

An das
Bundesministerium für Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien

Abteilung für Rechtspolitik
Wiedner Hauptstraße 63 | 1045 Wien
T 05 90 900DW | F 05 90 900233
E rp@wko.at
W wko.at/rp

per E-Mail: team.z@bmj.gv.at
per Webformular:
Parlamentarisches Begutachtungsverfahren

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom
2021-0.888.274
24.12.2021

Unser Zeichen, Sachbearbeiter
Rp 30/2022/MSt/ZI
Mag. Huberta Maitz-Straßnig

Durchwahl
4296

Datum
24.1.2022

Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz und das Konsumentenschutzgesetz geändert werden (Modernisierungsrichtlinie-Umsetzungsgesetz - MoRUG); Stellungnahme

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Wirtschaftskammer Österreich dankt für die Übermittlung des Ministerialentwurfs des Modernisierungsrichtlinie-Umsetzungsgesetzes. Wir nehmen zu diesem wie folgt Stellung:

I. Allgemeines

Der vorliegende Entwurf dient der Umsetzung der Modernisierungs-Richtlinie (RL 2019/2161/EU mit der unter anderem die Verbraucherrechte-Richtlinie (VRR, RL 2011/83/EU) und die Richtlinie über missbräuchliche Klauseln (RL 93/13/EWG) geändert wurde. Schwerpunkt der Änderungen durch den EU-Gesetzgeber waren ua die Schaffung von spezifischen Informationspflichten für Online-Marktplätze, Änderung von sonstigen Informationspflichten, Erfassung von „Datenhängeungsverträgen“ und die Verankerung von Durchsetzungsbestimmungen.

Die EU-rechtlichen Änderungen bewirken jedenfalls eine weitere Stärkung des Verbraucherschutzes, der ohnehin schon bisher ein hohes Niveau aufweist, und sind mit einer weiteren Erhöhung der Komplexität der Rechtslage verbunden. Die Notwendigkeit der Umsetzung von EU-rechtlichen Vorgaben, die eine Änderung des FAGG und des KSchG erfordern, steht aber außer Frage. Bei verschiedenen Bestimmungen sehen wir aber Möglichkeiten bzw. Erfordernisse, die Verständlichkeit im Interesse der Anwendung in der Praxis ua durch entsprechende Klarstellungen zu verbessern. Diesbezüglich sind aber auch sektorspezifische verbraucherschutzrechtliche Entwicklungen im Telekommunikationsbereich zu berücksichtigen, die Anpassungen unabhängig von der zur Umsetzung anstehenden Modernisierungs-Richtlinie erforderlich machen.

II. Im Detail

Zu Artikel 1 (Änderung des Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetzes)

Zu § 4 (Informationspflichten)

Gemäß § 4 Abs 1 Z 2 wird die Angabe einer Telefonnummer nunmehr verpflichtend vorgesehen. Dies entspricht einerseits der bestehenden OGH-Judikatur zu den Informationspflichten nach den ECG sowie der Vorgabe der Richtlinie. Dennoch weisen wir darauf hin, dass die Angabe einer Telefonnummer für Kleinstbetriebe, welche einen Webshop betreiben, durchaus problematisch sein kann, weil die Erreichbarkeit über Telefon Schwierigkeiten bereiten kann. Die bloße alternative Angabe einer Telefonnummer wäre daher der sinnvollere Weg, insbesondere weil zunehmend als Alternative zu einer E-Mail-Adresse sehr oft Messenger-Dienste, wie WhatsApp, verwendet werden.

Wir regen daher zumindest eine Klarstellung in den Erläuterungen an, dass ein Telefonkontakt auch über Messenger-Dienste oder per SMS möglich ist. Damit könnte auf der Webseite die Telefonnummer in Kombination mit dem Hinweis auf den Messenger-Dienst genannt werden.

