

An das
Bundesministerium für Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien

Via E-Mail team.z@bmj.gv.at

Wien, den 28.1.2022

Stellungnahme der ÖV zum Entwurf für ein MoRUG I zur Umsetzung der EU-Modernisierungs-RL
Ihre Geschäftszahl: 2021-0.888.274

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (ÖV) dankt für die Übermittlung des **Ministerialentwurfs für ein Bundesgesetz, mit dem das Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz und das Konsumentenschutzgesetz geändert werden (Modernisierungsrichtlinie-Umsetzungsgesetz – MoRUG)** und nimmt zu dem Textvorschlag innerhalb der Begutachtungsfrist wie folgt Stellung:

1. Allgemeines

Die „Modernisierung“ der Richtlinie über die Rechte der Verbraucher und der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen stellt auch den österreichischen Gesetzgeber vor die Aufgabe, entsprechende Ergänzungen im Verbraucherschutzrecht vorzunehmen. Die Vorgaben der „Omnibus“-Richtlinie betreffen überwiegend Adaptierungen in Zusammenhang mit der fortschreitenden Digitalisierung und der zunehmenden Bedeutung von Online-Marktplätzen. Es ist daher vor allem im Anwendungsbereich des Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetzes notwendig, die erforderlichen Anpassungen durchzuführen. Neben der Neubestimmung des materiellen Geltungsbereichs des Gesetzes anhand von Begriffen wie „digitale Inhalte und „digitale Dienstleistung“ sind hier vor allem weitreichende Informations- und Transparenzpflichten adäquat abzubilden.

Dies dürfte nach dem vorliegenden Entwurf im Wesentlichen gelungen sein, in welchem weite Teile der Änderungen der betreffenden EU-Richtlinien wortwörtlich übernommen wurden, was grundsätzlich durchaus zweckmäßig ist, um gerade in Bezug auf konkrete Begriffsdefinitionen und manche, sehr detaillierte Regelungen – siehe zB die Bestimmungen zum Rücktrittsrecht – keine Zweifel an der korrekten Umsetzung der Vorgaben im nationalen Recht entstehen zu lassen. Insgesamt ist an den einzelnen Bestimmungen des Gesetzesentwurfes zu erkennen, dass dieser ambitioniert und mit großer Sorgfalt ausgearbeitet wurde und der schwierige Spagat zwischen der notwendigen Umsetzung von EU-Vorgaben in diesem Bereich und der sachgerechten Eingliederung neuer Regelungen in das FAGG und das KSchG durchwegs überzeugend gemeistert werden konnte.

Im Folgenden soll zu einigen Punkten bzw Bestimmungen des Entwurfs Stellung genommen werden, die nach unserer Ansicht unklar bzw korrekturbedürftig sind.

2. Im Einzelnen

Zu Artikel 1 – Änderungen im Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz

- **§ 1 Abs 1 EntwFAGG:** Während nach dem derzeitigen Wortlaut des § 1 Abs 1 FAGG der Geltungsbereich dieses Gesetzes grundsätzlich alle (mit den Ausnahmen in § 1 Abs 2 FAGG) im Fernabsatz und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern umfasst, soll dies nun – mit Ausnahme der „Datenhingabungsverträge“ (so die Erläuterungen) nach § 1 Abs 1 Z 2 EntwFAGG – nur mehr für Verträge gelten, *„nach denen der Verbraucher zu einer Zahlung verpflichtet ist“*. Zwar werden mit dieser Formulierung derzeit wohl alle vertraglichen Interaktionen zwischen Unternehmern und Verbrauchern in diesem Bereich erfasst werden können, es ist jedoch nicht auszuschließen, dass angesichts der fortlaufenden technischen Entwicklungen in der Digitalisierung schon bald ein Sachverhalt zu beurteilen sein könnte, bei dem sich weder eine Pflicht zur „Zahlung“ noch eine „Hingabe personenbezogener Daten“ konkretisieren lässt. Da das Kriterium einer Pflicht zur „Zahlung“ auch von der „modernisierten“ Verbraucherrechte-RL nicht zwingend vorgegeben scheint, sollte hier besser auf eine „Gegenleistung“ abgestellt werden.

