

Sicherstellung der Wiederbeschaffung in der Haushaltsversicherung

1. Hat der VN alle bei ihm als Käufer vorhandenen Unterlagen vorgelegt, kann er aber nicht alle ihm abverlangten Kaufunterlagen vorlegen, so hat er gegebenenfalls den Verkäufer einzuschalten. Damit ist er grundsätzlich seiner Aufklärungsobliegenheit nachgekommen.

2. Erteilt der VN Auskünfte, die dem V aber nicht genau genug sind, so hat er konkret zu sagen, worauf es ihm ankommt (hier: wiederholte Tatortbesichtigung nach einem Einbruch, obwohl die polizeilichen Ermittlungen schon Monate davor abgeschlossen waren).

3. Die strenge Wiederherstellungsklausel stellt eine Risikobegrenzung dar, mit der sichergestellt

werden soll, dass der VN die Versicherungssumme nicht für frei bestimmbare Zwecke verwendet. Im Versicherungsfall entsteht zunächst nur ein Anspruch auf den Zeitwert, der Restanspruch auf den Neuwert hängt von der Wiederherstellung oder deren (fristgerechter) Sicherung ab. Grundsätzlich kann eine 100%ige Sicherung nicht verlangt werden, sondern es muss ausreichen, wenn angesichts der getroffenen Vorkehrungen keine vernünftigen Zweifel an der Durchführung der Wiederherstellung bestehen. Wann die Verwendung gesichert ist, ist nach Treu und Glauben zu entscheiden und hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.

Bankwesengesetz: Höhe der Strafdrohung als alleiniges Kriterium für Grenzziehung zwischen Justiz- und Verwaltungsstrafrecht ungeeignet – Bemerkungen zu VfGH 13. 12. 2017, G 408/2016

ALFRED GROF

1. Mit seinem jüngst zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 99 d BWG, der (gegebenenfalls) die Verhängung von Geldstrafen in Millionenhöhe durch weisungsgebundene Behörden (anstelle von Gerichten) zulässt, ergangenen Erk vom 13. 12. 2017, G 408/2016, vertritt der VfGH zwar weiterhin die Auffassung, dass die Ahndung ganz spezifischer Delikte iSd Art 91 Abs 2 und 3 B-VG der Zuständigkeit von Schöffen- und Geschworenengerichten – und damit der ordentlichen Gerichtsbarkeit – vorbehalten bleibt. Soweit es den unterhalb der Schöffen- und Geschworenengerichtsbarkeit angesiedelten Teilbereich betrifft, geht der VfGH nunmehr jedoch von seiner bisherigen Judikatur, wonach die Grenze zwischen Justiz- und Verwaltungsstrafrecht im Hinblick darauf, dass der (einfache) Gesetzgeber in der angedrohten Strafe jeweils die Sozialschädlichkeit des verbotenen Verhaltens zum Ausdruck bringt, schematisch anhand der Obergrenze des Ausmaßes der Strafdrohung gezogen wurde, explizit ab. Begründet wird dies damit, dass eine solche Grenzziehung der Vielfalt an möglichen Sachverhalten nicht mehr gerecht zu werden mag,

- weil ein alleiniges Abstellen auf die Strafdrohung nicht überzeuge,
- weil dadurch die unterschiedliche Funktion der Geldstrafe im gerichtlichen bzw im Verwaltungsstrafrecht sowie die mit ihrer Verhängung jeweils einhergehenden Folgen außer Acht gelassen würden,
- weil so die Unterschiede zwischen juristischen und natürlichen sowie zwischen vermögenden und weniger vermögenden Personen nicht zureichend erfasst werden könnten und

■ weil die vom Gesetzgeber mit der Zuordnung zum Justiz- bzw Verwaltungsstrafrecht jeweils verbundenen rechtspolitischen Zielsetzungen – allen voran jene der Stigmatisierung und der Entkriminalisierung – keine zureichende Berücksichtigung fänden; zudem wären

■ mit der B-VG-Novelle BGBl I 2012/51 erstinstanzliche Verwaltungsgerichte geschaffen worden, deren Richter nunmehr – im Gegensatz zu den Mitgliedern der zuvor bestanden habenden Unabhängigen Verwaltungssenate – mit denselben richterlichen Garantien wie jene der ordentlichen Gerichtsbarkeit ausgestattet seien.

