



universität
wien

MASTERARBEIT / MASTER'S THESIS

Titel der Masterarbeit / Title of the Master's Thesis

„Kryptoassets im Lichte des Verbraucherschutzes“

verfasst von / submitted by

Gerald Schweidler BSc

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Master of Science (MSc)

Wien, 2023 / Vienna 2023

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
degree programme code as it appears on
the student record sheet:

UA 066 915

Studienrichtung lt. Studienblatt /
degree programme as it appears on
the student record sheet:

Masterstudium Betriebswirtschaft

Betreut von / Supervisor:

Univ.-Prof. Dr. Dr. Arthur Weilingner /

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	1
2	Forschungsfragen	3
3	Forschungsmethoden.....	5
4	Technischer Überblick und Anwendungsfelder.....	6
4.1	Hashfunktion	6
4.2	Block.....	6
4.3	Blockchain (Zugangsvoraussetzungen und Schreibrecht).....	7
4.4	Konsensverfahren (Mining).....	9
4.5	Kryptowährungen	10
4.6	Smart Contract.....	11
4.7	Token.....	12
4.7.1	Payment Token.....	13
4.7.2	Utility Token	13
4.7.3	Investment/Security Token	14
4.8	Nicht fungible Token (NFT).....	14
4.9	Transaktionskosten	14
5	Rechtliche Einordnung von Kryptoassets	16
5.1	Smart Contract.....	16
5.2	Kryptowährungen/Payment Token.....	18
5.3	Nicht fungible Token (NFT).....	22
5.4	Utility Token und Security Token	26
6	Verbraucherschutz.....	33
6.1	Rechtsgrundlagen	35
6.1.1	Europäisches Primärrecht.....	35
6.1.2	Europäisches Sekundärrecht	36
6.1.3	Europäische Rechtsquellen in Bezug auf Verbraucherverträge (Auszug)	36
6.1.4	Innerstaatliche Rechtsgrundlagen	43
7	Ausgewählte Aspekte aus dem Verbraucherschutzrecht	47
7.1	Vertragsabschluss und Gültigkeit des Vertrages mit Verbrauchern.....	47
7.2	Vorvertragliche Information.....	50
7.2.1	Informationspflichten nach FAGG.....	50
7.2.2	Informationspflichten nach FernFinG	56

7.2.3	Informationspflichten nach VKrG	59
7.2.4	Informationspflichten nach ECG	60
7.3	Prospektpflicht.....	63
7.3.1	Prospektpflicht nach Prospekt VO	63
7.3.2	Prospektpflicht nach KMG 2019.....	66
7.3.3	Informationspflicht nach AltFG	68
7.3.4	Informationspflichten nach InvFG	69
7.3.5	Informationspflichten nach AIFMG.....	70
7.3.6	Informationspflichten nach Crowdfunding-Dienstleister -VO	71
7.3.7	Informationspflichten & Handelsverbote nach FMA-Produktinterventions- verordnung	71
7.4	Konzessions- bzw. Registrierpflicht.....	72
7.5	Rücktrittsrecht	74
7.5.1	Rücktrittsrecht nach FAGG (§§ 11-18).....	74
7.5.2	Rücktrittsrecht nach FernFinG (§§ 8 ff).....	75
7.5.3	Rücktrittsrecht nach VKrG.....	77
7.5.4	Rücktrittsrecht nach KSchG.....	77
7.6	Vertragsauslegung	77
7.7	Allgemeinen Geschäftsbedingungen	78
7.8	Leistungsstörungen und Gewährleistung.....	80
7.9	Auslandsbezug bei Verbraucherverträgen.....	81
7.9.1	Beklage Partei im Inland bzw. EU-Mitgliedsstaat	81
7.9.2	Sitz in einem Drittstaat	85
8	Anwendung von ausgewählten Verbraucherschutzrechten auf Kryptoassets.....	87
8.1	Payment Token/Kryptowährungen.....	87
8.1.1	Erwerb von Kryptowährungen.....	87
8.1.2	Bezahlung in Kryptowährungen.....	92
8.2	Utility Token.....	93
8.3	Security/Investment Token.....	93
8.4	Besonderheiten NFT.....	96
8.5	Problemfall echter Smart Contract	97

8.5.1	Vertragssprache und Formvorschriften.....	99
8.5.2	Allgemeine Geschäftsbedingungen.....	100
8.5.3	Haftung und Rückabwicklung.....	102
8.5.4	Sicherstellung (vor)vertraglicher Informationspflichten.....	103
8.5.5	ECG-Anwendung	104
8.6	Internationales Recht	104
8.6.1	Unternehmer im EU-Land.....	105
8.6.2	Sitz in einem Drittstaat	108
9	Ausblick MiCAR VO.....	111
10	Conclusio.....	114
	Abbildungsverzeichnis	117
	Literaturverzeichnis.....	118
	Judikaturverzeichnis.....	122

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AIF	Alternativer Investmentfonds
AIFMG	Alternative Investmentfonds Manager-Gesetz
BTC	Bitcoin
BWG	Bankwesegesetz
B2B	Business-to-Business
B2C	Business-to-Consumer
C2B	Consumer-to-Business
C2C	Consumer-to-Consumer
DLG	Dienstleistungsgesetz
ECG	E-Commerce-Gesetz
EO	Exekutionsordnung
ETH	Ethereum
EWIV	Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung
FAGG	Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz
FMA	Finanzmarktaufsicht
FM-GwG	Finanzmarkt-Geldwäschegesetz
FernFinG	Fern-Finanzdienstleistungs-Gesetz
Gem	gemäß
Grds	grundsätzlich
hM	herrschende Meinung
hA	herrschende Ansicht
IBAN	Internationale Bankkontonummer
ICO	Initial Coin Offering
ieS	im engeren Sinn
insb	insbesondere
InvFG	Investmentfondsgesetz
IPR-Gesetz	Internationales Privatrecht-Gesetz

iSd	im Sinne des
iVm	in Verbindung mit
KID	Kundeninformationsdokument
KMG	Kapitalmarktgesetz
Lt	laut
MiCAR	Markets in Crypto-Assets Regulation
MIFID	Market in Financial Instruments Directive
MRG	Mietrechtsgesetz
NFT	Nicht fungible Token
o. dgl	oder dergleichen
OGAW	Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren
ÖKB	Oesterreichische Kontrollbank AG
P2P	Peer-to-Peer
RL	Richtlinie
Rsp	Rechtsprechung
SCE	Societas Cooperativa Europaea / Europäische Genossenschaft
SE	Societas Europaea / Europäische Gesellschaft
u.a	unter anderem
UGB	Unternehmensgesetzbuch
uvm	und viele(s) mehr
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VGG	Verbrauchergewährleistungsgesetz
Vgl	vergleiche
VKrG	Verbraucherkreditgesetz
VO	Verordnung
ZaDiG 2018	Zahlungsdienstegesetz 2018

Gendererklärung

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in dieser Seminararbeit nicht an allen Stellen die weibliche und die maskuline Sprachform angewandt. Es wird an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass bei diesen Fällen trotz der ausschließlichen Verwendung der männlichen Form alle personenbezogenen Bezeichnungen geschlechtsneutral verstanden werden sollen.

1 Einleitung

Virtuelle Währungen wie Bitcoin oder Ethereum sind wohl die bekanntesten Vertreter von Kryptoassets. Bei Kryptoassets handelt es sich jedoch keinesfalls um eine homogene Produktgruppe, also z. B. um ausschließlich virtuelle Währungen. Es handelt sich vielmehr um eine stark heterogene Gruppe. Kryptoassets weisen laut Finanzmarktaufsicht (FMA) idR folgende Charakteristika auf:¹

- *Sie werden von keiner Zentralbank oder Behörde ausgegeben*
- *Die Schöpfung neuer Werteinheiten erfolgt idR über ein vorbestimmtes Verfahren innerhalb eines Computernetzwerkes (sogenanntes Mining)*
- *Es gibt keine zentrale Instanz, die Transaktionen kontrolliert oder verwaltet. Sämtliche Transaktionen sind in einem öffentlichen Verzeichnis aufgezeichnet (sogenannte Blockchain)*
- *Einmal getätigte Transaktionen sind grundsätzlich unwiderrufbar*
- *Elektronische Geldbörse, in welcher die Krypto-Assets digital aufbewahrt und verwaltet werden können (sogenannte Wallet Dezentrales Netzwerk – Peer to Peer Netzwerk)*

Kryptoassets können somit u.a. Kryptowährungen (wie eben Bitcoin, Ethereum etc.) sein, aber auch Kryptowertrechte (verknüpftes Recht oder Vermögenswert ohne konventionelle Verbriefung) oder nicht-fungible Kryptowerte (engl. Non-Fungible Tokens = NFT) wie z.B. virtuelle Kunstwerke.²

Im Gegensatz zum breiten medialen Interesse rund um die Vielzahl an Kryptoassets konnten lt. ÖNB im Jahr 2018 lediglich fünf Prozent der österreichischen Bevölkerung als Nutzer von Kryptoassets ausgemacht werden.³

Weiters fallen Kryptoassets im Finanzbereich nicht nur aufgrund ihrer enormen Volatilität auf, sondern auch hinsichtlich zahlreicher Meldungen an die Finanzmarktaufsicht (FMA). So können zwei Drittel der im Jahr 2020 der FMA gemeldeten Verdachtsfälle im Bereich Anlagebetrug, Kryptoassets zugeschrieben werden.⁴

¹ FMA, Bitcoin & Co (2022).

² Vgl. Hepberger, Kryptowerte im österreichischen Sachenrecht (2021) 35ff.

³ Stix, Ownership and purchase intention of crypto-assets – survey results, *Empirica* 2021, 65.

⁴ FMA, Hinweise von Whistleblowern nehmen stark zu. Mehr als die Hälfte betreffen Anlagebetrug, insbesondere mit Krypto-Assets (2021).

In einem aktuellen Schreiben warnen die EU-Finanzbehörden sogar Endverbraucher dezidiert vor Kryptoassets, da sie als Geldanlage oder als Zahlungs- oder Tauschmittel ungeeignet wären.⁵

Im Gegensatz dazu betont der europäische Gesetzgeber die Chancen und Möglichkeiten der Blockchain-Technologie und möchte diese auf Grundlage einer umfassenden Regulierung fördern.⁶

Somit scheint es mehr als angebracht, bestehende rechtliche Regularien auf die Anwendbarkeit oder mögliche Nichtanwendbarkeit bei Kryptoassets zu prüfen. Im Besonderen sollen dabei Vorschriften zum Schutz von Endverbrauchern (Verbraucherrecht) betrachtet werden.

⁵ *ESMA*, (ESA 2022 15) EU-Finanzaufsichtsbehörden warnen Verbraucher vor den Risiken von Kryptowerten (2022).

⁶ Erw 4 *Europäische Parlament*, A9-0052/2022 BERICHT über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Märkte für Kryptowerte und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937 (COM (2020)0593 – C9-0306/2020 – 2020/0265(COD)) (=MiCAR-VO Entwurf).

2 Forschungsfragen

Ziel dieser Forschungsarbeit ist die Einordnung von unterschiedlichen Anwendungen aus dem Gebiet der Kryptoassets hinsichtlich Regelungen des Verbraucherschutzes. So wird u.a. zu prüfen sein, ob die jeweiligen Kryptoassets z.B. unter die Konzessionspflicht der FMA nach BWG⁷, InvFG 2011⁸, AIFMG⁹ oder ZaDiG 2018¹⁰ fallen und/oder eine Prospektpflicht nach VO (EU) 2017/1129¹¹ (Wertpapier) bzw. KMG 2019¹² (Veranlagung) vorliegt.

Weiters sollen Regelungen aus Verbraucherrecht u.a. dem Konsumenten-Schutzgesetz (KSchG¹³) und Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz (FAGG¹⁴) sowie Verordnungen der FMA (z.B. Produktinterventionsverordnung¹⁵) auf die Anwendbarkeit auf Kryptoassets betrachtet werden. Zusätzlich gibt es klare Bestrebungen des europäischen Gesetzgebers, Kryptoassets auf dem EU-Markt zu vereinheitlichen (siehe z. B. MiCAR-VO-Entwurf¹⁶), weshalb auch diese Materie betrachtet wird.

Nachfolgend sollen einige Forschungsfragen vorgestellt werden:

- Was sind Kryptoassets (inklusive Funktionsweise) und wie lassen sie sich definieren?
- Wie lassen sich Kryptoassets rechtlich (u.a. sachen- und wertpapierrechtlich) einordnen?

⁷ Bundesgesetz über das Bankwesen (Bankwesengesetz – BWG) BGBl 532/1993 idF BGBl 639/1993.

⁸ Bundesgesetz über Investmentfonds (Investmentfondsgesetz 2011 – InvFG 2011) BGBl 77/2011.

⁹ Alternative Investmentfonds Manager-Gesetz – AIFMG BGBl 135/2013 idF BGBl 9/2020.

¹⁰ Bundesgesetz über die Erbringung von Zahlungsdiensten 2018 (Zahlungsdienstegesetz 2018 – ZaDiG 2018) BGBl 17/2018.

¹¹ Verordnung (EU) 2017/1129 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel an einem geregelten Markt zu veröffentlichen ist und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/71/EGText von Bedeutung für den EWR. ABI L 2017/168, 12.

¹² Bundesgesetz über das öffentliche Anbieten von Wertpapieren und anderen Kapitalveranlagungen (Kapitalmarktgesetz 2019 – KMG 2019) BGBl 62/2019.

¹³ Bundesgesetz vom 8. März 1979, mit den Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden (Konsumentenschutzgesetz – KSchG) BGBl 140/1979.

¹⁴ Bundesgesetz über Fernabsatz- und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz – FAGG) BGBl 33/2014 idF BGBl 83/2015.

¹⁵ Verordnung der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) über Maßnahmen der Produktintervention (FMA-Produktinterventionsverordnung – FMA-PIV) BGBl 118/2019.

¹⁶ Europäische Parlament, A9-0052/2022 BERICHT über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Märkte für Kryptowerte und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937 (COM(2020)0593 – C9-0306/2020 – 2020/0265(COD)).

- Welche Rechtslage aus Sicht des Verbraucherrechtes (iSd KSchG, FAGG, ABGB) gibt es für Kryptoassets in Österreich (u.a. Vertragsabschluss, Gewährleistung, wirksame AGBs, Leistungsstörungen etc.)?
- Welche Kryptoassets fallen (nicht) unter die Konzessionspflicht und/oder Prospektpflicht?
- Wie sehen die europäischen Harmonisierungsvorhaben hinsichtlich Kryptoassets aus?

3 Forschungsmethoden

Die dargestellten Fragestellungen werden anhand einschlägiger Gesetze, Literatur und Judikatur wissenschaftlich aufgearbeitet und mithilfe juristischer Auslegungsmethoden bearbeitet. Die Literatur- bzw. Judikaturecherche erfolgt in Bibliotheken sowie mittels relevanter Datenbanken (z.B. Ris, Linde, Manz etc.). Als Literatur werden Kommentare, Zeitschriftenbeiträge, Beiträge in Sammelbänden, Monografien, Lehrbücher und Festschriften verwendet. Die Judikatur fokussiert sich auf österreichische Gerichte sowie auf Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes. Für die wissenschaftliche Aufarbeitung und Analyse der gesammelten Quellen werden die gängigen juristischen Methoden herangezogen.

4 Technischer Überblick und Anwendungsfelder

Vor Beginn einer umfangreichen rechtlichen Einordnung von Kryptoassets sowie der speziellen Betrachtung verbraucherrechtlicher Bestimmungen ist es notwendig, einen Überblick über die technischen Grundlagen der Krypto-Technologie zu gewinnen. In einem ersten Schritt sollen einige grundsätzliche Merkmale betrachtet werden. Anschließend werden verschiedene Anwendungsformen näher beleuchtet.

4.1 Hashfunktion

Ein zentrales Merkmal der Blockchain ist die Verschlüsselungsmethode von einzelnen Transaktionen unter Nutzung von kryptografischen Hashfunktionen. Diese gelten als besonders sicher, da jede kleinste Änderung (allein eines einzelnen Zeichens) innerhalb der Daten den Hashwert verändert. Der Hashwert wird somit aus den eingebundenen Daten generiert und hat immer eine fixierte Zeichenlänge.¹⁷

4.2 Block

Ein Block beinhaltet je nach Ausgestaltung der Blockchain unterschiedliche strukturelle Elemente idR zumindest eine fortlaufende Blocknummer und Datenelemente z.B. Daten zum Kauf eines Produkts und Kaufpreis sowie die entsprechenden Public Key Adressen (die als Kontonummern fungieren), Zeitstempel und Speicherort. Zur Erhöhung der Sicherheit muss ein ganzzahliges Sicherheitsmerkmal (Nonce) errechnet sowie aus all diesen strukturellen Elementen ein Hashwert berechnet werden. Jeder Block beinhaltet immer auch den Hashwert des vorhergehenden Blocks, wodurch die Fälschungssicherheit weiter erhöht werden soll.¹⁸

Bevor ein Block ausgeführt und damit der Blockchain hinzugefügt werden kann, muss das Nonce errechnet werden. Dieses muss in der idR gewisse Formbedingungen erfüllen, z.B. dass der Hashwert des Blocks zu Beginn eine gewisse Anzahl an Nullstellen enthält. Ein passendes Nonce zu errechnen, kann mit der Lösung eines schwierigen Räzels verglichen werden und ist im Konsensverfahren Proof of Work nur mit erheblichem technischen Rechenaufwand möglich.¹⁹

¹⁷ Vgl *Rinderle-Ma/Klas*, Technische Grundlagen & Entwicklungstendenzen der Blockchain-Technologie, in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger* (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 23.

¹⁸ Vgl *ibid* 24 ff.

¹⁹ Vgl *ibid* 25f.

4.3 Blockchain (Zugangsvoraussetzungen und Schreibrecht)

Die Blockchain entsteht durch die Aneinanderreihung von Blöcken, daher auch der Name. Damit dies gelingt, beinhaltet jeder neu hinzuzufügende Block auch den Hashwert des vorherigen Blocks. Somit sind die Blöcke aneinandergekettet und es kann jederzeit die Korrektheit der Transaktionen nachvollzogen werden. Nach der Blockchain-Systematik fällt jegliche (noch so kleine) Manipulation bzw. Änderung von Blöcken, die bereits korrekt der Blockchain hinzugefügt wurde, sehr schnell auf, da wie bereits oben ausgeführt, sich der Hashwert ändern würde und nicht mehr mit den nachfolgenden Blöcken verbunden wäre. In der Folge werden solche Angriffe leicht abgewehrt und schlicht nicht ausgeführt.²⁰

Allerdings muss auf das Risiko von 51-Prozent-Attacken hingewiesen werden. Verfügen einzelne oder wenige Miner allein oder gebündelt mehr als 50 Prozent der Rechenleistung, so verfügen sie über erhebliche Marktmacht innerhalb einer Blockchain-Anwendung und es ist das Risiko von Betrugsmöglichkeiten nicht von der Hand zu weisen.²¹

Wenn an dieser Stelle von *Blockchain* gesprochen wird, ist lediglich die beispielhafte Darstellung im Fokus. In der Praxis gibt es mittlerweile zahllose Blockchains, die sich im Einzelnen stark in ihrer Ausgestaltung (u.a. Anwendungen, Sicherheit, Betreiber) unterscheiden, weshalb nachfolgend stets von *Blockchains* bzw. *Blockchain-Anwendungen* gesprochen werden soll.

Blockchains sind meist dadurch gekennzeichnet, dass die Verteilung der Blockchain (und damit aller Transaktionen in den einzelnen Blöcken) dezentral auf unterschiedlichen Rechnern erfolgt und somit die Datenerhaltung erhöht wird. Dieses Prinzip wird Peer-to-Peer (P2P) genannt. Jeder Knoten verfügt über eine vollständige Kopie der Blockchain. Die Datenverteilung bzw. der Datenabgleich im einzelnen Blockchain-Netzwerk ist durchaus mit hohem Ressourcenbedarf (u.a. Rechenleistung, Speicherplatz, Strom) verbunden, weshalb wohl nicht jeder durchschnittliche PC-Nutzer ein Knotenpunkt für Blockchains sein wird. Zugänglich sind die Daten der Blockchain mithilfe einer Public-Private-Key Lösung. Der Private Key ist ähnlich wie ein Passwort, während der Public Key die öffentliche Adresse in der Blockchain ist, der

²⁰ Vgl. Rinderle-Ma/Klas, Technische Grundlagen & Entwicklungstendenzen der Blockchain-Technologie, in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 24 ff.

²¹ Vgl. Bussac (2019) Bitcoin, Ethereum & Co S 47f; Vgl. Gaberle/Kühn, Kapitel 4: Bewertungsfragen, in Omlor/Link (Hrsg.), Kryptowährungen und Token (2021) Kapitel 4 Rz 155; Vgl. Seeliger/Rump, Kapitel 15: Wettbewerbsrecht, in Omlor/Link (Hrsg.), Kryptowährungen und Token (2021) Kapitel 15 Rz 64.

konkrete Daten (Transaktionen) zugeordnet sind. Somit können Blockchains zumindest aus technischer Sichtweise durchaus auch als Register angesehen werden.²²

Der Public Key kann dabei mit einem IBAN oder einer E-Mail-Adresse verglichen werden. An die Public Key Adresse kann eine Transaktion ausgeführt werden oder Kontakt mit der Person aufgenommen werden. Technisch gesprochen wird der Public Key von dem Private Key kryptografisch abgeleitet. Mit dem Private Key werden Transaktionen verifiziert bzw. im technischen Sinne *signiert*, weshalb dieser geheim gehalten werden sollte. Da diese Keys idR sehr viele Zeichen haben, werden sie auch auf sogenannte Hardware-Wallets (USB-Stick) abgespeichert und durch einen weiteren Pin oder Passwort gesichert.²³

Es ist wichtig anzuführen, dass der Verlust des Private Key auch mit einem Verlust der eigenen Wertseinheiten odgl. verbunden ist.

Auch wenn grundsätzlich jeder Knoten alle Funktionen auf einer Blockchain ausführen könnte (Lesen, Schreiben etc.), findet sich in der Praxis häufig die Unterteilung der Teilnehmer in *Client* und *Miner/Validator*. Ein Client ist lediglich Nutzer der Blockchain. Miner bzw. *Validatoren* nehmen bei der korrekten Errechnung der Aneinanderreihung der Blöcke (Nonce Berechnung) teil.²⁴

Nicht jede Blockchain ist jedoch von jedermann zugänglich bzw. einsehbar. So existieren auf der einen Seite sogenannte *Permissionless/Public Blockchains*, bei denen keine Einschränkungen auf Lese- und Schreibrechte der Blockchain bestehen.²⁵ Auf einer Public Blockchain können unbegrenzt viele Clients teilnehmen, ohne sich gegenüber einer zentralen Stelle (ja nicht vorhanden) oder gegenüber den anderen Knotenpunkten zu authentifizieren. Zur Teilnahme muss zu Beginn lediglich der Client auf dem eigenen Computer installiert und anschließend an der Kommunikation des Blockchain-Netzwerks teilgenommen werden.²⁶

Auf der anderen Seite gibt es *Permissioned/Private Blockchain Systeme*, die nur durch Erfüllung bestimmter Kriterien zugänglich sind. Man denke z.B. an unternehmensinterne Programme zur Buchführung oder Dokumentation, die lediglich für einen bestimmten

²² Vgl Rinderle-Ma/Klas in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 27.

²³ Vgl Regner, Blockchain- Einführung und Begriffsklärung, in Hanzl/Pelzmann/Schragl(Hrsg.), Handbuch Digitalisierung- Eine Betrachtung aus technischer, rechtlicher und steuerrechtlicher Sicht (2021) 9f.

²⁴ Vgl Rinderle-Ma/Klas in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 24 ff.

²⁵ Vgl *ibid* 30f.

²⁶ Vgl Regner in Hanzl/Pelzmann/Schragl (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung (2021) 4f.

Adressatenkreis einsichtig sein sollen bzw. von noch weniger Personen verändert werden sollen.²⁷

Der Adressatenkreis wird dabei bereits vorab festgelegt und im ersten Block der Blockchain definiert. IdR erfolgt eine Aufnahme erst nach positiver Absolvierung eines Zulassungsverfahrens bei einer zentralen Stelle, auch *Gatekeeper* genannt. Die Zulassung kann je nach Ausgestaltung der Blockchain von einem, mehreren oder allen anderen Teilnehmern der Blockchain abhängig gemacht werden, sich nach objektiven Kriterien orientieren oder nach dem bloßem Willen der anderen.²⁸

Anhand der Merkmale Zugangsvoraussetzungen sowie der Schreibrechte gibt es *vier Hauptspielarten von Blockchains*:²⁹

- Public Permissionless Blockchain: offen für alle, selbe Schreibrechte für alle
- Public Permissioned Blockchain: offen für alle, Schreibrechte für Ausgewählte
- Private Permissionless Blockchain: beschränkter Zugang, Schreibrechte für alle
- Private Permissioned Blockchain: beschränkter Zugang, Schreibrechte für Ausgewählte

Eine genaue Einordnung der Blockchain muss stets im Einzelfall erfolgen.

4.4 Konsensverfahren (Mining)

Im Rahmen des Mining- bzw. Validationsprozess werden entsprechende Datensätze in einem Block zusammengefasst und an die vorigen Blöcke angeknüpft. Die Frage, die sich stellt ist, wer diese Anknüpfung technisch entscheidet bzw. validiert und wie. Dies lässt sich nicht so ohne weiters beantworten, da die einzelne Blockchain daraufhin genauer unter die Lupe genommen werden muss.³⁰

Liegt das Prinzip *Proof of work* vor, „gewinnt“ jener Miner/Validator, der als erstes ein zulässiges Nonce und Hashwert zu dem Block generiert. Zur Lösung dieser Aufgabe muss ein

²⁷ Vgl Rinderle-Ma/Klas in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 30-32.

²⁸ Vgl Regner in Hanzl/Pelzmann/Schragl (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung (2021) 4 ff.

²⁹ Vgl *ibid* 7.

³⁰ Vgl Rinderle-Ma/Klas in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 28f.

laufendes Einsetzen von unterschiedlichen Inputvariablen (hier Nonce) erfolgen, bis eine richtige Lösung gefunden ist. Dieser Vorgang wird auch Reverse Engineering bezeichnet.³¹

Wird von mehreren vorliegenden Lösungen des Nonce und Hashwert ein Knoten auf Grundlage seiner bisherigen Performance oder einer anderen Eigenschaft bzw. berechnete Instanzen ausgewählt, so liegt das Prinzip Proof of stake vor.³²

Die Motivation im Mining/Validieren liegt nicht in einem selbstlosen Verhalten, sondern idR in den Anreizsystemen einer Blockchain. „Gewinner“ im Miningprozess erhalten für den Einsatz ihrer Hardware- und Computing- Ressourcen Gegenleistungen in entsprechenden Kryptowährungen.³³

Neben diesen beiden Konsensverfahren existieren zahlreiche weitere, auf die jedoch nicht weiter eingegangen werden kann. Allerdings sei bereits an dieser Stelle hervorgehoben, dass hinsichtlich der Beantwortung von rechtlichen Fragestellungen und von verbraucherrechtlichen im Besonderen jeweils die konkrete Blockchain auch hinsichtlich des Konsensverfahrens zu betrachten ist.

4.5 Kryptowährungen

Als bekanntester Vertreter der Blockchain-Technologie gilt Bitcoin. Es handelt sich dabei um eine digitale bzw. virtuelle Währung, die jedoch nicht von einer staatlichen Stelle ausgegeben wird. Insofern ist der Begriff Währung iSv staatlichen Zahlungsmittels missverständlich.³⁴

Dennoch wird der Begriff Kryptowährung für alle geldähnliche Zahlungsmittel auf Basis der Blockchain-Technologie und Kryptographie, zum Teil sogar darüber hinaus für andere Assetklassen (siehe Token), die nicht geldähnliche Eigenschaften aufweisen, verwendet.³⁵

In dieser Arbeit stellen lediglich Coins/Werteinheiten, die Ähnlichkeiten mit Geld aufweisen, Kryptowährungen dar. Sie bilden somit eine Untergattung von Kryptoassets.

In diesem Zusammenhang sei auch auf die Diskussion Coins (Kryptowährungen iSv) vs. Token hingewiesen. Coins stellen unmittelbare Wertträger dar, die von Beginn an auf einer

³¹ Regner in Hanzl/Pelzmann/Schragl (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung (2021) 8.

³² Vgl *ibid.*

³³ Vgl Rinderle-Ma/Klas in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 30.

³⁴ Vgl FMA, Bitcoin & Co (2022).

³⁵ Weilinger/Miernicki, Kryptowährungen im Zivil- und Verbraucherschutzrecht, in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 92.

Blockchain- Anwendung vorgesehen sind. Es benötigt also keinen Programmieraufwand durch den Nutzer. Im Gegensatz dazu werden Token idR erst durch die Nutzer auf einer bestehenden Blockchain-Anwendung erstellt und sind somit nicht mit der Blockchain immanent.³⁶

4.6 Smart Contract

Bei Smart Contracts handelt es sich vereinfacht gesagt um programmierte Vorgänge, die dann eine Computermaschine eigenständig ausführt. *Contract* in der Übersetzung als Vertrag ist jedoch in seiner Bedeutung nicht deckungsgleich mit dem juristischen Vertragsbegriff (siehe dazu ausführlich Kapitel 5.1). Grundsätzlich sind die technischen Grenzen des Smart Contracts lediglich in der Programmiersprache zu sehen.³⁷

Einfacher ausgedrückt handelt es sich bei einem Smart Contract um die Formulierung von *Wenn-Dann-Bedingungen*. Tritt ein gewisser digital überprüfbarer Zustand (*Wenn-Situation*) ein, wird eine entsprechende Handlung (*Dann-Ereignis*) ausgelöst.³⁸

So kann in einem Smart Contract beispielsweise vereinbart werden, dass eine Ware vollautomatisch an den Käufer versendet wird, wenn ein bestimmter Betrag auf dem Konto (Public Key Adresse) des Verkäufers einlangt. Der Eingang eines Geldbetrags ist ein relativ leicht zu überprüfender Sachverhalt. Dies ist jedoch nicht immer so. Sogenannte *Oracle* sind Anwendungen, die Informationen aus der realen Welt in eine für den Programmcode lesbare Sprache übersetzten. U.a. können Sensoren oder Web-Applikationen zur Überprüfung, ob gewisse Wenn-Situationen eintreten bzw. eingetreten sind, eingesetzt werden.³⁹

In gewisser Weise handelt es sich hierbei um „digitale Schiedsrichter“, die über entsprechende Folgen entscheiden.

Smart Contracts können so entwickelt werden, dass eine Inaktivschaltung/Löschung möglich ist (*kill clause/kill switch*). Ist dies nicht vorgesehen, kann der Contract nach dessen Aktivierung von niemanden (auch nicht von den Vertragsparteien) rückgängig gemacht werden.⁴⁰

³⁶ Völkel, Initial Coin Offerings aus kapitalmarktrechtlicher Sicht, ZTR 2017, 103 (103f).

³⁷ Vgl Rinderle-Ma/Klas in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 32f.

³⁸ Regner in Hanzl/Pelzmann/Schragl (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung (2021) 10.

³⁹ Vgl *ibid.*

⁴⁰ *Ibid* 11f.

4.7 Token

Unter dem Begriff Token sind im Kontext von Blockchain-Anwendungen meist *digitale, programmierbare Instrumente, die Werte oder Rechte darstellen und dabei helfen, den Austausch dieser zu vereinfachen* gemeint.⁴¹

Oder anders formuliert: *Ein Token repräsentiert ein Wirtschaftsgut, einen Vermögenswert oder einen Vermögensgegenstand* ⁴² bzw. Token sind die digitale Repräsentation von Assets oder Rechten auf der Blockchain ⁴³.

