

An das
Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort
Abteilung III/5 (Wettbewerbspolitik und -recht)
Stubenring 1
1010 Wien

Via E-Mail wettbewerbspolitik@bmdw.gv.at

Wien, den 28.1.2022

Stellungnahme der ÖV zum Entwurf für ein MoRUG II zur Umsetzung der EU-Modernisierungs-RL

(Ihre Geschäftszahl: 2021-0.888.057)

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 Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 und das Bundesgesetz über die Auszeichnung von Preisen geändert werden (Zweites Modernisierungsrichtlinie-Umsetzungsgesetz – MoRUG II)** und nimmt zu dem Textvorschlag innerhalb der Begutachtungsfrist wie folgt Stellung:

1. Allgemeines

Die notwendige Umsetzung einer unionsrechtlichen „Modernisierung“ der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und der Richtlinie über Preisangaben ist für den österreichischen Gesetzgeber zwangsläufig eine Herausforderung. So sind neben sinnvollen und sachgerechten – vorwiegend der fortschreitenden Digitalisierung geschuldeten – Anpassungen auch Änderungen und Ergänzungen des nationalen Rechts vorzunehmen, die mit der bisherigen, grundsätzlichen Ausrichtung und Systematik des UWG nicht so einfach in Einklang zu bringen sind (siehe etwa auch die neu geschaffene Möglichkeit zur Verhängung von Geldstrafen bei „Verletzung von Verbraucherinteressen“). Manche Vorgaben der „Omnibus“-RL sind wiederum ohnedies durch den nationalen Rechtsrahmen abgedeckt (insbesondere im Bereich der irreführenden Geschäftspraktiken) und scheint hier der Wert einer weiteren, kasuistischen Ergänzung des UWG nicht wirklich gegeben.

Der vorliegende Entwurf übernimmt weite Teile der Änderungen in den betreffenden EU-Richtlinien wortwörtlich, was grundsätzlich durchaus zweckmäßig ist, um gerade in Bezug auf manche, sehr detailliert beschriebene Handlungsweisen und Tatbestände bzw konkrete Begriffsdefinitionen keine Zweifel an der korrekten Abbildung der Vorgaben im nationalen Recht entstehen zu lassen. Wie der Blick über die Grenze zeigt, wurden in Deutschland, wo die Omnibus-RL in diesem Bereich bereits mit dem „Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht“ umgesetzt wurde, bisweilen etwas „schlankere“ Formulierungen gewählt, ohne – soweit ersichtlich – den materiellen Gehalt der EU-Vorgaben zu schmälern. Es scheint bei der österreichischen Umsetzung daher nicht notwendig,

bei Verweisen auf EU-Richtlinien über deren Jahreszahl, Nummer und (soweit vorhanden) amtliche Kurzbezeichnung hinaus stets den vollen, sich oft über mehrere Zeilen erstreckenden Namen der Richtlinie im UWG wiederzugeben (vgl zB § 22 Abs 1 EntwUWG).

Zusätzlich zur Umsetzung der UGP-RL soll mit der Novelle auch **§ 14a Abs 1 EntwUWG** dahingehend ergänzt werden, dass die Post- und Telekommunikationsdienste auf Verlangen der klagebefugten Institutionen künftig auch das Geburtsdatum des Nutzers bekanntzugeben haben, was insbesondere die Ermittlung der Anschrift per Abfrage über das ZMR ermöglicht und nach Rückmeldungen aus der Praxis zur besseren Verfolgung unlauterer Geschäftspraktiken ausdrücklich begrüßt wird, weil bei Telekommunikationsdiensten oft nur Name und Geburtsdatum erfasst sind. Das schafft auch für diese Anbieter Rechtssicherheit bei ihrer Beauskunftung.