Diese Abkehr von seiner früheren Judikatur bedeute nicht, dass der einfache Gesetzgeber künftig in der Zuordnung einer Materie zum Justiz- oder zum Verwaltungsstrafrecht gänzlich frei wäre, denn verfassungsrechtliche Grenzen ergäben sich auch weiterhin insb zB aus den spezifischen Zuständigkeiten der Schöffen- und Geschworenengerichte gem Art 91 Abs 2 und 3 B-VG, aus dem BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit (PersFrBVG) und aus dem Sachlichkeitsgebot des Gleichheitsgrundsatzes, das exzessiven Strafdrohungen entgegenstehe.

2. Dem mit dieser Entscheidung implizit zum Ausdruck gebrachten Leitgedanken einer schrittweisen und va auch unionsrechtlich bedingten¹⁾ Nivel-

Dr. Alfred Grof ist Richter und Leiter der Wissenschafts-, Evidenz- und Dokumentationsstelle des Verwaltungsgerichtes des Landes Oberösterreich in Linz.

1) Vgl dazu die in der – im VfGH-Erk wiedergegebenen (s Rz 8) – Stellungnahme der BReg angeführten unionsrechtlichen Normenkomplexe. Soweit Richtlinien explizit „Behörden“ zur Vollziehung

lierung der traditionellen Dichotomie zwischen Justiz- und Verwaltungsstrafrecht ist vorbehaltlos beizupflichten, stellt er doch einen wichtigen Beitrag zur Schaffung von künftiger Europarechtstauglichkeit eines essentiellen Teilbereichs der österr Rechtsordnung dar: Denn EGMR und EuGH sind ersichtlich ohnehin immer weniger geneigt, im Besonderen das Verwaltungsstrafrecht (wegen vorgeblicher systembedingter Spezifika) aus dem Anwendungsbereich der EMRK bzw der EGRC – va aus der zentralen Garantie der Gewährleistung eines fairen Verfahrens – ganz oder auch nur teilweise auszunehmen.²⁾

3. Weniger überzeugend erscheint hingegen der vom VfGH praktizierte Duktus der Begründung, der angesichts der rechtspolitisch richtungsweisenden Bedeutung dieses Erk³⁾ einerseits zu apodiktisch gehalten ist und mit dem Hinweis auf (bloß) zwei Literaturstellen auskommt⁴⁾ sowie andererseits va eine klare pro-futuro-Wegweisung für den einfachen Gesetzgeber vermissen lässt, denn die bezogenen Verfassungsnormen (Art 91 Abs 2 und 3 B-VG) sind ihrerseits nicht nur materiell unpräzise,⁵⁾ sondern stellen zudem selbst bloß Verweisungen auf die einfachgesetzliche Ebene dar (sa unten, 4.). Be-

sonders irritierend wirkt aber, dass die Abkehr von der früheren Judikatur – mit dem Effekt, dass nunmehr von Verfassungs wegen auch im Verwaltungsstrafrecht Geldstrafen in Millionenhöhe verhängt werden können – tragend auch mit dem Argument der Neuorganisation der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts begründet wurde. Angesichts des gegenwärtigen Status quo derselben bietet nämlich zum einen eine bloß formale Ausstattung mit richterlichen Garantien naturgemäß noch keine Gewähr für eine tatsächliche Unabhängigkeit – dies insb dann nicht, wenn und solange die Richterposten und va die Leitungsfunktionen bei den VwG de facto überwiegend mit Personen aus dem langjährigen Dienststand der Verwaltung besetzt werden. Vom organisatorischen Teilbereich abgesehen (und lediglich für diesen liegt seitens des EGMR eine [prinzipielle] Bescheinigung der EMRK-Konformität vor)⁶⁾ wurde jedoch zum anderen das Verfahrensrecht der VwG, also deren echte Achillesferse, von den nationalen und erst recht von den europäischen HöchstG bislang noch gar nicht problematisiert. Dass aber – nicht bloß eine Ausnahme, sondern vielmehr die Regel bildende – autoritär-antiquierte Erscheinungsformen wie Inquisitionsprinzip,⁷⁾ Beweislastumkehr, Amtssachverständige, Kumulationsprinzip, (nahezu) „ewige“ Verjährungsfristen⁸⁾ etc sowohl isoliert als auch erst recht in ihrem Zusammenwirken betrachtet den Grundsätzen eines fairen und kontradiktorischen (insb Straf-)Verfahrens zuwiderlaufen, liegt auf der Hand. Und dass die dementsprechenden Konventionswidrigkeiten bislang noch nicht explizit bzw zumindest in größerem Stil festgestellt wurden, lässt sich eigentlich nur mit der vom EGMR äußerst großzügig (bis hin zu nicht mehr objektiv nachvollziehbar) gehandhabten Ablehnungspraxis⁹⁾ erklären. Solange aber aus Straßburg und Luxemburg keine reale Gefahr droht, können VfGH und VwGH unschwer auch weiterhin maßgebliche Vorgaben des EGMR und des EuGH beiseiteschieben.¹⁰⁾

