

Bundesministerium für Soziales,
Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz
Stubenring 1
1010 Wien

per E-Mail: CPC@sozialministerium.at
cc: begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Abteilung für Rechtspolitik
Wiedner Hauptstraße 63 | 1045 Wien
T 05 90 900DW | F 05 90 900 243
E rp@wko.at
W wko.at/rp

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom	Unser Zeichen, Sachbearbeiter	Durchwahl	Datum
BMASGK-90170/0022-III/2019	Rp 686/20/AS/CG	4014	14.01.2020
11.12.2019	Dr. Artur Schuschnigg		

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

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir danken für die Gelegenheit, zu dem im Betreff bezeichneten Ministerialentwurf Stellung nehmen zu können, und übermitteln nachstehend unsere Anmerkungen, wie folgt:

I. Allgemeines

Mit der gegenständlichen Gesetzesnovelle soll in erster Linie das Verbraucherbehörden-Kooperationsgesetz aufgrund der Verordnung (EU) 2017/2394 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004, ABI. Nr. L 345 vom 27.12.2017 S. 1, geändert werden.

Diese, mit 17.1.2020 zur Anwendung gelangende Verbraucherbehördenkooperationsverordnung (VBKVO), enthält im Vergleich zur aufgehobenen Verordnung 2006/2004 wesentlich erweiterte Ermittlungs- und Durchsetzungsbefugnisse der Behörden. Daraus resultiert auch der umfangreiche Anpassungsbedarf, dem mit der Novelle Rechnung getragen werden soll.

Wir bedanken uns für die intensiven Vorarbeiten des Ministeriums. Im Hinblick auf den durch die VBKVO vorgegebenen Rahmen stellt der Ministerialentwurf aus unserer Sicht eine gute Basis für die weiteren Arbeiten dar.

Inhaltlich ist darauf hinzuweisen, dass Österreich über ein sehr hohes Verbraucherschutzniveau verfügt. Auch die Verbraucherrechtsverfolgung funktioniert, wie dies die einschlägigen Statistiken seit Jahren aufzeigen, vergleichsweise sehr gut. Entgegen manch anderer Ansichten sind mit dem bestehenden System keine markanten Defizite verbunden. Es ist daher

bedauerlich, dass die Europäische Union im Verbraucherrecht weiterhin auf Rechtsverschärfungen zu Lasten der Unternehmen setzt, anstatt ihren Fokus auf die bessere Rechtsdurchsetzung im Hinblick auf allenfalls vorhandene Umsetzungsdefizite zu richten.

Wesentlich ist in diesem Zusammenhang, dass nach Art. 10 VBKVO die Durchführung und Ausübung der behördlichen Befugnisse im Einklang mit dem Unionsrecht und dem nationalen Recht, einschließlich der geltenden Verfahrensgarantien und der Grundsätze der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, stehen muss. Aufgrund des Wortes „einschließlich“ ist evident, dass nicht nur das diesbezügliche österreichische Verfassungsrecht, sondern das gesamte österreichische Recht zu berücksichtigen ist.

Daher sollte das klare Bekenntnis jedenfalls beibehalten werden, dass im Sinne der Wahrung des sowohl nach der VBKVO wie auch nach dem innerstaatlichen Recht zu berücksichtigenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bestimmte Ermittlungs- und Durchsetzungsbefugnisse der Staatsanwaltschaft vorbehalten bleiben - und diese nur dann ergriffen werden dürfen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen dafür gegeben sind.

Dies bedeutet, dass ein abgestuftes System, eingebettet in bestehende Strukturen und Befugnisse, umgesetzt werden sollte. Beispielsweise erachten wir es daher als richtig, dass die Bundeswettbewerbsbehörde in Verbrauchersachen nicht befugt sein soll, Hausdurchsuchungen vorzunehmen. Diese Befugnis soll der Staatsanwaltschaft unter Vorbehalt richterlicher Genehmigung zukommen.

Mit diesem abgestuften System ist auch sichergestellt, dass das Spannungsverhältnis zwischen dem Verhältnismäßigkeits- und dem Effektivitätsgrundsatz bestmöglich gelöst werden kann. Wie die allgemeine zivilgerichtliche Praxis zeigt, kann auch innerhalb angemessener Frist eine zivilgerichtliche Entscheidung (so etwa eine einstweilige Verfügung) erwirkt werden. Dass die Nichtbefolgung behördliche Entscheidungen mit maßgeblichen Sanktionen geahndet werden kann, bedarf im konkreten Zusammenhang wohl keiner weiteren Erörterung (vgl. dazu auch die Erläuterungen, 3).

