

**Projektgruppe der Länderarbeitsgemeinschaft
Verbraucherschutz (LAV)
„Behördliche Rechtsdurchsetzung“**

Bericht - Juni 2023

**Veröffentlichung gemäß Beschluss
der 20. VSMK zu TOP 14**

Projektgruppe Behördliche Rechtsdurchsetzung Bericht (Juni 2023)

AUFTRAG DER VSMK UND VORGEHENSWEISE DER PROJEKTGRUPPE

Die 17. Verbraucherschutzministerkonferenz (VSMK) hat sich in ihrer Sitzung vom 7. Mai 2021 mit Rechtsdurchsetzungsdefiziten im Verbraucherschutz befasst und dabei die Auffassung vertreten, dass „ein wirksames Zusammenspiel aus zivilrechtlichen, strafrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Instrumenten dem Verbraucherrecht mehr Geltung verschaffen könnte“. Vor diesem Hintergrund wurde die Einrichtung einer Projektgruppe mit folgendem Auftrag beschlossen (17. VSMK / TOP 38, Ziff. 6):

„Die Ministerinnen, Minister, Senatorinnen und der Senator der Verbraucherschutzressorts der Länder bitten die Länderarbeitsgemeinschaft Verbraucherschutz (LAV) um Einsetzung einer Projektgruppe, die die Potentiale einer behördlichen Rechtsdurchsetzung untersucht, Vorschläge zu ihrer Stärkung entwickelt und der Verbraucherschutzministerkonferenz über ihre Ergebnisse berichtet. Die Untersuchung soll dabei sowohl branchenbezogene als auch sektorübergreifende Regelungen in den Blick nehmen.“

Die Projektgruppe nahm ihre Arbeit im Oktober 2021 auf. Beteiligt waren die Länder Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Brandenburg, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland und Schleswig-Holstein. Den Vorsitz führte Bayern. Der Bund, vertreten zunächst durch das BMJV und später durch das BMUV, begleitete die Arbeiten der Projektgruppe.

Auf Grundlage einer Analyse der gesetzlichen und tatsächlichen Bedingungen für die Durchsetzung von Verbraucherrechten auf zivilrechtlichem und behördlichem Weg entwickelte die Projektgruppe Vorschläge, wie bestehende Rechtsdurchsetzungsdefizite im wirtschaftlichen Verbraucherschutz durch behördliche Instrumente verringert werden könnten. In die Analyse flossen die Erfahrungen der mit Verbraucherschutzaufgaben betrauten Bundesbehörden ein, mit denen zahlreiche Gespräche geführt wurden. Neben zahlreichen Studien und Fachbeiträgen wertete die Projektgruppe auch Informationen zur Rechtsdurchsetzung in anderen europäischen Staaten aus.

Auf Grundlage eines von der Projektgruppe erstellten Diskussionspapiers fand am 21. März 2023 eine Expertenanhörung statt, an der Vertreterinnen und Vertretern der maßgeblichen

Bundesministerien (BMUV, BMJ, BMWK, BMF), von Bundesbehörden mit Verbraucherschutzaufgaben (BKartA, BNetzA, UBA), des vzbv, der DIHK und der Rechtswissenschaft teilnahmen. Auf die wesentlichen Erkenntnisse und in der Anhörung vertretenen Positionen wird im Bericht näher eingegangen.

VORBEMERKUNG

Die Arbeit der Projektgruppe war maßgeblich von der Frage begleitet, ob behördliche Rechtsdurchsetzung im wirtschaftlichen Verbraucherschutz einen Paradigmenwechsel bedeute und sich gegenüber der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung rechtfertigen müsse oder ob es sich um eine Selbstverständlichkeit handle. Wahrscheinlich ist für Deutschland beides zutreffend. Denn einerseits bestehen insbesondere in den Bereichen Finanzdienstleistungen und Versicherungen bereits Instrumente, mit denen Behörden die Beseitigung von Rechtsverstößen und ihrer Folgen durchsetzen können. Andererseits fehlen diese Möglichkeiten in weiten Bereichen des Wirtschaftslebens wie beispielsweise dem stationären und elektronischen Handel, zudem wird gerade in rechtswissenschaftlichen Veröffentlichungen zum Bankenrecht die Legitimation von Behörden zur Klärung und Regelung zivilrechtlicher Rechtsverhältnisse stark in Frage gestellt.

Für die Projektgruppe steht im Vordergrund, dass es sich bei einem verbraucherrechtlichen Missstand, d.h. einem Rechtsverstoß zulasten einer Vielzahl von Verbrauchern, um eine Störung des Gemeinwohls handelt. Die Beseitigung derartiger Missstände ist eine im Gemeinwohl liegende Aufgabe des Staates, weshalb es naheliegend ist, dass der Staat die hierfür notwendigen Strukturen und Instrumente schafft. Wenn die zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung selbst mit staatlicher Förderung klageberechtigter Verbraucherverbände an systemimmanente Grenzen stößt und damit Rechtsdurchsetzungsdefizite entstehen, muss der Staat selbst stärker tätig werden, um seinen Schutzauftrag gegenüber der Allgemeinheit zu erfüllen.

Eine Stärkung der behördlichen Rechtsdurchsetzung führt auch nicht zu einer Mehrbelastung der Wirtschaft. Zum einen bleiben die materiell-rechtlichen Pflichten von Unternehmern gegenüber Verbrauchern unverändert. Zum anderen hat eine behördliche Rechtsdurchsetzung für die betroffenen Unternehmen den Vorteil, dass sie, anders als beispielsweise im Fall von Legal-Tech-Inkassounternehmen oder Abmahnvereinigungen, nicht mit Gewinner-

zielungsabsicht betrieben wird. Hinzu kommt, dass die Möglichkeit branchenweiter Maßnahmen die Wettbewerbsgleichheit stärkt und zu einer Verringerung von Gerichtsverfahren führen kann.

Nicht nur die VSMK, sondern auch die Bundesregierung hat die behördliche Durchsetzung von Verbraucherrechten auf ihre Agenda gesetzt. Der Koalitionsvertrag enthält zur behördlichen Rechtsdurchsetzung folgende Passagen:

„Wir werden prüfen, wie das Bundeskartellamt gestärkt werden kann, um bei erheblichen, dauerhaften und wiederholten Verstößen gegen Normen des wirtschaftlichen Verbraucherrechts analog zu Verstößen gegen das GWB Verstöße zu ermitteln und diese abzustellen.“

„Die Aufsichtsbefugnisse des Kraftfahrt-, des Luftfahrt-, des Eisenbahnbundesamtes und der Bundesnetzagentur im Hinblick auf kollektive Verbraucherinteressen erweitern wir ohne zusätzliche Bürokratie.“

Die von der Projektgruppe veranstaltete Expertenanhörung stieß bei den Beteiligten auf großes Interesse. Der breit angelegte fachliche Austausch wurde als Einstieg in eine notwendige Diskussion über die Entwicklung der behördlichen Rechtsdurchsetzung in Deutschland begrüßt.

Natürgemäß wurden bei der Anhörung unterschiedliche Auffassungen zur Stärkung der behördlichen Rechtsdurchsetzung vertreten. Zwar wird überwiegend die Einschätzung geteilt, dass es erhebliche Rechtsdurchsetzungsdefizite im Verbraucherschutz gibt und diese in Bezug auf bestimmte Sachverhalte (z.B. Streuschäden, Digitales, Fluggastrechte) nicht oder nicht effektiv mit den zivilrechtlichen Instrumenten beseitigt werden können, jedoch wurden von einzelnen Teilnehmern (u.a. DIHK) der Handlungsbedarf und die Eignung behördlicher Instrumente in Frage gestellt. Die Vertreter der mit Verbraucherschutzaufgaben betrauten Bundesbehörden wiederum vermittelten trotz gewisser rechtlicher Unsicherheiten im Bereich Finanzdienstleistungen ein grundsätzlich positives Bild von dem Instrument der behördlichen Rechtsdurchsetzung, das durch einen Bericht über die weitreichenden Befugnisse im Verbraucherschutz der italienischen Markt- und Kartellbehörde ergänzt wurde.

Der vzbv nimmt eine ambivalente Haltung ein. Einerseits wird eine Stärkung behördlicher Durchsetzungsmaßnahmen z.B. bei fortgesetzten branchenweiten Verstößen trotz höchst-

richterlicher Klärung sowie bei dauerhaft unzuverlässigen Unternehmern gewünscht, andererseits wird ein Eingriff in die Rechtsdurchsetzung durch die Verbände und die Rechtsfortbildung befürchtet.

Der vorliegende Bericht ist als eine Grundlage für künftige Überlegungen zur Stärkung der behördlichen Rechtsdurchsetzung im Verbraucherschutz zu verstehen. Er kann aufgrund der beschränkten Kapazitäten der Projektgruppe und der Dimension des Themas nur bestimmte Aspekte erfassen und nicht alle Fragen vollständig klären.

Übersicht

I.	Zusammenfassung	7
A.	Die zivilrechtliche Verbraucherrechtsdurchsetzung und ihre Grenzen	7
B.	Handlungsbedarf	9
C.	Potentiale der behördlichen Rechtsdurchsetzung	10
D.	Modell einer sektorunabhängigen behördlichen Verbraucherrechtsdurchsetzung.....	11
E.	Verwertung behördlicher Informationen zur zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung	13
F.	Verbesserungen bei den sektorbezogenen Aufsichtsstrukturen	13
1.	Allgemeine Überlegungen	13
2.	Sektorspezifische Vorschläge	14
II.	Analyse und Bewertung des Status Quo	15
A.	Stärken und Grenzen der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung	15
1.	Überblick über die zivilrechtlichen Instrumente	16
2.	Bewertung der Instrumente der zivilrechtlichen Durchsetzung von Verbraucherrechten	17
3.	Fazit	21
B.	Potentiale und Grenzen der behördlichen Rechtsdurchsetzung (übergreifend).....	22
1.	Überblick über die behördliche Rechtsdurchsetzung in Deutschland	22
2.	Behördliche Handlungsinstrumente und ihre Eignung zur Verbraucherrechtsdurchsetzung	23
3.	Grenzen der behördlichen Rechtsdurchsetzung	28
4.	Behördliche Rechtsdurchsetzung in anderen europäischen Staaten	39
C.	Gegenüberstellung zivilrechtlicher und behördlicher Rechtsdurchsetzungsinstrumente	46
D.	Bereichs- und themenspezifische Betrachtung der Möglichkeiten behördlicher Rechtsdurchsetzung	51
1.	Finanzdienstleistungen	51
2.	Digitales, E-Commerce, Datenschutz	60
3.	Versicherungen.....	66
4.	Telekommunikation	74
5.	Energie	81
6.	Sektorübergreifendes Verbraucherrecht	90
III.	Vorschläge und Lösungsansätze (Synthese der Einzelbetrachtungen unter II.).....	101

A.	Einführung einer behördlichen „Universalrechtsdurchsetzung“ im Bereich des allgemeinen Verbraucherrechts	101
1.	Eckpunkte	102
2.	Gesetzesvorschläge	103
B.	Stärkung der sektorbezogenen behördlichen Rechtsdurchsetzung durch gesetzgeberische Maßnahmen.....	104
C.	Strukturelle Verbesserungen.....	104
IV.	Anhang	106

I. ZUSAMMENFASSUNG

Die Europäische Union verfolgt in ihrer Verbraucherschutzgesetzgebung zunehmend einen zweigleisigen Ansatz, der neben der Stärkung der Durchsetzung von Verbraucherrechten durch den einzelnen Verbraucher und durch Verbraucherverbände auch typischerweise hoheitliche Durchsetzungsinstrumente beinhaltet (z.B. Ermittlungs- und Anordnungsbefugnisse bei grenzüberschreitenden Sachverhalten nach der CPC-Verordnung; Hervorhebung von Sanktionen in der „Modernisierungsrichtlinie“¹). Ein zweigleisiger Ansatz mit unterschiedlichen Ausprägungen findet sich auch in den übrigen europäischen Staaten.

Aus Sicht der Projektgruppe ist es wichtig, sich die unterschiedlichen Ziele und Wirkweisen der zur Verfügung stehenden Rechtsdurchsetzungsinstrumente vor Augen zu führen. Diese lassen sich grundsätzlich in folgende Aspekte aufgliedern: Durchsetzung individueller Rechtsansprüche, Beseitigung von Rechtsverstößen (einschließlich ihrer präventiven Verhinderung) und Sanktion von Rechtsverstößen (u.a. Präventionswirkung).

In der Europäischen Union nehmen Deutschland und Österreich insoweit eine Sonderstellung ein, als die Durchsetzung von Verbraucherrechten sowohl individuell als auch kollektiv überwiegend zivilrechtlich erfolgt.

Die Effektivität der zivilrechtlichen Durchsetzung wird unterschiedlich beurteilt.

A. Die zivilrechtliche Verbraucherrechtsdurchsetzung und ihre Grenzen

Auf der einen Seite verfügt Deutschland über ein effizientes und hochqualifiziertes Justizsystem, das aufgrund relativ niedriger Gerichtsgebühren und Unterstützungsmechanismen (z.B. PKH) auch für Menschen mit geringeren Einkommen zugänglich ist und mit der 2018 eingeführten Musterfeststellungsklage nun auch die kollektive Klärung von Anspruchsvoraussetzungen (sog. Feststellungszielen) von Verbrauchern erleichtert. Hinzu kommt ein Angebot an kostenfreien Schlichtungsverfahren, das vor allem durch branchenbezogene Schlichtungsstellen wie der Schlichtungsstelle öffentlicher Personenverkehr oder dem Versicherungsombudsmann einen effektiven Beitrag zur Rechtsdurchsetzung leisten kann. Daneben wächst

¹ RL (EU) 2019/2161

das Angebot an Inkassodienstleistungen, bei denen Legal-Tech-Unternehmen (z.B. flightright) die Durchsetzung einfach gelagerter Verbraucherforderungen gegen ein Erfolgshonorar von üblicherweise 25 % der Forderungssumme übernehmen. Auch sind Abmahnungen und Unterlassungsklagen auf Grundlage des UKlaG und UWG dank der öffentlichen Förderung der Verbraucherverbände grundsätzlich wirkungsvolle Instrumente zur Beendigung von Verbraucherrechtsverstößen. Im Falle kommerziell betriebener Abmahnungen durch entsprechende Rechtsanwaltskanzleien kann auch eine gewisse präventive Wirkung angenommen werden.

Bei gleichartigen Massenschäden mit einer Vielzahl von beteiligten Unternehmen sind die zivilrechtlichen Instrumente jedoch nur bedingt geeignet. Allein der Umstand, dass die Rechtskraft von Urteilen auf die Parteien des Gerichtsverfahrens beschränkt ist, kann dazu führen, dass bei branchenweiten Rechtsverstößen eine Vielzahl von Klagen geführt werden müsste, um eine flächendeckende Beseitigung eines Rechtsverstoßes und seiner Folgen zu erreichen (z.B. Unterlassung der Verwendung unwirksamer AGB und Rückerstattung unrechtmäßig erhobener Entgelte). Den Verbraucherverbänden fehlen hierfür die Kapazitäten. Auch entfaltet die aus kommerziellen Interessen betriebene Abmahnung durch entsprechend spezialisierte Rechtsanwaltskanzleien für die Verbraucherrechtsdurchsetzung bislang nur begrenzte Wirkung.

Eine individuelle zivilrechtliche Durchsetzung von Verbraucherrechten scheidet für viele Verbraucher u.a. aufgrund des Kostenrisikos, des unverhältnismäßigen Aufwandes und psychologischer Hemmnisse oftmals aus. Verbraucherschlichtung als für Verbraucher kostenfreie Alternative zum gerichtlichen Verfahren ist nur in Teilbereichen erfolgreich. Sammelinkasso auf Erfolgshonorarbasis steht nur für ausgewählte unkomplexe Sachverhalte zur Verfügung und bedeutet für die Verbraucher regelmäßig einen Verzicht auf 20 – 25 % der Anspruchssumme.

Verbandsklagen können zwar bestimmte Hemmnisse überwinden, jedoch erweisen sie sich bei Fällen mit geringem Schaden als ökonomisch wenig sinnvoll. Zudem sind die Kapazitäten der Verbraucherverbände begrenzt. Hinzu können Beweisschwierigkeiten kommen, die auch durch prozessuale Erleichterungen wie beispielsweise die sekundäre Darlegungslast nur bedingt (und auch erst nach Klageerhebung) beseitigt werden.

Fast gänzlich fehlen im deutschen Recht präventiv wirkende Bußgeldsanktionen, was nicht zuletzt auch unionsrechtlich Bedenken aufwirft, da zivilrechtliche Sanktionen entgegen den

europäischen Vorgaben (siehe z.B. Art. 13 Abs. 2 Richtlinie 2005/29/EG, „UGP-RL“) frühere Verstöße unberücksichtigt lassen.

B. Handlungsbedarf

Typische Praxisbeispiele, bei denen aus Sicht der Projektgruppe zivilrechtliche Instrumente allein nicht ausreichen, sind u.a. unseriöse Vertriebspraktiken und Vertragsfallen (z.B. Vermittlung nicht kundengerechter Telekommunikationsverträge; untergeschobene Verträge; Vertragsfallen im Internet), Wucherpreise für Schüsseldienste, branchentypische unzulässige AGB (z.B. Kündigungsregelungen bei Fitness-Studios) oder die massenhafte Nichterfüllung von Rückzahlungs- und Entschädigungsansprüchen im Zusammenhang mit Reiseverträgen (u.a. corona-bedingte Reisestornierungen; massenhafte Flugausfälle; Insolvenzen). Auch die systematische Erschwerung der zur Geltendmachung von Verbraucherrechten notwendigen Kommunikation (z.B. in Bezug auf Widerruf, Kündigung oder zentrale Kundenrechte) kann als Beispiel angeführt werden. Weiter zu nennen wären Massenschadensfälle aufgrund des Verhaltens eines einzelnen Unternehmens (z.B. Abgasmanipulation bei Dieselfahrzeugen), Unternehmensinsolvenzen (z.B. Air Berlin, Bayerische Energieversorgungsgesellschaft) oder kartellrechtswidrige Vereinbarungen zulasten der Endverbraucher.

Zudem gibt es Bereiche wie beispielsweise die Verarbeitung personenbezogener Daten im Zusammenhang mit digitalen Diensten und Produkten, bei denen aufgrund struktureller Gegebenheiten, der (technischen) Schwierigkeiten bei der Feststellung des tatsächlichen Geschehens und des regelmäßigen Fehlens eines unmittelbar spürbaren wirtschaftlichen Schadens erhebliche Rechtsdurchsetzungsdefizite bestehen, die mit zivilrechtlichen Instrumenten allein nicht behoben werden können (z.B. soziale Netzwerke, Internet-Suchmaschinen, intransparente Informationen bei der Verwendung von Cookies). Gleiches gilt im Grundsatz für den Einsatz von algorithmen- und KI-basierten Verfahren gegenüber Verbrauchern, bei denen vor allem präventive Maßnahmen notwendig sind.

Bei der Expertenanhörung wurden die Rechtsdurchsetzungsdefizite und der Handlungsbedarf von den Teilnehmern überwiegend bestätigt. Die Vertreter einer kritischen Haltung zur behördlichen Rechtsdurchsetzung konnten in den Augen der Projektgruppe nicht überzeugend darlegen, dass die vorhandenen Rechtsdurchsetzungsdefizite mit den bestehenden und künftigen zivilrechtlichen Instrumenten in ausreichender Weise verringert werden können.

C. Potentiale der behördlichen Rechtsdurchsetzung

Aus Sicht der Projektgruppe sollten daher aufgrund der festgestellten Defizite parallel zu dem mit der EU-Verbandsklagerichtlinie vorgegebenen Ausbau kollektiver Klageinstrumente auch die Potentiale einer behördlichen Rechtsdurchsetzung näher in den Blick genommen und genutzt werden.

Denn behördliches Handeln kann unter gewissen Gesichtspunkten strukturelle Vorteile gegenüber zivilrechtlichen Instrumenten aufweisen. Neben der Autorität staatlicher Behörden, aufgrund derer nicht selten bereits informelles Handeln zur Einstellung einer rechtswidrigen Praxis ausreichen kann, ist hier vor allem die Möglichkeit zu erwähnen, durch Verwaltungsakt rechtliche Bindungswirkung zu erzeugen und diese in geeigneten Fällen auch auf eine Mehrzahl von Unternehmen zu erstrecken. Jedenfalls rechtlich einfach gelagerte Fälle können sich damit rasch und mit breiter Wirkung einer Lösung zuführen lassen. Die Hürde, eine gerichtliche Klärung herbeizuführen, wird von der Verbraucherseite auf die Unternehmenseite verlagert. Zudem bietet das Verwaltungsrecht eine breite Palette an Maßnahmen und Lösungen (z.B. Verpflichtungszusagen), die flexibel an die jeweiligen Bedürfnisse des Einzelfalls angepasst werden können und die das Zivilrecht in dieser Form nicht kennt. Selbstverständlich sind auch die hoheitlichen Ermittlungsbefugnisse und die Möglichkeit von Bußgeldsanktionen zu berücksichtigen.

Die Projektgruppe sieht keine grundsätzlichen rechtlichen Hindernisse bei einer erweiterten behördlichen Durchsetzung von Verbraucherrechten. Insbesondere besteht keine Kollision mit dem **Grundsatz der Gewaltenteilung**, da es sich weder organisationsrechtlich, noch funktional um Rechtsprechung im Sinne von Art. 92 GG handelt. Die Beseitigung eines zu-lasten eines Teils der Allgemeinheit begangenen Rechtsverstoßes und seiner Folgen ist eine im Gemeinwohlinteresse liegende Aufgabe. Ein darüberhinausgehender Alleinanspruch der Zivilgerichtsbarkeit, über zivilrechtliche Fragen zu entscheiden, entspricht weder der Verwaltungspraxis noch der Gerichtsverfassung. Zudem ist der Gesetzgeber frei, gegen behördliche Anordnungen im Verbraucherschutz einen von § 40 VwGO abweichenden Rechtsweg zu wählen und etwaige Streitfälle den ordentlichen Gerichten zuzuweisen (siehe z.B. § 13 EU-VSchDG).

Auch hat ist die Projektgruppe der Auffassung, dass der Grundsatz der Privatautonomie, der von einem Teilnehmer der Experenanhörung angeführt wurde, einer Erweiterung der behörd-

lichen Rechtsdurchsetzung nicht entgegensteht. Zwar ist es zutreffend, dass die Rechtewahrnehmung grundsätzlich dem Rechteinhaber zugewiesen ist, jedoch besteht zugleich eine staatliche Verantwortung, strukturelle Ungleichgewichte und Informationsasymmetrien im Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern auszugleichen. Da diese unzweifelhaft bestehen und auch auf die Rechtsdurchsetzung durchschlagen, ist eine ausreichende Rechtfertigung für ein staatliches Tätigwerden zum Schutz der Verbraucher gegeben. Außerdem wird es in der praktischen Anwendung regelmäßig einer aktiven Äußerung des Verbrauchers und damit eines Akts der Rechtewahrnehmung bedürfen, damit überhaupt eine Leistung an ihn erfolgt.

Die Projektgruppe ist sich bewusst, dass auch die behördliche Rechtsdurchsetzung keine vollständige Durchsetzung des Verbraucherrechts gewährleisten kann und ihre Wirkung von zahlreichen Faktoren, nicht zuletzt auch der personellen und finanziellen Ausstattung der Behörden abhängt. Gleichwohl sollten ihre Potentiale in Ergänzung des zivilrechtlichen Systems erweitert und verstärkt genutzt werden.

D. Modell einer sektorunabhängigen behördlichen Verbraucherrechtsdurchsetzung

Die Projektgruppe hat ein Modell für eine sektorunabhängige behördliche Rechtsdurchsetzung (**Universalrechtsdurchsetzung**) entworfen, mit dem die bestehenden Defizite in der Verbraucherrechtsdurchsetzung verringert werden könnten. Die Eckpunkte dieses Modells sind wie folgt:

- Schaffung einer sektorunabhängigen Aufgabe zur Durchsetzung von Verbraucherrecht und Bestimmung einer hierfür geeigneten Bundesbehörde
- Beseitigung verbraucherrechtlicher Missstände als Aufsichtsziel
- Definition des verbraucherrechtlichen Missstands aufbauend auf den bestehenden gesetzlichen Definitionen in § 4 Abs. 1a FinDAG und § 32e GWB: *erheblicher, dauerhafter oder wiederholter Verstoß gegen ein Verbraucherschutzgesetz, der nach seiner Art oder seinem Umfang die Interessen nicht nur einzelner Verbraucherinnen oder Verbraucher gefährden kann oder beeinträchtigt, einschließlich seiner Folgen*
- Ausstattung der zuständigen (Bundes-) Behörde mit Befugnissen, die sich an bestehenden Regelungen wie beispielsweise § 4 Abs. 1a FinDAG orientieren, die dort be-

stehenden rechtlichen Unsicherheiten vermeiden und weitergehende Handlungsmöglichkeiten wie beispielsweise in Art. 9 Abs. 4 CPC-Verordnung ausdrücklich einschließen (u.a. auch Information der Öffentlichkeit)

- Verankerung der Aufgabe und Befugnisse im (EU) Verbraucherschutzdurchführungsgesetz², um Eigenständigkeit des Aufsichtsziels Verbraucherschutz zu unterstreichen
- ggf. ergänzende Zuständigkeit von Landesbehörden für Missstände mit lediglich regionaler Auswirkung (z.B. Rechtsverstöße eines lokalen Reisebüros oder Fitnessstudios) ähnlich der Aufteilung zwischen Bundeskartellamt und den Landeskartellbehörden
- Subsidiarität der Zuständigkeit der Universalrechtsdurchsetzungsbehörde gegenüber der Zuständigkeit anderer Behörden, die Aufgaben im Verbraucherschutz wahrnehmen und mit gleichen oder weitergehenden Befugnissen ausgestattet sind
- Geltung der für die Universalrechtsdurchsetzung vorgesehenen Befugnisse als Mindeststandard für alle mit Verbraucherschutzaufgaben betrauten Behörden
- Rechtsweg: modifiziertes zivilgerichtliches Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz, wie es das EU-VSchDG (siehe §§ 13 ff. EU-VSchDG) und das GWB vorsehen
- Einführung von Bußgeldsanktionen für die Nichtbefolgung vollziehbarer Anordnungen und ausgewählte Tatbestände mit weiter Verbreitung oder hohem Schädigungspotential (z.B. gewerbsmäßige Erstellung und Verwendung von gefälschten Verbraucherbewertungen und Verwendung von AGB, die nach § 309 BGB unwirksam sind oder deren Unwirksamkeit rechtskräftig gerichtlich festgestellt wurde).

Welcher Behörde die sektorunabhängige Verbraucherrechtsdurchsetzung übertragen werden sollte, hat die Projektgruppe offen gelassen.

Die Projektgruppe hat sich weiter mit der Frage befasst, ob die Gewerbeordnung (GewO) Möglichkeiten böte, um gegen verbraucherrechtliche Missstände vorzugehen. Diskutiert wurden dabei Überlegungen, in § 35 GewO zum einen klarzustellen, dass wiederholte und erhebliche Verbraucherrechtsverstöße zulasten einer Vielzahl von Verbrauchern die Annahme der Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden begründen können, und zum anderen den Behörden Handlungsbefugnisse zur Beseitigung von Verbraucherrechtsverstößen und ihrer Folgen zu geben. Diese Überlegungen wurden innerhalb der Projektgruppe allerdings uneinheitlich bewertet.

² das dann die frühere Bezeichnung Verbraucherschutzdurchsetzungsgesetz erhalten könnte.

E. Verwertung behördlicher Informationen zur zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung

Die Projektgruppe hält es außerdem für sinnvoll und rechtlich grundsätzlich zulässig, dass behördliche Informationen zur Unterstützung zivilrechtlicher Klagen in Verbraucherangelegenheiten zur Verfügung gestellt und genutzt werden. Hierfür können – gegebenenfalls neben der Möglichkeit des Gerichts, eine Behörde als *amicus curiae* im Verfahren beizuziehen - die entsprechenden **Informationsfreiheitsgesetze** genutzt werden. Der Gesetzgeber sollte für die einzelfallbezogene Abwägung zwischen Auskunfts- und Geheimhaltungsinteresse Auskunftsbegehren, die im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Durchführung von Verbandsklagen stehen, ein besonderes Gewicht zuerkennen. Strikte (unionsrechtliche) Geheimhaltungspflichten wie in den Bereichen Banken und Versicherungen könnten für die Durchführung von Verbandsklagen gelockert werden.

F. Verbesserungen bei den sektorbezogenen Aufsichtsstrukturen

Die Untersuchung der behördlichen Verbraucherschutzaufgaben und –strukturen in den Bereichen Finanzdienstleistungen, Telekommunikation, Energie, Versicherungen und Digitales hat für die Projektgruppe ergeben, dass Verbesserungsbedarf sowohl hinsichtlich der gesetzlichen Rahmenbedingungen als auch in Bezug auf die tatsächliche Wahrnehmung der zur Verfügung stehenden Handlungsmöglichkeiten besteht.

1. Allgemeine Überlegungen

Die behördlichen Befugnisse sollten so gestaltet werden, dass die jeweiligen Behörden umfassend gegen verbraucherrechtliche Missstände bei den von ihnen beaufsichtigten Unternehmen einschließlich der Vertriebsstrukturen (z.B. Telefonshops, Internetplattformen) vorgehen können. Dabei sollten die Handlungsmöglichkeiten nicht auf fachrechtliche Verbraucherschutzbestimmungen beschränkt sein, sondern, wie beispielsweise für die BaFin geregelt, umfassend für verbraucherrechtliche Missstände gelten und damit auch beispielsweise Vorschriften des BGB zum Verbraucherschutz umfassen.

Auch sollten die Rechtsbehelfsverfahren so gestaltet werden, dass die Vorteile des behördlichen Handelns (nämlich unmittelbar rechtliche Bindungswirkung für eine Mehrheit von Adressaten erzeugen zu können) erhalten und nicht durch vermeidbare Verzögerungen (z.B. Widerspruchsverfahren) konterkariert werden.

In tatsächlicher Hinsicht sollten die Behörden nicht zuletzt aus Gründen der Prävention die ihnen zur Verfügung stehenden Befugnisse stärker nutzen und die Öffentlichkeit aktiver (z.B. über Rechtsverstöße) informieren.

Trotz der Gefahr von Interessenskonflikten aufgrund divergierender Aufsichtsziele (z.B. Finanzstabilität der Anbieter versus Verbraucherrechte) sollten nach Auffassung der Projektgruppe die sektorbezogenen Verbraucherschutzaufgaben bei den jeweiligen Behörden bleiben und nicht auf eine allgemeine Verbraucherschutzbehörde bzw. eine Universalrechtsdurchsetzungsbehörde übertragen werden.

2. Sektorspezifische Vorschläge

Für die untersuchten Sektoren sieht die Projektgruppe folgende Verbesserungsmöglichkeiten:

Finanzdienstleistungen:

- Beseitigung von Unklarheiten in § 4 Abs. 1a FinDAG in Bezug auf die Anordnung von Abhilfemaßnahmen, insbesondere Streichung des Halbsatzes „*wenn eine Klärung...geboten erscheint*“ und Aufnahme von Regelbeispielen für zulässige Maßnahmen;
- Ermöglichung einer Verwertung von Informationen der BaFin für Verbandsklagen nach Abwägung im Einzelfall (Änderung bankrechtlicher Regelungen).

Digitales:

- Erweiterung der Handlungsmöglichkeiten des BKartA dahingehend, dass es bei Sektoruntersuchungen auch die nötigen Anordnungen zur Abstellung des Rechtsverstoßes und ggf. entsprechender Abhilfen durch den/die Unternehmer treffen kann;
- im Übrigen (außerhalb von Sektoruntersuchungen) Wahrnehmung der Aufgaben und Befugnisse zur Beseitigung verbraucherrechtlicher Missstände durch eine Universalrechtsdurchsetzungsbehörde;
- Beseitigung von Schwächen der Datenschutzaufsicht;
- Schaffung einer organisatorischen Verbraucherschutzseinheit bei der künftigen Aufsicht in den Bereichen DSA und KI-Gesetz.

Versicherungen:

- Ermöglichung einer Verwertung von Informationen der BaFin für Verbandsklagen nach Abwägung im Einzelfall (EU-Recht).

Telekommunikation:

- Erweiterung der Aufsichtsbefugnisse auf zivilrechtliche Fallkonstellationen bzw. verbraucherrechtliche Missstände im Allgemeinen zur Verbesserung der Effektivität der Verbraucherrechtsdurchsetzung;
- Einbeziehung der Vertriebsstrukturen in die verbraucherbezogene Aufsicht
- ausdrückliche Befugnis der BNetzA zu anonymen Testkäufen.

Energie:

- Erweiterung der behördlichen Aufsicht auf die Beseitigung verbraucherrechtlicher Missstände in ihrer Gesamtheit;
- Erweiterung der Handlungsinstrumente und Aufsichtsaufgaben der BNetzA z.B. durch
 - eine anlassbezogene Prüfpflicht der BNetzA, die über die in § 5 Abs. 4 S. 2 EnWG bestehende Prüfberechtigung hinausgeht
 - eine Ermessensreduzierung in § 65 EnWG bzw. § 32 GWB
 - weitergehende Maßnahmen gegen Mitglieder der Unternehmensleitung (wie deren Austausch) oder sogar eine Versagung der Marktteilnahme.

II. ANALYSE UND BEWERTUNG DES STATUS QUO

Die Projektgruppe hat die Stärken und Grenzen sowohl der zivilrechtlichen als auch der behördlichen Rechtsdurchsetzung analysiert und darauf aufbauend Möglichkeiten für eine Erweiterung der behördlichen Rechtsdurchsetzung untersucht.

A. Stärken und Grenzen der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung

Der wirtschaftliche Verbraucherschutz ist in Deutschland primär privatrechtlich organisiert. Verbraucher sollen ihre Ansprüche grundsätzlich selbst durchsetzen. Auch die Beseitigung

von Rechtsverstößen im kollektiven Interesse ist weitgehend in die Hände von privatrechtlichen Einrichtungen, insbesondere Verbraucherverbänden gelegt, denen hierfür zivilrechtliche Instrumente zur Verfügung stehen.

1. Überblick über die zivilrechtlichen Instrumente

Zivilrechtliche Instrumente bestehen einerseits zur Durchsetzung individueller Rechtsansprüche, andererseits zur Beendigung von Rechtsverstößen im kollektiven Interesse.

a) Durchsetzung individueller Ansprüche

Außergerichtlich stehen zunächst die Beschwerde beim Unternehmen, auf der nächsten Stufe die Verbraucherschlichtung und parallel die Beauftragung von Rechtsdienstleistern, insbesondere Legal-Tech-Inkassounternehmen, zur Verfügung.

Während gesetzliche Vorgaben zur Ausgestaltung von Beschwerdesystemen (abgesehen von der Pflicht zur Einrichtung von Beschwerdemöglichkeiten in bestimmten Sektoren) fehlen, enthalten das Verbraucherstreitbeilegungsgesetz (VSBG) sowie § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB wichtige Regelungen zu Verfahren bei anerkannten Schlichtungsstellen. Die Tätigkeit von Legal-Tech-Unternehmen ist vor allem durch das Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) bestimmt.

Sofern außergerichtliche Bemühungen nicht zum Erfolg führen, müssen Verbraucher ihre Ansprüche grundsätzlich gerichtlich durchsetzen (Mahnbescheid oder Klage). Alternativ zu einer Einzelklage erlaubt die ZPO die Bündelung einer Vielzahl von Verbraucheransprüchen in einem Verfahren (sog. Sammelklagen-Inkasso). Außerdem wurde 2018 die Möglichkeit einer (kollektiven) Musterfeststellungsklage geschaffen, die in Umsetzung der EU-Verbandsklagerichtlinie (RL (EU) 2020/1828) künftig um eine auf Leistung gerichtete Verbandsklage (sog. Abhilfeklage) ergänzt sein wird. An beiden Klagen für Massenschadensfälle können sich die von einem Rechtsverstoß betroffenen Verbraucher durch Anmeldung zu einem Klageregister beteiligen. Zu erwähnen sind außerdem das Musterverfahren nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) und die Einziehungsklage nach § 79 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 ZPO.

b) Beendigung von Rechtsverstößen und Folgenbeseitigung

Verbraucherverbände, Wettbewerbsvereinigungen, Mitbewerber, Industrie- und Handelskammern und andere berufsständische Körperschaften des öffentlichen Rechts haben bei unlauteren Geschäftspraktiken und anderen Verstößen gegen Verbraucherrecht Unterlassungsansprüche nach § 8 UWG bzw. § 2 UKlaG, die sie außergerichtlich im Wege der Abmahnung durchsetzen können. Im Rahmen der Abmahnung wird vom Unternehmer eine strafbewehrte

Unterlassungserklärung gefordert. Sollte der Unternehmer diese abgeben und den Rechtsverstoß dennoch fortsetzen, wird das Ordnungsgeld fällig.

