

Bundesministerium für
Digitalisierung und Wirtschaftsstandort
Stubenring 1
1010 Wien

per E-Mail: wettbewerbspolitik@bmdw.gv.at

ZI. 13/1 22/9

2021-0.888.057

BG, mit dem das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 und das Bundesgesetz über die Auszeichnung von Preisen geändert werden (Zweites Modernisierungsrichtlinie-Umsetzungsgesetz – MoRUG II)

Referentin: Dr. Anne Marie Kosesnik-Wehrle, Rechtsanwältin in Wien

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) dankt für die Übersendung des Entwurfes und erstattet dazu folgende

S t e l l u n g n a h m e :

Vorausgeschickt wird, dass die Modernisierungs-RL den Verbraucherschutz auf mehrfache Art stärkt: Zum einen durch verstärkte Regulierung des digitalen Geschäftsverkehrs, zum anderen durch Verschärfung der Strafbestimmungen iZm der Verwendung missbräuchlicher Klauseln, im Fernabsatz und bei Auswartsgeschaften sowie im Bereich der unlauteren Geschäftspraktiken, ferner durch eine genauere Regelung der Werbung mit Preisermäßigungen und letztlich auf der Ebene der Rechtsdurchsetzung, indem der RL-Gesetzgeber vorgibt, dass Verbrauchern, die von unlauteren Geschäftspraktiken geschädigt wurden, ein Schadenersatzanspruch zu gewähren ist.

Die Stellungnahme des ÖRAK beschränkt sich auf den letztgenannten, auf die Rechtsdurchsetzung abzielenden Aspekt. Sie bezieht sich daher auf den Entwurf des BMDW zum MoRUG II.

Das Europäische Parlament und der Rat haben am 27.11.2019 die Richtlinie (EU) 2019/2161 erlassen, die kurz „ModernisierungsRL“ genannt ist, deren korrekte Bezeichnung aber „Richtlinie zur Änderung der RL 93/13/EWG, 89/6/EG, 2005/29/EG und 2011/83/EU zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union“ lautet.



Der Bezeichnung der RL entsprechend halten die ErwGr 1-3 fest, dass die RL der *Erreichung eines hohen Verbraucherschutz-niveaus* gewidmet ist, dies sogar unter Berufung auf Artikel 38 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, wonach die Politik der Union ein hohes Verbraucherschutz-niveau sicherzustellen hat. Das Verbraucherschutzrecht sollte daher in der gesamten Union wirksam angewandt werden, jedoch ergab die umfassende Eignungsprüfung des Verbraucher- und Marketingrechts, dass sowohl Unternehmer als auch Verbraucher nicht hinlänglich informiert sind und *die bestehenden Rechtsschutzinstrumente häufiger genutzt werden könnten*. Dadurch wird die Wirksamkeit des Verbraucherschutzrechts in der Union beeinträchtigt. *Trotz der bereits ergriffenen Maßnahmen, um Verbraucher, Unternehmer und Angehörige der Rechtsberufe besser für die Rechte der Verbraucher zu sensibilisieren und für eine wirksamere Durchsetzung der Verbraucherrechte und des Rechtsschutzes für Verbraucher zu sorgen, gibt es nach wie vor Lücken im nationalen Recht hinsichtlich wirklich wirksamer und verhältnismäßiger Sanktionen, um von Verstößen innerhalb der Union abzuschrecken und diese zu ahnden, ebenso unzureichende individuelle Rechtsbehelfe, die Verbrauchern, die durch Verstöße gegen die nationalen Rechtsvorschriften zur UGP-Richtlinie geschädigt wurden, zur Verfügung stehen.*

Telos der Modernisierungsrichtlinie ist daher ausschließlich der Verbraucherschutz.

Dieser soll laut ErwGr 16 ua dadurch verbessert werden, dass Verbrauchern die Möglichkeit eröffnet werden soll, in verhältnismäßiger und wirksamer Form Schadenersatzansprüche (und gegebenenfalls Ansprüche auf Preisminderung oder Vertragsbeendigung) zur Beseitigung jeglicher Folgen unlauterer Geschäftspraktiken zu erhalten.