II. Im Detail

Zu Art. 1 (Änderung des Verbraucherbehörden-Kooperationsgesetzes)

Zu Z 1 (Titel)

Wird der Titel des gegenständlichen Gesetzes geändert, so ist zu überlegen, diese Änderung auch in anderen Gesetzen, die auf das Verbraucherbehörden-Kooperationsgesetz verweisen (wie etwa das AStG), nachzuziehen.

Zu § 2 (Zentrale Verbindungsstelle)

Gem. Art. 5 VBKVO hat jeder Mitgliedstaat eine zentrale Verbindungsstelle zu benennen. Nach dem Entwurf ist als solche die Bundesministerin bzw. der Bundesminister für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz vorgesehen - bzw. aufgrund der aktuellen Änderung des Bundesministeriengesetzes die Bundesministerin bzw. der Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz.

Wie bereits angeklungen, bestehen in diesem Punkt von mehreren Seiten Bedenken. Das unter anderem deswegen, weil von der VBKVO und dem VBKG insgesamt sechs Minister in unterschiedlicher Art und Weise als oberste Behörden betroffen sind.

Aufgrund der dieser zentralen Verbindungsstelle obliegenden Aufgaben und Befugnisse wäre es angeraten, diese Verbindungsstelle nicht ausschließlich einer Ministerin bzw. einem Minister zu übertragen. Wird seitens des Ministeriums die Ansicht vertreten, dass diese Verbindungsstelle wegen der VBKVO nur eine Stelle sein darf, so spricht unser Erachtens nichts dagegen, eine solche Stelle derart einzurichten, dass alle in der Materie betroffenen Ministerien darin vertreten sind.

Zu § 3 (Zuständige Behörden)

Nach § 3 Abs. 1 Z 3 soll statt der Bundeswettbewerbsbehörde die Bundesministerin bzw. der Bundesminister für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort als zuständige Behörde für die im Anhang unter Z 3 genannten Richtlinien und Verordnungen fungieren, was systematisch überzeugt; dies auch im Hinblick auf die abgestufte Ausübung der Befugnisse durch die jeweiligen Behörden selbst, durch die Zivilgerichte und die Staatsanwaltschaft. Diese differenzierte Vorgehensweise trägt der Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung der jeweiligen Befugnisse Rechnung. Das BMDW ist schon seit Bestehen des Preisrechts (nach dem Zweiten Weltkrieg) für das Preisrecht und den Schutz des lautereren Wettbewerbes zuständig. In beiden Bereichen sind wir im Europavergleich bei den besten (strenges Preisauszeichnungsrecht und strenger Vollzug in mittelbarer Bundesverwaltung mit obersten Organ BMDW, zusätzliche Vorkehrungen für die Preistransparenz, weitreichende Bestimmungen im Lauterkeitsrecht).

Beklagt die Bundeswettbewerbsbehörde zudem immer wieder ihre unzureichende Ressourcenausstattung, so ist im Hinblick auch auf die lange Dauer von Ermittlungshandlungen für Kartellverfahren eine Konzentration der Bundeswettbewerbsbehörde auf ihre Kernkompetenzen auch in volkswirtschaftlicher Hinsicht sinnvoller. Es ist nicht ersichtlich, dass sich im geplanten abgestuften System durch die Novelle eine Rechtsverfolgungslücke auftun würde, die ein zusätzliches Vorgehen durch die Bundeswettbewerbsbehörde notwendig erscheinen ließe.

Nach § 3 Abs. 1 Z 7 i.V.m. Z 7 des Anhangs wird dem BMASGK als einzige Zuständigkeit jene für Art. 3 bis 18 und 20 Abs. 2 der Richtlinie 2014/92/EU über die Vergleichbarkeit von Zahlungskontoentgelten, den Wechsel von Zahlungskonten und den Zugang zu Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen zugewiesen. Warum das BMASGK gerade diese Zuständigkeit bekommen soll, während die Banken Geschäftsfelder betreffenden Zuständigkeiten für die VerbraucherkreditRL und die RL über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen dem Bundeskartellanwalt zugeordnet sind, ist nicht nachvollziehbar. Es wäre daher sachgerechter, auch die nach dem Entwurf dem BMASGK zugewiesene Zuständigkeit dem Bundeskartellanwalt als objektive Behörde zuzuordnen.

