

An das
Bundesministerium für Justiz
Abteilung I2 (Sachen-, Schuld- und Wohnrecht)
Museumstraße 7
1070 Wien

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

Wien, am 31. Jänner 2022

STELLUNGNAHME DER ISPA ZUM ENTWURF EINES BUNDESGESETZES, MIT DEM DAS FERN- UND AUSWÄRTSGESCHÄFTE-GESETZ UND DAS KONSUMENTENSCHUTZGESETZ GEÄNDERT WERDEN (MODERNISIERUNGSRICHTLINIE-UMSETZUNGSGESETZ MORUG)

Sehr geehrte Damen und Herren,

Die ISPA erlaubt sich, im Rahmen des vorparlamentarischen Begutachtungsverfahrens zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz und das Konsumentenschutzgesetz geändert werden (Modernisierungsrichtlinie-Umsetzungsgesetz – MoRUG I) wie folgt Stellung zu nehmen:

1. Anregung zur Aufnahme einer sektorspezifischen Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 9 Abs. 2 FAGG

Unternehmen sind gem. § 9 Abs. 2 FAGG dazu verpflichtet, Verbrauchern bei von ihnen eingeleiteten telefonischen Verkaufsgesprächen (Outbound-Calls) eine Bestätigung des Vertragsangebots auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellen. Der Verbraucher ist erst gebunden, wenn er seinerseits auf einem dauerhaften Datenträger eine schriftliche Erklärung über die Annahme dieses Angebots abgibt. Diese Verpflichtungen dienen dem Schutz vor einer möglichen Übereilung des Verbrauchers im Falle von Outbound-Calls.

Seit dem Inkrafttreten des neukodifizierten Telekommunikationsgesetzes 2021 (TKG 2021) am 1. November 2021 sind Anbieter gem. § 129 Abs. 4 TKG 2021 basierend auf Art. 102 der Richtlinie (EU) 2018/1972 („EECC“) im Fall von Verträgen über öffentliche Kommunikationsdienste nun auch zur Bereitstellung einer Vertragszusammenfassung verpflichtet, welche die wesentlichen Vertragsbestimmungen in einer übersichtlichen und komprimierten Darstellung beinhalten muss. Die

Bereitstellung der Vertragszusammenfassung ist eine aufschiebende Bedingung für den Vertragsabschluss. Sollte es aus objektiven technischen Gründen nicht möglich sein, die Vertragszusammenfassung vor Abschluss des Vertrages bereit zu stellen, hat der Anbieter gem. § 129 Abs. 5 TKG 2021 die Vertragszusammenfassung anschließend ohne ungebührliche Verzögerung zur Verfügung zu stellen, wobei der Vertrag erst dann wirksam wird, wenn der Verbraucher nach Erhalt der Vertragszusammenfassung sein Einverständnis bestätigt. Als Beispiel hierfür werden in den EB zu § 129 Abs. 5 TKG 2021 etwa telefonische Vertragsabschlüsse, somit auch Outbound-Calls, genannt. Nach Ansicht der ISPA gibt es viele Möglichkeiten, wie auch während telefonischen Verkaufsgesprächen bereits die Vertragszusammenfassung zur Verfügung gestellt werden kann. Dies kann etwa dadurch erfolgen, dass ein übermitteltes PDF während des Telefonats auf einem zweiten Endgerät (z.B. PC) oder auf dem Smartphone bei eingeschaltetem Lautsprechermodus gelesen wird oder der Kunde die Vertragszusammenfassung vorab bereits physisch in einer Verkaufsstelle des Anbieters ausgehändigt erhalten hat.

Unabhängig davon ist es derzeit im Fall von Outbound-Calls zum Abschluss von Verträgen über öffentliche Kommunikationsdienste derzeit unklar, ob die betroffenen Anbieter die Pflichten gem. § 9 Abs. 2 FAGG oder § 129 Abs. 5 TKG 2021 oder sogar beide Bestimmungen zu beachten haben. Die Rechtsfolgen dieser Bestimmungen ähneln einander stark, da in beiden Fällen eine Verpflichtung zur Information des Kunden über die Vertragsinhalte vorgesehen ist sowie der Vertragsabschluss in beiden Fällen von einer auf diese Information folgenden Zustimmungserklärung des Kunden abhängig ist. Auch der Gesetzeszweck ist der gleiche, da der Kunde vor übereilten Vertragsabschlüssen geschützt werden soll. In ihrem Inhalt unterscheiden sich die Informationspflichten jedoch geringfügig, da sich § 9 Abs. 2 FAGG auf die Zurverfügungstellung des Vertragsangebots bezieht, während sich § 129 Abs. 5 TKG 2021 auf die Vertragszusammenfassung (und somit die wesentlichen Inhalte des Vertrags in übersichtlicher und komprimierter Darstellung) bezieht. Sollten daher tatsächlich beide Bestimmungen anwendbar sein, wären wohl aufgrund der geringen Unterschiede zwei gesonderte Informationen an den Kunden sowie zwei nachfolgende Zustimmungserklärungen erforderlich, damit der Vertrag zustande kommt.

