

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

per E-Mail: cpc@sozialministerium.at

Abteilung für Rechtspolitik
Wiedner Hauptstraße 63 | 1045 Wien
T 05 90 900 4282 | F 05 90 900 243
E rp@wko.at
W wko.at/rp

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom	Unser Zeichen, Sachbearbeiter	Durchwahl	Datum
-	Rp 686/19	4014	12.06.2019
20.05.2019	Dr. Artur Schuschnigg		

Arbeitsentwurf einer Novelle des Verbraucherbehörden-Kooperationsgesetzes (VBKG Novelle); Stellungnahme

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir bedanken uns für die eingeräumte Möglichkeit, zu dem Arbeitsentwurf einer Novelle des VBKG schriftlich Stellung nehmen zu können; dies im Hinblick auf die Schaffung notwendiger Begleitregelungen zur Verordnung über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung des Verbraucherschutzes zuständigen nationalen Behörden (auch als „VBKVO“ bezeichnet).

I. Allgemeines

Wir bedanken uns auch für die intensiven Vorarbeiten des Ministeriums. Im Hinblick auf den durch die VBKVO vorgegebenen Rahmen stellen diese aus unserer Sicht eine gute Basis für die anstehenden weiteren Tätigkeiten zur Erstellung des Ihrerseits angekündigten Ministerialentwurfs dar.

Insbesondere sollte das klare Bekenntnis jedenfalls beibehalten werden, dass im Sinne der Wahrung des sowohl nach der Verordnung wie auch nach dem innerstaatlichen Recht zu berücksichtigenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bestimmte Ermittlungs- und Durchsetzungsbefugnisse der Staatsanwaltschaft vorbehalten werden - und diese nur dann ergriffen werden dürfen, wenn der Verdacht einer strafgerichtlich strafbaren Tat vorliegt.

Wesentlich ist in diesem Zusammenhang, dass nach Art. 10 VBKVO die Durchführung und Ausübung dieser Befugnisse auch 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. Die Materialien zeigen dies manchmal vollumfänglich auf, manchmal wird lediglich auf das Bundesverfassungsrecht verwiesen.

Daraus folgt, dass bei der Ausübung der Befugnisse nach der VBKVO jene inhaltlichen und formalen Rahmenbedingungen zu berücksichtigen sind, die bei vergleichbaren innerstaatlichen

Befugnissen gegeben sind. Werden zivilrechtliche Mittel zur Ausübung der Befugnisse in Anspruch genommen, haben zudem diese Grundsätze auch in diesem Kontext gewahrt zu werden. Allgemein ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht unbedingt und unmittelbar im Zivilprozess anzuwenden.

Aufgrund der massiv ausgeweiteten Befugnisse der zuständigen Behörden sowie des ebenso wesentlich erweiterten Kreises der Personen, die von diesen Befugnissen betroffen sein können, sollten auch die nicht unmittelbar von inhaltlichen Änderungen betroffenen Bestimmungen des geltenden VBKG im Zuge der anstehenden Novelle eingehend überprüft werden.

Inhaltlich ist darauf hinzuweisen, dass Österreich über ein sehr hohes Verbraucherschutzniveau verfügt und auch die Verbraucherrechtsverfolgung, wie dies die einschlägigen Statistiken seit Jahren aufzeigen, vergleichsweise sehr gut funktioniert.

II. Im Detail

Zu § 2 (Zentrale Verbindungsstelle)

Gem. Art. 5 VBKVO hat jeder Mitgliedstaat eine zentrale Verbindungsstelle zu benennen. Nach dem Entwurf ist als solche der Bundesminister für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz vorgesehen.

