

Der Verbraucherschutz des Art. 38 GRCh als Auslegungs- und Rechtmäßigkeitsmaßstab

Zlatan Meškić und Darko Samardžić*

Inhalt	
A. Einleitung	351
B. Grundrechtsgehalt des Art. 38 GRCh	352
I. Kein eigenständiger subjektivrechtlicher Gehalt	352
II. Verhältnis zum sonstigen primärrechtlichen Verbraucherschutz	354
1. Entwicklungsstand und Vorrangwirkung des Verbraucherschutzes im AEUV	354
a) Art. 169 AEUV	355
b) Art. 12 AEUV	356
2. Kohärente Auslegung der Art. 38 GRCh, Art. 12 und 169 AEUV	357
III. Förderung von Durchführungsmaßnahmen zur Umsetzung des Art. 38 GRCh	358
C. Rechtsprechung des EuGH zum grundrechtlichen Verbraucherschutz durch Art. 38 GRCh	359
I. Art. 38 GRCh als Auslegungsmaßstab	360
II. Art. 38 GRCh als Rechtmäßigkeitsmaßstab	363
III. Vorrangwirkung des Art. 47 GRCh beim effektiven Rechtsschutz	367
IV. Kein Anwendungsvorrang von Verbraucherschutzrichtlinien mit Art. 38 GRCh durch „Mangold“, „Kücükdeveci“ und „Dansk Industri“	369
D. Resümee	372

A. Einleitung

Im europäischen Recht hat der Verbraucherschutz einen deutlichen legalen Positivismus erlebt. Die komplexe Regelungsmaterie ist inzwischen vom sekundärrechtlichen Besitzstand geprägt. Als Querschnittsmaterie verschränkt sich der Verbraucherschutz mit anderen Rechtsmaterien wie dem Gesundheits- und Umweltschutz oder dem Recht auf Informationen mit der Ausrichtung auf die Sicherheits- und Wirtschaftsinteressen der Verbraucher. Damit haben die seit 1975 anhaltenden Strategien der Kommission einen neuen Harmonisierungsgrad erzielt. Im Primärrecht hingegen fin-

* Prof. Dr. Zlatan Meškić und Prof. Dr. Darko Samardžić, Universität Zenica.

det sich eine solche Kongruenz nicht wieder. Die Grundrechtecharta (GRCh) bietet hier einen neuen Normativismus an, der in Anbetracht der verschiedenen Fliehkräfte vom minimalistischen staatlichen Souveränitätsverständnis bis hin zu einer europäischen Solidargemeinschaft unterschiedlich ausgelegt werden kann.

Der Verbraucherschutz hat mit der Grundrechtecharta eine eigenständige grundrechtliche Bestimmung erfahren. Allerdings fiel die Formulierung in Art. 38 GRCh als Chartagrundsatz im Sinne des Art. 52 Abs. 5 GRCh ziemlich schwach aus. Nicht nur, dass keine materiellen subjektiven Grundrechte begründet werden, es ist aus Art. 38 GRCh selbst kein Mehrwert im Vergleich zu den bereits bestehenden Art. 12 und Art. 169 AEUV zu erkennen. Bemerkenswerter Weise wurde in der sonst umfangreichen Literatur zum Verbraucherschutz keine feste Brücke zu Art. 38 GRCh gebildet. Außerdem gehört das EU-Verbraucherrecht in seinem überwiegenden Teil dem Privatrecht an und zu grundrechtlichen Aspekten gibt es noch keine gefestigte Rechtsprechung des EuGH. Als Grundsatznorm verbleibt die Lenkungswirkung des Art. 52 Abs. 5 GRCh. Dem Wortlaut des Art. 52 Abs. 5 GRCh zufolge sollen dem hohen Verbraucherschutzniveau des Art. 38 GRCh als Chartagrundsatz vor allem drei Wirkungen zukommen: Förderung des Erlasses von Durchführungsmaßnahmen, Heranziehung bei der Auslegung solcher Akte und Anwendung bei der Überprüfung der Rechtmäßigkeit solcher Akte. Dieser Beitrag widmet sich der Untersuchung, inwieweit und auf welche Weise sich diese drei Wirkungsmöglichkeiten seit der Anwendung der Grundrechtecharta verwirklicht haben. Zu diesem Zweck sind zuerst die Wirkungen auf normativer Ebene zu erfassen, also das Zusammenspiel des Art. 38 GRCh mit Art. 12 und Art. 169 AEUV. Danach wird kurz auf die neuen Durchführungsmaßnahmen des Art. 38 GRCh eingegangen. Im zweiten Teil werden speziell die Wirkungen des Art. 38 GRCh als Auslegungs- und Rechtmäßigkeitsmaßstab in der Rechtsprechung des EuGH unterschieden. Dabei wird auf die grundlegende Frage eines möglichen Anwendungsvorrangs der Verbraucherrichtlinien gegenüber Art. 38 GRCh eingegangen. Von Interesse ist, inwieweit mit Art. 38 GRCh in der Rechtsprechung des EuGH ein Mehrwert erkennbar ist.

B. Grundrechtsgehalt des Art. 38 GRCh

I. Kein eigenständiger subjektivrechtlicher Gehalt

Art. 38 GRCh hat keinen eigenständigen subjektivrechtlichen Grundrechtsgehalt. Dies ergibt sich schon aus seiner Formulierung:

„Die Politik der Union stellt ein hohes Verbraucherschutzniveau sicher“.

Erzielt werden soll ein hohes, nicht das höchste oder ein in der Abwägung stets überwiegendes Verbraucherschutzniveau. Zudem wird kein individueller Anspruch gewährt, sondern die Politik der Union soll diesem Ziel entsprechen. Ein „hohes Ver-

braucherschutzniveau“ sicherzustellen, gibt weder den subjektivrechtlichen Inhalt noch die Intensität einer Grundrechtsprüfung vor.¹

Aus Chartagrundsätzen im Sinne des Art. 52 Abs. 5 GRCh entstehen subjektivierte Rechtsansprüche durch konkretisierende Akte der EU oder der Mitgliedstaaten zur Durchführung des EU-Rechts.² Ein Blick in die Diskussionen im Konvent zeigt, dieser beabsichtigte von Beginn an die bereits im EGV verankerte Querschnittsaufgabe des Verbraucherschutzes in der Charta fortzuführen.³ Danach sollen Verbraucherschutzanliegen aber stärker als Gegengewicht zu schwer kontrollierbaren Marktmechanismen in der Grundrechtsprüfung berücksichtigt werden.⁴ In der Entstehungsgeschichte der Charta wurde anfangs im ersten Entwurf der Verbraucherschutz noch als „Schutz der Gesundheit, Sicherheit und Interessen der Verbraucher“ ausgestaltet.⁵ Für ein so einheitliches, breites Verbrauchergrundrecht bestand jedoch kein Konsens. Der Widerstand gegen den in der Charta zu kodifizierenden Verbraucherschutz blieb auch deshalb mäßig, weil dieser nur als objektivrechtlicher Chartagrundsatz aufgenommen wurde.⁶ Trotz vergleichbaren Wortlautes und teilweise ambivalenter Rechtsnatur sind die Chartagrundsätze gemäß Art. 52 Abs. 5 GRCh vom Gesetzgeber bewusst abgegrenzt worden von den allgemein anerkannten Grundsätzen zu denen beispielsweise Art. 157 AEUV als auch bestimmte vom EuGH anerkannte Grundrechte als Rechtsgrundsätze zählen.⁷ Chartagrundsätze nach Art. 52 Abs. 5 GRCh sind umsetzungs- und ausfüllungsbedürftig in Abhängigkeit ihrer Durchführungsmaßnahmen.⁸ Dies spricht dagegen, dem Art. 38 GRCh eigenständige subjektivrechtliche Wirkung zuzusprechen. Damit ist jedoch nicht Art. 38 GRCh als Auslegungs- und Rechtmäßigkeitsmaßstab im Zusammenwirken mit anderen Grundrechten ausgeschlossen, da gerade diese Möglichkeiten in Art. 52 Abs. 5 GRCh vorgesehen sind. Die mögliche kumulative Wirkung innerhalb des Primärrechts gilt es aufzuzeigen. Dadurch kann ein subjektivrechtlicher Mehrwert entstehen. Die weitere Möglichkeit eines subjektiven Mehrwerts kann dazu in der Auslegung des Sekundärrechts bestehen.

1 Pielow, in: Stern/Sachs (Hrsg.), Europäische Grundrechte-Charta, 1. Aufl. 2016, Art. 38, Rn. 17 und 37.

2 Streinz, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 38 GRCh, Rn. 2; Schmidt-Kessel, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar, Bd. 1, 1. Aufl. 2017, Art. 38 GRCh, Rn. 5.

3 Pielow, (Fn. 1), Art. 38, Rn. 1; Riedel, in: Mayer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der EU, 4. Aufl. 2014, Art. 38, Rn. 4.

4 Ibid., Rn. 5.

5 Art. 36 des Entwurfs der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, CHARTE 4422/00 v. 28.7.2000.

6 Riedel, (Fn. 3), Art. 38, Rn. 5.

7 Pache, in Pechstein/Nowak/Häde, (Fn. 2), Art. 52 GRCh, Rn. 34; Jarass, Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl. 2016, Art. 52 GRCh, Rn. 68 ff.

8 Jarass, Der neue Grundsatz des Umweltschutzes im primären EU-Recht, ZUR 2011, S. 563; Terbechte, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 52 GRCh, Rn. 12.

In der EMRK wird der Verbraucher mit keinem Wort erwähnt.⁹ Eine Kodifikation des Verbraucherschutzes findet sich eher in den jüngeren, osteuropäischen Verfassungen der nach 1990 beigetretenen Mitgliedstaaten wie Bulgarien oder Polen.¹⁰ Doch auch diese Verbürgungen sind eher objektivrechtlicher Natur. Eine wichtige Ausnahme bildet die Verfassung Portugals, die ein Grundrecht auf Verbraucherschutz mit einem Schadenersatzanspruch vorsieht.¹¹ Mit diesen Ausnahmeregelungen wird eher das Regelverständnis fehlender subjektivrechtlicher Wirkung bestätigt. Der EuGH folgt bei seiner Auslegung grundsätzlich nicht der weitesten Schutzauslegung, sondern wendet die wertende Rechtsvergleichung als primäre europäische Auslegungsmethode an. Dieses Gesamtverständnis wird von den Kölner Schlussfolgerungen des Rates von 1999 gestützt. Das Mandat des Grundrechtekonvents war darauf ausgerichtet, Freiheits-, Gleichheits- und Verfahrensgrundrechte so zu umfassen wie sie in der EMRK bereits gewährleistet sind und sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben.¹² Der Auftrag war weder unmittelbar auf eine Expansion des Verbraucherschutzes noch auf einen Meistbegünstigungsstandard ausgerichtet.