Sollte keine Unterlassungserklärung abgegeben werden, muss die anspruchsberechtigte Einrichtung erforderlichenfalls vor dem Landgericht (nach aktueller Rechtslage) auf Unterlassung klagen. Strittig ist, ob und wie weit der Unterlassungsanspruch auch die Beseitigung der durch einen Rechtsverstoß eingetretenen Folgen umfasst. Das OLG Dresden hat in einem Urteil vom 10.4.2018 (Az.: 14 U 82/16) einen Folgenbeseitigungsanspruch auf Rückzahlung zu Unrecht erhobener Entgelte für die Umstellung auf ein Pfändungsschutzkonto anerkannt³.

Die von einem Rechtsverstoß betroffenen Verbraucher können zwar nicht selbst auf Unterlassung klagen, haben aber inzwischen mit § 9 Abs. 2 UWG eine auf Schadensersatz gerichtete Klagemöglichkeit erhalten.

Die außerdem im Wettbewerbs- und Kartellrecht vorgesehenen Gewinnabschöpfungsklagen nach § 10 UWG und 34a GWB spielen in der Praxis bislang keine Rolle.

2. Bewertung der Instrumente der zivilrechtlichen Durchsetzung von Verbraucherrechten

Die zivilrechtliche Durchsetzung von Verbraucherrechten in Deutschland lässt sich als Ausfluss einer starken Zivilgesellschaft begreifen, in der sowohl der Einzelne als auch Verbraucherverbände rechtliche Instrumente zur Wahrnehmung ihrer Belange haben und dabei auf ein grundsätzlich gut funktionierendes Justizsystem vertrauen können. Die bestehenden zivilrechtlichen Instrumente sowohl zur individuellen als auch zur kollektiven Rechtsdurchsetzung sind unverzichtbar. Dies gilt nicht zuletzt für stark individuell geprägte Rechtsansprüche sowie mit Blick auf die notwendige Rechtsfortbildung durch Gerichtsentscheidungen. Allerdings haben zivilrechtliche Instrumente systemimmanente Grenzen und Schwächen, die selbst bei einer Optimierung, wie beispielsweise durch Einführung einer auf Leistung gerichteten Verbandsklage oder eine erleichterte Abschöpfung unrechtmäßiger Gewinne, nicht vollends beseitigt werden.

³ Zum Meinungsstand siehe Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 8 UWG, Rn. 1.107 und 1.108

a) Durchsetzung individueller Ansprüche

aa) Außergerichtlich

Die Erfahrungen von Verbrauchern mit dem Beschwerdemanagement von Unternehmen fallen unterschiedlich aus (57% Kundenzufriedenheit nach Marktmonitorstudie⁴; nach Umfrage des vzbv⁵ sind 20 % der Befragten mit dem Kundenservice unzufrieden, 40 % verzichten auf eine Beschwerde). Verbesserungspotential besteht insoweit vor allem hinsichtlich der Erreichbarkeit, Qualifikation und Entscheidungsbefugnis der Kundenservice-Mitarbeiter. Allerdings fehlt es einigen Unternehmen an der Bereitschaft zur außergerichtlichen Konfliktlösung. Dies belegen auch die weiterhin geringen Verfahrenszahlen der Universalschlichtungsstelle des Bundes, die für 2021 lediglich 2.350 Eingänge vermelden und 278 Schlichtungsverfahren abschließen konnte. Die Verfahrenszahlen der sektorbezogenen Schlichtungsstellen liegen zwar deutlich höher und unterstreichen das Potential der Verbraucherschlichtung, gleichwohl zeigen sich auch hier Grenzen. Dies gilt vor allem bei noch nicht höchstrichterlich entschiedenen Streitfragen mit potentiell erheblichen Auswirkungen auf eine gesamte Branche, bei denen die Schlichtungsstellen sich oftmals zurückhalten und ein Schlichtungsverfahren ablehnen⁶. Die Rechtsdurchsetzung durch Legal-Tech-Unternehmen kann für sich zwar in Anspruch nehmen, dass ein nicht unerheblicher Teil von Verbraucheransprüchen befriedigt wird (z.B. schätzt die Projektgruppe die jährliche Fallzahl für das im Bereich Fluggastrechte marktführende Unternehmen flightright auf mind. 50.000⁷), jedoch bleiben diese Rechtsdienstleistungen auf rechtlich einfache und aufgrund ihrer Gleichartigkeit lukrative Fälle beschränkt. Zudem müssen die Verbraucher regelmäßig erhebliche Abschläge hinnehmen (in der Regel 20 – 25 % Erfolgshonorar), was aus Verbrauchersicht zu einer nur unvollständigen Rechtsdurchsetzung führt.

bb) Gerichtlich

Verbraucher haben bei Streitigkeiten aus Verbraucherverträgen in Deutschland grundsätzlich Zugang zu effektivem Rechtsschutz. Dies gilt auch für Fälle mit geringem Streitwert. Das Kosten- und Gebührenrecht sowie die Möglichkeit der Prozesskostenhilfe bilden einen tragfähigen Rahmen, der durch private Absicherung in Form von Rechtsschutzversicherungen ergänzt wird.

⁴ Market Monitoring Survey, Overview Report 2019/2020, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/mms-overview-report-19-20_en.pdf.

⁵ Vgl. Presseinfo des vzbv vom 13.04.2022 <https://www.vzbv.de/pressemitteilungen/kundenservice-jeder-fuenfte-macht-schlechte-erfahrungen>.

⁶ Dieser Ablehnungsgrund ist in § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 b) VSBG angelegt.

⁷ Bei Annahme von rd. 30 Mio. Auszahlung pro Jahr und max. Anspruchshöhe 600 € (Einbehalt nicht berücksichtigt) ergibt sich ein Volumen von 50.000 Fällen

Massenschadensfälle mit einer großen Zahl von Einzelklagen, wie beispielsweise gegen Händler und die Volkswagen AG im Zusammenhang mit der Abgasmanipulation bei Dieselfahrzeugen, können einerseits als Beleg für den grundsätzlich funktionierenden Zugang zu den Gerichten gewertet werden, andererseits machen sie die Grenzen und Probleme eines zivilrechtlichen Durchsetzungssystems deutlich. Zu erwähnen sind hier u.a. die stark divergierenden Entscheidungen der Eingangsinstanzen bis hin zu einer Überlastung der Gerichte mit sich über Jahre hinziehenden Verfahren. Eine größere Häufung von Einzelklagen zu einem gleichartigen Sachverhalt stellt sich in vielerlei Hinsicht als unökonomisch dar und wird auch mit einer verbraucherfreundlich ausgestalteten Verbandsklage nicht vollständig zu verhindern sein.

Das Statistische Bundesamt verzeichnet für das Jahr 2021 knapp 800.000 erledigte Zivilverfahren bei den Amtsgerichten aus den Bereichen Kauf, Reisevertrag, Kredit und Leasing, Versicherungsvertrag und Fluggastrechte. Auch wenn verbraucherrechtliche Streitigkeiten in den Gerichtsstatistiken nicht gesondert erfasst werden, ist davon auszugehen, dass auf sie ein erheblicher Anteil entfällt. Allerdings sagen diese Zahlen allein nur wenig darüber aus, wie viele Verbraucher tatsächlich ihre Rechte durchsetzen.

Zahlreiche Erhebungen und Studien⁸ belegen, dass nur ein geringer Anteil der Verbraucher nach erfolglosen Bemühungen um eine außergerichtliche Lösung Klage erhebt. Nach dem ROLAND-Rechtsreport liegt der Streitwert, ab dem Bürgerinnen und Bürger bei einem finanziellen Schaden vor Gericht ziehen würden, relativ hoch bei durchschnittlich 3.683 Euro⁹. Viele Verbraucher sehen aus nachvollziehbaren Gründen von der gerichtlichen Geltendmachung ihrer Rechte ab¹⁰. Dies gilt vor allem dann, wenn keine Rechtsschutzversicherung besteht oder diese den Streitfall nicht abdeckt. Der mit einer Klageerhebung verbundene kostenmäßige und tatsächliche Aufwand steht oftmals in keinem vernünftigen Verhältnis zum Wert des Streitgegenstandes. Neben den Gerichtskosten sind die Kosten für anwaltliche Beratung und ggf. notwendige Sachverständigengutachten zu berücksichtigen. Die Länge der Verfahren vor allem bei rechtsmittelfähigen Streitwerten kann neben dem steigenden Kostenrisiko eine zusätzliche Belastung darstellen. Zu bedenken ist darüber hinaus, dass eine erfolgreiche Verbraucherklage noch keine Garantie für eine tatsächliche Anspruchserfüllung durch das rechtskräftig verurteilte Unternehmen ist. Die bestehenden Vollstreckungs- und Insolvenzrisiken führen – insbesondere bei haftungsbeschränkten Unternehmen – nicht selten dazu, dass die betroffenen Verbraucher nicht zu ihrem Recht kommen. Hinzu kommen Informationsdefizite und eine gewisse Scheu, sich einem Konflikt zumal mit einem größeren, als überlegen empfundenen Unternehmen auszusetzen. All diese Faktoren begründen das sog. „rationale Desinteresse“, das Verbraucher von einer gerichtlichen Klage abhält.

⁸ Siehe u.a. Podszun/Busch/Henning-Bodewig, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2018

⁹ Roland Rechtsreport 2022, S. 20.

¹⁰ Siehe hierzu auch den Forschungsbericht vom 21. April 2023 zum Rückgang der Fallzahlen bei den Amtsgerichten, https://bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht_Eingangszahlen_Zivilgerichte.html

Auch mit der Ergänzung der 2018 eingeführten Musterfeststellungsklage durch eine auf Leistung gerichtete Verbandsklage lassen sich bestimmte strukturelle Defizite der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung und die bestehenden Rechtsdurchsetzungsdefizite nicht vollständig beseitigen.

Die Musterfeststellungsklage wird zwar in der Praxis genutzt, jedoch bleiben die 35 bisher erhobenen Klagen¹¹ hinter den Erwartungen des BMJ zurück, das in der damaligen Gesetzesbegründung 450 Klagen jährlich prognostiziert hatte¹². Die auf Leistung gerichtete Verbandsklage wird ebenso wie die Musterfeststellungsklage mit einem erheblichen Aufwand verbunden sein, der die Verbraucherverbände zwingt, sich auf bestimmte Fälle zu beschränken. Auch ist mit langen Verfahren zu rechnen. Bei branchenweiten Rechtsverstößen kommt hinzu, dass eine erfolgreiche Klage nur gegen das jeweils betroffene Unternehmen wirkt (inter partes Wirkung). Außerdem bleiben die mit dem zivilverfahrensrechtlichen Beibringungsgrundsatz verbundenen Beweisschwierigkeiten und –risiken weiter bestehen, auch wenn dem Einzelnen das Prozesskostenrisiko abgenommen wird.

Abgesehen davon haben auch kollektive Schadensersatzklagen keinen oder nur geringen Sanktionscharakter, da Geschädigte im deutschen Schadensrecht so gestellt werden, wie sie fiktiv ohne das schädigende Ereignis stünden. Wegen des schadensrechtlichen Bereicherungsverbots dürften noch beträchtliche Unrechtsgewinne beim Schädiger verbleiben.

Die angeführten Aspekte lassen erwarten, dass Rechtsdurchsetzungsdefizite jedenfalls bei Streuschäden mit geringen Streitwerten, bei branchenweiten Rechtsverstößen und Streitfällen, bei denen Kenntnisse über Sachverhalte in der Sphäre des Unternehmens erforderlich sind oder in sonstiger Weise die Beweisführung erschwert ist, fortbestehen werden.

b) Beendigung von Rechtsverstößen und Folgenbeseitigung

Abmahnungen und Unterlassungsklagen sind für den Verbraucherschutz in Deutschland von enormer Bedeutung. Häufig reicht bereits die Möglichkeit Unterlassungsklagen zu erheben aus, um Unternehmen dazu zu bewegen, unlauteren Wettbewerb, verbraucherschutzgesetzwidrige Praktiken oder die Verwendung unzulässiger AGB einzustellen. Im Jahr 2021 sprach der vzbv 257 Abmahnungen aus, in 145 Fällen wurde Klage erhoben. Die Verbraucherzentralen der Länder erließen im selben Jahr 513 Abmahnungen und erhoben Klage in 161 Fällen.¹³

Durch Unterlassungsklagen kann zukünftigen Rechtsbrüchen vorgebeugt werden. Allerdings bieten sie grundsätzlich nur negatorischen Rechtsschutz. Die Ansprüche aus § 8 UWG und §

¹¹ Siehe Klageregister beim Bundesamt für Justiz

¹² https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Musterfeststellungsklage.pdf?__blob=publicationFile&v=2

¹³ VZBV, Jahresbericht 2021.

2 UKlaG sind zwar grundsätzlich auch auf Beseitigung der durch die Rechtsverletzung bewirkten Beeinträchtigung gerichtet, jedoch ist strittig, ob und unter welchen Voraussetzungen der Beseitigungsanspruch auch eine Kompensation bzw. Zahlungsleistung als Maßnahme zur Störungsbeseitigung umfassen kann. Weniger umstritten scheint dagegen inzwischen zu sein, dass mit dem Beseitigungsanspruch in Einzelfällen zumindest eine Verpflichtung der Unternehmen zur Information der Verbraucher über den Rechtsverstoß und etwaige Rechte hieraus erreicht werden kann. Die dennoch verbleibende Rechtsunsicherheit mindert die Effektivität der Ansprüche aus § 8 UWG und § 2 UKlaG.

Eine wesentliche Schwäche der zivilrechtlichen Unterlassungsansprüche liegt darin, dass sie im Zweifelsfall gerichtlich durchgesetzt werden müssen, während behördliche Anordnungen bereits aus sich heraus rechtliche Bindungswirkung entfalten können, und auf das jeweilige Unternehmen beschränkt bleiben. Urteile wirken jedenfalls rechtlich nur zwischen den Parteien, was gerade bei branchenweiten Verstößen immer wieder dazu führt, dass andere Unternehmer die rechtswidrige Praxis fortführen.

Außerdem ermöglichen das UWG und UKlaG, sieht man von ausnahmsweisen Bußgeld- und Straftatbeständen ab, keine effektive, präventiv wirkende Sanktion für Verbraucherrechtsverstöße. Auch wenn Unternehmer Verstöße idealerweise nach einem rechtskräftigen Urteil abstellen, verbleiben die Unrechtsgewinne jedoch mangels effektiver Gewinnabschöpfung bei ihnen. Die dadurch entstehenden Durchsetzungsdefizite wurden mittlerweile überzeugend analysiert¹⁴

3. Fazit

Für die Verbraucher ist es – aus den oben dargelegten Gründen – oftmals schwierig oder gar unmöglich, ihre Rechte durchzusetzen. Die Kosten und Mühen einer gerichtlichen Rechtsdurchsetzung durch Klage und ggf. anschließender Zwangsvollstreckung stehen häufig außer Verhältnis zu dem erwarteten Nutzen. Hinzu kommen mangelnde Kenntnisse des komplexen materiellen Rechts sowie des Verfahrensrechts, Gründe des rationalen Desinteresses vor allem bei geringwertigen Forderungen und nachvollziehbare psychologische Hemmnisse. Dadurch kann das materielle Verbraucherrecht nicht seine volle Wirkung entfalten. Die bestehenden Defizite des zivilrechtlichen Systems der Rechtsdurchsetzung lassen sich nur teilweise durch ein verbrauchergerechteres zivilprozessuales Verfahrensrecht und Schlichtungsrecht ausgleichen.

¹⁴ Siehe Podszun/Busch/Henning-Bodewig, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts?, 2018, zusammenfassend in GRUR 2018, 1004, Meller-Hannich, Sammelklagen, Gruppenklagen, Verbandsklagen – Bedarf es neuer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im Zivilprozess?, Gutachten zum 72. DJT, 2018.

In der Expertenanhörung wurde dieser Befund überwiegend geteilt. Allerdings wurde vereinzelt auch vertreten (v.a. DIHK), dass das zivilrechtliche Durchsetzungssystem nicht zuletzt aufgrund der Öffnung des Wettbewerbsrechts für individuelle Schadensersatzansprüche von Verbrauchern (§ 9 Abs. 2 UWG) und der Einführung einer Verbandsklage ausreichend sei.

Aus Sicht der Projektgruppe begründen die aufgezeigten Defizite die Notwendigkeit einer Stärkung des behördlichen Verbraucherschutzes.

B. Potentiale und Grenzen der behördlichen Rechtsdurchsetzung (übergreifend)

Die Projektgruppe hat die Potentiale und Grenzen behördlicher Rechtsdurchsetzung in einem ersten Schritt abstrakt-generell untersucht, wobei in diese Untersuchung auch Erfahrungen mit bestehenden Instrumenten behördlicher Rechtsdurchsetzung einfließen. Im Mittelpunkt stehen dabei vor allem zwei Fragen: Welche Instrumente des Verwaltungshandelns sind aufgrund ihrer (rechtlichen) Eigenschaften geeignet, die zivilrechtliche Verbraucherschutzdurchsetzung sinnvoll zu unterstützen? Welche Grenzen – vor allem verfassungsrechtlicher Art – können dabei zu beachten sein?

1. Überblick über die behördliche Rechtsdurchsetzung in Deutschland

Auch wenn in Deutschland die Durchsetzung von Verbraucherrechten sowohl in Bezug auf individuelle Rechtsansprüche als auch hinsichtlich der Beseitigung von Rechtsverstößen im kollektiven Interesse überwiegend zivilrechtlich geprägt ist, sind in einzelnen Bereichen behördliche Strukturen mit zunehmenden Aufgaben im Verbraucherschutz festzustellen. Zu nennen sind hier vor allem die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht für Finanzdienstleistungen und Versicherungen, die Bundesnetzagentur für Telekommunikation, unerlaubte Telefonwerbung und Energie und das Bundeskartellamt mit einer übergreifenden Marktbeobachtungsaufgabe. Die Handlungsmöglichkeiten der jeweiligen Behörden sind unterschiedlich ausgestaltet (Näheres unten, D).

2. Behördliche Handlungsinstrumente und ihre Eignung zur Verbraucherrechtsdurchsetzung

Das deutsche Verwaltungsrecht stellt vielfältige Handlungsformen zur Verfügung, die grundsätzlich auch zur Durchsetzung von Verbraucherrecht in Frage kommen.

a) Verwaltungsakt, Allgemeinverfügung und ihre Vorteile

Mit dem Verwaltungsakt verfügen Behörden über ein Handlungs- und Gestaltungsmittel, das Unternehmer zu einem bestimmten Tun, Dulden oder Unterlassen verpflichten kann. Der Verwaltungsakt erzeugt, anders als die zivilrechtliche Geltendmachung von Unterlassungs- oder Leistungsansprüchen, sofort mit seinem Erlass rechtlich bindende Wirkung. Der betroffene Unternehmer muss, um die rechtliche Bindungswirkung zu beseitigen, seinerseits tätig werden und Rechtsbehelfe einlegen. Der Verwaltungsakt eignet sich nicht nur zur Beendigung von Rechtsverstößen, sondern auch zur Beseitigung der Folgen von Rechtsverstößen und zur Wiederherstellung eines rechtmäßigen Zustandes. Dies kann funktional betrachtet auch eine Verpflichtung von Unternehmern zur Erfüllung von Rechtsansprüchen der Verbraucher einschließen.

Verwaltungsakte, die auf ein bestimmtes Tun, Dulden oder Unterlassen gerichtet sind, sind – einem zivilgerichtlichen Urteil vergleichbar – Vollstreckungstitel. Nach Ablauf der einmonatigen Widerspruchs- bzw. Klagfrist werden sie bestandskräftig und können – ohne dass die Behörde zuvor verwaltungsgerichtliche Klage erheben muss – unmittelbar mit den Mitteln des Verwaltungsvollstreckungsrechts (z.B. Zwangsgeld oder Ersatzvornahme) vollstreckt werden, Widerspruch und Klage des Unternehmers gegen eine behördliche Anordnung entfalten keine aufschiebende Wirkung, wenn – kraft Gesetzes oder behördlicher Anordnung - das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung das unternehmerische Aussetzungsinteresse überwiegt. Die sofortige Vollziehbarkeit kann auf Antrag des Unternehmers im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes durch das zuständige Verwaltungsgericht aufgehoben werden, was in der Regel ein Überwiegen der Erfolgsaussichten der Klage im Hauptsacheverfahren voraussetzt. Das öffentlich-rechtliche Verfahrensrecht (insbesondere das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes und die Verwaltungsgerichtsordnung) bildet somit den rechtlichen Rahmen für einen effektiven behördlichen Verbraucherschutz, der insbesondere bei Rechtsverstößen eines Unternehmers zum Nachteil einer Vielzahl von Verbrauchern erhebliche Effizienzvorteile gegenüber der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung bietet.

Andererseits stößt der behördliche Verbraucherschutz naturgemäß an seine Grenzen, wenn es um den effektiven Schutz des einzelnen Verbrauchers geht:

Zwar umfasst der öffentlich-rechtliche Gefahrenbegriff das gesamte geschriebene Recht und den Schutz von Individualrechtsgütern, so dass behördliches Verwaltungshandeln auch dem einzelnen Verbraucher zugute kommen kann. Allerdings bietet ein gegen einen Unternehmer erlassener Verwaltungsakt nur der jeweiligen Behörde und nicht auch den von dem Rechtsverstoß individuell betroffenen Verbrauchern eine Vollstreckungsmöglichkeit. Hinzu kommt, dass es der Behörde mit Blick auf die begrenzten personellen Ressourcen in der Regel unmöglich ist, bei jeder Anzeige einer Verbraucherrechtsverletzung ein auf Erlass eines Verwaltungsakts gerichtetesungsverfahren durchzuführen. Während die Zivilgerichte bei Erhebung einer zulässigen Klage zur Sachentscheidung durch Urteil verpflichtet sind, kann ein Verbraucher in der Regel kein behördliches Eingreifen erzwingen. Vielmehr liegt es im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde, zu prüfen, in welchen Fällen und in welcher Weise sie gegenüber dem Unternehmen tätig wird.

Im Rahmen des behördlichen Verbraucherschutzes kann auch ein feststellender Verwaltungsakt in Frage kommen, z.B. um einen Rechtsverstoß verbindlich festzustellen.

Neben dem einzelfallbezogenen Verwaltungsakt kennt das Verwaltungsverfahrenrecht die Allgemeinverfügung (§ 35 S. 2 VwVfG), die für eine Mehrzahl von Adressaten (adressatenbezogene Allgemeinverfügung) oder Sachverhalten (sachbezogene Allgemeinverfügung) Regelungen treffen kann. Sie hat gegenüber den bestehenden zivilrechtlichen Instrumenten, die nur *inter partes* wirken, den Vorzug, dass die Rechtswirkungen nicht auf einen einzelnen Unternehmer beschränkt bleiben müssen und *inter omnes* gelten können. Große Aufmerksamkeit erregte beispielsweise eine Allgemeinverfügung der BaFin zu langfristigen Prämiensparverträgen, in der die Banken verpflichtet wurden, die betroffenen Verbraucherinnen und Verbraucher über die Unwirksamkeit der Zinsanpassungsklausel sowie das Fehlen einer allgemeinverbindlichen gerichtlichen ergänzenden Vertragsauslegung zu unterrichten.

Durch das Instrument der Allgemeinverfügung könnten auch von Verbänden erstrittene Gerichtsurteile durch Behörden für verbindlich erklärt werden.

b) Schlichtes Verwaltungshandeln

Eine große Rolle spielt im Verbraucherschutz das schlichte Verwaltungshandeln, wie beispielsweise öffentliche Warnungen, Verbraucherinformationen, Auskünfte, Berichte oder informelle Hinweise an Unternehmen bei Verdacht auf Rechtsverstöße. Vor allem von behördlichen Warnungen kann potenziell eine hohe abschreckende Wirkung ausgehen. Auch das informelle Einwirken auf Unternehmen mit dem Ziel, Rechtsverstöße zu beenden und ggf. auch ihre Folgen zu beseitigen, kann sehr wirkungsvoll sein, wenn die Unternehmen andernfalls mit Anordnungen und Sanktionen rechnen müssen.

Dem Bereich des schlichten Verwaltungshandels lassen sich auch Aktivitäten innerhalb des CPC-Netzwerks oder im Schnellwarnsystem RAPEX (Rapid Exchange of Information System) zuordnen. Nach der CPC-Verordnung sollen beispielsweise Verbraucherbeschwerden erfasst und klassifiziert werden.

c) Behördliche Ermittlungen, ihre Vorzüge und Möglichkeiten der Verwertung der gewonnenen Erkenntnisse

Behörden verfügen typischer Weise über Ermittlungsbefugnisse sowie personelle, fachliche und ggf. auch technische Kapazitäten, um ihre (Aufsichts-) Aufgaben erfüllen und Sachverhalte ermitteln zu können, bei denen der Verdacht auf einen Rechtsverstoß besteht. Die CPC-Verordnung enthält in Art. 9 Abs. 3 lit. a) bis d) für die grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Verbraucherschutzbehörden Mindestbefugnisse, die u.a. den Zugang zu Dokumenten und Informationen, Auskunftsansprüche und die Befugnis zu Ermittlungen vor Ort (einschließlich Betretungsrechte) sowie Testkäufen umfassen.

Die im GWB verankerte Sektoruntersuchung (§ 32e GWB) ist zwar nicht mit einer Anordnungsbefugnis verbunden, jedoch ermöglicht sie dem Bundeskartellamt eine flächendeckende Untersuchung mit anschließender Veröffentlichung der Ergebnisse in Form eines Berichtes.

Das deutsche Recht gibt den Behörden teilweise auch die Möglichkeit, Beweismittel zu beschlagnahmen (z.B. § 58 GWB).

Die behördlichen Ermittlungsbefugnisse sind im Regelfall mit Eingriffs- und Durchsetzungsbefugnissen verknüpft und ermöglichen damit einen Zugriff auf Informationen und Beweismittel, die den Parteien in einem Zivilrechtsstreit in dieser Form jedenfalls vor Klageerhebung

nicht zur Verfügung stehen. Außerdem erstreckt sich der behördliche Auskunftsanspruch regelmäßig auf diejenigen Informationen und Unterlagen, die dem Geschäftsgeheimnis des betroffenen Marktteilnehmers unterliegen, vgl. § 59 GWB, Artikel 9 Abs. 3 lit. a) CPC-Verordnung.¹⁵ Gleiches gilt für Durchsuchungs- und Beschlagnahmefugnisse. Hinzu kommt, dass bestimmte Behörden (z.B. BaFin, BNetzA, BKartA, BSI) vertiefte Fachkenntnisse und ggf. auch technische Möglichkeiten (z.B. zur Ermittlung von Datenflüssen und digitalen Geschäftsmodellen) besitzen, über die weder die betroffenen Verbraucher, noch die Verbraucherverbände verfügen.

Die mit behördlichen Ermittlungen gewonnenen Erkenntnisse werden primär zur Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Aufgaben genutzt, d.h. sie können Grundlage für behördliche Anordnungen, Warnungen, Informationen oder sonstige Maßnahmen sein.

Es ist aber auch denkbar, die Ermittlungsergebnisse für Zwecke der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung zu nutzen. Dabei kommen verschiedene Gestaltungen in Betracht, die von *in camera* Verfahren bis hin zu einer Veröffentlichung und Nutzbarmachung als sachkundigem Zeugenbeweis reichen können.

Ermittlungs- und Beweisschwierigkeiten, die in der privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung eine große Rolle spielen, ließen sich durch behördliche Sachverhaltsaufklärung und die dabei zur Verfügung stehenden Ermittlungsbefugnisse überwinden.¹⁶ Dies gilt zumindest für die kollektive Rechtsdurchsetzung in Fällen, in denen eine Vielzahl von Verbrauchern in gleicher Weise betroffen ist. Zwar wird vereinzelt angeführt, dass sich Ermittlungsschwierigkeiten im Wesentlichen auch durch zusätzliche Beweiserleichterungen minimieren oder beseitigen ließen.¹⁷ Allerdings dürften die behördlichen Ermittlungsbefugnisse etwaigen Beweiserleichterungen oder Regelungen zur Beweislastumkehr u.a. deshalb überlegen sein, weil sie bereits vor einer Klageerhebung zur Anwendung kommen und damit das Prozesskostenrisiko bei schwer nachweisbarem Sachverhalt entfällt.¹⁸

Das bestehende Recht ermöglicht bereits gewisse Verknüpfungen zwischen behördlicher Informationsgewinnung und privatrechtlicher Verfolgung von Interessen. Einerseits sind hier

¹⁵ Wolf, WRP 2019, 283, 284, Podszun/Busch/Henning-Bodewig, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts, S. 217.

¹⁶ Wolf, ZRP 2019, 583, 584; Köhler, WRP 2020, 803, 805; Henning-Bodewig, WRP 2019, 537, 545; wohl auch Poelzig, BKR 2021, 589, 591 u. 594.

¹⁷ Poelzig, BKR 2021, 589, 591; Künstler, ZRP 2019, 98, 99.

¹⁸ Poelzig, BKR 2021, 589, 591; die Notwendigkeit flankierender Durchsetzungsbefugnisse betonend auch Künstler, ZRP 2019, 98, 99

die Informationsfreiheitsgesetze zu nennen, die dem Einzelnen und Verbänden grundsätzlich Zugang zu behördlichen Informationen gewähren, die, sofern keine Versagungsgründe oder andere abwägungsrelevante Belange entgegenstehen, auch zur Rechtsverfolgung genutzt werden können. Zum anderen sieht das Kartellrecht die Möglichkeit vor, dass das BKartA als *amicus curiae* in gerichtlichen Verfahren eine Stellungnahme abgibt oder beigezogen wird (§ 90 GWB). Auch können die vom BKartA im Rahmen von Sektoruntersuchungen veröffentlichten Berichte für zivilrechtliche Verbandsklagen auf Unterlassung genutzt werden. Zudem entfalten Entscheidungen der Kartellbehörden in Verfahren nach Art. 101 und 102 AEUV Bindungswirkung für sog. „Follow-on-Klagen“ (§ 33b Satz 1 GWB). Ob und ggf. welche Grenzen zu beachten sind, wenn behördliche Ermittlungsergebnisse für Zwecke der zivilrechtlichen Durchsetzung individueller Verbraucheransprüche genutzt werden, soll näher unter **B Nr. 3 f)** erörtert werden.

d) Behördliche Sanktionen und Vorgaben des EU-Rechts

Sanktionen bilden ein wichtiges Element der Rechtsdurchsetzung. Die Androhung von Sanktionen soll präventiv wirken und dazu bewegen, von Rechtsverstößen abzusehen. Im Gegensatz zu zivilrechtlichen Mechanismen wie Schadensersatz oder Gewinnabschöpfung sind behördliche Sanktionen nicht an die tatsächliche Vermögensverschiebung gebunden, von der ein Unternehmer aus einem Rechtsverstoß profitiert. Eine echte präventive Wirkung ist nur dann zu erreichen, wenn Rechtsverstöße für Unternehmen nicht im schlimmsten Fall ein „Nullsummenspiel“ bleiben, sondern tatsächlich negative finanzielle Folgen drohen.

Als mögliche Form einer Sanktion kommt zunächst die Verhängung eines Bußgeldes in Betracht. Entsprechende Regelungen finden sich im UWG (verbotene Telefonwerbung), im VSBG (Verwendung der Bezeichnung Verbraucherschlichtungsstelle) und neuerdings bei bestimmten grenzüberschreitenden Verstößen (§ 19 Abs. 1 UWG, Art. 246e EGBGB). Auch eine mögliche Sanktionierung über ein Unternehmensstrafrecht ist denkbar. Eine solche Pönalisierung kennt insbesondere die französische Rechtsordnung: Verbraucherinnen und Verbraucher können dort ihre Rechte in der Regel auch im Strafverfahren durchsetzen.

Die sog. „Modernisierungsrichtlinie“ der EU (RL 2019/2161) schreibt vor, dass Verstöße gegen die zur Umsetzung der Richtlinien erlassenen Rechtsvorschriften „wirksam, angemessen und abschreckend“ zu sanktionieren sind. Der deutsche Gesetzgeber hat es für rein innerstaatliche Verbraucherrechtsverstöße bei den zivilrechtlichen Folgen wie Schadensersatz oder Gewinnabschöpfung belassen. Wer als Unternehmer bewusst gegen Verbraucherrecht

verstößt, muss damit nicht befürchten, gegenüber einem sich rechtstreu verhaltenden Wettbewerber am Ende schlechter gestellt zu werden. Auch wenn diese Betrachtung Rechtsverteidigungskosten, zusätzliche Transaktionskosten und mögliche Folgen aufgrund Reputationsverlustes ausklammert, bleibt es bei dem Befund, dass die Abschreckungswirkung rein zivilrechtlicher Instrumente gering ist und deutlich hinter der von Bußgeld- und Strafandrohungen zurückbleibt.

Die deutsche Umsetzung dürfte auch aus einem weiteren Grund unionsrechtlich bedenklich sein. Nach der beispielshalber herangezogenen Regelung in Art. 13 Abs. 2 UGP-RL müssen die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass bei den Sanktionen neben Art und Schwere des Verstoßes auch frühere Verstöße berücksichtigt werden können. Dies ist aber bei den zivilrechtlichen Instrumenten wie Schadensersatz oder Gewinnabschöpfung nicht der Fall. Das Verhalten eines beklagten Unternehmers bleibt bei der reinen Vermögensdifferenzbetrachtung völlig außen vor.

e) Öffentlich-rechtlicher Vertrag

Eine weitere mögliche Handlungsform ist der öffentlich-rechtliche Vertrag als einvernehmliche Regelung, mit der beispielsweise ein Unternehmer sich im Zusammenhang mit einem Rechtsverstoß zu bestimmten Abhilfemaßnahmen verpflichtet (vgl. Art. 9 Abs. 4, lit. b und c CPC-Verordnung).

3. Grenzen der behördlichen Rechtsdurchsetzung

In Deutschland besteht eine weitverbreitete Auffassung, dass die Durchsetzung individueller Rechtsansprüche nicht Aufgabe staatlicher Behörden sein könne. Ob und wie weit verfassungsrechtliche und andere übergeordnete Gründe einer behördlichen Verbraucherrechtsdurchsetzung zwingende Grenzen setzen, soll im Folgenden erörtert werden. Auch sollen sonstige Gesichtspunkte untersucht werden, die die Wirksamkeit einer behördlichen Rechtsdurchsetzung mindern und als systemimmanente Schwächen betrachtet werden können.

a) Gewaltenteilungsgrundsatz, Artikel 20 Abs. 2 Satz 2 GG

Vor allem in bankrechtlichen Veröffentlichungen zu Maßnahmen der BaFin im Verbraucherschutz wird die Frage aufgeworfen, ob eine behördliche Klärung und Durchsetzung von Verbraucherrechten nicht der Rechtsprechung vorbehalten sei¹⁹.

Artikel 92 GG ordnet die Klärung und Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche primär der ordentlichen Gerichtsbarkeit zu. Der Gewaltenteilungsgrundsatz aus Artikel 20 Abs. 2 Satz 2 GG schließt die Exekutive demnach von der Wahrnehmung solcher Justizaufgaben grundsätzlich aus. Gegenstand des Gewaltenteilungsgrundsatzes ist die Rechtsprechung im organisationsrechtlichen Sinne.²⁰ Sie liegt vor, wenn der Gesetzgeber ein gerichtsförmiges Verfahren zur hoheitlichen Streitbeilegung vorsieht und er darüber hinaus den dort zu treffenden Entscheidungen eine Rechtswirkung verleiht, die nur unabhängige Gerichte herbeiführen können.²¹ Typisches Kennzeichen der Rechtsprechung ist daher die letztverbindliche Klärung der Rechtslage im Rahmen besonders geregelter Verfahren.²²

Eine derartige Letztentscheidungskompetenz ist jedoch nicht Bestandteil behördlicher Kompetenzen, selbst dann nicht, wenn die Behörde im Vollzug von Verbraucherrecht eine Entscheidung trifft, die Auswirkung auf zivilrechtliche Ansprüche zwischen Privaten hat. Denn jede behördliche Entscheidung kann ihrerseits gerichtlich überprüft und korrigiert werden. Zudem entspricht es der Praxis im Verwaltungsrecht, dass Behörden (insbesondere im Bereich der Sozialverwaltung) Sachverhalte auch in zivilrechtlicher Hinsicht prüfen und (vor-)entscheiden müssen.

Auch funktional unterscheidet sich die behördliche Durchsetzung von Verbraucherrecht von der den Gerichten vorbehaltenen Rechtsprechung: Behörden wie beispielsweise die BaFin gehen aus Gründen des Allgemeinwohls gegen verbraucherrechtliche Missstände vor. Ziel des Behördenhandelns ist damit primär die Beseitigung eines öffentlich-rechtlich unerwünschten Zustandes, der durch die massenhafte Verletzung von verbraucherrechtlichen Bestimmungen entsteht.