Positiv anzumerken ist an dieser Stelle die gegenüber der Textierung in der Verbraucherrechte-RL wesentlich schlankere und konzisere Fassung des § 1 Abs 1 Z 2 EntwFAGG betreffend die Geltung des FAGG (auch) für Verträge, in denen die Lieferung von digitalen Leistungen ohne körperlichen Datenträger gegen die Hingabe von personenbezogenen Daten des Verbrauchers vorgesehen ist. Es sollte zu keinen Auslegungsdivergenzen führen, dass in der Richtlinie von der „Bereitstellung“ von Daten statt von deren „Hingabe“ die Rede ist.

- **§ 3 EntwFAGG:** Anders als bei der Umsetzung der ModernisierungsRL im EntwUWG finden sich in § 3 Z 4 bis 6 EntwFAGG Definitionen der neu eingeführten Begriffe *„digitale Leistungen“*, *„digitale Inhalte“* und *„digitale Dienstleistung“*. Darüber hinaus sollen die in das Gesetz aufgenommenen – der adaptierten Verbraucherrechte-RL entsprechenden – Definitionen der Begriffe *„Kompatibilität“*, *„Funktionalität“* und *„Interoperabilität“* in Z 12, Z 13 und Z 14 einer von den EU-Vorgaben abweichenden Auslegung vorbeugen – was durchaus sinnvoll ist. Zum Begriff *„personenbezogene Daten“* in Z 7 verweist der Entwurf auf die DSGVO, wobei es hier nicht erforderlich scheint, über deren Jahreszahl, Nummer und amtliche Kurzbezeichnung hinaus deren vollständigen, sich über mehrere Zeilen erstreckenden Namen anzuführen.
- **§ 4 EntwFAGG:** Gemäß Art 6 Abs 1 lit c der Verbraucherrechte-RL (idgF) hat der Unternehmer gegebenenfalls auch *„die Anschrift und die Identität des Unternehmers anzugeben, in dessen Auftrag er handelt“*. In der vorliegenden Fassung des § 4 Abs 1 Z 3 lit a EntwFAGG fehlt diese Verpflichtung und scheint die Richtlinie in einem wesentlichen Punkt nicht umgesetzt. Wir regen daher – auch weil es sich dabei um eine in der Praxis wichtige Information handelt – eine entsprechende Ergänzung an.
- **§ 4a EntwFAGG:** Hier muss es in § 4a Abs 1 Z 2 bis 5 EntwFAGG im Sinne der Definition des Begriffs *„digitale Leistungen“* als Oberbegriff für *„digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen“* (in § 3 Z 4 EntwFAGG) konsequenterweise statt *„digitalen Inhalten“* jeweils heißen *„digitalen Leistungen“*.

In § 4a Abs 1 Z 5 EntwFAGG, der – über die EU-Vorgaben hinaus – dem Anbieter des Online-Marktplatzes zusätzliche Informationspflichten bei Produktvergleichen auferlegt, sollte der erste Halbsatz noch dahingehend näher konkretisiert werden, dass sich diese Verpflichtung nur auf Vergleichsergebnisse bezieht, die vom Anbieter des Online-Marktplatzes selber präsentiert werden.

Die Verpflichtung des Anbieters eines Online-Marktplatzes gemäß § 4a Abs 2 EntwFAGG zur zusätzlichen Aufklärung des Verbrauchers über seinen Vertragspartner und die diesbezügliche Inanspruchnahme der Regelungsoption nach Art 6a Abs 2 der Verbraucherrechte-Richtlinie (in ihrer durch die Modernisierungsrichtlinie geänderten Fassung) ist prinzipiell sinnvoll, allerdings sollte evtl noch geprüft werden, ob die Worte „zum frühestmöglichen Zeitpunkt“ hier nicht durch eine andere, „punktgenauere“ Formulierung ersetzt werden könnten.

