grundsätzlich auch eine Vollharmonisierung erlauben und nationale Sonderregelungen daher nur mehr im Rahmen sekundärrechtlicher Ermächtigungen oder unter den strengen Voraussetzungen des Art 95 Abs 3 ff EGV zulässig sind, können verbraucherschützende Maßnahmen der Gemeinschaft auf der Grundlage des 153 Abs 3 lit b EGV von vornherein nur Mindeststandards setzen. Die Mitgliedstaaten sind in solchen Fällen nach der ausdrücklichen Vorschrift des Art 153 Abs 5 EGV nicht gehindert, strengere Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu ergreifen, wenn sich diese mit den übrigen Vertragsbestimmungen vereinbaren lassen.

Das österreichische Verfassungsrecht weist den gesetzgeberischen Schutz der Verbraucher oder Konsumenten im Ergebnis großteils dem Bund zu. Freilich ist dies eine sehr pauschale Feststellung¹⁷⁾. Verbraucherschutz oder Konsumentenschutz als eigener Kompetenztatbestand existiert nicht, sondern verbraucherschützende Maßnahmen dürfen nur im Rahmen anderer Kompetenzen gesetzt werden. Es gibt fast keinen Tatbestand, der nicht dafür in Frage käme; die Palette reicht von der allgemeinen Zivilrechtszuständigkeit über die einzelnen wirtschaftsrelevanten Kompetenztatbestände einschließlich verschiedener fugitiver Verfassungsbestimmungen bis zu Art 15 und 17 B-VG. Eine Aufzählung ist hier also nicht sinnvoll. Hingewiesen soll allerdings darauf werden, daß man den Verbraucherschutz zwar als Querschnittsmaterie bezeichnen kann, doch nicht vergessen sollte, daß es dabei auch im jeweiligen Kompetenzbereich nicht um einen irgendwie bestimmten und bestimmaren Verbraucherschutz als solchen, sondern eben um konkrete Maßnahmen geht. Für die kompetenzrechtliche Beurteilung ist es daher wesentlich, welchem Zweck innerhalb des Sammelbegriffs Verbraucherschutz die Maßnahme dient – zB dem Schutz vor Irreführung, dem Schutz der Gesundheit oder der Sicherstellung der Nahversorgung –, ob zB normative oder nichtnormative Instrumente und unter den normativen Gefahrenabwehrende oder wirtschaftsaufsichtsrechtliche oder -lenkende Instrumente gewählt werden und ob der Verbraucherschutz das einzige Ziel der Maßnahme oder nur eines von mehreren ist¹⁸⁾.

B. Grundfreiheiten und Grundrechte

Verbraucherschützende Maßnahmen, jedenfalls soweit sie normativer Art sind, bewirken regelmäßig einen Eingriff in gemeinschaftsrechtlich gewährleistete Grundfreiheiten und in gemeinschaftliche und nationale Grundrechte. Der Verbraucherschutz ist nun in beiden Bereichen zweifelsohne ein

¹⁷⁾ Eine detaillierte Analyse findet sich in *Weber/Walzel v Wiesentreu* (FN 1) 26 ff.

¹⁸⁾ Vgl zB zum Verbraucherschutz im Rahmen von Gewerbe- und Raumordnungskompetenz VfSlg 9543/1982, 11.853/1988, 12.068/1989, 14.685/1996.

anerkanntes öffentliches Interesse, das solche Eingriffe rechtfertigen kann. Worauf es dann ankommt, ist die Verhältnismäßigkeit der jeweiligen Maßnahme¹⁹⁾. Dies ist nun der Ort, an dem die vielzitierten „Verbraucherleitbilder“ rechtsdogmatisch eine Rolle spielen – Stichwort: „mündiger“ Verbraucher in der EG, „flüchtiger“ Verbraucher in Österreich – und an dem auch die Unterscheidung von marktkomplementären und marktkorrigierenden Instrumenten rechtliche Bedeutung erlangt²⁰⁾. Rechtlich gesehen, stehen hinter dem jeweiligen Verbraucherleitbild empirische Einschätzungen und daraus abgeleitete Annahmen darüber, was zum Schutz des Verbrauchers geeignet und erforderlich ist – also Elemente der klassischen Verhältnismäßigkeitsprüfung. Und die Unterscheidung zwischen marktkomplementären und marktkorrigierenden Instrumenten läßt sich in einer von wirtschaftlichen Grundfreiheiten und -rechten geprägten Ordnung in die Frage nach dem gelinderen Mittel zur Zielerreichung übersetzen, betrifft also die Erforderlichkeit des Eingriffs. Aus der Sicht des gemeinschaftlichen wie des österreichischen Verfassungsrechts spricht daher in der Tat viel dafür, im Zweifel vom mündigen Verbraucher auszugehen und etwa Informationsregelungen den Vorrang vor Qualitätsvorschriften oder gar Verboten zu geben. Im Bereich, der vom primären oder vom vollharmonisierten sekundären Gemeinschaftsrecht erfaßt wird, ist Österreich ohnehin zur Übernahme der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH verpflichtet.