In diesem Zusammenhang fällt weiters auf, dass in den Erläuterungen zutreffend festgehalten wird, dass nach Art. 3 Abs. 1 VBKVO die RL 2014/92 EU (Verbraucherzahlungskonto) vom Anwendungsbereich des Amtshilfemechanismus des Kapitels III VBKVO ausgenommen ist. Gleiches gilt (in den Erläuterungen unerwähnt) für die RL 2014/17/EU (Wohnimmobilienkredite), die in die Zuständigkeit des Bundeskartellanwalts fällt. Die Frage ist, welche Aufgaben die beiden Behörden zu diesen RL wahrnehmen sollen, wenn

- die erwähnten RL nicht vom Amtshilfemechanismus betroffen sind und

- (siehe die Materialien zum VBKG, 836/A XXII. GP - Initiativantrag 7) innerstaatlich generell vom bestehenden bewährten System nicht abgewichen werden soll.

In dieser Hinsicht besteht Klarstellungsbedarf dahingehend, dass den gemäß § 3 zuständigen Behörden in Bezug auf diese beiden RL keine Befugnisse nach §§ 6 bis 8 VBKG zukommen.

Zu § 4 (Ausübung der Befugnisse)

§ 4 nimmt eine Zuordnung der einzelnen Befugnisse zu den jeweiligen Ausübungsvarianten des Art. 9 VBKVO vor. Nach den Materialien soll unter anderem keine gesetzliche Regelung über die Veröffentlichungsrechte (Art. 9 Abs. 7 VBKVO) notwendig sein. Derartige Veröffentlichungsrechte haben Prangerwirkung. Daher erachten wir diese Möglichkeit einerseits als ultima ratio. Zum anderen sollte sehr wohl geregelt werden, dass derartige Veröffentlichungen nach einer bestimmten Zeit wieder zu löschen sind - insoweit davon ausgegangen wird, dass diese (auch) im Internet erfolgen. Derartige Löschungen sind mit Art. 9 Abs. 7 VBKVO vereinbar.

Zuzustimmen ist den Materialien, nach denen die Befugnis der zuständigen Behörde, Testeinkäufe vorzunehmen, nicht durchführungsbedürftig ist.

Zu § 5 (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)

§ 5 legt einen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz fest, der allerdings in seiner vorliegenden Fassung unserer Ansicht nach zu eng gefasst ist. Unberücksichtigt bleibt der nunmehr wesentlich erweiterte Anwendungsbereich. Werden Befugnisse z.B. auch gegenüber Dritten statuiert, so ist die Verhältnismäßigkeit nicht nur im Hinblick auf den vermuteten Verstoß und seinen Auswirkungen zu beachten, sondern auch im Hinblick auf die Stellung des Dritten. So wird die Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme gegenüber einem beschuldigten Unternehmen anders zu bewerten sein als gegenüber einem unbeteiligten Dritten.

Wesentlich ist, dass die Behörde bei der Ausübung ihrer Befugnisse Bedacht darauf zu nehmen hat, dass jedes unnötige Aufsehen sowie jede unnötige Störung oder Behinderung des Betriebs eines Unternehmers vermieden wird. Auch eben diese Bestimmung soll nach dem Entwurf gestrichen werden.

Wir plädieren daher dafür, dass § 5 Abs. 2 beibehalten wird.

Zu § 6 (Ausübung der Befugnisse unmittelbar durch die zuständige Behörde)

Unklar ist, ob § 6 Abs. 1 so zu verstehen ist, dass Unternehmen Daten in jene Form bzw. jenes Format bringen müssen, das die zuständige Behörde verlangt. Unternehmen sollten nur verpflichtet sein, Daten in dem Format zur Verfügung zu stellen, in dem sie das Unternehmen selbst hat. Wenn das Verständnis ein anderes ist, sollte es ein Verhältnismäßigkeitsgebot geben, wie z.B. ein gängiges Format. Es sollte nicht sein, dass sämtliche Dokumente elektronisch und gegebenenfalls noch in einem einzigen Format verlangt werden dürfen.

§ 6 Abs. 4 schränkt vollkommen zu Recht die Auskunftspflicht dort ein, wo eine Person mit ihrer Aussage sich der Gefahr einer strafgerichtlichen Verfolgung aussetzen würde. Nach den Materialien bleiben sonstige Vernehmungverbote, Verschwiegenheitspflichten und Entschlagungsrechte unberührt. Warum allerdings dann nur, aber ausdrücklich das Aussageverweigerungsrecht in Bezug auf die Gefahr einer strafgerichtlichen Verfolgung im

Gesetzestext verankert wird, ist nicht nachvollziehbar. Dies erweckt zumindest einen unrichtigen Eindruck, was vermieden werden sollte. Sogar sollte entweder ganz allgemein auf bestehende Vernehmungsverbote etc. abgestellt werden oder jedweder Hinweis im Gesetzestext entfallen. Evident ist, dass davon auch das Bankgeheimnis betroffen ist.