- **§ 10 EntwFAGG:** Die Beschränkung auf Verträge mit einer Pflicht zur „Zahlung“ scheint hier – im Gegensatz zu § 1 Abs 1 Z 1 EntwFAGG – zutreffend.

Weder die Richtlinie noch der Umsetzungsentwurf sehen für die Bestätigung des Verbrauchers, „dass dieser den bei vollständiger Vertragserfüllung eintretenden Verlust seines Rücktrittsrechts zur Kenntnis genommen hat“ ein bestimmtes Formerfordernis vor. Entsprechend der (bestehenden) Regelung in § 10 FAGG (die für „Fernabsatzverträge oder außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge“ gilt), wonach das ausdrückliche Verlangen des Verbrauchers, schon während der Widerrufsfrist mit der Dienstleistung bzw Lieferung zu beginnen, auf einem „dauerhaften Datenträger“ zu erklären ist, wäre – um Missverständnisse zu vermeiden – noch klarzustellen, dass dieses Erfordernis auch für die Kenntnisnahme betreffend den Verlust des Rücktrittsrechts gilt.

- **§ 11 EntwFAGG:** Nach Art 9 Abs 1a der (modernisierten) Verbraucherrechte-Richtlinie kann ein Mitgliedstaat „zum Schutz der berechtigten Interessen der Verbraucher in Bezug auf aggressive oder irreführende Vermarktungs- oder Verkaufspraktiken“ Bestimmungen zur Verlängerung der Widerrufsfrist von 14 auf 30 Tage erlassen, wenn die Verträge im Zusammenhang mit „unerbetenen Besuchen eines Unternehmers in der Wohnung eines Verbrauchers“ oder im Zusammenhang mit Ausflügen geschlossen werden. Dass in Österreich von dieser Regelungsoption Gebrauch gemacht werden soll, ist durchaus zu begrüßen. Die ausführlichen Erläuterungen in den Materialien zur betreffenden Bestimmung (§ 11 EntwFAGG) belegen die ernsthafte Auseinandersetzung mit dem Problem „überfallsartiger“ Besuche und ist insbesondere der hier vorgenommenen, typisierenden Betrachtung der von der EU skizzierten Tatbestandsmerkmale „aggressiv“ und „irreführend“ in diesem Kontext jedenfalls zuzustimmen. Was die in den Erläuterungen zum Ausdruck gebrachte, weite Auslegung des Begriffs „Besuche in der Wohnung“ und die Miteinbeziehung von „Haustürgeschäften“ betrifft (bei denen die Schwelle zur Wohnungstür nicht überschritten wird), so sollte sich diese Interpretation uE noch im Rahmen der unionsrechtlichen Regelungsoption halten. Allenfalls könnte diese Sichtweise auch noch direkt im Gesetz abgebildet werden, indem man die Worte „oder einer unerbetenen Kontaktaufnahme an der Haustür“ an der geeigneten Stelle einfügt. Weiters wird nahegelegt, im ersten Satz die Wendung „auf einem Ausflug“ durch „im unmittelbaren Zusammenhang mit einem Ausflug“ zu ersetzen, um den Anwendungsbereich der Regelung nicht unnötig einzuschränken.