II. Verhältnis zum sonstigen primärrechtlichen Verbraucherschutz

1. Entwicklungsstand und Vorrangwirkung des Verbraucherschutzes im AEUV

Die sozialen Grundrechte knüpfen an die Ziele und Vorgaben des Primärrechts an. Der Verbraucherschutz ist, wie aus den Erläuterungen zur Grundrechtecharta ersichtlich, angelehnt an die bereits bestehenden Querschnittsklauseln der Art. 169, 12 AEUV. Demnach ist der Verbraucherschutz bei der Verfolgung anderer Ziele (Art. 3-6 EUV) und Harmonisierungsmaßnahmen des Binnenmarktes (Art. 114 Abs. 3 AEUV) zu berücksichtigen.¹³ Zwischen dem Primär- und Sekundärrecht besteht eine klassische Wechselwirkung. Hinzu kommt das auf Grundlage des Sekundärrechts entwickelte Privatrecht, das im Bereich des Verbraucherschutzes von Bedeutung für die Auslegung öffentlichen Rechts sein kann.

9 *Weatherill*, in: Peers/Hervey/Kenner/Ward (Hrsg.), EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary, 2014, Art. 38 CFR, S. 1008.

10 *Regneling/Szczekalla*, Grundrechte in der Europäischen Union, 2005, S. 855. Rechtsvergleichend ist die Aufnahme des Verbraucherschutzes in die Verfassungsnormen eher als eine Bekenntnis zu sozialen Rechten zu betrachten, als ein gesetzbegehrlicher Wille Regelungen für den Schutz der Verbraucher vorzusehen, die eine wichtige Rolle einnehmen sollen. *Jagielska/Jagielski*, Are consumer rights human rights?, in: Devenney/Kenny, European Consumer Protection, 2012, S. 336.

11 *Knops*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, (Fn. 8), Art. 38 GRCh, Rn. 37.

12 Schlussfolgerungen des Rates v. 3. und 4.6.1999 in Köln, Anhang IV.

13 *Krebber*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 38 GRCh, Rn. 4.

a) Art. 169 AEUV

Die Bestimmung des Art. 169 AEUV geht zurück auf Art. 129a EGV, der mit dem Maastricht-Vertrag eingeführt wurde, und den Verbraucherschutz zu einer eigenständigen Politik erhob. Der Wortlaut besagt unverändert, dass die EU „einen Beitrag zur Erreichung eines hohen Verbraucherschutzniveaus“ leistet. Die Vorschrift enthält unionale Handlungsfelder¹⁴ zum Verbraucherschutz. Der Inhalt entspricht im Wesentlichen dem ersten Verbraucherschutzprogramm der Union von 1975, womit der Gesundheitsschutz, die Sicherheit und wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher, Informationsrechte, Rechte auf Erziehung und Bildung von Vereinigungen zur Wahrung ihrer Interessen aufgegriffen wurden.¹⁵ In der Grundrechtecharta wurden explizit und implizit Teilgewährleistungen der in Art. 169 AEUV genannten Verbraucherrechte als spezielle Bestandteile in verschiedenen Grundrechten erfasst wie dem Verbrauchergesundheitsschutz (Art. 3 GRCh), dem Schutz der Verbraucherdaten (Art. 8 GRCh), den Verbraucherinformationsrechten (Art. 11 Abs. 1 GRCh) oder dem effektiven Verbraucherrechtsschutz (Art. 47 GRCh).¹⁶ Diese subjektivrechtlich fundierten Erfassungen des Verbraucherschutzes werden durch Art. 38 GRCh objektivrechtlich gestützt, nicht jedoch eigenständig subjektivrechtlich verankert oder gemeinsam zu einem übergeordneten subjektiven Verbraucherschutzrecht zusammengefasst.

Art. 169 AEUV ist auch nach Einführung des Verbraucherschutzes in der Grundrechtecharta weiterhin die zentrale Vorschrift für konkrete Verbraucherschutzmaßnahmen und hat die Funktion einer Leitnorm im EU-Verbraucherrecht.¹⁷ Art. 169 Abs. 2 AEUV verweist auf Art. 114 AEUV, der Kompetenzen zur Harmonisierung des Sekundärrechts begründet und verpflichtet die EU, die Politiken der Mitgliedstaaten zum Verbraucherschutz zu stützen.¹⁸ Die Kommission geht nach Art. 114 Abs. 3 AEUV in ihren Vorschlägen von einem hohen Verbraucherschutzniveau aus. Damit sind zwei Stoßrichtungen der Verbraucherpolitik aufgestellt.¹⁹ Einerseits erlässt die Union nach Art. 169 Abs. 2 lit. a AEUV Maßnahmen im Rahmen der Verwirklichung des Binnenmarktes gemäß Art. 114 AEUV. Andererseits leistet die Union gemäß Art. 169 Abs. 2 lit. b AEUV ihren Beitrag durch Maßnahmen zur Unterstützung, Ergänzung und Überwachung der Politik der Mitgliedstaaten unabhängig vom Bin-

14 *Lurger*, in: Streinz, (Fn. 2), Art. 169 AEUV, Rn. 19; *Krebber*, (Fn. 13), Art. 169 AEUV, Rn. 9.

15 Erstes Programm der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher, ABl. C 92 v. 25.4.1975, S. 2.

16 *Schmidt-Kessel*, (Fn. 2), Art. 38 GRCh, Rn. 5.

17 *Pfeiffer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 60. EGL 2016, Art. 169 AEUV, Rn. 1 f.

18 Vgl. *von Vogel*, Verbrauchervertragsrecht und allgemeines Vertragsrecht: Fragen der Kohärenz in Europa, 2006, S. 56.

19 *Herwig*, Der Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers bei der Umsetzung von europäischen Richtlinien zum Verbrauchervertragsrecht, 2002, S. 46.

nenmarkt.²⁰ Nach herrschender Ansicht ist im Verbraucherrecht mit Art. 169 Abs. 2 lit. b AEUV eine eigenständige gesetzgeberische Kompetenzgrundlage geschaffen worden, die keine unmittelbare Verbindung zum Binnenmarkt erfordert.²¹ Sekundärrecht wurde bisher aber selten auf diese Grundlage gestützt.

b) Art. 12 AEUV

Die Querschnittsklausel des Art. 12 AEUV wurde mit dem Lissabonner Vertrag aus dem ehemaligen Art. 153 Abs. 2 EGV übernommen und genießt nun an der Spitze des AEUV eine prominente normative Stellung. Demnach ist den Erfordernissen des Verbraucherschutzes bei der Festlegung und Durchführung anderer Gemeinschaftspolitiken und -maßnahmen Rechnung zu tragen. Dieser Klausel kann, im Gegensatz zu Art. 38 GRCh, der durch Art. 51 ff. GRCh eingeschränkt ist,²² eine zuständigkeitsausweitende Wirkung bei der Auslegung der einschlägigen Kompetenznormen zukommen.²³ Auf Grundlage dieser Klausel wird in der Literatur vereinzelt der Gedanke „*in dubio pro consumente*“ angeführt.²⁴ Mit diesem nicht herrschenden Ansatz kann kein automatischer Auslegungs- oder Wirkungsvorrang einer Konsumentenfigur begründet werden.²⁵ Hingegen können im Rahmen der fortschreitenden Binnenmarktintegration zur Schaffung eines ausgewogeneren Marktgleichgewichts zwischen den Teilnehmern und einer gleichberechtigteren Vertragsgrundlage im Sinne der Privatautonomie die primärrechtlichen Rahmenbedingungen zum Verbraucherschutz gestärkt werden.²⁶ Der praktische Wert der Querschnittsklausel zum Verbraucher-

20 Weatherill, The Evolution of European Consumer Law and Policy: From Well Informed Consumer to Confident Consumer?, in: Micklitz (Hrsg.), Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa?, 1996, S. 449.

21 Reich/Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, 4. Aufl. 2003, S. 34; Pfeiffer, (Fn. 17), Art. 169 AEUV, Rn. 35; Lurger, (Fn. 14), Art. 169 AEUV, Rn. 19; Krebber, (Fn. 13), Art. 169 AEUV, Rn. 32; Herwig, (Fn. 19), S. 47; Heiderhoff, Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts, 2004, S. 28; Lehmann, Die Rezeption des europäischen Verbraucherschutzes im österreichischen Recht, 2002, S. 37; Wallner, Die Angleichung der Gewährleistungsbestimmungen im europäischen Verbraucherschutzrecht, 2002, S. 21; Büßer, Das Widerrufsrecht des Verbrauchers – Das verbraucherschützende Vertragslösungsrecht im europäischen Vertragsrecht, 2001, S. 35.

22 Die „Durchführung des Unionsrechts“ nach Art. 51 Abs. 1 GRCh, legt der EuGH aber bisher so weit aus, dass er im Vergleich zur Rechtslage vor der GRCh keine Änderung sieht; vgl. EuGH, Rs. C-260/89, ERT/DEP, EU:C:1991:254, Rn. 42 ff.; EuGH, Rs. C-349/07, Sopropé, EU:C:2008:746, Rn. 34; EuGH, Rs. C-617/10, Åkerberg Fransson, EU:C:2013:105, Rn. 18 ff. Siehe Trstenjak/Beysen, Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in der Unionsrechtsordnung, EuR 2012, S. 278; Kingreen, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 13), Art. 51 GRCh, Rn. 8.

23 Schmidt-Kessel, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar, Bd. II, 1. Aufl. 2017, Art. 12 AEUV, Rn. 8.

24 Riesenhuber, Kein Zweifel für Verbraucher, JZ 2005, S. 830 ff.

25 Krebber, (Fn. 13), Art. 12 AEUV, Rn. 1; Pfeiffer, (Fn. 17), Art. 12 AEUV, Rn. 3; Schmidt-Kessel, (Fn. 23), Art. 12 AEUV, Rn. 65; Grub, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge, 6. Aufl. 2012, Art. 12 AEUV, Rn. 4.