Wie in der Sitzung vom 23.05.2019 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 einem Minister zu übertragen. Wird seitens des BMASGK die Ansicht vertreten, dass diese Verbindungsstelle aufgrund 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)

Zuständige Behörde soll unter anderem die Agentur für Passagier- und Fahrgastrechte sein. Angemerkt werden darf, dass diese Agentur über keine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt (vgl. *Schuschnigg*, Außergerichtliche Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten, 43). Da im Gegensatz zur geltenden Rechtslage hinkünftig auch diese Agentur als zuständige Behörde etwa vor einem Zivilgericht als Antragsteller auftreten können soll (vgl. § 8), wird sie relativ rasch an dieser Anforderung mangels Rechtspersönlichkeit scheitern. Im Zivilverfahren ist Rechtspersönlichkeit Prozessvoraussetzung für die Antragstellung. Ein Antrag der Agentur wäre daher durch das Gericht zurückzuweisen und ein allfälliges Verfahren für nichtig zu erklären.

Angeregt wird daher, als zuständige Behörde in diesen Fällen die „Schienen-Control Österreichische Gesellschaft für Schienenverkehrsmarktregulierung mbH“ zu benennen. Die Agentur für Passagier- und Fahrgastrechte ist ein unselbständiger Teil dieser GmbH (vgl. <https://www.schienencontrol.gv.at/de/>).

Es erscheint naheliegend die Zuständigkeit im Hinblick auf die Verbraucherzahlungskonto-RL bei dem Bundesministerium einzuordnen, das auch für die gesetzliche Umsetzung der Richtlinie verantwortlich war.

Zu § 4 (Ausübung der Befugnisse)

§ 4 nimmt eine Zuordnung der einzelnen Befugnisse zu den jeweiligen Ausübungsvarianten des Art. 10 Abs. 1 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.

Zu § 5 (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)

Wie bereits im Punkt Allgemeines betont, stellt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ein wesentliches Moment in Bezug auf die Ermittlungs- und Durchsetzungsbefugnisse nach Art. 9 VBKVO dar.

§ 5 legt einen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz fest, der allerdings in seiner vorliegenden Fassung unserer Ansicht nach zu eng gefasst ist. Nach den Materialien bleibt er zwar im Vergleich zum geltenden Verbraucherbehörden-Kooperationsgesetz unverändert; unberücksichtigt bleibt allerdings der nunmehr wesentlich erweiterte Anwendungsbereich. Werden Befugnisse 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.

Darüber hinaus führt Art. 10 VBKVO ausdrücklich aus, dass die Anwendung 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, erfolgen muss. Eben dieses ausdrückliche Bekenntnis fehlt in § 5, ganz abgesehen davon, dass in den Materialien zwar die Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgebots des nationalen Verfassungsrechts, nicht jedoch die des „sonstigen“ nationalen Rechts erwähnt werden.

Da das nationale Recht in dieser Hinsicht nach Art. 10 Abs. 2 VBKVO auf derselben Stufe steht wie das Unionsrecht, sollte es gleichermaßen und nicht nur untergeordnet zu berücksichtigen sein. Im Ergebnis sollte daher die Ausübung der jeweiligen Befugnisse nur dort und gegebenenfalls nur in einem vergleichbaren Umfang zulässig sein, wie dies auch innerstaatlich der Fall ist. Die diesbezüglich im Bereich der Befugnisse der Strafverfolgungsbehörden vorgesehenen Linien werden zwar grundsätzlich begrüßt, für die unter dieser Schwelle liegenden Sachverhalte sollten derartige Abgrenzungen allerdings auch vorgenommen werden. Diese Linie wird auch dadurch unterstützt, dass die Mitgliedstaaten nach dem Erwägungsgrund 16 VBKVO nicht verpflichtet sind, ein neues Sanktionssystem für Verstöße nach der VBKVO vorzusehen. Stattdessen sollen die Mitgliedstaaten das geltende System für gleichartige Verstöße im Inland auch für Verstöße im Sinne der VBKVO anwenden.

Angeregt wird daher, § 5 Abs. 1 auf Satz 1 zu kürzen, in die Materialien jedoch entsprechende Ausführungen aufzunehmen.

