

Mehr behördliche Durchsetzung von Verbraucherschutz?

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des EG-Verbraucherschutzdurchsetzungsgesetzes sowie des Gesetzes über die Errichtung des Bundesamts für Justiz, BT-Drucks. 19/16781, für den Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestags

Prof. Dr. Klaus Tonner, Rostock*

Zusammenfassung

Der Vorschlag einer Anpassung des VSchDG an die neue CPC-Verordnung steht im Kontext einer vorsichtigen Ausweitung der behördlichen Durchsetzung von Verbraucherschutzvorschriften. Neben der CPC-Verordnung wird die bis November 2021 umzusetzende Richtlinie zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union weitere Anforderungen an eine Erweiterung behördlichen Verbraucherschutzes stellen.

Ohne unionsrechtlichen Anlass hat die 9. GWB-Novelle die Befugnis des Bundeskartellamts eingeführt, Sektoruntersuchungen bei Verdacht auf Verbraucherrechtsverstöße einzuleiten. Es wird diskutiert, dem Bundeskartellamt auch Eingriffsbefugnisse zur Verfügung zu stellen, wenn es Rechtsverstöße im Rahmen von Sektoruntersuchungen feststellt.

Eine vorsichtige Ausweitung behördlicher Rechtsdurchsetzung ist berechtigt, da die kollektive Rechtsdurchsetzung durch Verbände bei komplexen Sachverhalten an Grenzen stößt. Deswegen sollte auch das VSchDG, wie vom Bundesrat vorgeschlagen, auf Fälle einer Inländerbetroffenheit ausgedehnt werden. Der zuständigen Behörde sollte hierbei allerdings ein Ermessen zustehen, ob sie Durchsetzungsmaßnahmen ergreifen will. Kriterien für das Ermessen sollten ins Gesetz aufgenommen werden.

I. Einleitung

Der vorliegende Gesetzesentwurf steht im Kontext einer Tendenz, bei der Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften stärker auf eine behördliche Lösung zu setzen. Diese Tendenz wird durch den europäischen Gesetzgeber gefördert, und zwar nicht nur durch die Verordnung (EU) 2017/2394 über die Zusammenarbeit der zwischen den für die Durchsetzung der für die Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden (im

* Dr. jur., Prof. em. für Bürgerliches Recht an der Universität Rostock und Richter im Nebenamt am Oberlandesgericht Rostock a.D.

Folgenden: CPC-Verordnung),¹ deren Durchführung durch den hier vorliegenden Gesetzentwurf geregelt werden soll, sondern auch durch die Richtlinie 2019/2161 zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union, die der nationale Gesetzgeber bis zum 28. November 2021 umsetzen muss.²

Impulse zu einer stärkeren behördlichen Rechtsdurchsetzung im Verbraucherschutz kommen aber nicht nur vom Unionsgesetzgeber. Der deutsche Gesetzgeber hat autonom mit der 9. GWB-Novelle das Bundeskartellamt ermächtigt, Sektoruntersuchungen durchzuführen (§ 32e GWB). Mit der 10. GWB-Novelle, für die derzeit ein RefE vorliegt,³ steht die Frage an, ob den Sektoruntersuchungen Eingriffsbefugnisse des Bundeskartellamts zustehen sollten, falls die Sektoruntersuchungen Rechtsverstöße zutage fördern.

Deutschland hat im Verbraucherschutz bislang auf die Rechtsdurchsetzung durch kollektive Rechtsinstrumente gesetzt, die Privaten zustehen. Im Vordergrund stehen dabei Verbandsklagebefugnisse. Auch hier geraten die Dinge in Bewegung, denn die kurz vor der Verabschiedung stehende Verbandsklagenrichtlinie wird eine deutliche Erweiterung dieser Befugnisse mit sich bringen.⁴ Jedenfalls steht die Frage zur Entscheidung an, ob dieser Weg des kollektiven Rechtsschutzes ausreichend zur Durchsetzung von Verbraucherschutz ist. Bejaht man diese Frage, sollte der vorliegende Gesetzentwurf auf das unionsrechtlich Unerlässliche beschränkt bleiben, verneint man sie dagegen, sollte sich der deutsche Gesetzgeber der in den meisten EU-Mitgliedstaaten vorherrschenden Tendenz anschließen und jedenfalls auch auf behördliche Rechtsdurchsetzung setzen. Dazu ist in der gebotenen Kürze der Kontext des vorliegenden Gesetzentwurfs darzustellen und sodann die Frage zu beantworten, ob sich der deutsche Gesetzgeber stärker einer behördlichen Rechtsdurchsetzung zuwenden sollte. Hieraus sind dann konkret Konsequenzen für den vorliegenden Gesetzentwurf zu ziehen.