26 Vgl. Rösler, Auslegungsgrundsätze des Europäischen Verbraucherprivatrechts in Theorie und Praxis, RabelsZ 2007, S. 495.

schutz zeigt sich beispielweise in den Begründungs- und Dokumentationsanforderungen der Rechtmäßigkeitsprüfung und Justiziabilität.²⁷

Normativ ist eine Evolution des Verbraucherschutzes in Anlehnung an den Umweltschutz erkennbar. Derzeit wird aber immer noch vertreten, dass der Verbraucherschutz nicht äquivalent zum Schutzniveau im Umwelt- (Art. 11 AEUV) oder Gesundheitsrecht (Art. 9, 168 AEUV) ist.²⁸ Insofern sollten Analogien mit Zurückhaltung gebildet werden. Dennoch kann durch das Zusammenwirken der verwandten Querschnittsmaterien die Intensität der verbraucherschutzrechtlichen Grundrechtsprüfung erhöht werden. Es wäre schwierig nachvollziehbar, weshalb die Grundlagen eines würdigen Daseins und Zusammenlebens des Bürgers als Verbraucher qualitativ unterschiedlich geschützt werden. Die Verbraucherrechte sind Bestandteil der allgemeinen Lebensgrundlagen zum Schutze der Gesundheit und des Wohlergehens. Insgesamt verbleibt damit die Kritik am Lissabon-Vertrag, keine angemessenere Antwort auf die Anforderungen des Verbraucherschutzes im Zusammenhang mit den anderen Querschnittsmaterien gegeben zu haben. Die Rolle des Verbraucherschutzes im Binnenmarkt ist in ihrer Gesamtbedeutung zu würdigen, nicht lediglich als Einzelinteresse oder zum individuellen Schutz eines unterlegenen Verbrauchers.²⁹

2. Kohärente Auslegung der Art. 38 GRCh, Art. 12 und 169 AEUV

Die Bestimmungen der Art. 169, 12 AEUV lassen dem als Grundsatz formulierten Art. 38 GRCh wenig individuellen Wirkungsraum. Die Zielvorgabe des „hohen Verbraucherschutzniveaus“ wird bereits in Art. 169 AEUV aufgestellt. Während Art. 169 AEUV als Kompetenzgrundlage dienen kann, ist dies bei Art. 38 GRCh ausgeschlossen. Dies wiederholt Art. 51 Abs. 2 GRCh, der sich in seiner redundanten Art als deklaratorische Norm bezeichnen lässt. Die Entstehungsgeschichte zeigt, dass der Konvent mit der Übernahme des Verbraucherschutzes in die Charta weitere über die im AEUV bereits bestehenden Rechtswirkungen vermeiden wollte.³⁰ In den Erläuterungen zur Grundrechtecharta wird ersichtlich, dass der Konvent bei Art. 38 GRCh stringent auf Art. 169 AEUV verweist. Ein Vergleich des Wortlauts zeigt aber auf, dass Art. 38 GRCh mit seiner Sicherstellungszielsetzung („sicherstellen“) eine stärkere Verpflichtung erzeugt als Art. 169 AEUV mit seinem Beitragsgedanken („zur Gewährleistung beizutragen“). Hingegen benennt Art. 169 AEUV konkrete Handlungsfelder samt Rechten der Verbraucher und der Förderung der Verbraucherinteressen. Die Querschnittsklausel des Art. 12 AEUV ist grammatikalisch eher schwach, da sie kein „hohes Schutzniveau“ einfordert und lediglich dazu verpflichtet, dem Verbraucherschutz „Rechnung zu tragen“.³¹ Trotz der unterschiedlichen Schutzintensi-

27 Pfeiffer, (Fn. 17), Art. 12 AEUV, Rn. 3.

28 Berg, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 12 AEUV, Rn. 2.

29 Rösler, Primäres EU-Verbraucherrecht: Vom Römischen Vertrag bis zum Vertrag von Lissabon, EuR 2008, S. 817.

30 Pielow, (Fn. 1), Art. 38, Rn. 1; Riedel, (Fn. 3), Art. 38, Rn. 4.

31 So auch Schmidt-Kessel, (Fn. 23), Art. 12 AEUV, Rn. 65.

täten bestehen gemeinsame Verbraucherschutzzielsetzungen. Die Entstehungsgeschichte des Art. 38 GRCh im Konvent mit der klaren Anknüpfung an Art. 169 AEUV zeigt die Wechselwirkungen auf. Diese gleichlaufenden Gemeinsamkeiten erfordern nach historischem, systematischem und teleologischem Verständnis der Art. 38 GRCh, Art. 12 und 169 AEUV eine kohärente Auslegung des Verbraucherschutzes,³² eine Art gemeinsamen „Verbraucherschutztelos“³³ als Maßgabe bei der Auslegung des Primär- und Sekundärrechts.

Dem Auslegungsverständnis des EuGH zufolge zwingt die Verpflichtung, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu erreichen, die EU nicht, mit der Umsetzung von Richtlinien ein höchstmögliches Verbraucherschutzniveau zu erzielen, wie es eventuell in einzelnen Mitgliedstaaten vorherrschen könnte.³⁴ Es würde der europäischen Methode der wertenden Rechtsvergleichung zuwiderlaufen, die Standards einzelner Mitglieder für alle als bindend vorzuschreiben oder dem Meistbegünstigungsgedanken folgend ein neues Rechtsschutzniveau vorzugeben. Vereinzelte Harmonisierungsbestimmungen, die in bestimmten Mitgliedstaaten zu Schutzniveaumodifikationen oder gar -einschränkungen führen, stehen nicht *per se* im Widerspruch mit der Erreichung eines hohen Verbraucherschutzniveaus (vgl. z.B. die Rechtssache *Einlagensicherungssysteme*).³⁵ Abhängig vom Gesamtverständnis kann es zu Absenkungen einzelner Standards in einzelnen Mitgliedstaaten kommen oder solche Veränderungen können im Rahmen einer Schutzniveaugesamtbetrachtung als unerheblich angesehen werden.³⁶ Eine Relativierung des Verbraucherschutzniveaus kann insofern rechtmäßig sein, soweit das Schutzniveau insgesamt oder sukzessiv erhöht, nicht aber entscheidend abgesenkt wird. Die EU ist daher nicht daran gehindert, eigene als zu weitreichend erkannte Maßnahmen zurückzunehmen.³⁷ Insofern kann aus Art. 38 GRCh zusammen mit Art. 12 und Art. 169 AEUV durchaus ein Optimierungsgebot gesehen werden, das nicht mathematisch zu einem höchstmöglichen Schutzniveau ohne Richtungsänderungen zwingt.³⁸

III. Förderung von Durchführungsmaßnahmen zur Umsetzung des Art. 38 GRCh

Dem hohen Verbraucherschutzniveau des Art. 38 GRCh als Chartagrundsatz soll nach Art. 52 Abs. 5 GRCh auch die Wirkung zukommen, den Erlass von Durchführungsmaßnahmen zu fördern. Konkretisiert wird der Chartagrundsatz des Verbrau-

32 So auch *Lurger*, (Fn. 14), Art. 12 AEUV, Rn. 3.

33 So *Schmidt-Kessel*, (Fn. 2), Art. 38 GRCh, Rn. 19, allerdings in Bezug auf Art. 12, 114 Abs. 3 AEUV und Art. 38 GRCh.

34 *Krebber*, (Fn. 13), Art. 38 GRCh, Rn. 6; *Schmidt-Kessel*, (Fn. 2), Art. 38 GRCh, Rn. 10; a.A. *Knops*, (Fn. 11), Art. 38, Rn. 24 ff.; *Lurger*, (Fn. 14), Art. 169 AEUV, Rn. 16.

35 EuGH, Rs. C-233/94, *Deutschland/Parlament und Rat*, EU:C:1997:231, Rn. 48; Vgl. hierzu Art. 169 Abs. 4 AEUV, vgl. Art. 114 Abs. 3 AEUV.

36 *Weatherill*, (Fn. 9), Art. 38 CFR, S. 1018.

37 *Schmidt-Kessel*, (Fn. 2), Art. 38 GRCh, Rn. 13.

38 *Pielow*, (Fn. 1), Art. 38, Rn. 7; *Mörsdorf*, Die Auswirkung des neuen „Grundrechts auf Verbraucherschutz“ gemäß Art. 38 GR-Ch auf das nationale Privatrecht, JZ 2010, S. 761.

cherschutzes klassisch durch Sekundärrechtsakte wie Verordnungen und Richtlinien.³⁹ Ein Blick in neuere Verbraucherschutzverordnungen und -richtlinien zeigt, dass Art. 38 GRCh zunehmend neben Art. 169, 114 AEUV in die Erwägungsgründe zum Sekundärrecht einbezogen wird.⁴⁰ Im Erwägungsgrund 52 der neuen Pauschalreise-Richtlinie wird sogar ausdrücklich die gegenseitige Abwägung der unternehmerischen Freiheit nach Art. 16 GRCh und des hohen Verbraucherschutzes nach Art. 38 GRCh bei den in der Richtlinie gewährten Rechten betont.⁴¹ Im Verbraucherprogramm für 2014-2020 bleibt Art. 38 GRCh hingegen unerwähnt.⁴² In Bezug auf Art. 38 GRCh als Chartagrundsatz kann nach bisheriger Gesetzgebungspraxis von einer Pflicht zum Erlass eines Durchführungsaktes gemäß Art. 52 Abs. 5 GRCh keine Rede sein.⁴³ Aufgrund der abstrakten Rechtsnatur des Verbraucherschutzgrundsatzes des Art. 38 GRCh wäre so eine Pflicht auch schwer zu begründen. Die gesetzliche Förderung bleibt ebenfalls eher aus. Denn nach den großen Gesetzgebungsaktivitäten im Bereich des Verbraucherschutzes vor dem Inkrafttreten der Grundrechtecharta hat diese in den letzten Jahren nachgelassen. Einen Beweis dafür liefert die EU-Richtlinie über Verbraucherrechte, die anstatt von der geplanten umfassenden Kodifikation des Verbrauchervertragsrechts am Ende im Wesentlichen nur die Änderung von zwei Richtlinien mit sich brachte.⁴⁴ Dies steht nicht in einer hauptursächlichen Verbindung zur Grundrechtecharta selbst, sondern ist auf die zurückhaltendere EU-Gesetzgebungs-politik im materiellen Privatrecht zurückzuführen.

C. Rechtsprechung des EuGH zum grundrechtlichen Verbraucherschutz durch Art. 38 GRCh

Entgegen dem zugegeben beschränkten, aber vorhandenen und oben aufgezeigten Grundrechtspotential des Art. 38 GRCh hat der EuGH Art. 38 GRCh bisher eher

39 *Terhechte*, (Fn. 8), Art. 52, Rn. 12; *Jarass*, (Fn. 8), S. 563.

40 Vgl. VO (EU) Nr. 524/2013 über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten, ABl. L 165 v. 18.6.2013, S. 1; RL 2013/11/EU über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten, ABl. L 165 v. 18.6.2013, S. 63; RL (EU) 2015/2302 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.11.2015 über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen, ABl. L 326 v. 11.12.2015, S. 1. Siehe dagegen die mangelnde Erwähnung in der RL 2011/83/EU über Rechte der Verbraucher, ABl. L 304 v. 20.11.2011, S. 64; ebenso in der RL 2014/17/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 4.2.2014 über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher, ABl. L 60 v. 28.2.2014, S. 34.

41 Im Erwägungsgrund 52 der RL (EU) 2015/2302 heißt es wörtlich: „Diese Richtlinie steht im Einklang mit den Grundrechten und Grundsätzen, wie sie mit der Charta der Grundrechte der Europäischen Union anerkannt wurden. Diese Richtlinie achtet insbesondere die unternehmerische Freiheit gemäß Artikel 16 der Charta und stellt gleichzeitig ein hohes Verbraucherschutzniveau innerhalb der Union nach Artikel 38 der Charta sicher.“

42 VO (EU) Nr. 254/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.2.2014 über ein mehrjähriges Verbraucherprogramm für die Jahre 2014-2020, ABl. L 84 v. 20.3.2014, S. 42.

43 Vgl. *Ladenburger*, in: Stern/Sachs, (Fn. 1), Art. 52, Rn. 105, 110; *Herresthal*, Grundrechtecharta und Privatrecht, ZEuP 2014, S. 257.