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

Die Änderungen des § 6 bezwecken die Vornahme der notwendigen Anpassungen aufgrund von Art. 9 VBKVO hinsichtlich jener Befugnisse, die unmittelbar durch die zuständige Behörde wahrzunehmen sind. Allerdings verbleibt auch bei mehrmaligem Studium des § 6 und der darauf bezugnehmenden Ausführungen der Materialien unklar, welche Bestimmung des § 6 zu welcher des Art. 9 korreliert.

Wesentlich ist allerdings zum einen, dass - wie nach geltendem Recht - diese Befugnisse jedenfalls nur bei Bestehen eines begründeten Verdachts eines Verstoßes ausgeübt werden dürfen. Die in § 6 geregelte Ausübung der Befugnisse durch die zuständige Behörde geht weiter als strafrechtliche Einsichtsrechte, für die richterliche Beschlüsse notwendig sind. Dass bereits ein vermuteter Verstoß nach der Verbraucherbehörden-Kooperationsverordnung die Behörde ermächtigt, einschlägige Unterlagen, Daten und Informationen von Unternehmen zu verlangen, wird als zu weitreichend gesehen. Ein vermuteter Verstoß soll hier keinesfalls ausreichen, sondern muss von einem begründeten Verdacht oder von einer Indizienlage ausgegangen werden, die nach dem Stand der Erfahrung eine tatsächliche Verletzung der Verordnung indiziert.

Zum anderen kann - entgegen den Materialien - bei Befugnissen der Behörden keineswegs davon ausgegangen werden, dass auf Seiten der Betroffenen eine Freiwilligkeit hinsichtlich der Erfüllung der Anordnungen der Behörden bestünde. Wird einem Verlangen einer zuständigen Behörde nicht nachgekommen, so ist die Ausübung der Befugnisse via Gerichtsantrag erzwingbar - wie bereits in der Sitzung vom 23.5. angemerkt wurde.

Da den solchermaßen Rechtsunterworfenen ohne wesentliche Schwierigkeiten die konkreten Befugnisse der Behörden klar sein müssen, sollten die entsprechenden Befugnisse ebenso klar und deutlich aus dem Gesetzestext selbst erkennbar sein. Nur so kann dem Konkretisierungsgebot und sohin auch dem Legalitätsprinzip entsprochen werden.

Die Bestimmung über die behördliche Nachschau (§ 6 Abs. 2) wird im Wesentlichen aus dem bestehenden Recht übernommen. Nach Art. 9 Abs. 3 lit. c VBKVO ist dies jedoch nur hinsichtlich des betroffenen Unternehmers zulässig. Es sollte daher klargestellt werden, dass dieses Recht nur gegenüber dem betroffenen Unternehmer gegeben ist - und nicht gegenüber Dritten.

Aufgrund der neu zu schaffenden Möglichkeit, via Staatsanwaltschaft Hausdurchsuchungen vornehmen zu können (vgl. § 8), stellt sich zudem die Frage, ob die Beibehaltung der Befugnis der behördlichen Nachschau überhaupt erforderlich ist. Wenn allerdings eine Parallelität zwischen dieser Nachschau und einer Hausdurchsuchung aufrecht erhalten werden soll, so sind diese beiden Instrumente klar voneinander abzugrenzen. So sollte es jedenfalls vermieden werden, dass unter dem Deckmantel einer Nachschau inhaltlich eine Durchsuchung stattfindet. So ist es vor allem für den Rechtsunterworfenen wesentlich, zu erkennen, welche Behörde in welchem Umfang im Rahmen derartiger Aktionen tätig werden darf.

Nicht klar ist, weswegen § 6 Abs. 3 im Wesentlichen den Inhalt des § 6 Abs. 1 hinsichtlich Unternehmern wiedergibt. Derartige Wiederholungen werden in einem Gesetzestext aus gutem Grund in aller Regel vermieden.

