

Verein für Konsumenteninformation
Bereich Recht
Linke Wienzeile 18
1060 Wien
Tel. +43 1 588 77-320

SB: Dr. Petra Leupold, LL.M.
E-Mail: akademie@vki.at
ZVR-Zahl: 389759993

Datum: 23.1.2020

An das Bundesministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz
Stubenring 1
1010 Wien
Per E-Mail: CPC@sozialministerium.at

An das Präsidium des Nationalrates
Per E-Mail: begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Verbraucherbehörden-Kooperationsgesetz, das Telekommunikationsgesetz 2003 und das Wettbewerbsgesetz geändert werden

Sehr geehrte Damen und Herren,

der Verein für Konsumenteninformation dankt für die Übermittlung des oben genannten Entwurfs und nimmt dazu Stellung wie folgt:

1. Vorbemerkungen

Der vorliegende Entwurf dient der nationalen Durchführung der VO (EU) 2017/2394 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden und zur Aufhebung der VO (EG) Nr. 2006/2004 (iF VBKVO). Die Zielsetzung der VO, einen wirksameren Rahmen für die Zusammenarbeit im Bereich der Verbraucherrechtsdurchsetzung zu schaffen, insbesondere die Erweiterung ihres Anwendungsbereichs durch Aufnahme von sieben neuen Rechtsakten sowie der Ausbau der Mindestbefugnisse der zuständigen Behörden (Art 9), wird ausdrücklich begrüßt, zumal die Vollzugserfahrungen mit der bisherigen Rechtslage tendenziell ernüchternd ausgefallen sind¹. Der Arbeitsanfall der Gerichte bezüglich des VBKG war bislang überschaubar: In den letzten dreizehn Jahren waren diese – jeweils über Anträge der BWB – nur mit zwei Verfahren befasst.

¹ Siehe die Ausführungen zum status quo auf Seite 1 und 6 der Wirkungsorientierten Folgenabschätzung.

Die Rechtsdurchsetzung im Verbraucherrecht erfolgt in Österreich (wie auch in Deutschland) sowohl in reinen Binnenfällen als auch grenzüberschreitend traditionell über Verbandsklagen (§§ 28, 28a KSchG², § 14 UWG). Verbandsklagen haben sich in der Praxis als äußerst effektives, kostenschonendes und damit auch staatsentlastendes Mittel zur präventiven Marktkontrolle bewährt. Private Enforcement weist im geltenden österreichischen Recht allerdings gravierende Defizite auf, weil das Instrument der Verbandsklage rechtswidriges Verhalten lediglich für die Zukunft unterbinden kann, sich mangels Beseitigungs- und Leistungsansprüchen der Verbände aber keine (prozessökonomische) Durchsetzung individueller Ansprüche betroffener VerbraucherInnen erzielen lässt. Insbesondere bei Bagatell- und Streuschäden bestehen nach der geltenden Rechtslage systematische Vollzugsdefizite, die aus dem Versagen der opt in-Konstruktion der Sammelklage österreichischer Prägung und einem *rational disregard* der Geschädigten resultiert. Dies betrifft gleichermaßen den Bereich der privaten wie auch der behördlichen Rechtsdurchsetzung. Die damit gesetzten Anreize zum effizienten Rechtsbruch haben marktverzerrende Wirkung, schädigen Mitbewerb, Wirtschaftsstandort und Marktgegenseite und beeinträchtigen das Vertrauen der Verbraucher.

Ergänzend zu einer Stärkung und Erweiterung der Verbandsklagemöglichkeiten³ um (praxistauglich⁴ ausgestaltete) Ansprüche auf Gewinnabschöpfung und Folgenbeseitigung erscheint daher eine Effektivierung der behördlichen Rechtsdurchsetzung (Public Enforcement) sowohl im grenzüberschreitenden als auch – über die unmittelbar gebotene Durchführung der VO hinaus – im innerstaatlichen Bereich dringend geboten, um ein optimales Level an Rechtsdurchsetzung zu erzielen, das sowohl *over-* als auch *underdeterrence* vermeidet.

Dieses Ziel einer Effektivierung der Rechtsdurchsetzung wird aus Sicht des VKI mit dem vorliegenden Entwurf nicht erreicht. Dies dürfte schon deshalb der Fall sein, als der Entwurf die neu hinzugekommenen Annexmaterien auf bestehende Behörden verteilt, aber keine Aufstockung von Personalressourcen vorsieht; vielmehr wird in der Wirkungsorientierten Folgenabschätzung davon ausgegangen, dass im Vergleich zum *status quo* keine finanziellen Auswirkungen zu erwarten sind. Damit dürfte nicht geplant sein, die zuständigen Behörden mit ausreichenden Ressourcen auszustatten, damit diese ihre Vollzugstätigkeit auch effektiv wahrnehmen können.