44 *Meškić*, Towards a General Part of the EU Consumer Contract Law, New Perspectives of South-East European Private Law, 2012, S. 187; *Meškić*, Europäisches Verbraucherrecht – Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und europäische Perspektiven, 2008, S. 19.

stiefmütterlich behandelt.⁴⁵ Die Generalanwältin *Trstenjak*⁴⁶ hat den EuGH – noch bevor die Grundrechtecharta primärrechtlich verbindlich wurde – in ihren Schlussanträgen aufgefordert, Art. 38 GRCh zur Auslegung von Verbraucherschutzfragen mit heranzuziehen. Selbst acht Jahre nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon befindet sich die Ausformung des Chartagrundsatzes zu einem hohen Verbraucherschutzniveau immer noch in den Kinderschuhen. Dies betrifft insbesondere Art. 38 GRCh als Auslegungsmaßstab, bei dem der EuGH zurückhaltender agiert als bei der Anwendung des Art. 38 GRC in seiner Funktion als Rechtmäßigkeitsmaßstab. In vielen Fällen, die in den Schutzbereich des Verbraucherschutzes fallen, werden andere Bestimmungen der Grundrechtecharta herangezogen, ohne dass eine Verbindung zu Art. 38 GRCh hergestellt wird.⁴⁷ Als Rechtmäßigkeitsmaßstab wurde Art. 38 hingegen in der Entscheidung *Neptune Distribution* vom 17. Dezember 2015⁴⁸ zum berechtigten Ziel vom allgemeinem Interesse im Sinne des Art. 52 Abs. 1 GRCh erhoben. Auf diese beiden Anwendbarkeitskategorien wird nun in Bezug auf die Rechtsprechung des EuGH näher eingegangen. Es werden die Fälle untersucht, in denen Art. 38 GRCh ausdrückliche Erwähnung fand.

I. Art. 38 GRCh als Auslegungsmaßstab

Art. 52 Abs. 5 GRCh zufolge dient Art. 38 GRCh der Auslegung von Durchführungsakten in Richtung auf den Verbraucherschutz, obwohl damit eine originär objektiv-rechtliche Pflicht berührt wird.⁴⁹ Insofern stellt sich die Frage, inwieweit individuelle Rechtspositionen inzident berücksichtigt werden und wie Art. 38 GRCh zu anderen verbraucherrechtsrelevanten Grundrechten steht. Die erste ausdrückliche Frage zu Art. 38 GRCh wurde dem EuGH im Fall *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*⁵⁰ vorgelegt. Diesem Verbraucherschutzverein aus Spanien wurde es verwehrt, Unterlassungsklage gegen missbräuchliche Klauseln eines Unternehmers am Gericht des Ortes des Vereinssitzes zu erheben. Außerdem bestand den spanischen nationalen Verfahrensregeln zufolge kein Rechtsmittel gegen Beschlüsse, mit denen erstinstanzliche Gerichte sich für örtlich unzuständig erklärten. Beide nationale Vorschriften stehen nach Ansicht des Verbraucherschutzvereines – und des vorlegenden Gerichtes – in Widerspruch zum Ziel eines „hohen Verbraucherschutzniveaus“, wie in Art. 4, 12, 114, 169 AEUV sowie Art. 38 GRCh in Verbindung mit der Richtlinie 93/13/EEG über missbräuchliche Klauseln in Verbrau-

45 EuGH, Rs. C-34/13, *Kušionová*, EU:C:2014:2189; EuGH, Rs. C-470/12, *Pohotovost*, EU:C:2014:101.

46 Schlussanträge GAin *Trstenjak* zu EuGH, Rs. C-227/08, *Eva Martin*, EU:C:2009:295, Rn. 44.

47 So nur *Schmidt-Kessel*, (Fn. 2), Art. 38 GRCh, Rn. 29.

48 EuGH, Rs. C-157/14, *Neptune Distribution*, EU:C:2015:823.

49 *Mörsdorf*, (Fn. 38), S. 762.

50 EuGH, Rs. C-413/12, *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*, EU:C:2013:800.

cherverträgen⁵¹ vorgeschrieben. Der EuGH und Generalanwalt Mengozzi⁵² ließen nicht nur Art. 38 GRCh vollkommen unerwähnt, sondern gänzlich die Grundrechtecharta. In der Begründung berief sich der EuGH ausschließlich auf die bewährten Äquivalenz- und Effektivitätsprinzipien,⁵³ ohne eine Verbindung zur Grundrechtecharta herzustellen. Der EuGH erklärte, Unterlassungsklagen müssten „eine zentrale Rolle spielen, um ein hohes Verbraucherschutzniveau in der EU zu erreichen“, aber die Äquivalenz- und Effektivitätsprinzipien stünden den genannten spanischen Vorschriften nicht entgegen.⁵⁴ Stärkere subjektivrechtliche Wirkungen erblickt der EuGH im Gegensatz zu Art. 38 GRCh in Art. 47 GRCh bezüglich der Verbraucherrechte. In späteren Entscheidungen zum Effektivitätsprinzip hat der EuGH vermehrt Art. 47 GRCh herangezogen, womit die Grundrechtecharta zunehmend Anwendung findet.⁵⁵

In der nächsten Vorlagefrage zu Art. 38 GRCh ging es erneut um prozessuale Rechte von Verbraucherschutzvereinen, womit ein Tor zu Art. 47 GRCh aufgestoßen war. Im Fall *Pohotovost*⁵⁶ war es einer slowakischen Verbraucherschutzvereinigung nach slowakischem Recht verwehrt, einem Vollstreckungsverfahren auf der Seite des Verbrauchers als Streithelferin beizutreten. Dem EuGH zufolge gilt das Gebot des „hohen Verbraucherschutzniveaus“ auch für die Umsetzung der Richtlinie 93/13/EEG. Allerdings stellte der Gerichtshof fest:

„da jedoch die RL 93/13 keine Bestimmung enthält, die ein Recht der Verbraucherschutzvereinigungen auf Streitbeitritt in Individualstreitigkeiten vorsähe, an denen Verbraucher beteiligt sind, kann Art. 38 der Charta als solchem nicht das Gebot entnommen werden, die Richtlinie im Sinne der Anerkennung eines solchen Rechts auszulegen“.

Somit antwortete das Gericht im Fall *Pohotovost* zugleich auf die im Fall *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León* gestellte Frage. Ansonsten hat der EuGH keine weitergehende Wirkung über die eines bloßen objektiven Grundsatzes hinaus angenommen. Subjektivrechtliche Wirkungen würden durch Durchführungsmaßnahmen erzeugt und diese Maßnahmen seien abschließenden Charakters. Aus der Zielsetzung der Richtlinie in Verbindung mit Art. 38 GRCh könnten keine weiteren Verbraucherrechte entwickelt werden, die nicht schon in der Richtlinie enthalten seien. Im Unterschied zur Rechtssache *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León* prüfte der EuGH in *Pohotovost* auch den Rechtsanspruch auf einen wirksamen Rechtsbehelf und Zugang zu einem unparteiischen Gericht gemäß Art. 47 GRCh. Die Antwort fiel im Ergebnis gleichfalls negativ aus.

51 ABl. L 95 v. 21.4.1993, S. 29.

52 Schlussanträge GA Mengozzi zu EuGH, Rs. C-413/12, *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*, EU:C:2013:532.

53 EuGH, Rs. C-78/98, *Preston u.a.*, EU:C:2000:247, Rn. 31.

54 EuGH, Rs. C-413/12, *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*, EU:C:2013:800, Rn. 50.

55 Reich, Der Effektivitätsgrundsatz im EU-Verbraucherrecht – die Bedeutung des Art. 47 Charta der Grundrechte der EU, VuR 2012, S. 327.

56 EuGH, Rs. C-470/12, *Pohotovost*, EU:C:2014:101, Rn. 52.

Die bisher wichtigste Entscheidung des EuGH zu Art. 38 GRCh als Auslegungsmaßstab für Sekundärrecht bildete der Fall *Kušionová*.⁵⁷ Im zugrunde liegenden Sachverhalt schloss der Verbraucher einen Verbraucherkreditvertrag im Wert von 10.000 Euro ab, der mit einem Grundpfandrecht am selbst bewohnten Einfamilienhaus gesichert wurde. Es stellte sich die Frage der Missbräuchlichkeit der Pfandbestellungsvertragsklausel, in der eine außergerichtliche Verwertung des Familienhauses als Sicherheit für das bestellte Grundpfandrecht vorgesehen war. Die Klausel erlaubte dem Gläubiger, das bestellte Pfand ohne gerichtliche Kontrolle zu verwerten. Die Vorlagefragen bezogen sich einerseits darauf, ob die Auslegung der Richtlinie 93/13/EEG im Lichte des Art. 38 GRCh eine gerichtliche Überprüfung der strittigen Vertragsbedingung erfordere, sowie bejahendenfalls, ob die Wirkung des Art. 38 GRCh gegenüber einer ihn potenziell verletzenden nationalen Vorschrift Anwendungsvorrang genieße, wobei die *Simmenthal II*-Entscheidung zur Auslegung herangezogen wurde. Der EuGH wies in der Beantwortung der ersten Frage darauf hin, dass die Vorlagefrage zwar in Bezug auf Art. 38 GRCh gestellt worden sei, aber dass eigentlich im Wesentlichen Art. 47 GRCh zu prüfen sei. Der EuGH begründete dies damit, das Verbraucherschutzniveau sei im Hinblick auf die zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe im Rahmen des Art. 47 GRCh zu bestimmen. Er führte weiter aus, dass sowohl Art. 38 GRCh als auch Art. 47 GRCh Gebote zur Umsetzung der Richtlinie 93/13/EEG enthielten. Allerdings schloss er die Prüfung im Hinblick auf Art. 38 GRCh damit ab, die Richtlinie 93/13/EEG enthalte keinerlei Hinweis in Bezug auf die Verwertung von Sicherheiten. Darin kann ein Festhalten des EuGH an seiner Rechtsprechung zu *Pohotovost* gesehen werden, wonach in Ermangelung konkreter Verbraucherrechte aus der Richtlinie dem Art. 38 GRCh kein weitergehendes subjektives Recht zu entnehmen sei. Die wesentliche Bedeutung der *Kušionová*-Rechtsprechung liegt darin, dass ein hohes Verbraucherschutzniveau stärker bei der Auslegung anderer in der Grundrechtecharta gewährleisteter subjektiver Rechte einbezogen wurde. Art. 38 GRCh wird nicht als eigenständiges subjektives Recht, sondern zur unterstützenden, kohärenten Auslegung des Verbraucherschutzes herangezogen.