Nach § 6 Abs. 4 soll die Auskunftspflicht nur dann nicht gelten, wenn sich die Auskunftspersonen damit der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung aussetzen würden. Dabei wird einerseits übersehen, dass das nemo-tenetur-Prinzip auch im Verwaltungsstrafverfahren gilt. Zudem sehen nicht nur ZPO und StPO eine Reihe von Vernehmungsverboten, Verschwiegenheitspflichten und Entschlagungsrechten vor. Auch wird übersehen, dass ganz allgemein Verschwiegenheitsverpflichtungen und Berufsgeheimnisse existieren. Insbesondere ist das Bankgeheimnis zu erwähnen. Daher soll die Auskunftspflicht nach § 6 Abs. 4 ganz allgemein nicht gelten, wenn die gewünschte Auskunft gegen einschlägige Bestimmungen verstoßen würde.

Insgesamt 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).

Abhilfeszusagen nach Abs. 7 sind schon dem geltenden VBKG bekannt. Inhaltlich gehen sie allerdings wesentlich weiter und betreffen bei weitem nicht mehr nur Unterlassungszusagen. Entsprechend kritisch wird es daher gesehen, dass solche Abhilfeszusagen 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.

Daher sollte eine Abhilfeszusage 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. Zudem wäre die Nachweisverpflichtung des Unternehmens zu streichen. Diese ergibt sich nicht aus der Verordnung.

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

In den Materialien (S. 4) wird ausgeführt, dass die zuständige Behörde die Befugnis habe, Verbraucher über ihre Rechte zu informieren - was keiner Durchführungsregelung im VBKG bedürfe. Es erscheint eigenartig, dass diejenige Behörde, die selbst ermittelt und (auch) über entsprechende Durchsetzungsbefugnisse verfügt, auch berechtigt (und wohl verpflichtet) wäre, die Verbraucher zu informieren. Falls sie sohin einen Ratschlag erteilt, kann sie gleich auch für die entsprechende Durchsetzung sorgen. Diese bedenkliche Konstruktion könnte überdacht werden.

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

Aufgrund des wesentlich erweiterten Anwendungsbereichs der VBKVO ist davon auszugehen, dass sich auch die Ausübung der Befugnisse durch die Umsetzung gerichtlicher Entscheidungen inhaltlich wesentlich erweitern wird.

Wird in der Diskussion geäußert, dass damit höhere Kosten für die zuständigen Behörden verbunden sein können, so ist anzumerken, dass nach Art. 5 Abs. 4 VBKVO die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass die zuständigen Behörden über die für die Anwendung der VBKVO erforderlichen Ressourcen verfügen - einschließlich ausreichender Haushaltsmittel.

Daher sprechen wir uns gegen Kostenprivilegien zugunsten der zuständigen Behörden aus. Es sollten die allgemeinen Kosten- und Kostenerstattungsregeln der jeweiligen Verfahrensgesetze zur Anwendung kommen (im Hinblick auf das AußStrG sohin § 78).

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.

Die „Verpflichteten“ nach § 6 Abs.1 sind unter anderem auch Behörden. Zwischen Behörden ist Amtshilfe zu leisten (Art. 22 B-VG). Ein Vorgehen zwischen Behörden via Außerstreitverfahren sollte daher auch im Hinblick auf die jüngst einschlägig ergangene Entscheidung des OLG Wien überdacht werden.

Zu § 6b (Heranziehung der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes)

Die mögliche Heranziehung der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes durch die Festlegung in § 6b wird als nicht notwendig angesehen.

Die Ausführungen zu § 6b in den Materialien, nach denen eine behördliche Nachschau auch in unmittelbarer Ausübung der Befugnisse und unabhängig vom Vorliegen eines gerichtlichen Beschlusses zulässig sein soll, dürften den Umstand unberücksichtigt lassen, dass die behördliche Nachschau im Wege eines Antrags an das Gericht nach § 6a durchsetzbar ist. Wird daher dem unmittelbaren Verlangen der zuständigen Behörde durch den betroffenen Unternehmer nicht nachgekommen, so ist auch die Heranziehung der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes unzulässig.