Aus diesem Blickwinkel kann gesagt werden, dass zwar alle Kryptowährungen Token darstellen, aber nicht alle Token Kryptowährungen.⁴⁴ Allerdings sei auf die Diskussion hinsichtlich der Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen Token und Coins (Kryptowährungen ieS) verwiesen.⁴⁵

Token können unter anderem nach den Eigenschaften fungibel/nicht fungibel und transferierbar /nicht transferierbar eingeordnet werden.⁴⁶ Diese beide Eigenschaften sind in späterer Folge relevant, wenn es um die rechtliche Einordnung z.B. die Handelbarkeit geht.

Nachfolgend sollen dazu einige Token-Praxisbeispiele vorgestellt und hinsichtlich der beiden Eigenschaften Fungibilität und Übertragbarkeit eingeordnet werden:⁴⁷

- Eine Mitgliedschaft z.B. für einen Fitnessclub ist in der Regel an eine konkrete Person geknüpft (nicht transferierbar) und nicht einzigartig verfügbar (fungibel).
- Ein Führerschein ist ebenfalls nicht auf eine andere Person übertragbar (nicht transferierbar) und abweichend zur Mitgliedschaft auch einzigartig (nicht fungibel).
- Kryptowährungen, Coupons oder Poker Chips sind leicht auf andere Personen übertragbar (transferierbar) und durchaus austauschbar (fungibel). Dasselbe gilt für Finanzierungsformen auf Basis von Smart Contracts nach ERC-20-Standard⁴⁸.

⁴¹ Regner in Hanzl/Pelzmann/Schragl (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung (2021) 18.

⁴² Schäfer in Gabler Banklexikon Token (2020).

⁴³ Fasching/Bernsteiner, Das ABGB in der digitalen Welt: Überlegungen zur rechtlichen Einordnung von NFT, RdW 2022, 234 (234).

⁴⁴ Vgl Regner, Tokenarten aus technologischer Perspektive, in Hanzl/Pelzmann/Schragl (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung (2021) 18.

⁴⁵ Siehe Abschnitt 4.5 bzw. ausführlich in: Völkel, Initial Coin Offerings aus kapitalmarktrechtlicher Sicht, ZTR 2017, 103 (103f).

⁴⁶ Vgl Regner in Hanzl/Pelzmann/Schragl (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung (2021) 19f.

⁴⁷ Beispiele entnommen aus Regner in Hanzl/Pelzmann/Schragl (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung (2021) 19f.

⁴⁸ ERC-20-Standard: standardisiertes Interface zur Erstellung von fungiblen Token auf der Ethereum-Blockchain, bekannt für zahlreiche Crowdfunding/ICO-Projekte.

- Lotterietickets, Eigentum an einem Auto oder einer nummerierten Weinflasche sowie der Haustorschlüssel sind zwar ebenfalls übertragbar (transferierbar) allerdings in gewisser Weise einzigartig (nicht fungible). Dasselbe gilt für Smart Contracts nach dem ERC-721-Standard⁴⁹.

In der Praxis werden Token oft nach ihrer wirtschaftlichen Betrachtung in Payment Token, Utility Token und Investment/Security Token unterteilt, wobei sie auch in einer Mischform vorkommen können.⁵⁰

4.7.1 Payment Token

Payment Token dienen als Zahlungsmittel. Als Payment Token können Kryptowährungen i.e.S. wie Bitcoin (BTC) und Ether (ETH) bezeichnet.⁵¹

Allerdings ist der Begriff Token für Kryptowährungen strittig, da argumentiert wird, dass ein Token von einer Person (Emittent) ausgegeben werden muss, jedoch Kryptowährungen idR nicht auf diese Art entstehen.⁵² (Siehe dazu auch Abschnitt 4.5.)

4.7.2 Utility Token

Hierbei handelt es sich um Token, der dem Inhaber exklusiven Zugang zu unterschiedlichen Dienstleistungen und Mitwirkungsmöglichkeiten eröffnet. Die Herleitung dieser Kategorie von Token erfolgt von dem Begriff Nützlichkeit (engl. Utility).⁵³ Utility Token haben idR einen Emittenten, der den Utility Token herausgibt (ähnlich wie ein Gutschein).⁵⁴

⁴⁹ ERC-721-Standard: standardisiertes Interface zur Erstellung von nicht fungiblen Token auf der Ethereum-Blockchain, jeder NFT hat eine global eindeutige ID.

⁵⁰ Z.B. Regner in Hanzl/Pelzmann/Schragl (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung (2021) 20-22; Paulmayer, Die kapitalmarktrechtliche Einordnung von Token, in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 318-320.

⁵¹ Vgl Regner in Hanzl/Pelzmann/Schragl (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung (2021) 20; Vgl Paulmayer in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 319.

⁵² Paulmayer in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 317.

⁵³ Vgl Regner in Hanzl/Pelzmann/Schragl (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung (2021) 21.

⁵⁴ Paulmayer in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 319f.

4.7.3 Investment/Security Token

Die dritte Gruppe bilden Token, die wertpapierähnliche Eigenschaften aufweisen. Sie können auf Fremd- und Eigenkapital, aber auch auf Fondsanteile oder Rohstoffe (wie Gold etc.) ausgerichtet sein.⁵⁵ In weiterer Folge ist eine genaue Prüfung dieser Token als Wertpapier aus zivilrechtlicher und kapitalmarktrechtlicher Perspektive notwendig.

4.8 Nicht fungible Token (NFT)

Eine weitere Gruppe bilden nicht fungible Assets (NFT), wobei die Eigenschaft der Fungibilität bereits weiter oben eingehend beschrieben wurde. NFT unterscheiden sich von den weiteren drei Tokenarten (Payment Token, Utility Token und Investment/Security Token) darin, dass sie jeweils nur einmal existieren und daher *einzigartig*⁵⁶ bzw. *einmalig*⁵⁷ sind. In den letzten Jahren eroberten NFT die Bühnen der Kunst. Virtuelle Kunstwerke wie Bilder, Videos und Skulpturen, über deren zweifelhaften Kunstwert weiterhin hitzig debattiert wird, erzielen Rekorderlöse in Millionenhöhe auf Krypto-Plattformen, aber auch bei namhaften Auktionshäusern.⁵⁸ Neben Kunstwerken können aber auch virtuelle Grundstücke gehandelt werden, welche innerhalb kürzester Zeit (oft innerhalb weniger Tage) ebenfalls enorme Wertsteigerungen erfahren.⁵⁹ Sogar im Gesundheitssektor werden Anwendungsfelder diskutiert.⁶⁰

4.9 Transaktionskosten

Wie bereits weiter oben ausgeführt, stellen Transaktionskosten einen wichtigen Beitrag für die Motivation, sich an einem Blockchain-Netzwerk als Miner/Validator zu beteiligen, dar. Das reine Lesen der Blockchain ist kostenlos. Transaktionskosten fallen bei den Ausführungen von Transaktion wie z.B. für Überweisungen in digitaler Währung oder für die Eintragung eines Smart Contracts an.⁶¹

Zum Teil werden die Transaktionskosten, ähnlich einer Auktion, nach den Höchstbietenden berechnet, wodurch eine gewünschte Transaktion früher oder später in einem Block der

⁵⁵ Regner in Hanzl/Pelzmann/Schragl (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung (2021) 22.

⁵⁶ Ibid 19f.

⁵⁷ Kogler, Non Fungible Tokens und Sachenrecht, *Juristische Blätter* 2021, 685 (687).

⁵⁸ Detailliert in Reichert, Krypto-Kunst: NFTs und digitales Eigentum (2021) 19 ff.

⁵⁹ Benes, Echte und fiktive Immobilien auf der Blockchain (2021).

⁶⁰ Skolidis/Muller/Fournier, The Metaverse in Cardiovascular Medicine: Applications, Challenges, and the Role of Non-Fungible Tokens (2022); Kreuzer, NFT - Non-Fungible Token (2021).

⁶¹ Vgl Regner in Hanzl/Pelzmann/Schragl (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung (2021) 12; Vgl Rinderle-Ma/Klas in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 29f.

Blockchain hinzugefügt wird. Die Höhe der gebotenen Gebühren kann sich somit unmittelbar auf die Bearbeitungszeit (von wenigen Sekunden bis hin zu mehreren Stunden) auswirken.⁶²

Gleichzeitig stellen die Transaktionskosten sicher, dass sich ausreichend viele Personen aktiv an der Blockchain durch Mining/Validation beteiligen und die notwendige Rechenleistung und damit auch dezentrale Infrastruktur für die Blockchain garantieren.⁶³

⁶² Vgl. Rinderle-Ma/Klas in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 28f.; Vgl. Regner in Hanzl/Pelzmann/Schragl (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung (2021) 12f.

⁶³ Vgl. Regner in Hanzl/Pelzmann/Schragl (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung (2021) 12f.

5 Rechtliche Einordnung von Kryptoassets

Nachdem im vorherigen Kapitel ein Einblick in die Technologie der Blockchain und die Anwendungsfelder von Kryptoassets auf der Blockchain gegeben wurde, soll nun eine erste rechtliche Einordnung erfolgen.

Bis dato gib es nur wenige gesetzliche Bestimmungen, die Kryptoassets explizit adressieren (z.B. FM-GwG⁶⁴). Es existiere allerdings kein eigenes Kryptoasset-Gesetz oder Ähnliches. Für solche Situationen ist jedoch das österreichische Recht gut vorbereitet, denn es ist in Teilen (z.B. ABGB) technikneutral geschrieben, wodurch zahlreiche Bestimmungen auch auf Blockchain Sachverhalte Anwendung finden kann.⁶⁵

Aufgrund der starken Heterogenität innerhalb vom Kryptoassets soll die rechtliche Einordnung (vorerst Sachen- sowie Wertpapierrecht) nach den vorgestellten wirtschaftlichen Anwendungsbereichen Kryptowährungen/Payment Token, Utility Token, Security Token und NFT erfolgen. Dabei wird von einer entsprechenden Reinformbezogen ausgegangen, auch wenn in der Praxis nach Einzelfallprüfung Kombinationen oder weitere Formen nicht ausgeschlossen werden können. Zuvor wird noch auf die Thematik Smart Contract eingegangen.

5.1 Smart Contract

Weiter oben wurden bereits die technischen Komponenten von Smart Contracts beleuchtet (siehe Kapitel 4.5). Allerdings muss überprüft werden, ob entsprechende programmierte Wenn-Dann-Algorithmen überhaupt zivilrechtliche Verträge darstellen.

Nach dem österreichischen Recht (§ 861 ABGB) benötigt es die übereinstimmende Willenserklärung zweier Parteien und damit Übereinstimmung von Angebot und Annahme, damit es zu einem gültigen Vertrag kommt.⁶⁶

Grundsätzlich können Verträge nach § 863 ABGB auf vielfältige Weise zustande kommen: schriftlich, mündlich, konkludent.⁶⁷ Generell gilt für zivilrechtliche Verträge ein weites Maß an

⁶⁴ FMA, Registrierung von Dienstleistern in Bezug auf virtuelle Währungen (2022).

⁶⁵ Paulmayer in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilingner (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 317f.

⁶⁶ Hanzl, Smart Contract- eine zivilrechtliche Betrachtung, in Hanzl/Pelzmann/Schragl (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung (2021) 269.

⁶⁷ Vgl § 863 ABGB.

Privatautonomie, welche lediglich in Teilbereichen (Rechtswidrigkeit, Verstöße gegen die guten Sitten, Formvorschriften etc.) eingeschränkt wird.⁶⁸

Unabhängig von dem gehandelten Asset ist zu prüfen, auf welche Art der Kauf- bzw. Tauschvertrag zustande gekommen ist. Unterschieden werden können Smart-Contracts in *echte* und *unechte*. Echte Smart-Contracts werden auch als *Smart-Legal-Contracts* bezeichnet. Damit sie als entsprechende gewertet werden, muss die Willenserklärung über die Blockchain erfolgen. Erfolgt die Willenserklärung über einen anderen Weg und wird lediglich in weiterer Folge eine Abwicklung/Ausführung über die Blockchain vereinbart, handelt es sich um einen unechten Smart-Contract, der auch als *Transacting-Smart-Contract* bezeichnet wird.⁶⁹

Damit ein Smart-Contract-Code ein zivilrechtliches Angebot darstellen kann, muss er inhaltlich ausreichend bestimmt sein und ausreichend Bindungswillen der bereitgestellten Person verkörpern.⁷⁰

Die Annahme des bereitgestellten Smart Contract Codes auf der Blockchain erfolgt durch Überweisung des geforderten Betrags, wodurch ein zivilrechtlich gültiger Vertrag zustande kommt.⁷¹

Auch wenn die Diskussion in der Lehre zum gültigen Zustandekommen von echten Smart Contracts nicht final beendet ist, überzeugt die Argumentation der konkludenten Willenserklärung.⁷² Mangels gesetzlicher Einschränkung ist die Willenserklärung über Blockchain-Anwendungen als technologische Weiterentwicklung, ähnlich wie Verkaufsautomaten etc. zu sehen und durch den Grundsatz der privatautonomen Vertragsfreiheit und Formfreiheit (§ 883 ABGB) zu bewerten.⁷³

Hanzl liefert einen Entscheidungsbaum, nach dem ein Smart Contract überprüft werden kann, ob es sich um einen echten Smart Contract handelt. Anknüpfungspunkte sind dabei Zeitpunkt und Ort von Angebot und Annahme.⁷⁴

In einem ersten Schritt wird analysiert, ob der Smart Contract alle Hauptbestandteile des Vertrages enthält (*essentialia negotii*) und es sich um ein gültiges Angebot handelt. Nur wenn

⁶⁸ Vgl §§ 879 und 883 ABGB; Vgl Verbraucherschutzrechte (siehe Abschnitt 7).

⁶⁹ *Hanzl* in *Hanzl/Pelzmann/Schragl* (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung (2021) 271.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid* 272.

⁷² *Ibid* 269f.

⁷³ *Ibid* 270.

⁷⁴ *Ibid* 272f.

dies der Fall ist und die Vertragsanbahnung via Blockchain erfolgt ist, kommt ein echter Smart Contract in Frage. Erfolgte die Vertragsanbahnung bzw. Angebotslegung auf einem anderen Weg z.B. über eine gewöhnliche Webseite/Webshop oder in einem Verkaufsgeschäft, so kommt der Smart Contract Code nicht als eigenständiger zivilrechtlicher Vertrag in Frage. Es handelt sich vielmehr um ein Werkzeug zur Ausführung des auf anderem Wege geschlossenen Vertrags aber nicht um einen Vertrag im rechtlichen Sinn⁷⁵

Zur Verdeutlichung echter bzw. unechter Smart Contract sollen zwei Beispiele, entnommen von bzw. in Anlehnung an *Hanzl*, vorgestellt werden:⁷⁶

Im Rahmen eines KFZ-Versicherungsvertrags wird zwischen Versicherungsnehmer und der Versicherung ein variabler Prämienanteil vereinbart, welcher sich an dem Fahrverhalten des Versicherungsnehmers bemisst und über eine Blockchain ausgeführt wird. Zur Überprüfung des Fahrverhaltens werden unterschiedliche Sensoren eingesetzt, die das Einhalten unterschiedlicher Parameter wie z.B. der Geschwindigkeiten und Abstände überwachen. Bei einem solchen Smart Contract, der die Berechnung der Versicherungsprämie vollständig automatisch auslöst, handelt es sich um keinen eigenständigen zivilrechtlichen Vertrag und daher um einen unechten Smart Contract. Er dient nur zur Ausführung eines Sachverhalts, der Abseits der Blockchain vereinbart wurde (Erfüllungshandlung).⁷⁷

Ganz anders sieht ein Smart Contract aus, der auf einer Blockchain zum Kauf eines bestimmten Produkts unter Angabe eines bestimmten Preises platziert ist. Hierbei handelt es sich um ein Angebot, welches ein Interessent durch Überweisung des festgesetzten Betrags annimmt. Damit kommt ein echter Smart Contract zivilrechtlich gültig zustande.⁷⁸

5.2 Kryptowährungen/Payment Token

Kryptowährungen fallen in den weiten Sachbegriff des ABGB. Diese weite Definition nach § 285 ABGB *umfasst Alles, was von der Person unterschieden ist, und zum Gebrauche der Menschen dient*, wobei u.a. Forderungen nicht vom Sachbegriff erfasst sind.⁷⁹

⁷⁵ *Hanzl* in *Hanzl/Pelzmann/Schragl* (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung (2021) 272f.

⁷⁶ *Ibid* 273 ff.

⁷⁷ *Ibid* 274f.

⁷⁸ Vgl *ibid* 275f.

⁷⁹ *Weilinger/Miernicki* in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger* (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 93.

Interessant wird es bei der engeren sachenrechtlichen Einordnung von Kryptowährungen in körperliche/unkörperliche (§ 292 ABGB), bewegliche/unbewegliche (§ 293 ABGB), schätzbare/unschätzbare (§ 303 ABGB), verbrauchbare/unverbrauchbare (§ 301 ABGB) und vertretbare/unvertretbare Sachen, da damit zum Teil erhebliche Rechtsfolgen verbunden sind.⁸⁰

Nach hM handelt es sich bei Kryptowährungen, beziehungsweise korrekterweise bei deren Einheiten um bewegliche, verbrauchbare, schätzbare und vertretbare Sachen. Hinsichtlich der Körperlichkeit wird zwar teilweise eine Körperlichkeit diskutiert, allerdings werden Kryptowährungen von der hM als unkörperliche Sache angesehen, wodurch grundsätzlich kein Eigentum im engeren Sinn des § 354 ABGB möglich ist (dies ist nur für körperliche Sachen möglich).⁸¹

Der Erwerb von Einheiten einer Kryptowährung in Geldeinheiten einer staatlichen Währung (Fiat-Währung), in Österreich Euro, ist ein Kaufvertrag iSd § 1053 ABGB.⁸² Werden Wertseinheiten von einer Kryptowährung durch Einheiten einer anderen Kryptowährung erworben, handelt es sich um einen Tauschvertrag. Dasselbe gilt für die Bezahlung von Waren oder Dienstleistung mit Kryptowährungen,⁸³ und wohl auch für die Umwandlung von Kryptowährungen in Euro oder ein anderes staatliches Zahlungsmittel⁸⁴.

Der Unterschied, ob ein Tausch- oder Kaufvertrag vorliegt, ist in der Hingabe von Geld zu sehen, welches Kraft Gesetzes (§ 1 Eurogesetz⁸⁵) ein zwingend anzunehmendes Zahlungsmittel darstellt.⁸⁶

Kryptowährungen stellen kein Geld (da kein gesetzliches Zahlungsmittel) und E-Geld iSd § 1 Abs 1 E-GeldG 2010⁸⁷ dar, wodurch auch kein Zahlungsdienst nach ZaDiG 2018 vorliegen kann.⁸⁸

⁸⁰ Weilinger/Miernicki in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 93 ff.

⁸¹ *Ibid* 94f.

⁸² *Ibid* 97 ff.

⁸³ *Ibid*.

⁸⁴ Vgl *ibid* 97 ff.

⁸⁵ Bundesgesetz, mit dem Maßnahmen auf dem Gebiete der Währung im Zusammenhang mit der Ausgabe der Euro-Banknoten und -Münzen erlassen werden (Eurogesetz), und das Scheidemünzengesetz 1988 und das Nationalbankgesetz 1984 geändert werden BGBl 72/2000.

⁸⁶ Weilinger/Miernicki in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 98.

⁸⁷ Bundesgesetz über die Ausgabe von E-Geld und die Aufnahme, Ausübung und Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geld-Instituten (E-Geldgesetz 2010) BGBl 107/2010.

⁸⁸ Stadler/Chochola, Kryptowährungen: Aufklärungspflichten im Verhältnis Unternehmer – Verbraucher, *ecolex* 2017, 641 (642).

Payment Token dürfen nach Schweizer Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) keine Emittenten haben (dient als Vorlage für den FMA FinTech Navigator), auch wenn gleich dies die FMA nicht so klar abgrenzt und es dadurch zu einer Verwässerung mit Utility Token kommt.⁸⁹

Zum Eigentumserwerb bzw. Eigentumsübergang benötigt es nach dem österreichischen Recht die Willensübereinkunft z.B. Vertrag (Titel) und die Übergabe (Modus), die den Akt der rechtlichen Erwerbsmöglichkeit darstellt. Für körperliche Sachen wäre der Modus z.B. in der Übergabe der Sache nach § 426 ABGB zu sehen. Weiters kommen Übergabe durch Zeichen nach § 427 ABGB oder Übergabe durch Erklärung nach § 428 ABGB als Modi in Frage.⁹⁰

Wie bereits weiter oben ausgeführt, sieht das Gesetz lediglich für körperliche Sachen den Eigentumserwerb vor. Es gilt daher zu prüfen, ob eine analoge Anwendung der Modi bei der Übertragung von Kryptowährungen in Betracht kommt. Erfolgt eine Transaktion auf der Blockchain, so kann über eine analoge Anwendung der Übergabe durch Erklärung iSd § 428 ABGB mit dem Sonderfall der Besitzeinweisung diskutiert werden.⁹¹

Wird ein geheim gehaltener Private Key jemanden bekannt gegeben (die Transaktion somit nicht über die Blockchain abgewickelt), so kann dies als Übergabe durch Zeichen nach § 427 ABGB interpretiert werden.⁹²

Eine Übertragung von Kryptowährungen nach zessionsrechtlichen Bestimmungen nach §§ 1392 ff ABGB ist lediglich möglich, wenn sie auf (Forderungs-) Rechten fußen, z.B. wenn ein Token bei Ausgabe einen Anspruch gegen den Herausgeber verkörpert oder wenn ein Anspruch auf die Übertragung von Kryptowährungen auf Basis eines Kaufvertrags bestehen.⁹³

Die wertpapierrechtliche Einordnung nach KMG 2019 von Payment Token ist durchaus nicht leicht zu beantworten. Folgt man der Definition für Wertpapiere iSd KMG 2019 bzw. Art 2 lit a Prospekt-VO iZm Art 4 Abs 1 Nr 44 MiFID II so fallen darunter u.a. Aktien, aktienähnliche Papiere, Anleihen und anleiheähnliche Papiere. All diese Papiere werden durch einen Emittenten ausgegeben. Allerdings werden, wie bereits ausgeführt, Payment Token nicht durch

⁸⁹ *Paulmayer in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger* (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 319.

⁹⁰ *Weilinger/Miernicki in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger* (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 99f.

⁹¹ *Weilinger/Miernicki in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger* (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 100.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

einen einzelnen Emittenten ausgegeben. Fehlt es an einem Emittenten, kann auch kein Anspruch gegenüber einem Emittenten bestehen, weshalb für *Paulmayer* Payment Token idR keine Wertpapiere iSd KMG 2019 darstellen.⁹⁴

Neben dem Element des Emittenten erfüllen Payment Token wohl auch nicht die Eigenschaft von Aktien oder Anleihen bzw. deren Ähnlichkeit, da es sich vielmehr um Geldähnlichkeit handelt.⁹⁵

Gutgläubiger Erwerb

Der Eigentumserwerb an Payment Token z.B. via Tausch- bzw. Kaufvertrag stellt einen derivativen Eigentumserwerb dar. Er leitet sich von den Rechten des Veräußerers ab, weshalb der Veräußerer über entsprechende Berechtigung verfügen muss. Liegt diese Berechtigung nicht vor, kann in gewissen, gesetzlich festgesetzten Fällen dennoch für den Erwerber Eigentumserwerb stattfinden. Dies wird als originärer Eigentumserwerb bezeichnet. Zu diesen Fällen gehört der Gutglaubenserwerb nach § 367 ABGB, wobei zahlreiche Voraussetzungen kumulativ erfüllt werden müssen.⁹⁶

Nach hM muss es sich demnach um ein gültiges und entgeltliches Titelgeschäft von einem redlichen Erwerber handeln. Zusätzlich muss eines von drei weiteren Merkmalen (Erwerb aus öffentlicher Versteigerung, Erwerb vom Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens oder Erwerb vom Vertrauensmann des Eigentümers) zutreffen sowie um eine bewegliche körperliche Sache handeln.⁹⁷

Letzteres (bewegliche körperliche Sache) verhindert die direkte Anwendung von Sachverhalten mit Payment Token, weshalb lediglich eine analoge Anwendung in Frage kommt. Eine analoge Anwendung des Gutglaubenserwerbs ist jedoch strittig. Während die Ablehnung mit der Unveränderbarkeit der Transaktion auf der Blockchain argumentiert wird, berufen sich die

⁹⁴ *Paulmayer* in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger* (Hrsg.), *Kryptowährungen* (2019) 321-323.

⁹⁵ Vgl Art 4 Abs 1 Nr 44 MiFID II; *Paulmayer* in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger* (Hrsg.), *Kryptowährungen* (2019) 319.

⁹⁶ *Weilinger/Miernicki* in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger* (Hrsg.), *Kryptowährungen* (2019) 101.

⁹⁷ Vgl § 367 ABGB; *Weilinger/Miernicki* in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger* (Hrsg.), *Kryptowährungen* (2019) 101.

Befürworter der Analogie auf Verkehrsschutzerfordernisse und den Rechtsscheintatbestand durch Eintragung auf einer Blockchain (Registereigenschaft).⁹⁸

Weiters stellt sich die Frage, ob beim Gutgläubenserwerb bei einem Unternehmer die Bedingung des Erwerbs im *Gewöhnlichen Betrieb des Unternehmens* erfüllt ist, bzw. welche Rolle Handelsplattformen als Vertrauensmann des Eigentümers darstellen.⁹⁹

Eine zweite Bestimmung hinsichtlich des Gutgläubenserwerbs findet sich in § 371 ABGB, wobei sich dies auf Geld und Inhaberpapiere bezieht. Eine analoge Anwendung auf Kryptowährungen ist strittig, wird allerdings mit der erhöhten Umlauffähigkeit und dem Vergleich mit dem abstrakten Wertinteresse von Geld bzw. Inhaberpapieren treffend argumentiert.¹⁰⁰

5.3 Nicht fungible Token (NFT)

Auch für NFT fehlt eine gesetzliche Definition, weshalb eine rechtliche Einordnung durchaus komplex ist. Es handelt sich um einen Eintrag auf einer Blockchain, der mittels Token-Nummer eine bestimmte Sache oder ein Recht mit einem bestimmten Public Key, also einem Inhaber verknüpft.¹⁰¹

Verbriefung

Ein Stück Papier kann auf eine andere Sache verweisen oder direkt ein Recht verbriefen, dann ist es ein zivilrechtliches Wertpapier oder nur eine Beweisurkunde. So wie ein Papier auf eine Sache verweist oder direkt ein Recht verbrieft, ist es auch bei NFT der Fall. Aus dem Verweis von einem Datensatz auf einer Blockchain auf eine Sache folgt noch lange keine Verbriefung irgendeines Rechts.¹⁰²

Als zivilrechtliches Wertpapier wird eine Urkunde gesehen, die ein privates Recht in einer Art und Weise verbrieft, sodass zur Geltendmachung des Rechts die Innehabung der Urkunde

⁹⁸ Weilinger/Miernicki in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 101.

⁹⁹ Vgl. Winner in Rummel/Lukas, ABGB⁴ (2016) § 367 Rz 15f.

¹⁰⁰ Weilinger/Miernicki in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 102; detailliert zu § 371 ABGB: Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2020) § 371.

¹⁰¹ Kogler, Non Fungible Tokens und Sachenrecht, *Juristische Blätter* 2021, 685 (687).

¹⁰² *Ibid* 687f.

erforderlich ist. Folglich muss sich direkt im Token-Datensatz ein entsprechender Text befinden, der ein bestimmtes Recht einräumt, andernfalls teilt er das rechtliche Schicksal eines leeren Papiers.¹⁰³

Sachenrecht

Aus sachenrechtlicher Perspektive können zwei Spielvarianten vorliegen. Erstens NFT ohne verbrieftes Recht und zweitens NFT, die ein Recht verbriefen.¹⁰⁴

In jedem Fall muss jeweils zwischen dem Token als Datensatz auf der Blockchain und dem verwiesenen Gegenstand (digitales Kunstwerk, reales Kunstwerk, digitale Liegenschaft etc.) unterschieden werden. Während der Token-Datensatz stets eine unkörperliche Sache darstellt und folglich weder beweglich noch unbeweglich sein kann, sind bei dem verwiesenen Gegenstand mehrere Varianten möglich. Der verwiesene Gegenstand kann körperlich (Weinflasche, physisches Kunstwerk etc.) und in weiterer Folge beweglich bzw. unbeweglich oder unkörperlich (digitales Kunstwerk, Grundstück in einer digitalen Welt, digitaler Entwurf Schuh/Uhr etc.) sein. Handelt es sich bei dem verwiesenen Gegenstand um ein Recht, so handelt es sich zwar um keine Sache, jedoch greift die gesetzliche Fiktion einer beweglichen Sache nach § 298 ABGB.¹⁰⁵

Wird durch den Token ein Recht zivilrechtlich verbrieft, so handelt es sich zwar um keine Sache, allerdings greifen die gesetzlichen Fiktionsregeln (§§ 298 iVm 293, 285 und 312 ABGB) und sie werden wie unkörperliche Sachen sowie je nach Einzelfall als beweglich bzw. unbeweglich behandelt.¹⁰⁶

Verbrieft der Token ein Nutzungsrecht oder ein anderes Recht an einem verwiesenen Gegenstand, liegt ein drittes Objekt in der rechtlichen Konstellation vor, wobei wieder eine genaue sachenrechtliche Einordnung zu erfolgen hat.¹⁰⁷

Egal wie viele Elemente bei einem NFT zusammenkommen, in jedem Fall kommt es nicht zu der Entstehung einer (*Gesamt-*) *Sache*.¹⁰⁸

¹⁰³ Kogler, Non Fungible Tokens und Sachenrecht, *Juristische Blätter* 2021, 685 (688).

¹⁰⁴ Vgl *ibid* 687 ff.

¹⁰⁵ *Ibid* 687-690.

¹⁰⁶ Vgl *ibid*.

¹⁰⁷ Vgl *ibid* 690.

¹⁰⁸ *Ibid* 688.

Übertragung

Die sachenrechtliche Einordnung ist, wie bereits zuvor bei anderen Tokenarten, hinsichtlich der Übertragungsvorgänge von Relevanz.

Der Eigentumserwerb benötigt Titel und Modus. Der Titel kann sich dabei aus dem Gesetz, einer gerichtlichen Entscheidung, einer letztwilligen Verfügung oder einem Vertrag (Kaufvertrag, Tauschvertrag oder Schenkungsvertrag) ergeben.¹⁰⁹

Wie bereits ausgeführt liegt bei NFT keine einzelne (Gesamt-) Sache vor, weshalb es Modi für den Token und Gegenstand benötigt.¹¹⁰

Für den verwiesenen Gegenstand ist auf die sachenrechtliche Einordnung abzustellen. Körperlich bewegliche Gegenstände können von Hand zu Hand (§ 426 ABGB), durch Zeichen (§ 427 ABGB) oder Erklärung (§ 428 ABGB) übergeben werden.¹¹¹ Der Modus für „reale“ Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte (körperliche unbewegliche Sachen) ist die Einverleibung des Eigentumsrechts im Grundbuch (§§ 431, 436, 437 ABGB).¹¹²

Auch für den Token, unabhängig ob er Recht zivilrechtlich verbrieft oder nicht, benötigt zum Eigentumsübergang neben dem Titel eine Übernahme bzw. Übergabe. Für die *Besitzverschaffung* iSd § 425 ABGB von Token fallen aufgrund ihrer Unkörperlichkeit, die Übergabe von Hand zu Hand (§ 426 ABGB) so gut wie aus. Eine Übertragung durch Urkundenhinterlegung oder Bucheintrag kommt mangels gesetzlicher Regelungen bzw. fehlender staatlicher Register auch nicht in Frage.¹¹³ Eine Blockchain erfüllt diese Kriterien in jedem Fall aktuell nicht.¹¹⁴

Zur Übertragung oder besser gesagt zur Überschreibung des Tokens wird im Regelfall dem Erwerber mit Besitzwillen der Public key und Private Key durch den bisherigen Eigentümer bekanntgegeben oder der Token an den Erwerber übermittelt. Weiters könnte die Übergabe auch durch Erklärung oder durch Besitzkonstitut und Besitzanweisung erfolgen.¹¹⁵

¹⁰⁹ Kogler, Non Fungible Tokens und Sachenrecht, *Juristische Blätter* 2021, 685 (691f).