Außerdem soll die Einschränkung der Auskunftspflicht des § 6 Abs. 4 nicht für die Fälle der behördlichen Nachschau gelten. Auch bei Durchführung einer behördlichen Nachschau besteht jedoch die Gefahr, dass an sich von der Auskunftspflicht ausgenommene Informationen, wie etwa bankgeheimnisrelevante Informationen, an die Behörde preisgegeben werden müssen. Das ist nicht nachvollziehbar. Es ist vollkommen klar, dass die Rechte der Betroffenen nicht durch eine derartige Nachschau umgangen werden dürfen. Deshalb soll die Beschränkung der Auskunftspflicht auch für die Fälle der behördlichen Nachschau gelten. Schließlich drohen Unternehmen für den Fall, dass sie der Behörde den Zutritt verweigern Beugestrafen i.S.d. § 355 EO.

Zudem sollte das Auskunftsrecht nicht gelten, wenn die Behörde über die Informationen bereits verfügt.

Ganz allgemein sollten die Informationsbefugnisse derart ausgestaltet werden, dass die bestehenden Rechte der einzuvernehmenden Personen nicht beschnitten werden (wie etwa der Bekanntgabe des klar umrissenen Befragungsthemas, der ausreichenden Vorbereitungszeit sowie der Möglichkeit der Beiziehung eines Rechtsanwalts).

Abhilfezusagen nach Abs. 9 sind schon dem geltenden VBKG bekannt. Inhaltlich gehen sie nunmehr allerdings wesentlich weiter. Sie betreffen bei weitem nicht mehr nur Unterlassungszusagen. Entsprechend kritisch wird es daher gesehen, dass solche Abhilfezusagen jedenfalls mit der Vereinbarung über eine angemessene Konventionalstrafe verbunden sein müssen. Zudem widerspricht es allgemeinen Regeln, dass der Unternehmer selbst Nachweis über die Einhaltung seiner Zusage erbringen muss. In vielen Fällen kann ihm dies gar nicht gelingen, weil ihm nicht zwangsläufig bekannt sein muss, wer Ansprüche gegen ihn aus dieser Zusage geltend macht. Die Nachweisverpflichtung des Unternehmens wäre zu streichen. Diese ergibt sich nicht aus der Verordnung.

Daher sollte eine Abhilfezusage nicht notwendiger Weise nur mit einer Vereinbarung über eine Konventionalstrafe zulässig sein. Denn einer Verletzung einer solchen Zusage wäre nach den auch im VBKG vorgesehenen Wegen durch ein Gerichtsverfahren zu begegnen. Dies betrifft auch § 7 Abs. 2.

Wesentlich wäre es, in den Materialien festzuhalten, dass zur Erreichung derartiger Abhilfezusagen die Behörde keinerlei Druck dem Unternehmer gegenüber ausüben darf. Unmittelbar durch die zuständige Behörde gerichtlich erzwingbar sind sie sowieso nicht. Kommt es zu keiner Abhilfezusage, hat dies jedenfalls auch nicht negative Konsequenzen im weiteren Verfahren zur Folge zu haben.

Zu § 6a (Ausübung von Befugnissen im Wege eines Antrags an das Zivilgericht)

Wird ein Beschluss des Gerichts vorläufig für verbindlich erklärt (§ 6a letzter Satz), dieser jedoch in der Folge nicht rechtswirksam, so sollte ein absolutes Beweisverwertungsverbot hinsichtlich all jener Beweise erfolgen, die durch die vorläufige Verbindlichkeit durch die Behörde erlangt worden sind (vgl. dazu etwa auch das Regierungsprogramm 2020 - 2024, 35).

Zu § 7b (Ausübung von Befugnissen durch Befassung der Telekom-Control-Kommission) und § 7c (Vorläufige Maßnahmen mittels Befassung der Telekom-Control-Kommission)

Wir begrüßen, im Rahmen der §§ 7b und 7c die Telekom-Control-Kommission als zuständige Behörde vorzusehen.