Liegt eine antragsstattgebende, vollstreckbare Entscheidung des Gerichts vor, ist diese nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen (§ 1 Z 6 EO) zu exekutieren. Der im Gesetz vorgesehenen Abstufung (Gerichtsentscheidung, wenn einem Verlangen nicht „freiwillig“ nachgekommen wird) widersprechen zudem die Materialien insoweit, als nach diesen die Heranziehung des öffentlichen Sicherheitsdienstes unabhängig von einem Vorliegen eines gerichtlichen Beschlusses zulässig sein soll. Eine Sonderbestimmung des § 6a ist daher weder notwendig noch zweckmäßig.

Zu §§ 7a ff. („digitales Umfeld“)

Aufgrund der möglichen Inanspruchnahme von Access Providern ist es für uns zwingend, dass hierüber die Telekom-Control-Kommission entscheidet. Dies deshalb, da die Telekom-Control-Kommission die Behörde ist, die die Bestimmungen der VO (EU) 2015/2120, der sog. Netzneutralitätsverordnung (auch TSM-VO genannt), vollzieht und Sperrmaßnahmen durch Access-Provider stets auch Fragen zur Netzneutralität aufwerfen. Art. 3 dieser Verordnung enthält die entscheidenden Regelungen, unter welchen Bedingungen Accessprovider von der Netzneutralitätspflicht abgehen dürfen.

Diese Pflicht besagt, dass ein Accessprovider generell Zugang zu allen Websites im Netz gestatten muss und hier nicht beschränkend eingreifen darf. Es sei denn, er ist dazu verpflichtet, worüber die Telekom-Control-Kommission abzusprechen hat. Folglich ergibt sich geradezu zwingend aus der Befassung der Telekom-Control-Kommission mit den Netzneutralitätsfragen, dass sie auch zuständige Behörde sein muss, wenn es um Beschränkungen der Netzneutralität nach der VBKVO geht, weil nur so (ohne aufwändige verfahrensrechtliche Sonderbestimmungen zu schaffen) eine konsistente Spruchpraxis sichergestellt werden kann, die dem Accessprovider die klare Handlungsanweisung gibt, ob er sperren darf oder nicht.

Ansonsten sähen sich die Provider der Situation ausgesetzt, dass eine über die VBKVO absprechende Behörde eine Zugangssperre anordnen könnte, während die Telekom-Control-Kommission im selben Fall zu dem Schluss kommen könnte, dass hier keine ausreichenden Gründe für eine Zugangssperre vorliegen. Die Folge wäre, dass sich Provider dann auswählen müssten, wogegen sie verstoßen, es mit anderen Worten kein rechtmäßiges Alternativverhalten für sie gäbe. In diesem Sinne ist die im VBKG vorgesehene Zuständigkeit sinnvoll, wichtig und in diesem Sinne alternativlos.

Ein wichtiger Aspekt sind Regelungen zum Kostenersatz für den Aufwand, der der Branche mit dem Setzen und Verwalten von Zugangssperren entsteht. Die Unternehmen sind lediglich Dritte, denen die Handlungen der inkriminierten Websitebetreiber nicht zurechenbar sind. Daher ist ein Kostenersatz schon verfassungsrechtlich geboten (vgl. VfSlg 6884/1972 und 7234/1972 und VfGH 27.02.2003, GZ 37/02, in Bezug auf Überwachungsmaßnahmen).

Grundsätzlich positiv sind die Regelungen in § 7b Abs. 5 und § 7c Abs. 5 zu bewerten, die eine Anrechnung vereinnahmter Verfahrenskosten auf den Anteil der Branche an den Finanzierungskosten der RTR vorsieht. Diese beiden Bestimmungen sollten aber unbedingt um eine Regelung ergänzt werden, die eine Anrechnung auf den Branchenfinanzierungsbeitrag nach § 34 KOG auch dann vorsieht, wenn die Vereinnahmung der pauschalierten vorgeschriebenen Verfahrenskosten nicht möglich ist. Wir gehen davon aus, dass dies der Regelfall sein wird, was bedeuten würde, dass im Ergebnis die Telekommunikationsbranche den Aufwand für die Sperrverfahren doch ganz überwiegend zu tragen hätte. Die Bestimmung in dieser Form ohne entsprechende Ergänzung wäre also recht wirkungslos.