¹¹⁰ *Ibid* 692.

¹¹¹ *Ibid*.

¹¹² Kogler, Non Fungible Tokens und Sachenrecht, *Juristische Blätter* 2021, 685 (692).

¹¹³ *Ibid* 692.

¹¹⁴ Genauere Diskussion dazu: *ibid* 692.

¹¹⁵ *Ibid* 694.

Gutgläubiger Eigentumserwerb

Wie zuvor muss für *Kogler* eine getrennte Betrachtung zwischen dem Token an sich und dem verwiesenen Gegenstand vorgenommen werden:¹¹⁶

1. Für den gutgläubigen Erwerb von verwiesenen körperlichen beweglichen Gegenständen ist § 367f ABGB anwendbar.¹¹⁷
2. Für den Token an sich (unkörperliche Sache) ist in Anbetracht einer planwidrigen Lücke ebenfalls eine analoge Anwendung von § 367 f ABGB denkbar, da die Schutzbedürftigkeit eines Erwerbs einer beweglichen körperlichen Sache wie z.B. eines Buches nicht höher sein sollte also ein einmaliger Token.¹¹⁸

Für unkörperliche Sache (digitale Kunstwerke etc.) bestehen die Problematiken ähnlich wie für Payment Token (siehe obiger Abschnitt).

Für *Fasching/Bernsteiner* erscheinen NFT in ihrer technischen Beschaffenheit klassischen Inhaberpapieren ausreichend ähnlich, sodass über eine entsprechende zivilrechtliche wertpapierrechtliche Gleichstellung mit klassischen Inhaberpapieren diskutiert wird.¹¹⁹

Hinderlich ist jedoch, dass NFT mit Verbriefung eines Rechts auf einer Blockchain verbrieft sind und nicht auf einer physischen Urkunde und daher gar nicht physisch innegehalten werden können. Da allerdings jeder NFT aufgrund seiner Einzigartigkeit nur mit einer Public Key Adresse in Verbindung steht, ist dies für *Fasching/Bernsteiner* ein ebenso guter Nachweis der Innehabung. Folglich kommt für sie eine analoge Anwendung zivilrechtlicher Bestimmungen für Inhaberpapiere in Betracht.¹²⁰

Die Folgen aus der Einordnung von NFT als zivilrechtliche Wertpapiere würden die sachenrechtlichen Übertragungsformen wie für bewegliche körperliche Sachen bewirken.¹²¹

¹¹⁶ *Kogler*, Non Fungible Tokens und Sachenrecht, *Juristische Blätter* 2021, 685 (697f).

¹¹⁷ *Ibid* 697.

¹¹⁸ *Ibid* 697f.

¹¹⁹ Vgl *Fasching/Bernsteiner*, Das ABGB in der digitalen Welt, *RdW* 2022, 234 (236).

¹²⁰ *Ibid* 236.

¹²¹ *Ibid* 237.

5.4 Utility Token und Security Token

Token (idR mit Ausnahme von Kryptowährungen/Payment Token siehe dazu Abschnitt 5.2) werden von einem Emittenten herausgegeben. Das bedeutet, sie sind einer Person zugeordnet, die auch die Ausgestaltung und die damit verbundenen Möglichkeiten festlegt.¹²²

Utility Token sind dabei ähnlich einem Payment Token, der als eine Art Gutschein zur Bezahlung von Waren und Dienstleistungen dient. Utility Token können in Form von einem Initial Coin Offering (ICO) oder am Sekundärmarkt auf einer Plattform erworben werden. Utility Token unterscheiden sich zu Payment Token allerdings dadurch, dass sie durch einen Emittenten ausgegeben werden.¹²³

Utility Token sind immer ohne Rückzahlungs- oder Renditeansprüchen verbunden. Im Gegenzug dazu sind Security Token dadurch gekennzeichnet, dass sie dem Inhaber Ansprüche auf zukünftige Auszahlungen oder Zahlungsströme liefern. Das können Zinsen auf das Kapital aber auch gesellschaftsrechtliche Ansprüche (Mitbestimmung, Gewinn- und Verlustpartizipation etc.) sein.¹²⁴

Auch für Utility Token und Security Token stellt sich die Frage nach der wertpapierrechtlichen Einordnung iSd KMG 2019. Bei genauerer Betrachtung der Definition für Wertpapiere iSd KMG 2019 bzw. Art 2 lit a Prospekt-VO nach Art 4 Abs 1 Nr 44 MiFID II fällt auf, dass insbesondere Aktien, aktienähnliche Papiere, Anleihen und anleiheähnliche Papiere erfasst sind. In jedem Fall benötigt es einen Emittenten, der entsprechende Titel herausgibt bzw. anbietet. Dies trifft idR für Utility Token und Security Token gleichermaßen zu.¹²⁵

Utility Token vermitteln keine Rückzahlungsverpflichtungen oder Renditeversprechen gegenüber dem Emittenten und auch keine Mitbestimmungsrechte, sondern dienen vielmehr als Zahlungsmittel ähnlich wie ein Gutschein.¹²⁶

Mit Blick auf Art 4 Abs 1 Nr 44 MiFID II liegt somit für Utility Token idR kein Wertpapier nach KMG 2019 vor.

¹²² Paulmayer in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 317f.

¹²³ Ibid 319.

¹²⁴ Vgl ibid 320.

¹²⁵ Paulmayer in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 319-328.

¹²⁶ Ibid 319f.

Paulmayer führt darüber hinaus auch noch ein weiteres Argument an, weshalb Utility Token und Payment Token keine Wertpapiere iSd KMG 2019 darstellen. Er knüpft hierbei nach entsprechender Wortinterpretation der englischen Fassung der MiFID II und der Zahlungsdienste-RL II ¹²⁷ an die Eigenschaft der Ähnlichkeit mit Zahlungsmitteln (auch wenn Payment und Utility Token kein Zahlungsmittel nach BWG und ZaDiG 2018 darstellen) an und das Zahlungsmittel lt. Art 4 Abs 1 Nr 44 1. Teilsatz MiFID II explizit nicht als übertragbare Wertpapier eingeordnet werden.¹²⁸

Hinsichtlich der Einordnung von Security Token als übertragbare Wertpapiere kommt man zu einer völlig anderen Lösung als bei Payment- und Utility Token. Security Token stellen idR dem Inhaber Zahlungsansprüche gegenüber dem Emittenten dar (Rückzahlungsverpflichtung, Dividendenanspruch, Zinszahlungen etc.) und/oder ermöglichen dem Inhaber Rechte, wie man es von Gesellschaftern kennt (z.B. Stimmrechte). Security Token fallen mit Blick auf Art 4 Abs 1 Nr 44 MiFID II klar unter Wertpapiere, da sie in der Regel zumindest ausreichend Ähnlichkeit mit Aktien oder Anleihen aufweisen.¹²⁹

Mit Erfüllung dieser Eigenschaft ist jedoch noch nicht bestimmt, ob Security Token auch *handelbare* Wertpapiere darstellen. Lt. FMA müssen vier Kriterien kumulativ vorliegen:¹³⁰

1. Verkörperung eines Rechts
2. Handelbarkeit am Kapitalmarkt
3. Vergleichbarkeit mit Aktien, Anleihen oder ähnlichen Wertpapieren
4. Kein Vorliegen von Ausnahmen

Mit Verkörperung eines Rechts ist gemeint, dass der Anspruch von der Innehabung abhängig ist, es benötigt aber nicht einer klassischen Verbriefung in einer (Sammel-)Urkunde.¹³¹ Es können demnach durchaus private oder öffentliche Blockchain ausreichende Register darstellen, wenn die Security Token gleiche Funktionen wie fungible Wertpapiere aufweisen.¹³²

Für die Handelbarkeit am Kapitalmarkt spielt insbesondere die Standardisierung und die Übertragbarkeit des Anlageprodukts eine wichtige Rolle (auf diese Merkmale wurde bereits in

¹²⁷ RL 2015/2366 vom 25.11.2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt ABI L 2015/337, 35.

¹²⁸ *Paulmayer* in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger* (Hrsg.), *Kryptowährungen* (2019) 322f.

¹²⁹ Vgl *ibid* 320 und 326; Vgl Art 4 Abs 1 Nr 44 MiFID II.

¹³⁰ FMA, ICO (2022).

¹³¹ *Ibid*.

¹³² Ausführlich dazu *Paulmayer* in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger* (Hrsg.), *Kryptowährungen* (2019) 324f.

Abschnitt 4.7 aufmerksam gemacht).¹³³ Dazu reicht bereits die bloße Möglichkeit der Handelbarkeit des Security Tokens auf einem geregelten Markt oder MTF iSe Veräußerbarkeit.¹³⁴

Hinsichtlich des dritten Merkmals Vergleichbarkeit mit Aktien, Anleihen oder ähnlichen Wertpapieren siehe oben.

Als viertes Kriterium dürfen keine Ausnahmeregeln vorliegen, wie es z.B. für zahlungsmittelähnliche Token / Bezahlungsfunktion (Payment- und Utility Token) skizziert wurde.¹³⁵

Im Ergebnis bejaht die FMA regelmäßig die Qualifizierung von Security Token als handelbare Wertpapier iSd der Prospekt-VO und dem KMG 2019 (mit entsprechenden Prospektpflichten etc.).¹³⁶

Die Einordnung als Wertpapier iSd KMG 2019 und WAG 2018¹³⁷ hat auch Auswirkung auf Dienstleister, die bei der Emittierung beteiligt sind. So wird für die Teilnahme an der Emission von Wertpapieren nach § 1 Abs 1 Z 11 BWG eine bankenrechtliche Konzession oder bei der Vermittlung von Security Token eine Konzession als Kreditinstitut oder Wertpapierfirma notwendig.¹³⁸

Security Token können neben der Einordnung als Wertpapier iSd KMG 2019 auch als Veranlagung eingeordnet werden. Veranlagungen nach § 1 Abs 1 Z 3 KMG 2019 sind *Vermögensrechte, über die keine Wertpapiere ausgegeben werden, aus der direkten oder indirekten Investition von Kapital mehrerer Anleger auf deren gemeinsame Rechnung und gemeinsames Risiko oder auf gemeinsame Rechnung und gemeinsames Risiko mit dem Emittenten, sofern die Verwaltung des investierten Kapitals nicht durch die Anleger selbst erfolgt; unter Veranlagungen im Sinne dieses Bundesgesetzes sind auch alle vertretbaren, verbrieften Rechte zu verstehen, die nicht in Z 4 genannt sind.*

¹³³ FMA, ICO (2022).

¹³⁴ Ausführlich dazu Paulmayer in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 325f.

¹³⁵ FMA, ICO (2022).

¹³⁶ FMA, ICO (2022).

¹³⁷ Wertpapieraufsichtsgesetz 2018 – WAG 2018 BGBl 107/2017

¹³⁸ Paulmayer in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 326f.

Mit dieser Definition sind zahlreiche Ausgestaltungen erfasst z.B. Genussscheine, stille Beteiligungen, Immobilienfonds oder Ausgabe von GmbH-Anteilen. Das entscheidende Merkmal ist, ob eine *Vergemeinschaftlichung des Risikos* verwirklicht wird.¹³⁹

Die Einordnung eines Tokens als Veranlagung bewirkt ebenfalls Prospektpflichten allerdings nicht nach den Vorgaben der Prospekt-VO, sondern nach dem 1. Hauptstück des KMG 2019 ("Öffentliches Angebot von Veranlagungen").¹⁴⁰

Payment und Utility Token in Reinform erfüllen kaum die Tatbestandsmerkmale nach § 1 Abs 1 Z 3 KMG 2019 (insbesondere mangelt es der *Vergemeinschaftung iSd Veranlagungsbegriffs*), weshalb sie nicht als Veranlagungen anzusehen sind.¹⁴¹

Für Security Token kann es theoretisch in Einzelfällen durchaus zu einer Einordnung als Veranlagung nach KMG 2019 kommen. Dabei muss der Token zuvor als Wertpapier iSd KMG 2019 iVm MIFID II VO ausgeschlossen worden sein (siehe Kriterien der FMA oberhalb). Dies wäre in Fällen, wo zwar eine mitgliedschaftliche Komponente oder eine anleiheähnliche Ausgestaltung festzustellen ist, allerdings Einschränkungen in der Handelbarkeit (Stichwort Standardisierung und Übertragungsmöglichkeit) vorliegen, der Fall.¹⁴² *Paulmayer* liefert dafür das Beispiel von Token, die nach Ablauf einer bestimmten Zeit vom Emittenten zurückgenommen werden und dabei der Rückkaufpreis von gewissen Unternehmenskennzahlen abhängig ist.¹⁴³ Weiters kommen Security Token, die nicht nach ERC-20-Standard ausgestaltet sind, als Veranlagung in Frage.¹⁴⁴

Neben der Betrachtung von Token als Wertpapier bzw. Veranlagung kann noch überlegt werden, inwieweit Security Token Bestandteil eines Investmentfonds (*OGAW*) sein können. Dazu müssen für *Gassebner/Tomanek* vier Voraussetzungen erfüllt sein, um als Wertpapier iSd § 3 Abs 2 Z 13 InvFG eingeordnet zu werden:¹⁴⁵

1. Handelbarkeit iSv Standardisierung und Fungibilität (wie bei Wertpapieren nach WAG)

¹³⁹ *Paulmayer* in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger* (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 328f.

¹⁴⁰ *Ibid*

¹⁴¹ Genauer dazu: *ibid* 330.

¹⁴² *Ibid* 331f.

¹⁴³ *Ibid* 331.

¹⁴⁴ Vgl *Paulmayer* in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger* (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 325.

¹⁴⁵ *Gassebner/Tomanek*, Krypto-Assets als "Eligible Assets" gemäß Investmentfondsgesetz, in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger* (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 423-427.

2. Vergleichbarkeit mit Aktien, Anleihen oder ähnlichen Wertpapieren nach § 3 Abs 2 Z 13 InvFG (analog zu Wertpapieren nach WAG)
3. Kein Derivat iSd § 73 InvFG
4. Voraussetzungskatalog nach § 69 Abs 1 Z1-7 InvFG

Die ersten beiden Kriterien werden idR erfüllt sein, da Security Token diese Eigenschaften iSd Prospekt VO und WAG 2018 erfüllen.¹⁴⁶

Das dritte Kriterium (kein Derivat iSd § 73 InvFG) wird von *Gassebner/Tomanek* für Kryptoassets verneint, sie können weiters *allenfalls als Basiswert für derivative Instrumente in Frage kommen*.¹⁴⁷

Ob bzw. unter welchen Bedingungen Futures mit Kryptoassets als Basiswert durch einen OGAW erworben werden können,¹⁴⁸ sei hier nicht näher vertieft.

Zur Prüfung des vierten Kriteriums müssen die Z 1-7 des § 69 Abs 1 InvFG betrachtet werden. Nach Z 1 darf das Verlustrisiko max. im Ankaufswert liegen und keine technische oder vertragliche Nachschussverpflichtung gegeben sein.¹⁴⁹

iSd Z 2 muss das Kryptoasset ausreichend Liquidität besitzen (Veräußerung innerhalb von sieben Bankarbeitstagen), sodass der Fonds zur Auszahlung des Rückgabepreises an Anleger in der Lage ist. Für Assets, die am geregelten Markt gehandelt werden, wird dies vom Gesetzgeber vermutet, da jedoch Kryptoassets nicht auf geregelten Märkten gehandelt werden, müssen alternative Indikatoren für die Due-Diligence-Prüfung durch den Fonds angesetzt werden. Zu diesen zählen: Volumen und Häufigkeit der Wertpapierumsätze, Emissionsvolumen und Anteil, der durch den Fonds erworben werden soll, sowie die Möglichkeit der Wiederveräußerung inkl. Zeitraum, Analyse der Geld- und Briefkurse, die Güte und Anzahl der Vermittler und Market Maker. Die Prüfung muss im Einzelfall erfolgen, allerdings lässt sich das Liquiditäts-Kriterium durchaus erfüllen, da regelmäßig viele der notwendigen Informationen zur Verfügung stehen.¹⁵⁰

¹⁴⁶ siehe dazu oben.

¹⁴⁷ *Gassebner/Tomanek* in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger* (Hrsg.), *Kryptowährungen* (2019) 427.

¹⁴⁸ Siehe dazu: *Majcen*, *Digitale Assets*, *ÖBA* 2019 (3), 208 (212).

¹⁴⁹ *Gassebner/Tomanek* in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger* (Hrsg.), *Kryptowährungen* (2019) 427f.

¹⁵⁰ *Gassebner/Tomanek* in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger* (Hrsg.), *Kryptowährungen* (2019) 428-430; bezüglich Liquiditätsprüfung siehe auch *Leitgeb* in *Bollenberger/Kellner* (Hrsg.), *InvFG Kommentar* (2016) § 69 Rz 8-10.

Z 3 verlangt die verlässige Bewertung der Instrumente, wobei lit b) relevant ist, da Kryptoassets nicht an geregelten Märkten iSd § 67 Abs 2 oder 3 InvFG gehandelt werden. Demnach ist eine regelmäßige Bewertung auf Basis von Informationen des Emittenten oder einer kompetenten Finanzanalyse zwingend erforderlich.¹⁵¹ Dies scheint hinsichtlich Kryptoassets in vielen Fällen fraglich, jedoch nicht unmöglich. Insbesondere, wenn ein Kryptoasset auf einer Krypto-Handelsplattformen bereits etabliert gehandelt und/oder veröffentlicht der Emittent regelmäßige Finanzberichte veröffentlicht, so kann dieses Kriterium erfüllt werden.¹⁵²

iSd Z 4 müssen angemessene Informationen (*regelmäßig* und *exakt*) über das Wertpapier vorliegen, wobei auch auf den Anteil des Wertpapiers am Fondsportfolio abgestellt wird. In jedem Fall ist die interne Bewertung durch die Fondsgesellschaft sowie die Maßstäbe inkl. Risikobewertung auf Verlangen der FMA darzulegen.¹⁵³

Als weiteres Kriterium stellt Z 5 auf die Handelbarkeit des Wertpapiers ab. *Gassebner/Tomanek* argumentieren richtigerweise, dass nicht bloß eine theoretische Handelbarkeit (wie nach MiFID II) sondern auch eine faktische Handelbarkeit gegeben sein muss, die jedoch häufig von Security Token erfüllt werden.¹⁵⁴

Neben den genannten Merkmalen ist zu gewährleisten, dass der Erwerb des Assets im Einklang mit den Anlagezielen bzw. der Anlagestrategie des Fonds steht (Z 6). Dies wäre z.B. erfüllt, wenn Kryptoassets explizit als Assetklasse bzw. Anlagestrategie des Fonds festgeschrieben sind.¹⁵⁵

Als letztes Kriterium (Z 7) wird auf das Risiko durch ein Kryptoasset und der entsprechende Umgang damit durch den OGAW eingegangen. Dies hängt stark mit der angemessenen Information (Z 4) zusammen. Es spricht viel dafür, dass das Risiko angemessen erfasst werden kann und das Kriterium damit als erfüllbar einzuschätzen ist.¹⁵⁶

Fasst man die vier Kriterien samt Unterpunkten zusammen, so kommen Security Token durchaus für einen Erwerb durch einen OGAW in Frage.¹⁵⁷

¹⁵¹ *Gassebner/Tomanek* in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger* (Hrsg.), *Kryptowährungen* (2019) 430f.

¹⁵² Vgl *ibid* 431f.

¹⁵³ Vgl *ibid* 432-434.

¹⁵⁴ Vgl *ibid* 434.

¹⁵⁵ Vgl *Gassebner/Tomanek* in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger* (Hrsg.), *Kryptowährungen* (2019) 435.

¹⁵⁶ Vgl *ibid* 435f.

¹⁵⁷ Vgl *ibid* 436.

Kryptoassets können jedoch unter Maßgabe der Kriterien nach § 67 Abs 4 iVm § 69f InvFG nur im Ausmaß von max. zehn Prozent des Fondsvermögens (Trash-Ratio) erworben werden.¹⁵⁸

Ohne Begrenzung können Vermögenswerte in Alternativen Investmentfonds nach AIFMG erworben werden, und somit auch Kryptoassets. Für Alternative Investmentfonds gelten ebenfalls Konzessionsvorgaben bzw. gibt es die Möglichkeit einer niederschwelligen Registrierung (lediglich Anzeigeverpflichtungen). Zusätzliche existieren strenge Zugangsvoraussetzungen für potenzielle Investoren bzw. Beschränkungen für Privatkunden.¹⁵⁹

Probleme kann es jedoch mit der sicheren Verwahrung von Token geben, die durch eine Depotbank bzw. Verwahrstelle zu erfolgen hat. Dies betrifft Investmentfonds und Alternative Investmentfonds gleichermaßen.¹⁶⁰ Bejaht man die Analogie für Kryptoassets als *verwahrbare Vermögenswerte*, so ergibt sich daraus allerdings für die Verwahrstelle/Depotbank keine gesetzliche Pflicht zur Verwahrung von Kryptoassets, wodurch der grds. Erwerb an der faktischen Verwahrung scheitern könnte.¹⁶¹

¹⁵⁸ Gassebner/Tomanek in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 424f.

¹⁵⁹ *Ibid* 437.

¹⁶⁰ Vgl *ibid* 436f; Vgl Gassebner, Die Rolle der Depotbank/Verwahrstelle, in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 438 ff.

¹⁶¹ *Ibid* 445f.

6 Verbraucherschutz

Die Entstehung des Verbraucherrechts ist den Entwicklungen einer modernen Marktwirtschaft mit seiner Waren- und Dienstleistungsproduktion in Massenproduktion geschuldet und fußt vor allem in den zahlreichen Verbraucherschutzbewegungen, allen voran in den USA ab den 1950ern, etwas später dann auch in den europäischen Ländern.¹⁶²

In Österreich gilt rückwirkend das Ratengesetz aus dem Jahr 1896 als erstes Gesetz hinsichtlich des Verbraucherschutzes und regelte Abzahlungsgeschäfte mit privaten Käufern.¹⁶³

Weitreichende Veränderungen brachte das Konsumentenschutzgesetz im Jahr 1979 mit seinen inzwischen zahlreichen Novellierungen. Trotz Rechtsentwicklungen auf europäischer Ebene mit zahlreichen VO und nationalen Sondergesetzen zum Teil zur Umsetzung von einschlägigen RL bildet das KSchG das Herzstück des Verbraucherrechts in Österreich.¹⁶⁴

Insgesamt ist dem Verbraucherrecht eine hohe Regulierungsdichte und gleichzeitig eine starke Zersplitterung zu attestieren, wodurch es schwierig ist, den Überblick zu behalten.¹⁶⁵

Hinsichtlich der Begrifflichkeiten sind Verbraucherrecht und Verbraucherschutzrecht als Synonyme anzusehen, wenngleich der Begriff Verbraucherschutzrecht besser den Zweck des Schutzes von Verbrauchern abbildet. Da sich entsprechende Regelungen auf das Privatrecht beziehen, kann auch vom Verbraucherprivatrecht gesprochen werden, welches sich u.a. in Verbrauchervertragsrecht, Haftungsrecht (z.B. Produkthaftung) und Wettbewerbsrecht teilen lässt.¹⁶⁶

Das Verbraucherschutzrecht wird nach hM nicht als Sonderprivatrecht verstanden, allerdings stellen Bestimmungen des Verbraucherrechts meist die Qualität von *leges specialis* dar, da sie innerhalb eines gewissen Anwendungsgebiets allgemeines Privatrecht verdrängen bzw. ersetzen.¹⁶⁷

Das Verbraucherschutzrecht ist von zahlreichen Grundprinzipien gekennzeichnet. Dazu zählen: vorvertragliche Informationen, Beschränkungen der Privatautonomie, Abschwächung der

¹⁶² Schauer, Grundlagen und Rechtsquellen des Verbraucherschutzes, in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 1.

¹⁶³ Ibid 1.

¹⁶⁴ Ibid 1f.

¹⁶⁵ Ibid 2.

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ Ibid 2f.

Vertragstreue, Sonderanknüpfungen im Privat- und Zivilverfahrensrecht sowie der kollektive Schutz von Verbraucherinteressen.¹⁶⁸

Vorvertragliche Informationen sollen Verbraucher bereits im Vorfeld über wichtige Merkmale aufklären, damit eine leichtere Vergleichsmöglichkeit mit alternativen Angeboten und schlussendlich eine informierte Entscheidung über den Vertragsabschluss getroffen werden kann. Dazu zählen z.B. Identität und berufliche Qualifikation des Unternehmers, die Leistung und der Preis des Vertragsgegenstands oder die Rücktrittsrechte für den Verbraucher sowie mögliche Streitbeilegungsverfahren.¹⁶⁹

Viele Regelungen des Verbraucherschutzes führen zu Beschränkungen der Privatautonomie und bewirken (relativ-)zwingendes Recht. Damit ist gemeint, dass sie Mindeststandards für Verbraucher sind, Abweichungen davon sind nur zulässig, wenn sie vorteilhafter sind als die vorgeschriebene gesetzliche Bestimmung. Ein typisches Beispiel dafür sind allgemeine Vertragsbedingungen, die nur in seltenen Fällen zwischen unterschiedlichen Unternehmen von dem Verbraucher leicht verglichen werden können.¹⁷⁰

Die Vertragstreue von Verbrauchern wird insofern abgeschwächt, als dass es abschlussbezogene Rücktrittsrechte gibt. Im Rahmen einer gewissen Frist, die als *cooling-off-period* bezeichnet wird, soll der Verbraucher den Vertragsabschluss nochmals überdenken können. Darüber hinaus sollen bei gewissen langfristigen Verträgen (Versicherungen, Wohnungsmiete etc.) vorzeitige Kündigungsmöglichkeiten bestehen, um auf geänderte Lebens- oder Marktsituationen eingehen zu können.¹⁷¹

Sonderanknüpfungen im internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht existieren in der Form, dass österreichisches Recht Anwendung findet, wenn ein *passiver Verbraucher* mit einem ausländischen Unternehmen, das am österreichischen Markt anbietet, einen Vertrag abschließt. In Streitfällen sind in der Regel Gerichte im Land des Verbrauchers zuständig.¹⁷²

Für den kollektiven Schutz von Verbraucherinteressen wurden Verbraucherschutzinstitutionen gewichtige *marktpolizeiliche* Aufgaben zugesprochen. Zu

¹⁶⁸ Schauer, Grundlagen und Rechtsquellen des Verbraucherschutzes, in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 3f.

¹⁶⁹ Ibid 3.

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ Ibid 3f.

¹⁷² Ibid 4.

diesen zählt die privatrechtliche Rechtsdurchsetzung z.B. gegen sittenwidrige AGB oder gewisse Wettbewerbsverstöße.¹⁷³

6.1 Rechtsgrundlagen

Die Rechtsgrundlagen für das Verbraucherschutzrecht finden sich im europäischen Primärrecht Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)¹⁷⁴ im europäischen Sekundärrecht (wie VO und RL) und innerstaatlichen Regelungen.¹⁷⁵

Nachfolgend soll ein grober Überblick über Rechtsquellen zum Verbraucherschutzrecht gegeben werden, wobei bereits auf eine potenzielle Anwendung auf Kryptoassets abgestellt wird.

6.1.1 Europäisches Primärrecht

Der Verbraucherschutz wird an zahlreichen Stellen des AEUV behandelt. (Art 4, 10, 39, 114 und 169 AEUV), auch wenn sich keine Definition für Verbraucher im AEUV findet.¹⁷⁶

So wird in Art 4 Abs 2 lit f AEUV festgelegt, dass der Verbraucherschutz ein Hauptbereich ist, bei dem sich die EU mit den Mitgliedstaaten die Zuständigkeit teilt.¹⁷⁷ Im Wesentlichen ist damit eine Sperrwirkung zu Lasten der Mitgliedstaaten gemeint und bewirkt, dass der Nationalstaat nur subsidiär rechtsgestaltend tätig werden kann.¹⁷⁸

In Artikel 12 AEUV wird verankert, dass den Erfordernissen des Verbraucherschutzes bei der Festlegung und Durchführung aller weiteren Unionspolitiken und Maßnahmen beachtet werden.¹⁷⁹

Aus Artikel 14 AEUV geht hervor, dass dem Verbraucherschutz ein hohes Schutzniveau beigemessen wird, welches bei den Harmonisierungsvorhaben der EU entsprechend zu berücksichtigen ist.¹⁸⁰

¹⁷³ Schauer, Grundlagen und Rechtsquellen des Verbraucherschutzes, in *Deixler-Hübner/Kolba* (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 4.

¹⁷⁴ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) BGBl 86/1999.

¹⁷⁵ Vgl Schauer in *Deixler-Hübner/Kolba* (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 7-48.

¹⁷⁶ *Ibid* 7.

¹⁷⁷ *Ibid*.

¹⁷⁸ Vgl Art 4 Abs 2 lit f AEUV.

¹⁷⁹ Vgl Art 10 AEUV.

¹⁸⁰ Vgl Art 14 AEUV.

Weiters findet sich im AEUV ein eigener Titel mit dem Namen Verbraucherschutz (Titel XV). In Artikel 169 AEUV heißt es u.a., dass die EU zur Förderung der Interessen der Verbraucher und zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus einen Beitrag zum Schutz der Gesundheit, der Sicherheit und der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher sowie zur Förderung ihres Rechtes auf Information, Erziehung und Bildung von Vereinigungen zur Wahrung ihrer Interessen leistet. Zu diesem Zwecke dienen die Maßnahmen nach Art 14 AEUV.¹⁸¹

6.1.2 Europäisches Sekundärrecht

Der europäische Gesetzgeber kann mit Richtlinien (RL) zur Harmonisierung der Rechtslage der Mitgliedstaaten Einwirkung oder Verordnungen erlassen. Verordnungen sind in allen MS unmittelbar anwendbar. RL benötigen einer Umsetzung in Form nationaler Gesetze in den Mitgliedsstaaten. Die nationalen Gesetze müssen jeweils richtlinienkonform ausgelegt werden.¹⁸²

6.1.3 Europäische Rechtsquellen in Bezug auf Verbraucherverträge (Auszug)

Nachfolgend sollen einige europäische Rechtsquellen (VO, RL) aufgezählt werden, die in Bezug auf den Ankauf von Kryptoassets in Betracht kommen könnten.¹⁸³

RL über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen¹⁸⁴

Regelungen zur Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen u.a. Missbräuchlichkeit inkl. Klausel-Katalog (Art 3 + Anhang) und Transparenzgebot (Art 5) umgesetzt in ABGB und KSchG.¹⁸⁵

¹⁸¹ Art 169 AEUV.

¹⁸² Schauer in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 7-11.

¹⁸³ Auf Basis von ibid 11f; eigene Ergänzungen.

¹⁸⁴ RL 93/13/EWG vom 05.04.1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträge, ABI L 1993/95, 29.

¹⁸⁵ Schauer in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 11.

RL über die Rechte der Verbraucher¹⁸⁶

Vorgaben zu Fernabsatz, umfassende Informationspflichten vor Vertragsabschluss, Widerrufsrecht des Verbrauchers, Verkäuferhaftung für das Versandrisiko (Verlust und Beschädigung), Entgeltbefreiung bei ungefragter Waren oder Dienstleistungserbringung. Umgesetzt in FAGG und KSchG.¹⁸⁷

RL über E-Commerce¹⁸⁸

Enthält Vorgaben für Anbieter von *Diensten der Informationsgesellschaft* und bezieht sich neben dem Abschluss von Verträgen u.a. auf Instrumente der Datensuche und -abfrage. Es sind zahlreiche Informationspflichten, insbesondere mit Bezug auf die Identität des Anbieters zu beachten. Der elektronische Vertragsabschluss muss im Ablauf der Schritte genau beschrieben werden. Weiters wird von den Mitgliedstaaten verlangt, dass elektronisch geschlossene Verträge wirksam sind (Art 9). Die E-Commerce RL richtet sich nicht ausschließlich an Verbraucher und wurde von Österreich im ECG umgesetzt.¹⁸⁹

RL über Dienstleistungen¹⁹⁰

Ermöglichung zur Erbringung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen ohne eine Niederlassungserrichtung, wobei nationale Vorgaben nicht diskriminierend, erforderlich und verhältnismäßig sein müssen (Art 16). Für die konkrete Vertragsanbahnung gelten umfangreiche Informationspflichten (Identität, berufliche Qualifikation, Elemente der Dienstleistung und des Vertrags). Die Umsetzung ist im DLG¹⁹¹ und in zahlreichen Landesdienstleistungsgesetzen erfolgt und bezieht sich auf alle Dienstleistungserbringungen, nicht ausschließlich auf Verbraucher.¹⁹²

¹⁸⁶ RL 2011/83/EU vom 25.10.2011, ABI L 2011/303, 64.