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 UWG

- **§ 1 Abs 4 Z 1 EntwUWG:** Während die neu eingefügten Worte „*Ranking*“ und „*Online-Marktplatz*“ in den Ziffern 9 und 10 gesetzlich definiert werden, wird zu „*digitale Dienstleistungen*“ und „*digitale Inhalte*“ lediglich – in den Erläuterungen – auf die Definition dieser Begriffe im FAGG idF des Entwurfs zum MoRUG I verwiesen. Da aufgrund der ständigen technischen Weiterentwicklungen in diesem Bereich mit schwierigen Abgrenzungsfragen zu rechnen ist (vgl zB die Differenzierung zwischen fortlaufender und einmaliger Bereitstellung von Inhalten), sollten die im FAGG geplanten Begriffsdefinitionen auch in das UWG ausgenommen werden, um zumindest klarzustellen, dass hier von demselben Begriffsverständnis auszugehen ist.
- **§ 1 Abs 4 Z 10 EntwUWG:** Hier muss es richtig heißen „*Online-Marktplatz*“.
- **§ 2 Abs 3 Z 3 EntwUWG:** Das bei der Entstehung der ModernisierungsRL vieldiskutierte Thema der „*Dual Quality*“ findet nun in § 2 Abs 3 EntwUWG („*ferner als irreführend*“ geltende Tatbestände) seinen Niederschlag. Dabei wurde der Richtlinienentwurf nahezu wörtlich übernommen. Hier wäre zu überlegen, die etwas ungewöhnliche Formulierung des Rechtfertigungsmaßstabes mit „*sofern dies nicht durch legitime und objektive Faktoren gerechtfertigt ist*“ durch „*sofern dies nicht sachlich gerechtfertigt ist*“ zu ersetzen bzw – sofern der Ausdruck „*legitime Faktoren*“ im Sinne von Vorgaben durch das nationale Recht verstanden werden soll – statt dem mehrdeutigen Wort „*legitim*“ eine konkretere Textierung zu wählen.
- **§ 2 Abs 6 Z 7 EntwUWG:** Der Betreiber eines Online-Marktplatzes hat den Verbraucher nach den Vorgaben der EU künftig generell darüber zu informieren, ob es sich bei einem Anbieter um einen Unternehmer handelt oder nicht. Daher gilt diese Information im Sinne der Umsetzung in § 2 Abs 6 EntwUWG in jedem Fall als „*wesentliche Information*“ gemäß § 2 Abs 4 UWG. Nach unserem Verständnis entspricht daher das Wort „*gegebenenfalls*“ am Beginn des Satzes nicht den Intentionen

der Richtlinie und kommt die damit eingeräumte Wahlmöglichkeit hier auch schon deshalb nicht in Betracht, weil – anders als zB bei Z 6, wo es nicht unbedingt ein Rücktritts- oder Widerrufsrecht geben muss – der Anbieter entweder ein Unternehmer ist oder nicht und daher die Information unabhängig von ihrem Inhalt jedenfalls zu erteilen ist.

Weiters wird angeregt, in der zweiten Zeile die Worte „einem Online-Marktplatz“ entweder auf „dem Online-Marktplatz“ oder auf „diesem Online-Marktplatz“ abzuändern.

Alternativ dazu könnte sich auch eine Formulierung gemäß der Umsetzung der RL im deutschen „Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht“ (vom 10.8.2021, dBGBI 2021 Teil I Nr. 53) empfehlen, wo der zweite Halbsatz § 5b Abs 1 Z 6 dUWG lautet: „*ob es sich bei dem Anbieter der Waren oder Dienstleistungen nach dessen eigener Erklärung gegenüber dem Betreiber des Online-Marktplatzes um einen Unternehmer handelt*“.

- **§ 2 Abs 6a EntwUWG:** Am Ende des ersten Satzes wäre noch zu ergänzen „*im Sinne des Abs. 4*“. Im Übrigen ist positiv anzumerken, dass mit der hier vorgeschlagenen Formulierung dem Zweck der Regelung besser entsprochen wird als mit dem Richtlinienentwurf, weil dieser – sinnwidrig – auch so interpretiert werden kann, dass die Einblendung der Suchergebnis-Parameter auf der Online-Benutzeroberfläche Voraussetzung dafür ist, um diese Information als wesentlich zu betrachten.
- **§ 2 Abs 6b EntwUWG:** Auch hier ist am Ende des Satzes noch zu ergänzen „*im Sinne des Abs. 4*“. Weiters scheint das Verhältnis dieser Bestimmung zum neuen Tatbestand in Z 23b des Anhangs zum UWG nicht ganz klar, wonach es jedenfalls als irreführend im Sinne des § 2 UWG gelten soll, wenn behauptet wird, dass *Bewertungen eines Produkts von Verbrauchern stammen, die das Produkt tatsächlich verwendet oder erworben haben, ohne dass angemessene und verhältnismäßige Schritte unternommen wurden, um zu prüfen, ob die Bewertungen wirklich von solchen Verbrauchern stammen*. So würde ein Unternehmer, der Verbraucherbewertungen zugänglich macht und offen darüber informiert, dass er nicht sicherstellt, dass die veröffentlichten Bewertungen von Verbrauchern stammen, die die Produkte tatsächlich verwendet oder erworben haben, zwar seinen Informationspflichten gemäß § 2 Abs 6b EntwUWG nachkommen (vgl. „ob ... er sicherstellt“), könnte zugleich aber gegen das per-se-Verbot der Z 23b des Anhangs zum UWG verstoßen, weil nicht angemessene und verhältnismäßige Schritte unternommen wurden, um zu prüfen, ob die Bewertungen wirklich von solchen Verbrauchern stammen.