In Umsetzung dieser Erwägung ändert die ModernisierungsRL die UGP-RL, indem sie diese um einen neuen Art 11a erweitert, der vorgibt, dass Verbraucher, die durch unlautere Geschäftspraktiken geschädigt wurden, Zugang zu angemessenen und wirksamen Rechtsbehelfen haben, einschließlich Ersatz des dem Verbraucher entstandenen Schadens sowie gegebenenfalls Preisminderung oder Beendigung des Vertrags. Die MS können die Voraussetzungen für die Anwendung und die Folgen der Rechtsbehelfe festlegen. Die MS können gegebenenfalls die Schwere und Art der unlauteren Geschäftspraktik, den dem Verbraucher entstandenen Schaden sowie weitere relevante Umstände berücksichtigen. Diese Rechtsbehelfe berühren nicht die Anwendung anderer Rechtsbehelfe, die den Verbrauchern nach dem Unionsrecht oder dem nationalen Recht zur Verfügung stehen.

Schadenersatzansprüche des Verbrauchers aus unlauteren Geschäftspraktiken sind im bisher geltenden österreichischen Recht in §§ 1 Abs 1, 16 UWG geregelt. Danach kann derjenige, der im geschäftlichen Verkehr eine unlautere Geschäftspraktik anwendet, bei Verschulden auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden, wobei der Kläger auch den Ersatz des entgangenen Gewinns fordern kann. Darüber hinaus kann das Gericht einen angemessenen Geldbetrag als Vergütung für erlittene Kränkungen oder andere persönliche Nachteile zusprechen, wenn dies in den besonderen Umständen dieses Falles begründet ist.

Der OGH hat jüngst nach Abwägung der bisherigen Jud und Lit entschieden, dass Verbraucher legitimiert sind, den Ersatz eines Vermögensschadens (konkret EUR

60.000), den sie infolge einer unlauteren, in diesem Fall irreführenden Geschäftspraktik eines Unternehmers erlitten haben, gerichtlich geltend zu machen (4 Ob 49/21s). Bereits zur Rechtslage vor der UGP-RL hatte der OGH einer durch eine irreführende Gewinnzusage getäuschten Verbraucherin den Ersatz des Vertrauensschadens (damals Anwaltskosten iHv ATS 1.200) zugesprochen (4 Ob 53/98t). In der aktuellen Entscheidung verweist der OGH ausdrücklich auf die Modernisierungs-RL und die dort geforderten angemessenen und wirksamen Rechtsbehelfe für durch unlautere Geschäftspraktiken geschädigte Verbraucher, womit der RL-Gesetzgeber die Auslegung des OGH teile.

Mit dem jetzt vorliegenden Entwurf zur Umsetzung des Art 11a UGP-RL in § 16 UWG nF wird der OGH nicht gerechnet haben. Er ist gleichsam das Gegenteil dessen, was der RL-Gesetzgeber den MS aufgetragen hat:

Der bislang für jegliche unlautere Geschäftspraktik zustehende Schadenersatzanspruch soll auf aggressive und irreführende Geschäftspraktiken (und vergleichende Werbung) eingeschränkt werden. Wenn ein Verbraucher aufgrund von Rechtsverletzungen, mögen sie noch so evident sein, im geschäftlichen Verkehr einen Schaden erleidet, hat er keinen Anspruch auf Schadenersatz (der geschädigte Unternehmer sehr wohl). Auch im Fall aggressiver und irreführender Geschäftspraktiken soll dem Verbraucher ein Schadenersatzanspruch nur zustehen, wenn diese „offensichtlich“ unlauter sind. Eine „offensichtliche“ Unlauterkeit ist der UGP-RL fremd; sie wird daher auch nicht im UWG erläutert – dann wäre die Richtlinienwidrigkeit ja allzu evident – sondern in den EB. Danach liegt eine offensichtlich unlautere Geschäftspraktik dann vor, wenn es sich *um einen soweit bestimmbaren Sachverhalt handelt, über den bereits in der Judikatur als unlautere Geschäftspraktik abgesprochen wurde*. Unlautere Geschäftspraktiken, die genau jene Sachverhalte verwirklichen, über die in der Judikatur bereits abgesprochen wurde, werden in der Praxis nur von Unternehmen gesetzt, die sich einem Gerichtsverfahren ohnedies entziehen, weil sie entweder nicht greifbar sind oder sich spätestens nach Vorliegen eines Titels in die Insolvenz flüchten.