¹⁸⁷ Schauer in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 11f.

¹⁸⁸ RL 2000/31/EG vom 08.06.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt ("Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr"), ABI L 2000/376, 1.

¹⁸⁹ Schauer in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 12.

¹⁹⁰ RL 2006/123/EG vom 12.06.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABI L 2006/376, 36.

¹⁹¹ Bundesgesetz über die Erbringung von Dienstleistungen (Dienstleistungsgesetz – DLG) BGBl 100/2011.

¹⁹² Schauer in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 12.

Bestimmte Arten von Verbraucherverträgen

RL über den Verbrauchsgüterkauf¹⁹³

Bezieht sich auf Verträge über bewegliche körperliche Sachen, somit grds. nicht auf bloße Rechte oder Immobilien. Im Zentrum u.a. die Verantwortung des Verkäufers für vertragswidrige Lieferung von Gütern sowie Inhalts- und Informationspflichten hinsichtlich Garantien. Die allgemeinen Regelungen wurden im ABGB sowie verbraucherpezifische Vorschriften im KSchG umgesetzt.¹⁹⁴

RL über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen¹⁹⁵

Dient zur Ergänzung der RL über die Rechte der Verbraucher, sofern Regeln für Finanzdienstleistungen ausgenommen sind. Finanzdienstleistungen können in einem weiten Sinn verstanden werden (Art 2 lit b). Ferner sind zahlreiche vorvertragliche Informationspflichten sowie Widerrufsfristen gefordert. Umgesetzt wurde die RL in Österreich mit dem FernFinG.¹⁹⁶

Es ist in weiterer Folge zu prüfen, ob Dienstleistungen iZm Kryptoassets von dem weit gefassten Begriff der Finanzdienstleistungen erfasst sind.

RL über Zahlungsdienste¹⁹⁷

Hier finden sich Regelungen zur Zulassung und Aufsicht von Zahlungsdienstleistungen (genaue Definition siehe Art 4 Z 3 iVm Anhang) wie umfassende Informationspflichten. Auch wenn sich die RL auf alle Vertragsarten bezieht, gilt der Großteil der Normen für Verbraucher als relativ zwingend. umgesetzt wurde die RL im ZaDiG 2018.¹⁹⁸

¹⁹³ RL 1999/44/EG vom 25.05.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABI L 1999/171, 12.

¹⁹⁴ Schauer in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 13.

¹⁹⁵ RL 2002/65/EG vom 23.09.2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher, ABI L 2002/271, 16.

¹⁹⁶ Schauer in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 13.

¹⁹⁷ RL 2015/2366 vom 25.11.2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt ABI L 2015/337, 35.

¹⁹⁸ Trotz Bezug auf ältere Fassung RL 2007/64/EG korrekt Schauer in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.) Handbuch Verbraucherrecht (2015) 13f.

Prospekt VO¹⁹⁹

Mit der Prospekt VO wird die Harmonisierung der kapitalmarktrechtlichen Bestimmungen weiter vorangetrieben. Die VO benötigt jedoch immer auch das nationale Recht, da durch die VO unterschiedliche Wahlrechte für die Nationalstaaten beispielsweise Umsatzschwellen bestehen. Weiters bleiben viele Bereiche von der Prospekt VO unangetastet und werden weiterhin durch nationale Bestimmungen (z.B. Veranlagungen) geregelt.²⁰⁰

Transparenz-RL²⁰¹

Durch die Transparenz-RL wird u.a. die Erstellung von und die Haftung für Finanzberichte durch den Emittenten und entsprechende Leitungs- und Verwaltungsorgane geregelt.²⁰²

Marktmissbrauchs-VO²⁰³

Hiermit sollen der Anlegerschutz und das Vertrauen der Anleger gestärkt werden. Konkret sollen Insidergeschäfte, unrechtmäßige Offenlegungen von Informationen und Marktmanipulationen sowie Marktmissbrauch verhindert werden.²⁰⁴

RL MiFID II²⁰⁵

Dabei handelt es sich um eine der wichtigsten RL für den Kapitalmarkt. Im Wesentlichen liefert die RL Vorgaben für die Bereiche Vertrieb und Beratung, Handel und Ausführung, Berichterstattung und Transparenz sowie Risikomanagement.²⁰⁶

¹⁹⁹ RL (EU) 2017/1129 vom 14.06.2017 über den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel an einem geregelten Markt zu veröffentlichen ist, ABI L 2017/168, 12.

²⁰⁰ Vgl Zivny/Mock EU-Prospekt VO/KMG 2019³ (2022) Vor EU-ProspektVO Rz 1.

²⁰¹ RL 2004/109/EG vom 15.12.2004 zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, ABI L 2004/390, 38.

²⁰² Vgl Art 4 bis 7 RL 2004/109/EG.

²⁰³ VO (EU) 596/2014 vom 16.04.2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) ABI L 2014/173, 1.

²⁰⁴ Art 1 Marktmissbrauchsverordnung.

²⁰⁵ RL 2014/65/EU vom 15.05.2014 über Märkte für Finanzinstrumente, ABI L 2014/137, 349.

²⁰⁶ Toman (2018) MiFID II – Interessenkonflikte reinvented or reloaded? 1f.

5. Geldwäscherichtlinie²⁰⁷

Mit entsprechender RL wird nun auch der Handel mit virtuellen Währungen hinsichtlich Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung genauer überwacht und die Anonymität beschränkt.²⁰⁸ Umsetzung entsprechender Vorgaben finden sich durch das EU-Finanz-Anpassungsgesetzes 2019²⁰⁹ im FM-GwG.

6. Geldwäscherichtlinie²¹⁰

Hierbei steht die strafrechtliche Verschärfung im Vordergrund. So werden u.a. Beihilfe, Anstiftung und Versuch von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung unter Strafe gestellt (Art 5) und klare Haftungsregime für natürliche und juristische Personen gefordert (Art 5 ff).

Crowdfunding-Dienstleister -VO²¹¹

Mit entsprechender VO ist es möglich, grenzüberschreitend Kredite und Wertpapier anzubieten,²¹² allerdings wurden Kryptoassets (namentlich ICO) aus den Entwürfen gestrichen und nicht umgesetzt²¹³.

RL über Verbraucherkreditverträge²¹⁴

Der Anwendungsbereich erfasst nicht nur Kreditverträge im engeren Sinn, sondern auch alle Instrumente, die eine Kreditierungsfunktion aufweisen (Kontoüberziehung, Leasing, Zahlungsaufschub etc.). Es sind umfassende Informationspflichten, Widerrufs- und Kündigungsmöglichkeiten zu beachten. Die RL wurde im VKrG umgesetzt.²¹⁵

²⁰⁷ RL (EU) 2018/843 vom 30.05.2018 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der Richtlinien 2009/138/EG und 2013/36/EU ABI L 2018/156, 43.

²⁰⁸ Ebd. ErwGr 8 & 9.

²⁰⁹ EU-Finanz-Anpassungsgesetzes 2019 – EU-FinAnpG 2019 BGBl I/2019/62.

²¹⁰ RL (EU) 2018/1673 vom 23.10.2018 über die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche, ABI L 2018/284, 22.

²¹¹ VO 2020/1503/EU vom 07.10.2020 über Europäische Schwarmfinanzierungsdienstleister für Unternehmen, ABI L 2020/347, 1.

²¹² FMA, Crowdfunding-Dienstleister (2022).

²¹³ Paulmayer in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 328.

²¹⁴ RL 2008/48/EG vom 23.04.2008 über Verbraucherkreditverträge ABI L 2008/133, 66.

²¹⁵ Schauer in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 15.

Haftungsrecht

RL über die Produkthaftung²¹⁶

Im Zentrum steht die Regelung über eine verschuldensunabhängige Haftung für fehlerhafte Produkte für den Inverkehrbringer (Hersteller oder Importeur), umgesetzt im PHG.²¹⁷

Wettbewerbsrecht

RL über unlautere Geschäftspraktiken²¹⁸

Darin werden unlautere Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern in Form einer Generalklausel verboten. Darüber hinaus werden irreführende und aggressive Geschäftspraktiken thematisiert und im Anhang taxative Beispiele für unlautere irreführende und aggressive Geschäftspraktiken aufgezählt. Die RL wurde in Österreich im UWG umgesetzt.²¹⁹

Internationales Privatrecht

Eine der zentralen Fragen im internationalen Privatrecht ist, welche Rechtsordnung zur Anwendung kommt, wenn ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt.

Innerhalb der Europäischen Union liefert insbesondere die Rom I-VO²²⁰ wichtige kollisionsrechtliche Anknüpfungen für Verbraucherverträge (Art 6), die an späterer Stelle im Detail betrachtet werden. Für Produkthaftungsfälle ist Rom II-VO²²¹ einschlägig.²²²

(Internationales) Verfahrensrecht

In grenzüberschreitenden Streitfällen geht es nicht nur um die Frage des anzuwendenden Recht, sondern auch um die Zuständigkeit des Gerichts, sprich in welchem Land eine Klage

²¹⁶ RL 85/374/EWG vom 25.07.1995 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte ABI L 1985/210, 29.

²¹⁷ Schauer in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 17.

²¹⁸ RL 2005/29/EG vom 11.05.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern, ABI L 2005/149, 22.

²¹⁹ Schauer in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 17f.

²²⁰ VO (EG) 593/2008 vom 17.06.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABI L 2008/177, 6.

²²¹ VO (EG) 864/2007 vom 11.07.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABI L 2007/199, 40.

²²² Schauer in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 18f.

eingebraucht werden muss. Die Brüssel Ia-VO (EuGVVO)²²³ enthält dazu einen eigenen Verbrauchergerichtsstand.²²⁴

Auf entsprechende Regelungen soll etwas später genauer eingegangen werden.

Alternative Streitbeilegung

Alternativ zu ordentlichen Gerichten fördert die Union alternative Formen der Streitbeilegung durch einen Ombudsmann, Schiedsstellen o. dgl. Dies soll insbesondere für geringe Streitwerte Vorteile hinsichtlich der Dauer eines ordentlichen Gerichtsverfahrens und entsprechendes Kostenrisiko für Verbraucher bringen. Im Allgemeinen soll ein niederschwelliger Zugang zur Streitbeilegung ermöglicht werden. Zur qualitativen Umsetzung einer solchen alternativen Streitbeilegung dient die RL über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten²²⁵ (Gewährleistung von Fachwissen, Unabhängigkeit, Unparteilichkeit, Transparenz im Ablauf etc.). Mit der VO über Online- Streitbeilegungen in Verbraucherangelegenheiten²²⁶ wurde die Errichtung einer eigenen Plattform für Online-Streitbeilegung geschaffen, die bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit Online-Kauf- und Dienstleistungserträgen angerufen werden kann.²²⁷

Kollektiver Interessenschutz

Finden sich in allgemeinen Geschäftsbedingungen Klauseln, die gegen Gesetze verstoßen, müsste jeweils jeder einzelne betroffene Verbraucher ein Gerichts- oder Schlichtungsverfahren einbringen. Selbst wenn dieses erfolgreich beendet werden würde, wäre lediglich der jeweilige Einzelfall damit abgehandelt. Da allgemeine Geschäftsbedingungen jedoch massenhaft zur Anwendung gelangen, benötigt es ein weitreichendes Instrument, um das kollektive Interesse zu schützen bzw. durchzusetzen. Dieses wurde in RL über Unterlassungsklagen²²⁸ zum Schutz

²²³ VO (EU) 1215/2012 vom 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABI L 2012/351, 1.

²²⁴ Schauer in *Deixler-Hübner/Kolba* (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 19.

²²⁵ RL 2013/11/EU vom 21.05.2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten, ABI L 2013/165, 63.

²²⁶ VO (EU) 524/2013 vom 21.05.2013 über die Online-Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten, ABI L 2013/165, 1.

²²⁷ Schauer in *Deixler-Hübner/Kolba* (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 19f.

²²⁸ RL 2009/22/EG vom 23.04.2009 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, ABI L 2009/110, 30.

von Verbraucherinteressen in Form einer Verbandsklage durch ausgewählte Verbraucherverbände geschaffen und in Österreich im § 28 ff KSchG und UWG umgesetzt.²²⁹

In der VO über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz²³⁰ finden sich darüber hinaus Mechanismen, um *innergemeinschaftliche Verstöße* zu bekämpfen. Zu den Instrumenten zählen Amtshilfeverfahren zum Informationsaustausch und zur Durchführung von Durchsetzungsmaßnahmen.²³¹

6.1.4 Innerstaatliche Rechtsgrundlagen

Wie bereits anhand der zahlreich aufgelisteten VO ersichtlich, wurden einerseits zahlreiche Sondergesetze geschaffen. Andererseits sind viele Regelungen auch in bestehende Gesetze allen voran das ABGB implementiert worden. Zusätzlich gibt es nationale (historische) Besonderheiten, die, sofern sie nicht europarechtlichen Bestimmungen entgegenstehen, weitere verbraucherrechtlich relevante Vorgaben enthalten können.²³²

Das ABGB stellt einerseits ein allgemeine Rechtsquelle dar, zum Beispiel hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit (§§ 170 ff, § 865), Anfechtung wegen Irrtums oder Arglist (§§ 870 ff) und Gewährleistung Sach- und Rechtsmängel (§§ 922). Andererseits liefert es Generalklauseln zur Geltungs- und Inhaltskontrolle von AGB (§ 864a und § 879 Abs 3) und adressiert hier maßgeblich Verbrauchergeschäfte.²³³

KSchG

Das Herzstück des Verbraucherschutzrechts bildet das KSchG, das erstmalig 1979 in Kraft getreten ist. Das KSchG wurde durch das deutsche AGB-Gesetz maßgeblich beeinflusst. Seitdem gab es zahlreiche Novellierung des KSchG zum Teil zur Umsetzung von europäischen Richtlinien, aber nicht ausschließlich.²³⁴

Das KSchG besteht aus drei Hauptstücken, wobei sich lediglich das erste Hauptstück sich ausschließlich auf Verbrauchergeschäfte bezieht. Darunter finden sich besondere

²²⁹ Schauer in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 20f.

²³⁰ VO 2017/2394 vom 12.12.2017 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden, ABI L 2017/345, 1.

²³¹ Auf Basis: Schauer in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 21.

²³² Vgl Schauer in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 21f.

²³³ Schauer in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 21f.

²³⁴ *Ibid* 23.

Bestimmungen für Verträge zwischen Unternehmen und Verbrauchern (§§ 1-27i KSchG), die sich auf unterschiedliche Lebenssituationen beziehen.²³⁵

Hinsichtlich des Verbraucherschutzrechts sind im ersten Hauptstück die Bestimmungen über das Transparenzgebot und der Katalog unzulässiger Vertragsklauseln und allgemeiner Informationspflichten gegenüber dem Verbraucher zentral. Das zweite Hauptstück regelt die bereits angesprochene Verbandsklage, die auch im B2B-Bereich eingesetzt werden kann. Im dritten Hauptstück finden sich ergänzende Bestimmungen zu unterschiedlichen Bereichen (Maklervertrag, Reiseveranstaltungsvertrag etc.) wobei für diese Bestimmung so wie im zweiten Hauptstück im Einzelfall geprüft werden muss, ob sie lediglich an Verbraucher adressiert sind.²³⁶

FAGG

Das FAGG wurde zur Umsetzung der entsprechenden RL geschaffen. Es enthält zum Schutz vor übereilten Entscheidungen des Verbrauchers außerhalb der Geschäftsräume des Verkäufers bzw. im Wege des Fernabsatzes umfangreiche vorvertragliche Informationspflichten sowie das Recht auf Rücktritt.²³⁷

FernFinG

Das FernFinG erfüllt einen ähnlichen Zweck wie das FAGG jedoch mit der Adressierung von Vertragsabschlüssen über Finanzdienstleistungen (darunter Bank- und Versicherungsleistungen). Das FernFinG enthält ebenfalls vorvertragliche Informationspflichten sowie das Recht auf Rücktritt.²³⁸

ECG

Das ECG regelt gewisse Bereiche von Diensten der Informationsgesellschaft, wobei diese entgeltlich, elektronisch, auf Abruf des Empfängers und im Wege des Fernabsatzes erfolgen

²³⁵ Schauer in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 23.

²³⁶ Ibid.

²³⁷ Ibid 24.

²³⁸ Ibid 23.

müssen, und dient zur Umsetzung der E-Commerce-RL. Typische Beispiele für Dienste der Informationsgesellschaft sind Online-Werbung, Suchmaschinen und Datenabfragen.²³⁹

VKrG

Mit dem VKrG wurde die RL über Verbraucherkreditverträge umgesetzt. Es regelt dabei nicht nur Verbraucherkredite, sondern alle Instrumente, die eine Kreditfunktion innehaben.²⁴⁰

Ferner wird die Frage zu klären sein, in welcher Form das VKrG auf Kredite im Zusammenhang mit Kryptoassets Anwendung findet.

ZaDiG 2018

Das ZaDiG 2018 enthält u.a. Regelungen für den Marktzugang für Zahlungsinstitute (Konzessionierung) sowie Vorkehrungen zum Schutz von Kundengeldern (Eigenmittelquote). Als Zahlungsdienstleistungen sind z.B. das Lastschriftgeschäft, Durchführungen von Bareinzahlung und -abhebungen von Konten, das Zahlungskartengeschäft und Überweisungen gemeint. Darüber hinaus liefert das ZaDiG 2018 Einzelheiten zur Rechtsbeziehung zwischen dem Zahlungsinstitut und dem Zahlungsdienstnutzer. Die verbraucherrechtliche Bedeutung wird daran deutlich, dass zahlreiche Bestimmungen in Bezug mit Verbrauchern (relativ) zwingend sind.²⁴¹

Kapitalmarktrechtliche Bestimmungen

Kryptoassets werden häufig als Kapitalveranlagungen und Investments beworben, weshalb eine genaue Prüfung auf verschiedene Regelungen des BWG, KMG 2019, europäische Prospekt VO, WAG, InvFG, AltInvFG und FM-GwG vorzunehmen ist. Im Speziellen werden dies Informationspflichten wie z.B. die Prospektpflicht und eine mögliche Registrierungspflicht für gewisse Dienstleistungen und Rücktritts- und Kündigungsmöglichkeiten sein.²⁴²

²³⁹ Kogelmann, E-Commerce, in *Deixler-Hübner/Kolba* (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 351f.

²⁴⁰ Schauer in *Deixler-Hübner/Kolba* (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 24.

²⁴¹ *Ibid* 26.

²⁴² Z.B. Vgl. *Gelbmann/Kolba/Leupold*, Finanzdienstleistungen, in *Deixler-Hübner/Kolba* (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 317 ff.

IPR-Gesetz²⁴³

Das nationale IPR-Gesetz ist mit seinen Auffangregelungen von Relevanz, wenn ROM I und VO-ROM II nicht zur Anwendung kommen.²⁴⁴

²⁴³ Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz), BGBl 304/1978.

²⁴⁴ *Klauser/Weerkamp/Barnreiter*, Grenzüberschreitende Verbraucherstreitigkeiten, in *Deixler-Hübner/Kolba* (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 472f.

7 Ausgewählte Aspekte aus dem Verbraucherschutzrecht

7.1 Vertragsabschluss und Gültigkeit des Vertrages mit Verbrauchern

Es wurde bereits zahlreich der Terminus des Verbraucherschutzrechts verwendet, jedoch blieb bisher unbeantwortet, wer sich auf die Rechte als Verbraucher berufen kann.

Ausgangspunkt einer begrifflichen Eingrenzung des Verbrauchers findet sich im § 1 Abs 1 KSchG. Demnach muss das Geschäft einer Vertragsseite zum Betrieb seines Unternehmens gehören und für die andere Seite nicht.

Diese Bestimmung deckt sich auf den ersten Blick mit Art 2 Z 1 Verbraucherrechte RL, wonach der Statuts als Verbraucher gegeben ist, wenn die Tätigkeit außerhalb der gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit einer Person liegt.²⁴⁵

Es handelt sich in beiden Materien gewissermaßen um eine Negativdefinition, wonach Verbraucher diejenigen sind, die im konkreten Geschäft nicht Unternehmer sind.²⁴⁶

Der Begriff des Unternehmens findet sich ebenfalls im KSchG. Lt. § 2 Abs 2 ist ein *Unternehmen jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein* und ist damit deckungsgleich mit dem Unternehmensbegriff iSd § 1 Abs 2 UGB.

Allerdings enthält § 1 Abs 2 KSchG einen zweiten Satz, wonach juristische Personen des öffentlichen Rechts immer als Unternehmer gelten.

Art 2 Z 2 Verbraucherrechte RL erfasst *jede natürliche oder juristische Person, unabhängig davon, ob letztere öffentlicher oder privater Natur ist, die bei von dieser Richtlinie erfassten Verträgen selbst oder durch eine andere Person, die in ihrem Namen oder Auftrag handelt, zu Zwecken tätig wird, die ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können* als Unternehmen.

Das Unternehmermerkmal kann iSd § 2 UGB auch Kraft Rechtsform erfüllt werden. Dies gilt für Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, Sparkassen, Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigungen (EWIV), Europäische Gesellschaften (SE) und Europäische Genossenschaften (SCE).²⁴⁷

²⁴⁵ Art 2 Z 1 Verbraucherrechte RL.

²⁴⁶ Vgl Apathy/Frössel in Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar Band 9⁵ (2021), KSchG § 1 Rz 8.

²⁴⁷ § 2 UGB.

Darüber hinaus gelten Personen, die im Firmenbuch eingetragen sind, kraft Eintragung iSd § 3 UGB als Unternehmer.

§ 1 Abs 3 KSchG enthält einen wichtigen Ausnahmetatbestand der Unternehmerdefinition. So gelten *Geschäfte, die eine natürliche Person vor Aufnahme des Betriebes ihres Unternehmens zur Schaffung der Voraussetzungen dafür tätig (...)* nicht als Unternehmen.

Durch Rsp und Lehre wurden zahlreiche weitere Beispiele entwickelt, die ebenfalls die Verbraucherrolle erfüllen. So ist ein minderheitengesellschaftlicher Finanzinvestor (nicht als juristische Person!) ebenfalls als Verbraucher zu bewerten, wie z.B. ein Pensionist, der Aktien bei der Bank erwirbt, bei der er bis zu seiner Pension Unternehmer als Aufsichtsratsmitglied war.²⁴⁸

Abweichend zur Definition in der Verbraucherrechte RL können durchaus auch juristische Personen des Privatrechts Verbraucherstatus erlangen. So z.B. Vereine mit geringen Mitgliedern und ohne organisatorischen Apparat. Auch eine Wohnungseigentümerschaft, wenn sie nicht als Anbieter auftritt, sowie die Rettungsflugwacht können als Verbraucher angesehen werden.²⁴⁹

In jedem Fall ist es unzureichend bei der Bestimmung, ob jemand Verbraucher oder Unternehmer ist, allein darauf abzustellen, ob ein Erfüllungsgehilfe an dem Geschäftsvorgang beteiligt ist.²⁵⁰

Die Definition des Verbrauchers bzw. Verbraucherin nach KSchG (umfangreicher als die Verbraucherrechte RL) gilt auch für FAGG, VerVG, MRG²⁵¹ und andere nationale verbraucherrechtliche Bestimmungen.²⁵²

Beweiserbringung

Mit Beweiserbringung ist gemeint, welche Vertragspartei behauptungs- bzw. beweispflichtig ist, die Stellung als Verbraucher nachzuweisen.

²⁴⁸ Apathy/Frössel in Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) KSchG § 1 Rz 8.

²⁴⁹ Ibid.

²⁵⁰ Ibid.

²⁵¹ Bundesgesetz vom 12. November 1981 über das Mietrecht (Mietrechtsgesetz – MRG), BGBl 520/1981.

²⁵² Vgl Apathy/Frössel in Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) KSchG § 1 Rz 8; Schauer in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.) Handbuch Verbraucherrecht (2015) 27.

Nach hA trifft die Beweiserbringung diejenige Partei, die sich auf das Verbrauchergeschäft iSd KSchG beruft, es sei denn, es kann klar aus den Umständen abgelesen werden (Übermittlung einer Umsatzsteuernummer, Angabe eines Firmennamens, Kauf eines Produkts, das klar nur für Unternehmen oder Verbraucher angeboten wird etc.).²⁵³ Ferner gilt der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, auch bei Verträgen über Dauerschuldverhältnisse.²⁵⁴

Die Beweiserbringung wird insbesondere bei echten Smart Contracts schwierig sein. Mit diesem Blickwinkel wäre durchaus die Sichtweise zu vertreten, dass nicht dem Verbraucher die Beweislast aufzuerlegen ist, denn dies wäre nicht mit dem Zweck der Verbraucherrechte RL, die Verbraucher besonders zu schützen, vereinbar.²⁵⁵

Hinsichtlich Kryptoassets (im Fokus steht hier der echte Smart Contract) besteht grundsätzlich die Frage, ob man weiß, welche Vertragsparteien vorliegen. Ist nur die Public Key Adresse des potenziellen Vertragspartners ohne weitere Angaben bekannt, kann der Käufer Unternehmer oder Verbraucher sein. Auch für den Verkäufer ergibt sich diesbezüglich die Unsicherheit, ob sein Vertragspartner Unternehmer oder Verbraucher ist. Im Ergebnis bleibt es somit häufig offen, ob es sich um ein B2B-, B2C-, C2B- oder C2C Vertragsverhältnis handelt. Dieser Umstand soll hier festgehalten werden, allerdings für die weitere Betrachtung von einem B2C Sachverhalt und somit einem Verbrauchergeschäft ausgegangen werden.

(Beschränkte) Geschäftsfähigkeit

Zum gültigen Vertragsabschluss müssen die Altersvorgaben hinsichtlich voller Geschäftsfähigkeit (ab 18 Jahren) bzw. beschränkter Geschäftsfähigkeit (zwischen sieben und 14 bzw. zwischen 14 und 18 Jahren) je nach Art des Geschäftes iSd § 865 iVm §§ 21, 170 und 171 beachtet werden.²⁵⁶

In weiterer Folge wird die volle Geschäftsfähigkeit angenommen, da Kryptoassets idR nicht unter altersabhängige *Taschengeldgeschäfte*²⁵⁷ fallen werden. Denkbar sind Fallgruppen zu

²⁵³ Vgl Apathy/Frössel in Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) KSchG § 1 Rz 3.

²⁵⁴ *Ibid* Rz 4 3. Absatz.

²⁵⁵ Vgl *ibid* Rz 3.

²⁵⁶ Kollmasch, Allgemeines Vertragsrecht, in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 64 ff.

²⁵⁷ Vgl *ibid* 65 ff.

Fragen der absoluten Unwirksamkeit bzw. schwebenden Unwirksamkeit von Verträgen mit Minderjährigen.²⁵⁸

Obendrein sind Verträge grds. nichtig, wenn sie gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßen.²⁵⁹

7.2 Vorvertragliche Information

Unternehmen müssen bei Geschäften mit Verbrauchern umfassende Informationspflichten beachten. Diese betreffen Angaben zu Ware/Dienstleistung, Preis, Informationen zum Verkäufer, ggf. Gewährleistungsrechte, Rücktrittsrechte uvm., die bereits vor Abschluss des Vertrages bekannt sein müssen. Die anzuwendenden Rechtsquellen sind neben ABGB und KSchG für Fern- und Auswärtsgeschäfte das FAGG und für Finanzdienstleistungen das FernFinG.²⁶⁰ Es bedarf folglich einer Einzelfallprüfung hinsichtlich Ware/Dienstleistung und Ort, um festzustellen, welche Materie zur Anwendung gelangt. Für die Thematik Investitionen/Wertpapiere/Veranlagung mit entsprechenden Sondergesetzen ist Kapitel 7.3 zu betrachten.

7.2.1 Informationspflichten nach FAGG

Anwendungsbereich des FAGG sind in jedem Fall u.a. Kaufverträge, Dienstleistungsverträge und Verträge über unkörperliche digitale Inhalte im Fern- und Auswärtsgeschäft zwischen Unternehmer und Verbraucher.²⁶¹ Anwendung auf weitere Vertragsarten ist durchaus denkbar, da die meisten Bestimmungen im FAGG nicht an die Vertragsart, sondern an die Vertriebsform anknüpft.²⁶²

Die Bagatellgrenze lt § 1 Abs 1 Z 1 FAGG von 50 EUR bezieht sich lediglich auf Verträge außerhalb der Geschäftsräume und nicht auf den Fernabsatz.²⁶³

²⁵⁸ Vgl Kollmasch, Allgemeines Vertragsrecht, in *Deixler-Hübner/Kolba* (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 64 ff.

²⁵⁹ § 879 Abs 1 ABGB.

²⁶⁰ Vgl § 5a KSchG; Vgl §§ 4 ff FAGG; Vgl §5 FernFinG.

²⁶¹ Vgl *Dehn* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar Band 9⁵ (2021) FAGG § 1 Rz 9-25.

²⁶² *Ibid* Rz 31.

²⁶³ *Ibid* Rz 38.

Finanzdienstleistungen fallen regelmäßig unter das FernFinG und sind daher vom FAGG nach § 1 Abs 2 Z 5 FAGG ausgenommen, wobei die hL eine Anwendung auf Beratungs- und Vermittlungsverträge bezogen auf Finanzdienstleistungen bejaht.²⁶⁴

Ebenfalls nicht vom FAGG erfasst sind:²⁶⁵

- soziale Dienstleistungen (Z 2)
- Gesundheitsdienstleistungen (Z 3)
- Glücksspiele mit geldwertem Einsatz (Z 4)
- Immobilienverträge (Z 6) (u.a. Kauf, Wohnrecht, Fruchtgenuss, Servituten)²⁶⁶
- Bau- und Sanierungsverträge sowie Wohnraumvermietung (Z 7)
- Pauschalreiseverträge (Z 8)
- Teilnutzungsverträge (Z 9)
- öffentliche Amtsträger (Z 10)
- Hauslieferungen (Z 11)
- Automatenverträge (Z 12) (nicht aber kassierlose Zahlung²⁶⁷)
- Telekommunikationsverträge (Z 13). (§ 1 Abs 2 FAGG)

Ein Fernabsatzvertrag erfüllt nach § 3 Z 2 FAGG folgende Voraussetzungen: Vertragsabschluss, ohne gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit, im Rahmen eines für den Fernabsatz organisiertem Vertriebs- oder Dienstleistungssystem und ausschließliche Verwendung von Fernkommunikationsmitteln bis inkl. Zustandekommen des Vertrags.²⁶⁸

Die Beweislast liegt bei demjenigen, der sich darauf beruft.²⁶⁹

Informationspflichten nach FAGG (§ 4 iVm § 7 und § 8 FAGG)

In § 4 Abs 1 FAGG finden sich eine Vielzahl an Informationspflichten, die dem Verbraucher vor Vertragsabschluss klar und verständlich zur Verfügung gestellt werden müssen.

Folgende Informationen sind nach § 4 Abs 1 FAGG bereitzustellen:

²⁶⁴ Dehn in *Schwimann/Kodek* (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar Band 9⁵ (2021) FAGG § 1 Rz 51f.

²⁶⁵ § 1 Abs 2 FAGG.

²⁶⁶ Dehn in *Schwimann/Kodek* (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) FAGG § 1 Rz 54f.

²⁶⁷ *Ibid* Rz 74f.

²⁶⁸ Dehn in *Schwimann/Kodek* (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) FAGG § 3 Rz 11-14.

²⁶⁹ *Ibid* Rz 15.