Die Möglichkeiten der VBKVO stehen doch in einem starken Spannungsverhältnis zur TSM-Verordnung [VO (EU) 2015/2120]. Dies darf nicht zulasten der betroffenen Provider ungelöst bleiben bzw. einseitig zu deren Lasten aufgelöst werden. Es ist daher ganz entscheidend, dass dieselbe Behörde beide Verordnungen vollzieht. Grundsätzlich ist hier die VBKVO zu kritisieren, durchbricht diese das ansonsten austarierte System der Verantwortlichkeit der verschiedenen Providerarten, was aber nicht mehr Gegenstand der aktuellen Begutachtung ist.

Kritisch wird gesehen, dass gemäß §§ 7b und 7c jeweils Abs. 6 Strafzahlungen von Unternehmen zwar auf den von der Branche zu leistenden Finanzierungsbeitrag angerechnet werden, dies jedoch nur dann geschieht, wenn diese Forderungen einbringlich sind.

In der Praxis ist jedoch eine hohe Quote uneinbringlicher Forderungen zu erwarten, denen aufwändige Verfahren vorangehen, welche wiederum wegen der Uneinbringlichkeit von den beitragspflichtigen Unternehmen mit bezahlt werden. Dies obgleich die Telekom-Control-Kommission hier in einem Bereich tätig ist, den man nicht (bspw. durch Konstruktion einer erweiterten Gefahr durch die Provider) den Providern zurechnen kann. Diese unangemessene Belastung sollte dringend dahingehend saniert werden, dass auch im Fall der Uneinbringlichkeit die pauschalierten Verfahrenskosten von 1.000 und 2.000 Euro angerechnet und vom Finanzierungsanteil der Branche abgezogen werden.

Leider wurde im Entwurf verabsäumt, einen Kostenersatz für die mitwirkenden Provider zu implementieren. Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs (VfGH 27.02.2003, G 37/02 u.a., V 42/02) ist dieser jedoch zwingend vorzusehen. Es sollte daher jedenfalls noch eine dementsprechende ausdrückliche Regelung im Rahmen der Novellierung aufgenommen werden.

Zu § 8 (Zivilgerichtliches Verfahren)

Insbesondere im Hinblick auf den durch die VBKVO wesentlich erweiterten Befugniskatalog erscheint es nicht gerechtfertigt, bei Erlassung einer einstweiligen Verfügung nach VBKG auf die an sich allgemein notwendigen Voraussetzungen nach § 381 EO für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu verzichten. Nach der bisherigen Rechtslage betraf eine einstweilige Verfügung nur eine Unterlassungsanordnung gegenüber dem betroffenen Unternehmen. Da nunmehr durch eine einstweilige Verfügung auch ein aktives Tun dem betroffenen Unternehmen abverlangt wird, das nicht ungeschehen gemacht werden kann, ist es sachgerecht, eine einstweilige Verfügung auch an die Voraussetzungen des § 381 EO zu knüpfen. Dies würde auch der an sich vom Gesetzgeber angestrebten Einbettung in das System des österreichischen Rechts erfordern.

Zu § 12 (Beauftragung einer benannten Stelle mit der Durchsetzung)

Nach dem Entwurf soll eine benannte Stelle im Auftrag einer zuständigen Behörde befugt sein, Ansprüche geltend zu machen.

Dies ist jedoch im Hinblick auf die maßgebliche Erweiterung der möglichen Ansprüche sehr kritisch zu sehen. Wie die Diskussion gezeigt hat, werden diese Bedenken auch von anderen maßgeblich involvierten Stellen geteilt. Sind die zuständigen Behörden mit den erforderlichen Ressourcen auszustatten (Art. 5 Abs. 4 VBKVO), so sollte auch im Hinblick auf das allgemeine Ziel der Vereinfachung der behördlichen Strukturen von der Möglichkeit der Beauftragung einer benannten Stelle Abstand genommen werden. Entsprechend wäre auch § 4 Abs. 1 Z 4 zu streichen.

Sollte ungeachtet dessen an der Beauftragungsmöglichkeit einer benannten Stelle festgehalten werden, ist jedenfalls klar festzuhalten, dass diese in Vertretung der zuständigen Behörde einen Anspruch dieser Behörde geltend macht.

Wir bitten um Berücksichtigung unserer Anmerkungen.

Ersuchungsgemäß wird mitgeteilt, dass diese Stellungnahme in einem dem Präsidium des Nationalrats im Wege der elektronischen Post übermittelt wurde.

Freundliche Grüße

Dr. Harald Mahrer
Präsident

Karlheinz Kopf
Generalsekretär