Allerdings darf man auch hier nicht pauschalisieren. Zunächst können Informationen mitunter stärkere Beeinträchtigungen der unternehmerischen Freiheiten mit sich bringen als Verbote – man denke nur an staatliche Warnungen oder Empfehlungen, die den Ruf und den gesamten Absatz eines Unternehmens gefährden können, während ein Verbot nur ein bestimmtes Produkt betreffen würde, das die Firma oft ohne weiteres Aufsehen vom Markt nehmen kann. In solchen Fällen kommt noch ein allgemeines Problem des österreichischen Rechtsschutzsystems dazu: Wenn der Staat nur die Unternehmen verpflichtet, die Verbraucher zu informieren, haben wir es unstreitig mit einem Grundrechtseingriff zu tun, der an die üblichen Verfassungs-, auch Kompetenzschränken, gebunden ist, in den traditionellen Hand-

¹⁹⁾ Aus der österreichischen RSp zB VfSlg 11.853/1988; 12.094/1989, 12.379/1990; 12.481/1990; 13.318/1992, 13.576/1993, 13.635/1993, 13.704/1994, 13.891/1994, 14.174/1995, 14.611/1995; VfGH G 439/97 v 14. 10. 1998; VwGH 98/10/0250 v 22.3.1999; aus dem Gemeinschaftsrecht zuletzt EuGH 28.1.1999, Rs C-303/97, *Sektellerei Kessler*, noch nicht in Slg; 9.2.1999, Rs C-383/97, *van der Laan*, noch nicht in Slg; weitere Nachweise der RSp des EuGH finden sich zB bei *Mauthies/v Borries*, in: *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union (LoseblattSlg, 1983 ff) Art 30, Rn 35 f; und in den in der nächsten FN genannten Werken.

²⁰⁾ Dazu zB *Lecheler* (FN 1) Rn 34 ff; *Reich* (FN 1) 63 f; *Rüffler*, in diesem Band (bei FN 213 ff).

lungsformen erfolgt und dem normalen Rechtsschutz unterliegt. Wenn aber ein staatliches Organ selbst informiert, warnt oder empfiehlt oder andere Organisationen finanziert, die dies tun, bleibt nur Wahl zwischen einer Deutung als „privatrechtliches“ Handeln, das dann möglicherweise nach dem UWG bekämpfbar wäre, aber dessen Bindung an eine spezielle gesetzliche Ermächtigung und an Kompetenzgrenzen fraglich wäre, oder einer öffentlich-rechtlichen Deutung, bei der sich allerdings der Eingriffscharakter der Maßnahme, die Handlungsform und die Rechtsschutzmöglichkeiten alles andere als von selbst verstehen²¹⁾. Auch das ist bei der Entscheidung für Informationsinstrumente zu berücksichtigen.

Weiters hat mehr Information in manchen Fällen keine Wirkung, weil sie einfach nicht verarbeitet wird. Auch sind nicht alle Konsumentengruppen gleich; es gibt zB auch Kinder²²⁾. Und schließlich macht es auch einen Unterschied, ob es um die Sicherheit und Gesundheit von Konsumenten geht oder nur um ihre Wahlfreiheit: Weder aus Gemeinschaftsrecht noch aus österreichischem Verfassungsrecht folgt die Pflicht, den Verkauf eines Lebensmittels unter Verweis auf seine Giftigkeit zu erlauben²³⁾. Von einem generellen Vorrang eines liberalen Informationsmodells gegenüber einem sozialen Schutzmodell kann also nicht gesprochen werden.

C. Staatsziele und Schutzpflichten

Die Beispiele zeigen auch, daß eine Betrachtung nur aus der Sicht des in seiner Freiheit beschränkten Unternehmers zu kurz greift. Neben Ermächtigungen und Grenzen des Verbraucherschutzes könnte es auch eine Pflicht zum Verbraucherschutz geben.