des Strafrechts berufen, steht eine solche Anordnung freilich unter dem Vorbehalt des Art 47 EGRC, dh, sie setzt jeweils eine echte gerichtliche Kontrolle voraus. Ob eine solche tatsächlich vorliegt, bemisst sich jedoch nicht allein an einer Bezeichnung oder am bloß formalen Aspekt der Weisungsfreiheit (auf die das Kriterium der Unabhängigkeit vielfach reduziert wird), sondern danach, ob die Organisation insgesamt und das Verfahren (die Verwaltungsgerichte haben in weiten Bereichen das *Behördenverfahren* anzuwenden!) und die personelle Besetzung dem Art 47 EGRC bzw dem Art 6 EMRK entspricht. Derartige kann aber im Bereich der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts nicht vorbehaltlos unterstellt werden, zumal ja nach stRsp des EGMR nicht einmal ein Anschein von Abhängigkeit und/oder Befangenheit vorliegen darf. Erstaunlich ist demgegenüber die in der Öffentlichkeit nach wie vor allein schon mit dem bloßen Begriff „Gericht“ einhergehende Aura, wie sich zB an der gegenwärtigen Diskussion um die Infiltrierung elektronischer Medien mittels sog „Bundestrojaner“ zeigt: Es wird suggeriert, dass allein schon ein „Richtervorbehalt“ (iS einer gegenüber fachlich minder qualifizierten Medienvertretern gern benutzten „Beruhigungspille“) eine absolute Gewähr für einen effektiven Grundrechtsschutz bieten würde, ohne gleichzeitig zu erwähnen, wie unproblematisch die Strafverfolgungsorgane in der Praxis die begehrten Abhörermächtigungs-, Hausdurchsuchungs- oder Beschlagnahmeermächtigungen erhalten (wobei jener Beamtentypus noch gar nicht in den Blick geraten ist, der einfach aus Langeweile, Neugier etc abhört, zumal sich im Bedarfsfall ein Verdacht mit wenig Aufwand konstruieren lässt – im Gedenken an die 80-jährige Wiederkehr des Anschlusses an das Deutsche Reich sollte iS eines „principiis obsta!“ nicht in Vergessenheit geraten, was angerichtet werden kann, wenn massive Eingriffsbefugnisse in die falschen Hände gelegt werden ...).

- 2) Vgl näher *Grof*, Die Trennung zwischen Justiz- und Verwaltungsstrafrecht aus national- und europarechtlichem Blickwinkel (2017) 309 ff.
- 3) Zumal gegenwärtig – als Folge steigender Komplexität in sämtlichen Lebensbereichen – eine deutliche Ausweitung des Strafrechts festzustellen ist, die in jenen Bereichen, in denen der Staat seine Ordnungssicherungspflicht nicht mehr (hinreichend) erfüllen kann, sogar das Wiederaufleben von längst überwunden geglaubten Phänomenen (zB „Grazer Bürgerwehr“ – vgl *Kurier* v 16. 4. 2016; *Kleine Zeitung* v 19. 1. 2016) begünstigt.
- 4) Vgl Rz 64 des Erk.
- 5) Vgl „mit schweren Strafen bedrohten Verbrechen“, „politischen Verbrechen und Vergehen“ und „wenn die zu verhängende Strafe ein vom Gesetz zu bestimmendes Maß überschreitet“.