Im Folgenden wird auf jene Bestimmungen eingegangen, bei denen aus Sicht des VKI Verbesserungsbedarf besteht.

² Vom Kreis der in § 29 KSchG angeführten Aktivlegitimierten haben bislang nur der VKI und die Bundesarbeitskammer von ihrer Befugnis zur Einbringung von Verbandsklagen Gebrauch gemacht.

³ Vgl etwa die im Entwurf einer – derzeit im Trilog-Stadium befindlichen – RL zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher nunmehr vorgesehenen Leistungsklagen, die von der vorliegenden VO ausdrücklich unberührt bleiben, die allerdings ohne flankierende Beseitigungs- und Gewinnabschöpfungsansprüche der Verbände ebenfalls keine ausreichende Verhaltenssteuerung zur Vermeidung effizienter Rechtsbrüche erzielen können.

⁴ So sollten etwa die Unzulänglichkeiten der im deutschen Recht vorgesehenen Gewinnabschöpfungsansprüche gem § 10 dUWG, § 34a GWB vermieden werden, die dem klagenden Verband das Risiko des Prozessverlusts, den Prozessgewinn aber dem Bundeshaushalt zuweisen, und somit wenig überraschend in praxi totes Recht darstellen.

2. Ad § 3 – Zuständige Behörden

Der Entwurf hält an der bei der Durchführung der VorgängerVO aus 2006 gewählten Struktur fest und verteilt die Aufgaben nach der VO auf verschiedene bestehende Behörden. Damit wird zum jetzigen Zeitpunkt der zweifelsohne kostengünstige Weg einer Minimaladaptierung an die neuen Anforderungen gewählt; zugleich wird erneut auf die Schaffung einer Behörde verzichtet, die – mit entsprechenden Ressourcen, Know-how und Befugnissen ausgestattet – eine zentrale Aufsichtsfunktion bei der Einhaltung jener Bereiche des Verbraucherrechts wahrnehmen könnte, die nach geltendem Recht nicht ohnehin bereits – wie etwa in den Bereichen Kapitalmarkt und Datenschutz – in die Zuständigkeit einer unabhängigen und weisungsfreien Behörde fallen. Angesichts der mit dem bestehenden System verbundenen Vollzugsdefizite sollte die Durchführung der vorliegenden VO zum Anlass genommen werden, diese Entscheidung zu überdenken. Die volkswirtschaftlichen Vorteile durch Abbau von Ineffizienzen im Public Enforcement dürften im Zusammenspiel mit einer Effektivierung der Instrumente im Private Enforcement jedenfalls mittelfristig die Kosten des Aufbaus einer entsprechenden Behördeninfrastruktur überwiegen.

§ 3 Abs 1 Z 3 des Entwurfs, wonach anstelle der **Bundswettbewerbsbehörde** (BWB) als weisungsfreier, unabhängiger Behörde künftig die Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort (BMDW) als zuständige Behörde für die im Anhang unter Z 3 genannten Unionsrechtsakte (ua Irreführende Geschäftspraktiken, Preisangaben, Verbraucherkredit, Pauschalreisen und Geoblocking) fungieren soll, wird nicht begründet, erscheint aufgrund des damit einhergehenden Anscheins von und der evidenten Gefahr von Interessenkonflikten nicht indiziert und sollte überdacht werden. Hinzu kommt, dass – bei Festhalten an der bestehenden Zuständigkeitsstruktur – eine Behörde wie die BWB für den Bereich Wettbewerb und Preisangaben, vor allem aber die für die Verbraucherschutzagenden zuständigen Abteilungen des BMASGK für die Zwecke der VO (Hintanhaltung von Verbraucherrechtsverstößen) „näher am Geschehen“ sein dürften: Sie haben über den Eingang von Verbraucherbeschwerden und den regelmäßigen Austausch und die enge Zusammenarbeit mit Verbraucherschutzinstitutionen wie VKI und Arbeiterkammern eher Zugriff auf Informationen über systematische Verstöße und Beschwerdefälle und können daher rascher und effizienter Initiativen zur Rechtsverfolgung setzen.