Einen „Beitrag zur Verbesserung des Verbraucherschutzes“ zu leisten, ist der Gemeinschaft durch Art 3 Abs 1 lit t EGV ausdrücklich aufgegeben, und sie soll ein „hohes Verbraucherschutzniveau“ sichern (Art 153 Abs 1; vgl auch Art 95 Abs 3 EGV). Aus diesen sehr allgemeinen Grundsätzen können nun zwar nicht unmittelbar Handlungspflichten der Gemeinschaftsorgane abgeleitet werden, die etwa mittels Untätigkeitsklage durchsetzbar wären. Wenn die Gemeinschaft aber tätig wird, dann ist die angemessene Berücksichtigung von Verbraucherschutzinteressen eine im Grundsatz ge-

²¹⁾ Zur – mE zutreffenden – öffentlich-rechtlichen Deutung durch den OGH und ihren Folgeproblemen *Holoubek*, in diesem Band (bei FN 106).

²²⁾ Vgl zB EuGH 9.7.1997, verb Rs C-34/95, C-35/95, C-36/95, *De Agostini (Svenska) Förlag*, Slg 1997 I-3843, zur Zulässigkeit von Beschränkungen kinderbezogener Fernsehwerbung.

²³⁾ Vgl zB zum Vorsorgegrundsatz beim Gesundheitsschutz im Zusammenhang mit BSE-Bekämpfungsmaßnahmen EuGH 5.5.1998, C-157/96, *National Farmer's Union*, Slg 1998 I-2211; 5.5.1998, Rs C-180/96, *Vereinigtes Königreich/Kommission*, Slg 1998 I-2265.

richtlich überprüfbare Rechtsfrage, wengleich der EuGH den Gesetzgebungsorganen der Gemeinschaft hier einen großen Ermessensspielraum einräumt und insbesondere nicht eine Harmonisierung auf dem höchsten mitgliedstaatlichen Schutzniveau verlangt²⁴). Im Umkehrschluß erscheint immerhin eine völlige Außerachtlassung des Verbraucherschutzes oder eine (Voll-)Harmonisierung auf dem niedrigsten mitgliedstaatlichen Schutzniveau unzulässig, und denkbar ist darüberhinaus eine Art Rückschrittsverbot in der Art, daß ein einmal erreichtes Niveau nicht mehr preisgegeben werden darf, wenn sich die Umstände nicht ändern oder der Rückschritt nicht zur Verwirklichung eines überwiegenden Vertragszieles gerechtfertigt werden kann²⁵).

Anders als etwa im spanischen oder portugiesischen²⁶) findet sich dagegen im österreichischen Verfassungsrecht keine Verankerung des Verbraucherschutzes als Staatsziel und, sieht man von einzelnen Landesverfassungen ab, auch kein allgemeiner Grundsatz wie das deutsche Sozialstaatsprinzip als Grundlage solcher Überlegungen. Auch für grundrechtliche Schutzpflichten des Gesetzgebers ist wenig Raum, schon weil die ausdrücklich gewährleisteten Grundrechte Menschenwürde und allgemeine Handlungsfreiheit nicht und den Gesundheitsschutz nur bruchstückhaft umfassen. Der Gesundheitsschutz und auch der Schutz eigentumsrechtlicher Positionen könnten allerdings – allenfalls vermittelt über den Gleichheitssatz – in einigen Situationen immerhin eine Mindestberücksichtigung von Verbraucherschutzinteressen verlangen. Einen kuriosen Sonderfall bildet die jüngst im Schnellverfahren erlassene Verfassungsbestimmung des § 5a PreisG²⁷), nach der der Wirtschaftsminister unter bestimmten Umständen einen Höchstpreis für Erdöl und seine Derivate zu bestimmen „hat“.

Anders sieht es dann freilich bei der Umsetzung von Richtlinien und vor allem beim Vollzug existierender gesetzlicher Bestimmungen aus. Hier bestehen konkrete staatliche Handlungspflichten, deren Nichterfüllung im Einzelfall durchaus (amts)haftungsrechtliche Konsequenzen haben kann²⁸).

²⁴) EuGH (FN 13).