¹⁹ Siehe u.a. Buck-Heeb, Missstandsaufsicht durch die BaFin, BKR 2021, 141 ff.: „Wer von der Aufsichtsbehörde verlangt, die zivilrechtliche Rechtslage zu beurteilen, vermischt die Aufgabenverteilung zwischen Exekutive und Judikative. Damit wird nämlich der Exekutive eine Befugnis zugesprochen, die eigentlich der Judikative zukommt.“

²⁰ Grzeszick in Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 95. Ergänzungslieferung Stand Juli 2021, Art. 20 Rn. 106.

²¹ Grzeszick in Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 95. Ergänzungslieferung Stand Juli 2021, Art. 20 Rn. 106.

²² Grzeszick in Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 95. Ergänzungslieferung Stand Juli 2021, Art. 20 Rn. 106; BVerfG, Urteil vom 8. Februar 2001 – 2 BvF 1/00.

Eine aus dem Gewaltenteilungsprinzip resultierende Grenze behördlichen Handelns muss man allerdings dort ziehen, wo durch Verwaltungsentscheidungen bewusst in gerichtliche Entscheidungen bzw. durch Zivilgerichte vorgenommene Rechtsauslegungen korrigierend eingegriffen würde.

b) Grundsatz der Privatautonomie

In der Expertenanhörung wurde von einem Teilnehmer vorgetragen, dass nach der deutschen Rechtsordnung die Rechtswahrnehmung grundsätzlich dem Rechteinhaber zugewiesen sei. Eine staatliche Durchsetzung von Verbraucherrechten bedürfe daher einer besonderen Rechtfertigung.

Die Projektgruppe hat sich mit dem aus dem Grundsatz der Privatautonomie abgeleiteten Einwand eingehend auseinandergesetzt. Sie kommt allerdings zu dem Schluss, dass er einer Erweiterung der behördlichen Rechtsdurchsetzung nicht entgegensteht. Zwar ist es zutreffend, dass die Rechtswahrnehmung grundsätzlich dem Rechteinhaber zugewiesen ist, jedoch besteht zugleich eine staatliche Verantwortung, strukturelle Ungleichgewichte und Informationsasymmetrien im Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern auszugleichen. Da diese unzweifelhaft bestehen und auch auf die Rechtsdurchsetzung durchschlagen, ist eine ausreichende Rechtfertigung für ein staatliches Tätigwerden zum Schutz der Verbraucher gegeben. Damit wird zugleich deutlich, dass die Gründe für eine Stärkung des behördlichen Verbraucherschutzes autonom sind und nicht einer Herleitung aus dem Schutz des Wettbewerbs bedürfen, wie in der Expertenanhörung vereinzelt anklang. Außerdem wird es in der praktischen Anwendung regelmäßig einer aktiven Äußerung des Verbrauchers und damit eines Akts der Rechtswahrnehmung bedürfen, damit überhaupt eine Leistung an ihn erfolgt.

c) Rechtswegzuweisung und Gebot der Sachnähe

Gegen eine behördliche Rechtsdurchsetzung im Verbraucherschutz (bzw. spezifisch zu den Befugnissen der BaFin nach § 4 Abs. 1a FinDAG) wird zum Teil angeführt, dass damit bürgerliche Rechtsstreitigkeiten von Verwaltungsgerichten geklärt werden müssten, obwohl diese grundsätzlich den Zivilgerichten zugewiesen sind. Dabei wird auch die erforderliche fachliche Kompetenz der Verwaltungsgerichte angesichts der zum Teil komplexen rechtlichen Fragestellungen in Zweifel gezogen²³.

²³ Buck-Heeb, aaO

Es ist zwar zutreffend, dass § 13 GVG bürgerliche Rechtsstreitigkeiten grundsätzlich den ordentlichen Gerichten zuweist, während § 40 VwGO für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten den Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Allerdings handelt es sich dabei um einfachgesetzliche Zuweisungen. Aus ihnen lässt sich kein verfassungsrechtliches Gebot ableiten, das eine Klärung von zivilrechtlichen Fragen durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit zwingend ausschließt. Auch aus dem Justizgewährungsanspruch und der Rechtsweggarantie ergibt sich kein Ausschluss der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Zudem ist es keineswegs zwingend, dass man einen verbraucherrechtlichen Missstand, der in einem Rechtsverstoß eines oder mehrerer Unternehmen zulasten einer Vielzahl von Verbrauchern bestehen kann, allein oder überwiegend als „bürgerliche Rechtsstreitigkeit“ begreift. Sieht man darin eine Beeinträchtigung von Gemeinwohlbelangen, relativiert sich die Diskussion.

Außerdem wird man aufgrund der universellen Juristenausbildung davon ausgehen können, dass auf jeder Instanzenebene sowie in jedem Gerichtszweig eine kompetente und sorgfältige juristische Beurteilung zivilrechtlicher Fragestellungen gewährleistet ist.

Hinzu kommt, dass es nicht ausgeschlossen wäre, *de lege ferenda* die Zuständigkeit in geeigneten Fällen Zivilgerichten zu übertragen, sofern man tatsächlich die Gefahr einer Rechtswegzersplitterung sieht oder eine Befassung der Zivilgerichte für zweckmäßiger hält.

d) Konkurrenz mit zivilrechtlicher Durchsetzung unter dem Aspekt der Erforderlichkeit behördlichen Handelns

Die Konkurrenz zwischen behördlicher und zivilrechtlicher Rechtsdurchsetzung im Verbraucherschutz kann und muss auch unter dem verwaltungsrechtlichen Gesichtspunkt der Erforderlichkeit als Bestandteil der Verhältnismäßigkeit betrachtet werden. Es geht dabei um die Frage, ob eine öffentlich-rechtliche Befugnis zur Durchsetzung von Verbraucherrechten in der Praxis leerzulaufen droht, wenn es in der konkreten Anwendung nach verwaltungsrechtlichen Grundsätzen an der Erforderlichkeit für ein behördliches Tätigwerden fehlt, da das gewünschte Ergebnis im jeweiligen Einzelfall möglicherweise auch auf zivilrechtlichem Weg erreichbar ist.

Beispielsweise stützte das VG Frankfurt seine Aufhebung einer Anordnung der BaFin im Kern darauf, dass die BaFin eine Entscheidung des BGH hätte abwarten müssen (VG Frankfurt a.M., Urteil vom 24.06.2021 - 7 K 2237/20.F). Auch wenn bei dem Urteil des VG Frankfurt die Besonderheiten und Tatbestandsvoraussetzungen der Befugnisnorm des § 4 Abs. 1a FinDAG eine wichtige Rolle spielten und das Urteil nicht ohne Weiteres verallgemeinerungsfähig ist, lässt sich aus ihm folgender Grundsatz ableiten: Die Erforderlichkeit ist Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit von behördlichen Anordnungen. Dabei kann die Erreichbarkeit des behördlichen Handlungsziels durch zivilrechtliche Verfahren eine Rolle spielen.

Allerdings wäre es verfehlt, von einem generellen Vorrang der Zivilgerichtsbarkeit gegenüber der behördlichen Rechtsdurchsetzung auszugehen und dabei auch die strukturellen Defizite der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung auszublenden²⁴. Vielmehr muss bei einem verbraucherrechtlichen Missstand – wie im Recht der Gefahrenabwehr – die Frage im Vordergrund stehen, wie der Rechtsverstoß und seinen Folgen am effektivsten beseitigt werden können.

Die bloße Möglichkeit einer gerichtlichen Klärung durch Zivilgerichte lässt die Erforderlichkeit ebensowenig entfallen wie lediglich einzelne Klagen. Das gilt in besonderem Maße für branchenweite Missstände. Anders verhält es sich dagegen bei einer anhängigen Verbandsklage, die allen betroffenen Verbrauchern offensteht. Auch bei Rechtsansprüchen, die stark von individuellen Voraussetzungen abhängig sind, dürfte ein behördliches Tätigwerden nur bedingt geeignet sein, da für die Durchsetzung eine gerichtliche Titulierung oftmals unverzichtbar ist.

Unstreitig dürfte auch sein, dass Behörden auf die Umsetzung höchstrichterlicher Rechtsprechung hinwirken können, wenn dies notwendig ist.

Im Falle uneinheitlicher Entscheidungen der Instanzgerichte wird man die Möglichkeit behördlichen Tätigwerdens nicht generell ausschließen können. Durch eine branchenweite Allgemeinverfügung könnte – mit entsprechender Regelung des gerichtlichen Instanzenzuges – die Herbeiführung einer höchstrichterlichen Klärung auch beschleunigt und in der Zwischenzeit einer weiteren Verfestigung von Rechtsverstößen entgegengewirkt werden. Dass behördliche Anordnungen dabei den Charakter von vorläufigen Sicherungsmaßnahmen erhalten und mit dem Risiko der späteren Aufhebung behaftet sind, wie Kritiker anführen, ist jeder

²⁴ So aber Buck-Heeb, aaO: „Wenn es nicht möglich ist, effektiven Rechtsschutz durch die Judikative in „angemessener Zeit“ zu gewährleisten, so kann die Lösung nicht darin liegen, dass (zunächst) die Exekutive über zivilrechtliche Ansprüche entscheidet.“

mit Rechtsmitteln anfechtbaren Entscheidung immanent und stellt nicht zwangsläufig einen Makel dar.

Es ist nicht möglich und auch nicht nötig, alle denkbaren Fallkonstellationen an dieser Stelle zu behandeln. Letztlich kommt es darauf an, auf welchem Weg am schnellsten und effektivsten ein Rechtsverstoß beendet und ggf. auch seine Folgen beseitigt werden können. Entscheidend ist dabei, dass es weder für den einen oder den anderen Weg der Rechtsdurchsetzung einen generellen Vorrang gibt, sondern es von der jeweiligen Fallkonstellation abhängt.

e) Erhöhung der Komplexität, Erschwerung der Rechtsfindung und Bindungswirkung

Zum Teil wird vorgetragen, dass die Komplexität erhöht und damit die Rechtsfindung erschwert werde, wenn neben divergierenden Zivilgerichtsentscheidungen auch Verwaltungsbehörden und –gerichte mitwirken.

Unter Beachtung der unter d) beschriebenen Gebote der Geeignetheit und Erforderlichkeit dürfte es allerdings nur selten zu einer Überschneidung divergierender gerichtlicher und behördlicher Entscheidungen kommen. Auch wurde zuvor (siehe B Nr. 3 a) bereits ausgeschlossen, dass eine Behörde unmittelbar korrigierend in eine zivilgerichtliche Entscheidung eingreift. Hinzunehmen ist freilich, dass aufgrund erweiterter Ermittlungs- und Erkenntnismöglichkeiten eine Behörde einen Rechtsverstoß möglicherweise in bestimmten Fällen besser darlegen kann als eine private Klagepartei und es daher zu unterschiedlichen gerichtlichen Entscheidungen kommt.

Eine frühzeitige behördliche Intervention mit branchenweiter Wirkung böte sogar die Chance, die inmitten stehenden rechtlichen Fragen zügig und mit Wirkung *inter omnes* zu klären. Die Gefahr divergierender Entscheidungen könnte damit verringert werden. Auch besteht mit dem Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der Obersten Gerichtshöfe die Möglichkeit, divergierende Auffassungen unterschiedlicher Gerichtszweige im Verfahren vor dem Gemeinsamen Senat zu klären.

Allerdings ist zuzugeben, dass auch im Falle einer behördlichen Rechtsdurchsetzung aufgrund der Rechtsschutzmöglichkeiten der betroffenen Unternehmer nicht automatisch von einer Verfahrensbeschleunigung ausgegangen werden kann. Dies hängt allerdings auch da-

von ab, wie die Rechtsmittelverfahren ausgestaltet und ob beispielsweise für Planfeststellungen etablierte Mechanismen genutzt werden (z.B. Entbehrlichkeit von Widerspruchsverfahren, verkürzter Instanzenzug, Präklusionsregeln, zwingende Klagebündelung).

Problematisiert wurde im Rahmen der Expertenanhörung die mögliche Bindungswirkung von verwaltungsrechtlichen Entscheidungen für zivilrechtliche Verfahren. Die Projektgruppe sieht bei einer Überlagerung zivilrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Verfahren grundsätzlich keine Probleme wegen einer eventuellen Bindungswirkung oder divergierender Entscheidungen, die nicht auch bei der zivilrechtlichen Durchsetzung in Fällen mit gleichartiger Betroffenheit mehrerer Personen in ähnlicher Weise entstehen können. Ob und in welchem Umfang eine gerichtliche Entscheidung zu einer behördlichen Maßnahme Bindungswirkung für zivilrechtliche Verfahren entfaltet, ist primär eine Frage der gesetzlichen Ausgestaltung, die sich in ähnlicher Weise beispielsweise im Verhältnis von Unterlassungsklagen wegen unwirksamer AGB zu Individualklagen auf Rückforderung (Lösung in § 11 UKlaG) oder im Verhältnis zwischen Verbands- und Individualklagen stellt. Im Kartellrecht hat sich der Gesetzgeber für eine Bindungswirkung bestandskräftiger Feststellungen eines Kartellrechtsverstoßes für Folgeklagen entschieden (§ 33b GWB). Eine Bindungswirkung der Entscheidung über die behördliche Maßnahme zulasten der Verbraucher muss jedenfalls mangels rechtlichen Gehörs ausscheiden. Insofern ist die Situation vergleichbar mit der nur einseitigen Bindungswirkung nach § 11 UKlaG. Eine generelle Aussetzung paralleler zivilrechtlicher Verfahren erscheint nicht geboten. Denkbar ist allerdings die Konstellation, dass ein Verbraucher mit seiner Individualklage scheitert, während der Unternehmer rechtskräftig auf verwaltungsrechtlichem Weg zu der begehrten Leistung verpflichtet wird. Diese Situation dürfte allerdings in der Praxis selten vorkommen. Festzustellen ist außerdem, dass eine Behörde, sollte sich nachträglich in zivilgerichtlichen Verfahren ihre Rechtsauffassung als unzutreffend erweisen, ihre Entscheidungen nach §§ 48 und 49 VwVfG korrigieren kann.

f) Behördliche Ermittlungsergebnisse, Schutz von Geschäftsgeheimnissen und Neutralitätspflichten

Der Weitergabe von behördlich erlangten Ermittlungsergebnissen zur Ermöglichung der Durchsetzung von zivilrechtlichen Ansprüchen könnten verfassungsrechtliche Grenzen gesetzt sein.

aa) Geschäftsgeheimnisse

Dies betrifft zum einen Fälle, in denen es um Geschäftsgeheimnisse des betroffenen Unternehmens geht. Geschäftsgeheimnisse sind alle Tatsachen, die im Zusammenhang mit dem jeweiligen Geschäftsbetrieb stehen, für dessen Wettbewerbsfähigkeit von Bedeutung sind und die nach dem Willen des Geschäftsinhabers geheim gehalten werden sollen.²⁵ Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen wird von der Rechtsordnung u.a. aus Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 14 Abs. 1 GG²⁶, Art. 8 Abs. 1 EMRK sowie Art. 15, 16 und 17 der GRCh abgeleitet.²⁷ Der Rechtsprechung lässt sich entnehmen, dass Einschränkungen dieses Schutzes nur in sehr engen Grenzen bzw. bei Vorliegen eines überwiegenden Interesses möglich sind.²⁸

Beispielsweise schränkt das Verbraucherinformationsgesetz (VIG) den Auskunftsanspruch von Verbraucherinnen und Verbraucher grundsätzlich ein, wenn und soweit durch die begehrten Informationen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse offenbart würden. Zugleich jedoch gelten diese Beschränkungen des Auskunftsanspruchs gemäß § 3 Satz 2 VIG nicht, wenn das öffentliche Interesse an der Veröffentlichung von geheimnisgeschützten Informationen das Interesse des Geschäftsinhabers an der Geheimhaltung überwiegt.

Ein solches Interesse könnte im Bereich des Verbraucherrechts bestehen, wenn und soweit die Nichtveröffentlichung der Informationen zu einer erheblichen Behinderung der Rechtspflege und zu empfindlichen Störungen des Wettbewerbs führen würde. Dies wäre beispielsweise dann anzunehmen, wenn eine Vielzahl von Verbraucherinnen und Verbrauchern an einer effektiven Geltendmachung ihrer Ansprüche vor Gericht gehindert würde.

Allerdings sehen beispielsweise § 309 VAG und § 9 KWG weitreichende Geheimhaltungspflichten für Mitarbeiter der BaFin vor, die jedenfalls eine Weitergabe in zivilgerichtlichen Verfahren ausschließen. Würde man diese gesetzlichen Geheimhaltungspflichten als Ergebnis einer grundrechtsgestützten Interessenabwägung betrachten, müsste man möglicherweise auch in Bezug auf sonstige Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von einem nicht überwindbaren Vorrang des Geheimhaltungsinteresses der Unternehmer ausgehen.

²⁵ Klose in Wiedemann, Kartellrecht, 4. Auflage 2020, § 54 Rn. 117.

²⁶ VG Ansbach, Urteil vom 18. März 2014 – AN 1 K 13.01466.

²⁷ Klöpfer/Greve in NVwZ 2011, 577, 578.

²⁸ EuGH, Urteil vom 19. Mai 1994 – C 36/92, Rn. 37; EuGH, Urteil vom 24. Juni 1986 – C-53/85, Rn. 28; Klöpfer/Greve in NVwZ 2011, 577, 577.

Die für Banken und Versicherungen geschaffenen Geheimhaltungsvorschriften sind aber vor allem durch die besondere Sensibilität der Informationen und die Gefahren für die Finanzmarktstabilität begründet. Auch soll durch den weitgehenden Ausschluss der Informationsweitergabe ein sicherer Rahmen für eine vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Unternehmen und Behörden geschaffen werden.

Auch wenn aus den dargestellten Gründen Geheimhaltungspflichten in besonders sensiblen Bereichen im Grundsatz nachvollziehbar und sinnvoll sind, ist auf der anderen Seite festzuhalten, dass keine zwingenden verfassungsrechtlichen Verwertungsverbote bestehen und auch in diesen hochsensiblen Bereichen gewisse Differenzierungen nicht generell ausgeschlossen wären. Daher sind zumindest mit Blick auf Art. 12 und 14 GG einfachgesetzliche Regelungen vorstellbar, die – ähnlich § 3 Satz 2 VIG – die Verwertung behördlicher Ermittlungsergebnisse, selbst wenn sie Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse betreffen, bei einem überwiegenden öffentlichen Interesse möglich machen und ggf. auch Kriterien für ein überwiegendes öffentliches Interesse formulieren.

bb) Neutralitätspflichten

Es stellt sich weiter die Frage, ob auch unterhalb der Schwelle von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen Unternehmer davor geschützt sein müssen, dass Ergebnisse behördlicher Ermittlungen der Öffentlichkeit sowie für Zwecke der privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung zur Verfügung gestellt werden. Ein derartiger Schutz könnte sich aus Neutralitätspflichten ergeben, die sich, sofern sie nicht ausdrücklich geregelt sind, aus dem Gleichbehandlungsgebot, dem Rechtsstaatsprinzip und dem Gebot des fairen Verfahrens ableiten lassen.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass behördliche Ermittlungen in Erfüllung einer gesetzlichen Aufsichtsaufgabe im Interesse der Allgemeinheit durchgeführt werden. Anlass und Zweck des behördlichen Handelns sind daher primär nicht partei-, sondern gemeinwohlbezogen. Behördliche Erkenntnisse können auch zugunsten der Unternehmen verwertet werden. Geht man außerdem davon aus, dass die Aufklärung von Tatsachen im öffentlichen Interesse liegt und dies ungeachtet des Beibringungsgrundsatzes auch fester Bestandteil des zivilgerichtlichen Verfahrens ist, wird man eine mögliche Verbesserung der Erkenntnislage und Prognose hinsichtlich der Erfolgsaussichten einer Klage auf Seiten von Verbrauchern und Verbraucherverbänden nicht *per se* als gleichheitswidrig und unfair bezeichnen können.

Nicht zu übersehen ist, dass eine vorprozessuale Veröffentlichung von Informationen, die beispielsweise für einen Unterlassungsanspruch nach UKlaG oder für individuelle Rechtsansprüche relevant sein können, das Gewicht zwischen den potentiellen Parteien zugunsten der Verbraucherseite verschiebt und möglicherweise Informationsdefizite beseitigt. Allerdings stehen dem weder der „nemo tenetur“ Grundsatz noch das Recht auf rechtliches Gehör entgegen, solange es nicht um eine strafrechtliche Verfolgung geht und der betroffene Unternehmer die Möglichkeit erhält, sich angemessen zu verteidigen und die behaupteten Tatsachen zu bestreiten.

Auch wenn es schwerfällt, jenseits der Gefahr straf- und ordnungsrechtlicher Sanktionen ein schutzwürdiges Geheimhaltungsbedürfnis hinsichtlich Tatsachen anzuerkennen, die einen Rechtsverstoß belegen, besteht ein gewisses Unbehagen bei der Vorstellung, wenn sämtliche behördliche Informationen ohne Einschränkungen für die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche nutzbar gemacht würden.

Insofern dürfte, wie bereits zuvor zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ausgeführt, die Lösung in einer fallweisen Abwägung der berührten Interessen liegen. Auch Art. 33 Abs. 2 der CPC-Verordnung legt eine Abwägung zwischen der gebotenen Vertraulichkeit, dem Schutz der geschäftlichen Interessen des Unternehmers und den Belangen der Verbraucher nahe.

Bei der Abwägung wären zugunsten einer Verwertbarkeit u.a. die Schwere des Rechtsverstoßes, das Ausmaß der Betroffenheit, die Möglichkeit der Beweiserlangung durch die Verbraucher bzw. Verbraucherverbände und die Zumutbarkeit der Prozessrisiken zu berücksichtigen. Auch dürfte das schutzwürdige Geheimhaltungsinteresse der Unternehmen dann eingeschränkt sein, wenn die Informationen Sachverhalte betreffen, die für die öffentlich-rechtliche Zulässigkeit der unternehmerischen Tätigkeit unmittelbar relevant sind bzw. (auch) genuin öffentlich-rechtliche Verpflichtungen betreffen (z.B. Einhaltung umweltrechtlicher Emissionsgrenzwerte bei Kfz oder Beachtung von Compliance-Vorschriften).

g) Beschränkung auf Rechtsdurchsetzung im kollektiven Interesse

Es sprechen gute Gründe dafür, dass die bestehenden Aufgaben und Befugnisse von Behörden im wirtschaftlichen Verbraucherschutz auf die Durchsetzung von Verbraucherrecht im kollektiven Interesse gerichtet sind. Auch wenn eine einzelfallbezogene behördliche Durchsetzung von individuellen Rechten rechtlich nicht generell ausgeschlossen ist, wie u.a. das Polizei- und Sicherheitsrecht zeigt, wäre eine behördliche Verbraucherrechtsdurchsetzung in singulären Streitigkeiten zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher kaum zweckmäßig und auch mit dem grundsätzlichen Gemeinwohlbezug staatlicher Tätigkeit und der

hierfür bereitgestellten Haushaltsmittel nur schwer in Einklang zu bringen. Zudem dürfte es regelmäßig an der Erforderlichkeit staatlichen Eingreifens fehlen, wenn lediglich ein einzelner Verbraucher betroffen ist.

h) Beschränkte Ressourcen, Zielkonflikte, Haftungsrisiken und föderale Struktur

Nicht zu übersehen ist, dass einer behördlichen Rechtsdurchsetzung allein durch die begrenzten personellen Ressourcen faktische Grenzen gesetzt sind. Vor allem in Bereichen, in denen eine große Anzahl von Unternehmern ohne Zulassungserfordernis tätig ist, wird eine flächendeckende Überwachung und Sicherstellung der Einhaltung verbraucherrechtlicher Vorschriften kaum gelingen. Allerdings stellt das die behördliche Rechtsdurchsetzung als solche nicht in Frage.

Gleiches gilt für etwaige Zielkonflikte und sonstige Erwägungen, die dazu führen können, dass Behörden in ihrem Vorgehen möglicherweise zurückhaltender sind als Verbraucher, Verbraucherverbände oder Legal-Tech-Unternehmen. Zur Reduzierung etwaiger Zielkonflikte können strukturelle Maßnahmen und vor allem ein möglichst unabhängiger und weisungsfreier Status der Behörden beitragen.

Bei der Expertenanhörung wurde auch das Haftungsrisiko der Behörden angesprochen (nicht jedoch von den Behördenvertretern). Aus Sicht der Projektgruppe lässt sich das Risiko einer Amtshaftung gegenüber Unternehmern nicht völlig ausschließen, was in Einzelfällen die Entscheidung der jeweiligen Behörde, ob sie tätig wird oder nicht, beeinflussen kann. Das Haftungsrisiko mag auch trotz der Hürden für eine Amtspflichtverletzung etwas größer sein als bei einer zivilrechtlichen Durchsetzung. Allerdings besteht dieses Risiko auch in anderen Rechtsbereichen (z.B. Marktüberwachung Produktsicherheit), zumal in den meisten Fällen, die Rechtslage eindeutig sein dürfte. Das Risiko der Amtshaftung kann, wenn man die Unternehmerperspektive einnimmt, zudem als Korrektiv und Schutz vor unberechtigten Forderungen betrachtet werden. In diesem Zusammenhang ist auch zu erwähnen, dass – anders als möglicherweise auf Grundlage wettbewerbsrechtlicher Ansprüche nach § 8 UWG – bei einer Behörde keine aus kommerziellem Interesse betriebenen Abmahnwellen zu befürchten sind. Eine Haftung gegenüber Verbrauchern wegen nicht oder nicht erfolgreich durchgesetzter Verbraucherrechte lässt sich grundsätzlich ausschließen, indem wie beispielsweise in § 4 Abs. 4 FinDAG klargestellt wird, dass die Behörde nur im Gemeinwohlinteresse tätig wird. Auch dürfte es regelmäßig an einer Kausalität für Schäden der Verbraucher fehlen, da diese durch die behördliche Tätigkeit oder Untätigkeit nicht an der Durchsetzung

ihrer Rechte gehindert werden. Im Übrigen dürfte eine Amtshaftung gegenüber geschädigten Verbrauchern nur bei echten Aufsichtsmängeln überhaupt in Frage kommen²⁹.

Wie am Beispiel der Datenschutzaufsicht in Deutschland deutlich wird, kann eine föderale und damit eher kleinteilige Verwaltungsstruktur mit Schwächen verbunden sein, vor allem im Verhältnis zu großen internationalen Unternehmen. Allerdings lässt der Grundsatz der Länderexekutive nach Art. 30 GG gewisse Ausnahmen zu (siehe auch Art. 87 Abs. 3 GG), so dass eine erforderlichenfalls zwischen Bund und Ländern aufgeteilte Verteilung von Aufgaben im wirtschaftlichen Verbraucherschutz verfassungsrechtlich möglich ist.

i) Auswirkungen auf die zivilrechtliche Durchsetzung und Rechtsfortbildung

Bei der Expertenanhörung war die Sorge des vzbv herauszuhören, dass die behördliche Rechtsdurchsetzung die zivilrechtliche Durchsetzung verdrängen und die Rechtsfortbildung behindern könnte. Ähnliche Sorgen wurden auch bei der Einführung eines umfassenden Angebots zur außergerichtlichen Verbraucherstreitbeilegung geäußert.

Aus Sicht der Projektgruppe ist diese Sorge unbegründet. Die behördliche Rechtsdurchsetzung wirkt lediglich ergänzend und vor allem dort, wo die zivilrechtliche Durchsetzung an ihre Grenzen stößt. Auch ist davon auszugehen, dass bei Fragen von grundsätzlicher Bedeutung die betroffenen Unternehmen eine gerichtliche Klärung anstreben werden. Behörden können zudem ihre Maßnahmen und Rechtsauffassungen transparent machen (siehe beispielsweise Rundschreiben der BaFin) und damit ebenfalls zur Rechtsfortbildung beitragen.

Außerdem bestehen vielfältige Möglichkeiten der Kooperation und gegenseitigen Einbindung von Behörden und Verbraucherverbänden, die die Rechtsdurchsetzung in ihrer Gesamtheit stärken und möglicherweise sogar eine Zunahme von klärenden Entscheidungen im Verbraucherrecht bewirken.

4. Behördliche Rechtsdurchsetzung in anderen europäischen Staaten

Auch wenn das materielle Verbraucherrecht in der Europäischen Union in weiten Teilen vereinheitlicht ist, unterscheiden sich die Strukturen der Rechtsdurchsetzung in den einzelnen Mitgliedstaaten zum Teil erheblich. Aufgrund der begrenzten Kapazitäten konnte die Projektgruppe nur punktuell Informationen über behördliche Strukturen anderer Mitgliedstaaten im wirtschaftlichen Verbraucherschutz sammeln. Der Projektgruppe ist bewusst, dass sich die

²⁹ (siehe hierzu auch das Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestags zur möglichen Haftung der BaFin im Fall Wirecard, WD 4 3000 087/20 und WD 3 3000 169/20)

Effektivität von Rechtsdurchsetzungssystemen aufgrund der unterschiedlichen Rahmenbedingungen nur schwer vergleichen lässt, zumal auch keine statistischen Daten vorliegen. Trotzdem macht der Blick ins europäische Ausland deutlich, welche Gestaltungsspielräume bestehen.

a) Frankreich

In Frankreich gibt es mit der „Generaldirektion für Wettbewerb, Verbraucherschutz und Betrugsbekämpfung“ (Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes – DGCCRF) eine starke Verbraucherschutzbehörde. Sie ist eine Behörde des französischen Wirtschaftsministeriums.

aa) Aufgaben und Befugnisse der DGCCRF

Die DGCCRF hat im Wesentlichen drei Aufgaben: die Regulierung des Wettbewerbs, den Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie die Verbrauchersicherheit (sichere Produkte, Lebensmittel und Dienstleistungen). Ihre Tätigkeit zielt dabei auf den Schutz kollektiver Verbraucherinteressen.³⁰ Die DGCCRF ist zudem zentrale Verbindungstelle, die die Anwendung der CPC-Verordnung koordiniert, d.h. sie ist für die Amtshilfeersuchen (Art. 13 Abs. 2 CPC-VO) und für die Koordinierung der Ermittlungs- und Durchsetzungstätigkeiten (Art. 5 Abs. 3 CPC-VO) verantwortlich. Die Ziele der DGCCRF werden jährlich in einer Richtlinie (dem programme national d'enquêtes, PNE) festgelegt. Die DGCCRF kann Verstöße prüfen, Unternehmen anweisen, gesetzeswidrige Praktiken zu unterlassen und diese sanktionieren. Im Zeitraum von 2017 bis 2021 erreichten sie jährlich zwischen 40.000 bis über 70.000 Anfragen und Beschwerden³¹. Im Jahr 2021 wurden über 130.000 Untersuchungen durchgeführt und Bußgelder in einem Volumen von knapp 39 Mio. € verhängt.³²

Die Untersuchungsbefugnisse der DGCCRF ergeben sich größtenteils aus den Bestimmungen des frz. Handelsgesetzbuches (Code de commerce) und des frz. Verbrauchergesetzbuches (Code de la consommation). Im Detail sind die Aufgabenbereiche sowie der jeweilige Umfang der behördlichen Befugnisse in Art. L. 511-1 ff. und L. 512-1 ff. des frz. Verbrauchergesetzbuches umfassend aufgelistet.

³⁰ Statt aller *Raymond*, droit de la consommation, Rn. 862.

³¹ DGCCRF-Jahresbericht 2022 S. 22 (<https://www.economie.gouv.fr/files/2022-07/ra-dgccrf-21-digital.pdf?v=1658475775>; Stand 05.01.2023).

³² DGCCRF-Jahresbericht 2022 S. 24 u. 25.

Zu den Ermittlungsbefugnissen gehören unter anderem der Zugang zu Geschäftsräumen und Transportmitteln, die Einsichtnahme in Dokumente, einschließlich der Anfertigung von Kopien, die Verwendung einer falschen Identität, um den Verkauf von Gütern und Dienstleistungen im Internet zu kontrollieren, die Beauftragung von qualifizierten Personen, die mit ihrem Fachwissen die Ermittlungen unterstützen, der Austausch von Informationen, die Entnahmen von Stichproben, die Pfändung und Beschlagnahme von bestimmten Produkten. Wer die Wahrnehmung der Aufgaben der Aufsichtsbehörden behindert, kann mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 300.000 € bestraft werden.

Werden durch die DGCCRF strafbare Verstöße ermittelt, können die Ergebnisse an die Staatsanwaltschaft weitergeleitet werden, die dann ein Strafverfahren einleiten kann (Opportunitätsprinzip).³³ Oftmals reicht es jedoch schon aus, den Unternehmer auf den Gesetzesverstoß und dessen Folgen hinzuweisen.³⁴ Neben den behördlichen Ermittlungsbefugnissen verfügt die DGCCRF in bestimmten Fällen auch über Durchsetzungsbefugnisse. Diese sind im zweiten Titel des fünften Buches des frz. Verbrauchergesetzbuches (Art. L. 521-1 bis L. 532-4) geregelt. Gerade im Verbraucherrecht wurden die Möglichkeiten der Behörde, selbst ordnungsrechtliche Durchsetzungsmaßnahmen zu treffen, in den letzten Jahren ausgeweitet. So wurde den Behörden u.a. die Befugnis eingeräumt, Geldbußen (amendes administratives) festzusetzen (etwa in Art. L. 522-1 ff.) und bereits bestehende Sanktionen verschärfen.

Werden wirtschaftliche Verbraucherinteressen durch Verstöße gegen bestimmte Verbraucherschutzgesetze festgestellt, kann das Unternehmen zunächst aufgefordert werden, diese Verstöße innerhalb einer bestimmten Frist einzustellen (lettre d'injonction).³⁵ Wird dieser Anordnung nicht Folge geleistet, kann eine Geldbuße in Höhe von bis zu 3.000 € bei natürlichen und in Höhe von bis zu 15.000 € bei juristischen Personen verhängt werden (Art. L. 522-2). Ferner kann gerichtlich gegen das Unternehmen vorgegangen werden.³⁶ Behördliche Entscheidungen können veröffentlicht werden (Art. R. 522-3 ff.). Daneben können spezifische Maßnahmen getroffen werden. Im Bereich der Produktsicherheit können etwa Betriebe geschlossen oder Produkte zurückgerufen werden. Bei Verstößen gegen das Preisangaben- oder das Fernabsatzrecht können Behörden mit Zustimmung der Staatsanwalt-

³³ Im Strafverfahren kann die zuständige Behörde in der mdl. Verhandlung angehört werden, Art. L. 525-1.

³⁴ Im Jahr 2021 mahnte die DGCCRF 24.830 Verstöße gegen Verbraucherschutzvorschriften ab, siehe DGCCRF-Jahresbericht 2022, S. 24.

³⁵ Im Jahr 2021 erließ die DGCCRF 7.875 Unterlassungsverfügungen, die zu 95 Prozent befolgt wurden, siehe DGCCRF-Jahresbericht 2022, S. 24.

³⁶ Bei Verstößen, die nicht strafbewehrt sind (missbräuchliche Klauseln oder Garantieerklärungen), können die Zivil- oder Verwaltungsgerichte angerufen werden, Art. L. 524-1 bis L. 524-4 frz. Verbrauchergesetzbuch.

schaft auch Vergleiche schließen. Gegen Zahlung einer Vergleichsstrafe (l'amende transactionnelle) oder gegebenenfalls der Verpflichtung, Verstöße einzustellen oder Verbraucher zu entschädigen, können Unternehmer so eine Strafverfolgung meiden.

bb) Verhältnis zwischen behördlicher und zivilrechtlicher Rechtsdurchsetzung

Öffentliche und private Rechtsdurchsetzung sind auch in Frankreich getrennt. Werden Behörden tätig, hat dies für den einzelnen geschädigten Verbraucher grundsätzlich keine Auswirkungen. Verbraucherinnen und Verbraucher müssen ihre Rechte selbst durchsetzen, profitieren aber in Gerichtsverfahren von Beweiserleichterungen. Insbesondere im Rahmen der action civile vor den Strafgerichten (eine Art Adhäsionsverfahren) können Verbraucherinnen und Verbraucher die Ermittlungsergebnisse für sich nutzbar machen. Aus dem bestehenden behördlichen Überwachungssystem ziehen aber auch Verbraucherverbände Vorteile. Um die Beweiserhebung zu erleichtern, kann die Staatsanwaltschaft etwa bei der action civile ihre Erkenntnisse in Form von angefertigten Protokollen (procès-verbaux) oder Untersuchungsberichten (rapports d'enquête) beibringen.

Die DGCCRF kann als Behörde selbst Maßnahmen setzen, allerdings nicht in allen Situationen.