Gleiches könnte gelten, wenn der Unternehmer, der Verbraucherbewertungen zugänglich macht, zwar über entsprechende Sicherstellungsmaßnahmen informiert, diese aber nicht als „angemessene und verhältnismäßige Schritte“ anzusehen sind. Um hier ein mögliches Spannungsverhältnis zu entschärfen, sollte in einer der beiden Bestimmungen noch entsprechend herausgearbeitet werden, dass das „Zugänglichmachen von Verbraucherbewertungen von Produkten“ im Sinne des § 2 Abs 6b EntwUWG nicht mit der „Behauptung, dass Bewertungen eines Produkts von Verbrauchern stammen, die das Produkt tatsächlich verwendet oder erworben haben“ im Sinne des Z 23b des Anhangs zum UWG gleichzusetzen ist oder eine solche Behauptung impliziert.

- **§ 16 EntwUWG:** Während § 16 Abs 1 und 2 UWG in ihrer derzeitigen Fassung lediglich den „Umfang der Schadenersatzpflicht“ (Überschrift) bei Schadenersatzansprüchen nach dem UWG bestimmen, soll mit § 16 Abs 1 EntwUWG eine eigene, dem Art 11a Abs 1 der RL 2005/29/EG (UGP-RL) entsprechende Anspruchsgrundlage für Schadenersatzansprüche von Verbrauchern geschaffen werden. Nachdem es bei der geplanten Ausgestaltung dieses Schadenersatzanspruchs in der ÖV zu keiner einheitlichen Einschätzung gekommen ist, werden entsprechende Stellungnahmen dazu gegebenenfalls außerhalb unserer Vereinigung erfolgen.

§ 23 EntwUWG: Da mit dieser Bestimmung der Art 13 Abs 3 lit b UGP-RL umgesetzt wird, welcher sich auf Geschäftspraktiken bezieht, die „*keinen Verstoß gemäß Buchstaben a*“ darstellen (gemeint ist: keine Verstöße gegen die Artikel 6, 7, 8 und 9 sowie gegen Anhang I der Richtlinie) und Art 5 UGP-RL durch § 1 Abs 1 Z 2 UWG umgesetzt wurde, sollte der erste Halbsatz des ersten Satzes wie folgt formuliert werden: „*Nach rechtskräftiger gerichtlicher Feststellung eines Verstoßes gegen § 1 Abs 1 Z 2 UWG kann nach ...*“. Damit wäre zugleich (noch einmal) klargelegt (wie dies auch in den Erläuterungen sinngemäß ausgeführt wird und an sich schon aus der Bezugnahme auf die EO ableitbar wäre), dass es für die Verhängung einer Strafe wegen Fortsetzung bzw Wiederholung einer unlauteren Geschäftspraktik nach dieser Bestimmung (§ 23 EntwUWG), wonach eine – im Einzelfall möglicherweise erhebliche – Abweichung von dem in § 359 Abs 1 EO festgelegten Höchstbetrag für einen Strafantrag zur Anwendung gelangen kann, jedenfalls einer vorherigen gerichtlichen Feststellung eines UWG-Verstoßes bedarf.

- **Anhang Z 23c:** Die von der ModernisierungsRL wörtlich übernommene Formulierung „*Die Abgabe gefälschter Bewertungen oder Empfehlungen von Verbrauchern ...*“ könnte sich als zu eng erweisen. In Anlehnung an die Umsetzung in Deutschland wird vorgeschlagen, den (gesamten) Tatbestand wie folgt zu formulieren: „*die Verwendung, Abgabe, Veröffentlichung, Übermittlung oder Beauftragung gefälschter Verbraucherbewertungen oder -empfehlungen, sowie die falsche Darstellung oder Manipulation von Verbraucherbewertungen oder -empfehlungen in sozialen Medien zu Zwecken der Verkaufsförderung*“.

Weiterer Änderungsvorschlag

Die Novellierung des UWG im Zuge des MoRUG II könnte zum Anlass genommen werden, die folgende Bestimmung ersatzlos zu streichen.