In der neuesten EuGH-Entscheidung *Comtech*⁵⁸ wird bestätigt, dass Art. 38 GRCh ausschließlich zur unterstützenden Auslegung dient. Das hohe Verbraucherschutzniveau, das durch die Richtlinie 2011/83/EU über Verbraucherrechte verfolgt wird, ist insofern nicht mehr nur ein Ausdruck des in Art. 169 AEUV, sondern nun zusätzlich des in Art. 38 GRCh verankerten Grundsatzes,⁵⁹ mehr aber auch nicht. Zugleich wird in *Comtech* deutlich, dass Art. 38 GRCh nun auch in Fällen, in denen nicht direkt danach gefragt wird, vom EuGH öfter zur Auslegung herangezogen wird. In Bezug auf die Verbraucherrechte-Richtlinie,⁶⁰ die eine zentrale Stellung im Verbraucherprivatrecht einnimmt, ist dies eine wichtige Indikation. Denn in den Erwägungs-

57 EuGH, Rs. C-34/13, *Kušionová*, EU:C:2014:2189.

58 EuGH, Rs. C-568/15, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs Frankfurt am Main*, EU:C:2017:154.

59 Ibid., Rn. 28.

60 RL 2011/83/EU über Rechte der Verbraucher, ABl. L 304 v. 20.11.2011, S. 64.

gründen dieser nach dem Inkrafttreten der Grundrechtecharta angenommenen Richtlinie blieb Art. 38 GRCh überraschender Weise unerwähnt.⁶¹

Insgesamt entfaltet Art. 38 GRCh als Auslegungsmaßstab auch inzident keine weitergehenden subjektivrechtlichen Wirkungen als Art. 169 AEUV. Die schwache Formulierung überlässt dem Art. 38 GRCh als Auslegungsmaßstab kaum weiteren Spielraum, was beim Rechtmäßigkeitsmaßstab anders zu sehen ist. Dennoch wird Art. 38 GRCh vermehrt zur Auslegung herangezogen und bietet zusammen mit Art. 169 AEUV eine zusätzliche Rechtsgrundlage. Wie aus dem Fall *Kušionová* ersichtlich ist, kann sich ein spürbarer Mehrwert bei der Auslegung eventuell im Zusammenwirken mit anderen Grundrechten aus der Grundrechtecharta erschließen. Der Zielvorgabe des hohen Verbraucherschutzniveaus wird dann deutlicher im Zusammenhang mit den Erwägungen in Bezug auf andere Grundrechte Rechnung getragen. Außerdem zeigen die Vorlagefragen, dass der EuGH dazu angehalten wird, sich verstärkt mit dem Auslegungsgrundsatz des hohen Verbraucherschutzniveaus auseinanderzusetzen.

II. Art. 38 GRCh als Rechtmäßigkeitsmaßstab

Der Verbraucherschutzgrundsatz des Art. 38 GRCh kann gemäß Art. 52 Abs. 5 GRCh bei der Rechtmäßigkeitsprüfung von Durchführungsakten herangezogen werden. In der Rechtssache *Kušionová* hat der EuGH weitergehend die grundrechtlichen Konturen eines Berücksichtigungsgebotes aufgezeigt. Der Verbraucherschutz ist sowohl bei der Auslegung des Art. 47 GRCh als auch des Art. 7 GRCh zum Grundrecht auf eine eigene Wohnung zu berücksichtigen.⁶² Der EuGH erklärte, die Mitgliedstaaten seien nach Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 93/13/EEG zur Wahrung von Verbraucherrechten verpflichtet, Schutzmaßnahmen zu ergreifen, um der Verwendung als missbräuchlich anzusehender Klauseln ein Ende zu setzen. Er sieht im Erlass einer einstweiligen Anordnung nach slowakischem Recht, welche die weitere Durchführung einer solchen Versteigerung untersagt, eine geeignete Sanktion. Weiter zeigte er auf, dass andere in der Grundrechtecharta gewährte subjektive Rechte zusammen mit Art. 38 GRCh die Verhältnismäßigkeitsprüfung modifizieren können. Der EuGH führte aus, der Verlust der Familienwohnung sei nämlich nicht nur geeignet, Verbraucherrechte erheblich zu beeinträchtigen, sondern bringe die Familie des betroffenen Verbrauchers in eine besonders gefährdete Lage. Er nahm Bezug auf die Rechtsprechung des EGMR, wonach der Verlust der Wohnung einen der schwersten Eingriffe in das Grundrecht auf Wohnen darstelle und jede betroffene Person die Möglichkeit einer Rechtmäßigkeitsprüfung anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes habe.⁶³ Bei der Anwendung der Richtlinie 93/13/EEG sei das Grundrecht auf

61 Siehe unter B.III.

62 Vgl. hingegen EuGH, Rs. C-415/11, *Aziz*, EU:C:2013:164, Rn. 61, in welcher der Verlust der Wohnung des Verbrauchers bei der Auslegung des Art. 7 der RL 93/13/EEG ebenfalls berücksichtigt wurde, aber die GRCh noch gänzlich unerwähnt blieb.

63 EGMR, Nr. 19009/04, *McCann/Vereinigtes Königreich*, Rn. 50; EGMR, Nr. 27183/04, *Rousk/Schweden*, Rn. 137.

eine eigene Wohnung gemäß Art. 7 GRCh zu berücksichtigen. Insoweit sei es für das nationale Gericht erforderlich, die Möglichkeit zu haben, vorläufige Maßnahmen zur Aussetzung oder Verhinderung eines unzulässigen Hypothekenvollstreckungsverfahrens aussprechen zu können, wenn der Erlass solcher Maßnahmen erforderlich sei, um die volle Wirksamkeit des durch die Richtlinie anvisierten Schutzes zu gewährleisten. Der Fall *Kušionová* zeigt, dass Art. 38 GRCh inzident oder kumulativ mit anderen Verbraucherschutzrechten den Prüfungsmaßstab im Rahmen der Rechtmäßigkeitsprüfung modifizieren kann. Diese Wirkung kommt ihm entweder eigenständig als Chartagrundsatz im Rahmen einer objektiven oder gemeinsam mit subjektivrechtlichen Normen im Rahmen einer subjektivrechtlichen Rechtmäßigkeitsprüfung zu.

In der Rechtssache *McDonagh*⁶⁴ hat der EuGH erstmalig, den Schlussanträgen des Generalanwalts *Yves Bot* folgend,⁶⁵ Art. 38 GRCh unmittelbar ausgelegt, obwohl er darum nicht ersucht wurde. Im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen Frau McDonagh und Ryanair stellte das vorlegende Irische Gericht unter anderem die Frage, ob einzelne Bestimmungen der Fluggastrechte-Verordnung⁶⁶ gegen die Unternehmensfreiheit nach Art. 16 und das Eigentumsrecht nach Art. 17 GRCh verstießen und damit ungültig seien. Der EuGH berücksichtigte in seinen Erwägungen auch Art. 38 GRCh und argumentierte, dass dieser wie Art. 169 AEUV darauf abzielt, dass in der Politik der Union ein hohes Niveau des Schutzes der Verbraucher, zu denen die Fluggäste gehören, zu gewährleisten sei. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung stellte er daraufhin fest, dass einzelne betroffene Grundrechte in Art. 16, 17 und Verbraucherrechte nach Art. 38 GRCh bei den in Frage stehenden Bestimmungen der Fluggastrechte-Verordnung miteinander in Einklang stehen und, dass zwischen ihnen ein angemessenes Gleichgewicht besteht. Daher waren aus seiner Sicht auch die Erfordernisse der Verhältnismäßigkeitsprüfung erfüllt. Zuvor hat der EuGH die hohen finanziellen Kosten der Fluggesellschaften am Ziel des hohen Schutzniveaus für die Fluggäste gemessen. Obwohl dies weder vom EuGH noch vom Generalanwalt ausdrücklich festgestellt wurde, diente das hohe Verbraucherschutzniveau nach Art. 38 GRCh erstmalig in der Entscheidung *McDonagh* als ein Beschränkungsgrund von Chartagrundrechten.⁶⁷ Explizit erklärte der EuGH das hohe Verbraucherschutzniveau nach Art. 38 GRCh aber erst in *Neptune Distribution* zum berechtigten Ziel von allgemeinem Interesse.

Mit *Neptune Distribution* hat der EuGH Art. 38 GRCh unmittelbar ausgelegt, ohne durch die Vorlagefrage dazu veranlasst gewesen zu sein. Er folgte damit der Initiative des Generalanwalts *Jääskinen*.⁶⁸ Der Rechtssache lag eine in Frankreich erhobene Klage der *Neptune Distribution* zugrunde, in der die Nichtigerklärung einer Verwal-

64 EuGH, Rs. C-12/11, *McDonagh*, EU:C:2013:43.

65 Schlussanträge GA *Bot* zu EuGH, Rs. C-12/11, *McDonagh*, EU:C:2012:161, Rn. 69.

66 ABl. L 46 v. 17.2.2004, S. 1.

67 *Jarass*, (Fn. 7), Art. 38 GRCh, Rn. 9; *ders.*, in: Heiderhoff/Lohsse/Schulze (Hrsg.), EU-Grundrechte und Privatrecht, 1. Aufl. 2016, S. 50 ff.

68 Schlussanträge GA *Jääskinen* zu EuGH, Rs. C-157/14, *Neptune Distribution*, EU:C:2015:460, Rn. 46.

tungsentscheidung beantragt wurde, mit der *Neptune Distribution* aufgefordert worden war, verschiedene Angaben auf Etiketten der von ihr vertriebenen natürlichen Mineralwässer sowie in der Werbung dafür zu entfernen. Es handele sich um Angaben, die bei den Verbrauchern den Eindruck erwecken könnten, dass diese Mineralwässer einen niedrigen Salz- oder Natriumgehalt hätten. *Neptune Distribution* machte geltend, dass das anwendbare Sekundärrecht über Etikettierung von Lebensmitteln so auszulegen sei, dass die Gesamtmenge an Natrium anders als vom nationalen Gericht zu berechnen sei. Außerdem vertrat *Neptune Distribution* die Ansicht, die Auslegung von Sekundärrechtsvorschriften verstoße gegen die Meinungsäußerungs-/Informationsfreiheit nach Art. 11 Abs. 1 GRCh und die Unternehmerfreiheit nach Art. 16 GRCh. Die Bestimmungen, welche die Verwendung der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Angaben und Hinweise beschränkten, sollten ein hohes Verbraucherschutzniveau bieten. Dies umfasse eine angemessene, transparente Information des Verbrauchers über den Natriumgehalt solcher Mineralwässer, um einen fairen Handel sicherzustellen und die menschliche Gesundheit zu schützen. Somit stellten die Bestimmungen nach Erachten des EuGH Durchführungsmaßnahmen auch zu Art. 38 GRCh dar. In der Folge berief sich der Gerichtshof auf die Schlussanträge des Generalanwaltes, wonach das hohe Gesundheits- und Verbraucherschutzniveau berechnete Ziele von allgemeinem Interesse nach Art. 9, 12, 114 Abs. 3, 168 Abs. 1, 169 Abs. 1 AEUV, Art. 35 und 38 GRCh darstellten. Der Verbraucherschutz stehe in engem Zusammenhang mit dem Gesundheitsschutz und stelle ein Anliegen von allgemeinem Interesse dar, das die Einschränkungen der Meinungsäußerungs-, Informations- und Unternehmerfreiheit rechtfertigen könne. Unter diesen Umständen sei bei der Beurteilung der Gültigkeit der streitigen Bestimmungen darauf zu achten, die Erfordernisse des Schutzes dieser verschiedenen durch die Unionsrechtsordnung geschützten Grundrechte und berechtigten Ziele von allgemeinem Interesse miteinander in Einklang zu bringen. Um ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den grundrechtsberechtigten Verbrauchern und Marktteilnehmern zu erzielen, bedarf es einer Berücksichtigung und Abwägung des Verbraucherschutzes im Sinne der praktischen Konkordanz.⁶⁹