Hinsichtlich § 8a VBKG begrüßen wir die Zuordnung bestimmter Befugnisse an die Staatsanwaltschaft mit der Folge, dass wir, wenn es sich um Verkehrs-, Standort- und Zugangsdaten handelt, im etablierten Beauskunftungsregime sind. Hier erfolgen Anfragen und Beauskuntungen über die Durchlaufstellen nach § 94 TKG. Sofern Stammdaten abgefragt werden, sollten die zuständigen Behörden § 90 Abs. 6 TKG nutzen, um diese Auskünfte zu erhalten. Dies würde auch einen Kostenersatz für die beteiligten Unternehmen bedeuten. Ein entsprechender Hinweis in den Erläuterungen wäre daher zielführend.

Nach dem Arbeitsentwurf sollen die Befugnisse der zuständigen Behörden im Zusammenhang mit Online-Schnittstellen bereits bei einem vermuteten Verstoß zulässig sein.

Nach Art. 9 Abs. 4 lit. g VBKVO ist für diese Befugnisse im digitalen Umfeld allerdings Voraussetzung, dass keine anderen wirksamen Mittel zur Verfügung stehen, um die Einstellung oder Untersagung des Verstoßes im Sinne der VBKVO zu bewirken. Zudem muss das Risiko einer schwerwiegenden Schädigung der Kollektivinteressen von Verbrauchern dadurch verhindert werden. Diese Voraussetzungen engen den Anwendungsbereich der Befugnisse wesentlich ein. Auch die Materialien betonen, dass diese Maßnahmen eine ultima ratio darstellen. Entsprechend sollte auch § 7a formuliert sein.

Zu § 8 (Gerichtliches Verfahren)

Die Ermittlungs- und Durchführungsbefugnisse auf Grundlage der VBKVO und des VBKG erfolgen verfahrensmäßig abgestuft entweder im Rahmen eines zivilgerichtlichen Verfahrens nach den Bestimmungen des Außerstreitgesetzes oder durch die Staatsanwaltschaft auf Grundlage der StPO - sowie im „digitalen Umfeld“ durch die Telekom-Control-Kommission.

Die örtliche Zuständigkeit für das zivilgerichtliche Verfahren richtet sich nach dem allgemeinen Gerichtsstand des betroffenen Unternehmers - nur gegen diesen kann ein Verfahren angestrengt werden. Sachlich zuständig sein soll das Landesgericht, in Wien das Handelsgericht Wien. Wie bereits in der Diskussion aufgezeigt wurde, ist zu klären, ob die Landesgerichte als Handelsgerichte tätig werden sollen.

Abs. 3 spricht an sich eine Selbstverständlichkeit aus. Schon § 6a verdeutlicht, dass die zuständige Behörde diejenige ist, die den Antrag gegenüber dem Gericht stellt. Klar ist damit allerdings auch, dass die Beauftragung einer benannten Stelle (§ 12) dazu führt, dass die benannte Stelle selbst in derartigen Verfahren einen Anspruch der zuständigen Behörde geltend macht - und keinen eigenen Anspruch. Der Antrag müsste daher lauten: „*Zuständige Behörde xy, vertreten durch die benannte Stelle yz (diese allenfalls vertreten durch Rechtsanwalt AA)*“. Diese Abgrenzungen sorgen für klare Rechtsverhältnisse und klare dogmatische Einordnungen (keine Prozessstandschaft). Angeregt wird daher, dies auch in den Materialien hervorzuheben.

Abs. 5 ähnelt dem geltenden Abs. 4, der auf § 24 UWG verweist. Insbesondere im Hinblick auf den durch die VBKVO wesentlich erweiterten Befugniskatalog erscheint es nicht gerechtfertigt, bei Erlassung einer einstweiligen Verfügung nach VBKG weiterhin 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.