Zu § 4a (Informationspflichten für Online-Marktplätze)

Abs 1 Z 1

Bei der Statuierung gesetzlicher Verpflichtungen sollte nicht nur auf Richtlinienbestimmungen verwiesen werden, da dies die Lesbarkeit und die Verständlichkeit der Bestimmungen erschwert. So wird etwa in § 4a Abs 1 Z 1 hinsichtlich der Definition von „Rankings“ ein Verweis auf Art 2 Abs 1 lit m der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-RL) vorgenommen.

Die UGP-RL wurde durch die nun gegenständlich in Umsetzung befindliche Modernisierungs-Richtlinie dahingehend geändert, dass gerade der zitierte Art 2 Abs 1 lit m neu eingefügt wurde. In der Stammfassung der Richtlinie, die in § 4a Abs 1 Z 1 zitiert wird, findet sich diese „lit m“ somit gerade nicht. Das Auffinden der korrekten Bestimmung ist damit jedenfalls für nicht mit der Materie vertraute Experten durchaus mit Schwierigkeiten verbunden. Dies wäre aber im konkreten Fall durch eine kleine Änderung leicht vermeidbar. Wir regen daher in diesem Sinne an, den Inhalt von Art 2 Abs 1 lit m der RL 2005/29/EG, somit die Definition von „Ranking“, in Definitionen des § 3 FAGG aufzunehmen.

Abs 1 Z 3

Nach Abs 1 Z 3 muss - für den Fall, dass es sich bei dem Drittanbieter nicht um einen Unternehmer handelt - seitens des Marktplatzes angegeben werden, dass „die im Verbraucherschutzrecht der Union verankerten Verbraucherrechte“ keine Anwendung finden. Die Vorgabe entspricht den Vorgaben der umzusetzenden Richtlinie, könnte aber im Umkehrschluss so missverstanden werden, dass die nationalen Verbraucherrechte doch gelten würden. Dies ist aber nicht der Fall, denn auch das nationale Verbraucherschutzrecht kommt etwa bei einem C2C-Verkauf nicht zur Anwendung. Dies könnte uU dadurch zum Ausdruck gebracht werden, generell von „Verbraucherschutzrechten“ zu sprechen oder vom „Verbraucherschutzrecht inklusive den in der EU verankerten Verbraucherrechten“.

Abs 3

Die Vorgabe dürfte ua angesichts des unbestimmten Begriffs des „frühestmöglichen Zeitpunkts“ Auslegungsprobleme hervorrufen. So wurde etwa die Frage aufgeworfen, ob es dabei um das Erfordernis einer generellen Erklärung geht (Beispiel: „Vertragspartner und Betreiber des Online-Marktplatzes müssen nicht identisch sein“), die wohl am ehestens „ganz früh“ erfolgen könnte oder um eine konkretere, aber doch „spätere“ Information, etwa bei den nach der Eingabe in der Suchfunktion aufscheinenden Produkten.

Das im Entwurf vorgesehene Erfordernis, die Information noch einmal unmittelbar vor der Vertragserklärung des Verbrauchers anzuführen, erscheint uns in der vorgeschlagenen Form ebenfalls problematisch, weil dadurch im Ergebnis die ohnehin bereits sehr umfangreichen Informationspflichten des § 8 FAGG, um ein weiteres Kriterium ergänzt werden.

Weiters stellt sich aber auch die Frage, ob die Vorgabe, dass diese Information „ein weiteres Mal unmittelbar bevor der Verbraucher seine Vertragserklärung abgibt“ angegeben werden müsste, richtlinienkonform wäre. Die Richtlinie ermöglicht zwar zusätzliche vorvertragliche Informationspflichten für Marktplätze, die Regelungsoption umfasst aber nicht Art 8 VRRL (Button Lösung). Die Informationspflichten und die Formalerfordernisse des Art 8 Abs 2 VRRL sind vielmehr unverändert geblieben und wurden nicht mit einer Regelungsoption versehen. Die unmittelbar vor „Drücken des Kauf-Buttons“ zu gebenden Informationen sind somit weiterhin vollharmonisiert.