Dadurch würde keinesfalls ein Mehrwert für die betroffenen Kunden entstehen. Diese wären durch die mehrfachen, inhaltlich ähnlichen Informationen und von ihnen abzugebenden Erklärungen wohl eher verwirrt als besser informiert, was dem Normzweck sogar entgegenstehen würde. Nach Ansicht der ISPA ist der Übereilungsschutz bereits durch die nachträgliche Zurverfügungstellung der Vertragszusammenfassung ausreichend gewahrt, ohne dass es parallel dazu auch der Übermittlung des gesamten Vertragsangebots bedarf. Denn die Vertragszusammenfassung beinhaltet aufgrund der Vorgaben des § 129 Abs. 4 TKG 2021 iVm der Durchführungsverordnung (EU) 2019/2243 bereits alle wesentlichen, d.h. entscheidungsrelevanten Vertragsinhalte. Der Kunde erhält daher mit der VZF eine übersichtliche und komprimierte Darstellung der Rechtsfolgen seines Vertragsabschlusses, die einen idealen Schutz vor einer möglichen Übereilung durch ein telefonisches Verkaufsgespräch bietet.

Die ISPA ist der Ansicht, dass es aufgrund der Vollharmonisierung der Endnutzerrechte gem. Art 101 Abs 1 EECC bei unionsrechtskonformer Auslegung der nationalen Rechtslage zu einer Derogierung von § 9 Abs. 2 FAGG durch § 129 Abs. 5 TKG 2021 in dessen Anwendungsbereich

kommt. Zusätzlich sieht ErwGr. 11 der Verbraucherrechte-Richtlinie (RL 2011/83/EU), welche in ihrem Art. 8 Abs. 6 die unionsrechtliche Grundlage für § 9 Abs 2 FAGG darstellt, vor, dass die Bestimmungen dieser Richtlinie andere unionsrechtliche Vorschriften zu spezifischen Bereichen (sohin auch des sektorspezifischen EECC) unberührt lassen. Daher geht die ISPA davon aus, dass in den angesprochenen Fällen bereits nach der geltenden Rechtslage die Verpflichtungen gem. § 9 Abs. 2 FAGG nicht zur Anwendung kommen.

Dennoch setzt sich die ISPA zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit dafür ein, eine Klarstellung de lege ferenda vorzunehmen und Verträge über öffentliche Kommunikationsdienste ausdrücklich vom Anwendungsbereich des § 9 Abs. 2 FAGG auszunehmen. Die ISPA regt daher an, in § 9 Abs. 3 FAGG folgenden Satz anzufügen:

Abs. 2 gilt nicht für Verträge über öffentliche Kommunikationsdienste gem. § 4 Z 4 TKG 2021 mit Ausnahme von M2M-Übertragungsdiensten gem. § 4 Z 4 lit c TKG 2021.

Dadurch wird die ausschließliche Anwendbarkeit von § 129 Abs. 5 TKG 2021 für telefonische Vertragsgespräche über öffentliche Kommunikationsdienste im Fall von Outbound-Calls sichergestellt und eine unnötige Überregulierung vermieden.

Sollte § 129 Abs. 5 TKG 2021 nicht zur Anwendung kommen, weil die Vertragszusammenfassung ohnehin bereits während oder vor dem telefonischen Verkaufsgespräch zur Verfügung gestellt wurde, würden die Pflichten des § 9 Abs. 2 FAGG mit der vorgeschlagenen Gesetzesänderung gleichfalls entfallen. Dies ist auch folgerichtig, denn der Kunde hat auch in diesen Fällen mit der Vertragszusammenfassung ein ausreichendes Substitut für die gem. § 9 Abs. 2 FAGG zu erteilenden Informationen erhalten. Sollte der Kunde dennoch nachträgliche Bedenken gegen den erfolgten Vertragsabschluss entwickeln, steht ihm in aller Regel das 14-tägige Rücktrittsrecht gem. § 11 FAGG zu, wodurch im Ergebnis keine Schutzlücke besteht.

2. Die vorgesehenen Geldbußen sollen sich am bundesweiten Jahresumsatz orientieren

An mehreren Stellen wird in der Omnibus-Richtlinie vorgesehen, dass Mitgliedstaaten in ihrem nationalen Recht den Höchstbetrag der Geldbußen für einen weitverbreiteten Verstoß gegen Verbraucherschutzbestimmungen, insbesondere im Rahmen von koordinierten Verfahren gemäß Art 21 VO 2017/2394, mit 4 % des Jahresumsatzes des Unternehmers in dem betreffenden Mitgliedstaat bzw. in den betreffenden Mitgliedstaaten festsetzen. Eine solche Einschränkung auf den Jahresumsatz im jeweiligen Mitgliedstaat ist erforderlich, um zu verhindern, dass gerade bei Verstößen, die mehrere Mitgliedstaaten betreffen, nicht jeweils auch deren Umsatz in einem anderen Mitgliedstaat als Bemessungsgrundlage herangezogen wird, da es andernfalls zu unverhältnismäßigen und überzogenen Mehrfachbestrafungen kommen würde.

