



Positionspapier der Wirtschaftskammer Österreich

zum

**Vorschlag für eine
Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates**

**über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung
digitaler Inhalte**

KOM (2015) 634 endg.

Stand: April 2016

Die Wirtschaftskammerorganisation ist die gesetzliche Interessenvertretung für Österreichs Wirtschaft, die mehr als 480.000 Mitglieder aus den Sparten Gewerbe und Handwerk, Handel, Industrie, Bank und Versicherung, Transport und Verkehr, Tourismus und Freizeitwirtschaft, Information und Consulting vertritt.

Die Wirtschaftskammer Österreich ist im Register der Interessenvertretungen eingetragen.
Registernummer: 10405322962-08.

Die WKO hat den von der Europäischen Kommission vorgelegten RL- Vorschlag einer eingehenden Prüfung unterzogen. Im Folgenden weisen wir auf die aus Sicht der Wirtschaft wichtigsten Punkte hin, die im Interesse ausgewogener Lösungen einer Änderung bedürfen:

- **Angemessene zeitliche Begrenzung der Beweislastumkehr und inhaltliche Kohärenz mit der Vermutungsregelung für Waren unbedingt erforderlich (Art 9)**

Art 9 bürdet dem Anbieter - zeitlich unbeschränkt - die Beweislast für die Vertragsgemäßheit der digitalen Inhalte zum Zeitpunkt (bzw. im Zeitraum) der Bereitstellung auf. Während bei der Beweislastregelung für Waren (siehe Art 5/3 Verbrauchsgüterkaufs-RL, aber auch Art 8/3 RL-Vorschlag Online-Warenhandel), der Verbraucher im Falle des Hervorkommens einer Vertragswidrigkeit (Mangels) innerhalb einer bestimmten Frist (derzeit 6 Monate) in den Genuss der Vermutung kommt, dass dieser bereits im Zeitpunkt der Übergabe bestand und der Unternehmer - um nicht haftbar zu sein - dann beweisen müsste, dass die Vertragswidrigkeit im Zeitpunkt der Übergabe nicht vorhanden war, ist die Beweislastumkehr im Falle digitaler Inhalte auch inhaltlich verschärft. Sie bezieht sich nämlich nicht nur auf den Zeitpunkt, sondern auf die Vertragsmäßigkeit als solche. Im Ergebnis kommt diese Beweislastumkehr einer Vermutung gleich, dass alle digitalen Inhalte immer mangelhaft bereitgestellt werden. Das ist mit der Realität nicht in Einklang zu bringen.

Dass zudem auch keine zeitliche Beschränkung für diese Beweislastumkehr vorgesehen ist, wird von der Kommission u.a. damit begründet, dass digitale Inhalte nicht der „Abnutzung“ unterliegen. Dies mag vielleicht zum Teil zutreffen (allerdings kann auch z.B. eine CD abgenutzt werden), doch lässt dieser Ansatz folgendes außer Acht: Ob der digitale Inhalt beim Verbraucher „funktioniert“, hängt wesentlich von der digitalen Umgebung des Verbrauchers ab. Diese ist nicht statisch, sondern wird sich durch bewusste Installation anderer Programme, automatische oder bewusste (tlw. auch tägliche) Updates anderer Programme, Verseuchung mit Viren etc. schon kurz nach Bereitstellung digitaler Inhalt verändert haben. Das kann zur Folge haben, dass diese für den digitalen Inhalt inkompatibel wird.

Die digitale Umgebung des Verbrauchers im Vergleich zu deren Zustand im Zeitpunkt der Bereitstellung wird umso mehr Veränderung erfahren, je mehr Zeit seit dem Zeitpunkt der Bereitstellung verstreicht. Wenn beispielsweise ein installiertes Programm im Zeitpunkt der Bereitstellung problemlos auf der digitalen Umgebung des Verbrauchers funktioniert, dann aber nach einigen Monaten Probleme auftreten, ist es wohl wahrscheinlicher, dass eine Änderung der digitalen Umgebung Ursache des Problems ist. Das Programm selbst ist unverändert und unterliegt keiner Abnutzung im klassischen Sinn, aber die Umgebung einer stetigen technischen und digitalen Fortschrittsbewegung. Müsste nun beispielsweise ein Einpersonnenunternehmen (EPU) oder KMU zeitlich unbeschränkt (z.B. nach 23 Monaten) beweisen, dass das Programm mangelfrei übergeben wurde, würde dies allein in der Prüfung der User Umgebung, die sich nach dieser Zeit umfassend verändert hat, ausufernde Ressourcen des Unternehmens in Anspruch nehmen, über welche dieses oftmals nicht verfügt oder schlichtweg nicht verfügen kann (man denke hier auch an Händler, welche oftmals nicht das notwendige Knowhow haben und dies zukaufen müssten). Wird im Rahmen dieser unbeschränkten Beweislastumkehr grundsätzlich davon ausgegangen, dass der digitale Inhalt mangelhaft zur Verfügung gestellt wurde, bedeutet dies für den Unternehmer für grundsätzlich jeden vertriebenen digitalen Inhalt ein potentielles unbeschränktes betriebswirtschaftliches Risiko.