So sieht z.B. Artikel L.524-1 des frz. Verbrauchergesetzbuches vor, dass die DGCCRF bei den frz. Zivilgerichten – oder ggf. bei den frz. Verwaltungsgerichten – die Nichtigkeit einer von einem Unternehmen gegenüber Verbraucherinnen und Verbrauchern verwendeten rechtswidrigen, untersagten oder unzulässigen AGB-Klausel beantragen kann, ebenso wie eine „Folgenbeseitigung“ in Form der Veranlassung der Unternehmen, auf ihre Kosten die betroffenen Verbraucherinnen und Verbraucher mit geeigneten Mitteln darüber zu informieren.

Im Zusammenhang mit wettbewerbsbeschränkenden Praktiken und um diese zu beenden, kann sich die DGCCRF an das frz. Handelsgericht oder das frz. ordentliche Gericht wenden, um die Verhängung einer Geldstrafe oder die Nichtigkeit einer Vertragsklausel zu erwirken. Wenn der von der DGCCRF beobachtete schwerwiegende Verstoß eine Straftat darstellt, wird ein Bericht verfasst und an die zuständige Staatsanwaltschaft übermittelt. Es drohen dann Geldstrafen und in schwerwiegenden Fällen auch Gefängnisstrafen.

b) Belgien

In Belgien besteht in Gestalt der SPF (Service Public Fédéral) Economie eine Wettbewerbs- und Marktüberwachungsbehörde auf Bundesebene, die sektorübergreifend im wirtschaftlichen Verbraucherschutz tätig ist. Sie verfügt über Ermittlungsbefugnisse, Auskunfts- und Zu-

gangsrechte und führt – in der Regel auf Beschwerden von Verbrauchern und Marktteilnehmern (ca. 45.000 jährlich) – umfassende Kontrollen bei Unternehmen sowie branchenweite Untersuchungen (z.B. zu unzulässigen Entgelten für Zahlungsmittel im Online-Handel) durch. Die SPF Economie kann Warnungen aussprechen, Anordnungen zur Einhaltung des Rechts erlassen, Rechtsverstöße veröffentlichen und Vereinbarungen über Geldbußen treffen. Bei Nichtbefolgung von Anordnungen kann die Behörde auch das Gericht anrufen. Außerdem müssen Musterverträge für Immobilienkredite und Allgemeine Verbraucherkredite der SPF Economie vorab zur Prüfung und Billigung vorgelegt werden.

c) Estland

Die estnische Verbraucherschutz- und Technische Regulierungsbehörde besitzt im wirtschaftlichen Verbraucherschutz Ermittlungs- und Anordnungsbefugnisse sowie die Befugnis zu Verwarnungen und Geldbußen. Sie kann auch vor Gericht klagen, jedoch dort keine zivilrechtlichen Ansprüche von Verbrauchern einklagen.

d) UK

In Großbritannien spielen die Competition and Markets Authority (CMA) und die Finanzaufsicht Financial Conduct Authority (FCA) eine tragende Rolle im Verbraucherschutz. Die Durchsetzungs- und Ermittlungsbefugnisse schließen auch Abhilfen zugunsten der Verbraucher, Sanktionen sowie die Abberufung von Geschäftsführern ein. Auch können Sicherungsmaßnahmen zur Verhinderung künftiger Rechtsverstöße angeordnet werden. In ihrem Jahresbericht für 2021/2022 teilt die CMA mit, dass sie rund 2 Mrd. Pfund jährlich an Einsparungen zugunsten der Verbraucher erwirkt habe, wobei hier beispielsweise auch Maßnahmen in den Bereichen Kartelle, Arzneimittel und PCR-Tests berücksichtigt sind. Aus dem Bericht geht auch hervor, dass die CMA beispielsweise gegen unfaire Vertragsklauseln im Zusammenhang mit Erbpachtverträgen vorging.

e) Luxemburg

In Luxemburg kann das Verbraucherschutzministerium u.a. Untersagungen aussprechen und Geldbußen verhängen. Bei Fluggastrechten kann die Behörde auch die Erfüllung von Entschädigungsansprüchen, was allerdings in der Praxis nur in geringem Maße vorzukommen scheint³⁷.

³⁷ Stephanie Law / Vincent Richard, Public and Private Enforcement of Consumer Law – Insight for Luxembourg, Seite 358, Nomos 2021

f) Italien

Die in Italien für den Verbraucherschutz zuständige Wettbewerbs- und Marktbehörde berichtete für das Jahr 2018 von 83 Bußgeldverfahren und 26 Maßnahmen im Verbraucherschutz. In dem Bericht fällt vor allem das Vorgehen gegen große Anbieter im Bereich elektronischer Dienste (Telecom, Vodafone, Fastweb, Wind Tre and Tiscali) auf, gegen die Sanktionen in Höhe von 18 Mio. Euro wegen unzureichender Information über geringere Datenübertragungsraten verhängt wurden. Auch gegen Google, Facebook und Samsung wurden Verfahren z.T. wegen Marktmissbrauch zulasten der Verbraucher geführt. Die Behörde hat neben der Befugnis zur Untersagung unlauterer Geschäftspraktiken und der Verwendung unfairer AGB auch die Möglichkeit, Verpflichtungszusagen von Unternehmern bei Rechtsverstößen entgegenzunehmen. Entscheidungen zur Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit von AGB werden veröffentlicht.³⁸

g) Tschechien

In Tschechien liegt die Zuständigkeit für den Verbraucherschutz maßgeblich bei den Handelsinspektionen (COI). Die Behörden sind grundsätzlich umfassend für Verbraucherbeschwerden zuständig (auch in Einzelfällen), wobei bestimmte Streitgegenstände wie Gewährleistungsansprüche grundsätzlich dem Gericht vorbehalten sind. Der Jahresbericht für 2021 weist 16.876 Untersuchungen im Zusammenhang mit Verbraucherbeschwerden aus. Wenn die Behörde einem Hinweis nachgeht, erfolgt oftmals eine umfassende Überprüfung des Unternehmens, bei der häufig mehrere Verstöße festgestellt werden. Die Handelsinspektionen werden damit nicht nur bezogen auf einen einzelnen Rechtsverstoß tätig, sondern führen umfassende Kontrollen im Sinne echter Markt- und Gewerbeüberwachung durch.

h) Niederlande

Die Behörde für Verbraucher und Märkte (ACM) ist sektorübergreifend (u.a. TK, Energie, Verkehr) tätig und berichtet für das Jahr 2021 von rund 74.000 Verbraucherkontakten. Dabei standen u.a. der Online-Handel, große Internet-Plattformen, intransparente Vertragsinformationen und Abrechnungen von Energieversorgern im Mittelpunkt. Die ACM verhängte wegen Verstößen gegen Verbraucherrecht Bußgelder in Höhe von insgesamt 455.000 € (im Jahr 2020 belief sich die Summe auf mehr als 2 Mio. €).

³⁸ <https://www.agcm.it/competenze/tutela-del-consumatore/clausole-vessatorie/provvedimenti-ed-estratti>

i) Vergleich mit Deutschland

Bei den Beispielen aus anderen europäischen Ländern fällt zunächst auf, dass dort durchgehend Sanktionsmöglichkeiten vorhanden sind. Bußgelder und Strafen werden in den Tätigkeitsberichten häufig hervorgehoben. Bußgelder in nennenswertem Umfang werden in Deutschland dagegen nur von der BNetzA wegen unerbetener Werbeanrufe verhängt. Nicht selten arbeiten die Verbraucherschutzbehörden auch mit den Strafverfolgungsbehörden zusammen, was vor allem bei unseriösen, strafrechtlich relevanten Geschäftspraktiken von Bedeutung ist.

Im Bereich präventiver Instrumente ist das Beispiel Belgiens zu erwähnen, wo eine behördliche Vorabkontrolle von Musterverträgen für Verbraucherkredite vorgeschrieben ist. Vergleichbares fehlt in Deutschland.

Die Möglichkeit behördlicher Anordnungen besteht zwar auch in Deutschland, jedoch ist sie im Gegensatz zu den untersuchten europäischen Ländern auf einzelne Bereiche beschränkt. Eine behördliche Durchsetzung auch individueller Rechtsansprüche von einzelnen Verbrauchern, wie sie grundsätzlich in Tschechien möglich ist (Ausnahme u.a. bei Gewährleistungsansprüchen), ist in Deutschland nicht vorgesehen. Ansonsten können Behörden in unterschiedlicher Ausprägung auf Abhilfen zugunsten der von einem Rechtsverstoß betroffenen Verbraucher hinwirken. Zum Teil haben die Behörden auch die Möglichkeit, wegen eines Rechtsverstoßes (und ggf. der Beseitigung seiner Folgen) ein Gerichtsverfahren einzuleiten. Interessant ist auch, dass die meisten der untersuchten Länder die Möglichkeit von Vereinbarungen zwischen Behörden und Unternehmen verankert haben, die die Einstellung des Rechtsverstoßes, Abhilfemaßnahmen zugunsten der Verbraucher oder auch Verwarnungsgelder zum Gegenstand haben können.

Die Untersuchung deutet außerdem darauf hin, dass in anderen europäischen Ländern Verwaltungsgerichte offenbar ohne Schwierigkeiten in der Lage sind, über die (zivilrechtliche) Rechtmäßigkeit von Geschäftspraktiken und Vertragsbedingungen zu entscheiden. Dies belegt beispielsweise die Internetseite der italienischen Verbraucherschutzbehörde, auf der zahlreiche verwaltungsgerichtliche Entscheidungen zu AGB veröffentlicht sind.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Tätigkeitsberichte der Verbraucherbehörden vielfältige Zwecke erfüllen. Unter anderem enthalten sie wichtige Verbraucherinformationen zu unzulässigen Geschäftspraktiken und Vertragsbedingungen, auch setzen sie ein Signal an die Unternehmen, dass gegen Rechtsverstöße mit staatlicher Autorität vorgegangen wird.

C. Gegenüberstellung zivilrechtlicher und behördlicher Rechtsdurchsetzungsinstrumente

Auf Grundlage der Untersuchung der jeweiligen Eigenschaften und Grenzen der zivilrechtlichen und behördlichen Rechtsdurchsetzung soll im Folgenden eine systematische Gegenüberstellung vorgenommen werden. Ziel ist dabei, einen raschen Überblick über die grundsätzlichen Potentiale der jeweiligen Rechtsdurchsetzungsinstrumente zu verschaffen und aufzuzeigen, wo eine behördliche Rechtsdurchsetzung eine sinn- und wirkungsvolle Ergänzung des bestehenden Rechtsdurchsetzungssystems sein kann. Dabei geht es weniger um einen Vergleich anhand von Effektivitätskennzahlen, der ohnehin kaum seriös vorgenommen werden kann, sondern um die Verdeutlichung der strukturellen Merkmale der beiden Wege.

Durchsetzungsziele und Kriterien

Die vom BMWi in Auftrag gegebene Studie von Podszun, Busch und Henning-Bodewig (2018) nennt als Rechtsdurchsetzungsziele die Abstellung von Rechtsverstößen, Kompensation und Prävention. Diese Aufteilung erweist sich als schlüssig und soll auch hier angewandt werden. Allerdings müssen dabei die Rechtsdurchsetzungsziele durch Vergleichskriterien, die Aufschluss über das Maß der Zielerreichung geben, näher konkretisiert werden. Diese sind in der nachfolgenden tabellarischen Gegenüberstellung mit dem Begriff „Aspekte“ bezeichnet.

Beseitigung von Rechtsverstößen

Aspekte	Zivilrechtliche Durchsetzung		Behördliche Durchsetzung	
	Beschreibung	Vor- und Nachteile	Beschreibung	Vor- und Nachteile
Anwendungsbe- reich	derzeit definiert durch UWG und UKlaG;	ggf. beschränkt auf unmittelbar verbraucher-schützende Re- gelungen	definiert durch öfftl.-rechtl. Auf- gaben und Befug- nisse, derzeit stark beschränkt	Grdsl. keine in- haltliche Be- schränkung, aller- dings ggf. Grenz- ziehung zur Rechtsprechung notwendig
Sachverhaltser- mittlung	Darlegungs- und Beweislast bei Verband, ggf. Beweiser- leichterungen	Erkenntnismög- lichkeiten einge- schränkt	Hoheitliche Er- mittlungsbefug- nisse und Aus- kunftsrechte; Amtsermittlung	grundsätzlich wir- kungsvoll, ggf. auch im Verwal- tungsprozess vor- teilhaft
Wirkung und Reichweite	gegen einzelnen Unternehmer und		ggf. auch gegen eine Vielzahl von Unternehmern	

	ggf. für betroffene Verbraucher			
Rechtsweg			grdsl. Verwaltungsgerichte, aber nicht zwingend	Bei VG möglicherweise geringere Erfahrung im Verbraucherrecht; außerdem ggf. Prüfung Ermessen und Verhältnismäßigkeit
Schnelligkeit	bei Klageverfahren Verzögerung Verfahrensdauer bis BGH ca. ...J.	Rechtswirkung nicht einseitig erzwingbar; Abmahnung kann aber rasch wirken	bei Klageverfahren Verzögerung (keine Erfahrung)	Rechtswirkung grdsl. sofort und einseitig erzwingbar
Kosten	Eigenaufwand, RA-Kosten, ggf. Gerichtskosten (Zivilgerichte) Ggf. Kostenerstattung		Eigenaufwand, kein Gerichtskostenvorschuss, da nicht Kläger	
Befolgung	Ordnungsgeld		Behördliche Autorität / Verwaltungszwang / Sanktionsmöglichkeit	
Grundlage für Kompensation o.ä.	Ja, v.a. bei gerichtlicher Entscheidung		eingeschränkt	
Öffentlichkeitswirkung	Ja		Hängt von der Gestaltung der Informationen ab	
Gesamtbewertung	Grundsätzlich effektiv; hohe Verbindlichkeit bei Gerichtsurteil; Grenzen bei weitverbreiteten Verstößen; Verfahren können langwierig sein		Hohe Effektivität v.a. bei weitverbreiteten Verstößen (inter omnes Wirkung); VA erzeugt sofortige Rechtswirkung; evtl. auch lange Verfahrensdauer	

Kompensation

	Zivilrechtliche Durchsetzung		Behördliche Durchsetzung	
Aspekte	Beschreibung	Vor- und Nachteile	Beschreibung	Vor- und Nachteile
Anwendungsbe- reich	Grundsätzlich umfassend, individuelle Ansprüche, künftig auch durch § 9 UWG erweitert	Bei Massenschäden im Bagatellbereich kaum Klageinteresse	Individualsprüche im kollektiven Interesse; reine Einzelansprüche im Einzelfall nicht staatliche Aufgabe	
Sachverhaltser- mittlung	Darlegungs- und Beweislast bei Verband,	Erkenntnismöglichkeiten eingeschränkt	Grundsätzlich hoheitliche Ermittlungsbefugnisse	ggf. Grenzen der prozessualen Verwertbarkeit

	ggf. Beweiserleichterungen		und Auskunftsrechte; Amtsermittlung	
Wirkung und Reichweite	gegen einzelnen Unternehmer und ggf. für betroffene Verbraucher; Reichweite hängt auch von künftiger Ausgestaltung der Verbandsklage ab; individueller Titel		ggf. auch gegen eine Vielzahl von Unternehmern; regelmäßig Wirkung zugunsten aller betroffenen Verbraucher; nur kollektiver Titel bzw. allgemeine Verpflichtung zur Leistung; individuelle Anspruchsfeststellung nicht möglich	
Schnelligkeit	bei Klageverfahren Verzögerung	Rechtswirkung nicht einseitig erzwingbar	bei Klageverfahren Verzögerung, bei Bundesbehörden ggf. verkürzter Instanzenzug (keine Erfahrung)	Rechtswirkung grdsl. sofort und einseitig erzwingbar; Verpflichtung zur Kompensation dem Grunde nach erreichbar ohne aufwendiges Anmeldeverfahren
Kosten	Eigenaufwand, RA-Kosten, ggf. Gerichtskosten (Zivilgerichte) Ggf. Kostenerstattung		Eigenaufwand, kein Gerichtskostenvorschuss, da nicht Kläger	
Gesamtbewertung				

Prävention

	Zivilrechtliche Durchsetzung		Behördliche Durchsetzung	
Aspekte	Beschreibung	Vor- und Nachteile	Beschreibung	Vor- und Nachteile
unmittelbare Wirtschaftliche Folgen eines Rechtsverstoßes / Verhältnis Nutzen – Schaden	Zunächst begrenzt auf Schadensersatz und ggf. Gewinnabschöpfung; erst bei Wiederholung Ordnungsgeld	v.a. bei Bagatellschäden, nicht unmittelbar schadenswirksamen Gesetzesverletzungen oder immateriellen Rechten idR keine spürbare Sanktion	Bußgelder ermöglichen Sanktion unabhängig vom Schaden	

Öffentliche Wahrnehmung	bei höchstgerichtlichen Entscheidungen und Massenverfahren; Imageverlust mit Umsatzeinbußen allerdings eher selten		Wahrnehmung v.a. innerhalb der betroffenen Branche	
Gesamtbewertung				

Gesamtbewertung und Folgerungen für den Einsatz behördlicher Rechtsdurchsetzungsinstrumente

Bei der Gegenüberstellung zeigt sich, dass beide Wege der Rechtsdurchsetzung ihre Vor- und Nachteile haben. Die behördliche Rechtsdurchsetzung hat vor allem bei Massenschäden und weit verbreiteten Rechtsverstößen Vorteile, die zur Ergänzung der zivilrechtlichen Durchsetzung genutzt werden könnten.

Mit Blick auf die Ermittlung und Beseitigung von Rechtsverstößen sind hierbei zunächst die hoheitlichen Ermittlungsbefugnisse zu nennen, die vor allem in Bereichen zum Tragen kommen, in denen private Akteure nur schwer Zugang zu den nötigen Sachverhaltsinformationen haben. Typischer Weise sind dies Fallgestaltungen, bei denen es auf die Kenntnis unternehmensinterner Vorgänge ankommt (z.B. Kalkulationsgrundlagen für Versicherungstarife; Vertriebsvorgaben bei Finanzdienstleistern; Sorgfaltspflichten) oder die Aufklärung und Bewertung des Sachverhaltes besondere technische Voraussetzungen oder Fachkenntnisse erfordert (z.B. versteckte Datenverarbeitungen; Einsatz von Algorithmen; Tarifikalkulationen bei Versicherungen).

Die Möglichkeit, durch Verwaltungsakt sofortige rechtliche Wirkung zu erzeugen und diese auch auf eine Mehrzahl von Unternehmen zu erstrecken, kann gerade bei rechtlich eindeutig gelagerten Fällen die Rechtsdurchsetzung zugunsten der betroffenen Verbraucher erheblich erleichtern und beschleunigen. Bei Allgemeinverfügungen muss die *inter omnes* Wirkung möglicherweise mit aufwendigeren und komplexeren Ausgangs- sowie Rechtsschutzverfahren erkauft werden, insbesondere wenn mehrere Unternehmen die Verfügung anfechten. Allerdings enthalten das Verwaltungsverfahren- und das Verwaltungsprozessrecht Mechanismen zur Bewältigung von Verfahren mit zahlreichen Beteiligten (v.a. Planfeststellungsverfahren), die nutzbar gemacht werden könnten.

Beim Vergleich zivilrechtlicher Unterlassungsansprüche mit behördlichen Untersagungsbefugnissen hinsichtlich der Rechtsbefolgung kann auch berücksichtigt werden, über welche Autorität und Sanktionsmöglichkeiten die jeweiligen Akteure verfügen. Dies lässt sich allerdings nicht abstrakt bestimmen, sondern hängt von zahlreichen Faktoren und der Ausgestaltung des Handlungsrahmens ab. Gleichwohl lässt sich annehmen, dass Bundesbehörden, die mit angemessenen Ermittlungs- und Sanktionsbefugnissen ausgestattet sind, vor allem bei zulassungsbedürftigen unternehmerischen Tätigkeiten eine hohe Autorität besitzen können.

Soweit es die Kompensation bzw. individuelle Rechtsansprüche betrifft, führt nur die zivilrechtliche Durchsetzung zu einem individuellen Vollstreckungstitel. Eine behördliche Anordnung dürfte im Regelfall, ähnlich einem Grundurteil, auf die Erfüllung einer bestimmten Rechtspflicht gerichtet sein und ggf. noch Grundsätze zur Bemessung der Leistungen enthalten können, ohne jedoch die einzelnen Ansprüche und Anspruchsinhaber konkret auszuweisen.

Ein weiterer Vorteil des zivilrechtlichen Wegs besteht darin, dass der betroffene Verbraucher unabhängig ist. Er bestimmt, ob, wann und wie er seine Rechte durchsetzen möchte. Bei Massenverfahren, sei es in Form einer Musterfeststellungsklage, sei es in Form einer echten Sammelklage, besteht allerdings diese Unabhängigkeit für die daran teilnehmenden Verbraucher nicht mehr. Auch kann bei Sammelklagen die Feststellung der individuellen Ansprüche mit erheblichen Schwierigkeiten und hohem zeitlichen Bedarf verbunden sein. Welcher Weg einfacher und schneller zum Erfolg führt, lässt sich nicht zuverlässig vorhersagen und hängt zudem von den Umständen des jeweiligen Falls ab. Dessen ungeachtet besteht die Vermutung, dass zumindest bei weniger komplexen Fällen allein aufgrund der geringeren Zahl der potentiellen Kläger bzw. Verfahrensbeteiligten eine behördliche Rechtsdurchsetzung sich auch gegenüber einer Verbandsklage als effizienter erweisen könnte.

Für die Präventionswirkung können Bußgeldsanktionen und ggf. auch die Möglichkeit eines Tätigkeitsverbots eine wichtige Rolle spielen. Diese Instrumente sind der behördlichen Rechtsdurchsetzung vorbehalten. Die Gefahr, durch aktive Information der Öffentlichkeit über Rechtsverstöße einen Imageverlust und damit wirtschaftliche Nachteile zu erleiden („naming and shaming“), kann ebenfalls präventive Wirkung erzeugen. Sie besteht grundsätzlich in beiden Systemen der Rechtsdurchsetzung und wird zunehmend durch unionsrechtliche Vorgaben zur Veröffentlichung von Rechtsdurchsetzungsaktivitäten gestützt, ohne

Rücksicht darauf, ob diese zivilrechtlich oder behördlich organisiert sind (siehe z.B. Art. 13 der RL (EU) 2020/1828).

D. Bereichs- und themenspezifische Betrachtung der Möglichkeiten behördlicher Rechtsdurchsetzung

Im Folgenden werden einzelne Bereiche des wirtschaftlichen Verbraucherschutzes darauf hin untersucht, ob die bestehenden behördlichen Instrumente effektiv und ausreichend sind und wo durch die Schaffung oder Stärkung behördlicher Instrumente Rechtsdurchsetzungsdefizite verringert werden könnten.

Da sich aus Bereichen, in denen Behörden bereits jetzt mit Aufgaben der Verbraucherrechtsdurchsetzung betraut sind, wichtige Erkenntnisse gewinnen lassen, sollen diese zunächst betrachtet werden. Dabei musste sich die Projektgruppe auf die Bereiche Finanzdienstleistungen, Versicherungen, Telekommunikation, Digitales und Energie beschränken. Der Bereich des sektorübergreifenden, allgemeinen Verbraucherrechts wird in einem zweiten Schritt näher untersucht.

1. Finanzdienstleistungen

Da bei Finanzdienstleistungen oft erhebliche finanzielle Interessen inmitten stehen, ist eine effektive Rechtsdurchsetzung von besonderer Bedeutung. Mit der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) existiert eine Bundesbehörde, die zunehmend Aufgaben im kollektiven Verbraucherinteresse wahrnimmt. Zugleich gibt es vergleichsweise viele Massenvorfälle. Neben den großen Anlegerschutzverfahren, für die das Kapitalanlegermusterverfahrensgesetz geschaffen wurde, haben Rechtsstreitigkeiten aus dem Bereich Finanzdienstleistungen auch einen großen Anteil an Musterfeststellungsklagen.

a) Relevante verbraucherrechtliche Vorschriften und typische Streitfälle

Die wichtigsten verbraucherrechtlichen Regelungen im Zusammenhang mit Finanzdienstleistungen betreffen Verbraucherdarlehen, Zahlungsdienste und Geldanlagen.

Im Zusammenhang mit Verbraucherdarlehensverträgen sind neben dem allgemeinen Vertragsrecht (u.a. §§ 305 ff BGB) insbesondere die Vorgaben der §§ 491 ff. BGB zu nennen (u.a. Informations- und Erläuterungspflichten, Kreditwürdigkeitsprüfung, Widerrufsrecht, Kündigung), die hinsichtlich der Angaben zu den Kosten einschließlich Werbung durch die §§ 16 bis 19 PAngV ergänzt werden. Für Immobiliendarlehensvermittler gelten außerdem Verhaltenspflichten aus der Immobiliendarlehensvermittlungsverordnung. Rechtsstreitigkeiten in

diesem Bereich betrafen in der Vergangenheit v.a. das Widerrufsrecht, die Kündigung und Kreditbearbeitungsentgelte.

Die Geschäftsbeziehungen im Zusammenhang mit Zahlungskonten werden zu großen Teilen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelt, sodass den Vorgaben der §§ 305 ff BGB große Bedeutung zukommt. Weiterhin enthalten §§ 675c ff BGB spezifische Vorschriften zu Zahlungsdiensten und Kontoverträgen (u.a. Informationspflichten, Vertragsänderungen, Folgen nicht autorisierter Zahlungen). Daneben treten weitere Pflichten und Rechte aus dem Zahlungskontengesetz (ZKG), u.a. die verpflichtende Unterstützung der Kunden beim Kontowechsel sowie der Anspruch auf Abschluss eines Basiskontovertrags. Rechtsstreitigkeiten betreffen insbesondere Bankentgelte für die Kontoführung und Einzelleistungen.

Grundlage der Anlageberatung ist ein Beratungsvertrag, aus dem eine Aufklärungs- und Beratungspflicht resultiert. Überwiegend geht das Schrifttum davon aus, dass die von der Rspr. herausgebildeten vertraglichen Pflichten durch den Pflichtenkatalog der §§ 63 ff. WpHG eine Konkretisierung erfahren.³⁹ Zu nennen sind insbesondere Informationspflichten und die Geeignetheitsprüfung. Wertpapiere und Vermögensanlagen unterliegen in der Regel der Prospektpflicht.⁴⁰ Für Finanzanlagenvermittler/Honorar-Finanzanlagenberater mit einer Erlaubnis nach der Gewerbeordnung statuiert die Finanzanlagenvermittlungsverordnung neben Anforderungen an den Sachkundenachweis insbesondere auch Informations-, Beratungs- und Dokumentationspflichten. Bei Rechtsstreitigkeiten spielen vor allem die Schadensersatzpflicht des Beraters nach § 280 BGB und die spezialgesetzlichen Haftungsvorschriften für die Prospekthaftung eine Rolle.

b) Aufsichtsbehörden und ihre Befugnisse

Aufsichtsbehörde für Bank- und Finanzdienstleistungsgeschäfte ist die BaFin, während die Preisangabenaufsicht sowie die Gewerbeaufsicht bei den Ländern liegt.

aa) BaFin

Die BaFin kann gem. § 4 Abs. 1a S. 2 FinDAG gegenüber von ihr beaufsichtigten Unternehmen „alle Anordnungen treffen, die geeignet und erforderlich sind, um verbraucherchutzrelevante Missstände zu verhindern oder zu beseitigen, wenn eine generelle Klärung im Interesse des Verbraucherschutzes geboten erscheint.“ Zur Erfüllung dieser Aufgaben kann die BaFin auch im Wege verdeckter Testkäufe Finanzprodukte erwerben und Finanzdienstleistungen in Anspruch nehmen (§ 4 Abs. 1a S. 4 FinDAG). Noch nicht abschließend geklärt

³⁹ Siehe *Buck-Heeb*, in: Tamm/Tonner/Brönneke (Hrsg.), *Verbraucherrecht*, 3. Aufl. 2020, § 16c Rn. 81 mwN.

⁴⁰ vgl. Art. 3 Abs. 1 VO (EU) 2017/1129 sowie § 6 VermAnlG

sind Inhalt, Umfang und Grenzen der Befugnisse der BaFin auf Grundlage des § 4 Abs. 1a FinDAG. Während teilweise davon ausgegangen wird, dass die die Vorschrift Maßnahmen verschiedenster Art erlaube, solange diese verhältnismäßig sind,⁴¹ vertreten andere die Auffassung, es sei der BaFin verwehrt, in Rechtsverhältnisse zwischen Banken und ihren Kunden einzugreifen⁴² oder die BaFin sei auf Untersagungsverfügungen beschränkt, wenn ein Verstoß gegen höchstrichterliche Rechtsprechung vorliege, eine Folgenbeseitigung komme dagegen nicht in Betracht.⁴³

Unter den weiteren Befugnissen der BaFin mit Verbraucherschutzbezug sind die Möglichkeit zur Anordnung der Eröffnung eines Basiskontos, wenn eine Bank dies ablehnt, obwohl kein gesetzlicher Ablehnungsgrund besteht (§ 49 Abs. 1 ZKG) sowie die Produktintervention, die es der BaFin ermöglicht in schwerwiegenden Fällen den Vertrieb von Produkten beziehungsweise bestimmte Vertriebspraktiken einzuschränken oder gänzlich zu untersagen⁴⁴, hervorzuheben.

bb) Landesbehörden

Die Überwachung der Einhaltung der Vorgaben der Preisangabenverordnung (PAngV) erfolgt durch die zuständigen Landesbehörden. Den für die Überwachung der PAngV zuständigen Behörden stehen gem. § 3 PAngG Auskunfts- und Betretungsrechte zu. Sie können durch ordnungsbehördliche Verfügung aufgeben, die Pflichten nach der PAngV zu erfüllen. Verstöße gegen § 16 Abs. 7 PAngV (Angabe der Höhe des effektiven Jahreszinssatzes bei Verbraucherdarlehensverträgen; Hinweis, dass eine Verpflichtung zum Abschluss eines Vertrages über eine Nebenleistung besteht) stellen eine Ordnungswidrigkeit dar, § 20 PAngV.

Finanzanlagenvermittler mit einer Erlaubnis nach § 34f GewO, Honorar-Finanzanlagenberater mit einer Erlaubnis nach § 34h GewO sowie Immobiliardarlehensvermittler mit einer Erlaubnis nach § 34i GewO werden in Abhängigkeit vom jeweiligen Sitz durch die Gewerbeämter oder die Industrie- und Handelskammern beaufsichtigt.⁴⁵ Unter den Voraussetzungen der §§ 48, 49 VwVfG kommt die Rücknahme bzw. der Widerruf einer Gewerbeerlaubnis in Betracht. Gem. § 15 Abs. 2 GewO kann die zuständige Behörde sämtliche Maßnahmen treffen, um die Fortsetzung eines Gewerbes, das ohne die erforderliche Erlaubnis betrieben wird, zu verhindern. Daneben handelt es sich um eine Ordnungswidrigkeit (§ 144 Abs. 1 Nr. 1

⁴¹ Siehe *Rott*, WM 2019, 1189.

⁴² Siehe *Möllers*, DÖV 2022, 314, 321.

⁴³ Etwa *Buck-Heeb*, BKR 2021, 141.

⁴⁴ § 15 WpHG i.V.m. Art. 42 VO (EU) Nr. 600/2014.

⁴⁵ Eine Übersicht zu den Zuständigkeiten findet sich etwa bei *Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 34f GewO Rn. 28.

GewO), die gem. § 144 Abs. 4 mit einer Geldbuße bis zu 50.000 € geahndet werden kann. Weitere relevante Ordnungswidrigkeitstatbestände finden sich in § 26 FinVermV, u.a. bei Verstößen gegen bestimmte Informationspflichten und in § 19 ImmVermV für die Verletzung von Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten.

c) **Tatsächliche Aktivitäten der Aufsichtsbehörden**

aa) **BaFin**

Die BaFin hat bisher in zwei Fällen Verwaltungsakte auf Grundlage des § 4 Abs. 1a FinDAG erlassen. So untersagte sie die weitere Erhebung von Negativzinsen auf Basis einer „Information zur Einführung von Negativzinsen auf Guthaben“ auf bereits bestehende, nicht individuell ausgehandelte Verträge. Das VG Frankfurt entschied,⁴⁶ dass die hiergegen gerichtete Klage zulässig und begründet sei. Das Urteil ist bisher nicht rechtskräftig [**prüfen vor finaler Fassung**]. Die zweite Maßnahme betrifft Zinsänderungsklauseln in Prämiensparverträgen, die ein pauschales Recht zur Zinsänderung einräumen. Mit Allgemeinverfügung⁴⁷ vom 21.06.2021 hat die BaFin gestützt auf § 4 Abs. 1a FinDAG Kreditinstitute verpflichtet, Prämiensparkunden über unwirksame Zinsanpassungsklauseln zu informieren und ihnen entweder unwiderruflich eine Zinsnachberechnung zuzusichern oder einen Änderungsvertrag mit einer wirksamen Zinsanpassungsklausel anzubieten. Gegen die Allgemeinverfügung haben 1.156 Kreditinstitute Widerspruch eingelegt, der aufschiebende Wirkung hat. In sechs Musterverfahren hat die BaFin die Widersprüche zurückgewiesen. Über die hiergegen gerichteten Klagen ist noch nicht entschieden.

Im Wege des informellen Verwaltungshandelns hat die BaFin in einer Aufsichtsmitteilung⁴⁸ vom 26.10.2021 Bezug genommen auf eine Entscheidung des BGH, nach der eine Klausel in AGB einer Bank, die ohne inhaltliche Einschränkung die Zustimmung des Kunden zu Änderungen der AGB und Sonderbedingungen fingiert, unwirksam sei.⁴⁹ In der Mitteilung wird insbesondere die Erwartungshaltung formuliert, Kunden umfassend, klar und verständlich über die Entscheidung zu informieren und berechtigten Erstattungsverlangen zeitnah nachzukommen. Die Durchschlagskraft der Mitteilung scheint sehr begrenzt. Institute berufen sich u.a. darauf, dass die Entscheidung des BGH für sie nicht gelte.⁵⁰

⁴⁶ Urt. v. 24.06.2021, Az. 7 K 2237/20.F

⁴⁷ Abrufbar unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Aufsichtsrecht/Verfuegung/vf_210621_allgvfg_Zinsanpassungsklauseln_Praemiensparvertraege.html

⁴⁸ Die Aufsichtsmitteilung ist abrufbar unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Aufsichtsmitteilung/2021/aufsichtsmitteilung_211026_Urteil_BGH_zu_AGB.html

⁴⁹ BGH, Urt. v. 27.04.2021, Az. XI ZR 26/20

⁵⁰ Siehe etwa die Berichterstattung betreffend die Sparkasse Niederrhein https://rp-online.de/nrw/staedte/moers/moers-verbraucherzentrale-nrw-klagt-gegen-sparkasse-am-niederrhein_aid-65809507

Für das Jahr 2021 können außerdem folgende weitere Maßnahmen hervorgehoben werden:

- Pilotaktion zum „Mystery Shopping“ mit einer Stichprobe von 36 Testkäufen, bei einem Drittel der Testkäufe wurden wichtige Informationsdokumente nicht übergeben.⁵¹
- Untersuchung von 54 Vermögensanlagen, ob erhebliche Bedenken für den Anleger-schutz bestehen. Ein Aktienangebot wurde daraufhin verboten; acht Anbieter haben ihre Angebote im laufenden Produktinterventionsverfahrens eingestellt.⁵²
- Ergreifen förmliche Maßnahmen (Einstellungs- und Abwicklungsanordnungen, War-nungen und Maßnahmen gegen einbezogenen Unternehmen) wegen unerlaubter Geschäfte (d.h. Verstoß gg Erlaubnispflichten) in 315 Fällen.⁵³

bb) Verbraucherbeschwerden

Gemäß § 4b FinDAG können Kunden und qualifizierte Einrichtungen sich mit einer Be-schwerde wegen behaupteter Verstöße gegen Bestimmungen, deren Einhaltung die Bundes-anstalt überwacht, an die BaFin wenden. Im Jahr 2020 bearbeitete die BaFin rd. 9.400 Ver-braucherbeschwerden, von denen lediglich knapp 900 erfolgreich waren. Auf welche Weise die „Erfolge“ zustande kamen lässt sich dem Bericht nicht entnehmen.

Für Beschwerden betreffend den Zugang zum Basiskonto liegen gesonderte Erhebungen für den Zeitraum vom 18. Juni 2016 bis zum 30. Juni 2018 vor. Danach kontaktierten rund 580 Verbraucher die BaFin, weil eine Bank ihren Antrag auf Eröffnung eines Basiskontos abge-lehnt hatte. Rund 200 dieser Beschwerden waren erfolgreich, in 22 Fällen ordnete die BaFin die Eröffnung eines Basiskontos förmlich an.⁵⁴ Die überwiegende Anzahl der Fälle, in denen ein Anspruch auf ein Basiskonto bestand, konnte „informell“ erledigt werden. Die Banken re-agierten hier bereits auf die Anhörung durch die BaFin und korrigierten ihre Entscheidung.

cc) Landesbehörden

Inwiefern Gewerbeämter und Industrie- und Handelskammern außerhalb der Erlaubnisertei-lung tätig sind – beispielsweise in welchem Umfang die Einhaltung der Informations-, Bera-tungs- und Dokumentationspflichten für Finanzanlagen- sowie Darlehensvermittler überprüft wird – ist nicht bekannt.