²⁵) Zu Rückschrittsverboten und ähnlichen Konstruktionen aus rechtsvergleichender Sicht: *Merli*, Rechtliche Grenzen für den Umbau und Abbau des Sozialstaates, in: *Hofmann ua* (Hrsg), Armut und Verfassung. Sozialstaatlichkeit im europäischen Vergleich (1998) 13 (19 ff).

²⁶) Art 51 (Spanien); Art 81 lit j (Portugal).

²⁷) IdF BGBl I 1999/50; die Regelung soll der Abwendung eines durch „eine ungerechtfertigte Preispolitik der Mineralölwirtschaft“ verursachten „großen volkswirtschaftlichen Schadens, und zwar sowohl für die Wirtschaft als auch für die Konsumenten“, dienen: IA 1045/A XX.GP.

²⁸) Für das Gemeinschaftsrecht klassisch: EuGH 14.7.1994, Rs C-91/92, *Faccini Dori*, Slg 1994 I-3325; jüngst in einem österreichischen Fall: EuGH 15.6.1999, Rs C-140/97, *Rechtberger*, noch nicht in Slg; zum österreichischen Recht Nachweise bei *Raschauer*, in diesem Band (FN 51).

III. Funktionen des öffentlichen Wirtschaftsrechts für den Verbraucherschutz

Im folgenden soll die Rolle des öffentlichen Wirtschaftsrechts im Gesamtgefüge zivilrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Verbraucherschutzregelungen etwas näher betrachtet werden. Vorauszuschicken ist, daß Gemeinschaftsrecht wie Verfassungsrecht dem Gesetzgeber idR die Wahl zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Instrumenten des Verbraucherschutzes offenläßt²⁹). Sie richtet sich daher nach rechtspolitischen und rechtssystematischen Gesichtspunkten. Allerdings sind damit öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Instrumente nicht schon völlig beliebig austauschbar, sondern müssen mit Rücksicht auf ihre besonderen Funktionsweisen und -bedingungen eingesetzt werden. Überblickt man nun die Vielzahl an einschlägigen Regelungen, hat man nicht immer den Eindruck eines wohlüberlegten Systems³⁰). Trotzdem lassen sich einige Gesichtspunkte ausmachen³¹).

A. Einzelne Funktionen

1. Verstärkungsfunktion

Zunächst können öffentlich-rechtliche Regelungen den privatrechtlichen Verbraucherschutz verstärken. So enthält zB das KonsumentenschutzG eine Reihe von Verwaltungsstrafbestimmungen³²). Damit wird keine neue Pflicht geschaffen, sondern bestehenden Pflichten zivilrechtlicher Art gegenüber dem Vertragspartner werden dadurch zugleich auch öffentlich-rechtliche Pflichten gegenüber dem Staat. Damit ist ein zweiter Weg der Rechtsdurchsetzung eröffnet.

Ein solcher zusätzlicher Mechanismus kann dort wichtig sein, wo die Wahrscheinlichkeit privater Rechtsdurchsetzung für die Zielverwirklichung zu gering ist – sei es aus Informationsmangel des Betroffenen, aus fehlen-

²⁹) Zum Gemeinschaftsrecht vgl das Arbeitsdokument der Kommission „Der Vollzug des Europäischen Verbraucherrechts“ v 27.3.1998, SEK(1998)527 endg, 6, 8, 14 f.

³⁰) Das wird vor allem im Beitrag von *Raschauer*, in diesem Band, sehr deutlich.

³¹) Die folgende Übersicht lehnt sich an *Schmidt-Aßmann*, Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnungen, in: *Hoffmann-Rient/Schmidt-Aßmann* (Hrsg), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen (1996) 7, an.

³²) § 32. Weitere Beispiele der „Verdopplung“ von zivilrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Sanktionen bei *Raschauer*, in diesem Band.

dem Interesse, weil noch kein Schaden entstanden ist, aus Scheu vor dem Prozeßrisiko, weil sich die Konfliktparteien irgendwie anders geeinigt haben oder aus anderen Gründen. Gerichte werden nur auf Antrag tätig, die Verwaltung handelt auch von Amts wegen. Öffentlich-rechtliche Rechtsdurchsetzung allein wäre hier sicher nicht ausreichend; als Verstärkung kann sie aber durchaus ihre Berechtigung haben, weil sie eben nicht von privatem Nutzenkalkül zufällig Betroffener abhängt. Öffentliches Verbraucherrecht kann deshalb größere Breitenwirkung haben und den Schutz der Allgemeinheit bewirken, während die zivilrechtlichen Instrumente jedenfalls primär auf Betroffenenenschutz abzielen.

