

## Dienstleistungsrichtlinie

Auswirkungen auf Arbeitsrecht und Gewerberecht

Unternehmenskauf

§ 1409 ABGB beim Share-Deal?

Internetrecht

Rücktrittsrecht bei Downloads?

Anwendbarkeit des Neugründungs-Förderungsgesetzes auf

Mantelgründung und -kauf

Europarechtskonformität von

Kettendienstverträgen

Steuerrecht

Barbewegungs-Verordnung

Verbraucherbehörden-Kooperationsgesetz

Auskunftsbegehren gegen Kreditinstitute

# Auskunftsbegehren nach dem

**VBKG** *Banken stehen seit jeher im Zentrum staatlicher Auskunfts- und Vorlagewünsche, da sie naturgemäß eine besondere Nähe zu den persönlichen Verhältnissen der Bürger haben. Waren bisher insb die (ausländischen) Finanzbehörden an Bankdaten interessiert, so ist ab 29. 12. 2006<sup>1)</sup> eine weitere „Ermittlungsbehörde“ hinzugekommen. Hauptanliegen dieses Beitrags ist es, die Voraussetzungen und Grenzen – insb hinsichtlich § 38 BWG – einer Inpflichtnahme der Kreditinstitute nach dem VBKG herauszuarbeiten.*

MICHAEL GUMPOLTSBERGER

## A. EINLEITUNG

Anfang Juli 2006 beschloss der Nationalrat einstimmig das Verbraucherbehörden-Kooperationsgesetz (VBKG). Durch dieses VBKG wird die Umsetzung der Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz (VO)<sup>2)</sup> in Österreich geregelt.

Die VO wird zeitlich gestaffelt wirksam. Mit Ausnahme der Bestimmungen über die Amtshilfe in den Kapiteln II und III ist sie am 29. 12. 2005 wirksam geworden; im Übrigen wurde sie zum 29. 12. 2006 in all ihren Teilen wirksam und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat. Allenfalls notwendige legislative Maßnahmen, um das System der VO funktionieren zu lassen, waren bis dahin zu setzen.

## B. VERORDNUNG ÜBER DIE ZUSAMMENARBEIT IN VERBRAUCHERSACHEN

Die VO sieht eine enge Zusammenarbeit von Verbraucher(schutz)behörden innerhalb der EU bei innergemeinschaftlichen Verstößen gegen jene Verbraucherschutzvorschriften vor, die auf gemeinschaftsrechtlichen Rechtsquellen gem dem Anhang zur VO, wie beispielsweise der Verbraucherkredit-RL<sup>3)</sup> oder der Vertragsklausel-RL,<sup>4)</sup> basieren (vgl Art 3 lit a der VO). In Österreich sind diese RL überwiegend im KSchG umgesetzt.<sup>5)</sup> Der Schutzbereich der VO erfasst folglich überwiegend Normen, die dem Bürgerlichen Recht zuzuordnen sind wie beispielsweise Fernabsatz von Finanzdienstleistungen und Verbraucherkredite. Hierbei erfolgte bisher der kollektive Konsumentenschutz überwiegend über die zivilrechtliche Klagsführung von Verbraucherverbänden.<sup>6)</sup>

Verkürzt beschrieben sieht die VO vor, dass, wenn ein österreichisches Unternehmen in einem anderen Mitgliedstaat (zB Deutschland) gegen die von der VO erfassten Rechtsquellen verstößt, die ausländische (deutsche) Verbraucherschutzbehörde im Wege der jeweiligen nationalen zentralen Verbindungsstellen<sup>7)</sup> die zuständige österreichische Behörde ersucht, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um den Verstoß einzustellen. Damit dieses System funktionieren kann, sieht die VO für die jeweils national zuständigen Behörden in Art 4 Abs 6 sehr weit reichende Ermittlungsbefugnisse vor (zB Einsichtnahme in relevante

Unterlagen, Auskunftsrecht, Ermittlungstätigkeiten vor Ort), die allenfalls auch gerichtlich im Verfahren außer Streitsachen<sup>8)</sup> durchgesetzt werden können.