Zu § 8a (Ausübung der der Staatsanwaltschaft vorbehaltenen Befugnisse)

Wie bereits unter dem Punkt Allgemeines ausgeführt, begrüßen wir das im Arbeitsentwurf klar enthaltene Bekenntnis, dass im Sinne der Wahrung des sowohl nach der Verordnung wie auch nach dem innerstaatlichen Recht zu berücksichtigenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bestimmte Ermittlungs- und Durchsetzungsbefugnisse der Staatsanwaltschaft vorbehalten werden; zudem diese nur dann ergriffen werden dürfen, wenn der Verdacht einer Straftat (§ 78 StPO) vorliegt. Ferner sind diese Befugnisse nur im Rahmen des VBKG und der StPO zulässig. Dieses Konzept wird, wie die Diskussion gezeigt hat, auch von anderen maßgeblichen betroffenen Stellen als zweckmäßig und sinnvoll angesehen.

Daher sollten diese, der Staatsanwaltschaft vorbehaltenen Befugnisse auch nur dieser ausschließlich zustehen. Keine andere zuständige Behörde sollte über diese vorbehaltenen Befugnisse verfügen, da aufgrund der Intensität der Eingriffsmöglichkeiten ansonsten nicht nur die grundrechtlichen Anforderungen, sondern auch der in den Materialien betonte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wohl nicht einzuhalten wäre. Diese Ansicht dürfte auch sachgerecht sein, da derartige Befugnisse auch nach den allgemeinen gültigen gesetzlichen Bestimmungen weitestgehend der Staatsanwaltschaft exklusiv vorbehalten sind. Die bestehenden Ausnahmen in anderen Bereichen sind nicht mit dem Anwendungsbereich der VBKVO vergleichbar. Deswegen ist im Bereich des VBKG kein sachlich gerechtfertigtes Interesse erkennbar, von den allgemein anerkannten Grundsätzen abzuweichen.

Die in § 8a Abs. 2 Z 4 vorgesehene Hausdurchsuchung ist gem. Art. 9 Abs. 3 lit. c VBKVO nur gegenüber demjenigen Unternehmer zulässig, der in Verdacht steht, durch einen Verstoß im Sinne der VBKVO eine Straftat begangen zu haben. Dies könnte im Gesetzestext selbst noch klargestellt werden. Angemerkt werden darf, dass nicht davon auszugehen ist, dass hinsichtlich der Ausübung der Befugnis zur Hausdurchsuchung ein ex-ante-Rechtsschutz vor Gericht besteht (so allerdings die Materialien).

Zu § 8c (Verständigungspflicht der Verwaltungsstrafbehörde und des Verwaltungsgerichts)

Aus dem Gesamtzusammenhang und auch aus den Materialien ist unklar, woraus die offensichtlich allgemein aufzufassende Verständigungspflicht der Verwaltungsstrafbehörden bzw. Verwaltungsgerichte resultieren soll. Eine solche würde zudem über den Verständigungsumfang nach VBKVO hinausgehen.

Unzutreffend sein dürfte, dass das Anzeigerecht auf Grundlage des § 6 Abs. 5 fußt. Denn diese Bestimmung regelt den Verwendungsumfang der erlangten Ermittlungsergebnisse.

Es ist daher unklar, wie eine Verwaltungsstrafbehörde bzw. ein Verwaltungsgericht in ein Verfahren nach VBKG zu involvieren ist. In erster Linie sind die zuständigen Behörden nach § 3 berufen, das Verfahren nach VBKG zu führen, wozu diese auch die Zivilgerichte und die Staatsanwaltschaft einschalten können. Es ist nicht ersichtlich, wie im gegenständlichen Anwendungsbereich insbesondere die Bezirksverwaltungsbehörden (so Materialien, S. 18) ins Spiel kommen könnten.