- **§ 14 EntwFAGG:** Hier wäre zu überlegen, die Regelung in Abs 7 der einfacheren Lesbarkeit halber – und gemäß der Aufteilung in der ModernisierungsRL – in zwei Absätze zu untergliedern: Der erste Absatz normiert die Pflicht des Unternehmers, die Daten auf Ersuchen des Verbrauchers bereit- bzw zurückzustellen; der zweite Absatz (dann: Abs 8) beschreibt, in welcher Art und Weise die Daten bereit- bzw zurückzustellen sind.
- **§ 16 EntwFAGG:** Entsprechend den (bestehenden) § 16 Abs 1 und 3 FAGG sollte auch der neue Absatz 5 dieser Bestimmung noch dahingehend ergänzt werden, dass sich diese Regelung auf einen Rücktritt des Verbrauchers (nach § 11 Abs 1 FAGG) von einem „*Vertrag über digitale Leistungen*“ bezieht.
- **§ 18 EntwFAGG:** Abgesehen davon, dass – wie schon zu § 1 Abs 1 EntwFAGG ausgeführt – auch in § 18 Abs 1 EntwFAGG generell besser auf eine „*Gegenleistung*“ statt auf eine „*Zahlung*“ abgestellt werden sollte, sind die neu überarbeiteten Ziffern 1 und 11 des § 18 Abs 1 EntwFAGG an der Grenze der Lesbarkeit. Die schon im Text der Modernisierungs-Richtlinie unübersichtliche Darstellung der (Änderungen bei den) Ausnahmen vom Rücktrittsrecht des Verbrauchers bei Dienstleistungen bzw digitalen Inhalten wurde leider auch in den vorliegenden Entwurf transponiert. Um dem Rechtsanwender das Verständnis dieser Bestimmungen zu erleichtern, sollte zumindest in Z 1 die Voraussetzung des „*ausdrücklichen Verlangens des Verbrauchers (§ 10) noch vor Ablauf der Rücktrittsfrist nach § 11 mit der Vertragserfüllung zu beginnen*“ in einem gesonderten Unterabsatz – ähnlich wie in § 18 Abs 1 Z 11 lit a (wo es um eine ausdrückliche „*Zustimmung*“ geht) – abgebildet werden. Weiters ließe sich auch das neue Kriterium, dass bei Fehlen einer Zahlungsverpflichtung (bzw Pflicht zur Leistung einer Gegenleistung) keine weiteren Voraussetzungen für den Entfall des Rücktrittsrechts bestehen, in einer eigenen Litera wohl besser darstellen als im „*Fließtext*“ der Ziffern 1 und 11.

§ 18 Abs 4 EntwFAGG scheint insofern unklar, als § 11 Abs 3 EntwFAGG, auf den in dieser Bestimmung verwiesen wird, eine Verlängerung der Rücktrittsfrist zum Gegenstand hat und dort (in den Ziffern 1 bis 4) Fälle aufgezählt werden, in denen diese Rechtsfolge eintreten soll. Es wird daher vorgeschlagen, diese Bestimmung wie folgt zu formulieren: „(4) *In den in § 11 Abs. 3 Z 1 bis 4 genannten Fällen gelten die Ausnahmen nach Abs. 1 Z 1 lit. a, Z 2, Z 3 und Z 5 nicht*“.

- **§ 19 EntwFAGG:** Die zusätzliche Verpflichtung des Anbieters eines Online-Marktplatzes, den Verbraucher gemäß § 4a Abs 2 EntwFAGG darüber aufzuklären, wer sein eigentlicher Vertragspartner ist, stellt aus unserer Sicht eine – wie bereits ausgeführt – durchaus sinnvolle Ergänzung der Richtlinie dar. Allerdings ist zu fragen, ob die damit verbundene Aufnahme dieser Verhaltensanforderung auch in den Katalog der Straftatbestände des neuen § 19 Abs 1 EntwFAGG, wo auf die „*gemäß § 4a gebotenen zusätzlichen Informationen*“ Bezug genommen wird, nicht ein unnötiges „*Gold Plating*“ (Übererfüllung von Unionsrecht) ist. Sofern man die ModernisierungsRL nicht dahingehend interpretiert, dass aufgrund des Wortlauts des Art 24 Abs 1 der (modifizierten) Verbraucherrechterichtlinie („*Die Mitgliedstaaten erlassen Vorschriften über Sanktionen, die bei Verstößen gegen die gemäß dieser Richtlinie erlassenen nationalen Vorschriften zu verhängen sind, ...*“) auch solche Tatbestände, die auf der Grundlage des Art 6a Abs 2 VerbraucherrechteRL von