Während der Gesetzgeber dieser in der Richtlinie vorgegebenen Einschränkung auch im Rahmen des MORUG II – das ebenfalls der Umsetzung der Omnibus-Richtlinie dient – nachkommt und in

den neu eingeführten Strafbestimmungen in §§ 22 Abs. 2 und 23 UWG die Strafen explizit auf „4 % des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Jahresumsatzes des Unternehmers in den vom Verstoß betroffenen Mitgliedstaat“ beschränkt, wird in den durch das MORUG I neu eingeführten Strafbestimmungen in § 19 Abs. 3 FAGG sowie §§ 32 Abs. 5 sowie 32a KSchG keine solche Einschränkung vorgenommen. Vielmehr soll es möglich sein, Geldstrafen „bis zu einer Höhe von 4 % des Jahresumsatzes des Unternehmers“ zu verhängen, ohne dass erkenntlich ist, ob hier der weltweite oder bundesweite Jahresumsatz gemeint ist.

Um daher zu verhindern, dass der nationale Jahresumsatz eines Unternehmens, das in mehreren Mitgliedstaaten seine Dienste und Produkte anbietet, doppelt oder mehrfach auch in anderen Mitgliedstaaten zur Strafbemessung herangezogen wird, sollte auch im Rahmen des MORUG I klargestellt werden, dass als Bemessungsgrundlage stets der bundesweite Jahresumsatz herangezogen werden muss. Andernfalls ist auch zu befürchten, dass diese Unternehmen ihre Angebote auf die in ihren Augen wichtigsten und profitabelsten Märkte beschränken werden und Produkte und Dienste nur dort anbieten, um mögliche Doppelt- oder Mehrfachbestrafungen zu vermeiden. Dadurch würden in letzter Instanz jedoch gerade kleine Märkte wie der österreichische einen erheblichen Nachteil erleiden, indem Produkte für den österreichischen Verbraucher nicht verfügbar sind, oder diese verspätet auf den Markt kommen.

3. Überschießende Informationspflichten gefährden den Binnenmarkt

Während der österreichische Gesetzgeber in § 4a Abs. 1 FAGG die zusätzlichen Informationspflichten für Anbieter von Online-Marktplätzen in Art 6a Verbraucherrechte-Richtlinie umsetzt, geht er in Abs. 2 leg. cit. noch darüber hinaus, indem zusätzlich vorgesehen wird, dass der Anbieter den Verbraucher sowohl zum „frühestmöglichen Zeitpunkt“ als auch nochmals bevor der Verbraucher seine Vertragserklärung abgibt darüber zu informieren hat, ob der Vertrag mit dem Anbieter des Online-Marktplatzes oder mit einem Dritten abgeschlossen wird.

Die zusätzliche Verpflichtung läuft nicht nur dem Grundgedanken der Richtlinie, europaweit ein einheitliches Verbraucherschutzniveau zu garantieren entgegen, sondern steht auch im Widerspruch zu den Grundprinzipien der EU, einen einheitlichen digitalen Binnenmarkt zu schaffen. Denn gerade für kleine Anbieter, die ihre Dienste im gesamten europäischen Binnenmarkt anbieten möchten, erschweren solche nationalen Alleingänge ein europaweites Angebot massiv, da nicht erwartet werden kann, dass diese Unternehmen kontinuierlich ihre gesamten Informationspflichten für die einzelnen Mitgliedstaaten aktualisieren.

Die erhöhten Informations- und Transparenzanforderungen erhöhen bereits an sich die Markteintrittsschwelle und es ist zu erwarten, dass immer weniger Unternehmer es wagen werden, ihr Geschäft auf den gesamten Binnenmarkt auszudehnen. Zusätzliche Auflagen, die nur für Österreich gelten, werden diese Hürden jedoch noch weiter erhöhen. Je mehr sich die Pflichten zwischen den Mitgliedstaaten unterscheiden, desto unattraktiver wird es für Diensteanbieter, EU-weit tätig zu sein. Dadurch erleiden nicht zuletzt auch wiederum Verbraucherinnen und Verbraucher einen Nachteil, sofern das Angebot dieser Diensteanbieter dann auf einzelne, in der Regel größere,

EU-Mitgliedstaaten eingeschränkt werden würde, während Verbraucher in den übrigen Mitgliedstaaten die Dienste und Produkte nicht in Anspruch nehmen könnten.

Die ISPA hofft auf die Berücksichtigung ihrer Bedenken und Anregungen.

Für Rückfragen und weitere Auskünfte stehen wir jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

ISPA – Internet Service Providers Austria

Die ISPA – Internet Service Providers Austria – ist der Dachverband der österreichischen Internet Service-Anbieter und wurde im Jahr 1997 als eingetragener Verein gegründet. Ziel des Verbandes ist die Förderung des Internets in Österreich und die Unterstützung der Anliegen und Interessen von über 200 Mitgliedern gegenüber Regierung, Behörden und anderen Institutionen, Verbänden und Gremien. Die ISPA vertritt Mitglieder aus Bereichen wie Access, Content und Services und fördert die Kommunikation der Marktteilnehmerinnen und Marktteilnehmer untereinander