Zu § 9 FAGG idgF (Besondere Erfordernisse bei telefonisch geschlossenen Verträgen)

Der gegenständliche Entwurf beinhaltet keine Änderung des geltenden § 9 FAGG. Wir sehen aber auf Grund verbrauchsrechtlicher Entwicklungen im Telekommunikationsrecht Handlungsbedarf:

Durch das seit 1. November 2021 anwendbare Telekommunikationsgesetz (kurz „TKG 2021“) wurde basierend auf Artikel 102 der Richtlinie (EU) 2018/1972 (EECC) für Anbieter öffentlich zugänglicher Kommunikationsdienste ua die Verpflichtung eingeführt, Verbrauchern „klare und leicht lesbare Vertragszusammenfassungen“ bereit zu stellen.

§ 129 Abs 4 TKG 2021 regelt ganz klar, dass die Erteilung dieser Informationen eine aufschiebende Bedingung für das Zustandekommen des Vertrages darstellt. Ebenso sieht Abs 5 dieser Bestimmung eine konkrete Regelung für den Fall vor, dass es aus objektiven technischen Gründen nicht möglich ist, die Vertragszusammenfassung vor Abschluss des Vertrages zur Verfügung zu stellen, wobei als Beispiel hierfür auch ein telefonischer Vertragsabschluss genannt wird (vgl EB zu § 129 Abs 5). In diesem Fall wird der Vertrag erst wirksam, wenn der Verbraucher nach der nachträglichen Übermittlung und dem Erhalt der Vertragszusammenfassung sein Einverständnis bestätigt hat.

§ 9 Abs 2 FAGG - basierend auf einer Öffnungsklausel der RL 2011/83/EU (Verbraucherrechte-RL, VRRL) - regelt bei einem Fernabsatzvertrag über eine Dienstleistung, der während eines vom Unternehmer eingeleiteten Anrufs ausgehandelt wurde, dass der Verbraucher erst gebunden ist, wenn der Unternehmer dem Verbraucher eine Bestätigung seines Vertragsanbots auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung stellt und der Verbraucher dem Unternehmer hierauf eine schriftliche Erklärung über die Annahme dieses Anbots auf einem dauerhaften Datenträger übermittelt. Nach dem Wortlaut des § 9 FAGG sind sohin auch Verträge über öffentliche Kommunikationsdienste gemäß § 4 Z 4 TKG 2021 umfasst, sofern diese im Zuge von sog Outbound calls abgeschlossen werden.

Seit der Einführung des § 129 Abs 4 und 5 TKG 2021 in nationales Recht liegt sohin bei Verbrauchergeschäften im Kommunikationssektor nicht nur eine offensichtliche Überregulierung vor, sondern es konkurrieren nun zwei dem Übereilungsschutz dienende Bestimmungen miteinander, welche unterschiedliche inhaltliche Voraussetzungen an die Wirksamkeit telefonischer Verkaufsabschlüsse stellen.

Sowohl für Anbieter öffentlicher Kommunikationsdienste als auch Verbraucher ist daher nach der Wortauslegung nicht abschließend feststellbar, welche Regelungen auf diese Vertragsabschlüsse zur Anwendung gelangen. Konkret also, ob die Voraussetzungen des TKG 2021 (Vertragszusammenfassung, Bestätigung) oder des FAGG (Vertragsanbot auf dauerhaftem Datenträger, schriftliche Erklärung auf dauerhaftem Datenträger) einzuhalten sind.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass bereits auf Unionsebene Art 102 Abs 3 UAbs 4 EECC als *lex specialis* die Öffnungsklausel des Art 8 Abs 6 VRRRL derogiert, die die Grundlage für die Sonderbestimmungen des § 9 Abs 2 FAGG für telefonische Fernabsatzverträge bildet. Rechtlich folgt dies aus Art 3 Abs 2 der RL 2011/83/EU, welcher sektorspezifischen Regelungen den Vorrang einräumt. Auf nationaler Ebene ist der Vorrang sektorspezifischer Bestimmungen in allgemeiner Form in § 1 Abs 4 FAGG festgelegt.