Die für den Vollzug der Preisangabenverordnung zuständigen Behörden vor Ort führen allge-meine Kontrollen sowohl aufgrund von Verbraucherbeschwerden als auch von Amts wegen

⁵¹ Siehe *BaFin*, BaFinJournal Dezember 2021, S. 18ff.

⁵² *BaFin*, Jahresbericht 2021, S. 83.

⁵³ *BaFin*, Jahresbericht 2021, S. 91.

⁵⁴ *BaFin*, Jahresbericht 2018, S. 45; *BaFin*, BaFinJournal Oktober 2018, S. 20.

durch. Konkrete Erkenntnisse, in welchem Umfang dabei Verstöße gegen die §§ 16 ff. festgestellt wurden, liegen nicht vor.

d) Zivilrechtliche Durchsetzung

Für die Frage, ob und wie die Möglichkeiten der behördlichen Rechtsdurchsetzung erweitert werden sollten, spielt die Effektivität der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung eine wichtige Rolle. Diese soll im Folgenden kurz beleuchtet werden

aa) Schlichtungsstellen

Für Streitigkeiten im Zusammenhang mit Finanzdienstleistungen bestehen zahlreiche Schlichtungsstellen, die nicht nur die drei Bankensäulen (privaten Banken, Sparkassen, Volks- und Raiffeisenbanken), sondern auch die Bereiche Kreditvermittlung, Geldanlagen und Anlagevermittlung abdecken. Neben den brancheneigenen Schlichtungsstellen gibt es auch Schlichtungsmöglichkeiten bei der BaFin und Bundesbank.

Die Eingangszahlen erscheinen im Vergleich zur Anzahl der tatsächlich betroffenen Verbraucher eher niedrig (exemplarisch die Zahl von 2.453 Schlichtungsanträge im Jahr 2020 zur Kündigung und Zinsanpassung von Prämien Sparverträgen bei der Schlichtungsstelle beim Deutschen Sparkassen- und Giroverband) und auch die Quoten der mit der Annahme eines Schlichtungsspruchs oder Vergleichsangebots endenden Verfahren sind sehr niedrig. Sowohl bei der Schlichtungsstelle bei der BaFin als auch bei den brancheneigenen Schlichtungsstellen liegt die für das Jahr 2020 ermittelte Quote unter 10 %.

bb) Zivilprozess

Genauere Zahlen zu Individualklagen aus dem Bereich Finanzdienstleistungen liegen nicht vor, es gibt aber zahlreiche verbraucherrechtlich relevante Gerichtsentscheidungen aus den Bereichen Bank- und Anlegerschutzrecht.⁵⁵ Aus den Daten des statistischen Bundesamtes lässt sich entnehmen, dass im Jahr 2021 vor dem Amtsgericht erledigte Zivilprozesssachen in 10.750 Fällen Kredit-/Leasingsachen betrafen und vor dem Landgericht in erster Instanz erledigte Zivilprozesssachen in 33.214 Fällen Miet-/Kredit-/Leasingsachen sowie in 6.247 Fällen Kapitalanlagesachen betrafen.⁵⁶ Im Jahr 2021 wurden zudem 12 Musterfeststellungsanträge im Klageregister nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz öffentlich bekannt gemacht.

⁵⁵ Vgl. etwa die Übersicht bei *Maier*, VuR 2022, 163.

⁵⁶ *Statistisches Bundesamt*, Fachserie 10, Reihe 2.1, 2021.

Von den 34 öffentlich bekannt gemachten Musterfeststellungsklagen richten sich 19 gegen Sparkassen.⁵⁷ Inhaltlich geht es zum einen um Zinsanpassungsklauseln von Prämienparverträgen. Im Rahmen einer Musterfeststellungsklage der Verbraucherzentrale Sachsen hatte der BGH eine Zinsänderungsklausel in Prämienparverträgen, die ein pauschales Recht zur Zinsänderung einräumt, für unwirksam erklärt und Vorgaben für die Zinsanpassungen gemacht.⁵⁸ Unter Bezugnahme auf dieses Urteil wurden weitere Musterfeststellungsklagen mit dem wesentlichen Ziel einer Neuberechnung der Zinsen eingereicht. Zum anderen betreffen die Musterfeststellungsklagen Entgeltklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

e) **Bewertung**

Die zivilgerichtlichen Kontrollen im Bereich Finanzdienstleistungen scheint grundsätzlich hoch. Ein erhebliches Rechtsdurchsetzungsdefizit besteht jedoch im Hinblick auf unwirksame AGB. Selbst wenn die Unwirksamkeit höchstgerichtlich festgestellt ist, werden etwa Erstattungsbegehren von Verbrauchern in erheblichem Umfang mit Verweis auf die inter partes Wirkung von Urteilen zurückgewiesen. Dieses Problem löst auch die Musterfeststellungsklage nicht, wenn es sich um ein branchenweites Vorgehen handelt. Denn es müsste gegen jedes Institut, das entsprechende Klauseln verwendet hat, Klagen erhoben werden. Auch die Reichweite der Verbraucherschlichtung erscheint im Bereich des Finanzmarktes gering, wie sich insbesondere an den geringen Quoten von Schlichtungsverfahren zeigt, die mit der Annahme eines Schlichtungsspruchs enden. Gerade für den Bereich unwirksamer allgemeiner Geschäftsbedingungen bietet eine behördliche Rechtsdurchsetzung daher erhebliche Vorteile. Diese hat zudem den Vorteil, dass bei „anerkannten“ Befugnisnormen häufig auch ohne den Erlass einer formellen Verfügung das Recht durchgesetzt werden kann, wie sich beispielsweise beim Basiskonto zeigt.

Die BaFin ist hierfür auch die richtige Behörde. Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass die Aufsichtsziele, die Stabilität der beaufsichtigten Institute sowie ein funktionsfähiges, stabiles und integriertes deutsches Finanzsystem zu gewährleisten einerseits sowie der kollektive Verbraucherschutz andererseits in Konflikt geraten. Jedoch erscheint es wenig sinnvoll, den Verbraucherschutz aus dieser spezialisierten und sachkundigen Behörde herauszulösen.

⁵⁷ Stand 22.02.2023

⁵⁸ BGH, Urt. v. 06.10.2021, Az. XI ZR 234/20.

aa) § 4 Abs. 1a FinDAG

In Bezug auf § 4 Abs. 1a FinDAG stellt es sich für die Praxis als äußerst schwierig dar, dass Inhalt, Umfang und Grenzen der Norm nicht hinreichend geklärt sind. Aus Verbraucherschutzperspektive ist es zu begrüßen, dass die BaFin von der ihr – jedenfalls dem Wortlaut nach eingeräumten Befugnis – Gebrauch macht und so offene Fragen einer gerichtlichen Klärung zuführt.

Aus Sicht der Projektgruppe sprechen überwiegende Gründe dafür, dass der BaFin umfassende Anordnungsbefugnisse zur Verfügung stehen. Aus der Gesetzesbegründung⁵⁹ zum Kleinanlegerschutzgesetz ergeben sich keine Hinweise darauf, dass das Handeln der BaFin auf die Beseitigung von Verstößen gegen höchstrichterliche Rechtsprechung begrenzt sein sollte. Auch kann aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber zur Verhinderung von Amtshaftungsansprüchen bewusst einen individuellen Anspruch von Verbrauchern auf ein Tätigwerden der BaFin ausschließen wollte, nicht abgeleitet werden, dass damit zugleich auch ein auf Folgenbeseitigung gerichtete Handeln im kollektiven Verbraucherinteresse ausgeschlossen sein sollte (zu den übrigen Erwägungen siehe B Nr. 3 a) und d)). Teilweise wird mit Blick auf § 4 Abs. 1a FinDAG die Gefahr divergierender Rechtsprechung von Verwaltungs- und Zivilgerichten kritisiert. Ein solch geteilter Rechtsweg ist aber grundsätzlich nicht unbekannt. Letztlich müsste bei Uneinigkeiten von BGH und BVerwG der Gemeinsame Senat angerufen werden (Art. 95 Abs. 3 GG). Zu überlegen wäre aber auch, ob es sinnvoll erscheint Maßnahmen die Vertragsbedingungen betreffen, dem Zivilrechtswege zuzuweisen, da diese möglicherweise sachnäher sind.

In der Literatur wird teilweise die mangelnde Bestimmtheit des § 4 Abs. 1a FinDAG bemängelt.⁶⁰ Unabhängig davon, ob man diese Auffassung teilt, könnte es möglicherweise ein Ansatz sein, Regelbeispiele für zulässige Maßnahmen zu formulieren, um die Rechtssicherheit von Maßnahmen zu erhöhen. Hierzu könnte beispielsweise die Verpflichtung gehören, Kunden über unwirksame Bedingungen zu informieren.

Die zu erwartende langjährige Auseinandersetzung zur Rechtmäßigkeit der Allgemeinverfügung der BaFin könnte dazu führen, dass Ansprüche überwiegend verjährt sind, bis das Verfahren abgeschlossen ist. Aus Sicht der Projektgruppe erledigt sich diese Problematik aber mit Umsetzung der Verbandsklagenrichtlinie⁶¹, da bei richtlinienkonformer Umsetzung von

⁵⁹ BT-Drs. 18/3994, S. 36 f.

⁶⁰ So Möllers, DÖV 2022, 314.

⁶¹ Richtlinie (EU) 2020/1828 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2020 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG.

Art. 16 Verbandsklagenrichtlinie ohnehin auch für behördliche Unterlassungs- und Abhilfeentscheidungen eine Verjährungshemmung angeordnet werden müsste. Denn es wäre widersinnig, wenn trotz behördlicher Anordnung zusätzlich noch zivilrechtlich vorgegangen werden müsste. Daneben sollte aber auch über Möglichkeiten zur Verfahrenbeschleunigung nachgedacht werden, etwa durch Abschaffung des Widerspruchsverfahrens.

Vor große Herausforderungen stellt es die BaFin darüber hinaus, gegen branchenweite Verstöße vorzugehen, da die „Ressourcen“ auf der Gegenseite ungleich größer sind. Insofern bedarf es insbesondere einer guten Ausstattung der Behörden.

bb) Alternativen zur nachträglichen Missbrauchsaufsicht

Als Alternative zu einer nachträglichen Missstandsaufsicht könnte über eine Pflicht zur vorherigen Genehmigung von AGB nachgedacht werden, wie sie etwa in § 9 BausparkG vorgesehen ist und offenbar für Verbraucherdarlehen in Belgien Praxis ist. Die Eingriffsintensität einer solchen präventiven Bedingungskontrolle ist jedoch ungleich größer. Für den Versicherungsbereich wurde die präventive Bedingungskontrolle auf Grund europäischer Vorgaben grundsätzlich aufgegeben. Zwar existiert ein solches Verbot (soweit ersichtlich) für den Finanzbereich nicht, gleichwohl erscheint es aus Sicht der Projektgruppe wenig zielführend, insoweit einen Schritt „zurück“ zu machen.

Neben der Allgemeinverfügung könnte die Bußgeldbewehrung von Verstößen gegen Verbraucherrechtsvorschriften ein taugliches Mittel sein, Verstöße zu sanktionieren. In Bezug auf die im Finanzbereich aktuell besonders relevanten Probleme im Zusammenhang mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen sieht Art. 246e § 2 i.V.m. § 1 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 EGBGB bereits jetzt eine Bußgeldbewehrung vor, wenn von einem Unternehmer in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Bestimmung empfohlen oder verwendet wird, die nach § 309 des Bürgerlichen Gesetzbuchs unwirksam ist oder deren Empfehlung oder Verwendung gegenüber Verbrauchern dem Unternehmer durch rechtskräftiges Urteil untersagt wurde. Diese Rechtsgrundlage beschränkt sich jedoch auf Sachverhalte mit Auslandsbezug. Ein sachlicher Grund, der eine Differenzierung zwischen Auslandssachverhalten sowie solchen mit ausschließlichem Inlandsbezug rechtfertigen würde, ist aus Sicht der Projektgruppe nicht erkennbar. Angesichts der weiter Verbreitung der fortgesetzten Verwendung rechtswidriger AGB und des erheblichen Schädigungspotentials spricht sie sich insoweit für eine Bußgeldbewehrung aus.

Thesen / Lösungsansätze

- Die individuelle Rechtsdurchsetzung durch die BaFin hat sich in Bezug auf das Basiskonto grds. bewährt und sollte angesichts des besonderen öffentlichen Interesses an der Durchsetzung dieser gesetzlichen Verpflichtung beibehalten werden.
- Die Regelung des § 4 Abs. 1a FinDAG sollte grundsätzlich beibehalten werden, jedoch Konkretisierung des Regelungsgehalts durch Regelbeispiele für zulässige Maßnahmen iRd § 4 Abs. 1a FinDAG und Beseitigung von einschränkenden Anforderungen.
- Bußgeldbewehrung bei Verwendung von AGB, die nach § 309 BGB unwirksam sind oder die rechtskräftig für unwirksam erklärt worden sind
- Zur Verfahrensbeschleunigung Verzicht auf Widerspruchsverfahren prüfen
- Rechtswegzuweisung zu Zivilgerichten prüfen, soweit es im Kern um vertragliche Fragestellungen geht

2. Digitales, E-Commerce, Datenschutz

Der mit den Begriffen „Digitales, E-Commerce und Datenschutz“ umrissene Bereich lässt sich keiner bestimmten Branche zuordnen. Viele und vor allem große marktführende Unternehmen haben ihren Sitz außerhalb Deutschlands. Auch wenn es sich um einen heterogenen und streng genommen sektorübergreifenden Bereich handelt, gibt es aufgrund der eingesetzten Technologien eine Vielzahl von Gemeinsamkeiten sowohl faktischer als auch rechtlicher Art, die für die Verbraucher von Bedeutung sind und eine gemeinsame Betrachtung sinnvoll erscheinen lassen. Hinzu kommt, dass in Kürze mit neuen, unionsweit geltenden Gesetzen für bestimmte Aspekte digitaler Dienste (bspw. zu Dark Patterns sowie algorithmenbasierten KI-Systemen) zu rechnen sein wird, was ebenfalls für eine gemeinsame Betrachtung spricht.

a) Relevante verbraucherrechtliche Vorschriften und typische Streitfälle

Im digitalen Bereich besteht v.a. im Fernabsatzgeschäft neben Informationspflichten (z.B. §§ 312 ff BGB iVm Art. 246a EGBGB) und einem weitreichenden Widerrufsrecht der Schutz durch die Impressumspflicht (§ 5 TMG). Außerdem werden Verbraucher vor versteckten Zusatzkosten, Vertragsfallen (Button-Lösung) und nunmehr auch der Erschwerung von Vertragskündigungen („Kündigungs-Button“) geschützt und das UWG nimmt unlautere Geschäftspraktiken in den Blick. Ergänzend finden sich Vorschriften zu Preisangaben in § 1 Abs. 1, 2 PAngV, über den weitere Transparenz- und Informationspflichten zu den ausgezeichneten Endpreisen oder

auch Versandkosten Eingang in den Bestellprozess zwischen Unternehmer und Verbraucher finden. Die Fallgestaltungen im Bereich Datenschutz sind vielfältig. Bei dem Besuch einer Webseite bspw. fallen im Regelfall eine Vielzahl an Daten an, die der Webseitenbetreiber verarbeitet. Hervorzuheben ist hierbei die Art der gesammelten Daten sowie ihr Nutzungsziel, da insbesondere bei der Erstellung von Kundenprofilen, Speicherung von Interessen usw. häufig Cookies eingesetzt werden. Nach dem „Planet49“-Urteil⁶² des BGH sahen sich bspw. die Betreiber gezwungen, neue Cookie-Banner zu erstellen. Datenschutzrechtlich spielen hier die neuen Bestimmungen des Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG), die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) und in Bezug auf Scoring § 31 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) eine Rolle. Im digitalen Bereich können Unternehmen eine Vielzahl von Adressaten über verschiedene Plattformen (eigene Website, große Onlinemarktplätze etc.) erreichen und so z.B. durch nachteilige AGB, unerlaubte Datenverarbeitung oder Schwierigkeiten bei der Vertragsrückabwicklung auffallen. Solche Sachverhalte sind daher durch eine Gleichartigkeit der Ansprüche der Verbraucherinnen und Verbraucher geprägt, wohingegen die Streitwerte deutlich variieren können. Mitunter sind branchenweite bzw. branchenübergreifende Verhaltensweisen zu beobachten, bspw. zu einer unzureichenden Umsetzung des Kündigungsbuttons.⁶³ Hinsichtlich des Phänomens Dark Patterns wird mit dem Digital Services Act⁶⁴ eine weitere Regelungsquelle eröffnet, die je nach Einsatzgebiet und Situation zu bestehenden Regelungen z.B. im UWG abgegrenzt werden muss. Der Bereich Künstliche Intelligenz und Algorithmen, der bspw. im Onlineshopping alltäglich gegenüber Verbraucherinnen und Verbrauchern Eingang findet, wird zukünftig mit der geplanten KI-Verordnung⁶⁵ zumindest teilweise reguliert werden.

b) Aufsichtsbehörden und ihre Befugnisse

Sieht man vom Vollzug der Preisangabenverordnung und der Gewerbeordnung durch die Landesbehörden ab, gibt es für die vertragsrelevanten Verbraucherschutzvorschriften des BGB keine Aufsichtsbehörden. Im Bereich Datenschutz überwachen die Datenschutzaufsichtsbe-

⁶² BGH, Urteil vom 28. Mai 2020 - I ZR 7/16 - Cookie-Einwilligung II.

⁶³ Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. Studie „Verbraucherprobleme mit dem Kündigungsbutton“, Stand: 2. Januar 2023, https://www.vzbv.de/sites/default/files/2023-01/23-01-02_Kurzpapier_K%C3%BCndigungsbutton%20%28003%29.pdf (zuletzt abgerufen am 13. Januar 2022).

⁶⁴ Verordnung (EU) 2022/2065 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste).

⁶⁵ Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union.

hörden der Länder die Einhaltung der Vorgaben der DSGVO und des BDSG bei der Verarbeitung personenbezogener Daten. In Art. 57 Abs. 1 DSGVO ist das Aufgabenspektrum der Datenschutzaufsichtsbehörden aufgelistet, welches insgesamt 22 Bereiche umfasst. Gem. Art. 58 DSGVO verfügen die Datenschutzbehörden über insgesamt 26 konkrete Befugnisse, die sich in Untersuchungs- (Abs. 1) und Abhilfebefugnisse (Abs. 2) sowie Genehmigungs- und beratende Befugnisse (Abs. 3) unterteilen. Ein Großteil der im Rahmen der Untersuchungs- und Abhilfemaßnahmen getroffenen Anordnungen gegenüber den Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeitern kann als Verwaltungsakt iSd § 35 VwVfG qualifiziert werden. Die Abhilfebefugnisse gem. Abs. 2 sind aufsteigend im Sinne von „Eskalationsstufen“ ausgestaltet⁶⁶, wobei sich daraus keine zwingende Rangfolge ergibt⁶⁷. Exemplarisch für die Möglichkeiten der Datenschutzbehörden sollen hier die Verwarnung bei erfolgten Datenschutzverstößen (lit. b), die Anweisungen zur Ausgestaltung bestimmter Verarbeitungsvorgänge (lit. c bis e) bzw. ein direkter Eingriff in diese (lit. f) sowie die Verhängung von Geldbußen gem. Art. 83 DSGVO (lit. i) genannt werden. Den Mitgliedsstaaten steht gem. Art. 58 Abs. 6 DSGVO ein Gestaltungsspielraum bzgl. weitergehender Befugnisse zu, von dem in Deutschland bisher kein Gebrauch gemacht wurde.

Von der wettbewerbs- bzw. lauterkeitsrechtlichen Seite her ist die Erweiterung der Kompetenzen des Bundeskartellamts (BKartA) im Zuge der 9. GWB-Novelle zu nennen. Damit wurde das Aufgabenspektrum des BKartA um eine analysierende (verbraucherrechtliche Sektoruntersuchungen gem. § 32e Abs. 5 GWB) und beratende Funktion (amicus curiae Stellungnahmen gem. § 90 Abs. 6 GWB) hinsichtlich Verbraucherschutzrechtlicher Themen erweitert. Der auf Grundlage der Sektoruntersuchung erstellte Abschlussbericht kann zudem die Aufgabe der Verbrauchersensibilisierung und -information erfüllen.

Für den Bereich IT-Sicherheit hat der Verbraucherschutzaspekt in jüngerer Zeit in § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 14a BSIG Eingang gefunden, in welchem daneben auch die Verbraucherinformation als behördliche Aufgabe des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) genannt ist. Die Regelung stellt insbesondere die Beratung und Warnung von Verbrauchern in Fragen der Sicherheit in der Informationstechnik unter Berücksichtigung der möglichen Folgen fehlender oder unzureichender Sicherheitsvorkehrungen in den Mittelpunkt. Gem. § 7 BSIG kann das BSI z.B. Warnungen vor Sicherheitslücken in informationstechnischen Produkten und Diensten, vor Schadprogrammen, bei einem Verlust oder einem unerlaubten Zugriff auf

⁶⁶ Dieterich ZD 2016, 263.

⁶⁷ Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann/Polenz, Datenschutzrecht 1. Auflage 2019, Art. 58 Rn. 6.

Daten oder Informationen über sicherheitsrelevante IT-Eigenschaften von Produkten aussprechen sowie Sicherheitsmaßnahmen sowie den Einsatz bestimmter Sicherheitsprodukte empfehlen. Zu diesen Zwecken kann das BSI auch Untersuchungen anstellen sowie die Hersteller um Auskunft z.B. zu technischen Details ersuchen, § 7a BSIg.

Neue europäische Regelungen wie der Digital Services Act stellen zudem Umsetzungsbedarf in Bezug auf die erforderlichen neuen regulatorischen Aufsichts- und Durchsetzungsstrukturen vor. So ist z.B. die Einrichtung und Ernennung eines sog. Koordinators für digitale Dienste innerhalb jedes EU-Mitgliedstaates (Art. 49 ff.) vorgesehen, der der zentrale regulatorische Ansprechpartner für alle Fragen im Zusammenhang mit der Überwachung und Durchsetzung des DSA für die betroffenen Diensteanbieter sein wird. Allerdings können die Mitgliedsstaaten weitere zuständige Behörden vorsehen, denen z.B. bestimmte besondere Aufgaben oder Sektoren übertragen werden können (Art. 49 Abs. 2).

c) Tatsächliche Aktivitäten der Behörden

Ausweislich des Tätigkeitsberichts des BKartA 2019/2020 wurde im Rahmen der verbraucherrechtlichen Sektoruntersuchungen auch in diesem Berichtszeitraum ein Schwerpunkt auf „aktuelle Themen aus dem digitalen Verbraucheralltag [gelegt], bei welchen Verbraucherrechtsverstöße naheliegend sind und die Instrumente des zivilrechtlichen Verbraucherschutzes gegebenenfalls an ihre Grenzen stoßen“.⁶⁸ So wurden die Untersuchungen zu Vergleichsportalen, zu Smart-TVs sowie zu Nutzerbewertungen im Internet abgeschlossen und die dazugehörigen Berichte unter vorheriger Stellungnahme interessierter Stakeholder der Öffentlichkeit präsentiert. Das BKartA beabsichtigt mit seinen Sektoruntersuchungen nicht nur die Schaffung von Transparenz, sondern auch die Herausarbeitung konkreter Probleme und Erstellung von Handlungsempfehlungen für Verbraucherinnen und Verbraucher sowie die Unternehmen und die Politik.⁶⁹ Die Erkenntnisse aus den Sektoruntersuchungen ergaben vielfältige Hinweise auf Verbraucherrechtsverstöße. So wurden z.B. im Rahmen der Sektoruntersuchung zu Vergleichsportalen teilweise Verstöße gegen verbraucherrechtliche Vorschriften gem. §§ 5 Abs. 1, 5a Abs. 2, Abs. 6 UWG (Irreführung, Transparenzverstoß, Schleichwerbung) festgestellt.⁷⁰

Die Landesdatenschutzbehörden informieren in ihren Tätigkeitsberichten jährlich über Schwerpunkte ihrer Arbeit sowie zu verhängten Bußgeldern und Abhilfemaßnahmen oder

⁶⁸ Tätigkeitsbericht BKartA 2019/2020, S. 140.

⁶⁹ Tätigkeitsbericht BKartA 2019/2020, S. 140.

⁷⁰ Sektoruntersuchung BKartA Vergleichsportale - Abschlussbericht April 2019, S. 132ff.

auch bezüglich ihrer beratenden und informierenden Tätigkeiten. Die Anzahl verhängter Bußgelder bewegt sich in den ausgewerteten Berichten⁷¹ im zweistelligen Bereich.⁷² Die Kapazitäten hinsichtlich anlassloser Unternehmensprüfungen scheinen dabei eher gering zu sein. Dies scheint auch mit der tendenziell anwachsenden Zahl von untersuchungsbedürftigen Beschwerden und sonstigen Eingaben zusammenzuhängen. So weist der LDA BY darauf hin, dass im Jahr 2021 aufgrund von Personalmangel eine größere Zahl von Vorgängen nicht abgeschlossen werden konnte.⁷³ Aus dem 27. Tätigkeitsbericht der LDI NW 2021 lässt sich ein deutlicher Schwerpunkt der Abhilfemaßnahmen auf Hinweise gem. Art. 58 Abs. 1 lit. d DSGVO gefolgt von Anweisungen nach Art. 58 Abs. 2 lit. d DSGVO und Verwarnungen nach Art. 58 Abs. 2 lit. b DSGVO entnehmen. Es wird allerdings darauf hingewiesen, dass die Verfahren sowohl in zeitlicher als auch in rechtlicher Hinsicht aufwändig seien.⁷⁴ Daher werde versucht, durch Kommunikation mit den Verantwortlichen einvernehmliche Lösungen unterhalb einer förmlichen Abhilfemaßnahme zu finden und so auch für die Zukunft eine datenschutzkonforme Praxis zu etablieren.⁷⁵

Laut dem Bericht des BSI zum Digitalen Verbraucherschutz war das Jahr 2022 wie das Vorjahr geprägt von den Themen Phishing, Ransomware und Datenleaks. Daneben spielten Sicherheitslücken bei digitalen Diensteanbietern, Schwachstellen in digitalen Verbraucherprodukten und Täuschungsversuche bei Onlinediensten eine Rolle. Infolge von Datendiebstählen personenbezogener Daten von Verbraucherinnen und Verbrauchern bspw. im Rahmen von Ransomware-Angriffen auf Unternehmen wirken sich unzureichende Schutzmaßnahmen unmittelbar auf alle Beteiligten aus, so z.B. im Bereich des Online-Shoppings.

d) Bewertung der Situation im untersuchten Sektor

Für den Bereich Datenschutz ist festzuhalten, dass die Befugnisse der Datenschutzbehörden sehr umfassend sind und ausweislich der Tätigkeitsberichte auch genutzt werden. Allerdings hängt der Einsatz sehr stark von den gegebenen Kapazitäten ab, zudem ist mit einer steten Zunahme von Beschwerden aufgrund erhöhter Verbrauchersensibilität für Datenschutzthemen zu rechnen.⁷⁶ Die zivilrechtlichen Aktivitäten der Verbraucherverbände und die behördli-

⁷¹ 37. Datenschutz-Tätigkeitsbericht des Landesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit Baden-Württemberg 2021; 11. Tätigkeitsbericht des Bayerischen Landesamts für Datenschutzaufsicht für das Jahr 2021; 27. Bericht der Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit Nordrhein-Westfalen 2021.

⁷² In BW wurden im Berichtszeitraum 14, in BY 11 und in NW 57 Bußgeldbescheide verhängt.

⁷³ LDA BY 11. Tätigkeitsbericht 2021, S. 10.

⁷⁴ LDI NW 27. Tätigkeitsbericht 2021, S. 16.

⁷⁵ LDI NW 27. Tätigkeitsbericht 2021, S. 16.

⁷⁶ LDA BY 11. Tätigkeitsbericht 2021, S. 10.

che Rechtsdurchsetzung durch die Datenschutzbehörden scheinen sich grundsätzlich zu ergänzen, zumal die Frage der Klagebefugnis bzgl. Datenschutzverstöße auch für Verbraucherverbände durch das EuGH-Urteil⁷⁷ kürzlich geklärt worden ist und die Verbraucherverbände somit nicht auf das Tätigwerden der Datenschutzbehörden warten müssen.

Von Seiten des Bundeskartellamts lässt die Konzentration der bisher durchgeführten Sektoruntersuchungen auf Sachverhalte aus dem Bereich des digitalen Verbraucherschutzes darauf schließen, dass dort größere strukturelle Probleme gesehen werden. Die erkenntnisreichen Untersuchungsergebnisse können allerdings derzeit nicht von den Verbraucherverbänden in Zivilverfahren verwendet werden⁷⁸, womit hier Potential für die Rechtsdurchsetzung verschenkt wird.

Grundsätzlich legen die Untersuchungen des BKartA und der tendenzielle Anstieg der Beschwerdezahlen bei den Datenschutzaufsichtsbehörden nahe, dass eine Schädigung dem einzelnen Verbraucher nicht immer sofort ins Auge fällt (z.B. beim Einsatz von Algorithmen) bzw. der Schaden nicht unmittelbar spürbar oder die Schadenshöhe nicht eindeutig bestimmbar ist (z.B. beim unerlaubten Einsatz von Werbetacking-Cookies). Hier scheint ein Informationsdefizit auf Seiten der Verbraucherinnen und Verbraucher zu bestehen, was durch Phänomene wie das *privacy paradox*⁷⁹ verstärkt werden könnte. Dabei dürften auch Nachweisprobleme eine Rolle spielen, wenn ein bestimmtes Verhalten nicht durchgängig auftritt bzw. kurzfristig geändert wird oder das Bewusstsein über die Schädigung erst später eintritt und eine Rekonstruktion (z.B. über Screenshots) erschwert. Dies deckt sich mit den Feststellungen der Datenschutzaufsichtsbehörden, dass sich entsprechende Verfahren häufig langwierig und technisch kompliziert darstellen.⁸⁰

Im Bereich von Verletzungen allgemeinen Verbraucherrechts mit digitalen Bezügen besteht mit den Aktivitäten der Verbraucherzentralen eine zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung. Neben Abmahnungen und Unterlassungsklagen können die Verbraucherverbände mit dem Marktbeobachter Digitale Welt und dem Frühwarnnetzwerk als Signalgeber für strukturelle Probleme in diesem Bereich eingestuft werden.

⁷⁷ EuGH, Urteil vom 28. April 2022, Rechtssache C-319/20.

⁷⁸ Tätigkeitsbericht BKartA 2019/2020, S. 143.

⁷⁹ Vgl. u.a. Kozyreva/Herzog/Lorenz-Spreen/Hertwig/Lewandowsky, Artificial Intelligence in Online Environments: Representative Survey of Public Attitudes in Germany, 2020, https://pure.mpg.de/rest/items/item_3188061_4/component/file_3195148/content (zuletzt abgerufen am 6. Mai 2022).

⁸⁰ s.o. Fn. 12.

e) Empfehlungen

Zwar stellt das BKartA einzelne freiwillige Verbesserungsmaßnahmen der Unternehmen im Nachgang zu seinen Sektoruntersuchungen fest, konkrete Konsequenzen ergaben sich angesichts der lediglich analysierenden Natur der Sektoruntersuchungen allerdings nicht. Aufgrund der Diskrepanz zwischen vom BKartA im Rahmen von Sektoruntersuchungen festgestellten Verstößen (die meistens eine gesamte Branche oder einen bestimmten Wirtschaftszweig betreffen) und einer fehlenden Weiterverwertung der Ergebnisse drängt sich eine entsprechende Ausweitung der Befugnisse des BKartA auf. Daher sollte das BKartA im Rahmen seiner Sektoruntersuchungen entsprechende Befugnisse bspw. zur Abstellung von Rechtsverstößen erhalten⁸¹. Bei Einleitung einer neuen Sektoruntersuchung sollte das BKartA die Universalrechtsdurchsetzungsbehörde informieren, um Überschneidungen zu vermeiden. Dementsprechend wäre zudem außerhalb von Sektoruntersuchungen eine Zuständigkeit der Universalrechtsdurchsetzungsbehörde notwendig. Hinsichtlich neuer Zuständigkeiten nach der geplanten KI-Verordnung sowie dem Digital Services Act und dem Digital Markets Act müssten die Zuständigkeiten klar abgegrenzt bzw. entsprechend koordiniert werden, wobei auch hier eine vorrangige Zuständigkeit des BKartA bei eingeleiteten Sektoruntersuchungen bestehen sollte.

Des Weiteren sollten die Hinweise von Netzwerken wie dem Marktbeobachter Digitale Welt und dem Frühwarnnetzwerk von einer Universalrechtsdurchsetzungsbehörde z.B. für weitergehende Ermittlungen genutzt werden können. Im Hinblick auf ein Informationsdefizit der Verbraucherinnen und Verbraucher z.B. bezüglich eines unerlaubten Einsatzes von Algorithmen könnte dieses durch behördliche Warnhinweise der Behörde ausgeglichen werden.

3. Versicherungen

Die strukturellen Bedingungen der Rechtsdurchsetzung im Bereich von Versicherungen ähneln denjenigen im Bereich der Finanzdienstleistungen. Es besteht ein grundsätzlich wirksames System von zivilrechtlicher Rechtsdurchsetzung und behördlicher Aufsicht, die auch Anordnungen zur Beseitigung von Rechtsverstößen und Missständen einschließt. Auch geht es bei Streitigkeiten oft um Beträge, bei denen Verbraucher ein erhöhtes Rechtsverfolgungsinteresse haben und durchaus zu klagen bereit sind.

⁸¹ Der im Zeitpunkt der Fertigstellung des Berichts vorliegende Gesetzentwurf der Bundesregierung zur 11. GWB-Novelle klammert eine Erweiterung der Befugnisse bei Sektoruntersuchungen im Verbraucherschutz ausdrücklich aus.

a) Relevante verbraucherrechtliche Vorschriften und typische Problemfälle

Für Verbraucher sind im Zusammenhang mit Versicherungsverträgen vor allem folgende Aspekte von Bedeutung:

- vorvertragliche Informationen, Beratung und Vertragsschluss
- Beiträge und Risikoeinstufungen
- Leistungen und Leistungsausschlüsse (Versicherungsbedingungen)
- Kündigung und Wechsel.

Hierzu finden sich die maßgeblichen gesetzlichen Vorschriften im BGB (§§ 305 ff), dem VVG, der VVG-InfoV und dem VAG. Ergänzend anzuführen sind die Erlaubnispflichten und Sachkundeanforderungen für Versicherungsvermittler sowie die Solvabilitätsvorschriften für Versicherungsunternehmen, die ebenfalls dem Schutz der Versicherten dienen.

Nach den Jahresberichten des Versicherungsombudsmanns betreffen knapp 25 % der Streitfälle zwischen Versicherten und Versicherern (ohne Krankenversicherung) die Sparte Lebensversicherungen und Altersvorsorgeprodukte (u.a. Widerrufsrecht, Rückkaufswert, Ablaufwert und Provisionen). Ein großer Anteil (23 %) entfällt weiter auf Rechtsschutzversicherungen, bei denen Streit vornehmlich über die Voraussetzungen für die Leistungspflicht sowohl individuell als auch hinsichtlich der Wirksamkeit bestimmter Vertragsbedingungen besteht. Die Kfz-Haftpflicht und Kasko-Versicherung nehmen gemeinsam mit rund 15 % ebenfalls einen großen Teil der Streitfälle ein, gefolgt von weiteren Schadensversicherungen (u.a. Gebäude). Bei den Streitfällen aus dem Bereich der Schadensversicherungen stehen zumeist die Schadenshöhe und die Umstände der Schadensverursachung im Mittelpunkt. Im Bereich der privaten Krankenversicherung betreffen die Streitfälle vor allem die Höhe der abgerechneten Gebühren, Beitragserhöhungen und die medizinische Notwendigkeit einzelner medizinischer Behandlungen.