2. Ergänzungsfunktion

Öffentliches Verbraucherschutzrecht kann privates weiters auf verschiedene Weise ergänzen. ZB ergänzen sich öffentlich-rechtliche Betriebspflicht und privatrechtlicher Kontrahierungszwang bei der Versorgungssicherung³³⁾. Die beiden Instrumente sind unabhängig voneinander einsetzbar, aber in manchen Situationen kann das eine Instrument ohne das andere das Ziel nicht erreichen.

3. Präventionsfunktion

Die wohl wichtigste Funktion des öffentlichen Verbraucherschutzrechts besteht in der Prävention. Das Privatrecht greift in vorvertraglich oder vertraglich oder durch Schadenszufügung bereits individualisierten Rechtsbeziehungen und entfaltet Präventionswirkung nur indirekt. Öffentlich-rechtliche Konsumentenschutzregelungen – von der Zulassung von Produkten und Anbietern über die Marktaufsicht bis zum Preisauszeichnungsrecht, Vertriebsverboten und Werberegulungen³⁴⁾ – wirken dagegen von vornherein schon im Vorfeld. Viele dieser Vorschriften sollen es gar nicht zur Geschäftsanbahnung mit bestimmten Partnern oder in bezug auf bestimmte Waren oder Dienstleistungen kommen lassen, jedenfalls aber zivilrechtliche Auseinandersetzungen dadurch hintanhaltend, daß Irreführungen, Überrumpelungen oder Schäden gar nicht erst auftreten.

4. Vertrauensbildungsfunktion

Zugleich sind diese Vorschriften wichtig, weil sie das für eine funktionierende Wirtschaft essentielle Grundvertrauen schaffen. Natürlich ist damit noch nicht die Qualität der einzelnen Dienstleistung oder Ware im Einzelfall

³³⁾ ZB § 8 KraftfahrLinienG; §§ 105, 106 Abs 3 GewO für Rauchfangkehrer.

³⁴⁾ Vgl die Beispiele und Systematisierungen in den Beiträgen von *Holoubek* und *Raschauer*, in diesem Band.

garantiert. Die privatrechtlichen Beziehungen der Marktteilnehmer entwickeln sich aber leichter, wenn die Verbraucher zumindest im großen und ganzen zB darauf vertrauen können, daß Werbebotschaften nicht völlig falsch, Lebensmittel oder Kosmetika nicht gesundheitsgefährdend, Spielwaren nicht lebensgefährlich und Anwälte oder Elektriker nicht ahnungslos sind. Nicht nur die Verbraucher, sondern gerade auch die Anbieter von „Vertrauensgütern“³⁵⁾ profitieren von dieser öffentlich-rechtlichen Risikoreduktion.

5. Vorklärungsfunktion

Kommt es tatsächlich zu zivilrechtlichen Auseinandersetzungen, hat das öffentliche Verbraucherschutzrecht eine wesentliche Vorklärungsfunktion in jenen Fällen, in denen das Zivilrecht keine speziellen Beurteilungsmaßstäbe enthält. Der Zivilrichter kann sich an den spezifischen Wertungen des öffentlichen Verbraucherschutzrechts orientieren und öffentlich-rechtliche Sorgfaltsstandards oder andere konkrete Handlungs- und Unterlassungspflichten zum Ausgangspunkt seiner Überlegungen machen. Allerdings ist der Ausgangspunkt nicht der Endpunkt: Verstöße gegen öffentlich-rechtliche Verbote können, müssen aber nicht zur Nichtigkeit privater Verträge führen; die Nichtbeachtung öffentlich-rechtlicher Vorschriften kann, muß aber nicht schadenersatzrechtlich relevant werden; öffentlich-rechtliche Vorschriften können privatrechtliche Informationspflichten und Sorgfaltsstandards beeinflussen, sind aber nicht von vornherein mit ihnen identisch³⁶⁾. Das öffentliche Verbraucherschutzrecht kann also dem privatrechtlichen in vielfältiger Weise das Terrain bereiten; es übernimmt aber nur die Grobsteuerung, während dem Privatrecht mit der ihm eigenen Flexibilität die Feinabstimmung im Einzelfall obliegt.