- die wesentlichen Eigenschaften der Ware oder Dienstleistung in angemessenem Umfang,
- Namen/Firma des Unternehmers, Anschrift, Telefonnummer und E-Mail-Adresse,
- gegebenenfalls weitere Online-Kommunikationsmittel,
- gegebenenfalls abweichende Geschäftsanschrift für Verbraucher-Beschwerden (auch Erfüllungsgehilfen)
- Gesamtpreis der Ware oder Dienstleistung einschließlich aller Steuern und Abgaben, wenn aber der Preis aufgrund der Beschaffenheit der Ware oder Dienstleistung vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden kann, die Art der Preisberechnung und gegebenenfalls alle zusätzlichen Fracht-, Liefer-, Versand- oder sonstigen Kosten oder wenn diese Kosten vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden können, das allfällige Anfallen solcher zusätzlicher Kosten,
- gegebenenfalls den Hinweis, dass der Preis auf der Grundlage einer automatisierten Entscheidungsfindung personalisiert worden ist,
- bei einem unbefristeten Vertrag oder einem Abonnementvertrag die für jeden Abrechnungszeitraum anfallenden Gesamtkosten, wenn für einen solchen Vertrag Festbeträge in Rechnung gestellt werden, die monatlichen Gesamtkosten, wenn aber die Gesamtkosten vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden können, die Art der Preisberechnung,
- die Kosten für den Einsatz der für den Vertragsabschluss genutzten Fernkommunikationsmittel, sofern diese nicht nach dem Grundtarif berechnet werden,
- die Zahlungs-, Liefer- und Leistungsbedingungen, den Zeitraum, innerhalb dessen nach der Zusage des Unternehmers die Ware geliefert oder die Dienstleistung erbracht wird, sowie ein allenfalls vorgesehenes Verfahren beim Umgang des Unternehmers mit Beschwerden,
- bei Bestehen eines Rücktrittsrechts die Bedingungen, die Fristen und die Vorgangsweise für die Ausübung dieses Rechts, dies unter Zurverfügungstellung des Muster-Widerrufsformulars gemäß Anhang I Teil B,
- gegebenenfalls die den Verbraucher im Fall seines Rücktritts vom Vertrag gemäß § 15 treffende Pflicht zur Tragung der Kosten für die Rücksendung der Ware sowie bei Fernabsatzverträgen über Waren, die wegen ihrer Beschaffenheit üblicherweise nicht auf dem Postweg versendet werden, die Höhe der Rücksendungskosten,

- gegebenenfalls die den Verbraucher im Fall seines Rücktritts vom Vertrag gemäß § 16 betreffende Pflicht zur Zahlung eines anteiligen Betrags für die bereits erbrachten Leistungen,
- gegebenenfalls über das Nichtbestehen eines Rücktrittsrechts nach § 18 oder über die Umstände, unter denen der Verbraucher sein Rücktrittsrecht verliert,
- zusätzlich zu dem Hinweis auf das Bestehen eines gesetzlichen Gewährleistungsrechts für die Ware oder die digitale Leistung gegebenenfalls das Bestehen und die Bedingungen von Kundendienstleistungen und von gewerblichen Garantien,
- gegebenenfalls bestehende einschlägige Verhaltenskodizes gemäß § 1 Abs. 4 Z 4 UWG und darüber, wie der Verbraucher eine Ausfertigung davon erhalten kann,
- gegebenenfalls die Laufzeit des Vertrags oder die Bedingungen für die Kündigung unbefristeter Verträge oder sich automatisch verlängernder Verträge,
- gegebenenfalls die Mindestdauer der Verpflichtungen, die der Verbraucher mit dem Vertrag eingeht,
- gegebenenfalls das Recht des Unternehmers, vom Verbraucher die Stellung einer Kautions oder anderer finanzieller Sicherheiten zu verlangen, sowie deren Bedingungen,
- gegebenenfalls die Funktionalität von Waren mit digitalen Elementen (§ 2 Z 4 VGG²⁷⁰) und von digitalen Leistungen einschließlich anwendbarer technischer Schutzmaßnahmen,
- gegebenenfalls – soweit wesentlich – die Kompatibilität und Interoperabilität von Waren mit digitalen Elementen und von digitalen Leistungen, soweit sie dem Unternehmer bekannt sind oder vernünftigerweise bekannt sein müssen, und
- gegebenenfalls die Möglichkeit des Zugangs zu einem außergerichtlichen Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren, dem der Unternehmer unterworfen ist, und die Voraussetzungen für diesen Zugang.

Für Verträge im Fernabsatz können nach § 7 Abs 2 Informationen formal verknappt dargestellt werden bzw. lediglich Grundinformationen (§ 4 Abs. 1 Z 1, Z 2, Z 4, Z 5, Z 8 und Z 14 FAGG)

²⁷⁰ Bundesgesetz über die Gewährleistung bei Verbraucherverträgen über Waren oder digitale Leistungen (Verbrauchergewährleistungsgesetz – VGG) BGBl 175/2021.

angeführt werden. Allerdings müssen weiterhin die vollständigen Informationen zur Verfügung gestellt werden.²⁷¹

Welche Elemente der Grundelemente verknüpft dargestellt werden können, wird durchaus diskutiert.²⁷² Notwendig sind solche Einschränkungen, wenn für die Darstellung der Information nur begrenzter Raum (Beschränkungen in der Zeichenanzahl) oder begrenzte Zeit (z.B. Werbespot) zur Verfügung steht.²⁷³

Zu Dokumentations- und Beweis Zwecken ist dem Verbraucher eine Bestätigung (§ 6 Abs 3 FAGG) über den geschlossenen Vertrag spätestens mit der Lieferung der Ware oder vor Dienstleistungserbringung auf einem dauerhaften Datenträger (z.B. E-Mail etc.) zu übermitteln. Die Bestätigung muss alle Inhalte nach § 4 Abs. 1 FAGG enthalten.²⁷⁴

Für Verträge, die über einen Webshop abgeschlossen werden, ist neben den §§ 4 und 7 auch noch § 8 FAGG maßgebend. Vor Abgabe der Vertragserklärung muss der Verbraucher nach § 8 Abs 1 FAGG die wesentlichen Vertragsbestandteile iSd § 4 Abs. 1 Z 1, Z 4, Z 5, Z 14 und Z 15 FAGG klar erkennen können (z.B. in Form einer letzten Bestellübersicht vor der kostenpflichtigen Bestellung).²⁷⁵

Dem Verbraucher sind die wesentlichen Merkmale der Ware/Dienstleistung, Gesamtpreis (inkl. Zusatzkosten) bei Befristung je Periode, Vertragslaufzeit und Kündigungsbedingungen sowie ggf. Minstdauer hervorzuheben.²⁷⁶

Als letzten Schritt zur ausdrücklichen Vertragserklärung des Verbrauchers ist nach § 8 Abs 2 FAGG ein gut lesbarer Button (zahlungspflichtig bestellen odgl.) vorzusehen.²⁷⁷

Ebenfalls in § 8 Abs 3 FAGG ist geregelt, dass spätestens mit Beginn des Bestellvorgangs (Seite, auf dem der Artikel in den Warenkorb gelegt werden kann bzw. Seite nach einem Button „hier bestellen“) ein Hinweis auf mögliche Lieferbeschränkungen sowie auf akzeptierte Zahlungsmittel gegeben wird.²⁷⁸ Diese Bestimmungen beziehen sich im Vergleich zu Abs 1 und 2 auf alle Verträge im Fernabsatz und nicht nur auf Webshops.²⁷⁹

²⁷¹ Dehn in *Schwimann/Kodek* (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) FAGG § 7 Rz 7.

²⁷² *Ibid* Rz 8

²⁷³ *Ibid* Rz 7.

²⁷⁴ *Ibid* Rz 12 ff.

²⁷⁵ Vgl Dehn in *Schwimann/Kodek* (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) FAGG § 8 Rz 8 ff.

²⁷⁶ *Ibid* Rz 8.

²⁷⁷ *Ibid* 12 ff.

²⁷⁸ Dehn in *Schwimann/Kodek* (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) FAGG § 8 Rz 16f.

²⁷⁹ *Ibid* Rz 17.

Rechtsfolgen von Verletzungen

Verletzungen der Informationspflichten können unterschiedliche Folgen mit sich bringen. Wurde nicht über zusätzliche Kosten für Fracht, Lieferung oder Versand (§ 4 Abs 1 Z 4 FAGG) oder über Kosten der Rücksendung hingewiesen, hat der Unternehmer sie zu tragen.²⁸⁰

Wurde nicht ausreichend über das Rücktrittsrecht aufgeklärt (§ 4 Abs 1 Z 8), verlängert sich die Rücktrittsfrist um 12 Monate (§ 12 Abs 1 FAGG). Zusätzlich erlischt der Anspruch des Verkäufers auf Wertersatz bei Waren (§ 15 Abs 4 FAGG) bzw. bei Dienstleistungsverträgen und Verträgen über digitale Inhalte nach Beginn der Vertragserfüllung auf das anteilige Entgelt (§ 16 Abs 2 FAGG).²⁸¹

Wurde nicht über ein mögliches anteiliges Entgelt bei Verkaufsrücktritt (§ 4 Abs 1 Z 10 FAGG) oder das Nichtbestehen eines Rücktrittsrechts nach § 4 Abs 1 Z 11 FAGG (auf zahlreiche Vertragsgegenstände möglich) hingewiesen, entsteht dennoch ein Recht auf Rücktritt ohne anteiliges Entgelt einverlangen zu können (§ 16 Abs 2 bzw. § 18 Abs 1 Z 1 und Z 11 FAGG).²⁸²

Zusätzlich können Verwaltungsstrafen verhängt werden sowie Unterlassungsansprüche gegen irreführende Geschäftspraktiken durch Verbraucherschutzverbände eingebracht werden.²⁸³

Abseits dazu können zivilrechtliche Mittel wie die Vertragsanfechtung wegen Geschäftsirrtums nach § 871 Abs 2 ABGB durch den Verbraucher ergriffen werden sowie Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche entstehen.²⁸⁴

Fehlt es bei den Informationspflichten an den grundsätzlichen Vertragsbestandteilen (*essentialia negotii*), kann es gar nicht zu einem gültigen Vertragsabschluss gekommen sein.²⁸⁵

Unterbleibt die Bestätigung über den Vertrag, sind keine zivilrechtlichen Folgen abzuleiten, sofern bereits vor Vertragsabschluss korrekt aufgeklärt wurde. Sehr wohl können Verwaltungsstrafen verhängt werden und Rechtschritte durch Verbraucherschutzverbände eingebracht werden.²⁸⁶

²⁸⁰ Dehn in *Schwimann/Kodek* (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) FAGG § 4 Rz 53.

²⁸¹ *Ibid* Rz 54.

²⁸² *Ibid* Rz 54.

²⁸³ *Ibid* Rz 55.

²⁸⁴ *Ibid* Rz 56.

²⁸⁵ *Ibid*.

²⁸⁶ Dehn in *Schwimann/Kodek* (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) FAGG § 7 Rz 17.

Fehlt ein Button „zahlungspflichtig Bestellen“ odgl. ist der Verbraucher nicht an seine Vertragserklärung gebunden (schwebende Unwirksamkeit).²⁸⁷

Verstöße gegen den Hinweis auf Lieferbeschränkungen und mögliche Zahlungsmittel (§ 8 Abs 3 FAGG) sowie fehlende Hinweise auf Hauptbestandteile des Vertrages nach den Formvorgaben des § 8 Abs 1 FAGG können mit Verwaltungsstrafen geahndet werden.²⁸⁸

7.2.2 Informationspflichten nach FernFinG

Für Finanzdienstleistungen, die im Fernabsatz an Verbrauchern nach KSchG erbracht werden, gilt das Sondergesetz FerFinG. Der Begriff der Finanzdienstleistungen ist nach § 3 Z 2 FernFinG sehr weit gefasst (*jede Bankdienstleistung sowie jede Dienstleistung im Zusammenhang mit einer Kreditgewährung, Versicherung, Altersversorgung von Einzelpersonen, Geldanlage oder Zahlung*). Es sind daher Dienstleistungen iZm Finanzdienstleistungen, aber auch der Kauf von Aktien, Anleihen etc. gemeint.²⁸⁹

Bankdienstleistungen ergeben sich nach § 1 Abs 1 und Abs 2 BWG und umfassen z.B. Girogeschäfte, Kreditgeschäft, Schließfachverwaltungsgeschäfte oder die Erteilung von Handelsauskünften.²⁹⁰

Ebenfalls sind Dienstleistungen iZm Veranlagungen nach § 1 Abs 1 Z 3 KMG 2019 vom FernFinG erfasst.²⁹¹

Nicht zu vergessen sind Dienstleistungen, die die Abwicklung von Zahlungen ermöglichen. Zahlungsdienstleister nach ZaDiG 2018 fallen ebenfalls in den sachlichen Anwendungsbereich des FernFinG.²⁹²

In den Bereich der Kreditgewährung fällt nicht nur der tatsächliche Kreditvertrag, sondern auch die Vermittlung. Dasselbe gilt für Versicherungsdienstleistungen.²⁹³

Erfasst sind Verträge unabhängig von ihrem zeitlichen Zusammenhang nach § 2 FernFinG (Grundvertrag, einzelne Aufträge, Folgeaufträge).²⁹⁴

²⁸⁷ Dehn in *Schwimann/Kodek* (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) FAGG § 8 Rz 18.

²⁸⁸ *Ibid* Rz 11 u. 18.

²⁸⁹ Graf in *Schwimann/Kodek* (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar Band 9⁵ (2021) FernFinG § 3 Rz 4.

²⁹⁰ *Ibid* Rz 5.

²⁹¹ *Ibid* Rz 10.

²⁹² *Ibid* Rz 11.

²⁹³ Graf in *Schwimann/Kodek* (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar Band 9⁵ (2021) FernFinG § 3 Rz 6-8.

²⁹⁴ Graf in *Schwimann/Kodek* (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) FernFinG § 2 Rz 1 ff.

Das FernFinG enthält umfangreiche Informationspflichten, die jene aus dem FAGG durchaus übersteigen, was jedoch in Hinblick auf die Komplexität der Produkte nachvollziehbar erscheint. Die Informationspflichten finden sich in § 5 Abs 1 FernFinG. Hinsichtlich der Transparenz der Aufklärungspflichten gilt, dass sie auf das verwendete Fernkommunikationsmittel in angepasster Art und Weise abzustimmen ist, wobei § 7 Abs 1 FAGG maßgebend ist.²⁹⁵

Hinsichtlich des Zeitpunkts der Zurverfügungstellung der geforderten Informationen gilt für das FernFinG ebenfalls vor Willenserklärung des Verbrauchers, allerdings ergeben sich zwei mögliche Zeitpunkte. Ist das Vertriebs- bzw. Dienstleistungssystem darauf aufgebaut, dass Verbraucher ein Angebot stellen, so muss die Information bereits in allen Aussendungen des Unternehmers enthalten sein, die den Verbraucher zu so einem Angebot einladen. Im Gegensatz dazu muss die Information erst beim Angebot des Unternehmers enthalten sein, wenn das Vertriebs- bzw. Dienstleistungssystem so aufgebaut ist, dass ein Verbraucher eine Anfrage stellt.²⁹⁶

Folgende Informationen sind nach § 5 Abs 1 FernFinG bereitzustellen:

über den Unternehmer:

- Name/ Firma, Hauptgeschäftstätigkeit, Anschrift, ggf. Vertretung, ggf. Firmenbuchnummer, ggf. Konzession(en) und Aufsichtsbehörde(n)

über die Finanzdienstleistung:

- Beschreibung der wesentlichen Merkmale der Finanzdienstleistung;
- den Gesamtpreis, den der Verbraucher dem Unternehmer für die Finanzdienstleistung schuldet, einschließlich aller damit verbundenen Provisionen, Gebühren und Abgaben sowie aller über den Unternehmer abgeführten Steuern, oder, wenn kein genauer Preis angegeben werden kann, die Grundlage für seine Berechnung, die dem Verbraucher eine Überprüfung des Preises ermöglicht;
- gegebenenfalls einen Hinweis darauf, dass sich die Finanzdienstleistung auf Finanzinstrumente bezieht, die wegen ihrer spezifischen Merkmale oder der durchzuführenden Vorgänge mit speziellen Risiken behaftet sind oder deren Preis Schwankungen auf dem Finanzmarkt unterliegt, auf die der Unternehmer keinen

²⁹⁵ Vgl Graf in Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) FernFinG § 5 Rz 4 ff.

²⁹⁶ Vgl *ibid* Rz 1-3.

Einfluss hat, sowie einen Hinweis darauf, dass in der Vergangenheit erwirtschaftete Erträge kein Indikator für künftige Erträge sind;

- einen Hinweis auf mögliche weitere Steuern oder Kosten, die nicht über den Unternehmer abgeführt oder von ihm in Rechnung gestellt werden;
- eine allfällige Beschränkung des Zeitraums, in dem die zur Verfügung gestellten Informationen gültig sind;
- Einzelheiten der Zahlung und der Erfüllung sowie alle besonderen zusätzlichen Kosten, die der Verbraucher für die Benutzung des Fernkommunikationsmittels zu tragen hat, wenn solche zusätzliche Kosten in Rechnung gestellt werden;

über den Fernabsatzvertrag:

- Bestehen oder Nichtbestehen eines Rücktrittsrechts nach § 8, die Frist und Modalitäten für dessen Ausübung einschließlich des Betrags, den der Verbraucher gegebenenfalls gemäß § 12 zu entrichten hat, sowie die Folgen der Nichtausübung des Rechts;
- die Mindestlaufzeit des Vertrags, wenn dieser die Erbringung einer dauernden oder regelmäßig wiederkehrenden Finanzdienstleistung zum Inhalt hat;
- Angaben zum Recht der Parteien, den Vertrag aufgrund der Vertragsbedingungen zu kündigen, einschließlich aller Reugelder oder sonstigen Belastungen, die in einem solchen Fall auferlegt werden;
- praktische Hinweise zur Ausübung des Rücktrittsrechts einschließlich der Anschrift, an die die Rücktrittserklärung zu senden ist;
- das Recht, das der Unternehmer der Aufnahme von Beziehungen zum Verbraucher vor Abschluss des Vertrags zu Grunde legt;
- beabsichtigte vertragliche Vereinbarungen über das auf den Vertrag anzuwendende Recht und über die gerichtliche Zuständigkeit und
- Angaben darüber, in welchen Sprachen die Informationen und Vertragsbedingungen mitgeteilt werden, sowie darüber, welche Sprachen der Unternehmer für die Kommunikation mit dem Verbraucher mit dessen Zustimmung während der Laufzeit des Vertrags zu verwenden verspricht;

über Rechtsbehelfe:

- Angaben über den Zugang des Verbrauchers zu außergerichtlichen Beschwerde- oder Schlichtungsverfahren und die Voraussetzungen für diesen Zugang sowie

- Angaben über das Bestehen eines Garantiefonds oder anderer Entschädigungsregelungen

Zusätzlich zur Zurverfügungstellung der Informationen hat der Unternehmer eine Bringschuld nach § 7 Abs 1 FernFinG zu leisten und dem Verbraucher die Vertragsbedingungen vor Vertragsabschluss in Papierform oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger (dazu gilt auch ein E-Mail ²⁹⁷) zu übermitteln.²⁹⁸ Dabei handelt es sich allerdings nicht bloß um AGB, sondern um den vollständigen abzuschließenden Vertrag zwischen den Vertragsparteien.²⁹⁹

Erfolgt der Vertragsabschluss über ein Fernkommunikationsmittel, das sich nicht nach den Vorgaben lt. § 7 Abs 1 FernFinG umsetzen lässt, so können die Vertragsbedingungen auch nach ausdrücklicher Willenserklärung erfolgen (Abs 2). Allerdings nur, wenn der Verbraucher den Unternehmer um entsprechendes Kommunikationsmittel ersucht hat und der Unternehmer auf entsprechende Folgen (Verschiebung des Zeitpunkts der Übermittlung) zuvor aufmerksam gemacht hat.³⁰⁰

In § 7 Abs 3 FernFinG ist normiert, dass der Verbraucher grds. die Fernkommunikationsmethode ändern kann, es sei denn, wenn es mit dem vereinbarten Kommunikationsmittel nicht vereinbar ist.³⁰¹

Zusätzlich hat der Verbraucher nach Vertragsabschluss auf Verlangen ein Recht auf Übermittlung der Vertragsbedingungen in Briefform (§ 7 Abs 2 FernFinG).³⁰²

7.2.3 Informationspflichten nach VKrG

Das VKrG kommt für Kreditverträge mit Verbrauchern ab einer Höhe von EUR 200 zur Anwendung, wobei nicht nur Kreditverträge iSd 988 ABGB sondern auch Überziehungsmöglichkeiten, Zahlungsaufschübe und sonstige Finanzierungshilfen (§§ 18 und 25 VKrG) in den sachlichen Anwendungsbereich fallen.³⁰³

²⁹⁷ Ausführlich dazu: *Graf in Schwimann/Kodek* (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) FernFinG § 3 Rz 14 ff.

²⁹⁸ *Graf in Schwimann/Kodek* (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) FernFinG § 7 Rz 1f.

²⁹⁹ *Ibid* Rz 2.

³⁰⁰ *Ibid* Rz 4.

³⁰¹ *Ibid* Rz 6.

³⁰² *Ibid* Rz 5.

³⁰³ *Heinrich in Schwimann/Kodek* (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar Band 9⁵ (2021) VKrG § 4 Rz 1-5.

Die Informationspflichten betreffen bereits die Bewerbung des Kreditvertrages. Wird in der Bewerbung auf Elemente der Kosten eingegangen, so muss die Werbung klar, prägnant und auffallende Informationen wie Zinssätze, max. Gesamtkreditbetrag, effektiven Jahreszins, ggf. Laufzeit und Teilzahlungsbeträge enthalten (§ 5 VKrG).³⁰⁴

Darauf aufbauend müssen vor Vertragsabschluss zahlreiche Informationspflichten (§§ 6, 9 VKrG) eingehalten werden und im Fernabsatz auch die Bestimmungen des FernFinG Anwendung finden.³⁰⁵

Damit mit Verbrauchern ein gültiger Verbraucherkredit abgeschlossen werden kann, muss zwingend eine Prüfung der Kreditwürdigkeit nach §§ 7 f VKrG erfolgen (Prüf- und Warnpflicht).³⁰⁶

7.2.4 Informationspflichten nach ECG

Das ECG regelt nach § 1 bestimmte Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs und sieht in § 5 Abs 1 umfangreiche Informationspflichten (Impressum) für Dienstanbieter von *Diensten der Informationsgesellschaft*³⁰⁷ vor.³⁰⁸

Dienste der Informationsgesellschaft weisen nach § 3 Z 1 ECG die Tatbestandsmerkmale idR Entgeltlichkeit, elektronisch, auf Abruf des Empfängers bereitgestellten Dienst und im Fernabsatz auf. Jedenfalls sind der Online-Vertrieb von Waren und Dienstleistungen im ECG erfasst (§ 3 Z 1).³⁰⁹

Hinsichtlich der Entgeltlichkeit ist bereits die Ertragsabsicht ausreichend, wobei auch Drittfinanzierung bzw. ökonomische Vorteile (Eigenwerbung) als entgeltlich zu bewerten sind oder die auf Dauer angelegte Organisation iSd §1 Abs 2 KSchG.³¹⁰

Die Merkmale elektronisch im Fernabsatz beziehen sich auf eine Punkt-zu-Punkt-Datenübertragung zwischen den Vertragsparteien z.B. beim Online-Vertrieb von Produkten, Dienstleistungen und Finanzdienstleistungen, Online Werbung uvm.³¹¹

³⁰⁴ Heinrich in *Schwimann/Kodek* (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) VKrG § 5 Rz 1 ff.

³⁰⁵ Heinrich in *Schwimann/Kodek* (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) VKrG § 6 Rz 41 ff.

³⁰⁶ Heinrich in *Schwimann/Kodek* (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) VKrG § 7 Rz 1 ff.

³⁰⁷ Dienste der Informationsgesellschaft sind lt. Legaldefinition des § 1 Abs 1 Z 2 NotifG und des § 2 Z 5 ZuKG in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz auf individuellen Abruf bereitgestellten Dienste

³⁰⁸ Kogelmann in *Deixler-Hübner/Kolba* (Hrsg.) Handbuch Verbraucherrecht (2015) 351f.

³⁰⁹ Ciresa in *Schwimann/Kodek* (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar Band 9⁵ (2021) ECG § 3 Rz 3.

³¹⁰ Ciresa in *Schwimann/Kodek* (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar Band 9⁵ (2021) ECG § 3 Rz 6-11.

³¹¹ Vgl Ciresa in *Schwimann/Kodek* (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) ECG § 3 Rz 13f.

Zur Prüfung, ob das Tatbestandsmerkmal *auf Abruf des Empfängers* erfüllt ist, kann geprüft werden, ob der Empfänger Eingaben vornehmen muss und damit eine gewisse Interaktivität besteht. Der Empfänger muss z.B. zeitlich und örtlich frei sein die Leistung abzurufen.³¹²

Jedenfalls nicht unter Dienste der Informationsgesellschaft fallen die Ausgabe von Bargeld oder Tickets, Automaten und Dienste über Sprach- oder Telefaxdienste, jedoch SMS-Dienste sehr wohl.³¹³

Fällt ein Unternehmen unter das ECG so sind umfangreichen Informationspflichten einzuhalten, darunter das Impressum (oder ähnliche Bezeichnung), das unmittelbar oder zumindest innerhalb von max. zwei Klicks erreichbar sein muss.³¹⁴

Die Sprache der Informationen hat sich nach dem Herkunftslandprinzip zu orientieren und ist daher die Sprache des Sitzstaates.³¹⁵

Folgende Elemente hat ein Impressum nach § 5 Abs 1 ECG eines Diensteanbieters zu enthalten:

- Namen/Firma
- Anschrift
- Kontaktinformationen
- ggf, die Firmenbuchnummer und das Firmenbuchgericht
- ggf Aufsichtsbehörde
- ggf Gewerbe- oder berufsrechtliche Zugehörigkeit
- ggf die Umsatzsteuer-Identifikationsnummer

Es muss angemerkt werden, dass sich Informationspflichten (Impressum) auch aus weiteren Gesetzen z.B. nach §24 MedienG³¹⁶, § 63 Abs 1 GewO³¹⁷, § 14 UGB und DSGVO³¹⁸ sowie DSGVO³¹⁹ ergeben können, die nach §5 Abs 3 ECG unberührt bleiben.³²⁰ Dasselbe gilt für die weiteren ausgeführten Informationspflichten z.B. nach FAGG und FernFinG.

³¹² Vgl Ciresa in *Schwimann/Kodek* (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) ECG § 3 Rz 15.

³¹³ *Ibid* Rz 5.

³¹⁴ Ciresa in *Schwimann/Kodek* (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) ECG § 5 Rz 6-9.

³¹⁵ *Ibid* Rz 11.

³¹⁶ Bundesgesetz über die Presse und andere publizistische Medien (Mediengesetz – MedienG) BGBl 314/1981.

³¹⁷ Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994) BGBl 194/1994.

³¹⁸ Bundesgesetz zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten (Datenschutzgesetz – DSGVO) BGBl 165/1999.

³¹⁹ VO (EU) 2016/679 vom 27.04.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr 2016/119, 1.

³²⁰ Vgl Ciresa in *Schwimann/Kodek* (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) ECG § 5 Rz 28-40.

Als weitere Informationsvorschrift sieht § 5 Abs 2 vor, dass, wenn eine Preisauszeichnung erfolgt, diese leicht lesbar und gut auffindbar gestaltet ist. Es muss weiters sofort erkennbar sein, ob es sich um Preise inklusive oder exklusive Steuer handelt und ob Versandkosten anfallen.³²¹

In der kommerziellen Kommunikation müssen Preisausschreiben bzw. Gewinnspiele sowie Angebote zur Absatzförderung wie Zugaben und Geschenke klar und deutlich dargestellt werden.³²²

Neben der Impressumspflicht finden sich im ECG noch zahlreiche weitere Informationspflichten so z.B. zur Abgabe von Vertragserklärungen in § 9 ECG. Dazu zählen die technischen Schritte zum Vertragsabschluss (Z 1), Speicherung des Vertragstextes (Z 2), technische Mittel zur Erkennung von Eingabefehlern (Z 3) und die Vertragssprach(en) (Z 4), die alle für den Verbraucher relativ zwingend sind (Abs 2).³²³

Ebenfalls eine wichtige Rolle spielt § 10 ECG, der Vorgaben zur Abgabe einer Vertragserklärung beinhaltet und als Ergänzung zu § 8 FAGG und weiteren gesetzlichen Vorgaben und ebenfalls im Verbrauchergeschäft relativ zwingend sind (Abs 3).³²⁴

Der Unternehmer hat mit technischen Mittel sicherzustellen, dass potenzielle Vertragspartner Eingaben überprüfen und korrigieren können (§ 10 Abs 1 ECG). Hierbei können z.B. Tools zum Erkennen von fehlenden Zeichen bei PLZ, Telefonnummer, E-Mail-Adresse, Kontodaten etc. eingesetzt werden und am Ende die Überprüfungsmöglichkeit aller Eingaben vor der zahlungspflichtigen Abgabe der Willenserklärung.³²⁵

Die Übermittlung einer elektronischen Vertragserklärung ist nach § 10 Abs 2 ECG unverzüglich elektronisch zu bestätigen. Eine verzögerte Übermittlung ist nur im Fall einer manuellen Abarbeitung und hier an Werktagen max. innerhalb von 24 Stunden als rechtzeitig zu bewerten.³²⁶

Die Empfangsbestätigung ist nicht automatisch die Annahmebestätigung, hier kommt es auf die konkrete Ausformulierung der Bestätigung an.³²⁷

³²¹ Ciresa in *Schwimann/Kodek* (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) ECG § 5 Rz 25-27.

³²² § 5 ECG.

³²³ § 9 ECG.

³²⁴ Ciresa in *Schwimann/Kodek* (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) ECG § 10 Rz 2.

³²⁵ Vgl *ibid* Rz 3-6.

³²⁶ Ciresa in *Schwimann/Kodek* (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) ECG § 10 Rz 7-10.

³²⁷ *Ibid* Rz 11.

Von der Pflicht zur Empfangsbestätigung ausgenommen sind online Dienstleistungen und unkörperliche digitale Güter bzw. Inhalte.³²⁸ Die ist insbesondere bei Kryptoassets relevant.

Darüber hinaus sind Vertragserteilungen, die via E-Mail oder vergleichbaren individuellen elektronischen Kommunikationsmittels übermittelt wurden, von der Empfangsbestätigung sowie der Bereitstellung von technischen Mitteln zur Berichtigung von Eingabefehlern ausgenommen (§10 Abs 3 ECG).³²⁹

Nach § 11 ECG sind die Vertragsbestimmungen und AGB dem Nutzer so zur Verfügung zu stellen, dass er sie speichern und wiedergeben kann.

7.3 Prospektpflicht

Eine Prospektpflicht bzw. vereinfachte Informationspflicht kann sich aufgrund der Prospekt VO, dem KMG 2019 und dem InvFG bzw. AIFMG ergeben. Nachfolgend soll ein grober Überblick gegeben werden.

7.3.1 Prospektpflicht nach Prospekt VO

Von der Pflicht, ein Prospekt zu erstellen, sind Emittenten betroffen, die übertragbare Wertpapiere iSd MIFID II RL öffentlich anbieten.³³⁰

Entsprechende Wertpapiere sind:

- Aktien und andere, Aktien oder Anteile an Gesellschaften, Personengesellschaften oder anderen Rechtspersonlichkeiten gleichzustellende Wertpapiere sowie Aktienzertifikate
- Schuldverschreibungen oder andere verbriefte Schuldtitel, einschließlich Zertifikate (Hinterlegungsscheine) für solche Wertpapiere;
- alle sonstigen Wertpapiere, die zum Kauf oder Verkauf solcher Wertpapiere berechtigen oder zu einer Barzahlung führen, die anhand von übertragbaren Wertpapieren, Währungen, Zinssätzen oder -erträgen, Waren oder anderen Indizes oder Messgrößen bestimmt wird;

Mit einem öffentlichen Angebot ist nach Art 2 lit d Prospekt VO *eine Mitteilung an die Öffentlichkeit in jedweder Form und auf jedwede Art und Weise, die ausreichende*

³²⁸ Ciresa in Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) ECG § 10 Rz 13.