Daraus ergibt sich, dass Streitfälle im Versicherungsbereich zwar einerseits oft einen starken Einzelfallbezug aufweisen (v.a. Schadensversicherung), jedoch andererseits häufig aufgrund von Allgemeinen Versicherungsbedingungen oder bestimmten allgemeinen Verfahrensweisen (z.B. Beitrags- und Leistungsberechnungen) gleichartig und damit geeignet für kollektive Durchsetzungsmechanismen sind.

b) Aufsichtsbehörden und ihre Befugnisse

Die Aufsicht über das Versicherungswesen ist zweigeteilt. Während die BaFin auf Grund des VAG und FinDAG die Aufsicht über die Versicherungsunternehmen führt, liegt die Zuständigkeit für die Erlaubniserteilung und die damit zusammenhängende Beaufsichtigung der Versicherungsvermittler bei den Industrie- und Handelskammern.

aa) BaFin

§ 298 Abs. 1 Satz VAG ermächtigt die BaFin zu allen geeigneten und erforderlichen Maßnahmen, um Missstände zu vermeiden oder zu beseitigen. Missstände sind nicht nur Verstöße gegen versicherungsrechtliche Vorschriften, sondern können auch Vorschriften des BGB und UWG betreffen. Auch § 4 Abs. 1a FinDAG gibt der BaFin eine allgemeine Anordnungsbefugnis zum Schutz der kollektiven Interessen der Verbraucher bei dauerhaften und wiederholten Verstößen gegen Verbraucherschutzgesetze.

Die BaFin kann damit beispielsweise die Verwendung von unwirksamen AGB oder andere rechtswidrige Praktiken durch Verwaltungsakt (und Allgemeinverfügung) untersagen (siehe Pröls / Dreher, VAG / § 4 FinDAG, Rn. 14). Weder aus § 298 VAG noch aus § 4 Abs. 1a FinDAG ergibt sich dabei eine (generelle) Subsidiarität gegenüber zivilrechtlichen Instrumenten (vgl. auch BVerwG Urteil vom 23.06.2010, Az. 8 C 42.09, in dem die Befugnis der BaFin zu einer Anordnung betreffend den zivilrechtlichen Anspruch auf Tarifwechsel ohne pauschalen Zuschlag offenbar als selbstverständlich angenommen wurde).

Die BaFin kann sich des Weiteren auf weitreichende Ermittlungsbefugnisse nach den §§ 305 und 306 VAG stützen (Auskunftsrechte, Prüfungen des Geschäftsbetriebs vor Ort sowie die Teilnahme an Sitzungen des Aufsichtsrats und der Hauptversammlung).

Mit Ausnahme einzelner Informationspflichten im Zusammenhang mit Versicherungsanlageprodukten sind die kundenbezogenen Pflichten der Versicherungsunternehmen grundsätzlich nicht bußgeldbewehrt.

bb) Landesbehörden (IHK und Gewerbeämter)

Die Landesbehörden verfügen bei der Aufsicht über Versicherungsvermittler im Wesentlichen über folgende Befugnisse: Widerruf der Erlaubnis nach § 49 VwVfG, Gewerbeuntersa-

gung nach § 35 GewO wegen Unzuverlässigkeit, Bußgelder (u.a. bei Versicherungsvermittlung ohne Erlaubnis und Verstößen gegen Zuwendungsverbote und Pflichten bei der Annahme von Zahlungen).

c) Tatsächliche Aktivitäten (Quelle z.B. Jahresberichte, direkte Gespräche mit Mitarbeitern, evtl. VZ / vzbv)

Der Jahresbericht 2020 der BaFin weist eine Bearbeitung von mehr als 8.000 Eingaben zu Versicherungsunternehmen aus. Aufsichtsschwerpunkte liegen in der Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Kalkulation von Überschussbeteiligungen und Rückkaufswerten bei Lebensversicherungen. Auch prüft die BaFin regelmäßig die Berechtigung von Beitragserhöhungen in der PKV. Des Weiteren hat die BaFin Marktuntersuchungen zu Restschuldversicherungen und zur Produktinformation bei Hausrat- und Rechtsschutzversicherungen durchgeführt.

Die BaFin wird überwiegend im Wege informellen Verwaltungshandelns tätig. Sie nutzt dabei Anhörungen, Hinweise, Informationen und Rundschreiben, um Missstände zu verhindern und zu beseitigen. Verwaltungsakte werden in der Regel nicht erlassen. Bußgeldsanktionen sind aktuell nicht bekannt.

Zur Aufsicht über Versicherungsvermittler liegen keine näheren Erkenntnisse vor. Es wird davon ausgegangen, dass sich die Aufsicht der Landesbehörden im Wesentlichen darauf beschränkt, reaktiv (z.B. auf Hinweise von Konkurrenten) die Erlaubnispflicht, Fortbildungspflichten und Verpflichtungen im Zusammenhang mit Zuwendungen sowie die geordneten wirtschaftlichen Verhältnisse der Vermittler zu überprüfen. Die IHK sieht sich als Vertretung der Gewerbetreibenden, nicht jedoch als Verbraucherschutzbehörde.

d) Bewertung und Handlungsbedarf

aa) Effektivität der zivilrechtlichen Durchsetzung

Hinsichtlich der Versicherungsbedingungen wird aufgrund der zahlreichen Gerichtsentscheidungen von einer relativ hohen „zivilrechtlichen Kontrolldichte“ ausgegangen. Vor allem der Bund der Versicherten (BdV) führt regelmäßig Klagen gegen Versicherungsunternehmen, die häufig Mustercharakter und Auswirkung auf die gesamte Branche haben. Auch die Fallzahlen des Versicherungsombudsmanns und des PKV-Ombudsmanns mit rund 14.000 bzw. 6.000 Schlichtungsanträgen deuten darauf hin, dass den Verbrauchern grundsätzlich geeig-

nete Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten zur Seite stehen und auch genutzt werden. Zu beachten ist allerdings, dass rund 700 Schlichtungsanträge u.a. wegen der hohen Komplexität oder ungeklärter Rechtsfragen nicht weiter behandelt wurden (Zahlen Jahresbericht 2020).

Nach Einschätzung des BdV ist die zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung vor allem für rechtsschutzversicherte Verbraucher grundsätzlich effektiv. Allerdings bestehen insbesondere bei Streitigkeiten, bei denen es auf interne Zahlen des Versicherungsunternehmens und versicherungsmathematische Kalkulationen ankommt, Beweisprobleme für die Versicherten. Abgesehen von den hohen Kosten eines Rechtsstreits mit Sachverständigengutachten, die häufig außer Verhältnis zum individuellen Schaden stehen, gibt es nur eine begrenzte Zahl unabhängiger Aktuare.

bb) Behördliche Rechtsdurchsetzung (strukturell/allgemein)

Die BaFin verfügt grundsätzlich über ausreichende und wirkungsvolle Handlungsbefugnisse, um gegen Rechtsverstöße vorzugehen. Soweit von einem Rechtsverstoß eine Vielzahl von Versicherten in gleicher Weise betroffen sind, kann sie im Ergebnis auch individuelle Rechte durchsetzen, ohne freilich den einzelnen Verbrauchern einen vollstreckungsfähigen Titel zu verschaffen. Die Beschränkung der Aufsichtstätigkeit auf den Schutz kollektiver Interessen in § 294 Abs. 8 VAG und § 4 Abs. 4 FinDAG, mit der vor allem ein Ausschluss von Amtshaftungsansprüchen bezweckt war, führt im Versicherungsbereich bislang zu keinen größeren Problemen.

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die BaFin bei der Rechtsdurchsetzung zugunsten der Versicherten auch die Auswirkungen auf die Solvabilität der Versicherungsunternehmen sowie auf andere Versichertengruppen im Blick hat (z.B. bei der Verteilung von Bewertungsreserven in der Lebensversicherung). Dieser Zielkonflikt resultiert zwangsläufig daraus, dass es sich bei Versicherungen um kollektive Systeme handelt. Zu diskutieren wäre gleichwohl, ob der Verbraucherschutz zur Vermeidung innerbehördlicher Interessenkonflikte aus der BaFin herausgelöst und einer unabhängigen Behörde übertragen werden sollte.

Dessen ungeachtet lässt sich feststellen, dass die von der BaFin getroffenen Maßnahmen grundsätzlich hohe Wirkung entfalten, selbst wenn sie im Regelfall informeller Natur sind und keine unmittelbare rechtliche Bindung erzeugen. Allerdings ist nicht zu übersehen, dass die Aufsichtstätigkeit der BaFin vorwiegend reaktiv ausgerichtet ist und nur punktuell wirkt.

Die Aufsicht über die Versicherungsvermittlung durch die IHK eignet sich aufgrund des Satzungszwecks der IHK als Interessenvertretung der Gewerbetreibenden nur bedingt für die Wahrung von Verbraucherbelangen. Insoweit ist ein Rechtsdurchsetzungsdefizit zu vermuten.

Zwar besteht bei systematischen Beratungsmängeln und Verstößen gegen § 61 VVG eine (parallele) Aufsichtszuständigkeit der BaFin, die dem Vernehmen nach jedoch nur in Bezug auf die Versicherungsunternehmen selbst wahrgenommen wird.

cc) Verbesserungsbedarf bei der Rechtsdurchsetzung

Verbesserungsbedarf besteht aus Sicht der Projektgruppe vor allem hinsichtlich folgender Aspekte und Sachverhalte:

- intransparente und unangemessen benachteiligende AVB
- Versicherungsunternehmen leisten bei unwirksamen AVB in der Regel von sich aus keine Abhilfe für in der Vergangenheit liegende Sachverhalte
- Intransparenz und methodische Unsicherheit bei der Kalkulation von Beitragserhöhungen (PKV) und Berechnung von Rückkaufs- und Ablaufwerten (Lebensversicherung)
- Zielkonflikte zwischen Solvabilität und Verbraucherschutz innerhalb der BaFin
- Wahrnehmung der Tätigkeit der BaFin in der Öffentlichkeit
- Mängel bei der Information und Beratung zu Versicherungsprodukten

Auch wenn bei zahlreichen Streitfällen v.a. in der Schadens- und Krankenversicherung die Frage der Leistungspflicht im Mittelpunkt steht, sieht die Projektgruppe insoweit keine Ansätze für eine Verbesserung der kollektiven Rechtsdurchsetzung. Die Fälle sind stark geprägt von den Umständen des Einzelfalls. Eine behördliche Rechtsdurchsetzung ist insoweit *de lege lata* und auch *de lege ferenda* im Wesentlichen darauf beschränkt, Grundsätze für die Behandlung von Leistungsanträgen festzulegen oder die Nichtanwendung AGB-rechtlich unwirksamer Leistungsausschlüsse anzuordnen.

e) Empfehlungen/ Thesen

Zu den zuvor (Nr. 3 d) cc) ermittelten Problemschwerpunkten hat die Projektgruppe verschiedene Verbesserungsmöglichkeiten untersucht, die im Folgenden dargestellt werden.

Eine Rückkehr zu einer behördlichen Vorabkontrolle von Allgemeinen Versicherungsbedingungen wäre aus Sicht der Projektgruppe mit einem kaum zu bewältigenden Aufwand verbunden, zumal hierfür Art. 21 der Richtlinie 2009/138/EG geändert werden müsste und mit Blick auf Vertragsklauseln, deren Unwirksamkeit nicht eindeutig ist, weiterhin eine gerichtliche Überprüfung möglich bleiben müsste. Die BaFin könnte und sollte dessen ungeachtet in ausgewählten Versicherungssparten bzw. bei ausgewählten Versicherungsprodukten regelmäßige Marktuntersuchungen durchführen. Auch sollte die BaFin, wenn sie unwirksame Vertragsbedingungen oder unzulässige Verfahrensweisen feststellt, eine aktivere Rolle einnehmen und auch für Sachverhalte in der Vergangenheit auf eine Abhilfe zugunsten der betroffenen Verbraucher hinwirken.

Hinsichtlich der Beitragserhöhungen in der PKV sieht die Projektgruppe kaum zusätzliche Handlungsmöglichkeiten auf der Ebene der Rechtsdurchsetzung. Die Darlegungs- und Beweislast für die Angemessenheit einer Beitragsänderung liegt beim Versicherungsunternehmen. Eine stärkere Nutzung der Ermittlungsbefugnisse, die der BaFin nach den §§ 305 und 306 VAG zustehen, dürfte daher die Situation der Versicherten nicht wesentlich verbessern. Zudem wird auch eine behördliche Vorabkontrolle nichts daran ändern können, dass Krankenversicherungen auf Grund steigender Ausgaben ihre Beiträge regelmäßig anpassen.

Für die Versicherten oftmals nur schwer überprüfbar sind die Berechnungen der Ansprüche aus Lebensversicherungen (u.a. Rückkaufswert bei vorzeitiger Beendigung, Auszahlung, Bewertungsreserven). Die BaFin sollte durch Rundschreiben die Überprüfbarkeit erleichtern und eine einheitliche, rechtskonforme Berechnungspraxis fördern. Allerdings kann dies nicht die individuelle Prüfung mit entsprechender fachkundiger Beratung im Einzelfall ersetzen, die den hierfür qualifizierten Rechtsdienstleistern vorbehalten bleiben sollte.

Die BaFin könnte gleichwohl einen Beitrag zur Erleichterung der Rechtsdurchsetzung leisten, wenn sie als Sachverständiger, sachverständiger Zeuge oder in anderer Form bei Gerichtsverfahren beigezogen werden könnte. Sie hat dank ihrer Ermittlungsbefugnisse Zugang zu unternehmensinternen Zahlen, deren Kenntnis für die Klärung von Ansprüchen von Verbrauchern von großer Bedeutung sein kann. Allerdings unterliegen die der BaFin bekanntgewordenen vertraulichen Informationen der Geheimhaltung nach § 309 VAG (siehe auch Art. 64 RL 2009/138/EG). Die Projektgruppe erkennt die grundsätzliche Bedeutung der Vertraulichkeit behördlicher Ermittlungen für eine effektive Aufsichtstätigkeit an, spricht sich aber zugleich für die Möglichkeit aus, jedenfalls bei Verbandsklagen im Sinne des VDuG die Ermittlungsergebnisse der BaFin – notfalls in einem *in camera* Verfahren – verwertbar zu machen und insoweit auf eine Änderung von Art. 64 der Richtlinie 2009/138/EG hinzuwirken.

Unter Abwägung der Vor- und Nachteile sieht die Projektgruppe derzeit davon ab, eine Ausgliederung des Verbraucherschutzes aus der BaFin und Aufnahme in eine eigenständige, dem Verbraucherschutz verpflichtete Behörde zu empfehlen.

Insgesamt wird man die gesetzlichen Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung durch die BaFin als ausreichend betrachten können, was jedoch nicht die Empfehlung ausschließt, dass die BaFin stärker die ihr zur Verfügung stehenden präventiven Instrumente sowie die Möglichkeit der Information der Öffentlichkeit über konkrete Rechtsverstöße nutzt. Mit Blick auf die strukturellen Gegebenheiten bei der Beaufsichtigung der Versicherungsvermittler durch die IHK der Länder wäre es außerdem wichtig, dass die BaFin umfassend ihre Aufsichtsaufgabe in Bezug auf die Beratungspflichten der Versicherungsvermittler nach § 61 VVG wahrnimmt.

- Die Möglichkeiten der zivilrechtlichen und der behördlichen Rechtsdurchsetzung im Versicherungsbereich werden grundsätzlich als ausreichend angesehen, wobei sich die Situation für rechtsschutzversicherte Verbraucher deutlich günstiger darstellt.
- Der BaFin stehen umfassende Befugnisse zur Verfügung, die zum Schutz kollektiver Verbraucherinteressen auch Anordnungen zur Erfüllung individueller Verbraucherrechte zum Gegenstand haben können.
- Da sich das informelle Verwaltungshandeln als wirkungsvoll erweist, erscheint derzeit eine Stärkung der Möglichkeit von Bußgeldsanktionen nicht zwingend geboten.
- Die Geheimhaltungsverpflichtung der BaFin ist der Sache nach gerechtfertigt, allerdings sollte die Möglichkeit angestrebt werden., die BaFin als Sachverständige oder sachverständigen Zeugen bei Verbandsklagen beizuziehen.
- Soweit die Länder durch Industrie- und Handelskammern die Aufsicht über die Versicherungsvermittlung ausüben, stellt der Verbraucherschutz kein eigenständiges Aufsichtsziel dar. Die BaFin sollte ihre Aufsichtsaufgabe hinsichtlich der Erfüllung grundlegender Beratungspflichten stärker wahrnehmen.
- Da es trotzdem immer wieder dazu kommt, dass Versicherungsunternehmen und Versicherungsvermittler ihre gesetzlichen und vertraglichen Verpflichtungen nicht erfüllen und ein erfolgreicher Rechtsstreit für Verbraucher vor allem bei Streitigkeiten, bei denen versicherungsmathematische Kalkulationsgrundlagen eine Rolle spielen, nur schwer zu führen ist, sollte die BaFin noch stärker von ihren Möglichkeiten Gebrauch machen. Dies kann auch weiterhin durch informelles Verwaltungshandeln geschehen, wobei in Einzelfällen durchaus auch Verwaltungsakte und Allgemeinverfügungen angezeigt sein können. Auch kann die Öffentlichkeitsarbeit der BaFin zum

Verbraucherschutz bei Versicherungen intensiviert werden und damit die präventive Wirkung stärken.

4. Telekommunikation

Der Telekommunikationssektor umfasst zahlreiche für Verbraucher relevante Themen: vom klassischen Festnetzanschluss über Mobilfunk- und Internetverträge wird der weit überwiegende Teil von Verbrauchern bereits mit telekommunikationsrechtlichen Verträgen in Berührung gekommen sein. Das Spektrum der finanziellen Relevanz ist von geringfügigen Abbuchungen durch Drittanbieter bis hin zu zweijährigen Vertragsbindungen mit Gerätekauf dabei sehr groß.

Der folgende Abschnitt setzt sich mit den behördlichen Befugnissen der Bundesnetzagentur (BNetzA) zum Schutz von Verbrauchern im Telekommunikationssektor auseinander und nimmt nach einer Darstellung der Kompetenzen der BNetzA nach dem Telekommunikationsgesetz (TKG) sowie der aktuellen Maßnahmen der BNetzA eine Analyse und Bewertung unter dem Gesichtspunkt der behördlichen Rechtsdurchsetzung vor.

a) Relevante verbraucherrechtliche Vorschriften und typische Streitfälle

Für Verbraucherinnen und Verbraucher sind im Bereich der Telekommunikation insbesondere der Vertragsschluss, der Erhalt vorvertraglicher Informationen, die Beratung vor, während und zur Vertragsbeendigung, Widerruf, Kündigung, Anbieterwechsel sowie die Beratung und Unterstützung in Fällen von Leistungsstörungen relevant.

Die wesentlichen, für Verbraucher relevanten Vorschriften finden sich vornehmlich im Telekommunikationsgesetz (TKG) sowie in den allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) und dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG).

b) Aufsichtsbehörden und ihre Befugnisse

Die Aufsicht über den Telekommunikationsmarkt liegt im Aufgabenbereich der BNetzA. Die BNetzA übernimmt als zentrale Infrastrukturbehörde für Energie, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (§ 2 I Nr. 2 Bundesnetzagentur-Gesetz) Regulierungs- und Überwachungsaufgaben zugunsten eines fairen Wettbewerbs. Sie ist für den Vollzug des TKG zuständig und übernimmt gleichzeitig wesentliche Aufgaben des Verbraucherschutzes im Bereich der Telekommunikation (§ 2 II Nr. 3 TKG). Dabei hat sie einen angemessenen Ausgleich zwischen Wettbewerb und Verbraucherschutz zu finden und gleichzeitig die Funktions- und Leistungsfähigkeit des Marktes zu gewährleisten.

Der BNetzA stehen zahlreiche Verbraucherschutzrelevante Befugnisse zur Verfügung – von dem Erlass von Rechtsverordnungen und Allgemeinverfügungen über den Erlass von Abschaltungs- und Untersagungsverfügungen bis hin zur Bereitstellung von Instrumenten und Informationen. Einzelne Befugnisse werden im folgenden Kapitel näher dargestellt.

aa) Regelungs- und Festlegungskompetenz

In zahlreichen Vorschriften des TKG ist die BNetzA zum Erlass von Allgemeinverfügungen und sonstigen Vorgaben zur Konkretisierung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften befugt bzw. wurde ihr die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen von Bundesministerien übertragen.⁸² Die Regelungs- und Festlegungskompetenzen betreffen beispielsweise Mindestanforderungen an Informationen, die Verbrauchern vor Vertragsschluss bereitgestellt werden müssen, die Konkretisierung von Einzelheiten zur verbraucherseitigen Kündigung von Verträgen, Einzelheiten für den Anbieterwechsel und die Rufnummernmitnahme (§ 59 VIII 1 TKG) sowie für den Umzug (§ 60 IV TKG) und die Möglichkeit zur Verpflichtung von Diensteanbietern zur Datenerhebung und Bereitstellung von Hilfsmitteln zur Messung. Im Bereich der Nummerierung (§§ 108 ff. TKG) verfügt die BNetzA über die Möglichkeit zur Regelung von Preisangaben, Preisansagen und Preisanzeigen (§§ 109 ff. TKG), kann Einzelheiten zu Preishöchstgrenzen festlegen und durch Allgemeinverfügung Einzelheiten im Bereich der Tarifierung regeln (§ 112 TKG). Die BNetzA hatte seit 2012 für Fälle einer länger andauernden Versorgungsunterbrechung während eines Anbieterwechsels die Möglichkeit des sog. Eskalationsverfahren geschaffen, bei dem sie das Verbraucheranliegen an den betroffenen Anbieter weiterleiten kann. Letzterer ist unter kurzer Fristsetzung dazu verpflichtet, eine einzelfallbezogene Erklärung zu dem Verbraucheranliegen abzugeben. Die Festlegung wurde zuletzt aufgrund der Neufassung des TKG überarbeitet.

Mit Neufassung des TKG im Jahr 2021 wurde der BNetzA im Bereich der Kundenschutzvorschriften in § 57 IV TKG zudem die Möglichkeit der Konkretisierung, wann Verbrauchern eine zur Minderung oder Kündigung berechtigende Leistungsabweichung vorliegt, eingeräumt.

bb) Bereitstellung und Zertifizierung von Instrumenten und Systemen

Die BNetzA stellt Instrumente bereit, mit denen Verbraucher beispielsweise verschiedene Internetaufgangsdienste und öffentliche nummerngebundene interpersonelle Telekommunikationsdienste vergleichen und beurteilen können. Ebenso kann sie die von Dritten bereitgestellten Vergleichsinstrumente zertifizieren oder Dritte mit der Zertifizierung beauftragen.

⁸² Die nach § 52 TKG bestehende Möglichkeit des Erlasses von Rechtsverordnungen zur Förderung der Transparenz und zur Einrichtung von Kostenkontrollmaßnahmen wurde gemäß § 52 VI 1 auf die BNetzA übertragen.

Mit der von der BNetzA bereitgestellten sog. Breitbandmessung können Verbraucher anbieterunabhängig ihre Breitbandanschlüsse überprüfen. Die Anwendung dient für stationäre Breitbandanschlüsse als ein von der Bundesnetzagentur bereitgestellter Überwachungsmechanismus im Sinne des § 57 IV 1 Nr. 1 TKG als Nachweisverfahren über eine Abweichung der vertraglich vereinbarten Leistung gegenüber der tatsächlich erreichten Breitbandgeschwindigkeiten und stellt nach erfolgreicher Durchführung der Tests den Nachweis darüber aus, ob eine Minderleistung nach TKG besteht.

Ergänzend wurde die Plattform der Breitbandmessung um die Funktion der „Funklocherfassung“ erweitert. Die Ergebnisse werden online auf der Homepage der Breitbandmessung bereitgestellt.

cc) Handlungsmöglichkeiten gegenüber Unternehmen

Zur Durchsetzung der verbraucherschützenden Vorschriften des Telekommunikationsrechts werden der BNetzA verschiedene Befugnisse eingeräumt. Gegenüber Telekommunikationsunternehmen kann die BNetzA mit Verfügungen, Verpflichtungen und Bußgeldern regulierend tätig werden und damit die Einhaltung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften sicherstellen.

Im Bereich der Kundenschutzvorschriften des TKG kann sie beispielsweise Anbietern Verpflichtungen auferlegen (§ 51 III 2 TKG), Maßnahmen zur Sicherstellung von Verbraucherrechten und Anbieterpflichten ergreifen (§ 52 III 2 TKG; § 53 I TKG), Unternehmen zur Datenerhebung oder zur Durchführung von Messungen verpflichten (§ 55 IV 2 TKG)

Nach § 123 I TKG hat die BNetzA umfassende Befugnisse im Rahmen der Nummernverwaltung und kann Anordnungen und andere geeignete Maßnahmen ergreifen, um die Einhaltung gesetzlicher Vorschriften, sonstigen aufgrund des TKG ergangenen Verpflichtungen sowie der seitens der BNetzA erteilten Bedingungen über die Zuteilung von Nummern treffen.

Von besonderer praktischer Relevanz ist die Möglichkeit der BNetzA, bei Verstößen gegen die in § 7 I, II 2 Nr. 1 UWG unzulässige Telefonwerbung ohne vorherige Einwilligung ein Bußgeld bis zu 300.000 Euro zu verhängen.

dd) Veröffentlichung von Informationen

Das TKG räumt der BNetzA zahlreiche Befugnisse zur Sammlung und Veröffentlichung von Informationen ein, um dem Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit und insbesondere der Verbraucher Rechnung zu tragen. Zudem kann sie Unternehmen zur Bereitstellung und Veröf-

fentlichung von Informationen verpflichtet. Nach § 52 IV, VI 1 TKG kann die BNetzA beispielsweise Rahmenvorschriften zur Transparenzförderung sowie zur Informationsveröffentlichung zwecks Kostenkontrolle erlassen. Weitere Beispiele finden sich in den §§ 5, 12 und 36 TKG.

ee) Schlichtungsstelle Telekommunikation

Die auf Grundlage des TKG geschaffene und bei der BNetzA angesiedelte Schlichtungsstelle Telekommunikation kann bei Streitigkeiten zwischen Verbrauchern und Telekommunikationsanbietern zur Vermittlung eingeschaltet werden. Sie ist eine behördliche Schlichtungsstelle nach dem Verbraucherstreitbeilegungsgesetz. Hier kann auf Antrag ein Schlichtungsverfahren über die in § 68 I Nr. 1 bis 3 TKG aufgeführten kundenschützenden Vorschriften eingeleitet werden. Einzelheiten des Verfahrens hat die BNetzA in einer Schlichtungsordnung geregelt (vgl. § 68 III 1 TKG). Die Teilnahme an dem Schlichtungsverfahren ist für beide Parteien freiwillig.

c) Tatsächliche Aktivitäten

Im Folgenden werden verschiedene, verbraucherrelevante Maßnahmen der BNetzA im Bereich Telekommunikation anhand des zuletzt veröffentlichten Tätigkeitsberichts Telekommunikation der Jahre 2020 und 2021 und den Tätigkeitsberichten der Schlichtungsstelle Telekommunikation aus den Jahren 2020 bis 2022 dargestellt.

aa) Erlass von Allgemeinverfügungen und sonstigen Vorgaben

Im Rahmen ihrer Regelungs- und Festlegungskompetenz hat die BNetzA im Bereich der neu kodifizierten Verbraucherrechte der Minderung und außerordentlichen Kündigung (§ 57 TKG) eine Allgemeinverfügung zu den Minderungsregelungen sowie einer Handreichung für Verbraucherinnen und Verbraucher, wie eine mangelhafte Leistung nachgewiesen werden kann, erlassen. Im Bereich des mobilen Bezahls hat die BNetzA im Jahr 2020 Vorgaben festgelegt, die für das Bezahlen von Abonnements und Einzelkäufen über die Mobilfunkrechnung gelten.

Im fünften Betriebsjahr der Breitbandmessung von Oktober 2019 bis September 2020 wurden insgesamt 1.397.472 valide Messungen – für stationäre Breitbandanschlüsse 949.141 und für mobile Breitbandanschlüsse 448.058 – vorgenommen. Im Vergleich zum vorherigen Berichtszeitraum von 2018/2019 wurden mit 1.356.984 Messungen geringfügig mehr Messungen durchgeführt. Bei den Messungen der stationären Breitbandanschlüsse ist während der Corona-Pandemie ein erheblicher Anstieg zu verzeichnen.

Zur Funklöcherfassung benennt die BNetzA im letzten Tätigkeitsbericht 2020/2021 keine konkreten Konsequenzen, die aus den gemeldeten Funklöchern folgen.

bb) Eskalationsverfahren

Im Jahr 2020 hat die BNetzA weniger als 1.000 Eskalationsverfahren bearbeitet. Auch wurden im Zuge dieser Verfahren keine Anordnungen getroffen oder Bußgelder verhängt.

cc) Verfügungen und Verbote

Hervorzuheben ist hier der Bereich des Rufnummernmissbrauchs, in dem die BNetzA in den Jahren 2020 und 2021 nach entsprechenden Verbraucherbeschwerden mittels Abschaltungsverfügungen, Untersagungsverfügungen sowie Fakturierungs- und Inkassierungsverboten insbesondere gegen die Dienstbetreiber vorging, um Verbraucher effektiv zu schützen und Rufnummernmissbrauch zu begegnen. Auf dem Internetauftritt der BNetzA veröffentlichte diese auch in den Jahren 2020/2021 laufende Maßnahmen im Bereich des Rufnummernmissbrauchs.

dd) Verhängung von Bußgeldern

Unerlaubte Telefonwerbung beschäftigte Verbraucher:innen und auch die BNetzA in besonderem Maße: allein im Jahr 2020 wurden laut Tätigkeitsbericht Bußgelder in Höhe von 1,35 Mio. Euro verhängt. Die in den vergangenen Jahren festgestellte Tendenz zunehmender Beschwerdezahlen wird auch im Jahr 2021 deutlich. Thematische Schwerpunkte bei unerlaubter Telefonwerbung bildeten Finanz- und Versicherungsprodukte sowie Energieversorgung.

ee) Schlichtungsstelle

Im zuletzt veröffentlichten Tätigkeitsbericht der Schlichtungsstelle im Jahr 2022 wurden 1848 Anträge auf Einleitung eines Schlichtungsverfahrens gestellt.⁸³ Im Jahr 2021 gingen 1622 Anträge bei der Schlichtungsstelle ein;⁸⁴ Im Jahr 2020 waren es 1848 Anträge.⁸⁵ Festzuhalten ist, dass sich die Ablehnungsquote im Jahr 2022 im Vergleich zu den Vorjahren erheblich verringerte.⁸⁶ Grund hierfür ist u.a. die TKG-Novelle im Jahr 2021, in der die Voraussetzungen für die Eröffnung eines Schlichtungsverfahrens gesenkt wurden. Der Anwendungsbereich des Schlichtungsverfahrens wurde nun auf Sachverhalte, die lediglich im Zusammenhang mit kundenschützenden Regelungen des TKG stehen, erweitert. Damit wurden insbesondere Fälle betreffend die Umsetzung, den Abschluss oder die Beendigung von Verträgen sowie die Vertragslaufzeit erfasst, die insgesamt 32 Prozent aller Schlichtungsanträge im Jahr 2022 ausmachten.⁸⁷

⁸³ Tätigkeitsbericht Schlichtungsstelle Telekommunikation 2022, Bundesnetzagentur, S. 7.

⁸⁴ Tätigkeitsbericht Verbraucherschlichtungsstelle Telekommunikation 2020, Bundesnetzagentur, S. 7.

⁸⁵ Tätigkeitsbericht Schlichtungsstelle Telekommunikation 2021, Bundesnetzagentur, S. 7.

⁸⁶ Tätigkeitsbericht Schlichtungsstelle Telekommunikation 2022, Bundesnetzagentur, S. 9.

⁸⁷ Tätigkeitsbericht Schlichtungsstelle Telekommunikation 2022, Bundesnetzagentur, S. 7.

ff) Eskalationsverfahren

Bei einer länger andauernden Versorgungsunterbrechung während eines Anbieterwechsels wenden sich zahlreiche Verbraucherinnen an die BNetzA. Hierbei tritt die BNetzA in einer wesentlichen Rolle zwischen Verbraucherin und Telekommunikationsanbieter auf. Dieser steht die Möglichkeit zu, im Rahmen des sog. Eskalationsverfahrens das Verbraucheranliegen an den betroffenen Anbieter weiterzuleiten. Letzterer ist unter kurzer Fristsetzung dazu verpflichtet, eine einzelfallbezogene Erklärung zu dem Verbraucheranliegen abzugeben. Im Jahr 2020 hat die BNetzA weniger als 1.000 Eskalationsverfahren bearbeitet. Auch wurden keine Anordnungen getroffen oder Bußgelder verhängt.⁸⁸

d) Bewertung und Empfehlungen

Die zahlreichen Verbraucherbeschwerden, die jährlich bei der BNetzA eingehen, bieten einen umfassenden Überblick über aktuelle verbraucherrelevante Themen und fließen in die Schwerpunktsetzung der Tätigkeit der BNetzA ein, die entsprechende präventive und rechtsgestaltende sowie repressive Maßnahmen ergreift. Die 40.000 schriftlichen Verbraucheranfragen im Zeitraum 2020/2021 nebst weiteren 5138 Anträgen und Anfragen an die Schlichtungsstelle in den Jahren 2020 und 2021⁸⁹ verdeutlichen die hohe Bedeutung der BNetzA als Adressat für Verbraucheranliegen. Als niederschwellig zu erreichende Anlaufstelle für Verbraucherbeschwerden erfüllt die BNetzA zudem eine wesentliche Sensorfunktion zur Identifikation von verbraucherschutzrechtlichen Missständen im Telekommunikationssektor.

aa) Grundsätzlich wirksame Befugnisse

Positiv zu bewerten ist, dass die BNetzA im Telekommunikationssektor mit zahlreichen Befugnissen zur Durchsetzung von Verbraucherrechten sowie zur Stärkung der Rechtsposition von Verbrauchern ausgestattet ist und von den Befugnissen umfassend Gebrauch gemacht wird. Die BNetzA nimmt ihre Aufgabe des Verbraucherschutzes insbesondere durch das gezielte Einwirken auf Telekommunikationsunternehmen, durch die Ausgestaltung verbraucherschützender Vorschriften sowie durch die Bereitstellung von Informationen und Online-Plattformen wahr. Mittels Rechtsverordnungen, Allgemeinverfügungen und sonstigen Vorgaben kann die BNetzA gezielt Verbraucherrechte konkretisieren. Dank der damit verbundenen Bußgeldbewährung bei Verstößen haben die Maßnahmen der BNetzA einen erheblichen Wert bei der

⁸⁸ Tätigkeitsbericht Telekommunikation 2020/2021, Bundesnetzagentur, S. 234.

⁸⁹ Tätigkeitsbericht Verbraucherschlichtungsstelle Telekommunikation 2020, Bundesnetzagentur, S. 7; Tätigkeitsbericht Schlichtungsstelle Telekommunikation 2021, Bundesnetzagentur, S. 7.

Gewährleistung des Verbraucherschutzes im Bereich der Telekommunikation. Damit kommt ihnen insgesamt ein hoher Wirkungsgrad zu.

Insbesondere das Eskalationsverfahren sowie die Breitbandmessung BNetzA bieten Verbrauchern behördliche Unterstützung bei der effektiven Durchsetzung ihrer Rechte. Bei beiden Verfahren nimmt die BNetzA auf außergerichtlicher Ebene eine wesentliche Rolle zwischen Verbraucher und Anbieter ein: Beim Eskalationsverfahren verpflichtet sie die Anbieter zur kurzfristigen Abhilfe der Versorgungsstörung, bei der Breitbandmessung stellt sie Verbrauchern ein Instrument zur Verfügung, um etwaige Verstöße gegen vertragliche Vereinbarungen feststellen und gegenüber dem Anbieter effektiv durchsetzen zu können.

bb) Grenzen der Rechtsdurchsetzung auf dem Zivilrechtsweg

Insgesamt verdeutlicht die Ausgestaltung der behördlichen Durchsetzungsbefugnisse von Verbraucherrechten im Telekommunikationsbereich die Fokussierung auf die zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung innerhalb Deutschlands. Eine Durchsetzung individueller Verbraucherrechte findet ausschließlich auf freiwilliger Ebene im Bereich der bei der BNetzA angesiedelten Schlichtungsstelle Telekommunikation statt. Dies wird beispielhaft bei den in der TKG-Novelle 2021 eingeführten Minderungs- und Kündigungsrechten deutlich: das sinnvolle, von der BNetzA bereitgestellte Rechtsdurchsetzungstool der Breitbandmessung wird durch die Hürden der Durchsetzung des individuellen Rechtsanspruchs, mit denen sich Verbraucher konfrontiert sehen, geschwächt.