Der bislang einem Verbraucher zustehende Ersatzanspruch auf entgangenen Gewinn wird weggefeht, ebenso jeglicher immaterielle Schadenersatzanspruch. Für geschädigte Unternehmer wird der Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns hingegen aufrechterhalten.

Letztlich scheint die Neufassung des § 16 Abs 1 UWG vorauszusetzen, dass durch die „offensichtlich“ aggressive oder irreführende Geschäftspraktik mehrere Verbraucher geschädigt werden, ist doch der Begriff der Verbraucher nur im Plural verwendet. Auch dies ist mit dem Europarecht nicht vereinbar. Schon die UGP-RL stellt regelmäßig auf „den“ Verbraucher ab, und auch der EuGH hat längst klargestellt, dass eine unrichtige Aussage auch nur einem einzigen Verbraucher gegenüber eine unlautere Geschäftspraktik darstellt.

Statt einer *besseren Durchsetzung von Verbraucherschutzvorschriften* und einem zur *Beseitigung jeglicher Folgen unlauterer Geschäftspraktiken wirksamen Schadenersatz* wird die **Rechtsstellung des Verbrauchers im vorliegenden Entwurf massiv verschlechtert**. Das mag vordergründig dem Anliegen des BMDW entsprechen – erstaunlicherweise liegt von Seiten des BMJ kein Entwurf zur Umsetzung des

Schadenersatzanspruchs des Verbrauchers im Fall unlauterer Geschäftspraktiken vor, obwohl es sich bei der Regelung um reines Zivilrecht (und nicht Wettbewerbsrecht iSd BMG!) handelt. Letztlich erweist das BMDW aber Österreich einen Bärendienst, weil dieser **Umsetzungsvorschlag wie dargestellt in mehrfacher Hinsicht nicht richtlinienkonform** ist.

Der RL-Gesetzgeber nimmt in ErwGr 3 ausdrücklich die Angehörigen der Rechtsberufe in die Pflicht, für eine wirksamere Durchsetzung der Verbraucherrechte und des Rechtsschutzes für Verbraucher zu sorgen. **Der ÖRAK verwahrt sich gegen einen Gesetzesentwurf, der nicht nur die ausdrückliche Zielsetzung des RL-Gesetzgebers ins Gegenteil verkehrt, sondern nach geltender Rechtslage bestehende gerichtlich durchsetzbare Ansprüche der österreichischen Bevölkerung – denn wer von uns ist nicht auch Verbraucher? – ersatzlos beseitigt.**

Dass ein Gesetzesentwurf der Marktgegenseite unliebsame höchstgerichtliche Jud nicht beachtet und den von einer unlauteren Geschäftspraktik betroffenen Verbrauchern keine scharfe Waffe in die Hand gibt, ist zu erwarten. Allein die Offenkundigkeit, mit der die vom europäischen Gesetzgeber aufgetragenen Erreichung eines hohen Verbraucherschutzniveaus, einer wirksameren Durchsetzung der Verbraucherrechte und zureichender individueller Rechtsbehelfe ins Gegenteil verkehrt wird, erstaunt doch, ebenso wie das offenbar tatenlose Zusehen des BMJ. Dass diese Umsetzung weder dem Äquivalenz- noch dem Effektivitätsgrundsatz entspricht, ist offenkundig.

Der österreichische Gesetzgeber hat bedauerlicherweise die Möglichkeit, Sachverhalte wie jenen, der 4 Ob 49/21s zugrunde liegt, durch eine Herstellerhaftung im Gewährleistungsrecht in den Griff zu bekommen, ungenutzt gelassen. Umso weniger kann unwidersprochen hingenommen werden, dass bestehende Rechtsdurchsetzungsinstrumente, die genau jene Sachverhalte ausgewogen ausgleichen, beseitigt werden sollen, und das noch basierend auf einer RL, die ausschließlich der Stärkung des Verbraucherschutzes gewidmet ist.

Wien, am 31. Januar 2022

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG


Dr. Rupert Wolff
Präsident