Zudem sind die hier relevanten sektorspezifischen Bestimmungen vollharmonisiert. Den Mitgliedstaaten ist es gemäß Art 101 EECC ausdrücklich untersagt, im nationalen Recht Bestimmungen beizubehalten oder einzuführen, die von den Art 102 bis 115 EEECC abweichen. Die Mitgliedstaaten hätten derartige von der Vollharmonisierung abweichende Bestimmungen der Kommission bis 21. Dezember 2019 zu melden gehabt und grundsätzlich während einer Übergangsfrist weiter anwenden können. Allerdings ist diese Übergangsfrist gemäß Art 101 Abs 2 EECC am 21. Dezember 2021 ausgelaufen.

Es kann nur im Interesse aller liegen, diese unübersichtliche Gesetzeslage und die damit verbundene Rechtsunsicherheit zu bereinigen. Denn auch Verbraucherschutzwägungen stehen einer solchen Bereinigung, die europarechtlich geboten ist, nicht entgegen. Dem von § 9 Abs 2 FAGG intendierten Übereilungsschutz und dem Informationsbedürfnis der Verbraucher wird durch die Bestimmungen im TKG ausreichend Rechnung getragen und die Einhaltung der Bestimmungen ist durch die Aufsichtsbehörden des Telekomsektors gewährleistet.

Um somit den geänderten unionsrechtlichen Vorgaben zu entsprechen und Rechtssicherheit sowie eine transparente, verständliche Gesetzeslage zu gewährleisten, wäre eine entsprechende Klarstellung in § 9 FAGG zu treffen. Wir schlagen dafür als neuen § 9 Abs 3 FAGG folgende Formulierung vor:

„Abs 2 gilt nicht für öffentliche Kommunikationsdienste gemäß § 4 Z 4 TKG 2021 mit Ausnahme von M2M-Übertragungsdiensten gemäß § 4 Z 37 TKG 2021.“

Zu § 10 (Vertragserfüllung vor Ablauf der Rücktrittsfrist)

In § 10 wird nun - in Umsetzung des Art 8 Abs 8 Verbraucherrechte-Richtlinie - auch das Erfordernis verankert, dass der Verbraucher (allenfalls) eine Bestätigung abzugeben hat, wonach er den Verlust seines Rücktrittsrechts zur Kenntnis nimmt. Faktisch hat sich dies bereits jetzt aus der Formulierung des § 18 Abs 1 Z 1 FAGG für den Entfall des Rücktrittsrechts ergeben.

Die Erläuterungen stellen hinsichtlich der geänderten Bestimmung zutreffend klar, dass das allfällige Fehlen einer solchen „Kenntnisbestätigung“ nicht dazu führt, dass der Anspruch auf das anteilige Entgelt gemäß § 16 Abs 1 im Falle des Rücktritts nach Beginn der Leistungserbringung entfallen würde.

Es wird angeregt, dies auch im Gesetz leichter nachvollziehbar zum Ausdruck zu bringen. Dies wäre dadurch möglich, dass das Erfordernis einer Bestätigung über die Kenntnisnahme vom Entfall des Rücktrittsrechts in einem eigenen § 10 Abs 2 geregelt wird, während § 16 Abs 1 FAGG dahingehend abgeändert wird, dass er (im Ergebnis wie bisher) nur auf § 10 Abs 1 verweist.

Zu § 11 Abs 3 (Rücktrittsrecht und Rücktrittsfrist) iVm § 18 Abs 4

Nach dem vorgeschlagenen Abs 3 sollen - in Wahrnehmung von entsprechend neu geschaffenen Regelungsoptionen der Richtlinie - für verschiedene Fallkonstellationen künftig eine 30-tägige Rücktrittsfrist vorgesehen werden und gemäß § 18 Abs 4 bestimmte Ausnahmen vom Rücktrittsrecht nicht greifen. Erkennbar ist, dass die Tatbestände bzw Fallkonstellationen von den Erwägungsgründen der Richtlinie inspiriert sind. Auf einen Regelungsbedarf insofern, dass es in diesen Fällen zu tatsächlichen Problemen gekommen wäre, scheinen sich diese dagegen nicht zu gründen, zumal diesbezüglich den Erläuterungen nichts zu entnehmen ist.