II. Kontext des Gesetzentwurfs

1. Richtlinie zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union

Neben der CPC-Verordnung zwingt die Richtlinie zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union, verstärkt über behördliche

¹ Verordnung (EU) 2017/2394 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2017 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004, ABl. 2017 L 345, 1.

² Richtlinie (EU) 2019/2161 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinien 98/6/EG, 2005/29/EG und 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union, ABl. 2019 L 328, 7.

³ RefE des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, Zehntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz) vom 24.1.2020, www.bmwi/Redaktion/DE/downloads/G/gwb-digitalisierungsgesetz-referentenentwurf.html.

⁴ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG, COM(2018) 184 final.

Durchsetzung im Verbraucherrecht nachzudenken. Die Richtlinie führt vor allem in großem Stil die Möglichkeit von Geldbußen ein. Sie sind entweder in einem Verwaltungsverfahren oder in einem gerichtlichen Verfahren zu verhängen. Die Richtlinien über missbräuchliche Vertragsklauseln und über unlautere Geschäftspraktiken, die Preisangaben-Richtlinie und die Verbraucherrechte-Richtlinie werden um entsprechende Vorschriften ergänzt. Der Umsetzungsgesetzgeber wird sich Gedanken darüber machen müssen, an welche Behörde er die erforderlichen Befugnisse delegieren will.

2. 9. und 10. GWB-Novelle: Sektorenuntersuchung durch das Bundeskartellamt

Mit der 9. GWB-Novelle wurden dem Bundeskartellamt erstmals Befugnisse im Bereich des Verbraucherschutzes eingeräumt. Bereits in der Ermittlung der Sachverhalte wurde eine Verbesserung der Durchsetzung verbraucherschützender Normen gesehen. Es war umstritten, ob an eine Sektoruntersuchung die Eingriffsbefugnisse des Bundeskartellamts anknüpfen sollten, was aber unterblieb. Eine Formulierungshilfe der Bundesregierung wurde insoweit nicht übernommen. Aus dem Ausschussbericht geht hervor, dass die SPD-Fraktion „den kollektiven Verbraucherschutz gern noch weiter gestärkt“ hätte und die gefundene Lösung nur als einen Einstieg ansah.⁵ Auch die Fraktion von Bündnis90/Die Grünen verlangte Eingriffsbefugnisse.⁶

§ 32e Abs. 5 GWB setzt voraus, dass ein Verdacht auf erhebliche, dauerhafte oder wiederholte Verstöße gegen verbraucherrechtliche Vorschriften besteht. Der Gesetzgeber dachte dabei in erster Linie an Verstöße gegen das UWG, ferner an Gesetze im Sinne von § 2 Abs. 2 UKlaG und dabei speziell an AGB.⁷ Das Bundeskartellamt darf nur tätig werden, wenn die verbraucherschutzrechtlichen Vorschriften nicht in den Zuständigkeitsbereich einer anderen Behörde fallen. Der Gesetzgeber dachte dabei vor allem an die Bundesnetzagentur und deren Zuständigkeit für unerwünschte Telefonanrufe nach § 20 UWG.⁸ In Betracht kommen ferner die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, das Eisenbahn-Bundesamt und das Luftfahrt-Bundesamt, also die gleichen Behörden, die auch bei der Zuständigkeit nach der CPC-Verordnung eine Rolle spielen und in § 2 VSchDG-E aufgeführt werden. § 32e Abs. 5 Satz 3 GWB schließt das Recht zum Betreten von Geschäftsräumen und das Durchsuchungsrecht für verbraucherrechtliche Sektoruntersuchungen aus. Dagegen stehen diese Befugnisse der nach dem VSchDG zuständigen Behörde zwar zu, stehen jedoch gemäß § 6 VSchDG-E unter Richtervorbehalt.

Die ersten drei Sektoruntersuchungen bewegen sich im Schnittpunkt zwischen Verbraucherschutz und Digitalisierung. Eine Untersuchung über Vergleichsportale ist

⁵ BT-Drs. 18/11446, S. 24.