Eine **zeitliche Begrenzung der Beweislastumkehr** ist im Interesse der Rechtssicherheit und einer ausgewogenen Lösung dringend **erforderlich**. Dafür kann eine **Frist von höchstens 6 Monate** - gerade noch - eine plausible Lösung sowohl für den Bereich der digitalen Inhalte als auch für den

Online-Verkauf von Waren darstellen.¹ Ebenso ist eine **Kohärenz mit der Beweislastregelung bzw. Vermutungsregelung für Waren** in inhaltlicher Hinsicht **dahingehend herzustellen, dass bei Hervorkommen der Vertragswidrigkeit innerhalb dieser Frist** nach der Bereitstellung, die **Vermutung zugunsten des Verbrauchers greift, dass diese bereits im Zeitpunkt der Bereitstellung bestand.**

Die vorgeschlagene Regelung wird u.a. auch damit begründet, dass der Anbieter leichter beurteilen könne, ob diese - vermeintliche - Vertragswidrigkeit z.B. auf die Unvereinbarkeit der digitalen Umgebung des Verbrauchers mit den technischen Anforderungen an die digitalen Inhalte zurückzuführen ist (EG 32). Das trifft in der überwiegenden Zahl der Fälle nicht zu, da dem Anbieter meist nur eine Vermittlerrolle (Händler) zukommt und dieser nicht über die notwendige technische Ausstattung verfügen wird.

Dem Aspekt, dass dem Unternehmer die digitale Umgebung des Verbrauchers nicht bekannt ist, soll dadurch Rechnung getragen werden, dass der Käufer mit dem Anbieter bei der Aufklärung kooperieren muss. Dieser Ansatz scheint zwar grundsätzlich sinnvoll, ändert aber nichts daran, dass dem Unternehmer durch diese Überprüfungen der digitalen Umgebung erheblicher Aufwand entsteht und das Ausmaß dieser geforderten Zusammenarbeit des Verbrauchers unklar ist. Die Auslegung der vorgesehenen Kriterien der „Notwendigkeit und Möglichkeit“, sowie der Umstand, dass diese Zusammenarbeitspflicht auf die technisch verfügbaren Mittel beschränkt wird, die für den Verbraucher den geringsten Eingriff darstellen, wird in der Praxis schwierig sein.

Wenn das Ergebnis der Prüfung nun darin besteht, dass das „Nichtfunktionieren“ (von einer Vertragswidrigkeit kann dann nicht gesprochen werden) auf der digitalen Umgebung des Verbrauchers beruht, wird vom Anbieter zudem genau dargelegt werden müssen, welche „Mängel“ bzw. Unzulänglichkeiten in der digitalen Umgebung des Verbrauchers vorliegen. Derartige Prüfungen sind jedenfalls eine beträchtliche Kostenbelastung für den Unternehmer. Im Ergebnis würde der Unternehmer in diesen Fällen eine kostenlose Serviceleistung für den Kunden erbringen, die über das vom Vertrag geschuldete hinausgeht und dem Verbraucher zum Vorteil gereicht. Es wäre daher die Klarstellung zu treffen, dass in diesem Fall die diesbezüglichen Kosten der Verbraucher zu tragen hat.

- **Zeitliche Schranke von längstens 2 Jahren für die Geltendmachung der Vertragswidrigkeit dringend notwendig**

Eine **zweijährige Gewährleistungsfrist**, wie sie Art 5 der Verbrauchsgüterkaufs-RL vorsieht, soll auch im Falle eines Vertrages über digitale Inhalte zum Tragen kommen.