Der Schutz „schwarzer Schafe“ ist kein Anliegen der Wirtschaft, das darf klarstellend angemerkt werden. Allerdings kann die Schaffung von zusätzlichen, zwingenden Regelungen ohne Regelungsnotwendigkeit, nur um bietende Verbraucherschutzoptionen einer Richtlinie zu nutzen, vom Grundsatz her nicht als sinnvoller Ansatz betrachtet werden.

Jedenfalls ergeben sich mit derartigen Bestimmungen auch Probleme für Fälle, auf die die Bestimmung eigentlich nicht abzielt:

So kann sich die Frage, ob es sich um einen „unerbetenen“ Besuch handelt, an den die vorgeschlagenen Tatbestände anknüpfen, zB im Falle von „Folgeaufträgen“, stellen. Damit sind Vertragsabschlusskonstellationen gemeint, bei denen der Unternehmer den Verbraucher auf dessen Wunsch hin aufsucht (insofern also kein unerbetener Besuch vorliegt), aber anlässlich der durchzuführenden Arbeiten (eventuell sogar auf Basis bestehender werkvertraglicher Warnpflichten) weitere Folgeaufträge erteilt werden. Für derartige Fälle sollte jedenfalls klargestellt werden, dass es sich nicht um „unerbetene Besuche“ handelt.

Zu § 11 Abs 3 Z 3 wurde etwa auch die Frage aufgeworfen, ob sich der Satzbestandteil „im Beisein des Unternehmers“ auf den Vertragsabschluss oder die Zahlung des Entgelts bezieht. Bei diesem Tatbestand des § 11 Abs 3 Z 3 sollte die Regelungsoption auch nicht dahingehend wahrgenommen werden, dass zusätzlich zur Verlängerung der Rücktrittsfrist auch die Ausnahmen vom Rücktrittsrecht entfallen. Insbesondere sollten weiterhin jedenfalls die Ausnahme für bereits vollständig erbrachte Dienstleistungen (§ 18 Abs 1 Z 1 lit a neu FAGG), die Ausnahme hinsichtlich der nach Kundenspezifikation angefertigten Waren (§ 18 Abs 1 Z 3 FAGG) sowie die Ausnahme für versiegelt gelieferte Waren (§ 18 Abs 1 Z 5 FAGG) unberührt bleiben.

Zu § 18 (Ausnahmen vom Rücktrittsrecht)

Die Regelung des Abs 1 Z 1 lit b, wonach im Fall des vom Verbraucher angeforderten Besuchs zur Durchführung von Reparaturarbeiten keine gesonderte Bestätigung über den Entfall des Rücktrittsrechts vorgesehen ist, ist auch unter dem Blickwinkel der Nachhaltigkeit ein sinnvoller Ansatz.

Zu § 19 (Strafbestimmungen)

Es ist anzuerkennen, dass sich das Bundesministerium für Justiz um eine möglichst umsichtige Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie bemüht und sich der Entwurf auf die notwendige Umsetzung beschränkt.

Zu § 20 (Inkrafttreten)

Die Richtlinie hat die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Umsetzung bis zum 28. November 2021 vorzunehmen. Um den Unternehmen die notwendigen Anpassungen zu ermöglichen, hat der europäische Gesetzgeber im Ergebnis eine Legisvakanz von sechs Monaten statuiert.

Es kann dahingestellt bleiben, aus welchen Gründen es bei der Umsetzung zu einer Verzögerung gekommen ist. Jedenfalls erfordern die neuen Vorgaben durchaus größere Anpassungsmaßnahmen durch die Unternehmen. Es ist daher nicht zumutbar, dass die Bestimmungen am 28. Mai 2022 in Kraft treten, wie dies im Entwurf vorgesehen ist. Vielmehr ist - wie von der Richtlinie intendiert - den Unternehmen eine sechsmonatige Legisvakanz einzuräumen und ein Inkrafttreten sechs Monate nach Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt vorzusehen.