Auch das oben beschriebene „rationale Desinteresse“ an der Durchsetzung von Verbraucherrechten stellt ein zentrales Problem im Telekommunikationsbereich dar. Zahlreiche Streuschäden werden von Verbrauchern aufgrund des geringen Streitwertes und der finanziellen und zeitlichen Hürden nicht auf individualrechtlichem Wege geltend gemacht. Zwar stehen der BNetzA auch hier Befugnisse, wie dem Erlass einer Allgemeinverfügung zur Einführung des Redirect-Verfahrens und des Kompensationsmodells im Bereich der Drittanbieter zeigt, zu, jedoch mangelt es in solchen Fällen an einer effektiven Rechtsdurchsetzung auf dem Zivilrechtsweg.

cc) Zuständigkeitserweiterung auf zivilrechtliche Fallgestaltungen

Die BNetzA ist im Anwendungsbereich des TKG zwar mit vielfältigen Befugnissen ausgestattet, allerdings nicht für diejenigen Anliegen zuständig, die auf zivilrechtlichen Regelungen beruhen. So trifft die BNetzA bei den praxisrelevanten Fällen des Vertragsschlusses sowie der Durchsetzung von Widerrufs- und Kündigungsrechten auf Grundlage zivilrechtlicher Regelungen keine Zuständigkeit. Diese Abgrenzung ist aus Verbrauchersicht nicht offensichtlich. Zwar wurde die Zuständigkeit der Schlichtungsstelle mit der TKG-Novelle im Jahr 2021 erweitert,

was zu einer Verbesserung der Verbraucherrechtsdurchsetzung geführt hat, jedoch leidet die Durchsetzungskraft der Verbraucherrechte weiterhin unter der Maßgabe der Freiwilligkeit. Aufgrund der branchenweiten Rechtsverstöße mit Einzelfallcharakter, bei denen zudem eine Beweisführung oft erschwert ist, können Musterfeststellungsklagen ebenfalls keine Abhilfe schaffen. Verbraucher sind hier auf den Individualrechtsweg verwiesen. Hier wird ein erhebliches Rechtsdurchsetzungsdefizit im Telekommunikationssektor erkannt. Aus Sicht der Projektgruppe wird daher eine Ausweitung der Zuständigkeit der BNetzA auf zivilrechtliche Fallkonstellationen zur Verbesserung der Effektivität der Verbraucherrechtsdurchsetzung angeregt. Weiterhin könnte eine Befugnisweiterung der BNetzA zu anonymen Testkäufen sein, um Defizite der Rechtsanwendung in der Praxis zu identifizieren zu können.

5. Energie

a) **Relevante verbraucherrechtliche Vorschriften (einschl. Hinweis auf nicht in Spezialgesetzen geregelte Grundlagen wie allg. Vertragsrecht, AGB-Recht) und typische Streitfälle**

Für Verbraucherinnen und Verbraucher sind im Zusammenhang mit Energieverträgen vor allem folgende Aspekte von Bedeutung:

- Versorgungssicherheit und Vertragserfüllung,
- Wahlfreiheit und Anbieterwechsel,
- Schutz vor unangemessenen Preisen,
- Transparenz der Preisgestaltung,
- Kündigung und
- Verhinderung von Strom- und Gassperren.

Wichtige gesetzliche Regelungen finden sich im Energiewirtschaftsgesetz (z.B. gesetzliche Verpflichtung zur Grundversorgung mit Energie mit Kontrahierungszwang nach § 36 EnWG, Regelung der Ersatzversorgung gem. § 38 EnWG, Anforderungen an Vertragsinhalte und die Abrechnung §§ 40 ff. EnWG), die für die Grundversorgung durch die StromGVV und die GasGVV mit Vorgaben u. a. zum Vertragsabschluss, zu Preisanpassungen und zu Versorgungssperren, insbesondere bei Zahlungsrückständen ergänzt werden (vgl. v. a. §§ 5 und 19 Strom- und GasGVV). Daneben ist der in § 29 GWB verankerte Schutz vor Preismissbrauch zu erwähnen.

Im Zusammenhang mit Anschlussunterbrechungen durch den Netzbetreiber spielt außerdem § 24 Niederspannungsanschlussverordnung (NAV) bzw. § 24 Niederdruckanschlussverordnung (NDAV) eine Rolle.

Außerdem sind die Vorschriften des BGB u. a. zur Wirksamkeit von AGB, Laufzeit und Kündigung(-frist) sowie § 315 bei Preiserhöhungen zu beachten.

b) Aufsichtsbehörden und ihre Befugnisse

aa) Bundesnetzagentur

Aufsichtsbehördliche Befugnisse der Regulierungs- und Aufsichtsbehörden sind in den §§ 65 ff. EnWG vorgesehen, sie beziehen sich auf Verstöße gegen das EnWG, die GVV und die NAV. Daneben wurden jüngst die Eingriffsbefugnisse gegen Energielieferanten, bei denen Zweifel an ihrer Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit bestehen, gestärkt (§ 5 Abs. 4 und 5 EnWG). Zuständig ist die Bundesnetzagentur (BNetzA).

Zu den Befugnissen der BNetzA im Einzelnen:

Nach eigenen Angaben⁹⁰ prüft die BNetzA fortlaufend, ob die Energieversorgungsunternehmen die energierechtlichen Verpflichtungen einhalten. Sie kann aufsichtsrechtliche Schritte einleiten, wenn der Verdacht besteht, dass Energieunternehmen gegen das Energiewirtschaftsgesetz verstoßen. Dabei wird jeweils berücksichtigt, inwieweit sich Anhaltspunkte für systematische Missstände ergeben.

Konkret eröffnet § 65 Abs. 1 EnWG der BNetzA schon bei drohendem Verstoß gegen Vorschriften des EnWG die Möglichkeit einer Verbots- oder Abstellungsverfügung, gem. § 65 Abs. 1 S. 2 EnWG kann sie verhaltensorientierte und – nachrangig – auch strukturelle Abhilfemaßnahmen ergreifen. Diese Untersagungsbefugnis wird durch die Gebots- oder Anordnungsverfügung in § 65 Abs. 2 EnWG ergänzt, beide stehen jedoch in keinem Rangverhältnis⁹¹ zueinander, können also auch zeitgleich ausgesprochen werden.

Praktisch bedeutet dies, dass die Bundesnetzagentur etwa unseriöse Geschäftspraktiken verbieten und Unternehmen verpflichten kann, rechtswidrige Preiserhöhungen gegenüber

⁹⁰https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/20211111_Energieverbraucher.html

⁹¹ Theobald/Kühling/Theobald/Werk EnWG, § 65 Rn. 24

Haushaltskundinnen und -kunden zurückzunehmen, sowie bei Missachtung ein Zwangsgeld gem. § 94 EnWG androhen und durchsetzen kann.

bb) Bundeskartellamt

Das Bundeskartellamt schützt den Wettbewerb auf den Märkten, die den Energienetzen vor- und nachgelagert sind. Diese Märkte umfassen insbesondere die Energieerzeugung, den Energiehandel und die Versorgung von Endverbraucherinnen und Endverbrauchern. Soweit Kartellverstöße bzw. missbräuchliche Verhaltensweisen in ihrer Wirkung nur ein Bundesland betreffen, sind die Landeskartellbehörden zuständig⁹².

Das Bundeskartellamt kann

- im Rahmen von **Fusionskontroll-, Kartell- und Missbrauchsverfahren** – auch zum Schutz von Verbraucherinnen und Verbrauchern - tätig werden. Es kann insoweit **Abstellungs- sowie Rückerstattungsverfügungen**⁹³ aussprechen (§ 32 GWB), die ggf., d. h. z. B. im Fall missbräuchlich erhöhter Preise, an Endkundinnen und Endkunden ausbezahlen sind. Diese Kompetenzen finden sich, wenngleich primär bezogen auf die Erstattung staatlicher Ausgleichszahlungen, auch in den wegen der aktuellen Energiekrise eingeführten Gesetzen für Preisbremsen bei Strom und Gas⁹⁴ (§ 39 StromPBG, § 27 ErdgasWärmePBG). Darüber hinaus kann es **Verpflichtungszusagen** für bindend erklären (§ 32b GWB) oder **Bußgelder** verhängen (§ 81 GWB). Dagegen hat es **keine** konkreten behördlichen Eingriffsbefugnisse im **allgemeinen Verbraucherrecht**⁹⁵.
- **Sektoruntersuchungen** durchführen, wenn wettbewerbsrechtliche Verzerrung vermutet wird und gem. § 32e Abs. 5 GWB explizit auch bei begründetem Verdacht auf erhebliche, dauerhafte oder wiederholte Verstöße gegen verbraucherrechtliche Vorschriften, die nach ihrer Art oder ihrem Umfang die Interessen einer Vielzahl von Verbraucherinnen und Verbrauchern beeinträchtigen. Dabei stehen ihm die wichtigsten

⁹² vgl. die Zuständigkeitsregelungen in §§ 48, 49 GWB

⁹³ der Klarstellung in § 32 Abs. 2a GWB, dass die Kartellbehörde eine Rückerstattung der aus dem kartellrechtswidrigen Verhalten erwirtschafteten Vorteile anordnen kann, liegt u.a. eine Entscheidung des BGH in der Rechtssache Stadtwerke Uelzen (Urteil vom 10.12.2008, Az. KVR 2/08) zugrunde, mit der die Erstattung der Vorteile, in diesem Fall missbräuchlich erhöhter Gaspreise an die Endkundinnen und -kunden, für grundsätzlich möglich erklärt wurde.

⁹⁴ <https://dserver.bundestag.de/btd/20/046/2004683.pdf> <https://dserver.bundestag.de/btd/20/046/2004685.pdf>

⁹⁵ siehe Tätigkeitsbericht des BKartA von 2019/2020, S. 14 https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Taetigkeitsberichte/Bundeskartellamt%20-%20T%C3%A4tigkeitsbericht%202019_2020.pdf?__blob=publication-File&v=5

Ermittlungsbefugnisse wie das Auskunfts- und Herausgabeverlangen nach § 59 GWB zur Verfügung. Infolgedessen können branchenspezifische Probleme aufgezeigt und Handlungsempfehlungen gegeben werden.

- als „**amicus curiae**“ in bestimmten verbraucherrechtlichen Verfahren Einsicht in die Gerichtsakten nehmen und aus objektiver Sicht eine Stellungnahme abgeben (§ 90 Abs. 6 GWB)

Im Rahmen des **Energiemonitorings** verfolgt das Bundeskartellamt **gemeinsam mit der Bundesnetzagentur** die Entwicklungen auf den Strom- und Gasmärkten.

Beobachtet werden gem. **§ 48 Abs. 3 GWB** der Grad der Transparenz, auch der Großhandelspreise, der Grad und die Wirksamkeit der Marktöffnung und der Umfang des Wettbewerbs auf Großhandels- und Endkundenebene sowie an Energiebörsen. Die Ergebnisse des Monitorings werden jährlich in einem Bericht veröffentlicht.

c) **Tatsächliche Aktivitäten der Behörden**

aa) **Bundesnetzagentur**

Ausweislich des Jahresberichts der BNetzA aus dem Jahr 2021⁹⁶ erreichten im Jahr 2021 rund 21.840 Anfragen und Beschwerden den Verbraucherservice Energie der BNetzA. Im Vergleich zum Vorjahr war dies ein Anstieg um rund 18 %. Etwa 11.007 Anfragen gingen telefonisch, 8.934 als E-Mail, 1.480 über das Online-Formular und 419 auf dem Postweg ein.

Im vierten Quartal 2021 stiegen die Verbraucheranfragen deutlich an, nachdem einige Energieanbieter auf die steigenden Preise am Strom- und Gasmarkt reagierten. Themenschwerpunkte waren Abrechnungen, Preis- und Abschlagserhöhungen, verzögerter Lieferantenwechsel und vertragliche Streitigkeiten.

Den Pressemitteilungen der Bundesnetzagentur ist die Durchführung folgender Aufsichtsverfahren zu entnehmen:

- Am 05.10.2021⁹⁷ verhängte die BNetzA gegen zwei Marktakteure wegen Marktmanipulationen am Stromgroßhandelsmarkt Bußgelder i. H .v. insgesamt 375.000 Euro. Ziel dieser Maßnahme war der Schutz von Endverbraucherinnen und Endverbrauchern sowie die Gewährleistung erschwinglicher Energiepreise.

⁹⁶ erschienen am 03.06.2022, https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2022/20220603_Jahresbericht.html

⁹⁷ https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/20211005_BussgeldMarktmanipulation.html

- Am 08.02.2022⁹⁸ untersagte die BNetzA einem Energieunternehmen die nicht mit dem Energierecht vereinbare Erhöhung von Abschlagszahlungen und drohte ein Zwangsgeld i.H.v. 100.000 Euro jeweils für die Sparten Strom und Gas an.
- Am 01.09.2022⁹⁹ verpflichtete die BNetzA zwei Unternehmen, rechtswidrige Preiserhöhungen gegenüber Haushaltskundinnen und -kunden zurückzunehmen, weil sie diese nicht rechtzeitig über Preiserhöhungen informiert hatten. Bei Missachtung der Rücknahmeverpflichtung drohte sie ein Zwangsgeld in Höhe von 100.000 Euro an.
- Am 11.04.2023 hat die Bundesnetzagentur ein Verfahren zur Untersagung der Tätigkeit als Energielieferant gegen ein Unternehmen eingeleitet, um die Leistungsfähigkeit des Unternehmens und die Zuverlässigkeit der Geschäftsführung zu überprüfen. Das Unternehmen war bereits in der Vergangenheit als Energielieferant tätig, hatte die Verträge mit seinen Kundinnen und Kunden aber zum 2. Dezember 2021 kurzfristig beendet und die Beendigung seiner Tätigkeit ggü. der Bundesnetzagentur angezeigt. Nun zeigte es erneut die Aufnahme einer Tätigkeit als Energielieferant gem. § 5 Abs. 2 S. 1 EnWG an¹⁰⁰.

bb) Bundeskartellamt

Die personellen Ressourcen des Bundeskartellamts werden nach eigenen Angaben¹⁰¹ primär für die verbraucherrechtlichen Sektoruntersuchungen eingesetzt.

Im Energiebereich hat das Bundeskartellamt zum Schutz von Verbraucherinnen und Verbrauchern wegen mangelnden Wettbewerbs bei Fernwärme und Heizstrom sowie zur Infrastruktur bei Ladesäulen Sektoruntersuchungen¹⁰² durchgeführt. Die Sektoruntersuchung zu Stromerzeugung und -großhandel befürwortete die Einrichtung einer Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas, welche seit Ende 2012 die Preisbildung gemäß der tatsächlichen Marktverhältnisse überwacht und insofern zumindest mittelbar faire Endkundenpreise und damit Verbraucherinteressen berücksichtigt.

⁹⁸ https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2022/20220208_BK6_Aufsichtsverfahren.html?nn=265778, das Verfahren war am 11.11.2021 eingeleitet worden

⁹⁹ https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2022/20220901_BK6_Primastrom_Voxenergie.html, das Verfahren war am 24.05.2022 eingeleitet worden

¹⁰⁰ https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2023/20230411_gasDE.html;jsessionid=0829C80AD7EECBFE8720DBB2ED8065CA?nn=265778

¹⁰¹ https://www.bundeskartellamt.de/DE/Verbraucherschutz/verbraucherschutz_node.html, siehe Ausführungen zum „Amicus curiae“, 2. Absatz

¹⁰² Fernwärme (August 2012), Stromerzeugung und -großhandel (Januar 2011), Heizstrom (September 2010), Sachstandsbericht zur laufenden Sektoruntersuchung Infrastruktur bei Ladesäulen (Oktober 2021), wonach „denkbare Maßnahmen zur Verbesserung der Nutzerfreundlichkeit bzw. der Preistransparenz für Verbraucher überwiegend außerhalb des Bereichs der Kartellrechtsanwendung liegen“ (S. 8).

Der Einsatz als „amicus curiae“ erfolgt nur (vgl. § 90 Abs. 6 i.V.m. Abs. 1 S. 4 und Abs. 2 GWB analog) in ausgewählten Fällen auf Eigeninitiative des Bundeskartellamts, weil die Gerichte im Unterschied zur parallelen Regelung im Kartellrechtsbereich nicht zur lückenlosen Unterrichtung des Bundeskartellamts über alle verbraucherrechtlichen Streitigkeiten verpflichtet sind und zum anderen, weil sich die Beteiligung auf Verfahren mit Streitgegenständen von öffentlichem Interesse beschränkt. Nach eigenen Angaben im Tätigkeitsbericht 2019/2020¹⁰³ hat das Bundeskartellamt sich auch an Zivilverfahren mit energierechtlichen Bezügen beteiligt.

Der Schwerpunkt der Missbrauchsverfahren lag im Zeitraum 2019/2020 auf dem digitalen Bereich, im Bereich der Energiewirtschaft wurden keine durchgeführt.

Im Zuge der am 15.12.2022 beschlossenen Gesetze zur Einführung einer Strompreisbremse (StromPBG) und einer Preisbremse für leitungsgebundenes Erdgas und Wärme (Erdgas-WärmePBG)¹⁰⁴ hat das Bundeskartellamt mit dem organisatorischen Aufbau einer Abteilung zur Durchsetzung des dort geregelten Missbrauchsverbots begonnen. Der Fokus liegt auf dem Schutz der Steuerzahlerinnen und Steuerzahler, sollten Unternehmen ohne eigene Kostensteigerung Preise erhöhen und so staatliche Subventionen missbräuchlich in Anspruch nehmen. Man geht davon aus, dass Verbraucherinnen und Verbraucher von Preiserhöhungen während der Laufzeit der Preisbremsen nicht betroffen sind, solange sie nicht das gedeckelte Entlastungskontingent von i.d.R. 80 % des Vorjahresverbrauchs überschreiten¹⁰⁵.

d) Bewertung der Situation im untersuchten Sektor

aa) Effektivität der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung

Außergerichtlich besteht gemäß § 111a EnWG die Möglichkeit, Beanstandungen in Form einer Verbraucherbeschwerde zu äußern. Wird dieser seitens des Unternehmens innerhalb von vier Wochen nicht abgeholfen, kann bei der Schlichtungsstelle Energie e.V. gem. § 111b EnWG ein Schlichtungsverfahren durchgeführt werden, das für die Verbraucher kostenfrei ist und i.d.R. innerhalb von drei Monaten abgeschlossen sein soll.

¹⁰³ S. 47 des Tätigkeitsberichts 2019/2020, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Taetigkeitsberichte/Bundeskartellamt%20-%20T%C3%A4tigkeitsbericht%202019_2020.pdf?__blob=publicationFile&v=5

¹⁰⁴ <https://dserver.bundestag.de/btd/20/046/2004683.pdf>, <https://dserver.bundestag.de/btd/20/046/2004685.pdf>

¹⁰⁵ vgl. Begründung zu § 27 des ErdgasWärmePBG und Pressemeldung des Bundeskartellamts vom 20.12.2022, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2022/20_12_2022_Energiepreisbremse.html?nn=3591286, wobei fraglich ist, ob eine Erstattung an Verbraucherinnen und Verbraucher bei einer Preiserhöhung jenseits der Deckelung nicht von § 27 Abs. 2 Nr. 2 ErdgasWärmePBG erfasst wäre.

Ausweislich des Tätigkeitsberichts der Schlichtungsstelle Energie für das Jahr 2021¹⁰⁶ gingen dort rund 7.700 Anträge bezogen auf 409 Versorgungsunternehmen ein, wovon allein rund 1.450 ein einzelnes betrafen, sie richteten sich vorrangig gegen die Nichtauszahlung von in Abrechnungen ausgewiesenen Guthaben, erhebliche Erhöhungen von Abschlägen bzw. Preisen, Kündigung v. Lieferverträgen bzw. Einstellung der Belieferung ohne vorherige Ankündigung, das Zustandekommen eines Vertrags bzw. vereinbarter Laufzeiten und Preise nach telefonischem Werbeanruf eines Lieferanten¹⁰⁷.

In gut 84 % der Schlichtungsverfahren konnte eine Einigung zwischen den Parteien erzielt werden, in 19 Fällen steht die Anerkennung von Schlichtungsempfehlungen noch aus. Den Ausführungen zur Schlichtungspraxis ist jedoch zu entnehmen, dass der Schlichtungsgedanke einer schnellen Befriedigung immer dann an seine Grenzen stößt, wenn einzelne Unternehmen nicht kooperieren bzw. wenn die Rechtsauslegung bei neuen Fallgestaltungen – mangels gefestigter Rechtsprechung – streitig bleibt¹⁰⁸. Weiterhin ist davon auszugehen, dass bei einem in einer Vielzahl von Fällen unrechtmäßig handelndem Unternehmen nur ein Teil der Betroffenen die Hilfe der Schlichtungsstelle (bzw. ggf. die Verbraucherzentralen) aufsucht (bzw. den Gerichtsweg beschreitet), so dass die sog. „Streuschäden“ nicht hinreichend kompensiert werden.

Im Wege der gerichtlichen Rechtsdurchsetzung wurden seit 2018 insgesamt fünf Musterfeststellungsklagen¹⁰⁹ gegen Energieunternehmen anhängig gemacht, wovon vier vom vzbv und eine von der Verbraucherzentrale Hessen anhängig gemacht wurde. Der vzbv obsiegte in erster Instanz, gegen die Entscheidung des OLG München wurde seitens der Beklagten jedoch Revision beim BGH eingelegt. In den übrigen Verfahren stehen die Urteile noch aus.

Auf Nachfrage teilte der vzbv mit, dass er 22 Energieunternehmen im Jahr 2021 und 45 Energieunternehmen im Jahr 2022 abgemahnt habe. Im Übrigen konnte der vzbv aber keine repräsentative Aussage darüber treffen, wie viele Abmahnungen und Klageverfahren von den Verbraucherzentralen bundesweit im Übrigen anhängig gemacht wurden und mit welchem Erfolg.

¹⁰⁶ <https://www.schlichtungsstelle-energie.de/presse.html>, im Jahr 2020 waren es knapp 4.000 Anträge.

¹⁰⁷ Letzteres bezogen auf im Wesentlichen zwei Unternehmen.

¹⁰⁸ Ersteres im Fall des Unternehmens, das die Guthabenauszahlung verweigerte (S. 11 des Tätigkeitsberichts), letzteres nach den Kündigungen preisgünstiger Lieferverträge, in denen die Schlichtungsanträge auf Wertersatz geändert wurden (S. 14).

¹⁰⁹ vzbv gegen den Insolvenzverwalter der BEV Bayerischen Energieversorgungsgesellschaft mbH (OLG München, MK 2/19) erfolgreich, aber Revision eingel. am 10.08.2020 vor dem BGH (Az. VIII ZR 237/20), VZ Hessen gegen die Stromio GmbH (OLG Hamm, I-2 MK 1/22), vzbv gegen die GASAG AG (Kammergericht Berlin MK 1/22 EnWG), vzbv gegen die voxenergie GmbH (Kammergericht Berlin, 27 MK 1/22), vzbv die primastrom GmbH (Kammergericht Berlin, 16 MK 1/22).

Nach Einschätzung der Verbraucherzentrale Rheinland-Pfalz sind diese in der überwiegenden Zahl erfolgreich, in ihrer Wirkung aber sehr begrenzt. Denn selbst wenn mehrere parallele Verfahren angestrengt werden, wird nur ein kleiner Teil der Betroffenen erfasst. Für die Mehrzahl der Verbraucherinnen und Verbraucher hat die konkret entschiedene Problematik nur noch „historischen Wert“, weil gerade unseriös agierende Unternehmen bis zur gerichtlichen Klärung längst andere Methoden (wie angepasste AGB-Klauseln) gefunden haben, um ihr Geschäftsgebaren fortzusetzen. Damit erreichen zivilrechtliche Verfahren, auch in der Sichtbarkeit im Sinne einer Warnung für (noch) nicht Betroffene, keine Breitenwirkung und dauern zu lange.

bb) Effektivität der behördlichen Rechtsdurchsetzung

Die Befugnisse der Bundesnetzagentur, über Verbots- oder Abstellungs- bzw. Gebots- oder Anordnungsverfügungen und die Androhung von Zwangsgeldern erscheinen durchaus geeignet, unseriöse Geschäftspraktiken zu unterbinden und Kompensationen für Verbraucherinnen und Verbraucher, etwa durch Rücknahme überhöhter Abschläge oder unrechtmäßiger Preiserhöhungen zu erzielen. Dennoch stehen einer hohen Zahl von Verbraucherbeschwerden von fast 22.000 im Jahr 2021 lediglich drei Aufsichtsverfahren im selben Zeitraum gegenüber, im Jahr 2022 waren es nur zwei. Diese geringe Anzahl ist sicher nicht allein der Bündelungswirkung der Verfahren zuzuschreiben. Nach Einschätzung der Verbraucherzentrale Rheinland-Pfalz mangle es der Bundesnetzagentur an den nötigen Ressourcen, vor allem im personellen Bereich, um die Aufsicht über die Netzbetreiber effektiver wahrnehmen zu können.

Beim Bundeskartellamt zeigt sich bislang ein ähnliches Bild: Trotz der Möglichkeit, Missbrauchsverfahren verbunden mit Abstellungs- bzw. Rückerstattungsverfügungen im Energiesektor auch zum Schutz von Verbraucherinnen und Verbrauchern durchzuführen, wurden die personellen Ressourcen des Bundeskartellamts im Zeitraum des letzten Tätigkeitsberichts 2019/2020 vorrangig für Sektoruntersuchungen eingesetzt, die nicht den Energiebereich betrafen, gleiches gilt für die im selben Zeitraum durchgeführten Missbrauchsverfahren. Fraglich ist, ob mit dem Aufbau der Abteilung zur Durchsetzung der Missbrauchsverbote im Zusammenhang mit Gas- und Strompreisbremse der Fokus auch auf die Endverbraucherinnen und -verbraucher gerichtet und verstetigt werden könnte.

e) Empfehlungen

Die Bundesnetzagentur sollte

- dafür Sorge tragen, dass sie personelle Kapazitäten – auch angesichts der aktuellen Herausforderungen für die Versorgungssicherheit im Energiesektor - derart bündelt, dass ihre Kompetenz sowohl als Aufsicht der Energieversorger wie auch als Ansprechpartnerin für Verbraucherverbände und Verbraucherinnen und Verbraucher stets gewährleistet ist,
- berechtigt sein, schon vor Markteintritt eine Eignungsprüfung für Energieversorgungsunternehmen durchzuführen,
- gesetzlich ermächtigt werden, anhand bestimmter Kriterien zu überprüfen, ob sich die Unternehmen innerhalb einer bestimmten Frist nach Markteintritt „bewährt“ haben,
- eine regelmäßige oder anlassbezogene Prüfungspflicht haben, die über die in § 5 Abs. 4 S. 2 EnWG bestehende Prüfberechtigung hinausgeht,
- über ein verschlanktes Verfahren der Regulierung/Sanktionierung verfügen, d.h. aufsichtsrechtlich einschreiten dürfen bzw. **müssen**, wenn hinreichende Verdachtsmomente für ein Fehlverhalten von Energieversorgern vorliegen. Das sollte gegeben sein, wenn auf der Basis eigener Erkenntnisse kollektive Verbraucherinteressen verletzt werden oder Verbraucherinnen und Verbraucher, Verbraucherverbände, Behörden oder die Schlichtungsstelle Energie gleichartige Beschwerden in einer festzulegenden Zahl von Fällen zum selben Unternehmen vortragen sowie
- vorhandene Instrumente so nutzen, dass kurzfristig Bußgeldbescheide in empfindlicher Höhe – gemessen am verursachten Schaden – (gem. § 95 EnWG) erlassen oder (gem. § 5 EnWG) die Marktteilnahme untersagt werden kann¹¹⁰.

Das Bundeskartellamt sollte

- nachhaltig und personell die Missbrauchsaufsicht mit dem Fokus auf kollektive Verbraucherinteressen verstärken und verstetigen,
- .
- angesichts der sehr großen Preisunterschiede in der Grundversorgung regelmäßige kartellrechtliche Prüfungen wegen des Verdachts eines Marktmissbrauchs durchführen

¹¹⁰ wobei die Ermächtigungsgrundlage des § 5 S. 4 EnWG als speziellere Regelung der generellen Eingriffsermächtigung nach § 65 Abs. 1 EnWG vorgeht, Bernhard Schex, Kommentar zum EnWG, 2. Aufl. 2019, § 5 Rn 20

- sowie
- Abstellungsbefugnisse haben und Rückerstattungsverfügungen gezielt zur Durchsetzung verbraucherschützender Vorschriften im Energierecht¹¹¹ einsetzen können.

6. Sektorübergreifendes Verbraucherrecht

Zum Bereich des sektorübergreifenden Verbraucherrechts lassen sich das allgemeine und besondere Vertragsrecht zählen, insbesondere die Regelungen der §§ 312 ff. BGB über Verbraucherverträge (u.a. Informationspflichten und Widerrufsrecht), die AGB-Vorschriften und das Gewährleistungsrecht bei Kauf, digitalen Produkten und Werkleistungen.

Weiter sind die Vorschriften zum Schutz vor Irreführung und lauterer Geschäftspraktiken im UWG, das Kartellrecht und das Preisangabenrecht zu nennen. Auch das Datenschutzrecht sowie ggf. die geplanten Vorschriften der EU zu Digitalen Diensten (COM (2020) 825 final) und Künstlicher Intelligenz (COM/2021/206 final) wirken sektorübergreifend.

a) Bedarf für behördliches Tätigwerden

Ein Bedarf für behördliches Tätigwerden kann dort bestehen, wo eine Vielzahl von Verbrauchern durch rechts- und vertragswidriges Verhalten eines oder mehrerer Unternehmer in nicht unerheblicher Weise nachteilig in ihren Belangen betroffen ist und eine allein zivilrechtliche Durchsetzung sich als nicht ausreichend effektiv erweist. Die Fallgestaltungen können dabei in ihren Strukturen sehr unterschiedlich sein. Das Spektrum reicht beispielsweise von unseriösen und bisweilen auch strafrechtlich relevanten Geschäftspraktiken wie Vertragsfallen (Internet, untergeschobene Verträge bei telefonischer Kundenansprache, Telekommunikationsverträge), Wucherpreisen für Schüsseldienste oder „Kaffeefahrten“ über branchentypische unzulässige AGB (z.B. Kündigungsregelungen bei Fitness-Studios) bis hin zur massenhaften Nichterfüllung von Rückzahlungsansprüchen nach corona-bedingten Reisesstornierungen. Auch die systematische Erschwerung der zur Geltendmachung von Verbraucherrechten notwendigen Kommunikation (z.B. in Bezug auf Widerruf, Kündigung oder zentrale

¹¹¹ Im Tätigkeitsbericht 2019/2020 heißt es hierzu: „Konkrete behördliche Eingriffsbefugnisse im Verbraucherrecht sowie eine Möglichkeit zu Abstellungs- oder Rückerstattungsverfügungen hat das Bundeskartellamt nicht. Vor dem Hintergrund der mit den Sektoruntersuchungen und dem Instrument des „Amicus curiae“ gewonnenen Erfahrungen wird perspektivisch auch eine Entscheidungsgrundlage dafür entstehen, ob und in welchem Umfang neben dem bewährten System der zivilrechtlichen Durchsetzung auch behördliche Befugnisse zur Durchsetzung verbraucherschützender Vorschriften zweckmäßig erscheinen könnten“.

Kundenrechte) kann als Beispiel angeführt werden. Weiter zu nennen wären Massenschadensfälle aufgrund des Verhaltens eines einzelnen Unternehmens (z.B. Abgasmanipulation bei Dieselfahrzeugen), Unternehmensinsolvenzen (z.B. Air Berlin, Bayerische Energieversorgungsgesellschaft), kartellrechtswidrige Vereinbarungen zulasten der Endverbraucher oder Verstöße gegen das Datenschutzrecht (z.B. soziale Netzwerke, Internet-Suchmaschinen, Verwendung von Cookies). Die beispielhafte Aufzählung zeigt, dass es sich sowohl um andauernde und wiederkehrend Verhaltensweisen wie auch singuläre, häufig durch besondere Situationen ausgelöste Fälle handeln kann.

Für die meisten der angesprochenen Beispiele ist charakteristisch, dass zivilrechtliche Verfahren oftmals zu aufwendig sind und nicht mit der gebotenen Schnelligkeit den Verbrauchern zu ihrem Recht verhelfen. Deutlich zeigt sich dies bei den covid-bedingten Stornierungen von Flügen und Reisen, bei denen Tausende von Verbrauchern viele Monate auf die Rückzahlung des Reisepreises warten mussten. Auch werden Verbandsklagen nur einen Teil der Problemfälle abdecken können.

b) Bestehende behördliche Befugnisse

Dass die Rechtsdurchsetzung im allgemeinen Verbraucherrecht über zivilrechtliche Instrumente erfolgt, heißt nicht, dass es keinerlei Anknüpfungspunkte für behördliches Handeln gäbe.

Zum einen verfügt das Bundeskartellamt (BKartA) seit Juni 2017 über die Möglichkeit der Sektoruntersuchung, wenn ein begründeter Verdacht auf erhebliche, dauerhafte oder wiederholte Verstöße gegen verbraucherrechtliche Vorschriften besteht, die nach ihrer Art oder Umfang die Interessen einer Vielzahl von Verbraucherinnen und Verbrauchern beeinträchtigen (§ 32e Abs. 5 GWB).

Zum anderen können die Gewerbeämter mit der Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO gegen Gewerbetreibende vorgehen, die sich als unzuverlässig erweisen. Zudem können sich aus dem Preisangabenrecht Anknüpfungspunkte ergeben, um gegen bestimmte unlautere Geschäftspraktiken vorzugehen (z.B. Vertragsfallen, bei denen mit intransparenten Preisangaben Unentgeltlichkeit vorgetäuscht wird). Auch ermöglichen die sicherheitsrechts- und polizeirechtlichen Befugnisse einzelner Länder allgemein Maßnahmen zur Beseitigung von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, was zumindest in der Theorie Maßnahmen bei der Verletzung verbraucherrechtlicher Vorschriften einschließen könnte.

Allerdings hat das BKartA im Verbraucherschutz bislang keine echten Anordnungsbefugnisse. Es führt zwar regelmäßig Sektoruntersuchungen durch (aktuell zum Einsatz von Scoring-Verfahren im Online-Handel), jedoch sind die Handlungsbefugnisse auf die Überprüfung und ggf. Feststellung von Missständen beschränkt. Inwieweit die Erkenntnisse aus Sektoruntersuchungen für zivilrechtliche Abmahnungen und Unterlassungsklagen und damit tatsächlich zur Rechtsdurchsetzung genutzt werden, müsste näher untersucht werden. Gleiches gilt für die Frage, ob und in welchem Maß allein die Durchführung einer Sektoruntersuchung die betroffenen Unternehmer zu einer Verhaltensänderung und Einstellung eines Rechtsverstößes veranlasst.

Die den Landesbehörden zustehenden Handlungsbefugnisse spielen mit Ausnahme des Vollzugs der Preisangabenverordnung bislang keine größere Rolle im Verbraucherschutz. Die Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO gibt nach herrschender Meinung¹¹² nur in absoluten Ausnahmefällen eine Handhabe bei Verstößen gegen wettbewerbs- und zivilrechtliche Bestimmungen, da „öffentliche Belange nicht berührt seien“. Auch wenn man diese Auffassung nicht teilt und systematische Verbraucherrechtsverstöße zulasten einer Vielzahl von Verbrauchern (zurecht) als eine Gefährdung öffentlicher Belange ansieht, bleibt die Schwierigkeit, dass es sich bei der Gewerbeuntersagung um einen erheblichen Eingriff handelt, der zum einen in den typischen Fallgestaltungen unverhältnismäßig sein dürfte und zum anderen keinen Ansatz bietet, um die Folgen eines bereits verwirklichten Rechtsverstößes zu beseitigen und einen Ausgleich der dem Verbraucher entstandenen Nachteile und Schäden herbeizuführen.

Bußgeldsanktionen durch das Umweltbundesamt sind zwar bei bestimmten unlauteren Geschäftspraktiken und Verstößen gegen verbraucherrechtliche Vorschriften nach Umsetzung der Modernisierungsrichtlinie grundsätzlich möglich (§§ 5c, 20 UWG; Art. 246e EGBGB), jedoch sind sie auf weitverbreitete Rechtsverstöße mit Bezug zu anderen EU-Staaten beschränkt, die Gegenstand eines koordinierten Verfahrens nach der CPC-Verordnung sind.

c) Schaffung behördlicher Durchsetzungsinstrumente im allgemeinen Verbraucherrecht

Aus dem Befund der Rechtsdurchsetzungsdefizite im allgemeinen Verbraucherrecht und der Grenzen der zivilrechtlichen Durchsetzung ergibt sich die Frage, ob behördliche Rechts-

¹¹² Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung, § 35, Rn. 62.

durchsetzungsmechanismen zu einer Verbesserung beitragen könnten und wie die entsprechenden Befugnisse ausgestaltet sein sollten. Dabei lässt sich nach folgenden Handlungszielen unterscheiden:

- Beendigung eines Rechtsverstoßes
- Beseitigung der Folgen eines Rechtsverstoßes
- Sanktion und Prävention
- Aufklärung und Information.