Bei den Ermittlungs- und Durchsetzungsbefugnissen nach Art 4 Abs 6 ist keine „Hierarchie“ vorgesehen. Aus Art 8 Abs 2 Satz 2 der VO geht aber der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und damit eine Stufenfolge nach dem gelindesten Mittel<sup>9)</sup> hervor.

Von der VO erfasst werden nur Verstöße, die sich gegen kollektive Konsumenteninteressen richten. Gem Art 3 lit k der VO müssen die Interessen mehrerer Verbraucher geschädigt worden sein oder geschädigt werden können. Individualansprüche einzelner Konsumenten sollen damit nicht durchgesetzt werden; die Vorschriften der VO haben keine dritt-schützende Wirkung.<sup>10)</sup>

Art 3 lit b der VO schränkt deren Anwendung auf Sachverhalte ein, bei denen die (potenziell) betroffenen Konsumenten ihren Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat haben, als dem, von dem aus der Unternehmer tätig wird. Folglich haben die Gerichte die Frage des anwendbaren Rechts zu klären und allenfalls ausländisches Recht, welches auf entsprechendem Gemeinschaftsrecht fußt, anzuwenden.<sup>11)</sup>

Dr. iur. *Michael Gumpoltsberger* ist Leiter der Rechtsabteilung bei der Raiffeisenbank Wögrl Kufstein reg GenBH und Dipl. Anlageberater (BAK).

- 1) Mit diesem Tag trat das Bundesgesetz über die Zusammenarbeit von Behörden im Verbraucherschutz (Verbraucherbehörden-Kooperationsgesetz – VBKG), BGBl I 2006/148, in Kraft.
- 2) VO (EG) Nr 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates v 27. 10. 2004 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden, ABl 2004 L 364 S 1.
- 3) RL 87/102/EWG des Rates v 22. 12. 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, ABl 1998 L 101 S 17.
- 4) RL 93/13/EWG des Rates v 5. 4. 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl 1993 L 95 S 39.
- 5) Vgl *Welser* in *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht<sup>12</sup> II (2001) 373.
- 6) *Kolba*, Marktkontrolle über Unterlassungsklagen in Österreich, in *BMSG* (Hrsg), Effektiver Rechtsschutz – Die verbraucherrechtlichen Instrumente der Unterlassungsklage und der Gruppenklage (2006) 41.
- 7) In Österreich ist dies gem § 2 VBKG das BM f soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz.
- 8) § 8 Abs 1 VBKG.
- 9) Vgl AB 1615 BlgNR 22. GP 3.
- 10) Vgl AB 1615 BlgNR 22. GP 1.
- 11) AB 1615 BlgNR 22. GP 2.

In § 5 VBKG wurde ausdrücklich auf gesetzliche Verschwiegenheitspflichten Rücksicht genommen. In den Gesetzesmaterien wird § 38 BWG (Bankgeheimnis) expressis verbis als Grenze der Ermittlungsbefugnis festgehalten.<sup>12)</sup>

Gem § 3 Abs 1 VBKG sind folgende zuständige Behörden vorgesehen bzw für Bankgeschäfte relevant: der Bundeskartellanwalt (zB für die Vertragsklausel-RL, die Verbrauchercredit-RL, die Fernabsatz-RL) und die Bundeswettbewerbsbehörde.

## 1. VORAUSSETZUNGEN FÜR ERMITTLUNGSMASSNAHMEN

Die VO sieht weder ein Initiativrecht einer Behörde vor, noch wird verlangt, dass die nationalen Behörden als allgemeine Konsumentenbeschwerdestelle fungieren. Vielmehr regelt die VO nur den Informationsaustausch<sup>13)</sup> und die Einleitung bestimmter Durchsetzungsmöglichkeiten auf Ersuchen einer (ausländischen) Behörde.

Damit ein Verfahren nach der VO gegen ein österreichisches Unternehmen in Gang gesetzt wird, braucht es demnach mehrere, hinreichend begründete Verbraucherbeschwerden in einem anderen EU-Staat. Erst dann kann die ausländische Behörde tätig werden. Der im EU-Ausland (zB Deutschland) ansässige Konsument kann sich dabei wie gewohnt mit seinen gegen ein in Österreich ansässiges Unternehmen gerichteten Beschwerden an seine im Heimatland zuständige Konsumentenschutzinstitution wenden, welche ggf diese gesammelt an die entsprechende Behörde weiterleitet. Diese wird dann nach Maßgabe der VO an die österreichische Behörde mit dem Ersuchen um Amtshilfe herantreten.