6. Immunisierungsfunktion

Soweit das Privatrecht an öffentlich-rechtliche Vorschriften anknüpft, hat die Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Verbraucherschutzvorschriften für den betroffenen Anbieter von Waren oder Dienstleistungen natürlich umgekehrt auch den Vorteil, daß er privatrechtliche Sanktionen nicht zu fürchten braucht.

7. Organisationsfunktion

Das öffentliche Recht enthält nicht nur materielle Regeln, sondern schafft auch die organisatorischen und verfahrensbezogenen Rahmenbedingungen für den Verbraucherschutz. Das gilt nicht nur allgemein für die staat-

³⁵⁾ S oben I.B.

³⁶⁾ Vgl zB *Raschauer*, in diesem Band (bei FN 185 ff).

liche Rechtsetzung und Vollziehung, sondern auch für die verbraucher-schutzspezifischen Aktivitäten etwa von beruflichen Selbstverwaltungsorganen, Interessenvertretungen, Nominationsorganisationen und Zertifizierungsstellen¹⁷⁾. Es ist das öffentliche Wirtschaftsrecht, das diesen Aktivitäten Privater die Grundlage bietet und sie mit den staatlichen Funktionen verknüpft.

Beides – Organisation und Verfahren der staatlichen Rechtsetzung und Einbindung privater Aktivitäten – ist für den Verbraucherschutz besonders wichtig angesichts der Internationalisierung, Technisierung, Exekutivlastigkeit und Privatisierung der Rechtserzeugung im Wirtschaftsrecht. Alle diese Entwicklungen sind bis zu einem gewissen Grad unvermeidlich, weil sachangemessen, und sie verstärken einander noch: Die Internationalisierung des Verbraucherschutzrechts ist nur die notwendige Reaktion auf die Internationalisierung der Wirtschaftsaktivitäten; an der Technisierung des Rechts führt in vielen Bereichen kein Weg vorbei, wenn man Anforderungen an Produkte, Dienstleistungen und zugehörige Informationen genau fassen will; mit technischer Detailregelung, erst recht auf internationaler Ebene, sind Parlamente überfordert; staatlicherseits kann diese Aufgabe nur von der Exekutive geleistet werden – oder sie wird eben Privaten übertragen. Die zunehmende Einbeziehung Privater in Rechtsetzung und Kontrolle, wie sie sich etwa der großen Bedeutung von technischen Normen und Zertifizierungen im Rahmen der neuen Konzeption der EG äußert¹⁸⁾, ist in vielerlei Hinsicht vorteilhaft, nicht nur zur Vermeidung staatlicher Überlastung, sondern auch etwa zur Gewinnung notwendigen Sachverständigen und zur Verringerung von Vollzugsdefiziten.

Im Hinblick auf den Verbraucherschutz führen diese Entwicklungen allerdings zu einer gewissen Paradoxie: Unter solchen Umständen haben im Prozeß der Rechtsetzung die besser Organisierten eine noch stärkere Stellung als sonst, und das sind in der Regel eben nicht die Konsumenten. Die Verbraucher, also definitionsgemäß die Laien, haben nur dann eine seriöse Durchsetzungschance, wenn sie Profis sind. Umso wichtiger sind staatliche, also öffentlich-rechtliche Organisations- und Verfahrensregeln, die im staatlichen wie im nichtstaatlichen Bereich für Transparenz der Entscheidungsprozesse und Zurechenbarkeit von Verantwortung sorgen, eine angemessene – auch organisierte – Verbraucherbeteiligung vorsehen und eine gewisse Distanz der zuständigen Stellen von den betroffenen Interessen gewährleisten.

¹⁷⁾ Vgl. zB § 4 Abs 2 Z 5 ArbeiterkammerG (Konsumentenschutz als Aufgabe); § 16 ElektrotechnikG 1992; § 49 Abs 2 Z 1 ElWOG; § 9 Abs 1 Z 1 Chemiewaffenkonvention-Durchführungsg; § 4 BG BGBl 1992/309 (Wahrnehmung von Konsumentenschutzangelegenheiten in Beiräten); § 2 Abs 1 lit a NormenG 1971; allgemein: *Weber/Walzel v Wiesentreu (FN 1) 39 ff.*

¹⁸⁾ Dazu *Holoubek*, in diesem Band (bei FN 83 ff, 107 ff).