⁶ BT-Drs. 18/11446, S. 17, 22.

⁷ BT-Drs. 18/11446, 26.

⁸ BT-Drs. 18/446, 26.

abgeschlossen,⁹ zwei weitere Untersuchungen über Smart TV und zu Nutzerbewertungen im Internet sind eingeleitet. Es war allgemein erwartet worden, dass der Einführung der Sektoruntersuchung weitere gesetzliche Regelungen zur Verankerung des Verbraucherschutzes im Bundeskartellamt folgen würden. Die 9. GWB-Novelle wurde auch und gerade von Vertretern des Bundeskartellamts lediglich als ein „erster Schritt“ eingestuft.¹⁰ Ein vom Bundeswirtschaftsministerium in Auftrag gegebenes Gutachten hat gewichtige und durchdachte Vorschläge unterbreitet, wie Folgeschritte ausgestaltet werden könnten.¹¹

Der jetzt vorliegende RefE einer 10. GWB-Novelle greift jedoch keinen dieser Vorschläge auf. Bleibt es im weiteren Gesetzgebungsverfahren dabei, wäre der „erste Schritt“ der 9. GWB-Novelle bereits der letzte Schritt gewesen. Es bleibt abzuwarten, ob der RegE Eingriffsbefugnisse im Zusammenhang mit Sektorenuntersuchungen doch noch aufgreift und wie das Gesetzgebungsverfahren verläuft.

III. Mehr behördlicher Verbraucherschutz?

In Deutschland hat man über Jahrzehnte auf die Durchsetzung von Verbraucherschutz über kollektive Rechtsinstrumente gesetzt. Die Verbandsklage, wie sie mit dem AGB-Gesetz aus dem Jahre 1976 eingeführt wurde, heute im UKlaG geregelt, gilt als Modell für die nachfolgende europäische Gesetzgebung und wird allgemein als erfolgreich eingeschätzt.

Kollektiver Verbraucherschutz ist kein Allheilmittel

Trotzdem ist der kollektive Rechtsschutz kein Allheilmittel, selbst wenn die Rechtsinstrumente verbessert werden, etwa durch eindeutige Folgenbeseitigungs- und Schadensersatzansprüche, wie dies die kommende Verbandsklagen-Richtlinie vorsieht. Ein privater Verband kann nur auf den Sachverhalt zurückgreifen, der öffentlich zugänglich ist. Er kann nur das zugrunde legen, was er selbst aus öffentlich zugänglichen Quellen ermitteln kann und kann den Gegner nicht zu weitergehenden Auskünften zwingen. Dem Bundeskartellamt dagegen stehen umfassende Auskunftersuchen zur Seite. Es wird immer wieder betont, dass dadurch Licht in komplexe Sachverhalte gebracht wird,¹² sei es, dass es sich um intransparente Geschäftsmodelle handelt, sei es, dass das Zustandekommen

⁹ Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Vergleichsportale, Bericht April 2019, www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikationen/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung_Vergleichsportale_Bericht.pdf.

¹⁰ *Mundt* (Präsident des Bundeskartellamts) WRP 2018, H. 9 (Editorial); *Ost* (Vizepräsident des Bundeskartellamts) VuR 2018, 121 f.

¹¹ *Podszun/Busch/Henning-Bodewig*, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts?, Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, 2018, www.bmwi/Redaktion/DE/Publikationen/Studien/behoerdliche-durchsetzung-des-verbraucherrechts.pdf (sog. Professoren-Gutachten).

¹² Dies betonen sowohl Vertreter des BKartA wie der Vorsitzende der für Verbraucherschutz zuständigen Beschlussabteilung, *Becker* ZWeR 2018, 229, 233; und der Präsident des Bundeskartellamts, *Mundt* WRP 2019, 181, 184) wie das vom Bundeswirtschaftsministerium beauftragte sog. Professorengutachten, *Podszun/Busch/Henning-Bodewig*, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts?, 2018, S. 299.

bestimmter Ergebnisse auf einer Webseite, z.B. ein Ranking, nur durch eine Erklärung der Funktion der dabei eingesetzten Algorithmen nachvollziehbar ist. Gerade bei den Algorithmen spielt die Möglichkeit des Auskunftersuchens eine erhebliche Rolle. Ein Blick in die Sektoruntersuchung Vergleichsportale des Bundeskartellamts zeigt dies deutlich. Damit ist es den Ermittlungsmöglichkeiten privater Akteure deutlich überlegen. Weil dies in einer digitalen Umgebung eine besondere Rolle spielt, ist es kein Zufall, dass der Gedanke, kartellrechtliche Instrumente im Hinblick auf die digitale Welt zu schärfen, mit den Überlegungen, Verbraucherschutz stärker einer Behörde anzuvertrauen, zeitlich zusammenfällt.