Das hohe Verbraucherschutzniveau im Lichte des Art. 38 GRCh wird in der Rechtssache *Neptune Distribution* erstmals ausdrücklich als berechtigtes Ziel von allgemeinem Interesse im Sinne des Art. 52 Abs. 1 GRCh herausgearbeitet. Damit berechtigt es zur Einschränkung anderer Rechte aus der Grundrechtecharta. Der EuGH bestätigte dies einige Monate nach *Neptune Distribution* in der Entscheidung *Polkomtel*.⁷⁰ Er stellte fest, das Recht auf freie Berufsausübung könne ebenso wie die Ausübung des Eigentumsrechts Beschränkungen unterworfen werden, sofern diese Beschränkungen tatsächlich dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Union entsprächen. Als dem Gemeinwohl dienendes Ziel hat er daraufhin den Zugang der Endnutzer (also der Verbraucher) zu den (in Frage stehenden) Diensten festgelegt. Der EuGH wurde zwar ausdrücklich nach dem – aus der Sicht des vorlegenden polnischen Obers-

69 Herresthal, (Fn. 43), S. 261.

70 EuGH, Rs. C-397/14, *Polkomtel*, EU:C:2016:256.

ten Gerichtshofs – für den Sachverhalt relevanten „bestehenden Konflikt“ zwischen der unternehmerischen Freiheit nach Art. 16 und dem Verbraucherschutz nach Art. 38 GRCh gefragt. Der EuGH konnte seine Antwort aber nicht unmittelbar in Auslegung der Grundrechtecharta geben, da diese aus zeitlichen Gründen auf den Sachverhalt nicht anwendbar war.⁷¹ Er musste somit auf die freie Berufsausübung als allgemeinen Rechtsgrundsatz zurückgreifen, ebenso wie auf den Schutz der Endnutzer anstatt vom Verbraucherschutz. Mit *McDonagh*, *Neptune Distribution* und *Polkomtel* hat der EuGH in drei Entscheidungen das hohe Verbraucherschutzniveau nach Art. 38 GRCh als Beschränkungsgrund für Grundrechte herangezogen, allerdings ohne sich hierbei auf die jeweils andere Entscheidung zu beziehen.

In *Neptune Distribution* wird auf die enge Verbindung zwischen dem Recht auf Gesundheit als Verbraucherrecht, das schon im ersten Verbraucherschutzprogramm von 1975 genannt wurde und dem Gesundheitsschutz im Sinne des Art. 35 GRCh abgestellt. Das Recht auf genaue, transparente Informationen und angemessene Aufklärung, das der EuGH als Gut „von allgemeinem Interesse“ ansieht, kann als Rechtfertigung zur Einschränkung andere Grundrechte dienen. Mehrere Primärrechte gemeinsam können die Intensität der Rechtmäßigkeitsprüfung modifizieren, also die Schrankenwirkung von im Einzelnen ohne subjektivrechtlich konkretisierte Wirkung ausgestatteten Rechten erhöhen. Dadurch wird die Verhältnismäßigkeitsprüfung intensiviert und bei der Kollision mit anderen gleichwertigen Primärrechtsgrundsätzen eine Abwägung im Rahmen der praktischen Konkordanz ermöglicht.⁷² Eine Kollision mit anderen Primärrechten wie Grundfreiheiten ist gerade im marktwirtschaftlichen Bereich zwischen dem Verbraucher als schwächerem Glied und der Marktmacht der Unternehmen nicht unwahrscheinlich. Insofern scheint das dogmatische Muster der Konvergenz der Kriterien – wie es sich zwischen Grundrechten und Grundfreiheiten entwickelt hat – durch. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit und praktischen Konkordanz kann sich das Berücksichtigungs- und Abwägungsgebot bis hin zum Optimierungsgebot des Art. 38 GRCh entfalten.

In Ermangelung der subjektivrechtlichen Wirkung der Chartagrundsätze gemäß Art. 52 Abs. 5 GRCh wurde in der Literatur von Beginn an die objektive Rechtmäßigkeitskontrolle als essentielle Funktion der Grundsätze im Rahmen einer gerichtlichen Überprüfung angesehen.⁷³ In der Rechtssache *Neptune Distribution* wurde bestätigt, dass bei Durchführungsmaßnahmen zu Art. 35, 38 GRCh das Berücksichtigungs- und Abwägungsgebot zu Art. 38 GRCh nicht lediglich im Wirkungszusammenhang mit eng verwandten Verbraucherschutznormen steht, sondern es treten Wechselwirkungen mit anderen Grundrechten wie der Meinungsäußerungs-/Informationsfreiheit nach Art. 11 Abs. 1 GRCh und der Unternehmerfreiheit nach Art. 16 GRCh auf. Trotz der gegenseitigen subjektivrechtlichen Kumulation mit anderen Primärrechten gewährleistet Art. 38 GRCh selbst nur einen hohen Verbraucherschutz im Sinne eines objektivrechtlichen Prinzips, angelehnt an die abstrakten

71 Ibid., Rn. 59-61.

72 Mörsdorf, (Fn. 38), S. 761.

73 Ladenburger, (Fn. 43), Art. 52, Rn. 103; Jarass, (Fn. 7), Art. 52, Rn. 75.

Ziele und Querschnittsklausen der Art. 169, 12 AEUV. Besonders bedeutsam ist die Anknüpfung des Art. 38 GRCh an Art. 169 AEUV, die der EuGH nicht nur bei der Anwendung des Art. 38 als Auslegungsmaßstab, sondern auch als Rechtmäßigkeitsmaßstab vornimmt. Es besteht keine abschließende Justiziabilitätseinschränkung durch Sekundärrechte, auch wenn Art. 38 GRCh nicht weiter reicht als bereits sekundärrechtlich konkretisiertes Verbraucherrecht.⁷⁴ Sekundärrecht muss letzten Endes im Einklang mit Primärrecht stehen. Zwischen dem konkretisierenden Sekundärrecht und dem primärrechtlichen Grundrechtsschutz besteht insoweit eine Wechselwirkung.

III. Vorrangwirkung des Art. 47 GRCh beim effektiven Rechtsschutz

Bemerkenswert ist, dass der EuGH Art. 47 GRCh nutzt, um eine eigenständige subjektivrechtliche Verbraucherschutzwirkung zu erzielen. Die Möglichkeit, das nationale Prozessrecht unter dem Effektivitätsgrundsatz zu beleuchten, ist nicht neu, ermöglicht jedoch die inzidente Prüfung des Art. 38 durch Art. 47 GRCh bzw. vorhergehend Art. 51 Abs. 1 GRCh.⁷⁵ Die drei dargestellten Entscheidungen, *Consumidores Independientes de Castilla y León*, *Pohotovost'* und *Kušionová* haben gemeinsam, dass sie alle prozessuale Rechte der Verbraucher betrafen und der EuGH sich einheitlich für den Effektivitätsgrundsatz als primären Rechtmäßigkeitsmaßstab entschied. Der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes gilt im EU-Recht als allgemein anerkannter Rechtsgrundsatz, der sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergibt, in den Art. 6, 13 EMRK verankert und später durch Art. 47 GRCh bekräftigt worden ist.⁷⁶ Insofern besteht ein qualitativer Unterschied gegenüber Chartagrundsätzen nach Art. 52 Abs. 5 GRCh, die als objektive Prinzipien angesehen werden.

Während in der ersten Entscheidung *Consumidores Independientes de Castilla y León* die Grundrechtecharta in der Begründung vollkommen ausgelassen wurde, stellte der EuGH in den Folgeentscheidungen eine klare Verbindung zu Art. 47 GRCh auf und nutzt zunehmend Art. 38 GRCh zur Auslegung. Für prozessuale Verbraucherrechte gibt der EuGH dem Art. 47 GRCh gegenüber dem Art. 38 GRCh den Vorzug. Der Effektivitätsgrundsatz entfaltet seine Wirkung gegenüber jeglichen nationalen Verfahrensbestimmungen, die darauf ausgerichtet sind, Rechtsschutz für die durch das Unionsrecht verliehenen Rechte zu gewährleisten.⁷⁷ Außerdem müssen die Mitgliedstaaten nach Art. 19 Abs. 1 EUV die erforderlichen Rechtsbehelfe schaffen, um einen wirksamen Rechtsschutz zu gewährleisten. Effektive Rechtsbehelfe garantieren einerseits prozessuale Rechte des Zugangs zu Gerichten sowie ein faires Ge-

74 *Ladenburger*, (Fn. 43), Art. 52, Rn. 101 ff.

75 *Fervers*, Zum Verbraucherschutz bei Bestellung einer Immobiliarsicherheit auf ein Eigenheim („*Kušionová*“), EWIR 2015, S. 66.