EG 43 führt aus, dass es den Mitgliedstaaten freistehen soll, auf nationale Verjährungsvorschriften „zurückzugreifen“. Es ist u.a. angesichts des Vollharmonisierungsansatzes aber mehr als zweifelhaft, dass es eine Anmerkung in einem Erwägungsgrund den Mitgliedstaaten tatsächlich ermöglichen würde, ihr Verjährungsrecht anzuwenden. Diese Klarstellung müsste jedenfalls im verfügbaren Teil der RL getroffen werden.

¹ Die im RL-Vorschlag über den Online-Warenhandel vorgeschlagene Vervierfachung der Vermutungsfrist auf 2 Jahre zu Lasten der Unternehmen ist ebenfalls abzulehnen. Die 6-Monatsfrist, wie in der geltenden Verbrauchsgüterkaufs-RL vorgesehen, soll jedenfalls nicht verlängert werden.

- **Einbeziehung von Verträgen mit auf nicht in Geld bestehende Gegenleistungen, wie personenbezogene und „andere“ Daten, ist zu überdenken (Art 3/1)**

Es ist zu befürchten, dass sich ein derartiger Ansatz innovationshemmend auswirkt bzw. Geschäftsmodelle damit wohl nur noch sehr eingeschränkt angeboten werden würden (Beispiel Freeware). Das ist weder im Interesse der Nutzer noch der Innovationsförderung, welche auf EU Ebene momentan vorangetrieben werden soll.

- **Keine Regelung zum Schadenersatz, sondern Klarstellung, dass sich schadenersatzrechtliche Ansprüche nach dem Recht der Mitgliedstaaten richten (Art 14)**

Art 14 enthält eine Regelung zur schadenersatzrechtlichen Haftung des Anbieters im Falle der wirtschaftlichen Schädigung der digitalen Umgebung des Verbrauchers durch die Vertragswidrigkeit des digitalen Inhalts. Die Mitgliedstaaten sollen die Einzelheiten der Ausübung des Rechts auf Schadenersatz regeln. Abgesehen von dem Umstand, dass eine verschuldensunabhängige Haftung unangemessen ist, führt Art 14 gemeinsam mit der EG 44 zu großer Rechtsunsicherheit, da nicht klar erkennbar ist, was auf EU Ebene und was auf Mitgliedsstaatsebene geregelt werden sollte. Dies ist auch nicht kompatibel mit den Bekenntnissen zur besseren Rechtssetzung.

Schadenersatzrechtliche Ansprüche sollten dem **Recht der Mitgliedstaaten** überlassen bleiben. Dies soll in Art 14 klargestellt werden.

- **Rücktritt im Falle des Verzugs erst nach Setzung und Verstreichen einer angemessenen Nachfrist (Art 11)**

Der Anbieter ist nach Art 5 Abs 2 - mangels anderer Vereinbarung - nach Vertragsschluss zur sofortigen Bereitstellung verpflichtet. Gerät er in Verzug, könnte der Verbraucher gemäß Art 11 sofort zurücktreten. Art 18 Abs 2 Verbraucherrechte-RL (RL 2011/83/EU) enthält im Hinblick auf Waren bereits Regelungen zum Verzug. Darin wird sachgerechter Weise eine Verpflichtung zu Setzung einer angemessenen Nachfrist vorgesehen, bevor der Vertrag beendet werden kann. Es ist nicht erkennbar, weshalb dies im Falle von Verträgen über digitale Inhalte anders geregelt wird (So kann z.B. allein ein mehrstündiger Serverausfall eine unverzügliche Zurverfügungstellung verhindern). Vielmehr ist darin eine unsachliche Differenzierung zu erkennen, die sich mit dem aus Art 20 Grundrechtecharta (GRC) ableitbarem Sachlichkeitsgebot nicht vereinbaren lässt.

- **Dass die Beendigung eines Vertrages durch eine auf beliebige Weise abgegebene Mitteilung an den Anbieter ausgeübt werden kann, ist nicht gerechtfertigt (Art 13 Abs 1)**

Aus unserer Sicht soll für die Geltendmachung jeglicher Gewährleistungsansprüche eine gerichtliche Geltendmachung erforderlich sein.

- **Rückgabepflicht eines auf einem dauerhaften Datenträger gespeicherten digitalen Inhalts im Rücktrittsfall auch ohne entsprechende Aufforderung durch den Anbieter**

Nicht angemessen ist es, dass die Pflicht des Verbrauchers zur „Rückgabe“ bei auf einem dauerhaften Datenträger bereitgestellten digitalen Inhalten nur auf entsprechende „Aufforderung“ des Anbieters hin bestehen soll. Die Rückgabepflichtung bei Vertragsbeendigung soll kraft Gesetzes gelten und nicht von einer entsprechenden Aufforderung abhängig gemacht werden.