- o **Anregung der Streichung von § 9c UWG:** § 9c UWG verbietet eine irreführende Geschäftspraktik, die das wirtschaftliche Verhalten von Verbrauchern beeinflussen kann, ohne dass zu prüfen wäre, ob das im konkreten Fall auch tatsächlich zutrifft. Die Bestimmung stellt somit ein per-se-Verbot dar, welches in den durch die UGP-RL voll harmonisierten Bereich fällt, ohne durch die „schwarze Liste“ im Anhang der UGP-RL bzw im Anhang des UWG gedeckt zu sein. In der geltenden Fassung ist sie daher nicht unionsrechtskonform. Da dieser Norm wegen des allgemeinen Irreführungstatbestandes des § 2 UWG auch kein eigener Anwendungsbereich verbleibt und die Bestimmung überdies seit 25 Jahren in der (veröffentlichten) Rechtsprechung nicht mehr thematisiert wurde, empfehlen wir deren ersatzlose Streichung.

Zu Artikel 2 – Änderungen im PrAG

- **§ 9a EntwPrAG:** Diese schon im Vorfeld des vorliegenden Entwurfs vieldiskutierte Änderung der Richtlinie 98/6/EG betreffend die Ankündigung von Preisermäßigungen wirft auch in der Fassung des nationalen Umsetzungsentwurfs im Rahmen des Preisauszeichnungsgesetzes (PrAG) weiterhin Fragen auf. So scheint zwar gegenüber dem – nicht durch Erwägungsgründe erläuterten – Text der EU-Vorgabe nun durch die Formulierung „*zumindest einmal innerhalb eines Zeitraums von 30 Tagen ... verlangt*“ klargestellt, dass der anzugebende, „*vorherige niedrigste Preis*“ nicht über einen Zeitraum von (mindestens) 30 Tagen vor der Preisermäßigung verlangt werden musste, sondern nur „einmal“ innerhalb von 30 Tagen vor der Preisermäßigung. Allerdings ist unklar, ob dies auch für den (gemäß dem zweiten Satz des § 9a Abs 1 EntwPrAG) im Falle einer „*schrittweise ansteigenden Preisermäßigung*“ anzugebenden, „*nicht ermäßigten niedrigsten Preis vor der ersten Anwendung der Preisermäßigung*“ gilt und somit auch dieser zumindest einmal innerhalb eines Zeitraums von 30 Tagen davor verlangt werden musste. Die Erläuterungen scheinen dies zu belegen und sollte daher gegebenenfalls auch im Gesetzestext selber eine entsprechende Ergänzung vorgenommen werden.

Nach den Materialien (Seite 11, dritter Absatz) sollen viele Arten von Preisgegenüberstellungen nicht von der Regelung erfasst sein. So soll diese etwa nicht gelten für Preisermäßigungen für ganze Produktgruppen oder das gesamte Sortiment, nicht angekündigte Eröffnungspreise oder Sonderpreise, angekündigte Ermäßigungen durch Treueprogramme oder Gutscheine, bei denen nicht genau identifizierte Produkte, sondern Produktkategorien zu einem ermäßigten Preis angeboten werden, etc. Da sich diese Ausnahmen aus dem vorliegenden Textentwurf nicht unmittelbar ableiten lassen, wäre dringend anzuraten, die Bestimmung durch eine möglichst klare und erschöpfende Liste von Ausnahmetatbeständen zu ergänzen, um dem Rechtsanwender eine brauchbare Orientierung zu dieser ohnehin schwierig auszulegenden Regelung an die Seite zu stellen.

Dies gilt insbesondere im Hinblick darauf, dass nach den Erläuterungen auch Preisvergleiche mit „unverbindlichen Verkaufspreisen“ nicht von der Neuregelung erfasst sein sollen – was insofern noch überdacht werden könnte, als die Bezugnahme auf den unverbindlich empfohlenen Richtpreis des Herstellers im Rahmen der Statt-Preis-Werbung bestimmter Anbieter geradezu eine zentrale Marketingstrategie darstellt. Will man trotz des damit verbundenen Irreführungspotentials (Bezugnahme auf einen Herstellerlistenpreis bei einem Reduktionsangebot, obwohl der vorherige eigene Verkaufspreis schon lange wesentlich niedriger gewesen ist) diese Art der Preisvergleiche nicht von dieser Neuregelung erfasst sehen, so sollte das auch im Gesetz entsprechend klar zum Ausdruck gebracht werden.

Für Fragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Michael Meyenburg (Präsident) eh
Präsident

Mag. Hannes Seidelberger (Generalsekretär) eh
Generalsekretär