Wird ein Verfahren außerhalb des gegenständlichen Anwendungsbereichs geführt, ist nach den allgemeinen Verfahrensregeln vorzugehen. Betont werden darf allerdings, dass es wesentlich ist, dass es zu keinerlei Parallelverfahren und jedenfalls nicht zu Doppelbestrafungen kommen kann.

Besteht allenfalls ein Verwaltungsstrafverfahren in Zusammenhang mit einem Ersuchen einer ausländischen Behörde, so wären die entsprechenden Informationen zu erteilen. Besteht kein entsprechendes Ersuchen einer ausländischen Behörde, ist es nicht sachgerecht und würde es zudem eine vermeidbare zusätzliche Verwaltungslast darstellen, würde auch für diese Fälle eine nicht nach der VBKVO vorgesehene Verständigungspflicht eingeführt werden.

Ist der Hintergrund der Gedanke an einen möglichen Rechtszug gegen Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission oder des Fernmeldebüros, so sollte dies auch im Gesetzestext entsprechend klargestellt werden (dieser Zusammenhang wird etwa auch in § 8b verdeutlicht).

Zu § 9 (Aufgaben der zentralen Verbindungsstelle)

Da Art. 9 VBKVO zwischen Ermittlungs- und Durchsetzungsbefugnissen differenziert, ist davon auszugehen, dass dies auch der Bezugspunkt des Abs. 1 ist. Es wären somit das Ermittlungs- bzw. Durchsetzungsersuchen an die jeweils zuständige Behörde zu übermitteln.

Die Möglichkeit der Beiziehung einer gem. Art. 27 Abs. 1 VBKVO notifizierten Stelle wird kritisch gesehen, da diese Stellen nach Art. 27 eine ganz andere Funktion haben und es sich bei diesen Stellen um keine Behörden handelt. Die Zuziehung dieser Stellen ist nach VBKVO nicht vorgesehen. Sie würde auch mit dem den Behörden obliegenden Neutralitätsgebot nicht in Übereinstimmung zu bringen sein. Es wäre nicht gerechtfertigt, dass diese Stellen durch ihre Teilnahme über ein Wissen verfügen, das selbst dem unmittelbar von den Maßnahmen betroffenen Unternehmer nicht zur Verfügung steht. Auch für die Koordinierung der Tätigkeiten ist kein nachvollziehbarer Grund erkennbar, der eine Beiziehung dieser Stellen sachlich rechtfertigen könnte. Dies betrifft auch den Informationsaustausch gem. § 10 auf Grundlage der von diesen Stellen zur Verfügung gestellten Informationen.

Zu § 11 (Beirat)

Nach dem Arbeitsentwurf soll der Beirat nach § 11 aufgelöst werden und durch eher informelle Sitzungen nach § 10 Abs. 3 ersetzt werden. Wir erachten allerdings den formalen Beirat als zweckdienlicher und plädieren daher für die Beibehaltung des Beirats gem. § 11.

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

Nach dem Arbeitsentwurf soll wie bisher 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.

III. Zusammenfassung

Der Arbeitsentwurf stellt eine gute Basis für die Erstellung des angekündigten Ministerialentwurfs dar.

Zu begrüßen ist insbesondere das klare Bekenntnis zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Ermittlungs- und Durchsetzungsbefugnisse sind daher abgestuft wahrzunehmen. So sind Befugnisse der Staatsanwaltschaft nur unter ähnlichen Voraussetzungen, wie sie im innerstaatlichen Recht vorgesehen sind, auszuüben. Das bedeutet vor allem, dass Hausdurchsuchungen nur unter den Voraussetzungen der StPO zulässig sind. Andere nach VBKG zuständige Behörden sollten daher nicht über derartige Befugnisse verfügen. Jede zuständige Behörde sollte ihre Befugnisse selber wahrnehmen.

Wir ersuchen um Berücksichtigung unserer Ausführungen und stehen für allfällige Rückfragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüße

Dr. Harald Mahrer
Präsident

Karlheinz Kopf
Generalsekretär