den Mitgliedstaaten ergänzend hinzugefügt wurden, jedenfalls einer „Sanktionierung“ durch Strafen zuzuführen sind, würde aus unionsrechtlicher Sicht kein zwingender Grund bestehen, hier eine (Verwaltungs-)Strafe vorzusehen. Generell ist zu bedenken, dass es hier nicht mehr nur um Geldstrafen bis zu EUR 1.450.- geht, sondern gemäß dem neuen § 19 Abs 3 EntwFAGG unter bestimmten Umständen Geldstrafen bis zu einer Höhe von 4 % des Jahresumsatzes des Unternehmers verhängt werden können. Wir regen daher im Sinne einer – auch aus Gründen der Verhältnismäßigkeit gebotenen – restriktiven Auslegung des Art 24 Abs 1 VerbraucherrechteRL an, in § 19 Abs 1 Z 1a EntwFAGG das Paragrafenzitat „§ 4a“ durch „§ 4a Abs 1“ zu ersetzen und damit einen Verstoß gegen die betreffende Informationspflicht von einer Strafandrohung auszunehmen.

Zu Artikel 2 – Änderungen im Konsumentenschutzgesetz

- **§ 5a EntwKSchG:** Die Erläuterungen verweisen bezüglich des Inhalts der in dieser Bestimmung verwendeten Begriffe *digitale Inhalte*, *digitale Dienstleistung*, *Kompatibilität*, *Funktionalität* und *Interoperabilität* auf das VGG und das FAGG. Es wäre zu empfehlen, einen entsprechenden Verweis auch in das Gesetz selber aufzunehmen.
- **§ 32 EntwKSchG:** Wie bereits zu § 19 EntwFAGG ausgeführt, bezieht sich die unionsrechtliche Sanktionierungs-Vorgabe in Art 24 Abs 1 VerbraucherrechteRL grundsätzlich nur auf Verstöße gegen Vorschriften, die *gemäß dieser Richtlinie erlassen* wurden. Es ist daher nicht zu sehen, aus welchem Grund in § 32 Abs 5 EntwKSchG neben dem Tatbestand des § 32 Abs 1 Z 1 lit a KSchG (Verstoß gegen die Informationspflichten gemäß § 5a KSchG) auch die Tatbestände des § 32 Abs 1 Z 1 lit b KSchG (verspätete Warenlieferung gemäß § 7a KSchG) und des § 32 Abs 1 Z 2 KSchG (Ausfolgung einer Vertragsabschrift bei Wohnungssanierungen gemäß § 26d Abs 3 KSchG) der Strafandrohung (in Millionenhöhe) gemäß dieser Bestimmung unterstellt werden. Das Gleiche gilt für die Einbeziehung dieser Tatbestände in den neuen § 32 Abs 4 EntwKSchG betreffend die von der Richtlinie vorgegebenen Kriterien für die Strafbemessung. Den Erläuterungen ist dazu nichts zu entnehmen. Sollte es dafür keine plausible bzw zwingende Begründung geben, würden wir vorschlagen, diese Tatbestände aus dem Anwendungsbereich der entsprechenden Bestimmungen (§ 32 Abs 4 und 5 EntwKSchG) herauszunehmen.
- **§ 32a EntwKSchG:** Im Gegensatz zur parallelen Regelung im Entwurf für eine Änderung des § 23 UWG (durch das MoRUG II) wird in § 32a Abs 2 EntwKSchG für die Berechnung der Höhe der Strafe anhand des Jahresumsatzes des Unternehmers weder auf das vorausgegangene Geschäftsjahr noch auf „*die vom Verstoß betroffenen Mitgliedstaaten*“ abgestellt. Darüber hinaus sollte hier im Sinne einer einheitlichen Umsetzungs diktion die Formulierung „*Geldstrafen können bis zu ... betragen*“ statt „*Geldstrafen können bis zu ... erreichen*“ gewählt werden.

Für Fragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Michael Meyenburg eh
Präsident

Mag. Hannes Seidelberger eh
Generalsekretär