## 2. ERMITTLUNGSMASSNAHMEN DURCH DIE ÖSTERREICHISCHE BEHÖRDE

Nach § 6 Abs 1 VBKG sollte die Behörde zunächst außergerichtlich die Ermittlungen durchführen. „Sollen“ ist dabei mE im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeitsschranke so zu verstehen, dass die Behörde in aller Regel außergerichtlich vorgehen muss und nur in atypischen Fällen davon abweichen darf.

Für den Fall einer zwangsweisen Vollziehung normiert § 8 VBKG hierfür das gerichtliche Erkenntnisverfahren (in concreto das außerstreitige Verfahren) und die gerichtliche Exekution.<sup>14)</sup> Bescheide bzw Vollstreckungsverfügungen der vorgenannten Verwaltungsbehörden wären folglich absolut nichtig.<sup>15)</sup> Ein Unternehmen in Österreich ist daher nur dann zur Auskunft, Herausgabe von Unterlagen oder Duldung einer behördlichen Einsichtnahme verpflichtet, wenn ein Gerichtsbeschluss nach §§ 36 ff AußStrG vorliegt. Diese richterliche Kontrolle ist in der VO ausdrücklich vorgesehen. Art 4 Abs 4 lit a der VO erlaubt es den Mitgliedstaaten die Ermittlungstätigkeit der zuständigen Behörden unter die Aufsicht der Justizbehörden zu stellen.

Die ergangenen Gerichtsbeschlüsse sind dann nach § 79 AußStrG durchzusetzen.<sup>16)</sup> Aus § 80 AußStrG folgt, dass bei Durchsetzung einer Duldung (zB Einsichtnahme) oder einer Herausgabeverpflichtung

nach der EO (den §§ 346 ff und §§ 355 ff EO) vorzugehen sein wird.

Bedauerlich ist es, dass es der Gesetzgeber verabsäumt hat, diese außergerichtliche Regelungsbemühung zwingend vorzuschalten. Für den Fall, dass ohne vorherige Aufforderung sogleich die Gerichte befasst werden, empfiehlt sich seitens der Behörde hinsichtlich des Rechtsschutzinteresses als Prozessvoraussetzung<sup>17)</sup> eine ausführliche Antragsbegründung, da ansonsten bei entsprechenden Einwendungen des Bekl eine Zurückweisung droht.<sup>18)</sup>

Die erhobenen Daten werden dann unter Beachtung der international üblichen Zweckbindung an die anfordernde ausländische Stellen übermittelt. Sollten diese Daten etwa in einem Gerichtsverfahren mit einem konkret betroffenen Konsumenten öffentlich werden, wäre jedenfalls ein Verwertungsverbot zu prüfen.<sup>19)</sup>

### a) Die Erforderlichkeit der Ermittlungstätigkeit

Neben dem begründeten Verdacht eines Verstoßes<sup>20)</sup> muss auch die Erforderlichkeit der zu ermittelnden Informationen gegeben sein. Alle Zwangsmaßnahmen sind nur dann zulässig, wenn diese zur Aufklärung des hinreichend begründeten Verstoßes gegen Konsumentenschutzbestimmungen „(...) *erforderlich sind* (...)“. Dies ist in der VO in Art 6 Abs 1 ausdrücklich vorgesehen. Demgemäß hat die ersuchende Auslandsbehörde bereits anzugeben, weshalb die erwünschten Informationen für die weitere Sachverhaltsaufklärung von Relevanz sind. Auch wenn das VBKG die Erforderlichkeit nicht expressis verbis verlangt, so ergibt sich die Erforderlichkeitsschranke mE unzweifelhaft bereits aus der VO selbst.

Ein Ersuchen auf Informationsbeschaffung muss daher jedenfalls konkrete Angaben zum innergemeinschaftlichen Verstoß enthalten.