Ergänzende behördliche Rechtsdurchsetzung ist erforderlich

Eine Behördenlösung sollte aber keineswegs die kollektive Rechtsdurchsetzung verdrängen, sondern sie vielmehr ergänzen. Dies wird generell von denjenigen betont, die für eine Ausweitung der Befugnisse des Bundeskartellamts plädieren, und gilt auch für die mit dem vorliegenden Gesetzentwurf vorgeschlagenen Befugnisse des Bundesamts für Justiz. Es ist nicht zu befürchten, dass den klagebefugten Verbänden gewissermaßen der Stoff ausgeht. Vielmehr dürfte sich eine Arbeitsteilung einpendeln. Die klagebefugten Verbände könnten sich auf öffentlich zugängliche Sachverhalte konzentrieren, während Behörden ihr spezifischen know how in der Ermittlung komplexer Sachverhalte einbringen könnten.

Ein Nebeneinander von Bundesamt für Justiz und Bundeskartellamt ist sinnvoll

Auch eine Erweiterung der Befugnisse des Bundeskartellamts und die Einsetzung des Bundesamts für Justiz als zuständige Behörde i.S.d. CPC-Verordnung durch den vorliegenden Gesetzentwurf stehen sich nicht im Wege. Zu Recht schlägt der Gesetzentwurf das Bundesamt für Justiz als zuständige Behörde vor und stellt ihm das Durchsetzungsinstrumentarium des VerwVerfG und bewusst nicht des GWB zur Verfügung. Das Bundeskartellamt trifft Ermessensentscheidungen, in welchen Sektoren es Untersuchungen beabsichtigt, und nimmt vertiefende Untersuchungen zu tatsächlich und rechtlich komplexen Fragen vor. Dies ist nicht die Aufgabe der zuständigen Behörde nach der CPC-Verordnung. Diese muss bei einem Amtshilfeersuchen tätig werden, wobei die Komplexität oder die grundsätzliche Bedeutung des Falles keine Rolle spielt. Die Behörde soll dagegen eher in die Breite wirken, eingeschränkt freilich durch die grenzüberschreitende Dimension der durchzusetzenden Fälle. Sie soll auch Verstöße abstellen, bei denen die Rechtswidrigkeit auf der Hand liegt und bei gesetzlich und höchstrichterlich geklärt Rechtslage dafür sorgen, dass diese auch beachtet wird. Dies setzt einen vollkommen anderen Arbeitsansatz voraus, was das Nebeneinander von Bundeskartellamt und Bundesamt für Justiz rechtfertigt.

IV. Erstreckung auf Fälle mit Inländerbetroffenheit

§ 4 VSchDG i.d.F. der Stellungnahme des Bundesrats sollte übernommen werden

Eine Weiterentwicklung behördlicher Durchsetzung von Verbraucherschutz mit Augenmaß sollte dadurch erfolgen, dass der vom Bundesrat in seiner Stellungnahme vorgeschlagene § 4 VSchDG übernommen wird.¹³ Der Bundesrat schlägt vor, dass die zuständige Behörde ein innerstaatliches Durchsetzungsverfahren eröffnen kann, wenn durch ein eingehendes Amtshilfeersuchen, daraufhin eingeleitete Ermittlungen oder koordinierte Ermittlungs- und Durchsetzungsmaßnahmen sich tatsächliche Anhaltspunkte dafür ergeben, dass ein inländisches Unternehmen auch zulasten von Verbrauchern im Inland gegen Unionsrecht zum Schutz von Verbraucherinteressen verstößt.