Als wenig sinnvoll muss in diesem Zusammenhang auch die **Doppelgleisigkeit** der Zuständigkeiten von Bundeskartellanwalt und BMDW als zuständige Behörden bezüglich Verbraucherkreditverträgen und Pauschalreisen (Z 1 und 3 Anh) angesehen werden, zumal diese nach § 3 Abs 2 wechselseitige Pflichten zur Unterrichtung und Abstimmung der Vorgangsweise nach sich zieht, deren Mehrwert sich angesichts der damit potentiell verbundenen Verzögerungen und des administrativen Mehraufwands nicht erschließt.

Sollte von der Bündelung der Aufsicht bei einer weisungsfreien und unabhängigen Behörde im Verbraucherrecht zum jetzigen Zeitpunkt abgesehen werden, empfiehlt sich aus Sicht des VKI daher die (Rück-)Verlagerung der Zuständigkeiten des BMDW auf das fachzuständige BMASGK und die Beseitigung von Doppelgleisigkeiten bei der Zuständigkeit.

3. Ad §§ 4-8c – Befugnisse

Der Entwurf behält zur Durchsetzung das bisherige Hybridsystem von Verwaltungs- und Zivilverfahren bei. Während die zivilgerichtliche Rechtsdurchsetzung im Verbraucherrecht bis dato wie ausgeführt kaum über das VBKG, sondern nahezu ausschließlich mittels Verbandsklagen (§§ 28, 28a KSchG, § 14 UWG) erfolgt, fehlen Angaben zum (faktischen) Enforcement der Bundesverwaltungsbehörden in Zusammenhang mit Verbraucherrechtsverstößen. Eine Evaluierung der in § 8c iVm § 4 Abs 3 weiterhin vorgesehenen Befassung der Bezirksverwaltungsbehörden wäre allerdings dringend geboten, um Defizite erkennen und etwaige Verbesserungsmaßnahmen ergreifen zu können. Es erscheint naheliegend, dass die Bezirksverwaltungsbehörden als allgemeine Verwaltungsbehörden erster Instanz weder über das nötige Know-how zu den (äußerst komplexen) zivilrechtlichen Materiengesetzen noch über die nötigen Mittel verfügen, um Anzeigen der zuständigen Behörden rasch und effizient nachgehen zu können. Die Herausbildung entsprechender fachlicher Expertise im Verbraucherrecht und die Entwicklung einer angemessenen Spruchpraxis wäre allerdings wünschenswert, um für die zuständigen Behörden und die UnternehmerInnen ein adäquates Maß an Rechtssicherheit bereitzustellen. Sollte sich die Zuständigkeit der Bundesverwaltungsbehörden nicht als ausreichend effizient herausstellen, wäre etwa zu erwägen, die zuständigen Behörden unmittelbar mit den Befugnissen des Art 9 VBKVO auszustatten.

Der in § 5 angesprochene Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist als Richtschnur behördlichen Handelns stets zu beachten; seine Verankerung in § 5 dürfte allerdings die europarechtlichen Anforderungen an die „Angemessenheit“ der Ermittlungs- und Durchsetzungsmaßnahmen (Art 10 Abs 2 Satz 2, ErwGr 18) nicht ausreichend berücksichtigen. Soweit eine wiederholende Konkretisierung der Vorgaben von Art 10 Abs 2 überhaupt für erforderlich anzusehen wäre, sollte die Stoßrichtung der Bestimmung zur Vermeidung einer verordnungswidrigen Durchführung nicht verkürzend und beschränkend, sondern vollständig ausgeführt werden. Dabei ist auch zu bedenken, dass der europäische Gesetzgeber in bisherigen Unionsrechtsakten ein vergleichsweise strenges Verständnis „wirksamer, angemessener und abschreckender“ Sanktionen (vgl ErwGr 16; Art 9 Abs 4 lit h) erkennen lässt⁵, sodass eine pauschale Abschwächung dieser Formel Gefahr läuft, gegen den *effet utile* des Europarechts zu verstoßen.

Art 9 Abs 4 normiert bloße Mindestbefugnisse zur Durchsetzung. § 7 beschränkt sich auf die Regelung eines Unterlassungsanspruchs. Die in § 4 Abs 1 Z 1 iVm Art 9 Abs 4 lit d der VO vorgesehene Information der Verbraucher über eine Geltendmachung ihrer Entschädigungsansprüche nach nationalem Recht ist angesichts der bekannten Probleme des Zugangs zum Recht, der geringen Anzahl von VerbraucherInnen, die ihre Ansprüche gerichtlich durchsetzen (können), und dem Fehlen kollektiver Rechtsschutzinstrumente sowie einer auf Beseitigung gerichteten Verbandsklage im österreichischen Recht insofern weder effizient noch ausreichend. Ergänzend empfiehlt sich daher, den zuständigen Behörden weitergehende Möglichkeiten zur Abhilfe einzuräumen; dies betrifft die **Abschöpfung** von „Unrechtsgewinnen“, aber auch **Maßnahmen zur Beseitigung** der nachteiligen Folgen von

⁵ Vgl nur die Mindestsätze der Höchststrafen im Datenschutz- und Finanzmarktbereich, aber auch die Anhebung der Sanktionen für Verstöße gegen Klausel- und Verbraucherrechte-RL in der kürzlich verabschiedeten Modernisierungs-RL 2019/2161: 2-4 % des Jahresumsatzes.