76 EuGH, verb. Rs. C-317/08, C-318/08, C-319/08 und C-320/08, *Alassini u.a.*, EU:C:2010:146, Rn. 62.

77 Schlussanträge GA *Cruz Villalón* zu EuGH, Rs. C-510/13, *E.ON Földgáz Trade*, EU:C:2014:2325, Rn. 43.

richtsverfahren, andererseits materielle Rechte auf angemessene Wiedergutmachung.⁷⁸

Das Prozessrecht ist nicht losgelöst vom materiellen Recht. Es kann vielmehr als akzessorisch oder in sich ambivalent qualifiziert werden. Im Lichte der EuGH-Rechtsprechung ist die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten kein Ausdruck ihrer Souveränität,⁷⁹ sondern ein allgemein anerkanntes Rechtsinstitut, um die Anwendung materiellen Unionsrechts sicherzustellen.⁸⁰ Nach *Reich* umfasst der Begriff „*remedy*“ gerade auch den vorgelagerten Bereich materieller Anspruchsgrundlagen zur effektiven Rechtsgewähr von Schadensersatz, Restitution, Einwendungsausschlüssen, etc.⁸¹ Diese Wirkung hat sich in der Rechtsprechung des EuGH im Bereich des Verbraucherschutzes, insbesondere in Bezug auf die Richtlinie 93/13/EEG, bereits manifestiert.⁸² So hat der EuGH vor dem Inkrafttreten der Grundrechtecharta in der *Mostaza Claro*-Entscheidung⁸³ die amtswegige Missbrauchsprüfung von Schiedsklauseln im Rahmen der Richtlinie 93/13/EEG als zur gemeinschaftlichen öffentlichen Ordnung zugehörig befunden.⁸⁴ Noch bemerkenswerter ist, dass der EuGH in einer späteren Entscheidung *Eva Martin*⁸⁵ zur Haustürgeschäfteurichtlinie die Belehrungspflicht des Unternehmers als Teil der gemeinschaftsrechtlichen öffentlichen Ordnung befand, die eine amtswegige gerichtliche Prüfung rechtfertige. Art. 4 dieser Richtlinie verlangt, dass der Gewerbetreibende den Verbraucher schriftlich über sein Recht vom Vertrag zurückzutreten sowie über die Voraussetzungen und Modalitäten der Ausübung dieses Rechts belehrt. Der EuGH entschied, dass die Bestimmung im allgemeinen System der Richtlinie eine zentrale Stellung als wesentliche Garantie für die tatsächliche Ausübung des Widerrufsrechts und daher für die praktische Wirksamkeit des vom Gemeinschaftsgesetzgeber angestrebten Verbraucherschutzes einnimmt und somit die öffentliche Ordnung betrifft. In der Vorlagefrage wurde zwar auch auf Art. 38 GRCh Bezug genommen, die Grundrechtecharta war aber noch nicht in Kraft. Die Generalanwältin *Trstenjak* argumentierte, dass die Bestimmungen der Charta als Auslegungshilfe für die Bestimmungen der Richtlinie 85/577/EWG verwendet werden könnten, es aber nicht möglich sei, sich in der Beantwortung der Vorlagefrage unmittelbar, eigenständig auf sie zu berufen.⁸⁶ Die Entscheidung zeigt auf, dass nicht nur prozessuale, sondern auch vorgelagerte materielle Verbraucherrechte durch die

78 *Shelton*, in: Peers et al., (Fn. 9), Art. 47 CFR, S. 1200.

79 Vgl. *van Gerven*, Of rights, remedies and procedures, CMLR 37 (2000), S. 501.

80 *Kakouris*, Do the member states possess judicial procedural autonomy, CMLR 34 (1997), S. 1390.

81 *Reich*, (Fn. 55); S. 334; ders., The Principle of Effectiveness and EU Private Law, in: Bernitz/Groussot/Schulyok (Hrsg.), General Principles of EU Law and European Private Law, 2013, S. 318.

82 *Micklitz/Reich*, The Court and the Sleeping Beauty – The Revival of the Unfair Contract Terms Directive, CMLR 51 (2014), S. 771.

83 EuGH, Rs. C-168/05, *Mostaza Claro*, EU:C:2006:675, Rn. 35.

84 *Reich*, (Fn. 55), S. 332.

85 EuGH, Rs. C-227/08, *Eva Martin*, EU:C:2009:792, Rn. 22 ff.

86 Schlussanträge GAin *Trstenjak* zu EuGH, Rs. C-227/08, *Eva Martin*, EU:C:2009:295, Rn. 44.

EuGH Rechtsprechung zum Art. 47 GRCh in Verbindung mit Art. 38 GRCh ausgebaut werden.

Es bleibt abzuwarten, wie der EuGH das Verhältnis des Art. 38 GRCh zu anderen Chartagrundrechten und -grundsätzen bewertet. Wegen des fehlenden subjektivrechtlichen Gehalts könnte eine Vorrangentscheidung zugunsten subjektivrechtlich ausgestalteter Rechte wie Art. 47 GRCh getroffen werden. In Bezug auf Art. 47 GRCh ist eine solche Entscheidung in den vorliegenden Fällen sehr leicht gefallen. Dies kann dazu führen, dass sich auch die Vorlagefragen in Bezug auf prozessuale Aspekte der Verbraucherrechte gar nicht mehr auf Art. 38 GRCh, sondern zu leichtfertig nur noch auf Art. 47 GRCh beziehen.⁸⁷ Zusätzlich stützt Art. 38 GRCh materiellrechtlich die Auslegung des effektiven Verbraucherschutzes. Vom EuGH wird dies so noch nicht ausdrücklich erkannt.

IV. Kein Anwendungsvorrang von Verbraucherschutzrichtlinien mit Art. 38 GRCh durch „Mangold“, „Kücükdeveci“ und „Dansk Industri“

Die Anwendungsformel des EuGH zu Art. 51 Abs. 1 GRCh ermöglicht es, über Verbraucherschutzrichtlinien zur Anwendung des Art. 38 GRCh zu gelangen.⁸⁸ Insofern können Verbraucherschutzrichtlinien als „triggering rules“ der Grundrechtecharta bezeichnet werden.⁸⁹ Ein Teil der Lehre geht noch weiter und argumentiert, der Verbraucherschutz als Chartagrundsatz nach Art. 52 Abs. 5 GRCh habe eine solche Wirkung, dass im Rahmen der Rechtmäßigkeitskontrolle entgegenstehende nationale Bestimmungen unangewendet bleiben müssten.⁹⁰ Hierin eine Art faktische oder negative Horizontalwirkung zu sehen, ist jedoch eine Überinterpretation der an sich in Frage stehenden Horizontalwirkung.⁹¹ Ansatzweise werden für solche Wirkungen Erwägungen des EuGH aus den Entscheidungen *Mangold*,⁹² *Kücükdeveci*⁹³ oder zuletzt *Dansk Industri*⁹⁴ herangezogen.⁹⁵

87 *Schmidt-Kessel*, (Fn. 2), Art. 38 GRCh, Rn. 30.

88 Der EuGH legt bisher das Kriterium der „Durchführung des Unionsrechts“ nach Art. 51 Abs. 1 GRCh sehr weit aus; siehe EuGH, Rs. C-260/89, *ERT/DEP*, EU:C:1991:254, Rn. 42 ff.; EuGH, Rs. C-349/07, *Sopropé*, EU:C:2008:746, Rn. 34; EuGH, Rs. C-617/10, *Åkerberg Fransson*, EU:C:2013:105, Rn. 18 ff. Siehe *Pache*, (Fn. 7), Art. 51 GRCh, Rn. 27; *Trstenjak/Beyesen*, (Fn. 22), S. 278; *Kingreen*, (Fn. 22), Art. 51 GRCh, Rn. 8.

89 *Sarmiento*, Who's Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe, CMLR 50 (2013), S. 1279.

90 *Mörsdorf*, (Fn. 38), S. 765; *Ladenburger*, (Fn. 43), Art. 52, Rn. 103. Unter Ausschluss privatrechtlicher Fälle erwägend auch *Jarass*, (Fn. 7), Art. 52, Rn. 75.

91 *Gsell*, Keine horizontale Grundrechtswirkung von Art. 27 EUGrdRCh aufgrund sekundärrechtlicher Konkretisierung – EuGH, 15.1.2014, Rs. C-176/12 (*Association de médiation sociale*), in: Alexander u.a. (Hrsg.), Festschrift für Helmut Köhler, 2014, S. 205; *Villotti*, The Horizontal Effect of EU Human Rights – AMS and Beyond, ZÖR 2016, S. 247.

92 EuGH, Rs. C-144/04, *Mangold*, EU:C:2005:709.

93 EuGH, Rs. C-555/07, *Kücükdeveci*, EU:C:2010:21.

94 EuGH, Rs. C-441/14, *Dansk Industri*, EU:C:2016:278.

95 *Kohler/Puffer-Mariette/Maderbacher*, Unionsrecht und Privatrecht – Zur Rechtsprechung des EuGH im Jahre 2014, ZEuP 2016, S. 467.

In diesen Entscheidungen wurde die Altersdiskriminierung nach Art. 21 GRCh als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts hervorgehoben, der Anwendungsvorrang gegenüber nationalem Recht habe und Horizontalwirkung genieße.⁹⁶ Der EuGH verpflichtet nationale Gerichte, das Verbot der Altersdiskriminierung, wie in der Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/78/EG konkretisiert, zu gewährleisten, indem erforderlichenfalls jede diesem Verbot entgegenstehende Bestimmung nationalen Rechts unangewendet bleibe.⁹⁷ Der Schutz eines subjektiven Rechts aus der Grundrechtecharta darf dem Einzelnen nicht deshalb verwehrt bleiben, weil das Grundrecht in einer Richtlinie konkretisiert wurde.⁹⁸ An diese Rechtsprechung angelehnt, scheint angenommen zu werden, dass bei einer Verletzung von Durchführungsmaßnahmen zu Chartagrundsätzen der Grundsatz selbst verletzt werde, was zum Anwendungsvorrang des Chartagrundsatzes und damit auch der Richtlinien führe. Der EuGH brachte aber in der vorgenannten Rechtsprechung deutlich zum Ausdruck, das Verbot der Altersdiskriminierung sei nicht erst subjektivrechtlich in der Richtlinie 2000/78 verankert, sondern werde dort nur konkretisiert.⁹⁹

Dieses Argument wurde in der späteren Entscheidung *Association de médiation sociale* im Hinblick auf das Recht auf Unterrichtung und Anhörung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern im Unternehmen gemäß Art. 27 GRCh vom EuGH weiterentwickelt.¹⁰⁰ Auf die Vorlagefrage, ob die Rechtsprechung zur Altersdiskriminierung auch auf Art. 27 GRCh übertragbar sei, stellte der EuGH fest, dass bereits das in Art. 21 Abs. 1 GRCh niedergelegte Verbot der Altersdiskriminierung dem Einzelnen ein subjektives Recht verleihe.¹⁰¹ Dies sei bei Art. 27 GRCh nicht der Fall, da dieser für sich allein dem Einzelnen kein subjektives Recht verleihe. Die Richtlinie 2002/14/EG erzeuge aus sich heraus gerade keine subjektivrechtliche Wirkung. Damit seien die nationalen Gerichte nicht verpflichtet, der Richtlinie 2002/14/EG entgegenstehendes nationales Recht unangewendet zu lassen.¹⁰²

Die Rechtsprechung in der Rechtssache *Association de médiation sociale* ist auf Art. 38 GRCh übertragbar, da diese Bestimmung ebenfalls kein subjektives Recht beinhaltet.¹⁰³ Außerdem wäre den Argumenten der Generalanwältin *Trstenjak* zu folgen, die eine Ausdehnung der *Mangold*- und *Kücükdeveci*-Rechtsprechung auf andere Grundsätze ablehnt, da ansonsten die Gefahr einer unzulässigen Vermengung von Rechtsquellen unterschiedlicher Rangordnung innerhalb der Unionsrechtsordnung

96 *Reich*, The Impact of the Non-Discrimination Principle on Private Autonomy, in: Leczykiewicz/Weatherill (Hrsg.), The Involvement of EU Law in Private Law Relationships, 2013, S. 253.

97 EuGH, Rs. C-555/07, *Kücükdeveci*, EU:C:2010:21, Rn. 52; EuGH, Rs. C-144/04, *Mangold*, EU:C:2005:709, Rn. 77.

98 Schlussanträge GA Cruz Villalón zu EuGH, Rs. C-176/12, *Association de médiation sociale*, EU:C:2013:491.

99 EuGH, Rs. C-144/04, *Mangold*, EU:C:2005:709, Rn. 74.

100 EuGH, Rs. C-176/12, *Association de médiation sociale*, EU:C:2014:2.

101 *Ibid.*, Rn. 47; *Gsell*, (Fn. 90), S. 207.