### b) Die Verhältnismäßigkeit der Ermittlungstätigkeit – sachlicher Zusammenhang

Die Formulierung der VO zeigt, dass immer von *essentiellen* Informationen<sup>21)</sup> auszugehen ist. Einschlägig können Informationen nur dann sein, wenn sie in einem konkreten sachlichen Zusammenhang mit dem Verstoß stehen. Es wird folglich ein konkreter sachlicher Zusammenhang zwischen den verlangten Informationen und dem Verstoß gegeben sein müssen

12) AB 1614 BlgNR 22. GP 3.

13) Art 6 VO.

14) Vgl IA 836/A BlgNR 22. GP 9, 10.

15) Vgl *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1998) Rz 523; *Walter/Mayer*, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts<sup>8</sup> (2003) Rz 436 ff.

16) IA 836/A BlgNR 22. GP 9.

17) Bei Leistungsklagen wird ein Rechtsschutzinteresse vorläufig vermutet, sodass es der Kläger (hier die antragstellende Behörde) zunächst nicht darzutun braucht. *Holzhammer* in *Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer* (Hrsg), PratkZPR I<sup>5</sup> (1997) 176.

18) Vgl *Fasching* in *Fasching/Konecny* (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III<sup>2</sup> (2004) § 226 Rz 7.

19) Vgl § 6 Abs 5 VBKG; Art 13 Abs 1 VO.

20) Art 4 Abs 6 VO.

21) Art 6 Abs 1 VO.

um die Verhältnismäßigkeit überhaupt beurteilen zu können.

Eine allgemeine Ermächtigung alle Unterlagen, die mit einem inkriminierten Unternehmensgeschäftszeit (zB der Gewährung von Verbraucherkrediten) in Verbindung stehen, einzusehen ist in der VO jedenfalls nicht vorgesehen.

Eine Ermittlungstätigkeit nach dem VBKG ist nur dann zulässig, wenn sie verhältnismäßig ist. In erster Linie wird das betroffene Unternehmen zu befragen bzw zur schriftlichen Stellungnahme einzuladen sein. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zwingt, wenn mehrere Möglichkeiten bestehen, dabei zur Einhaltung einer bestimmten Stufenfolge im Sinne des geringsten Mittels (Übermaßverbot). Erst dann, wenn die Sachverhaltsaufklärung dadurch nicht zum Ziel führt oder keinen Erfolg verspricht, werden intensivere Maßnahmen indiziert sein. Die Behörde wird daher in ihrer Antragsbegründung auszuführen haben, weshalb sofort mittels Zwang vorgegangen werden muss bzw welche greifbaren Umstände eine Ermittlungsfährdung glaubhaft machen.

Wenn in § 6 Abs 4 VBKG von Hilfeleistung durch die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes, sprich der Polizei, die Rede ist, so ist dies wohl keinesfalls mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar. Nichts schadet dem Image eines Unternehmens mehr als ein Polizeieinsatz. Primär ist ein Gerichtsbeschluss vom Gerichtsvollzieher zu vollstrecken, der allenfalls nach Maßgabe des § 26 Abs 2 EO die Polizei beiziehen kann. Jedwede andere Auslegung muss am Grundrechtsschutz scheitern.

### c) Das Bankgeheimnis

Eine Inpflichtnahme eines Kreditinstituts nach dem VBKG ist nur dann rechtmäßig und damit verpflichtend, wenn sie nicht gegen andere Rechtsnormen, insb gegen solche des Verfassungsrechts verstößt.

§ 38 Abs 1 BWG enthält die (verfassungs)gesetzliche Regelung des Bankgeheimnisses; § 38 Abs 2 BWG dessen mögliche Durchbrechung unter bestimmten Umständen. So ist nach § 38 Abs 2 Z 7 BWG die Durchbrechung des Bankgeheimnisses möglich, wenn dies zur Klärung der Rechtsverhältnisse zwischen Bank und Kunde erforderlich ist. Diese Norm bezieht sich auf Zivilprozesse und Außerstreitverfahren unter Einschluss der Insolvenzverfahren und der gerichtlichen Exekutionsverfahren. Zwischen anderen Personen als Kreditinstitut und Kunden gilt diese Durchbrechung nicht.<sup>22)</sup>