³²⁹ Ibid Rz 17-20.

³³⁰ Vgl Artikel 1 Abs 1 Prospekt VO, Artikel 2 lit a Prospekt VO iVm s Artikels 4 Absatz 1 Nr 44 MIFID II RL.

Informationen über die Angebotsbedingungen und die anzubietenden Wertpapiere enthält, um einen Anleger in die Lage zu versetzen, sich für den Kauf oder die Zeichnung jener Wertpapiere zu entscheiden gemeint.

Ohne entsprechend erstelltes Prospekt ist ein öffentliches Angebot strengstens untersagt.³³¹

Nach Art 1 Absatz 4 Prospekt VO entfällt die Prospektpflicht iSd Art 3 Abs 1 u.a., wenn sich das öffentliche Angebot an qualifizierte Anleger (lit a) (Banken, Versicherungen etc.) oder an weniger als 150 natürliche oder juristische Personen (nicht qualifizierte Anleger) (lit b) richtet, die Mindeststückelung EUR 100.000 (lit c) oder der Mindestbetrag von EUR 100.000 pro Anleger liegt (lit d).

Hinweispflichten bei Bewerbung

Möchte der Emittent eine entsprechende Bewerbung vornehmen, so müssen nach Artikel 22 Prospekt VO zahlreiche Vorgaben beachtet werden.

- In jeder Werbung ist darauf hinzuweisen, dass ein Prospekt veröffentlicht wurde oder zur Veröffentlichung ansteht und wo die Anleger ihn erhalten können.³³²
- Werbung muss klar als solche erkennbar sein. Die darin enthaltenen Informationen dürfen nicht unrichtig oder irreführend sein und müssen mit den im Prospekt enthaltenen Informationen übereinstimmen, falls er bereits veröffentlicht ist, oder die in den Prospekt aufzunehmen sind, falls er erst noch veröffentlicht wird.³³³
- Alle mündlich oder schriftlich verbreiteten Informationen über das öffentliche Angebot von Wertpapieren oder die Zulassung zum Handel an einem geregelten Markt müssen, selbst wenn sie nicht zu Werbezwecken dienen, mit den im Prospekt enthaltenen Informationen übereinstimmen.³³⁴

Zusätzlich gilt es die Bestimmungen nach Art 13-16 DelVO³³⁵ hinsichtlich der Bewerbung zu beachten. Darunter z.B. ist bei elektronischer Werbung ein Hyperlink zu dem Prospekt

³³¹ Art 3 Abs 1 Prospekt VO.

³³² Artikel 22 Abs 3 Prospekt VO.

³³³ Artikel 22 Abs 4 Prospekt VO.

³³⁴ Artikel 22 Abs 5 Prospekt VO.

³³⁵ VO (EU) 2019/979 vom 14. März 2019 zur Ergänzung der Verordnung (EU) 2017/1129 des Europäischen Parlaments und des Rates durch technische Regulierungsstandards für wesentliche Finanzinformationen in der Zusammenfassung des Prospekts, die Veröffentlichung und Klassifizierung von Prospekten, die Werbung für Wertpapiere, Nachträge zum Prospekt und das Notifizierungsportal und zur Aufhebung der Delegierten

anzufügen (Art 13 lit b) oder bei einer Werbung an Kleinanleger diese als „Werbung“ deutlich zu kennzeichnen sowie Warnhinweise anzubringen (Art 14 lit a und lit d).

Mit Werbung ist nach Art 2 lit k Prospekt VO eine Mittelung gemeint, die folgende zwei Merkmale kumulativ erfüllt:

- Bezug auf ein spezifisches öffentliches Angebot von Wertpapieren oder deren Zulassung zum Handel an einem geregelten Markt
- Förderung auf die potenzielle Zeichnung bzw. den potenziellen Erwerb von Wertpapieren

In einem Prospekt sind nach Art 6 Abs 1 Prospekt VO alle wesentlichen Informationen aufzubereiten, damit sich Anleger ein fundiertes Urteil u.a. über die Vermögenswerte und Verbindlichkeiten, die Gewinne und Verluste, die Finanzlage und die Aussichten des Emittenten und eines etwaigen Garantiegebers (lit a), die mit den Wertpapieren verbundenen Rechte (lit b) und die Gründe für die Emission und ihre Auswirkungen auf den Emittenten (lit c) bilden können.³³⁶

Die Inhalte und Darstellung des Prospekts inkl. möglicher Prospektzusammenfassung erfolgt nach einem streng vorgegebenen Schema³³⁷, auf welches an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden kann.³³⁸

In jedem Fall hat ein Prospekt idR eine Zusammenfassung, Risikofaktoren, Emittentenbeschreibung, Wertpapierbeschreibung (und die Zustimmung zur Prospektverwendung) zu beinhalten.³³⁹

Hinsichtlich der Sprachwahl wird für internationale Wertpapiere regelmäßig Englisch als in internationalen Finanzkreisen gebräuchlichen Sprache Anwendung finden. Ansonst muss der Prospekt in einer national anerkannten Sprache jedes Mitgliederstaats geschrieben sein, in dem das Wertpapier öffentlich angeboten wird.³⁴⁰

Verordnung (EU) Nr. 382/2014 der Kommission und der Delegierten Verordnung (EU) 2016/301 der Kommission ABI L 2019/166, 1.

³³⁶ Art 6 Abs 1 Prospekt VO.

³³⁷ Vgl Prospekt VO, DelVO (EU) 2019/980 und DelVO (EU) 2019/979.

³³⁸ näheres dazu unter Anhänge der Prospekt VO.

³³⁹ Vgl Prospekt VO.

³⁴⁰ Vgl Art 27 Prospekt VO.

Der Prospekt muss vor Veröffentlichung geprüft und gebilligt werden.³⁴¹ Diese Aufgabe wird von den nationalen Finanzmarktüberwachungsbehörden, in Österreich der FMA, erfüllt.³⁴²

Nach Billigung des Prospekts ist auf eine korrekte Veröffentlichung nach Art 27 Prospekt VO zu achten.³⁴³

Bei dem erstmaligen Angebot von einem Wertpapier in Österreich ist dieses zusätzlich mindesten einen Bankarbeitstag vor dem öffentlichen Angebot im Emissionskalender der Österreichischen Kontrollbank (ÖKB) zu melden.³⁴⁴

Auch nachträgliche Veränderungen sind in Form eines Nachtrags des Prospekts vorzunehmen.³⁴⁵

Im Zusammenhang mit Verstößen gegen die Prospektpflicht wird mit rigorosen Verwaltungsstrafen geantwortet,³⁴⁶ wobei Verstöße durch die Kontrollbehörde veröffentlicht werden.³⁴⁷ Darüber hinaus haftet der Emittent, Vermittler und Abschlussprüfer für die Vollständigkeit und Richtigkeit des Prospekts.³⁴⁸

Unterbleibt entsprechende Aufklärung, so besteht nach § 21 KMG 2019 ein zwingendes Rücktrittsrecht für den Verbraucher bis sieben Tage nach der nachträglichen Publikation des Prospekts.³⁴⁹

Die Prospekt VO greift zwingend ab einer Höhe von EUR 8 Mio. innerhalb der gesamten EU (Art 4 Abs 2). Darunter lässt die VO den Mitgliedstaaten eigenen Entscheidungsraum. In Österreich wurde nach § 12 KMG 2019 die Grenze mit EUR 5 Mio. festgesetzt, wodurch ab dieser Summe der Prospekt nach Prospekt VO zu erfüllen ist.³⁵⁰

7.3.2 Prospektpflicht nach KMG 2019

Veranlagungen sind Vermögensrechte, über die keine Wertpapiere ausgegeben werden, aus der direkten oder indirekten Investition von Kapital mehrerer Anleger auf deren gemeinsame

³⁴¹ Art 20 Prospekt VO.

³⁴² FMA, Billigungsverfahren (2022).

³⁴³ Art 27 Abs 1 Prospekt VO.

³⁴⁴ Vgl §§ 2, 23 und 24 KMG 2019.

³⁴⁵ Art 23 Prospekt VO.

³⁴⁶ § 15 KMG 2019.

³⁴⁷ § 19 KMG 2019.

³⁴⁸ Prospekthaftung nach § 22 KMG 2019.

³⁴⁹ Vgl § 21 KMG.

³⁵⁰ *Zivny/Mock* EU-Prospekt VO/KMG 2019³ (2022) Art 3 Prospekt VO Rz 6 u. § 12 KMG Rz 4.

Rechnung und gemeinsames Risiko oder auf gemeinsame Rechnung und gemeinsames Risiko mit dem Emittenten, sofern die Verwaltung des investierten Kapitals nicht durch die Anleger selbst erfolgt. Unter Veranlagungen im Sinne des KMG 2019 sind auch alle vertretbaren verbrieften Rechte zu verstehen, die nicht übertragbare Wertpapiere im Sinn der Prospekt-VO sind.³⁵¹

Veranlagungen sind demnach nicht von der Prospekt VO erfasst, weshalb sie weiterhin durch das nationale KMG 2019 geregelt werden. Grundsätzlich bestehen ähnliche Regularien, was die Prospektpflicht betrifft, wenn auch nach einem etwas anderem formalen Schema (§ 5 und Anlage A KMG 2019) und andere Ausnahmeregelungen von der Prospektpflicht (§ 3).³⁵²

Als wichtigste Ausnahmen sind nach § 3 KMG 2019 Anteilsscheine an Investmentfonds (siehe dazu InvFG), Immobilien-Investmentfonds nach ImmoInvFG und an Alternativen Investmentfonds (siehe dazu AltInvFG) sowie Veranlagungen, die innerhalb des EWR-Raums weniger als einen Gegenwert von EUR 2,0 Mio. ausmachen (Z 3), zu nennen.³⁵³

Hinsichtlich der Prüfung und Billigung des Prospekts liegt die Zuständigkeit nicht bei der FMA, sondern bei einem zu bestellenden Prospektkontrolleur (genossenschaftlicher Prüfungsverband für Kreditgenossenschaften, Kreditinstitut, Wirtschaftsprüfer etc.).³⁵⁴

Der Prospektkontrolleur fällt ebenfalls unter die Haftungsregime nach § 22 KMG 2019.

Unterbleibt entsprechende Aufklärung durch den Prospekt, so besteht ein Rücktrittsrecht für den Verbraucher.³⁵⁵

Ebenfalls von der Prospektpflicht nach KMG 2019 (Anhang D) erfasst sind Wertpapiere, die hinsichtlich ihrer Höhe zwischen EUR >2,0 und <5,0 Mio. innerhalb der letzten 12 Monate liegen. Wertpapiere bis 2,0 Mio. sind von der Prospekterstellung sowohl nach Prospekt VO sowie KMG 2019 befreit.³⁵⁶

³⁵¹ § 1 Abs 1 Z 3 iVm Z 4 KMG 2019.

³⁵² Vgl KMG 2019 und Prospekt VO.

³⁵³ § 3 KMG 2019.

³⁵⁴ FMA, Kapitalmarktprospekte (2022).

³⁵⁵ § 21 KMG 2019.

³⁵⁶ Zivny/Mock EU-Prospekt VO/KMG 2019³ (2022) Art 3 Prospekt VO Rz 6 u. § 12 KMG Rz 4.

7.3.3 Informationspflicht nach AltFG

Das AltFG dient als Auffangregel, wenn Wertpapiere und Veranlagungen nicht unter die Prospektpflicht nach KMG 2019 bzw. Prospekt VO fallen oder davon ausgenommen sind. Entsprechende Finanzierungen werden als alternative Finanzierungsformen bezeichnet.³⁵⁷

Damit das AltFG Anwendung findet, muss der Gegenwert für Wertpapiere bzw. Veranlagung bei getrennter Betrachtung unterhalb 2,0 Mio. liegen.³⁵⁸

Liegt der Gegenwert für das Finanzprojekt unterhalb EUR 250.000, so liegt eine Ausnahme vom AltFG vor³⁵⁹, wodurch dies die Minimalgrenze für Informationspflichten nach kapitalmarktrechtlichen Gesetzen darstellt.³⁶⁰

Für Veranlagungen und Wertpapiere, deren Gegenwert sich zwischen EUR >0,25 und <2,0 Mio. befindet, ist ein Informationsblatt iSd § 4 AltFG iVm § 3a aufzustellen, wobei die konkreten Vorgaben sich nach AltF-InfoV³⁶¹ richten.

Unterbleibt entsprechende Aufklärung, so besteht ein Rücktrittsrecht für den Verbraucher.³⁶²

Ist der Anleger ein Verbraucher, so ist die jährliche Anlagesumme grundsätzlich mit EUR 5.000 maximiert.³⁶³

Abweichend kann durch entsprechenden Nachweis des Verbrauchers max. das doppelte Nettoeinkommen und gleichzeitig max. 10 Prozent seines Finanzvermögens investiert werden.³⁶⁴

Zusammenfassend stellt Abbildung 1 die Wertschwellen für Wertpapiere und Veranlagungen für entsprechende Informations- bzw. Prospektpflichten gut dar. Die Sonderbestimmungen iZm Genossenschaften werden an dieser Stelle nicht weiter beachtet.

³⁵⁷ Vgl § 1 AltFG.

³⁵⁸ Vgl § 3 AltFG.

³⁵⁹ Vgl § 4 AltFG.

³⁶⁰ Vgl *FMA*, Alternativfinanzierungsgesetz (2022).

³⁶¹ Verordnung der Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort über die von Emittenten nach dem Alternativfinanzierungsgesetz zur Verfügung zu stellenden Informationen (Alternativfinanzierungs- Informationsverordnung – AltF-InfoV) BGBl 242/2015.

³⁶² § 4 Abs 7 AltFG.

³⁶³ § 3a Abs1 AltFG.

³⁶⁴ § 3a Abs 2 AltFG.

Öffentliches Angebot von Wertpapieren außerhalb von Crowdfunding-Plattformen

Volumen	Informationspflicht § 4 Alt-FG	Prospekt gemäß Anlage D KMG 2019 (Schema D-Prospekt)	Prospekt gemäß EU- Prospekt-VO	Investitionsgrenze
Bis EUR 250.000	-	-	-	-
EUR 250.000 – EUR 2 Mio	JA	-	-	EUR 5.000 innerhalb von 12 Monaten pro Anleger
EUR 2 Mio – EUR 5 Mio	-	JA (Billigung FMA)	Ja, optional zu Anlage D (freiwillig) möglich	-
Über EUR 5 Mio	-	-	JA (Billigung FMA)	-

Öffentliches Angebot von Veranlagungen

Volumen	Informationspflicht § 4 Alt-FG	Prospekt gemäß Anlage D KMG 2019 (Schema D-Prospekt)	Prospekt gemäß Anlage A KMG 2019	Investitionsgrenze
Bis EUR 250.000	-	-	-	-
EUR 250.000 – EUR 2 Mio.	JA	-	-	EUR 5.000 innerhalb von 12 Monaten pro Anleger
EUR 2 bis EUR 5 Mio.	-	JA (Prüfung Prospektkontrollor)	Ja, optional zu Anlage D (freiwillig) möglich	-
über EUR 5 Mio.	-	-	JA (Prüfung Prospektkontrollor)	-
Sonderbestimmungen beim öffentlichen Angebot von Geschäftsanteilen einer Genossenschaft				
Bis EUR 750.000	-	-	-	-
EUR 750.000 – EUR 2 Mio	JA	-	-	EUR 5.000 innerhalb von 12 Monaten pro Anleger
2 Mio – EUR 5,0 Mio	-	JA (Prüfung Prospektkontrollor)	Ja, optional zu Anlage D (freiwillig) möglich	-
Über EUR 5,0 Mio	-	-	JA (Prüfung Prospektkontrollor)	-

Abbildung 1: Überblick Umsatzschwellen für Informations-/Prospektpflichten

7.3.4 Informationspflichten nach InvFG

Auch für einen Organismus zur gemeinsamen Veranlagung in Wertpapieren (OGAW) gibt es eine Prospektpflicht, die sich aber nach dem InvFG ergibt und nicht nach der Prospekt VO. Zusätzlich ist ein Kundeninformationsdokument (KID) bereitzustellen.³⁶⁵

Nach § 2 Abs 1 Z1 dient ein OGAW dem ausschließlichen Zweck der Veranlagung der beim Publikum beschafften Gelder für gemeinsame Rechnung nach dem Grundsatz der Risikostreuung und darf ausschließlich in liquide Finanzanlagen nach § 67 InvFG investieren (u.a. Wertpapiere, Geldmarktinstrumente, Anteile an Kapitalanlagefonds).³⁶⁶

Lediglich für 10 Prozent des Fondsvermögens gibt es nach § 67 Abs 4 InvFG die Möglichkeit, auch nicht börsennotierte bzw. auf einem nicht geregelten Markt gehandelte liquide Finanzanlagen in den Fonds aufzunehmen, wobei diese die Grundsätze nach §§ 69 bzw. 70 InvFG erfüllen müssen.³⁶⁷

³⁶⁵ §§ 128 ff InvFG.

³⁶⁶ *Leitgeb* in *Bollenberger/Kellner* (Hrsg.), InvFG Kommentar (2016) § 66 Rz 1 ff u. und § 67 Rz 1 ff.

³⁶⁷ *Leitgeb* in *Bollenberger/Kellner* (Hrsg.), InvFG Kommentar (2016) § 67 Rz 15f.

Werden durch die Fondsverwaltungsgesellschaft Anteile ohne Prospekterstellung ausgegeben, kann der Verbraucher ebenfalls iSd § 5 KMG 2019 vom Kauf zurücktreten (§131 Abs 7 InvFG).³⁶⁸

Eine weitere Besonderheit des InvFG ist, dass das Vermögen eines OGAW durch eine Depotbank verwaltet werden muss.³⁶⁹

7.3.5 Informationspflichten nach AIFMG

Das AIFMG dient als Auffangregelwerk für Investmentfonds, die nicht als OGAW erfasst sind.³⁷⁰

Wird von einer Anzahl von Anlegern Kapital eingesammelt, um es gemäß einer festgelegten Anlagestrategie zum Nutzen dieser Anleger zu investieren, ohne dass das eingesammelte Kapital unmittelbar der operativen Tätigkeit dient und ist es kein OGAW, liegt ein Alternativinvestmentfonds (AIF) vor.³⁷¹

Der Vertrieb und die Bewerbung von AIF an Privatkunden ist grds. verboten. Wird ein AIF von einem konzessionierten AIFM verwaltet und die umfangreichen Bestimmungen des AIFMG erfüllt, so können Verbraucher angesprochen werden.³⁷²

Dabei ist nach § 52 InvFG dem potenziellen Erwerber vor Vertragsabschluss sowie jedem interessierten Anteilinhaber ein KID oder vereinfachter Prospekt, Rechenschaftsbericht und Halbjahresbericht kostenlos zur Verfügung zu stellen.³⁷³

Allerdings dürfen in bestimmte AIF (Private-Equity-Dachfonds, Unternehmensbeteiligungen Mittelstandsfinanzierungsgesellschaft) nur qualifizierte Privatkunden veranlagen. Dazu müssen sie nachweisen können, dass das unbelastete Bankguthaben und Finanzinstrumente gemäß § 1 Z 7 WAG 2018 mehr als 100 000 Euro ausmachen (Z 6) und mind. 10.000 EUR in einen AIF iSd § 6b KStG 1988 sowie max. 10 Prozent des unbelasteten Bankguthabens und der Finanzinstrumente (Z 7).³⁷⁴

³⁶⁸ Gelbmann/Kolba/Leupold in *Deixler-Hübner/Kolba* (Hrsg.) Handbuch Verbraucherrecht (2015) 322.

³⁶⁹ §§ 39 ff InvFG.

³⁷⁰ Vgl AIFMG.

³⁷¹ § 2 Abs 1 Z 1 AIFMG.

³⁷² Vgl § 48 AIFMG.

³⁷³ § 52 InvFG.

³⁷⁴ §§ 8a, 8c und 8e AIFMG.

7.3.6 Informationspflichten nach Crowdfunding-Dienstleister -VO

In der Entwicklung der ECSP-VO war geplant auch Kryptoassets (ICO) zu behandeln, wodurch Projektanbieter Crowdfunding-Kampagnen durch eine Registrierung im gesamten EWR anbieten hätten können, und dabei umfangreiche konsumentenschutzrechtliche Vorgaben durch Compliance-Anforderungen erfüllt hätten werden müssen.³⁷⁵

In der finalen Fassung, beschlossen am 07.10.2020, wurde jedoch die Aufnahme von Krypto-Token verneint, da sich ihre Merkmale erheblich von den in der Verordnung geregelten Schwarmfinanzierungsdienstleistungen unterscheiden.³⁷⁶

7.3.7 Informationspflichten & Handelsverbote nach FMA-Produktinterventionsverordnung

Zur Festsetzung von Produktinterventionsmaßnahmen ist die FMA nach § 90 Abs. 3 Z 15 iVm Abs. 8 WAG 2018 bzw. § 4 Abs 3 und 4 PRIIP-Vollzugsgesetz³⁷⁷ ermächtigt, Verordnungen zu erlassen.³⁷⁸

Von der FMA-PIV³⁷⁹ sind seit 30.05.2019 Binäre Optionen und das Finanzielle Differenzgeschäft (Contract for Difference – CFD) betroffen und grds. verboten an Verbraucher zu bewerben und zu verkaufen (§ 3 Abs 1 und 2). Lediglich unter bestimmten Ausgestaltungskriterien können die angesprochenen CFD mit Verbrauchern gehandelt werden.³⁸⁰

Für CFD-Anbieter gilt, dass jegliche direkte oder indirekte Mitteilung zur Vermarktung, zum Vertrieb oder zum Verkauf oder sonstige Veröffentlichung derartiger Informationen in einer für einen Privatkunden zugänglichen Weise, eine Risikowarnung enthält.³⁸¹

³⁷⁵ Vgl. *Paulmayer* in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger* (Hrsg.), *Kryptowährungen* (2019) 328; Vgl. *Majcen*, *Die neue EU-Crowdfunding Verordnung*, *ÖBA* 2020 (12), 868 (870).

³⁷⁶ *ErwG* 15 Crowdfunding-Dienstleister -VO.

³⁷⁷ Bundesgesetz über das Wirksamwerden der Verordnung (EU) Nr. 1286/2014 über Basisinformationsblätter für verpackte Anlageprodukte für Kleinanleger und Versicherungsanlageprodukte (PRIIP-Vollzugsgesetz). BGBl 15/2018.

³⁷⁸ *Wolffbauer*, FMA-Produktinterventionsverordnung im BGBl: Verbot binärer Optionen und finanzieller Differenzgeschäfte, *ZFR* 2019, 281 (281).

³⁷⁹ Verordnung der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) über Maßnahmen der Produktintervention (FMA-Produktinterventionsverordnung – FMA-PIV), BGBl 118/2019.

³⁸⁰ Vgl. § 3 Abs 1 und 2 FMA-PIV.

³⁸¹ § 3 Abs 2 Z 5 FMA-PIV.

Die Risikowarnung variiert je nach Kontext und Medium. In jedem Fall ist dabei die Anlage 1 zur VO heranzuziehen. Im Zentrum der Warnhinweise steht die Aufklärung über das hohe Verlustrisiko und es muss unter Umständen der aktuelle Prozentwert aller Privatkunden angegeben werden, die Verluste erlitten haben.³⁸²

7.4 Konzessions- bzw. Registrierpflicht

Eine Vielzahl an Tätigkeiten im Umfeld des Kapitalmarktes benötigen einer Genehmigung bzw. müssen in leichter Form zumindest gemeldet werden. Entsprechende Überwachung erfolgt in Österreich durch die Finanzmarktaufsicht (FMA). Die Konzessionspflichten ergeben sich auf Basis der entsprechenden Tätigkeiten und können den Emittenten und oder einen zwischengeschalteten Dienstleister betreffen. So ergeben sich u.a. Konzessionspflichten für Bankdienstleister iSd § 1 BWG, Zahlungsdienstleister iSd § 1 Abs 2 ZaDiG 2018, Wertpapierdienstleister iSd § 3 Abs 2 WAG 2018 und Verwaltungsgesellschaften von Investmentfonds (OGAW nach InvFG und AIFM nach AIFMG).³⁸³

Für Vermittler von konzessionierten Dienstleistungen bedarf es keiner eigenen Konzession, sondern einer einschlägigen Gewerbeberechtigung nach GewO. Ein Wertpapiervermittler benötigt nach § 28 Abs 5 WAG 2018 eine Berechtigung nach §§ 136a ff GewO.³⁸⁴

Registrierung FM-GwG

Durch das FM-GwG werden Dienstleister von virtuellen Währungen iSd § 2 Z 22 FM-GwG zur Registrierung nach § 32a FM-GwG bei der FMA verpflichtet.³⁸⁵

Zu den in § 2 Z 22 FM-GwG aufgezählten Tätigkeiten zählen:

- Dienste zur Sicherung privater kryptografischer Schlüssel, um virtuelle Währungen im Namen eines Kunden zu halten, zu speichern und zu übertragen (Anbieter von elektronischen Geldbörsen) (lit a),
- Tausch von virtuellen Währungen in Fiatgeld und umgekehrt (lit b),

³⁸² Vgl Anlage 1 FMA-PIV.

³⁸³ Vgl FMA, Wertpapierdienstleister (2022); Vgl FMA, Konzession & Notifikation (2022); Vgl FMA, Investmentfonds und deren Verwalter (2022).

³⁸⁴ Gelbmann/Kolba/Leupold in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 306.

³⁸⁵ Dafinger/Hanzl, Decentralized Exchanges - (nicht) im Anwendungsbereich des FM-GwG? ZFF 2022, 374 (376).

- Tausch einer oder mehrerer virtueller Währungen untereinander (lit c),
- Die Übertragung von virtuellen Währungen; (lit d),
- Die Zurverfügungstellung von Finanzdienstleistungen für die Ausgabe und den Verkauf von virtuellen Währungen (lit e);

Virtuelle Währungen werden im FM-GwG *als eine digitale Darstellung eines Werts, die von keiner Zentralbank oder öffentlichen Stelle emittiert wurde oder garantiert wird und nicht zwangsläufig an eine gesetzlich festgelegte Währung angebunden ist und die nicht den gesetzlichen Status einer Währung oder von Geld besitzt, aber von natürlichen oder juristischen Personen als Tauschmittel akzeptiert wird und die auf elektronischem Wege übertragen, gespeichert und gehandelt werden kann*, definiert.³⁸⁶

Im Rahmen des Antrags sind neben Angaben zum Dienstleister (Name, Sitz etc.) sowie bei juristischen Personen Identität und Beteiligungsanteil der Eigentümer, Informationen zum Geschäftsmodell, internen Kontrollsystem sowie zu den Maßnahmen zur Umsetzung der Prävention von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung bereitzustellen.³⁸⁷

Die Registrierung kann durch die FMA bei berechtigten Zweifeln untersagt werden.³⁸⁸ Verfügt der Dienstleister nicht über eine entsprechende gültige Registrierung, ist ihm die Tätigkeit zu untersagen und stellt eine Verwaltungsübertretung mit einem Strafraum bis zu EUR 200.000 dar.³⁸⁹

Dienstleister von virtuellen Währungen müssen in weiterer Folge auch zahlreiche Sorgfaltspflichten (3. Abschnitt FM-GwG) einhalten wie z.B. Kundenidentifikationspflichten (Know-Your-Customer-Maßnahmen).³⁹⁰ Zusätzlich sei auch auf Meldepflichten wie Meldungen an die Geldwäschemeldestelle oder die Nichtabwicklung von Transaktionen hingewiesen.³⁹¹

³⁸⁶ § 2 Z 22 FM-GwG.

³⁸⁷ Vgl § 32a FM-GwG.

³⁸⁸ Vgl § 32a Abs 2 FM-GwG.

³⁸⁹ *Dafinger/Hanzl*, Decentralized Exchanges - (nicht) im Anwendungsbereich des FM-GwG? *ZFF* 2022, (374) 376.

³⁹⁰ *Schiestl*, Die 5. Geldwäscherichtlinie: Ein Versuch, die Blockchain an die Kette zu nehmen, *EALR* 2020 (1), 46 (54-56).

³⁹¹ Vgl 4. Abschnitt FM-GwG.

7.5 Rücktrittsrecht

Dem Verbraucher wird in unterschiedlichen Situationen des Fern- und Außerhausgeschäftes ein Rücktrittsrecht vom Vertrag mit einem Unternehmer eingeräumt. Dieses kann sich u.a. nach FAGG oder FernFinG ergeben. Die jeweilige durchschlagende Regelung richtet sich zum einen nach Vertragsgegenstand und zum anderen nach Ort des Vertragsabschlusses. Zusätzlich gibt es zahlreiche Ausnahmen, in denen kein Rücktritt zugesprochen wird.³⁹²

7.5.1 Rücktrittsrecht nach FAGG (§§ 11-18)

Das FAGG ermöglicht Konsumenten einen gültig zustande gekommenen Vertrag binnen 14 Tagen ohne Angabe von Gründen nachträglich rückgängig zu machen.³⁹³

Hinsichtlich der sachlichen Anwendung des FAGG sei auf Kapitel Informationspflichten nach FAGG verwiesen.

Der Beginn der Frist des Rücktrittsrechts hängt von der Art des Vertrages ab. So gilt für Dienstleistungsverträge sowie Verträge über unkörperliche digitale Inhalte der Tag des Vertragsabschlusses (Abs 2 Z 1) und für Waren idR der Zeitpunkt der Besitzerlangung (Abs 1 Z 2).³⁹⁴

Mit dem Vertragsrücktritt ist die Ware an den Verkäufer zu retournieren (§ 15) und durch den Verkäufer die Geldleistung zu erstatten (§14).³⁹⁵

Unterbleibt der formgerechte Hinweis auf die Möglichkeit des Vertragsrücktritts, verlängert sich die Frist um 12 Monate.³⁹⁶

Ausnahmen vom Rücktrittsrecht (§ 18 FAGG)

Vom Rücktrittsrecht können nach § 18 FAGG u.a. folgende Vertragsarten ausgeschlossen werden:

³⁹² Vgl § 3 KSchG; Vgl § 1 FAGG iVm §§ 11 ff und §§ 8ff FAGG.

³⁹³ § 11 Abs 1 FAGG.

³⁹⁴ § 11 FAGG.

³⁹⁵ §§ 14f FAGG.

³⁹⁶ § 12 FAGG.

- Verträge über Dienstleistungen, wenn der Vertrag vollständig erfüllt ist, ein ausdrücklicher Auftrag vom Verbraucher erteilt wurde und entsprechende Hinweispflichten durch den Unternehmer im Vorfeld eingehalten wurden.³⁹⁷
- Unkörperliche digitale Inhalte (Abs 1 Z 11), wenn mit der Leistungserbringung begonnen wurde (nicht vollständige Erbringung) und Hinweis auf den Verlust des Rücktrittsrechts.³⁹⁸
- Produkte die Finanzmarktschwankungen unterliegen (Abs 2 Z1), da bei Vertragsabschluss noch kein endgültiger Preis vorliegen kann³⁹⁹
- Maßanfertigungen (Abs 1 Z)
- Verderbliche Waren (Abs 1 Z 4)
- versiegelte Hygiene- und Gesundheitsprodukte (Abs 1 Z 5)
- vermischte/untrennbare Waren, Ton-Video und Software, wenn das Siegel geöffnet wurde (Abs 1 Z 8), Zeitungen, Zeitschriften oder Illustrierte mit Ausnahme von Abonnement-Verträgen über die Lieferung solcher Publikationen (Abs 1 Z 9)
- Dienstleistungen in den Bereichen Beherbergung zu anderen als zu Wohnzwecken, Beförderung von Waren, Vermietung von Kraftfahrzeugen sowie Lieferung von Speisen und Getränken und Dienstleistungen, die im Zusammenhang mit Freizeitbetätigungen erbracht werden, sofern jeweils für die Vertragserfüllung durch den Unternehmer ein bestimmter Zeitpunkt oder Zeitraum vertraglich vorgesehen ist (Abs 1 Z 10)
- dringende Reparatur- oder Instandhaltungsarbeiten, wenn der Kunde den Unternehmer angefordert hat (Abs 2)
- Verträge im Rahmen von öffentlichen Versteigerungen (Abs 3);

7.5.2 Rücktrittsrecht nach FernFinG (§§ 8 ff)

So wie das FAGG Rücktrittsrechte für den Verbraucher vorschreibt, so gibt es entsprechende Bestimmungen auch im FernFinG zu finden.