- **Anteilige Zahlungspflicht im Falle der Aufhebung für die Nutzung digitaler Inhalte vorsehen, wenn diese dem Verbraucher zum Vorteil gereicht hat (Art 13 Abs 4)**

Sofern der Verbraucher einen digitalen Inhalt wie z.B. ein Programm über längere Zeit nutzen konnte, weil die Vertragswidrigkeit vielleicht nur eine Funktion des Programms betroffen hat, die er bis dahin nicht gebraucht und verwendet hat, ist es nicht einsichtig, dass er für die Nutzung bis zur Vertragsaufhebung kein Entgelt zu zahlen hätte. Die Ausgangslage ist in einem solchen Fall nicht anders als bei Dauerschuldverhältnissen, für die gem. Art 13 Abs 6 für die Nutzung eine anteilige Zahlungspflicht vorgesehen ist.

- **Zwingendes Recht auf Vertragsbeendigung nach 12 Monaten würde Verträge mit längerer Vertragsdauer, aber dafür besseren Preiskonditionen unmöglich machen (Art 16)**

Wenn unbefristete Verträge oder Verträge mit einer Laufzeit von mehr als 12 Monaten vom Verbraucher nach 12 Monaten jederzeit gekündigt werden können, werden Geschäftsmodelle, die eine längere Bindung mit einem günstigeren Preis verbinden, unmöglich gemacht und damit auch die Wahlfreiheit zum Nachteil der Verbraucher eingeschränkt.

- **Verwaltungsstrafen und Verbandsklagen im „individuellen“ Interesse zusätzlich zu den Rechtsmitteln des einzelnen Verbraucher im Falle nicht vertragskonformer Leistung sind unangemessen (Art 18 Abs 2)**

Die Verbrauchsgüterkaufs-RL enthält aus wohl überlegten Gründen keine derartige Vorgabe. Art 18 Abs 2 würde dazu führen, dass z.B. für den Fall einer nicht vertragskonformen Bereitstellung eines digitalen Inhaltes eine verwaltungsstrafrechtliche Sanktionierung bzw. jedenfalls (auch) eine Verbandsklagemöglichkeit vorgesehen werden müsste. Dies ist nicht angemessen.

Der gegenständliche RL-Vorschlag beinhaltet in Art 20 Abs 3 ohnehin eine Ergänzung des Anhangs der Unterlassungsklagen-RL (RL 2009/22). Diese Richtlinie regelt Unterlassungsklagen zum Schutz „kollektiver Interessen“ der Verbraucher. Eine darüberhinausgehende Rechtsdurchsetzung durch Verbandsklagen im „individuellen“ Interesse - wie in Art 18 vorgeschlagen - ist abzulehnen.

- **Zusätzlich zur Umsetzungsfrist ist eine angemessene Übergangsfrist für die Unternehmen erforderlich (Art 21)**

Es soll nicht nur eine Umsetzungsfrist für die Mitgliedstaaten vorgesehen werden, sondern eine zusätzliche angemessene Frist (1Jahr), nach deren Ablauf die Bestimmungen zur Anwendung kommen. Nur so ist es zumindest wahrscheinlicher, dass den Unternehmen eine ausreichende Legisvakanz zwecks Anpassungen an die neuen Vorgaben bleibt.

Ansprechpartner:

Dr. Rosemarie Schön
 Abteilungsleiterin
 Abteilung für Rechtspolitik
 Wirtschaftskammer Österreich
 Wiedner Hauptstraße 63 | 1045 Wien
 T +43 (0)5 90 900-4293
 E rosemarie.schoen@wko.at | W <http://wko.at/rp>

Mag. Huberta Maitz-Straßnig

Referentin

Abteilung für Rechtspolitik

Wiedner Hauptstraße 63 | 1045 Wien

Wirtschaftskammer Österreich

T +43 (0)5 90 900 - 4296 / 3275

E huberta.maitz-strassnig@wko.at W <http://wko.at/rp>

Mag. Verena Martelanz

EU-Büro der Wirtschaftskammer Österreich

Ständige Vertretung Österreichs bei der EU

Av. de Cortenbergh 30 | B-1040 Brüssel

T +32 2 286 58 80

E verena.martelanz@eu.austria.be W <http://wko.at/eu>