8. Entlastungsfunktion

Durch Prävention, Vertrauensbildung, Vorklärung, Immunisierung und Schaffung eines organisatorischen Rahmens entlastet das öffentliche Verbraucherschutzrecht die Zivilgerichte, weil ihnen mancher Streit erspart bleibt, die Marktteilnehmer, weil ihre faktischen und rechtlichen Risiken und damit auch ihre Transaktionskosten sinken, die nichtstaatlichen Akteure in Normsetzung und -anwendung, weil es ihnen eine Rolle zuweist und einen Rahmen bietet, und das Privatrecht als System, weil es ihm die flächendeckende Entwicklung bereichsspezifischer Standards erspart.

9. Droh- und Reservefunktion

Schließlich gibt es auch Teile des öffentlichen Verbraucherschutzrechts, die grundsätzlich gar nicht zur Anwendung kommen sollen. Wie das Beispiel der Ermächtigung zur Regelung des Benzinpreises zeigt¹⁹⁾, geht es hier in erster Linie um eine Drohfunktion: Die Mineralölwirtschaft soll dadurch zu „freiwilligen“ Preissenkungen bewegt werden.

Noch eine Stufe „höher“ ist die verbraucher-schützende Reservefunktion des öffentlichen Wirtschaftsrechts angesiedelt. Hier geht es um Recht, das noch gar nicht erlassen ist, das aber erlassen werden könnte und auf dessen Erlassung nur deshalb verzichtet wird, weil sich die betroffenen Unternehmen zu einer freiwilligen Selbstbeschränkung bereiterklären.

Auch diese Mechanismen bewirken eine Entlastung – diesmal des formellen Rechtsetzungs- oder Vollzugsapparats –, die allerdings gelegentlich durch eine Verwischung von Freiheit und Zwang, auch gegenüber dem Einzelunternehmen im sich selbst verpflichtenden Verband, erkauft wird.

10. Vereinheitlichungsfunktion

Zuletzt sei noch erwähnt, daß natürlich das an die Mitgliedstaaten gerichtete EG-Richtlinienrecht zur Harmonisierung des Verbraucherschutzes natürlich ebenfalls zum öffentlichen Recht gehört, und zwar auch dann, wenn zivilrechtliche Regelungen harmonisiert werden.

B. Verbraucherschutz als rechtsbereichsübergreifende Aufgabe

Die vorstehende Skizze ist sicherlich in vieler Hinsicht ergänzungs- und differenzierungsbedürftig. Sie enthält auch nur mögliche Funktionen des existierenden öffentlichen Verbraucherschutzrechts Österreichs und der EG.

¹⁹⁾ S oben bei FN 27.

Mit ihr wird weder behauptet, daß alle genannten Regelungen ihre Funktionen tatsächlich zufriedenstellend erfüllen, noch, daß jede dieser Funktionen ausschließlich mit öffentlich-rechtlichen Instrumenten gewährleistet werden kann, und auch nicht, daß alle diese Funktionen im konkreten Ausmaß tatsächlich notwendig sind.

Die Skizze soll allerdings deutlich machen, daß der Verbraucherschutz weder als öffentlich-rechtliche Sozialgestaltung mit einigen zivilrechtlichen Anhängseln noch als Privatrechtsdomäne mit bedauernden öffentlich-rechtlichen Übergriffen verstanden werden kann. Er ist eine übergreifende Aufgabe, die mit einer sinnvollen Kombination öffentlich-rechtlicher und zivilrechtlicher Instrumente bewältigt werden muß. Die Rechtswissenschaft könnte dazu einen Beitrag leisten, indem sie über die Dogmatik und Systematisierung hinaus auch die Funktionsanalyse rechtlicher Instrumente stärker in ihr Programm einbezieht. Daß dafür empirische Informationen und gelegentliche Hilfestellungen von Nachbarwissenschaften erforderlich sein mögen, müßte für eine Disziplin, in der die teleologische Argumentation zum Standardrepertoire gehört, kein Hindernis sein.

*Schriften zum
gesamten Recht der Wirtschaft*

Herausgegeben von
Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher
Univ.-Prof. Dr. Bernd-Christian Funk
Univ.-Prof. Dr. Michael Holoubek
Univ.-Prof. Dr. Karl Korinek
Univ.-Prof. Dr. Heinz Krejci
Univ.-Prof. DDr. Hans-Georg Ruppe

Band 36

Der Schutz
von
Verbraucher
interessen

Ausgestaltung im öffentlichen Recht und
im Privatrecht

Herausgegeben von
Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher
und
Univ.-Prof. Dr. Michael Holoubek

Verlag
Orac
Wien 2000