Das Rücktrittsrecht kann binnen 14 Tage ab Vertragsabschluss ausgeübt werden (§ 8 Abs 1 und Abs 2). Für Lebensversicherungen beträgt die Frist 30 Tage (§ 8 Abs 3). Die Folgen einer nicht

³⁹⁷ § 18 Abs 1 Z 1 iVm §§ 10 und 4 ff FAGG.

³⁹⁸ Schwarzenegger in *Schwimann/Kodek* (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar Band 9⁵ (2021) FAGG § 18 Rz 5.

³⁹⁹ *Ibid* Rz 6.

(korrekten) Aufklärung des Verbrauchers über das Rücktrittsrecht (z.B. keine Vertriebs- und Vertragsinformationen) bewirkten, dass die Frist erst mit entsprechender Aufklärung/Information beginnt (§ 8 Abs 4).⁴⁰⁰

Die Vertragserfüllung darf innerhalb der Rücktrittsfrist nur begonnen werden, wenn der Verbraucher ausdrücklich zugestimmt hat (§ 8 Abs 4), ansonsten kann ihm nicht das Rücktrittsrecht verwehrt werden.⁴⁰¹

Ausnahmen vom Rücktrittsrecht (§ 10)

Diese wesentlichen Ausnahmen vom Rücktrittsrecht lassen sich auf Verträge über spekulative Produkte (Z 1) sowie kurzfristige Versicherungen (Z 2) zusammenfassen.⁴⁰²

Der Gesetzgeber spricht in § 10 Z 1 lit a bis h FernFinG demonstrativ von:

- Devisen
- Geldmarktinstrumenten
- handelbaren Wertpapieren
- Anteilen an Anlagegesellschaften
- Finanztermingeschäften (Futures) einschließlich gleichwertiger Instrumente mit Barzahlung, Zinstermingeschäften (FRA)
- Zins- und Devisenswaps sowie Swaps auf Aktien- oder Aktienindexbasis („Equity Swaps“) sowie von Kauf- oder Verkaufsoptionen

Neben Verträgen über spekulative Produkte und kurzfristige Versicherungen unterbleibt das Rücktrittsrecht, wenn bei ausdrücklicher Erklärung vor Vertragsabschluss durch den Verbraucher und Information nach § 7 Abs 1, ein Vertrag beidseitig vor Fristablauf vollständig erfüllt wurde (Z 3).⁴⁰³

Es muss beachtet werden, dass eine unterbliebene Information über das nicht Vorliegen eines Rücktrittsrechts bei spekulativen Produkten (Z 1) und kurzfristigen Versicherungen (Z 2) keine

⁴⁰⁰ Graf in Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) FernFinG § 8 Rz 5-7.

⁴⁰¹ Graf in Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) FernFinG § 8 Rz 10-11.

⁴⁰² Graf in Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) FernFinG § 10 Rz 1-2.

⁴⁰³ *Ibid* Rz 3-4.

Änderungen bringt. Das Rücktrittsrecht bleibt also dennoch ausgeschlossen (!) Allerdings sind bleiben die Instrumente Irrtumsanfechtung und Schadensersatz bestehen.⁴⁰⁴

7.5.3 Rücktrittsrecht nach VKrG

Dem Verbraucher steht nach § 12 VKrG ein 14-tägiges Rücktrittsrecht zu, das nicht eingeschränkt oder ausgeschlossen werden kann.⁴⁰⁵

Ebenfalls wie nach FAGG verlängert sich die Rücktrittsfrist in zahlreichen Fällen der unzureichenden Informationsbereitstellung bzw. Aufklärung des Verbrauchers.⁴⁰⁶

7.5.4 Rücktrittsrecht nach KSchG

Greift keine Sondernorm (FAGG, FernFinG) so gilt es § 3 KSchG als Auffangregelung vertragsunabhängig zu beachten, die ebenfalls ein 14-tägiges Rücktrittsrecht fest schreibt.⁴⁰⁷

Allerdings benötigt es die konkrete Gefahr einer unüberlegten Willenserklärung durch den Verkäufer (z.B. bei Werbefahrten, Haustürgeschäfte, Ansprechen auf der Straße, nicht aber Messe oder Marktstand).⁴⁰⁸

7.6 Vertragsauslegung

Zur Auslegung von Verträgen werden auch bei Vorliegen eines Verbrauchergeschäfts die üblichen einschlägigen Bestimmungen nach §§ 914 ABGB angewendet. Es geht darum, den wahren Parteiwillen im Einzelfall herauszuarbeiten. Dieser wirkt stärker als der Wortlaut des Vertrages. Zur Interpretation des Wortlauts müssen der allgemeine Sprachgebrauch und die Verkehrssitten herangezogen werden.⁴⁰⁹

Enthält der Vertrag für eine auftretende Konfliktsituation keine entsprechende Regelung, liegt eine Lücke im Vertrag vor und es scheidet eine *einfache Auslegung* des Vertrags aus. In solchen Situationen greifen die dispositiven Gesetzesbestimmungen und schließen die Lücken (*ergänzende Auslegung*).⁴¹⁰

⁴⁰⁴ Graf in Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) FernFinG § 10 Rz 5.

⁴⁰⁵ Heinrich in Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) VKrG § 12 Rz 1-4 u. 42f.

⁴⁰⁶ Heinrich in Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) VKrG § 9 Rz 58 u. § 12 Rz 5 ff.

⁴⁰⁷ Vgl Apathy/Frössel in Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) KSchG § 3 Rz 1 ff.

⁴⁰⁸ Vgl *ibid* Rz 3-8.

⁴⁰⁹ Vgl Schauer in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 32-33.

⁴¹⁰ *Ibid* 33-34.

Dies scheint insbesondere für echte Smart Contracts im besonders großen Umfang relevant zu sein, wenn neben Hauptleitungen (Ware/Dienstleistung und Preis) keine weiteren Regelungen getroffen worden sind.

§ 915 2. Satz ABGB hält eine wichtige Auslegungsregel für Verträge bereit, wonach bei zweiseitig zwingenden Verträgen (darunter fallen alle Arten von Verbrauchergeschäften) unklare Bestimmungen immer zum Vorteil des sich Unterwerfenden (wohl idR der Verbraucher) ausgelegt wird.⁴¹¹

7.7 Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Die Verwendung von AGB ermöglicht die Standardisierung von Vertragsinhalten und erleichtert die Kontrahierung am Massenmarkt. Allerdings gilt es ein strenges Regelwerk einzuhalten, damit AGB bzw. die einzelnen darin enthaltenden Bestimmungen Gültigkeit erlangen, wodurch Kostenasymmetrie und Informationsasymmetrie zu Lasten des Verbrauchers ausgeglichen werden sollen.⁴¹²

Nach hM verläuft die Kontrolle von AGB in drei Stufen: Geltungskontrolle (inkl. Einbeziehungskontrolle), Inhaltskontrolle und Transparenzkontrolle.⁴¹³

Im Zuge der Geltungskontrolle wird geprüft, ob AGB im Rahmen des Vertrags gültig eingebunden wurden. Dies erfolgt im ersten Schritt durch die Frage, ob die AGB in ihrer Gesamtheit wirksam vereinbart wurden und anschließend wird die Geltungskontrolle ieS (mit Betrachtung einzelner Bestimmung) betrachtet.

Damit die Einbeziehung der AGB positiv vorliegt, muss dem Käufer deutlich gemacht worden sein, dass der Verkäufer nur unter den AGB ein Geschäft schließen möchte. Dazu muss der Kunde jedenfalls vor Abschluss des Vertrags die Möglichkeit haben, von den AGB Kenntnis zu erlangen. Grds. bestehen für den Abschluss von AGB die üblichen Bestimmungen wie für den Vertragsabschluss nach §§ 861 ABGB (schriftlich, mündlich, konkludent).⁴¹⁴ Allerdings können durchaus spezielle Formerfordernisse z.B. nach FAGG, FernFing oder ECG einzuhalten sein (siehe dazu Kapitel 7.2 und 7.3).

⁴¹¹ Schauer in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 34.

⁴¹² *Ibid* 35.

⁴¹³ *Ibid* 36.

⁴¹⁴ *Ibid* 36 ff.

Die Geltungskontrolle i.e.S. erfolgt nach § 864a ABGB, wonach nachteilige Klauseln (im Vergleich zur dispositiven gesetzlichen Bestimmung) ungültig sind, wenn sie ungewöhnlich und gleichzeitig überraschend sind.⁴¹⁵

Im zweiten Schritt erfolgt die Inhaltskontrolle. Die entsprechenden einschlägigen Bestimmungen finden sich in § 879 Abs 3 ABGB sowie § 6 Abs 1 und 2 KSchG.⁴¹⁶

Nach § 879 Abs 3 ABGB sind Klauseln ungültig, wenn sie gröblich nachteilig sind. Zur Einschätzung der Nachteiligkeit wird auf dispositive gesetzliche Regelungen abgestellt. So können Abweichungen dazu, wenn sie unangemessen oder sachlich nicht gerechtfertigt sind, als gröblich nachteilig eingeschätzt werden.⁴¹⁷

Diese allgemeine Formulierung hat eine Konkretisierung im § 6 Abs 1 und 2 KSchG erfahren, in welchem sich eine demonstrative Aufzählung an sittenwidrigen bzw. gröblich benachteiligenden Vertragsbestimmungen befindet.⁴¹⁸ Eine vollständige Aufzählung soll an dieser Stelle unterbleiben. Allerdings mit dem Hinweis, dass u.a. hinsichtlich des Einsatzes der Blockchain als Vertragsmedium eine Prüfung hinsichtlich gröblich benachteiligender Regelungen in Bezug auf Zugangsfiktion (Abs 1 lit 3) und Form und Zugangserfordernisse (Abs 1 lit 4) vorzunehmen ist.

Nicht alle Bestimmungen der AGB, die gegen § 6 KSchG Abs 1 und 2 verstoßen, sind im Ergebnis nichtig. Die Bestimmungen nach Abs 2 können im einzelnen Vertrag ausgehandelt werden, wodurch sie hinsichtlich ihrer Unangemessenheit wohl einen geringeren Grad darstellen als Verstöße i.S.d. Abs 1.⁴¹⁹

Nach dem Schema zur AGB-Prüfung erfolgt als dritter Schritt die Transparenzkontrolle. Dazu besagt § 6 Abs 3 KSchG, dass *unklare* oder *unverständliche* Vertragsbestimmungen unwirksam sind. Auf den ersten Blick erscheint diese Bestimmung sehr ähnlich jener aus § 869 ABGB hinsichtlich des Elements der Unverständlichkeit. Während allerdings § 869 ABGB auf die sprachliche Verständlichkeit einer Bestimmung abstellt, bezieht sich § 6 Abs 3 KSchG auf die Sinnverständlichkeit, also ob der Verbraucher die Tragweite einer Bestimmung erfassen kann.⁴²⁰

⁴¹⁵ Schauer in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 37f.

⁴¹⁶ Ibid 40f.

⁴¹⁷ Ibid 41.

⁴¹⁸ Apathy/Frössel in Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) KSchG § 6 Rz 1.

⁴¹⁹ Vgl. ibid Rz 3.

⁴²⁰ Schauer in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 45f.

Nach hM sind für eine ausreichende Transparenz mehrere Gebote einzuhalten: Erkennbarkeit und Verständlichkeit, Hinweispflicht auf gewisse Rechtsfolgen, Bestimmtheitsgebot, Differenzierungsgebot, Richtigkeit und Vollständigkeit.⁴²¹

Intransparente Bestimmungen in AGB sind gänzlich ungültig.⁴²²

Als weiteres Element findet sich in § 6 Abs 3 KSchG das Element der *Unklarheit*, wodurch eine Normenkollision mit § 915 ABGB hinsichtlich der Rechtswirkung entsteht. Das KSchG fordert die Nichtigkeit der Klausel, während das ABGB eine Günstigkeitslösung vorsieht. Die jüngere Ansicht ist, dass unklare Bestimmungen ebenfalls intransparent sind und folglich ungültig sind, es sei denn, sie stellen Verbraucher besser als eine gesetzlich dispositive Regelung.⁴²³

7.8 Leistungsstörungen und Gewährleistung

Nachfolgend soll ein stark gekürzter Überblick zu den Bereichen Leistungsstörungen und Gewährleistungen geboten werden.

Neben den bereits beschriebenen besonderen Regelungen für Verbraucher nach KSchG, FernFinG und FAGG, stehen die weiteren Rechtsmittel nach dem ABGB bei Leistungsstörungen (anfänglich bzw. nachträgliche Unmöglichkeit) und Fällen des Verzugs (Rücktrittsrechte, Nachfrist, Fixgeschäft etc.) offen.⁴²⁴

Bei der Gewährleistung handelt es sich um eine verschuldensunabhängige Haftung, die in der Entgeltlichkeit eines Geschäftes fußt und sich unabhängig von der Vertragsart in §§ 922-933 ABGB (ergänzende Bestimmungen für einzelne Vertragsarten außer Acht gelassen) findet.⁴²⁵

Hinsichtlich der Mängelbehebung (primäre bzw. sekundäre Behelfe) sowie Beweislastregelungen und gesetzliche Vermutungsregelungen sei auf die einschlägige Literatur⁴²⁶ verwiesen.

⁴²¹ Schauer in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 45.

⁴²² Vgl Schauer in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 48 iVm 43-44.

⁴²³ Vgl Schauer in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 48; Vgl Apathy/Frössel in Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) KSchG § 6 Rz 84-86.

⁴²⁴ Vgl Kollmasch in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 78-84.

⁴²⁵ Kollmasch in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 85.

⁴²⁶ Kollmasch in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 85-95; Docekal/Ecker/Kogelmann/Kolba, Konsumentenschutz- (KSchG) und Fernabsatz- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz (FAGG), in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 157-160.

Das Recht auf Gewährleistung besteht bei unbeweglichen Sachen drei Jahre, bei beweglichen Sachen zwei Jahre.⁴²⁷ Eine Verkürzung der Gewährleistungszeit ist für Verbraucher unzulässig.⁴²⁸ Generell muss betont werden, dass Gewährleistungsrechte nach §§ 922-933 ABGB für Verbraucher nicht ausgeschlagen oder beschränkt werden können.⁴²⁹

7.9 Auslandsbezug bei Verbraucherverträgen

Bei Verbrauchergeschäften mit Auslandsbezug sind aus Sicht eines Verbrauchers mit Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt in Österreich bei der Klage eines Verkäufers, vereinfacht zusammengefasst⁴³⁰, zwei Szenarien möglich: 1) Beklagte Partei mit Sitz im Inland bzw. einem EU-Mitgliedsstaat 2) Sitz in einem Drittstaat.⁴³¹

In beiden Varianten stellen sich die Frage a) nach der internationalen Zuständigkeit b) dem anzuwendenden Recht und c) die Frage der Anerkennung und Vollstreckung von Gerichtsentscheidungen.⁴³²

Nachfolgend sollen die zwei Spielarten näher beleuchtet werden.

7.9.1 Beklagte Partei im Inland bzw. EU-Mitgliedsstaat

a) Internationale Zuständigkeit

Die Grundregel nach Art 4 Abs 3 EuGVVO lautet, dass Klagen grundsätzlich im (Wohn-) Sitzstaat des Beklagten einzubringen sind. Dies wird jedoch durch Zwangszuständigkeiten u.a. für Verbrauchergeschäfte iSd Art 17 ff EuGVVO durchbrochen.⁴³³

Bei entsprechender Durchbrechung gilt die Spezialregel, dass der Verbraucher seine Klage als Wahlgerichtsstand in seinem Wohnsitzstaat einbringen kann (Art 18 Abs 1 EuGVVO).⁴³⁴

⁴²⁷ § 933 Abs 1 ABGB.

⁴²⁸ § 933 Abs 1 3. Satz ABGB iVm § 9 Abs 1 KSchG.

⁴²⁹ Apathy/Frössel in *Schwimann/Kodek* (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) KSchG § 9 Rz 1 ff.

⁴³⁰ mit Ausnahme von Lugano Staaten und Dänemark.

⁴³¹ Vgl Klauser/Weerkamp/Barnreiter in *Deixler-Hübner/Kolba* (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 463.

⁴³² *Ibid* 462.

⁴³³ *Ibid* 465.

⁴³⁴ Klauser/Weerkamp/Barnreiter in *Deixler-Hübner/Kolba* (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 468.

Möchte das Unternehmen einen Verbraucher klagen, ist dies nur im Wohnsitzstaat des Verbrauchers möglich (Art 18 Abs 2 EuGVVO). Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach dem nationalen Verfahrensrecht.⁴³⁵

Von Verbrauchergeschäften nach Art 17 sind Kaufverträge über bewegliche Sachen auf Teilzahlung (Abs 1 lit a), Kreditgeschäfte zur Finanzierung eines Kaufs beweglicher Sachen (Abs 1 lit b) erfasst. Auf sonstige Verträge (Abs 1 lit c) kommt die Spezialregel nur zur Anwendung, wenn der Unternehmer seine Tätigkeit im Wohnsitzstaat des Verbrauchers ausübt oder auf diesen ausgerichtet ist.⁴³⁶

Dem Begriff der *Ausrichtung* kommt in der Judikatur eine weitreichende Rolle zu. Der Unternehmer muss seinen Willen zum Ausdruck bringen, dass er in dem jeweiligen Mitgliedsstaat mit Verbrauchern kontrahieren möchte. Merkmale dafür können z.B. ein internationaler Charakter der Tätigkeit des Unternehmens, andere Sprachen und oder Währungen anders als im Sitz des Unternehmens, Telefonnummern oder Internetdomänen-Namen und Werbeaktivitäten sein.⁴³⁷

IZm der Ausrichtung wird auch die Einordnung von Blockchain-Anwendungen von hoher Relevanz sein.

Gerichtsstandsvereinbarungen sind lt. Art 19 EuGVVO nur in sehr eingeschränktem Umfang möglich, und falls sie möglich sind, unterliegen sie zusätzlichen Restriktionen nach § 14 KSchG, um eine Aushöhlung der Verbraucherschutzrechte zu verhindern.⁴³⁸

b) Anzuwendendes Recht

Die Entscheidung über das anzuwendende Recht hinsichtlich vertraglicher Schuldverhältnisse erfolgt nicht über das nationale IPRG, sondern über die ROM I VO. Sie gilt in allen EU-Mitgliedstaaten mit Ausnahme von Dänemark und hält einheitliche Kollisionsnormen bereit. Zusätzlich ist auf Sonderbestimmungen nach § 13a KSchG zu achten.⁴³⁹

⁴³⁵ Klauser/Weerkamp/Barnreiter in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 469.

⁴³⁶ *Ibid* 467f.

⁴³⁷ *Ibid*.

⁴³⁸ *Ibid* 469.

⁴³⁹ *Ibid* 472f.

Erfolgt die Rechtswahl auf ein Land der Europäischen Union ist allerdings § 13a KSchG selten relevant, da die Verbraucherrechte dieser Bestimmung aufgrund EU-Rechts auch in den anderen Mitgliederstaaten der EU bestehen.⁴⁴⁰

Art 6 Rom I VO enthält spezielle Regelungen für Verbrauchergeschäfte. Verbraucher iSd Rom I VO ist *eine natürliche Person zu einem Zweck, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann*.⁴⁴¹

Besagte Bestimmung benötigte darüber hinaus den notwendigen Auslandsbezug, in dem der Unternehmer seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit entweder im Aufenthaltsstaat des Verbrauchers ausübt (lit a) oder auf diesen Staat ausrichtet (lit b),⁴⁴² und dass der gegenständliche Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt.⁴⁴³ Trifft eines der beiden Merkmale zu, so gilt das Recht des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.⁴⁴⁴

Für zahlreiche Vertragsbestände gibt es eigene Bestimmungen und sind daher von Art 6 Rom I VO abzugrenzen. Dazu zählen Verträge über die Beförderung von Personen und Waren (Art 5), Versicherungsverträge (Art 7). Ferner sind nach Art 6 Abs 4 Rom I VO zahlreiche weitere Vertragstypen nicht von den Regeln des Art 6 erfasst z.B. Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit einem Finanzinstrument, übertragbaren Wertpapieren und der Zeichnung oder dem Rückkauf von Fondsanteilen allerdings sehr wohl Verträge über die Erbringung von Finanzdienstleistungen.⁴⁴⁵

Wurde keine Rechtswahl getroffen, kommt das Recht des Landes zur Anwendung, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.⁴⁴⁶

Ist es zu einer gültigen Rechtswahl gekommen, so müssen lt. Art 6 Abs 2 ROM I VO in jedem Fall zwingende Bestimmungen zum Schutz des Verbrauchers lt. Aufenthaltsstaat erhalten bleiben.⁴⁴⁷

⁴⁴⁰ Vgl Apathy/Frössel in Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) KSchG § 13a Rz 1 ff.

⁴⁴¹ Art 6 Abs 1 Rom I VO.

⁴⁴² Siehe Diskussion dazu auf dieser Seite oben.

⁴⁴³ Klauser/Weerkamp/Barnreiter in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 476f.

⁴⁴⁴ Art 6 Abs 1 Rom I VO.

⁴⁴⁵ Vgl Art 6 Abs 4 lit d Rom I VO.

⁴⁴⁶ Art 6 Abs 1 Rom I VO.

⁴⁴⁷ Klauser/Weerkamp/Barnreiter in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 477.

Fällt ein Verbrauchervertrag nicht in den speziellen Anwendungsbereich des Art 6 Rom I VO bzw. liegt eine Ausnahme vor, ohne dass es speziellere Rechtsnormen gibt, so finden sich in Art 3 (mit Rechtswahl) und Art 4 (ohne Rechtswahl) umfangreiche Auffangbestimmungen.⁴⁴⁸

Fällt die Wahl auf das Recht eines Drittlandes, kommen nach §13a Abs 1 KSchG u.a. die Regelungen zur Bewertung der Gültigkeit und die Folgen der Ungültigkeit einer Vertragsbestimmung der nicht Hauptleistungen sowie die Beurteilung der Folgen hinsichtlich unklarer bzw. unverständlicher Vertragsbestimmungen ebenfalls zur Anwendung. Jedoch unter zwei Voraussetzungen: 1) ohne Rechtswahl wäre österreichisches oder Recht eines Vertragsstaates des EWR-Abkommens angewendet worden und 2) die Regelung muss nachteiliger sein.⁴⁴⁹

Nach § 13a Abs 2 KSchG sind u.a. in jedem Fall die Generalklauseln zur Geltungs- und Inhaltskontrolle von AGB iSd §§ 864a und 879 Abs 3 ABGB gültig, wenn *ausreichend Nähe* des Sachverhalts zu Österreich besteht. Es benötigt nicht den gewöhnlichen Aufenthalt des Verbrauchers in Österreich. Ausreichend Nähe zu Österreich liegt vor, wenn der Unternehmer sich z.B. einer Niederlassung bedient, Vertreter die Bestellung entgegennehmen oder die Bewerbung auf Österreich ausgerichtet ist.⁴⁵⁰

Als letzte Schutzmaßnahme kann die Vorbehaltsklausel (*ordre public*) nach § 6 IPRG bzw. Art 21 ROM I angesehen werden. Vor einem inländischen Gericht kommt demnach eine ausländische Bestimmung, die mit den Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung unvereinbar ist, nicht zur Anwendung und wird durch österreichisches Recht ersetzt.⁴⁵¹ Wobei der Anwendungsbereich im Verbraucherschutzrecht eher gering sein dürfte.⁴⁵²

c) Anerkennung und Vollstreckung

Ein österreichisches Urteil ist in den EU-Mitgliedstaaten wie im Ursprungsland vollstreckbar, wenn die Rechtssache in den Anwendungsbereich der EUGVV gefallen ist. Lediglich in Fällen

⁴⁴⁸ Detailliert dazu *Klauser/Weerkamp/Barnreiter in Deixler-Hübner/Kolba* (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 474 ff.

⁴⁴⁹ § 14 Abs 1 KSchG.

⁴⁵⁰ *Apathy/Frössel in Schwimann/Kodek* (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) KSchG § 13a Rz 6f.

⁴⁵¹ Vgl § 6 IPRG; Vgl Art 21 ROM I.

⁴⁵² Vgl *Neumayr in Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg.), Kurzkommentar zum ABGB⁶ (2020) zu § 6 IPRG.

der Zuständigkeitsverletzung ist eine Versagung der Anerkennung und Vollstreckbarkeit auf Antrag möglich.⁴⁵³

7.9.2 Sitz in einem Drittstaat

a) Internationale Zuständigkeit

Befindet sich der Sitz des Verkäufers außerhalb eines EU-Mitglieds oder Lugano-Staats, so besteht nach Art 18 Abs 1 EuGVVO ein Aktivgerichtsstand am Wohnort des Verbrauchers.⁴⁵⁴

Möchte ein Unternehmer in einem Drittstaat einen Verbraucher klagen, ist dies nur am Wohnort des Verbrauchers möglich.⁴⁵⁵

Alternativ kann nach § 27a JN⁴⁵⁶ Klage gegen das Unternehmen in Österreich eingebracht werden, wenn die Voraussetzungen für die örtliche Zuständigkeit eines Gerichts gegeben sind.⁴⁵⁷

b) Anzuwendendes Recht

Erfolgt die Rechtswahl auf das Ausland, so schreibt § 13a KSchG Verbraucherschutzbestimmungen vor, die unabhängig von der Rechtswahl erhalten bleiben müssen.⁴⁵⁸

Nach § 13a Abs 2 KSchG sind u.a. in jedem Fall die Generalklauseln zur Geltungs- und Inhaltskontrolle von AGB iSd §§ 864a und 879 Abs 3 ABGB gültig, wenn *ausreichend Nähe* des Sachverhalts zu Österreich besteht. Es benötigt nicht den gewöhnlichen Aufenthalt des Verbrauchers in Österreich. Ausreichend Nähe zu Österreich liegt vor, wenn der Unternehmer sich z.B. einer Niederlassung bedient, Vertreter die Bestellung entgegennehmen oder die Bewerbung auf Österreich ausgerichtet ist.⁴⁵⁹

Fällt die Wahl auf das Recht eines Drittlandes, kommen die Regelungen nach § 13a Abs 1 zur Anwendung. Zusätzlich gilt auch hier die Vorbehaltsklausel (*ordre public*).⁴⁶⁰

⁴⁵³ Klauser/Weerkamp/Barnreiter in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 482f.

⁴⁵⁴ Klauser/Weerkamp/Barnreiter in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 472.

⁴⁵⁵ Art 18 Abs 2 EuGVVO.

⁴⁵⁶ Gesetz über die Ausübung der Gerichtsbarkeit und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen (Jurisdiktionsnorm – JN) RGBI 111/1895.

⁴⁵⁷ Klauser/Weerkamp/Barnreiter in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 472.

⁴⁵⁸ *Ibid* 480f.

⁴⁵⁹ Apathy/Frössel in Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Band 9⁵ (2021) KSchG §13a Rz 6f.

⁴⁶⁰ Siehe Abschnitt 7.9.1 lit. b.

Für den Sachverhalt mit Drittländern kann neben ROM I auch das IPRG relevant sein (dazu jedoch später in Abschnitt 8.6.2.2).

c) Anerkennung und Vollstreckung

Österreichische Urteile können in Drittstaaten nur anerkannt und vollstreckt werden, wenn ein entsprechendes bilaterales Abkommen vorliegt. Dasselbe gilt für Urteile aus Drittstaaten, die in Österreich vollstreckt werden sollen, wobei die einschlägigen Bestimmungen im § 79 EO⁴⁶¹ zu finden sind.⁴⁶²

Entsprechende bilaterale Abkommen bestehen nur mit sehr wenigen Ländern zu diesen gehören Israel⁴⁶³, Lichtenstein⁴⁶⁴, Tunesien⁴⁶⁵, Türkei⁴⁶⁶ und Großbritannien⁴⁶⁷.

Auch wenn diese Anzahl aktuell überschaubar ist, ist auf die internationale Entwicklung in dieser Thematik hinzuweisen. Insbesondere das Haager Urteilsübereinkommen⁴⁶⁸, dem die EU als jüngstes Mitglied im August 2022 beigetreten ist (weitere Mitglieder sind: Costa Rica, Israel, Russland, Ukraine, Uruguay und die Vereinigten Staaten von Amerika), ist vielversprechend.⁴⁶⁹

Entsprechenden Abkommen werden für die weitere Betrachtung außen vorgelassen.

⁴⁶¹ Gesetz vom 27. Mai 1896, über das Exekutions- und Sicherungsverfahren (Exekutionsordnung – EO) RGBI 79/1896.

⁴⁶² Klauser/Weerkamp/Barnreiter in Deixler-Hübner/Kolba (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 484.

⁴⁶³ 349. Vertrag zwischen der Republik Österreich und dem Staat Israel über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen auf dem Gebiet des Zivil- und Handelsrechts, BGBl 349/1968.

⁴⁶⁴ ABKOMMEN zwischen der Republik Österreich und dem Fürstentum Liechtenstein über die Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen, Schiedssprüchen, Vergleichen und öffentlichen Urkunden, BGBl 114/1975.

⁴⁶⁵ VERTRAG zwischen der Republik Österreich und der Tunesischen Republik über die Anerkennung und die Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und öffentlichen Urkunden auf dem Gebiet des Zivil- und Handelsrechts, BGBl 305/1980.

⁴⁶⁶ ABKOMMEN VOM 23. MAI 1989 ZWISCHEN DER REPUBLIK ÖSTERREICH UND DER REPUBLIK TÜRKEI ÜBER DIE ANERKENNUNG UND DIE VOLLSTRECKUNG VON GERICHTLICHEN ENTSCHEIDUNGEN UND VERGLEICHEN IN ZIVIL- UND HANDELSSACHEN, BGBl 1994/949.

⁴⁶⁷ VERTRAG ZWISCHEN DER REPUBLIK ÖSTERREICH UND DEM VEREINIGTEN KÖNIGREICH VON GROSSBRITANNIEN UND NORDIRLAND ÜBER DIE GEGENSEITIGE ANERKENNUNG UND VOLLSTRECKUNG GERICHTLICHER ENTSCHEIDUNGEN IN ZIVIL- UND HANDELSSACHEN, BGBl 224/1962.

⁴⁶⁸ Vorschlag für einen BESCHLUSS DES RATES über den Beitritt der Europäischen Union zum Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen COM/2021/388 final.

⁴⁶⁹ König, EU tritt Haager Urteilsübereinkommen bei, *AnwBl* 2022 270 (10), 503 (503).

8 Anwendung von ausgewählten Verbraucherschutzrechten auf Kryptoassets

In den vorigen Kapiteln 4 und 5 wurden Kryptoassets technisch sowie rechtlich eingeordnet. In Kapitel 6 und 7 wurden die Grundgedanken des Verbraucherschutzrechts sowie ausgewählte wesentliche Elemente des Verbraucherschutzrechts vorgestellt. Im nachfolgenden Kapitel sollen nun unterschiedliche Kryptoassets aus dem Blickwinkel der vorgestellten Elemente des Verbraucherschutzes eingeordnet werden sowie geprüft werden, ob entsprechende Bestimmungen (nicht) zur Anwendung gelangen.

Wie aus dem Verbraucherrecht hervorgeht, ist vor allem die handelnde Sache sowie der Ort, an dem der Vertragsabschluss zustande kommt, maßgebend für die entsprechenden Rechtsfolgen. Dabei scheint es durchaus sinnvoll, die wirtschaftliche Einordnung von Token (Payment Token/ Kryptowährungen, Utility Token, Security/Investment Token, nicht fungible Token) als gedanklichen Ausgangspunkt heranzuziehen.