Zu Anhang I Teil A (Musterwiderrufsbelehrung)

In Umsetzung der Richtlinienvorgaben ist auch die im Anhang I Teil A enthaltene Musterwiderrufsbelehrung zu adaptieren. Unabhängig von diesen vorgeschlagenen Änderungen möchten wir folgende Thematik hinsichtlich dieses Musters in Erinnerung rufen:

Die Musterwiderrufsbelehrung enthält je nachdem, ob mehrere Waren in einer Sendung oder mehrere Sendungen geliefert werden, drei unterschiedliche Varianten (Textbausteine) und verlangt vom Anwender, dass abhängig vom jeweiligen Vertrag der jeweils korrekte Textbaustein ausgewählt werden soll. Allerdings stellt sich in der Regel erst im Zuge der konkreten Bestellung heraus, welche und wie viele Produkte der Konsument bestellt und damit ob bzw in welchem Umfang Teillieferungen erfolgen werden. Im Zweifel müssten daher drei Widerrufbelehrungen verwendet werden. Die Thematik wurde von uns schon im Zuge der Richtlinienwerdung aufgezeigt, aber im Rahmen derselben nicht behandelt. Abgesehen davon, dass dieser Aspekt auch in der Richtlinie selbst einer Lösung zugeführt werden sollte, regen wir eine Klarstellung in den Erläuterungen an, wonach die Belehrung auch dergestalt erfolgen kann, dass die drei Varianten der Textbausteine zu einer Formulierung mit dem Hinweis zusammengefasst werden, dass die jeweilige Variante abhängig vom konkreten Bestellwunsch gilt.

Zu Artikel 2 (Änderung des Konsumentenschutzgesetzes)

Zu § 32 Abs 4 und 5 (bei der Strafbemessung zu berücksichtigenden Umständen)

Möglicherweise nur einem Redaktionsversehen geschuldet, erscheint uns der Verweis in § 32 Abs 4 und 5 KSchG auf „Abs 1 Z 2“. Diese Bestimmung (jedenfalls idgF) sanktioniert den Verstoß gegen § 26d Abs 3 KSchG (Pflicht zur Ausfolgung einer Vertragsurkunde bei Wohnungsverbesserungsverträgen). Nach der Modernisierungs-RL besteht uE keine Notwendigkeit auch diese Bestimmungen in das neue Regime einzubeziehen.

Zu § 41 a Abs 36 (Inkrafttreten)

Wir verweisen diesbezüglich auf unsere Ausführungen zu § 20 FAGG und sprechen uns auch hier für ein Inkrafttreten sechs Monate nach Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt aus.

III. Zusammenfassung

Es ist positiv zu würdigen, dass der vorliegende Entwurf sich bei wesentlichen Punkten auf die gebotene Umsetzung fokussiert und insbesondere hinsichtlich der Sanktions- bzw Durchsetzungsbestimmungen auf eine umsichtige Anpassung des nationalen Rechts an die EU-Vorgaben abzielt. Einzelne Klarstellungen, die wir anregen, würden die Anwendung in der Praxis erleichtern. Jedenfalls Rechnung zu tragen ist den neuen Verbraucherschutzrechtlichen Rahmenbedingungen im Telekommunikationsrecht in § 9 FAGG. Zu ändern sind auch die Inkrafttretensbestimmungen dahingehend, dass den Unternehmen zumindest eine sechsmonatige Frist für die Anpassung an die neue Rechtslage verbleibt.

Wir ersuchen um Berücksichtigung unserer Anmerkungen. Diese Stellungnahme wird auch per Webformular im Rahmen des parlamentarischen Begutachtungsverfahrens übermittelt.

Freundliche Grüße

Dr. Harald Mahrer
Präsident

Karlheinz Kopf
Generalsekretär