6) Insoweit grundlegend der Beschluss EGMR 4. 7. 2002, 38544/97, *Web & Web*, auf den sich auch VfGH und VwGH nach wie vor tragend beziehen (vgl zB VfGH 14. 3. 2017, E 3282/2016, und VwGH 13. 12. 2016, Ra 2015/09/0134).

7) Vgl dazu jüngst EuGH 14. 6. 2017, C-685/15, *Online Games*; zum Verbot der Vermischung von Anklage- und richterlicher Funktion vgl EGMR 20. 9. 2016, 926/08, *Karelin*.

8) Insb bei sog Dauerdelikten, aber § 31 VStG sieht auch schon für bloße Regelfälle zahlreiche Ausnahmen für die Hemmung der Verjährungsfristen vor.

9) Vgl *E. Chr. Schöpfer*, Zur Unzulässigerklärung von Beschwerden durch den EGMR ohne detaillierte Begründung, NLMR 2017, 307 ff, und *W. Karl*, 25 Jahre Newsletter Menschenrechte, NLMR 2017, 405; erstaunlich und objektiv nicht nachvollziehbar ist angesichts dessen, dass bzw weshalb sich der EGMR – anstelle grundsätzliche menschenrechtliche Verfahrensfragen zu lösen – gelegentlich akribisch – wie zB im Beschluss v 6. 2. 2018, 40607/12, *Kraus* – mit bloßen Detailproblemen (hier: zum Recht zu schweigen und sich nicht selbst belasten zu müssen) auseinandersetzt.

10) Vgl etwa zum Doppelbestrafungsverbot EGMR 15. 11. 2016, 24130/11, bzw EuGH 20. 3. 2018, C-537/16, und demgegenüber VfGH 2. 7. 2009, B 559/08, und zuletzt 11. 10. 2017, E 1698/2017; VwGH 8. 9. 2009, 2009/17/0181, 24. 2. 2011, 2007/09/0361, und 15. 4. 2016, Ra 2015/02/0226.

4. Jene verbleibenden Kriterien, anhand derer nunmehr zu beurteilen ist, ob eine konkrete Materie dem Justizstrafrecht vorbehalten ist, dürften dem Gesetzgeber seine Aufgabe künftig kaum erleichtern. Denn die Abs 2 und 3 des Art 91 B-VG enthalten diesbezüglich bloß einen inhaltsleeren Gesetzesvorbehalt, der nur dann justiziabel wird, wenn man diese Bestimmung gleichsam „historisch-versteinernd“ auslegt, und der Gleichheitsgrundsatz gewährleistet generell, insb aber im vorliegenden Zusammenhang, kaum eine inhaltliche Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit. Immerhin bewirkt aber Art 3 Abs 2 und 3 PersFrBVG, dass sich der Gesetzgeber im Falle der Zuweisung einer Materie zum Verwaltungsstrafrecht des effektiven Ausfalls der primären Freiheitsstrafe als Sanktionsart und damit als Mittel der General- und Spezialprävention¹¹⁾ schon im Vorhinein bewusst sein muss. Dies meint der VfGH wohl auch mit seinem Hinweis auf „die unterschiedliche Funktion der Geldstrafe im gerichtlichen und im Verwaltungsstrafrecht sowie die mit ihrer Verhängung jeweils einhergehenden Folgen“ in Rz 64 des Erk; ob aber damit auch einhergeht, dass die spezifische Funktion (sehr) hoher Geldbußen im Verwaltungsstrafverfahren gesetzlich auf die Belangung juristischer Personen, insb im Zusammenhang mit der Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben, beschränkt bleiben muss, geht aus dem Erk allerdings nicht hervor. Auch viele weitere Detailfragen – wie bspw jene, ob im Falle der Festsetzung einer hohen Geldstrafe,