Dementsprechend wird von einer Bank nur die Herausgabe bzw Einsichtnahme von/in allgemeine(n) Standardunterlagen verlangt werden können. Beispielsweise wird von einer Bank die Herausgabe von üblicherweise im Konsumentenbereich verwendeter Formblätter udgl verlangt werden können. Informationen zu einem konkreten Geschäftsfall bzw aus dem (Vertrauens-)Verhältnis zum Kunden scheitern am Bankgeheimnis. Die hier besonders interessierenden Informationen müssen daher in einem sachlichen Zusammenhang zu Fragen des kollektiven Konsumentenschutzes stehen. Nur diese sind nicht vom Schutzbereich des Bankgeheimnisses erfasst.

## C. ZUSAMMENFASSUNG – AUSBLICK

Voraussetzung für die entsprechende Rechtshilfe ist ein formelles Ersuchen, das Sachverhalt und dessen rechtliche Würdigung im Hinblick auf den behaupteten Verstoß so darstellt, dass sich daraus ein begründeter Verstoß gegen die entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Konsumentenschutzbestimmungen und die Erforderlichkeit des Einschreitens nachvollziehen lässt. Liegen etwa bereits der zentralen Verbindungsstelle (BMSG)<sup>23)</sup> Anhaltspunkte vor, dass das Ersuchen der ausländischen Stelle vor einem anderen Hintergrund als den betreffenden kollektiven Konsumentenschutzbestimmungen erfolgt, kann eine Informationsübermittlung nach der VO nicht erfolgen; vielmehr sind bereits hier die inhaltlichen Voraussetzungen nach der VO zu prüfen. Es muss gewährleistet sein, dass durch dieses Amtshilfverfahren nicht die Regeln der internationalen Rechtshilfe in anderen Gebieten (zB Strafsachen, Finanzsachen) umgangen werden. Keinesfalls darf diese Amtshilfe „schleichende Rechtshilfe“ in (Finanz-)Strafsachen sein.

Hier wird seitens der österreichischen Behörden bei den übermittelten Informationen, die zunächst ohne weiteren Hintergrund an eine ausländische

22) Vgl Laurer in Fremuth/Laurer/Linc/Pötzelberger/Strobl (Hrsg), BWG<sup>2</sup> (1999) § 38 Rz 18.

23) Bundesministerium für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz.

Stelle, die ein wie auch immer geartetes Kontrollverfahren durchführt, sicherzustellen sein, dass bei einer allenfalls möglichen anderen Datenverwendung die grundrechtlich geschützten Interessen gewahrt bleiben.

Die von der VO betroffenen kollektiven Konsumentenschutzbestimmungen werden in Österreich in einem zivilrechtlich ausgestalteten Rechtssystem durchgesetzt. Nicht hoheitliches Handeln, sondern die zivilrechtliche Klagsführung des VKI kennzeichnet den kollektiven Konsumentenschutz in Österreich. Die VO geht dagegen von einer Art behördlichem Konsumentenschutz aus und verlangt die Schaffung einer weiteren Behörde und die Regelung deren Befugnisse. Rechtspolitisch werden hier die Weichen in eine neue Richtung gestellt. Um den drohenden Systembruch zu beschränken, wird dann eine Verwaltungsbehörde, wenn es ernst wird, auf den Zivilrechtsweg gezwungen.

In welche Richtung sich der kollektive Konsumentenschutz auf europäischer Ebene entwickelt, bleibt abzuwarten.

SCHLUSSSTRICH

*Das VBKG regelt die österreichische Umsetzung der Amtshilfe für ausländische Verbraucherschutzbehörden nach der VO über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz – VO (EG) Nr 2006/2004. Dadurch soll in der EU ein grenzübergreifender Konsumentenschutz gewährleistet werden. Die Rechtsdurchsetzung erfolgt im außerstreitigen Verfahren. Dabei ist die Erforderlichkeits- und Verhältnismäßigkeitschranke und, bei der Weitergabe ins Ausland, die Zweckbindung zu beachten. Keinesfalls darf diese Amtshilfe „schleichende Rechtshilfe“ in anderen Bereichen sein.*