102 EuGH, Rs. C-176/12, *Association de médiation sociale*, EU:C:2014:2, Rn. 48.

103 *Villotti*, (Fn. 90), S. 264.

entstehen könne.¹⁰⁴ Im Unterschied zu anderen Bestimmungen der Grundrechtecharta weisen die Diskriminierungsverbote die Besonderheit auf, dass ihr inhaltlicher Kern auf primär- und sekundärrechtlicher Ebene im Wesentlichen konform ist.¹⁰⁵ Der EuGH hatte in der Rechtssache *Kušionová* die Gelegenheit, diese Frage in Bezug auf Art. 38 GRCh zu klären. In der Vorlage wurde er danach gefragt, ob das der Richtlinie 93/13/EEG in Verbindung mit Art. 38 GRCh entgegenstehende nationale Recht im Sinne der *Simmenthal II*-Entscheidung unangewendet bleiben sollte. Die Frage hat der EuGH allerdings unbeantwortet gelassen, mit dem Verweis, dass ein Verstoß des nationalen Rechts gegen die Richtlinie 93/13/EEG vom nationalen Gericht erst zu prüfen sei.¹⁰⁶

Allerdings ist die Entscheidung *Association de médiation sociale* nicht auf allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze übertragbar, die ein subjektives Recht begründen, wie der Effektivitätsgrundsatz nach Art. 47 GRCh.¹⁰⁷ Insofern bleibt die Möglichkeit offen, einen Anwendungsvorrang von Verbraucherrichtlinien zu begründen, wenn Art. 38 GRCh in Verbindung mit anderen Bestimmungen der Grundrechtecharta eine subjektivrechtliche Wirkung begründet oder verstärkt.¹⁰⁸ In der Entscheidung *Dansk Industri* vom 19. April 2016 bestätigte der EuGH in Berufung auf *Association de médiation sociale*, das Verbot der Altersdiskriminierung verleihe dem Einzelnen subjektive Rechte, welche auch in horizontalen Rechtsstreitigkeiten wirkten. Gerade aus diesem Grund seien die nationalen Gerichte verpflichtet, nicht im Einklang stehende nationale Vorschriften unangewendet zu lassen. Das dänische Oberste Gericht hat dem EuGH in diesem Fall die Gefolgschaft verweigert.¹⁰⁹

Nach Begründung des EuGH steht der Grundsatz des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit dem nicht entgegen, obwohl Richtlinien nach ständiger Rechtsprechung keine unmittelbare Horizontalwirkung haben.¹¹⁰ Diese Argumentation ist auf prozessuale Verbraucherrechte des Art. 47 GRCh übertragbar. Allerdings bleibt damit die Frage offen, ob der Umfang des Grundsatzes der Grundrechtecharta mit dem ihn konkretisierenden Sekundärrecht deckungsgleich sein muss, um einen Anwendungsvorrang der Richtlinien zu erzeugen. Diese Bedingung war beim Verbot der Altersdiskriminierung stets erfüllt, was bei Art. 47 GRCh nicht zwingend der Fall sein muss. Es ist denkbar, dass durch das Sekundärrecht prozessuale Rechte gewährt werden, die nicht schon unter alleiniger Berufung auf Art. 47 zur Verfügung stehen.

104 So auch *Melcher*, *Dienstleistungen vom allgemeinen wirtschaftlichen Interesse im europäischen Privatrecht*, 2016, S. 392.

105 Schlussanträge GAin *Trstenjak* zu EuGH, Rs. C-282/10, *Dominguez*, EU:C:2011:559, Rn. 152 ff.

106 EuGH, Rs. C-34/13, *Kušionová*, EU:C:2014:2189, Rn. 69.

107 *Gsell*, (Fn. 90), S. 207.

108 *Jarass*, (Fn. 66), S. 41.

109 *Klinge*, *Dialogue or disobedience between the European Court of Justice and the Danish Constitutional Court? The Danish Supreme Court challenges the Mangold-principle*, EU Law Analysis v. 13.12.2016.

110 EuGH, Rs. C-441/14, *Dansk Industri*, EU:C:2016:278, Rn. 38.

D. Resümee

Die Grundrechtecharta spiegelt in vielen Bereichen den gemeinsamen Erkenntnisstand zum Grundrechtsschutz wieder. Sie ist deshalb jedoch nicht „zahnlos“. Die erste schriftliche Kodifikation von Europäischen Grundrechten in einem Katalog im Primärrechtsrang ist ein weiterer wichtiger Evolutionsschritt. Zudem erlangen durch die bisher weite EuGH-Auslegung des Art. 51 Abs. 1 GRCh sowohl die Verbraucherrichtlinien als Türöffner sowie Art. 38 GRCh als Rechtmäßigkeitsmaßstab erweiternde und intensivierende Bedeutung. Im Vergleich zum sonstigen Verbraucherschutzrecht besteht somit ein grundrechtlicher Mehrwert des Art. 38 GRCh.

Art. 38 GRCh dient gemäß Art. 52 Abs. 5 GRCh der Förderung der Durchführungsmaßnahmen sowie ihrer Auslegung und Rechtmäßigkeitsprüfung. Es zeichnet sich dabei jedoch bereits ab, dass durch die Aufnahme des Verbraucherschutzes in die Grundrechtecharta die Anzahl der von der EU geregelten Verbraucherrechtsbereiche nicht vergrößert wurde und wird. Die gesetzgebungspolitische Befürwortung der weiteren Verbraucherrechtsharmonisierung seitens der Mitgliedstaaten könnte da eine größere Rolle spielen. Obwohl Art. 38 GRCh kein subjektives Recht gewährt, wird also ein Berücksichtigungs- und Abwägungsgebot bis hin zum Optimierungsgebot begründet. Damit kann in der Verhältnismäßigkeitsprüfung aber auch der praktischen Konkordanz eine Rechtmäßigkeitsmodifikation erfolgen. Die Intensität der Rechtmäßigkeitsprüfung nimmt in dem Maße zu, wie der Verbraucherschutz Verstärkung durch kumulativ wirkende Rechte erfährt. Art. 38 GRCh kann nämlich sowohl mit anderen Primärrechten zum Schutze des Verbrauchers subjektivrechtlich verstärkt werden, als auch in Form des materiellrechtlichen Erkenntnisgewinns durch konkretisierendes Sekundärrecht oder richterliche Rechtsfortbildung. Die Figur des Verbrauchers genießt den Schutz unterschiedlicher Querschnittsmaterien wie des Gesundheits- oder Umweltschutzes. Art. 38 GRCh gewährt keinen enumerativen Verbraucherschutz. Aus den vorgenannten Entscheidungen des EuGH wird ersichtlich, dass dem Art. 38 GRCh gegenüber abschließenden sekundärrechtlichen Konkretisierungen keine weitergehende, eigenständige Bedeutung zugesprochen wird.

Gemeinsam mit anderen Chartagrundsätzen oder subjektiven Rechten wird die Prüfdichte in der Rechtmäßigkeit durch den Verbraucherschutz erhöht. Insofern kann dem Art. 38 GRCh im Rahmen der Auslegung nach Art. 52 Abs. 5 GRCh die Wirkung einer Rechtmäßigkeitsmodifikation zugunsten der Verbraucher zukommen. In der EuGH-Entscheidung *Neptune Distribution* wurde das hohe Verbraucherschutzniveau (Art. 38 GRCh) zusammen mit dem Gesundheitsschutz (Art. 35 GRCh) als berechtigtes Ziel von allgemeinem Interesse im Sinne des Art. 52 Abs. 1 GRCh angesehen. Der EuGH ging sogar einen Schritt weiter und legte fest, dass das Informationsrecht des Verbrauchers alleine schon ein allgemeines Interesse darstelle, das eine Schrankenwirkung gegenüber unterschiedlichen Grundrechten begründen könne. In der späteren Entscheidung *Polkomtel* bestätigte der EuGH den Verbraucherschutz als berechtigtes Ziel von allgemeinem Interesse.

Soweit der Konvent zur Erarbeitung der Grundrechtecharta mit dem Verbraucherschutz ein soziales Gegengewicht im Markt sichern wollte, insbesondere gegenüber der

unternehmerischen Freiheit (Art. 16 GRCh), ist es verständlich, dem Berücksichtigungs- und Abwägungsgebot des Verbraucherschutzes in der Verhältnismäßigkeit und praktischen Konkordanz Rechnung zu tragen. Eine schon seit längerem anhaltende Parallelentwicklung lässt sich in der Konvergenz der Grundrechtskriterien mit den Grundfreiheiten erblicken. Eine Verbraucherschutzintensivierung kann im Zusammenwirken mit anderen subjektiven Verbrauchergrundrechten wie dem Verbrauchergesundheitsschutz (Art. 3 GRCh), dem Schutz der Verbraucherdaten (Art. 8 GRCh) oder dem effektiven Verbraucherrechtsschutz (Art. 47 GRCh) gesehen werden. Im Fall *Kušionová* hat der EuGH das Recht auf eine eigene Wohnung (Art. 7 GRCh) im Zusammenhang mit Verbraucherschutzanliegen ausgelegt.

Speziell das Verhältnis des Art. 38 GRCh zu Art. 47 GRCh hat der EuGH mit einem Anwendungsvorrang des Art. 47 GRCh gelöst. Soweit der Schwerpunkt im effektiven Rechtsschutz begründet ist, dient der Verbraucherschutz der Unterstützung als materiellrechtliche Begründung. Angesichts der schwachen subjektivrechtlichen Ausstattung des Art. 38 GRCh erscheint dies verständlich. Spannend bleibt die Auslegung mit anderen Chartagrundrechten und -grundsätzen. Der EuGH kann den Verbraucherschutz stärken, indem er diesen durch ein kohärentes Verständnis subjektivrechtlich auflädt oder zumindest seine Konturen festigt. Soweit der EuGH wie bei Art. 47 GRCh einen Anwendungsvorrang bei subjektivrechtlich stärker ausgestalteten Rechten erkennt, kommt die inzidente Anwendung als Auslegungs- und Rechtmäßigkeitsmaßstab zum Tragen.

Angesichts der Vielzahl einzelner subjektiver Verbraucherrechte, die in der Grundrechtecharta explizit oder implizit enthalten sind, hätten die Verfasser der Grundrechtecharta bei der Formulierung des Art. 38 GRCh durchaus mehr Courage zeigen können. Letztendlich ist jedoch, dem gesetzgeberischen Willen entsprechend, das verbraucherschützende Solidaritätsgrundrecht als objektiver Grundsatz gemäß Art. 52 Abs. 5 GRCh zu behandeln. Die Rechtsfortbildung hat neben den dogmatisch anerkannten Auslegungsgrenzen im Sinne eines institutionellen Gleichgewichts auch den dahinter stehenden gesetzgeberischen Willen zu respektieren.