Verstößen für Verbraucher (vgl ErwGr 17: Reparatur, Schadenersatz, Rückzahlungen, Aufklärung).

Prima vista verordnungswidrig und aus Grundrechtserwägungen (vgl § 22 DSG) wohl auch nicht geboten erscheint die weitgehende Beschränkung der Durchsetzungsbefugnisse gem Art 9 Abs 4 auf Fälle verwaltungs- oder sogar strafrechtlich relevanter Handlungen. Fraglich erscheint auch die Verordnungskonformität von **§ 6 Abs 2**, der in Hinblick auf die Beschränkungen der Besichtigung „während der üblichen Öffnungs- oder Betriebszeiten“ von Art 9 Abs 3 lit c abweicht; Gleiches gilt hinsichtlich der Beschränkungen in **§ 6 Abs 3 Satz 2**.

Der in **§ 7** geregelte Unterlassungsanspruch der zuständigen Behörde ist §§ 28, 28a KSchG nachgebildet, weicht von diesen aber ohne nähere Begründung – nicht nur in der Verfahrensart (Außerstreit), sondern – insbesondere in zwei Punkten ab:

Das Abmahnverfahren vor Einbringung des Antrags bei Gericht (vgl § 28 Abs 2 KSchG) ist verpflichtend ausgestaltet (**§ 7 Abs 3**: Einsichtnahme- und Stellungnahmerecht des Unternehmers), womit ein nicht unbeträchtlicher Mehraufwand aufseiten der zuständigen Behörde einhergehen kann.

§ 8 Abs 4 VBKG aF, wonach – entsprechend § 30 Abs 1 KSchG iVm § 25 UWG – der Anspruch auf Unterlassung zwecks Aufklärung der Öffentlichkeit und der betroffenen Verkehrskreise auch den (Neben-)Anspruch auf Urteilsveröffentlichung umfasst, soll entfallen. Die Erläuterungen (Seite 13, zu Z 19) begründen dies damit, dass „die Befugnis zur Veröffentlichung sämtlicher abschließender Entscheidungen bereits in Art. 9 Abs. 7 VBKVO geregelt wird und keiner Durchführung bedarf“. Daraus folgt, dass die Information betroffener VerbraucherInnen – als reine Durchsetzungsbefugnis der zuständigen Behörde (ausnahmsweise) „unmittelbar in eigener Verantwortung“ iSd § 4 Abs 1 Z 1 iVm Art 9 Abs 4 lit d bzw Art 9 Abs 7 VBKVO – diesfalls auf Staatskosten vorzunehmen wäre, während bislang der *unterliegende* Antragsgegner die Kosten der Veröffentlichung zu tragen hat. Eine sachliche Rechtfertigung dafür, die Kostenfolgen eines Verstoßes des Unternehmers auf die Allgemeinheit zu überwälzen, ist nicht ersichtlich, und dürfte in Hinblick auf die abweichende Kostenregelung im Verwaltungsverfahren (§ 7b Abs 6) wohl auch nicht beabsichtigt sein.

Die Erweiterung von **§ 12 Abs 1** für die Beauftragung einer benannten Stelle mit der Durchsetzung (Entfall des Erfordernisses bereits erfolgter gerichtlicher oder außergerichtlicher Geltendmachung) ist iS einer Effektivierung der Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen zu begrüßen. In Hinblick auf die Beauftragung der in § 14 UWG, § 29 KSchG und § 85a ArzneimittelG angeführten Stellen empfiehlt sich eine Klarstellung, dass die Beauftragung zur sowie die Einbringung von Verbandsklagen iSd §§ 28, 28a KSchG, § 14 UWG nicht an die Voraussetzungen des Art 7 VBKVO gebunden sind, sondern unberührt bleiben (vgl Art 2 Abs 5 VBKVO).

Mag. Thomas Hirmke
Leiter Bereich Recht

Dr. Petra Leupold, LL.M.
Leiterin VKI-Akademie