Begründet wird der Vorschlag mit einer Gleichbehandlung ausländischer und inländischer Verbraucher. Inländische Verbraucher seien nach dem geltenden VSchDG und nach dem RegE weniger gut geschützt und auf die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche angewiesen, wobei Grenzen beispielsweise hinsichtlich der Sachverhaltsermittlungen bestünden. Es gehe im Ergebnis um Fälle, in denen von einem grenzüberschreitenden Verstoß in gleicher Weise auch Verbraucherinnen und Verbraucher im Inland betroffen sind.

Diesem Argument ist hinzuzufügen, dass sich der Gesetzgeber ohnehin demnächst anlässlich der Umsetzung der Richtlinie zur Verbesserung der Durchsetzung und der Modernisierung von Verbraucherschutzvorschriften der Union mit einer stärkeren behördlichen Durchsetzung von Verbraucherschutz befassen muss. Diese Richtlinie verlangt etwa, dass Geldbußen verhängt werden können. Sie differenziert nicht nach inländischen und grenzüberschreitenden Sachverhalten und lässt mit ihrer Erstreckung auf inländische Sachverhalte dem Umsetzungsgesetzgeber keinen Spielraum. Es macht wenig Sinn, jetzt eine auf grenzüberschreitende Fälle beschränkte Regelung zu erlassen, wenn in naher Zukunft stärkere behördliche Elemente in die Rechtsdurchsetzung (auch) für inländische Sachverhalte eingefügt werden müssen.

Das Bundesamt für Justiz sollte eine Ermessensbefugnis haben. Dafür sind Kriterien ins Gesetz aufzunehmen

Dabei ist jedoch Augenmaß zu bewahren. Es kann nicht darum gehen, dass die zuständige Behörde quasi einem staatsanwaltschaftlichen Amtsermittlungsgrundsatz folgen muss. Dies würde eine völlige Umkehr der bisherigen Durchsetzungspraxis in Deutschland bedeuten, die den Erfolgen der kollektiven Rechtsdurchsetzung auf dem Verbandswege nicht gerecht würde. Der Gefahr, dass die Behörde in jedem Fall von Amts wegen ermitteln muss, beugt der Vorschlag des Bundesrats vor, da die vorgeschlagene Vorschrift nur bei eingehenden Ersuchen gelten soll und als „kann“-Vorschrift ausgestaltet ist. Zudem ist ein Einvernehmen mit der zentralen Verbindungsstelle vorgesehen. Der Zusammenhang mit

¹³ BR-Drucks. 9/20 (Beschluss) Nr. 2 = BT-Drucks. 19/17295 mit Gegenäußerung der Bundesregierung.

grenzüberschreitenden Aktivitäten als Aufgreifpunkt für ein Einschreiten der zuständigen Behörde bleibt also gewahrt.

Ob die zuständige Behörde eingreift, wäre nach dem Vorschlag des Bundesrats eine Ermessensentscheidung. Man könnte daran denken, für die Ermessensausübung gesetzliche Konturen vorzugeben. Derartige Kriterien gibt es für die Sektoruntersuchung im GWB. Nach § 32e GWB kann das Bundeskartellamt eine Sektoruntersuchung nur bei Verdacht auf erhebliche, dauerhafte oder wiederholte Verstöße gegen Verbraucherschutzvorschriften einleiten. Diese Kriterien könnten in den vom Bundesrat vorgeschlagenen § 4 VSchDG-E eingefügt werden.

Die Aufgreifbefugnis der zuständigen Behörde für Fälle mit Inländerbetroffenheit wäre damit doppelt eingeschränkt: Zum einen muss ein Anstoß durch einen grenzüberschreitenden Fall vorliegen, und zum andern dürfte die zuständige Behörde nur Grundsatzfälle aufgreifen. Es wäre also nur ein sehr vorsichtiger Einstieg in die behördliche Rechtsdurchsetzung im Rahmen des VSchDG, der den Spielraum der anderen Akteure nicht einengt. Gleichzeitig wäre aber die Möglichkeit gegeben, durch das Nebeneinander von zuständiger Behörde gemäß VSchDG, Sektoruntersuchungen des Bundeskartellamts nach § 32e GWB und dem bewährten privaten kollektiven Rechtsschutz Erfahrungen zu sammeln, ob dieses Nebeneinander ein Optimum von Rechtsdurchsetzung im Verbraucherschutz mit sich bringt oder ob man sich auf eine einzelne Form der Rechtsdurchsetzung konzentrieren sollte.