der stets nur eine geringe Ersatzfreiheitsstrafe korrelieren kann, bei Leistungsunfähigkeit des Delinquenten die Aufrechterhaltung des Kumulationsprinzips zwecks Erzielung einer effektiven Generalprävention geradezu geboten oder nicht vielmehr § 16 Abs 2 VStG¹²⁾ als verfassungswidrig anzusehen ist – bilden damit aber erst den Anfang des Fragenkreises danach, in welcher Weise das Verwaltungsstraf(verfahrens)-recht letztlich insgesamt in europarechtskonformer Weise befriedigend ausgestaltet werden kann ... In diesem Sinne darf das vorliegende Erk wohl als gleichsam erster „Versuchsballon“ angesehen werden, dem nach entsprechenden Reaktionen bei sich bietenden Gelegenheiten sicherlich entsprechende Nachschärfungen folgen werden (müssen).

5. Abzuwarten bleibt insb auch, ob die Beschwerdeführer des Anlassverfahrens das hier in Rede stehende VfGH-Erk quasi „rechtskräftig“ werden lassen oder dagegen eine Beschwerde an den EGMR erheben werden.

11) Vgl Art 3 PersFrBVG: Freiheitsstrafe von höchstens sechs Wochen bzw drei Monaten.

12) Danach darf das Ausmaß der Ersatzfreiheitsstrafe zwei Wochen bzw das Höchstmaß der für die Verwaltungsübertretung angedrohten Freiheitsstrafe nicht übersteigen, wobei auch spezialgesetzlich – wie mit dem BWG – die Grenzen des Art 3 PersFrSchG nicht überschritten werden dürfen.

Verbrauchergerichtsstand 2.0

Der EuGH hat in der von Maximilian Schrems gegen Facebook angestregten Sammelklage mit der vielbeachteten E vom 25. 1. 2018¹⁾ der Übertragbarkeit des Verbrauchergerichtsstands und damit dessen Heranziehung für Sammelklagen eine klare Absage erteilt. Gleichzeitig hat er aber erstmals den dynamischen Ansatz bestätigt und stellt daher bei Beurteilung der Zuständigkeit nicht mehr allein auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ab.

Der dynamische, aber vorhersehbare Verbrauchergerichtsstand

NIKOLAUS PITKOWITZ

A. Die Vorlagefragen

Mit Vorabentscheidungsersuchen des OGH v 19. 9. 2016²⁾ wurden zwei Fragen betreffend die Auslegung der europäischen zivilprozessualen Verbraucherschutzvorschriften an den EuGH herangetragen. Der Kläger des zugrunde liegenden Verfahrens, Mag. Maximilian Schrems, begehrte die Einleitung einer „Sammelklage österreichischer Prägung“ gegen die Prozessgegnerin, Facebook Ireland Limited, und machte dabei sowohl behauptete eigene Ansprüche aus einem Verbrauchergeschäft geltend als auch behauptete abgetretene Ansprüche von tausenden anderen Verbrauchern. Für sämtliche Ansprüche berief er sich auf das Gerichtsstandsprivileg des Klägerge-

richtsstands nach Art 15 f EuGVVO aF (entspricht Art 17 f EuGVVO) am eigenen Wohnsitzort.

Dr. Nikolaus Pitkowitz ist Rechtsanwalt in Wien und vertritt in dem besprochenen Verfahren vor österr Gerichten und dem EuGH die Facebook Ireland Limited.

1) EuGH 25. 1. 2018, C-498/16, *Schrems/Facebook*; zustimmend *Schmon*, *ecolex* 2018/112; *Oberhammer*, *VbR* 2018/1.

2) OGH Vorlagebeschluss zu 6 Ob 23/16 z (Zak 2016/658, 343 = *jusIT* 2016/95, 215 [*Thiele*] = *ZIIR* 2016, 438 [*Thiele*] = *GRUR Int* 2016, 1173 = *RdW* 2016/602, 824 = *RZ* 2016, 283 EÜ 257); EuGH 19. 9. 2016, C-498/16; *Rechberger*, *Rechtsfragen zum Verbrauchergerichtsstand gem Art 15 f EuGVVO aF – Zum Vorabentscheidungsverfahren (Art 267 AEUV) in der Rs Maximilian Schrems vs Facebook Irland Ltd*, *ZfRV* 2017/26.