Für alle der genannten Handlungsziele kann ein grundsätzlicher Bedarf festgestellt werden.

aa) Beendigung und Folgenbeseitigung

Zur Beendigung und Folgenbeseitigung könnte eine Aufgabenzuweisung und Handlungsermächtigung entsprechend den für die BaFin in § 4 Abs. 1a FinDAG und das BKartA nach § 32e Abs. 5 GWB geltenden Regelungen in Frage kommen und wie folgt formuliert werden:

- (1) Die BEHÖRDE ist dem Schutz der kollektiven Verbraucherinteressen verpflichtet. Sie nimmt diese Aufgabe im Rahmen dieses Gesetzes wahr, soweit diese Aufgabe auf Grund gesetzlicher Bestimmungen nicht von anderen Behörden wahrgenommen wird.*
- (2) Unbeschadet weiterer Befugnisse nach anderen Gesetzen können die Behörden nach Absatz 1 Satz 1 und 2 gegenüber Unternehmern alle Anordnungen treffen, die erforderlich sind, um verbraucherschutzrelevante Missstände zu verhindern oder zu beseitigen. Ein Missstand im Sinne des Satzes 2 ist ein erheblicher, dauerhafter oder wiederholter Verstoß gegen eine dem Schutz der Verbraucher dienenden Vorschrift (Verbraucherschutzgesetz), der nach seiner Art oder seinem Umfang die Interessen nicht nur einzelner Verbraucher gefährden kann oder beeinträchtigt. Die Befugnis schließt insbesondere*
 - 1. die Verpflichtung von Unternehmern zur Einstellung des Rechtsverstoßes und zur Leistung von Abhilfe zugunsten der Verbraucher einschließlich der Beseitigung der Folgen des Rechtsverstoßes,*
 - 2. das Hinwirken auf Zusagen von Unternehmern und die Entgegennahme solcher Zusagen zu Maßnahmen im Sinne von Nummer 1 und*

3. *die Verpflichtung von Unternehmern zur Information der Verbraucher über festgestellte Rechtsverstöße und Maßnahmen im Sinne von Nummer 1 ein.*

Die vorgeschlagene Formulierung enthält in Form des „verbraucherrechtlichen Missstandes“ bereits eine Eingriffsschwelle, die die Behörde vor einer Überlastung durch eine Vielzahl von Einzelfällen bewahrt. Sie stellt auch sicher, dass das behördliche Handeln stets als ein Handeln im Allgemeinwohlinteresse begriffen werden kann, auch wenn die dabei eingeschlossene Folgenbeseitigung eine Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche zum Gegenstand haben kann. Die an § 4 Abs. 1a FinDAG orientierte Eingriffsschwelle ist auch weitgehend gleich mit derjenigen, die für Sektoruntersuchungen des BKartA nach § 32e Abs. 5 GWB gilt. Mit Blick auf die Entscheidung des VG Frankfurt vom 24.06.2021 (Az. 7 K 2237/20.F) wird jedoch auf das Merkmal der Klärungsbedürftigkeit (§ 4 Abs. 1a Satz 2, letzter Halbsatz FinDAG) verzichtet.

Angesprochen wird auch ausdrücklich, dass die Befugnis die Folgenbeseitigung im Sinne von Abhilfen sowie die Entgegennahme von Verpflichtungszusagen des Unternehmers einschließt. Weiter wird mit Blick auf die in der Verbandsklagenrichtlinie (RL (EU) 2020/1828) geregelten Informationspflichten sowie die Praxis der BaFin die Möglichkeit vorgesehen, Unternehmer zur Information der von einem Rechtsverstoß betroffenen Verbraucher zu informieren.

Aus Sicht der Projektgruppe könnten die Befugnisse um die Möglichkeit ergänzt werden, direkt gegen Leitungsorgane des Unternehmens vorzugehen. Entsprechende spezialgesetzliche Regelungen bestehen beispielsweise im Kapitalmarktrecht (siehe z.B. § 36 KWG). Ihre Effektivität wurde bei der Expertenanhörung unterschiedlich beurteilt. Allerdings bedürfte dies einer sorgfältigen Abgrenzung zu Maßnahmen, die auf § 35 GewO gestützt werden.

Da Deutschland über kein allgemeines Verbraucherschutzgesetz verfügt, stellt sich bei Einführung einer universellen Rechtsdurchsetzungsaufgabe und -befugnis die Frage, in welchem Gesetz diese erfolgen sollte. Anknüpfungspunkte böten das GWB (v.a. bei einer Betrauung des Bundeskartellamtes), das UWG, das EU-VSchDG und eventuell auch das künftige VDuG. Denkbar wäre zwar auch die Schaffung eines eigenständigen Gesetzes, jedoch sollte eine weitere Zersplitterung der gesetzlichen Regelungen zur Rechtsdurchsetzung im Verbraucherschutz vermieden werden. Aus Sicht der Projektgruppe wäre eine Verankerung im EU-Verbraucherschutzdurchführungsgesetz vorzugswürdig. Damit würde die Eigenständigkeit der Aufgabe Verbraucherschutz hervorgehoben. Auch besteht ein enger sachlicher

Zusammenhang zwischen der bereits im EU-VSchDG adressierten behördlichen Rechtsdurchsetzung bei Auslandssachverhalten und einer sektorunabhängigen behördlichen Rechtsdurchsetzung für Inlandssachverhalte. Allerdings müssten Titel und Struktur des Gesetzes angepasst werden.

bb) Sanktion und Prävention

Das 2018 erstellte Gutachten zur Behördlichen Rechtsdurchsetzung des Verbraucherrechts macht deutlich, dass bei bestimmten Sachverhalten Bußgeldsanktionen notwendig sein können, um die gewünschte Präventionswirkung zu erzielen. Bei Streuschäden und unlauteren Praktiken, die nur mittelbar und für den Einzelnen nicht direkt wahrnehmbar zu Nachteilen führen, brauchen Unternehmer in Deutschland derzeit keine wirtschaftlichen Sanktionen zu fürchten, da es im Regelfall weder zu Klagen auf Kompensation (mangelndes wirtschaftliche Interesse des betroffenen Einzelnen) noch zu einer Gewinnabschöpfung kommt. Auch die Kosten im Falle einer Abmahnung dürften im Regelfall nicht besonders ins Gewicht fallen.

Allerdings besteht die Schwierigkeit, die bußgeldwürdigen (und ggf. sogar strafbewehrten) Tatbestände zu bestimmen. Eine pauschale Bußgeldbewehrung von Verbraucherrechtsverstößen dürfte weder angemessen, noch praktisch und politisch umsetzbar sein. Die Vorschläge des Bundesrates, in Umsetzung der Modernisierungsrichtlinie (RL (EU) 2019/2161) Bußgeldtatbestände für Rechtsverstöße mit EU-weiter Dimension unter bestimmten Voraussetzungen auf Inlandssachverhalte zu erstrecken¹¹³, wurden nicht übernommen.

Die Projektgruppe spricht sich daher zunächst dafür aus, eine Bußgeldsanktion für Verstöße gegen vollziehbare Primärordnungen der Behörde einzuführen und damit deren Durchsetzbarkeit zu erleichtern. Die Bußgeldsanktion hätte gegenüber der Möglichkeit, Primärordnungen mit Zwangsgeldern durchzusetzen, den Vorteil, dass sie generell gilt und nicht im Einzelfall angeordnet bzw. angedroht werden muss. Eine entsprechende Regelung könnte wie folgt formuliert werden:

„Eine Ordnungswidrigkeit (nach / im Sinne von) begeht (auch), wer vorsätzlich oder fahrlässig einer vollziehbaren Anordnung der Behörde nach xxx zuwiderhandelt.“

Eine umfassende Ermittlung von bußgeldwürdigen Rechtsverstößen im Verbraucherschutz kann von der Projektgruppe nicht geleistet werden, wäre aber ein Vorhaben, das die zuständigen Bundesministerien (BMUV und BMJ) und die VSMK in den Blick nehmen sollten.

¹¹³ siehe Nr. 12 der BR-Drs. 61/21[B] und Nr. der BR-Drs. 56/21[B]).

Dessen ungeachtet lässt sich aus Sicht der Projektgruppe bereits jetzt bei folgenden Handlungen und Rechtsverstößen das Bedürfnis für eine Bußgeldbewehrung feststellen, da sich alle bestehenden Instrumente als nicht ausreichend erwiesen haben und wegen der weiten Verbreitung sowie des erheblichen Schädigungspotentials eine Stärkung der präventiven Funktion des Rechts geboten ist:

- Verwendung von AGB, die nach § 309 BGB unwirksam sind oder die rechtskräftig für unwirksam erklärt worden sind
- Gewerbsmäßiges Verwenden, Beauftragen und Erstellen von unwahren Kundenbewertungen.

Die Projektgruppe hält grundsätzlich auch das Unterschleiben und wettbewerbswidrige Aufdrängen von Verträgen für sanktionswürdig. Allerdings dürfte bei vorsätzlichem Unterschleiben von Verträgen, d.h. einem bewusst wahrheitswidrigen Behaupten eines Vertragsschlusses mit entsprechenden Zahlungsforderungen, im Regelfall ein strafbarer Betrug vorliegen. Der Vorsatznachweis stellt in der Praxis freilich ein Problem dar. Die Projektgruppe erörterte daher auch die Möglichkeit einer Bußgeldbewehrung von leichtfertigen oder grob fahrlässigen Praktiken, sah allerdings im Ergebnis von einem konkreten Formulierungsvorschlag für einen Ordnungswidrigkeitentatbestand ab.

cc) Untersagung der Gewerbeausübung und bestimmter Tätigkeiten

Neben der Bußgeldbewehrung wäre außerdem zu erwägen, das Instrument der Gewerbeuntersagung stärker nutzbar zu machen, wenn der Gewerbetreibende wiederholt und systematisch gegen verbraucherschützende Vorschriften verstößt. Dabei könnte auch in Betracht kommen, statt der an sich dauerhaften Gewerbeuntersagung als milderer Mittel die Möglichkeit einer vorübergehenden Untersagung bestimmter geschäftlicher Tätigkeiten einzuführen. Nähere Überlegungen zur entsprechenden Gestaltung gewerberechtlicher Befugnisse finden sich in diesem Abschnitt unter e) bb).

dd) Aufklärung und Information

Aufklärung und Information erscheinen zwar auf den ersten Blick als klassische Handlungsformen der Verbraucherverbände, jedoch können auch Behörden wie die BaFin, Lebensmittelbehörden oder Gewerbeaufsichtsämter im Bedarfsfall konkrete Produktwarnungen unter

namentlicher Nennung der Anbieter aussprechen und sonstige Informationen geben. Zwar dürfte insoweit ein genereller Bedarf für behördliche Warnungen zu verneinen sein, da im Regelfall keine gesundheitlichen Schäden zu besorgen sind und die finanziellen Schäden regelmäßig geringer sein dürften als bei Geldanlagen, jedoch kann es in Einzelfällen durchaus sinnvoll sein, mit einer namentlichen Nennung von Anbietern Verbraucher vor Risiken zu bewahren (z.B. Fake-Shops, unseriöse Bauträger) und zugleich der Behörde eine weitere Sanktionsmöglichkeit an die Hand zu geben („naming and shaming“).

Zu berücksichtigen ist dabei, dass in bestimmten Fällen (z.B. Anfangsverdacht eines Fake-Shops) Ungewissheit über die Bewertung des Sachverhalts und vor allem hinsichtlich der Tatsachengrundlagen bestehen kann, was mit Haftungsrisiken verbunden sein kann. Allerdings können die Haftungsrisiken durch eine Anhörung nach § 28 VwVfG minimiert werden, die jedenfalls bei einem Teil der unseriösen Anbieter nicht zu einer Widerlegung des Anfangsverdachts führen dürfte.

Außerdem können Verbraucher bei der individuellen Rechtsdurchsetzung unterstützt werden, wenn Feststellungen eines Rechtsverstößes von der zuständigen Behörde veröffentlicht werden. Soweit eine Behörde funktional wie eine qualifizierte Einrichtung im Sinne von Art. 4 der EU-Verbandsklagerichtlinie tätig wird, müsste ohnehin erwogen werden, sie zu den in Art. 13 der Richtlinie vorgeschriebenen Informationen zu verpflichten.

Die unter aa) vorgeschlagene Befugnisnorm könnte wie folgt ergänzt werden:

(3) Die Behörden nach Absatz 1 Satz 1 und 2 veröffentlichen Informationen über Anordnungen nach Absatz 2 [in Umsetzung von Art. 13 der RL 2020/1828/EU]. Sie können außerdem zum Schutz der Verbraucher vor erheblichen Nachteilen Warnungen vor bestimmten Angeboten und Geschäftspraktiken aussprechen.

Eine weitergehende Offenlegung von Informationen, die für die individuelle oder kollektive Anspruchsverfolgung und zur Einschätzung von Prozessrisiken nützlich sein können, sollte nicht im Kontext der behördlichen Befugnisse geregelt werden. Vorzugswürdig erscheint es, hier entweder über die einschlägigen Informationsfreiheitsgesetze einen einzelfallbezogenen Zugang mit Abwägung der jeweils berührten Belange (näher dazu unter B Nr. 3) zu schaffen oder entsprechende Beweiszugangserleichterungen im Prozessrecht zu verankern. Denkbar wäre auch, wie im Richtlinienvorschlag der Kommission für eine KI-Haftung diese Zugangsmöglichkeit auch schon vor Klageerhebung vorzusehen (COM (2022) 496 final).

ee) Ermittlungsbefugnisse

Notwendigerweise wird die sektorunabhängige Verbraucherrechtsdurchsetzungsbehörde mit Ermittlungsbefugnissen auszustatten sein, wie sie dem BKartA sowie den im Rahmen der CPC-Verordnung tätigen Behörden nach dem dortigen Art. 9 Abs.3 zur Verfügung stehen. Eine Regelung könnte beispielsweise wie folgt aussehen:

(4) Die Behörden nach Absatz 1 Satz 1 und 2 haben zur Erfüllung ihrer Aufgabe nach Absatz 1 Satz 1 und zur Ermittlung von Missständen im Sinne von Absatz 2 Satz 2 die Befugnisse nach §§ 57, 58, 59, 59a und 59b des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Sie können außerdem

- 1. von anderen Behörden und öffentlichen Stellen die Übermittlung von dort vorhandenen Informationen einschließlich personenbezogener Daten verlangen, die zur Feststellung eines Missstandes im Sinne von Absatz 2 Satz 2 erforderlich sind und*
- 2. Waren oder Dienstleistungen mit verdeckter Identität als Testeinkäufe erwerben, prüfen und untersuchen.*

ff) Regelungen zum Rechtsschutz

Sinnvoll erscheint, gemeinsam mit einer allgemeinen Befugnis zur Beseitigung von Rechtsverstößen Regelungen zum Rechtsschutz zu treffen. Dabei stehen die Fragen nach der Gerichtsbarkeit, der Eingangsinstanz und der verfahrensmäßigen Bündelung von Rechtsmitteln gegen Verwaltungsakte mit einem größeren Adressatenkreis im Vordergrund.

Ein Ansatz könnte darin bestehen, das Rechtsbehelfsverfahren nach §§ 63 ff. GWB anzuwenden. Im Kartellrecht steht den Adressaten von Verfügungen der Kartellrechtsbehörden als Rechtsbehelf die Beschwerde zum OLG zur Verfügung. Auch das EU-VSchDG (§ 13) sieht für Anordnungen auf Beseitigung von Rechtsverstößen den Rechtsbehelf der Beschwerde (allerdings zum Landgericht) vor. Dies hätte den Vorteil, dass ein Zivilgericht über Sachverhalte entscheiden würde, die überwiegend durch zivilrechtliche Fragen bestimmt sind. Zugleich entfielen automatisch das Vorverfahren, das sich gerade bei Allgemeinverfügungen als Hemmnis für eine rasche Beendigung des Verfahrens erweist (so jedenfalls die Erfahrungen bei der BaFin). Mit dem OLG als Eingangsinstanz wäre die Voraussetzung für eine rasche höchstrichterliche Klärung bei strittigen Fragen geschaffen. Zugleich könnte der in § 75 GWB sowie § 19 EU-VSchDG verankerte Untersuchungsgrundsatz zu einer Erleichterung der Sachverhaltsaufklärung beitragen. Aus Sicht der Projektgruppe läge es nahe, bei

einer Verankerung der Universalrechtsdurchsetzung im EU-VschDG auch die dortige Rechtswegregelung zu übernehmen¹¹⁴.

Näher zu prüfen wäre, ob nicht spiegelbildlich zur Verbandsklage im kollektiven Interesse die Möglichkeit einer Verbandsklage für die von einem Gruppenverwaltungsakt oder einer Allgemeinverfügung betroffenen Unternehmer geschaffen werden sollte. Damit könnte das Verfahren beschleunigt werden. Als Anreiz für eine Teilnahme an einer unternehmerseitigen Verbandsklage könnte die Erstreckung der aufschiebenden Wirkung auf fristgerecht angemeldete Unternehmer geregelt werden. Unabhängig davon wären die Möglichkeiten der Prozessverbindung (z.B. nach § 147 ZPO, der im Beschwerdeverfahren nach GWB und EU-VSchDG gilt) auszuschöpfen.

d) Das Bundeskartellamt als Verbraucherschutzbehörde und seine Ausstattung mit Anordnungsbefugnissen

Der Koalitionsvertrag der Bundesregierung führt auf Seite 30 aus, dass die Bundesregierung prüfen wolle, wie das Bundeskartellamt gestärkt werden kann, um bei erheblichen, dauerhaften und wiederholten Verstößen gegen Normen des wirtschaftlichen Verbraucherrechts analog zu Verstößen gegen das GWB Verstöße zu ermitteln und diese abzustellen.

Das BKartA bietet sich aufgrund seiner Kernkompetenz, seiner Durchsetzungsstärke und der seit 2017 gesammelten Erfahrungen im Verbraucherschutz jedenfalls für Rechtsverstöße mit erheblicher Dimension als universelle Verbraucherschutzbehörde an. Kollisionen mit den Zuständigkeiten anderer Bundesbehörden lassen sich über eine Regelung entsprechend § 32e Abs. 5 Satz 2 GWB ausschließen.

Neben dem BKartA ist auch das Umweltbundesamt zu berücksichtigen, das die Durchführung der CPC-Verordnung vom Bundesamt für Justiz übernommen hat und in der sektorunabhängigen Verbraucherrechtsdurchsetzung bereits konkrete Vollzugserfahrungen vorweisen kann.

Die Projektgruppe sieht davon ab, eine konkrete Empfehlung auszusprechen, welche Behörde die Aufgabe der sektorunabhängigen Verbraucherrechtsdurchsetzung übernehmen soll.

¹¹⁴ Bei Maßnahmen gegen Leitungsorgane, die in ihrer Natur vorwiegend verwaltungsrechtlich sind, wäre jedoch zu erwägen, es beim Verwaltungsrechtsweg zu belassen.

e) Ergänzende Verbraucherrechtsdurchsetzung durch Landesbehörden und Weiterentwicklung der GewO

aa) Allgemeine Verbraucherrechtsdurchsetzung

Zu diskutieren ist, ob neben dem BKartA auch Landesbehörden mit erweiterten Befugnissen ausgestattet werden sollen. Dafür könnte sprechen, dass gerade bei Verbraucherrechtsverstößen mit lediglich lokaler oder regionaler Auswirkung ein behördliches Handeln auf Landesebene sachgerecht und effizienter sein könnte. Auch wäre eine Aufteilung zwischen Bundes- und Landeszuständigkeiten dem BKartA nicht fremd, da es diese grundsätzlich auch im Kartellrecht gibt. Zur Abgrenzung könnten beispielsweise folgende Kriterien kumulativ angesetzt werden:

(5) Soweit ein Missstand im Sinne von Absatz 2 Satz 2 voraussichtlich

- 1. lediglich Verbraucher eines Landes betrifft und*
- 2. die Zahl der betroffenen Verbraucher 1.000 nicht übersteigt,*

nimmt die nach Landesrecht zuständige Behörde die Aufgaben und Befugnisse der Behörde nach Absatz 1 Satz 1 wahr. § 49 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gilt entsprechend für Benachrichtigungen und Abgaben zwischen der Behörde nach Absatz 1 Satz 1 und der nach Landesrecht zuständigen Behörde.“

bb) Weiterentwicklung der gewerberechtlichen Handlungsmöglichkeiten

Alternativ könnten die gewerberechtlichen Handlungsmöglichkeiten um Verbraucherschutzaspekte erweitert werden. Hierzu könnten die nachstehenden Änderungen in § 35 GewO (Überschrift, in Absatz 1 Einfügung eines neuen Satz 2, neuer Absatz 3a) vorgenommen werden.

„§ 35 Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit und weitere Anordnungsbefugnisse

*(1) Die Ausübung eines Gewerbes ist von der zuständigen Behörde ganz oder teilweise zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person in bezug auf dieses Gewerbe dartun, sofern die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist. **Die Unzuverlässigkeit kann sich auch daraus ergeben, dass der Gewerbetreibende dauerhaft oder wiederholt in erheblicher Weise unter Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften eine Vielzahl von Verbrauchern schädigt.** Die Untersagung kann auch*

auf die Tätigkeit als Vertretungsberechtigter eines Gewerbetreibenden oder als mit der Leitung eines Gewerbebetriebes beauftragte Person sowie auf einzelne andere oder auf alle Gewerbe erstreckt werden, soweit die festgestellten Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß der Gewerbetreibende auch für diese Tätigkeiten oder Gewerbe unzuverlässig ist. Das Untersagungsverfahren kann fortgesetzt werden, auch wenn der Betrieb des Gewerbes während des Verfahrens aufgegeben wird.

(2) unverändert

(3) unverändert

(3a) Die zuständige Behörde kann gegenüber Gewerbetreibenden, die dauerhaft oder wiederholt in erheblicher Weise unter Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften eine Vielzahl von Verbrauchern schädigen, im Interesse der Allgemeinheit Anordnungen treffen, die geeignet und erforderlich sind, um weitere Verstöße zu verhindern und die Folgen von begangenen Verstößen zu beseitigen.

(4) – (9) unverändert

III. VORSCHLÄGE UND LÖSUNGSANSÄTZE (SYNTHESE DER EINZELBETRACHTUNGEN UNTER II.)

A. Einführung einer behördlichen „Universalrechtsdurchsetzung“ im Bereich des allgemeinen Verbraucherrechts

Die Projektgruppe schlägt vor, die Möglichkeit einer sektorunabhängigen behördlichen Rechtsdurchsetzung im Bereich des allgemeinen Verbraucherrechts zu schaffen. Die Notwendigkeit hierfür ergibt sich aus den Rechtsdurchsetzungsdefiziten insbesondere bei Streuschäden, die auch mit einer Verbandsklage nicht vollständig beseitigt werden können. Vorteile der behördlichen Rechtsdurchsetzung liegen vor allem darin, dass eine behördliche Durchsetzungsmaßnahme unmittelbare rechtliche Wirkung erzeugt und zudem diese Wirkung auch gegen eine Vielzahl von Unternehmern herbeigeführt werden kann. Auch ist zu beachten, dass die in der sog. Modernisierungsrichtlinie der EU (Richtlinie (EU) 2019/2161) vorgeschriebenen Sanktionsmöglichkeiten bei Verstößen gegen zentrale Bestimmungen des Verbraucherrechts (Verbraucherrechte-Richtlinie, Klauselrichtlinie und UGP-Richtlinie) strenggenommen nur durch Bußgeldsanktionen vollständig umgesetzt werden können, da nur auf diese Weise gemäß dem unionsrechtlich vorgegebenen Kriterienkatalog auch ein

früheres Fehlverhalten des Unternehmers gewürdigt werden kann. Damit besteht auch aus Gründen des Unionsrechts Handlungsbedarf.

Zu dem Bereich des allgemeinen Verbraucherrechts sollte auch der Bereich der „Digitalen Welt“ gerechnet werden, sofern nicht bereits andere Behörden die Aufsicht über spezifische Belange wie beispielsweise Datenschutz (Datenschutzbehörden) oder Cybersicherheit (BSI) ausüben.

Aus Sicht der Projektgruppe sind Behörden verfassungsrechtlich nicht auf die bloße Untersagung von Rechtsverstößen beschränkt, sondern können grundsätzlich auch Abhilfemaßnahmen zur Beseitigung der Folgen von Rechtsverstößen anordnen. Insbesondere ist kein das Gewaltenteilungsprinzip durchbrechender Eingriff in die Rechtsprechung zu besorgen, wenn die behördlichen Befugnisse nur zur Beseitigung von allgemeinen Missständen und im kollektiven Interesse bestehen.

Die Möglichkeit der behördlichen Rechtsdurchsetzung sollte insbesondere mit Blick auf den E-Commerce und Massenschadensfälle vorrangig auf Bundesebene geschaffen werden. Ergänzend wäre eine Stärkung der gewerberechtlichen Handlungsmöglichkeiten der Landesbehörden bei systematischen, wiederholten Verbraucherrechtsverstößen wünschenswert, um vor allem bei Verstößen mit lediglich regionaler Auswirkung ein rasches und effektives Vorgehen zu gewährleisten.

1. Eckpunkte

Daraus ergeben sich folgende Eckpunkte für eine Umsetzung durch eine geeignete Bundesbehörde:

- Schaffung einer behördlichen Aufgabe zur Überwachung der Einhaltung von Verbrauchervorschriften und Verhinderung von Missständen
- Übertragung dieser Aufgabe mit entsprechenden Befugnisse auf eine Bundesbehörde
- Anknüpfung an EU-VSchDG
- Regelung der Aufgabe und Befugnisse in Anlehnung an § 4 Abs. 1a FinDAG und § 32e Abs. 5 GWB unter Klarstellung, dass die Befugnis auch die Verpflichtung zu Ab-

hilfen zugunsten der betroffenen Verbraucher umfassen kann; außerdem Übertragung von Ermittlungsbefugnissen sowie Befugnissen (bzw. auch Pflichten) zur Information der Öffentlichkeit (siehe auch RL (EU) 2020/1828)

- Abgrenzung zu den Befugnissen anderer Bundesbehörden sowie ggf. Landesbehörden
- Regelungen zum Rechtsbehelfsverfahren in Anlehnung an §§ 62 ff. GWB und §§ 13 ff. EU-VSchDG, d.h. Eingangszuständigkeit des OLG und Untersuchungsgrundsatz
- Bußgeldbewehrung von Verstößen gegen vollziehbare Anordnungen sowie ergänzend Schaffung spezieller Ordnungswidrigkeiten aus Gründen der Prävention
- Begleitende Regelungen zu erleichtertem Beweismittelzugang (vgl. Art. 3 des RL-Vorschlags zur KI-Haftung / COM (2022) 496 final)

Für die ergänzende Rechtsdurchsetzung durch Landesbehörden könnte nach Auffassung eines Teils der Projektgruppe folgende Erweiterung der Handlungsmöglichkeiten in § 35 GewO in Betracht kommen:

- klarstellende Regelung, dass wiederholte erhebliche Verstöße gegen Verbraucherrecht unter Schädigung einer Vielzahl von Verbrauchern die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden begründen kann
- Schaffung einer Anordnungsbefugnis bei wiederholten oder dauerhaften Verstößen gegen Verbraucherrecht

2. Gesetzesvorschläge

Ein Vorschlag für eine gesetzliche Aufgaben- und Befugnisnorm einschließlich ausgewählter Bußgeldtatbestände findet sich im Anhang.

B. Stärkung der sektorbezogenen behördlichen Rechtsdurchsetzung durch gesetzgeberische Maßnahmen

Im Mittelpunkt der Betrachtung der sektorbezogenen Rechtsdurchsetzung stehen die BaFin und die BNetzA mit den Bereichen Finanzdienstleistungen, Versicherungen, Telekommunikation und Energie. Die Projektgruppe spricht sich dafür aus, den Behörden in allen der genannten Bereiche möglichst umfassende Befugnisse zur Verfügung zu stellen, die entsprechend § 4 Abs. 1a FinDAG auch die Beseitigung von allgemeinen Missständen im Verbraucherschutz umfassen. Dabei ist ausdrücklich zu regeln, dass die Befugnis auch die Verpflichtung zu Abhilfen zugunsten der Verbraucher einschließt. Der Handlungsbereich der Behörden sollte sich außerdem auf den Vertrieb der jeweiligen Produkte und Dienstleistungen beziehen, was gerade für unseriöse Vertriebspraktiken im Zusammenhang mit Telefonverträgen wichtig ist. Zur Beschleunigung von Rechtsbehelfsverfahren bietet es sich an, dieses entsprechend §§ 62 ff. GWB bzw. §§ 13 ff. EU-VSchDG zu gestalten.

Ergänzend zu den unmittelbaren Handlungsbefugnissen sollte der Zugang zu behördlichen Informationen, die zur Klärung und Durchsetzung von Verbraucheransprüchen notwendig sind, zumindest in kollektiven Verfahren (Verbandsklagen) durch Lockerung der Geheimhaltungsvorschriften, die bei Finanzdienstleistungen und Versicherungen bestehen, erleichtert werden.

Für weitere Einzelheiten wird auf die Ausführungen unter II. verwiesen.

C. Strukturelle Verbesserungen

Vor allem in den Bereichen Finanzdienstleistungen und Versicherungen kann eine gewisse Interessenkollision zwischen den Aufsichtszielen des Kundenschutzes und der Wahrung der Solvabilität der Unternehmen sowie der Finanz- und Versicherungssystem im Ganzen bestehen, die durch die Finanzierung der BaFin über Unternehmensumlagen noch eine besondere Note erhält. Aber auch bei der BNetzA können bei der Beaufsichtigung der Energieversorgungsunternehmen ähnliche Konkurrenzen zwischen Belangen der Versorgungssicherheit und Kundenrechten bestehen. Diese widerstreitenden Aufsichtsbelange könnten Anlass zu der Überlegung geben, ob es zur Stärkung des Verbraucherschutzes sinnvoll wäre, die jeweiligen Verbraucherschutzabteilungen organisatorisch auszugliedern und in eine eigenständige Verbraucherschutzbehörde des Bundes zu überführen.

Die Projektgruppe sieht allerdings in den bestehenden Strukturen den Vorteil, dass die mit dem Verbraucherschutz betrauten Stellen auf die Fachkompetenz und den über Jahre etablierten direkten Zugang zu den beaufsichtigten Unternehmen zurückgreifen können. Damit geht auch eine Stärkung der Autorität einher, die jedenfalls bei Schaffung einer neuen Verbraucherschutzbehörde erst noch erworben werden müsste. Auch erschiene eine Ausgliederung und Verselbständigung der Verbraucherschutzabteilungen aus der BaFin und der BNetzA derzeit wenig realistisch.

Dessen ungeachtet sollten die personellen Ressourcen der Behörden gestärkt werden, um den wachsenden Bedarf an aufsichtlichen Tätigkeiten und Maßnahmen der Rechtsdurchsetzung zu bewältigen. Auch ist eine stärkere Nutzung der aufsichtlichen Befugnisse aus Sicht des Verbraucherschutzes wünschenswert, nicht zuletzt auch um aufwendige zivilrechtliche Verfahren zu vermeiden und die Gerichte zu entlasten.

Für die Schaffung einer neuen Aufsichtsgabe im allgemeinen Verbraucherrecht („Universalrechtsdurchsetzung“) gilt ohnehin, dass hierfür die entsprechenden personellen und organisatorischen Kapazitäten erst noch aufgebaut werden müssen.

Für den Vollzug von Verbraucherrecht durch Landesbehörden müssten ebenfalls entsprechende Strukturen geschaffen werden, insbesondere wenn im Bereich des allgemeinen Verbraucherrechts neben der Bundesbehörde auch Landesbehörden tätig sein sollen.

Die in die Überlegungen einbezogenen erweiterten Befugnisse in der Gewerbeordnung bedürfen nicht notwendig einer Verstärkung der Personalressourcen. Allerdings könnte es sich als zweckmäßig erweisen, die für § 35 Abs. 3a GewO vorgeschlagenen Befugnisse einer zentralen Stelle im Land zu übertragen, insbesondere um die erforderliche Kenntnis der einschlägigen verbraucherrechtlichen Vorschriften sicherzustellen. In jedem Fall müsste das Bewusstsein bei den für den Vollzug der GewO zuständigen Ressorts und Behörden dafür geschaffen werden, dass sie künftig im Rahmen der Zuverlässigkeitsüberwachung von Gewerbebetreibenden auch bei wiederholten erheblichen Verstößen gegen Verbraucherrecht tätig werden können.

IV. ANHANG

Änderung VSchDG

Konzeptionelle Überlegungen¹¹⁵

- Änderung § 1 und Titel
(Erweiterung des Anwendungsbereichs bzw. Gesetzeszwecks)
- Einfügung eines neuen Abschnitts oder Nutzung der derzeit nicht belegten §§ 4 und 5

Vorschlag für Aufgaben- und Befugnisnorm

§ xxx

(5) *Die BEHÖRDE ist dem Schutz der kollektiven Verbraucherinteressen verpflichtet. Sie nimmt diese Aufgabe im Rahmen dieses Gesetzes wahr, soweit diese Aufgabe auf Grund gesetzlicher Bestimmungen nicht von anderen Behörden wahrgenommen wird.*

(6) *Unbeschadet weiterer Befugnisse nach anderen Gesetzen können die Behörden nach Absatz 1 Satz 1 und 2 gegenüber Unternehmern alle Anordnungen treffen, die erforderlich sind, um Verbraucherschutzrelevante Missstände zu verhindern oder zu beseitigen. Ein Missstand im Sinne des Satzes 2 ist ein erheblicher, dauerhafter oder wiederholter Verstoß gegen eine dem Schutz der Verbraucher dienenden Vorschrift (Verbraucherschutzgesetz), der nach seiner Art oder seinem Umfang die Interessen nicht nur einzelner Verbraucher gefährden kann oder beeinträchtigt. Die Befugnis schließt insbesondere*

4. *die Verpflichtung von Unternehmern zur Einstellung des Rechtsverstoßes und zur Leistung von Abhilfe zugunsten der Verbraucher einschließlich der Beseitigung der Folgen des Rechtsverstoßes,*

¹¹⁵ Eine Integration in das EU-VSchDG sollte mit einer grundlegenden Neustrukturierung einzelner Regelungen einhergehen.

5. *das Hinwirken auf Zusagen von Unternehmern und die Entgegennahme solcher Zusagen zu Maßnahmen im Sinne von Nummer 1 und*
6. *die Verpflichtung von Unternehmern zur Information der Verbraucher über festgestellte Rechtsverstöße und Maßnahmen im Sinne von Nummer 1.*

(7) Die Behörden nach Absatz 1 Satz 1 und 2 veröffentlichen Informationen über Anordnungen nach Absatz 2 [in Umsetzung von Art. 13 der RL 2020/1828/EU]. Sie können außerdem zum Schutz der Verbraucher vor erheblichen Nachteilen Warnungen vor bestimmten Angeboten und Geschäftspraktiken aussprechen.

(8) Die Behörden nach Absatz 1 Satz 1 und 2 haben zur Erfüllung ihrer Aufgabe nach Absatz 1 Satz 1 und zur Ermittlung von Missständen im Sinne von Absatz 2 Satz 2 die Befugnisse nach §§ 57, 58, 59, 59a und 59b des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Sie können außerdem

3. *von anderen Behörden und öffentlichen Stellen die Übermittlung von dort vorhandenen Informationen einschließlich personenbezogener Daten verlangen, die zur Feststellung eines Missstandes im Sinne von Absatz 2 Satz 2 erforderlich sind und*
4. *Waren oder Dienstleistungen mit verdeckter Identität als Testeinkäufe erwerben, prüfen und untersuchen.*

(5) Soweit ein Missstand im Sinne von Absatz 2 Satz 2 voraussichtlich

3. *lediglich Verbraucher eines Landes betrifft und*
4. *die Zahl der betroffenen Verbraucher 1.000 nicht übersteigt,*

nimmt die nach Landesrecht zuständige Behörde die Aufgaben und Befugnisse der Behörde nach Absatz 1 Satz 1 wahr. § 49 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gilt entsprechend für Benachrichtigungen und Abgaben zwischen der Behörde nach Absatz 1 Satz 1 und der nach Landesrecht zuständigen Behörde.“

Ergänzung Ordnungswidrigkeiten VSchDG:

„Eine Ordnungswidrigkeit (nach / im Sinne von) begeht (auch), wer vorsätzlich oder fahrlässig einer vollziehbaren Anordnung der Behörde nach § xxx Absatz 1 Satz 1 zuwiderhandelt.“

Ergänzung Ordnungswidrigkeiten § 20 UWG

Nach Absatz 1 einzufügen folgende neuen Nummern 3 und 4:

3. *gegenüber Verbrauchern Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die nach § 309 BGB unwirksam sind oder die rechtskräftig für unwirksam erklärt worden sind,*
4. *unter Verstoß gegen Nummer 23b oder 23c Kundenbewertungen verwendet, ihre Erstellung beauftragt oder sie selbst erstellt...*