Hinsichtlich des Ortes der Willenserklärung scheinen insbesondere das Geschäftslokal und Automaten in Frage zu kommen. Wobei die Mehrheit von Kryptoassets ganz klar im Wege des Fernabsatzes im Internet über PC oder Handy zustande kommen. Dabei müssen echte Smart Contracts besonders betrachtet werden.

8.1 Payment Token/Kryptowährungen

8.1.1 Erwerb von Kryptowährungen

Kryptowährungen können über unterschiedliche Quellen bezogen werden. So gibt es Plattformen, wo sich Käufer und Verkäufer finden können und der Bezug von Kryptowährungen/Payment Token auf der Blockchain abgewickelt wird (on chain) (siehe Kapitel 8.5). Eine weitere Variante ist, bei einer Kryptobörse einen Account anzulegen, auf den man Fiatgeld z.B. EUR einzahlt bzw. überweist. Hier findet der Handel zwischen Kunden nur durch börseninterne Verbuchung statt (off chain). Lediglich die anfängliche Einzahlung der Kryptowährungen auf der Kryptobörse finden auf der Blockchain statt. Dasselbe geschieht, wenn ein Kunde die Auszahlung auf der Kryptobörse veranlasst.⁴⁷⁰

⁴⁷⁰ Weilinger/Miernicki in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 96f.

Der Kauf bzw. Tausch von Payment Token wird wohl regelmäßig ein Verbrauchergeschäft darstellen, wenn eine Privatperson und eine Kryptobörse kontrahieren, da letztere die Unternehmereigenschaft erfüllt.⁴⁷¹

Handelt es sich um einen Vorgang on chain, verhält sich die Situation unterschiedlich. Es muss die Unternehmereigenschaft für den konkreten Vertrag geprüft werden.⁴⁷² Indizien können hier z.B. die Anzahl und Art der Transaktionen innerhalb eines gewissen Zeitraumes unter der öffentlich sichtbaren Public Key Adresse sein.⁴⁷³

In der Praxis wird das Verbrauchergeschäft wohl aber schwierig final zu bestimmen sein, da für den Vertragspartner die einzelne Transaktion als unternehmerisches oder privates Geschäft möglich ist. Grundsätzlich wäre derjenige beweispflichtig, der sich auf das Verbrauchergeschäft beruft. Dies ist bei Vertragsrücktritt nach FAGG, Irrtumsanfechtung und Gewährleistungsfällen regelmäßig der Konsument. Allerdings scheint die Überlegung einer Beweislastumkehr durchaus (siehe dazu Abschnitt 7.1) angebracht.

Nachfolgend wird von einer Bejahung der Unternehmereigenschaft und dem Vorliegen eines Verbrauchervertrages iSd KSchG ausgegangen.

In den meisten Fällen wird der Kauf- oder Tauschvertrag über Payment Token online in einem Webshop über PC oder Handy, jedenfalls ohne gleichzeitige Anwesenheit der Vertragsparteien zustande kommen, weshalb es in diesen Fällen zur Anwendung des FAGG kommt (Prüfung, ob ein organisiertes Vertriebs- und Dienstleistungssystem vorliegt⁴⁷⁴).⁴⁷⁵

Bevor auf die weiteren Bestimmungen des FAGG eingegangen werden kann, ist zu prüfen, ob der Vertrag unter eine konkretere Norm z.B. das FerFinG fällt.⁴⁷⁶

Inwiefern der reine Kauf oder Tausch von Payment Token unter Finanzdienstleistungen (*jede Bankdienstleistung sowie jede Dienstleistung im Zusammenhang mit einer Kreditgewährung, Versicherung, Altersversorgung von Einzelpersonen, Geldanlage oder Zahlung*⁴⁷⁷) subsumiert

⁴⁷¹ Weilinger/Miernicki in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 105.

⁴⁷² Ibid 104f.

⁴⁷³ Vgl ibid 105.

⁴⁷⁴ Vgl § 3 Z 2 FAGG.

⁴⁷⁵ Weilinger/Miernicki in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 107.

⁴⁷⁶ Vgl ibid 109.

⁴⁷⁷ § 3 Z 2 FernFinG; Art 2 Z 12 Verbraucherrechte RL.

werden kann, ist strittig.⁴⁷⁸ Der Umstand, dass Payment Token kein Geld oder E-Geld sind, wodurch auch kein Zahlungsdienst nach ZaDiG 2018 vorliegt,⁴⁷⁹ ist dabei irrelevant.⁴⁸⁰

Der Begriff der Finanzdienstleistungen nach FernFinG ist zur richtlinienkonformen Auslegung weit zu sehen, wodurch Payment Token durchaus als Finanzinstrumente z.B. als Zahlung erscheinen.⁴⁸¹ Allerdings wird ein Tausch- oder Kaufvertrag nicht zur Finanzdienstleistung, nur weil eine Zahlung erfolgt. Es benötigt eine Dienstleistung, die bei der Abwicklung der Zahlung unterstützt z.B. einen Kreditkartenvertrag (die einzelne Bezahlung fällt nicht darunter).⁴⁸²

Exkurs: Geschäftsräume

Erfolgt der Kauf bzw. Tausch von Payment Token in einem Geschäftsraum, so handelt es sich keinesfalls um einen Fernabsatzvertrag und die Bestimmungen des FAGG finden keine Anwendung.⁴⁸³ Das Gleiche gilt für das FernFinG.⁴⁸⁴

Exkurs: Automaten

Ob für Automaten das FAGG Anwendung findet, ist strittig. Eine wichtige Rolle dürfte wohl die konkrete Ausgestaltung des Angebots am Automaten spielen. Können an dem Automaten lediglich Wertbons oder ähnliches erworben werden, wird tendenziell eine Ausnahme vom FAGG vorliegen. Anders sieht es aus, wenn es sich um einen Serviceterminal von Krypto-Handelsplattformen handelt, mit Zugriffsmöglichkeiten auf den eigenen Account und Handelsmöglichkeiten (Ähnlichkeiten mit einem Bankautomaten).⁴⁸⁵

In jedem Fall liegt beim Handel/Tausch von Kryptowährungen an einem Automaten keine Fernfinanzdienstleistung iSd FernFinG vor.⁴⁸⁶

Die Konsequenzen, die mit dem FAGG verbunden sind, sind die zahlreichen vorvertraglichen Informations- und Aufklärungspflichten.⁴⁸⁷ Dazu zählen u.a. die Bekanntgabe von Name und

⁴⁷⁸ Vgl Weilinger/Miernicki in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 109; Vgl Heckenthaler/Rakar in Binder/Grösswang (Hrsg.) Digital Law² (2020) 66f.

⁴⁷⁹ Siehe Abschnitt 5.2.

⁴⁸⁰ Graf in Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB⁵, Band 9, FernFinG § 3 Rz 11.

⁴⁸¹ Vgl ErwG 14 2002/65/EG

⁴⁸² Vgl Gruber, Das Fern-Finanzdienstleistungs-Gesetz, wbl 2005, 53

⁴⁸³ Weilinger/Miernicki in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 107.

⁴⁸⁴ Ibid 109.

⁴⁸⁵ Vgl Weilinger/Miernicki in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 109-112.

⁴⁸⁶ Vgl ibid 109.

⁴⁸⁷ Ibid 112f.

Anschrift des Unternehmers, Produkt, Preis, Nebenkosten, (Ausschluss vom) Rücktrittsrecht, mögliche Kosten bei Rücktritt, Bestellübersicht vor kostenpflichtiger Willenserklärung, korrekte Button-Lösung (siehe Kapitel 7.2.1).

Dies wird bei Kryptowährungen besondere Informationspflichten über die Spezifika und die rechtliche Einordnung sein. Z.B., dass es sich bei Kryptowährungen um kein gesetzliches Zahlungsmittel handelt und keine zentrale Ausgabe erfolgt, sondern durch ein Peer-to-Peer-Netzwerk. Weiters wird besonders auf die Sicherheitsmerkmale der Wallet sowie über die sichere Aufbewahrung des Private Keys aufzuklären sein z.B., dass kein Einfluss auf die Wallet des Verbrauchers durch das Unternehmen besteht oder dass eine Wallet ähnlich wie eine physische Geldbörse mit mehr oder weniger wertvollem Inhalt sicher aufbewahrt werden muss (Sicherungskopie, Verschlüsselung etc.). Darüber hinaus werden Besonderheiten bei einzelnen Kryptowährungen (wenn mehr als eine angeboten wird) notwendig sein.⁴⁸⁸

Ebenfalls sei an die Rücktrittsmöglichkeit vom Vertrag durch den Verbraucher nach § 11 FAGG erinnert. Es muss jedoch geprüft werden, ob Ausnahmebestimmungen nach § 18 vorliegen. Auf den ersten Blick kommen hier § 18 Abs 2 Z 2 FAGG Waren und Dienstleistungen, die von schwankenden Preisen am Finanzmarkt gekennzeichnet sind, und Z 11 die Bereitstellung von unkörperlichen digitalen Inhalten in Betracht.⁴⁸⁹

Für letztere benötigte es neben der Information über den Ausschluss des Rücktrittsrechts vor Vertragsabschluss auch noch die ausdrückliche Zustimmung zur vorzeitigen Vertragserbringung.⁴⁹⁰

Die Bestimmung über schwankende Preise wirkt zwar einschlägiger, da Kryptowährungen durchaus großen Schwankungen unterliegen. Allerdings ist diese Bestimmung vor allem für volatile Produkte wie Edelmetalle oder Rohstoffe gedacht, weshalb eine analoge Anwendung letztlich nicht final geklärt ist, insbesondere da es sich bei Payment Token um unkörperliche Sachen handelt und die Bestimmung Körperlichkeit (Waren!) adressiert.⁴⁹¹

⁴⁸⁸ Vgl *Stadler/Chochola*, Kryptowährungen: Aufklärungspflichten im Verhältnis Unternehmer – Verbraucher, *ecolex* 2017, 641 (642f).

⁴⁸⁹ *Weilinger/Miernicki* in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger* (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 113f.

⁴⁹⁰ Vgl § 18 Abs 2 Z 11 FAGG.

⁴⁹¹ Vgl *Weilinger/Miernicki* in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger* (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 113f; Vgl *Hepberger*, Kryptowerte im österreichischen Sachenrecht (2021) 193-195.

Die Probleme fußen also in der bereits in Kapitel 5.2 beschriebenen Einordnung von Payment Token als unkörperliche bewegliche Sachen wie Daten und Rechte im Gegensatz zu Kauf- und Tauschverträgen über Waren (elektrische Energie, Gemüse und Obst etc.) und Wertpapiere.⁴⁹²

Bis dato fehlt entsprechende gesetzliche Klarstellung sowie Rechtsprechung, weshalb keine finale Abschätzung möglich ist. Aus Sicht eines Unternehmens sollten daher beide Bestimmungen § 18 Abs 2 sowie Z 11 mit entsprechenden höheren Voraussetzungen in die Information und Aufklärung des Kunden einfließen (u.a. AGB).⁴⁹³

Eine grds. Unmöglichkeit bei Kryptowährungen den Rücktritt auszuschließen, würde allerdings Endverbrauchern Tür und Tor für Missbrauch und Bereicherungsmöglichkeiten öffnen, was nicht vom Gesetzgeber gewünscht sein kann.⁴⁹⁴

In jedem Fall steht dem Verbraucher eine verlängerte (12 Monate) Rücktrittsmöglichkeit zu, wenn keine Aufklärung bzw. zusätzliche ausdrückliche Zustimmung zur vorzeitigen Vertragserfüllung vor Abgabe der Willenserklärung erfolgt ist.⁴⁹⁵

Online Krypto-Handelsplattformen, die in Österreich ansässig sind, sind von der Impressumspflicht nach ECG erfasst.⁴⁹⁶ Für Dienstleister in Drittländern kommt das ECG zur Anwendung, wenn nach IPRG heimisches Recht zur Anwendung kommt und der Dienstleister auf Österreich ausgerichtet ist.⁴⁹⁷

Darüber hinaus müssen Information u.a. über die technischen Schritte zum Vertragsabschluss sowie technische Mittel zur Erkennung von Eingabefehlern und die elektronische Bestätigung der Bestellung eingehalten werden.⁴⁹⁸

Die tatsächliche Blockchain-Anwendung, wenn es sich um ein dezentrales Netzwerk handelt, ist nicht von der Impressumspflicht nach ECG erfasst (keine Peer-to-Peer-Anwendung).⁴⁹⁹

⁴⁹² Vgl. *Wolkerstorfer* in *RDB Keywords*¹ Warenkauf Rz 1.

⁴⁹³ *Stadler/Chochola*, Kryptowährungen: Aufklärungspflichten im Verhältnis Unternehmer – Verbraucher, *ecolex* 2017, 641 (643f).

⁴⁹⁴ Vgl. *Weilinger/Miernicki* in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger* (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 115.

⁴⁹⁵ § 16 Abs 2 bzw. § 18 Abs 1 Z 1 und Z 11 FAGG.

⁴⁹⁶ *Stadler/Chochola*, Kryptowährungen: Aufklärungspflichten, *ecolex* 2017, 641 (644).

⁴⁹⁷ *Wimmer*, Zivilrechtliche Haftung von Blockchain-Teilnehmerinnen, in *Hanzl/Pelzmann/Schragl* (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung (2021) 316f.

⁴⁹⁸ Siehe Kapitel 7.2.4.

⁴⁹⁹ *Stadler/Chochola*, Kryptowährungen: Aufklärungspflichten, *ecolex* 2017, 641 (644).

Payment Token fallen nicht unter den Wertpapierbegriff nach MIFID II bzw. Prospekt VO, sondern vielmehr (aus wirtschaftlicher Sicht) unter die Ausnahme der Zahlungsinstrumente, wenngleich sie nicht Zahlungsinstrumente iSd ZaDiG 2018 oder BWG sind.⁵⁰⁰

Parallel zur Prüfung, ob Kryptowährungen Wertpapiere sind, muss eine Einordnung als Veranlagung iSd KMG 2019 erwogen werden. Dies scheitert jedoch bereits bei dem Element der Vergemeinschaftung.⁵⁰¹

Im Ergebnis ist das öffentliche Angebot von Payment Token frei von Prospekt- bzw. Informationspflichten sowie Konzessions- und Meldepflichten nach Prospekt VO, KMG 2019, WAG 2018 und BWG.⁵⁰²

Einschlägig ist jedoch die Registrierung von Dienstleistern in Bezug auf virtuelle Währungen nach FM-GwG zur Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung. Diese Registrierung ist technikunabhängig notwendig und betrifft daher Online-Angebote, Automaten und Geschäfte gleichermaßen.⁵⁰³

Die direkte Blockchain-Anwendung, sofern es sich um ein dezentrales System handelt, wird nicht von der FM-GwG erfasst.⁵⁰⁴

8.1.2 Bezahlung in Kryptowährungen

Der Entgegennahme von Kryptowährungen im Tausch für erbrachte Dienstleistungen oder Waren als Unternehmer spricht grds. nichts entgegen, allerdings muss auf entsprechende Zahlungsmethode (§ 4 Abs 1 FAGG) hingewiesen bzw. nach § 6c KSchG das Anfallen von zusätzlichen Transaktionskosten (sofern sie der Verbraucher zu tragen hat) ausreichend vor der Willenserklärung kommuniziert werden.⁵⁰⁵

Allerdings ist eine solche Kostenabwälzung an den Kunden für zahlreiche Vertragsarten auch unter Hinweis und Zustimmung unzulässig, darunter z.B. auch für Finanzdienstleistungen.⁵⁰⁶

⁵⁰⁰ Paulmayer in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 322f.

⁵⁰¹ Ibid 330.

⁵⁰² Vgl *ibid* 322f u. 330; Vgl Pekler/Rirsch, Ausgewählte kapitalmarktrechtliche Aspekte bei der Emission von Crypto-Assets, in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 358f.

⁵⁰³ Vgl § 32a FM-GwG.

⁵⁰⁴ Dafinger/Hanzl, Decentralized Exchanges - (nicht) im Anwendungsbereich des FM-GwG? ZFF 2022, 374 (377).

⁵⁰⁵ Vgl Stadler/Chochola, Kryptowährungen: Aufklärungspflichten, *ecolx* 2017, 641 (644).

⁵⁰⁶ § 6c iVm § 5a Abs. 2 Z 3-8, Z 10-12, Z 14 u. 15 KSchG.

8.2 Utility Token

Bei Utility Token muss geprüft werden, ob es sich um ein Zahlungssurrogate (Gutschein) handelt und nicht doch Aspekte eines Wertpapiers erfüllt. Wenn der Token als Wertpapier in Frage kommt, muss vielmehr von einem Security/Investment Token ausgegangen werden (dazu nächster Abschnitt). Als Zahlungssurrogate ähnelt es vielmehr einem Payment Token (es gilt Abschnitt 8.1), es darf jedoch keine Rückzahlungs- oder Renditeansprüche gegenüber dem Emittenten versprochen werden oder fließen.⁵⁰⁷

8.3 Security/Investment Token

ICO beschreibt den Vorgang der Kapitalaufnahme durch die Ausgabe eines Tokens, wobei der Begriff an Initial Public Offering (erstmalige Ausgabe von Aktien an einem Unternehmen) angelehnt ist.⁵⁰⁸

Aus Verbraucherschutzsicht muss angemerkt werden, dass ICO häufig Geschäftsmodelle betreffen, die sich in einem sehr jungen Stadium (Ideenfindung) befinden und darüber hinaus hohe Raten des Scheiterns sowie intransparente Preisbildungsmechanismen zu beobachten sind.⁵⁰⁹

Je nach konkreter Ausgestaltung der Rechte eines Security Token wird im Einzelfall regelmäßig der Tatbestand (der Ähnlichkeit) eines übertragbaren Wertpapiers nach § 1 Z 5 WAG 2018 (Verkörperung eines Rechtes, am Kapitalmarkt handelbar, kein Ausnahmetatbestand) erfüllt sein.⁵¹⁰

Ebenfalls in Frage kommt die Einordnung von Security Token als Veranlagung (§ 1 Z 7 lit c WAG), Derivatkontrakt lit d bis h und j) sowie als finanzielles Differenzgeschäft (lit i).⁵¹¹

Das WAG 2018 kommt allerdings nur zur Anwendung, wenn die oben vorgestellten Assetklassen mit einer im Rahmen einer Wertpapierdienstleistung nach § 1 Z 3 WAG 2018

⁵⁰⁷ Vgl. Paulmayer in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 319f u. 322 ff.

⁵⁰⁸ Pekler/Rirsch in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 336f.

⁵⁰⁹ Vgl. Pekler/Rirsch in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 349f.

⁵¹⁰ Ibid 357f.

⁵¹¹ Ibid 369-377 u. 384-387.

zusammentreffen. Somit sind nicht Emittenten eines Kryptoassets am Primärmarkt, sondern Handelsplattformen am Sekundärmarkt erfasst.⁵¹²

Als Wertpapierdienstleistungen nach § 1 Z 3 WAG 2018 sind Annahme und Übermittlung von Aufträgen (lit a), Ausführung von Aufträgen für die Rechnung des Kunden (lit b), Handel auf eigene Rechnung (lit c), Portfolioverwaltung (lit d), Anlageberatung (lit e), Übernahme der Emission (z.B. Crowdfunding Dienstleister) (lit f und g) und Betrieb eines multilateralen oder organisierten Handelssystems (lit h und g iVM § Z 24f) (z.B. Krypto Exchanges) erfasst, weshalb entsprechende Tätigkeiten einer umfangreichen Aufsicht (Konzessionspflicht etc.) unterliegen.⁵¹³

Da Security Token regelmäßig auch unter übertragbare Wertpapiere nach Prospekt VO oder Veranlagung nach KMG 2019 fallen, müssen entsprechende Informationspflichten (Prospekt, Hinweis bei Bewerbung etc.) vom Emittenten und entsprechenden Dienstleistern eingehalten werden (Kapitel 7.3).⁵¹⁴

Die Einordnung von Security Token als übertragbare Wertpapiere bewirkt auch weiters, dass die Bestimmungen des FernFinG Anwendung finden (siehe Kapitel 7.2.2 sowie 7.5.2).⁵¹⁵

Fällt die Veranlagung sogar unter den Tatbestand eines AltF gelten strenge Beschränkungen für Verbraucher (z.B. Bewerbungs- und Vertriebsverbot).⁵¹⁶

Bei Security Token muss auch das Verbot für binäre Optionen und die strengen Vorgaben für finanzielle Differenzgeschäfte lt. FM PIV beachtet werden.⁵¹⁷

Nicht zu vergessen ist die Registrierung von Wertpapierdienstleistern iSd § 2 Z 22 FM-GwG.⁵¹⁸

Krypto Lending

Bisher eher kaum von der österreichischen rechtlichen Literatur beachtet wurde das Geschäftsfeld der Darlehensvergabe in Kryptowährungen, welches durchaus gewaltige

⁵¹² Pekler/Rirsch in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 390f.

⁵¹³ Ibid 387-390.

⁵¹⁴ Paulmayer in Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 332.

⁵¹⁵ Vgl Graf in Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB⁵, Band 9, FernFinG § 3 Rz 4.

⁵¹⁶ siehe Kapitel 7.3.3 und 7.3.5.

⁵¹⁷ siehe Kapitel 7.3.7.

⁵¹⁸ siehe Kapitel 7.4.

Ausmaße angenommen hat z.B. für Hebelmöglichkeiten und dem Shorten. Zur Vergabe von Krypto-Darlehen müssen naturgemäß auch Mittel beschaffen werden, um entsprechende Darlehn zu begeben.⁵¹⁹

Erfolgt die Einlage für die Darlehensvergabe durch das Publikum in Kryptowährungen, so fällt dies wohl nicht unter das Einlagengeschäft nach § 1 Abs 1 Z 1 BWG, da es sich nicht um staatliches Geld handelt. Es handelt sich lediglich um eine Sacheinlage.⁵²⁰

Die Entgegennahme von Kryptowährungen fällt wohl unter den Begriff der Veranlagung nach KMG 2019⁵²¹ oder zumindest unter Alternative Investmentfonds⁵²², wodurch sich ebenfalls weitreichende Informationspflichten (Informationspflichten, Anforderungen an Werbung, Vertriebsverbote an Endverbraucher etc.) ergeben.⁵²³

Ebenfalls wird die Registrierungspflicht nach § 32a FM-GwG zu erfüllen sein,⁵²⁴ sowie für Wertpapierdienstleister die Anforderungen nach WAG.

Auf der Gegenseite zur Einlagenseite gilt es auch die Darlehensaufnahme in Kryptowährungen durch Verbraucher zu beleuchten. Hierbei dürfte ebenfalls mangels der Geldeigenschaft das Kreditgeschäft nach § 1 Abs 1 Z 3 BWG nicht greifen und es sich lediglich um ein Sachdarlehen handeln. Gleiches gilt wohl für die Tätigkeit der Kreditvermittlung iSd § 1 Z 18 lit b BWG.⁵²⁵

Die Einordnung von Krypto-Darlehen als Sachdarlehen iSd § 983 ABGB und nicht als Kreditvertrag (Gelddarlehen) nach §§ 988 ff ABGB bewirkt, dass die Anwendung des VKrG zu verneinen ist, da § 2 Abs 3 VKrG bei Verbraucherkrediten explizit von Kreditverträgen nach § 988 ABGB spricht.⁵²⁶

Es müssen Überlegungen hinsichtlich einer planwidrigen Gesetzlücke vorgenommen werden, da die Änderung der Zahlungsmethode mit gravierenden Einschnitten in den Verbraucherschutzrechten einhergehen würde. Aus diesem Grund ist eine analoge Anwendung zumindest einiger Bestimmungen (Bonitätsprüfung etc.) auch hinsichtlich einer RL konformen Auslegung des Verbraucherkredit-Begriffs angebracht. Dies könnte durchaus dazu führen, dass

⁵¹⁹ Schopper/Raschner, Privat- und aufsichtsrechtliche Rahmenbedingungen für Krypto-Banking, *ÖBA* 2022, 262 (262f).

⁵²⁰ *Ibid* 265f.

⁵²¹ *Ibid* 267f.

⁵²² genaue Prüfung der Tatbestandsmerkmale siehe: *ibid* 268.

⁵²³ Vgl *ibid* 267f.

⁵²⁴ Schopper/Raschner, Privat- und aufsichtsrechtliche Rahmenbedingungen für Krypto-Banking, *ÖBA* 2022, 262 (268).

⁵²⁵ *Ibid* 272f.

⁵²⁶ Vgl *ibid* 273f.

die (einzelnen) Bestimmungen des VKrG auch auf Kryptowährungskredite analog angewendet wird.⁵²⁷

Problematisch wäre die Nichtanwendung des VKrG bei dem Kauf einer Sache und Zahlung in Kryptowährung. Verneint man eine analoge Anwendung, so ist m.A. die Aufklärung des Verbrauchers vor Abgabe der Willenserklärung zwingend notwendig, dass das VKrG mit seinen Bestimmungen nicht angewendet wird.⁵²⁸

Notwendig ist jedoch die Registrierung nach § 32a FM-GwG, da der Tatbestand der Entgegennahme und Ausgabe (in Form von Darlehen) erfüllt ist.⁵²⁹

Nicht zu vergessen sind Beschränkung u.a. hinsichtlich der Hebelwirkung bei Differenzgeschäften nach FM-PIV.⁵³⁰

8.4 Besonderheiten NFT

NFT werden, wie in Kapitel 5.3 beschrieben, zwar von einigen Autoren aus zivilrechtlicher Sicht als wertpapierähnlich gesehen, allerdings fallen sie nicht unter Wertpapiere iSd WAG 2018 und KMG 2019 oder den Veranlagungsbegriff nach KMG 2019. Daher gelten für NFT nicht die Bestimmungen des FernFinG sowie die Prospekt- und Informationspflichten nach Prospekt-VO, KMG 2019 etc., allerdings kommen durchaus Bestimmungen u.a. nach FAGG und ECG in Frage.

Das FAGG ist jedenfalls einschlägig, da es sich um einen Vertrag handelt, der ohne gleichzeitige physische Anwesenheit von Verbraucher und Unternehmer (Fernabsatzvertrag iSd § 3 Z 2 FAGG) handelt.

NFT werden regelmäßig über Online-Marktplätze gehandelt. Diese Plattformen fallen nicht nur unter die Informationspflichten nach § 4 FAGG, sondern auch unter die erhöhten Vorschriften nach § 4a FAGG.⁵³¹ Der Plattformbetreiber ist u.a. verantwortlich klar und verständlich aufzuklären, ob es sich bei dem jeweiligen Anbieter um einen Unternehmer handelt oder nicht.⁵³² Auf die zahlreichen weiteren Vorgaben z.B. für Eintrittskarten (§ 4a Abs 1 Z 6 und 7

⁵²⁷ Vgl. Schopper/Raschner, Privat- und aufsichtsrechtliche Rahmenbedingungen für Krypto-Banking, *ÖBA* 2022, 262 (267f).

⁵²⁸ Vgl. § 4 Abs 1 FAGG.

⁵²⁹ Schopper/Raschner, Privat- und aufsichtsrechtliche Rahmenbedingungen für Krypto-Banking, *ÖBA* 2022, 262 (268).

⁵³⁰ siehe Kapitel 7.3.7.

⁵³¹ Vgl. § 3 Z 3 iVm § 4a FAGG.

⁵³² Vgl. § 4a Abs 1 Z 2 und Abs 2 FAGG.

FAGG) oder die Aufklärung über den Algorithmus für die dargestellten Angebote (Z 1) wird nicht näher eingegangen.

Spannend ist mit Blick auf das FAGG die Frage, ob hinsichtlich der Ausnahmen vom Rücktrittsrecht iSd § 18 FAGG auf den Token (der nur unkörperlich sein kann) abgestellt wird oder auf die darauf bezogene Sache.⁵³³

Stadler und Falke plädieren dafür, dass die zugrundeliegende Sache maßgebend sein sollte, da durch Nutzung von Token nicht das FAGG ausgehöhlt werden darf und folglich die Ausnahmen für unkörperliche Sachen z.B. digitale Kunstwerke (subsumiert unter § 18 Abs 2 Z 11) greifen aber nicht für körperlich bewegliche Sachen. Gleichzeitig sprechen sich *Stadler/Falke* allerdings hinsichtlich entsprechender Formerfordernisse bei Z 11 (vorzeitige Leistungserbringung etc.) für eine teleologische Reduktion aus, da lediglich die Besitzansprüche gekauft werden und nicht eine Vervielfältigung des Werks geschützt wird.⁵³⁴ Letzteres bewirkt m.A., dass bei entsprechendem Hinweis durchaus ein Ausschluss des Rücktrittsrechts vereinbart werden kann.

NFT fallen nach Prüfung der Tatbestandsmerkmale iSd § 2 Z 21 FM-GwG⁵³⁵ nicht unter die Registrierungspflicht, da es sich wohl nicht um ein Tauschmittel handelt.⁵³⁶

Hinsichtlich der (analogen) Anwendbarkeit der Bestimmungen des ECG siehe Abschnitt 8.5.4.

8.5 Problemfall echter Smart Contract

Zuvor wurde die Vertragsanbahnung off chain über eine Vermittlungsplattform bzw. die Durchführung direkt mit einem Vermittler besprochen, wobei jeweilige Blockchain-Eintragungen als Folgeaktivität (unechter Smart Contract) angesehen wurden. Nachfolgend sollen echte Smart Contracts auf verbraucherschutzrechtliche Aspekte beleuchtet werden.

⁵³³ *Stadler/Falke*, Non-Fungible Token: Digitale Kunst und die Frage nach dem Rücktrittsrecht, *VbR* 2022, 84 (86 ff).

⁵³⁴ Vgl. *Stadler/Falke*, Non-Fungible Token: Digitale Kunst und die Frage nach dem Rücktrittsrecht, *VbR* 2022, 84 (86-88).

⁵³⁵ ausführlich dazu im Abschnitt 7.6.

⁵³⁶ *Kulnigg/Tyrybon*, Non Fungible Token (NFTs) - ein Fall für die Finanzregulierung? *ecolex* 2021, 510 (510).

Hierbei muss hervorgehoben werden, dass die rechtliche Betrachtung des echten Smart Contracts bis dato in der Fachliteratur sehr überschaubar erfolgt.⁵³⁷ Ausführliche Beiträge zu diesem Fragegebiet liefert allen voran *Hanzl*.⁵³⁸

Unstrittig ist, dass ein Vertrag nach österreichischem Recht (§ 861 ABGB) durch übereinstimmende Willenserklärung zustande kommt und daher ein Vertragsabschluss als echter Smart Contract problemlos gültig zustande kommen kann, wenn Preis und Vertragsgegenstand feststehen.⁵³⁹

Die Ablage eines Smart Contracts auf der Blockchain kann als Angebot mit ausreichendem Bindungswillen kontrahieren zu wollen verstanden werden. Die entsprechende Überweisung des gewünschten Betrags ist Willenserklärung und Erfüllung in einem, wodurch im Ergebnis ein zivilrechtlicher Vertrag zustande kommt (echter Smart Contract).⁵⁴⁰

Bei echten Smart Contract fallen zahlreiche Problemstellungen ins Auge, die grds. in der (Pseudo-)Anonymisierung⁵⁴¹ der Vertragsparteien auf der Blockchain begründet sind.

Es lässt sich nach aktuellen technischen Stand der Blockchain-Anwendungen idR für keine der Vertragsparteien ermitteln, ob es sich jeweils für die andere Seite um einen Verbraucher oder Unternehmer handelt. Es bleibt somit gänzlich offen, ob es sich um eine B2B-, C2B-, C2C- oder eben B2C-Konstellation und somit ein Verbrauchergeschäft handelt.⁵⁴²

Die historischen Aktivitäten unter der jeweiligen Public Key Adresse sind zwar ein Indiz (Häufigkeit von gewissen Transaktionen etc.) auf einen Unternehmer, wohl im Einzelfall jedoch unzureichend.⁵⁴³

Darüber hinaus lässt sich auch der Ort (Sitz, Niederlassung, gewöhnliche Aufenthalt etc.) der Vertragsparteien nicht bestimmen.

⁵³⁷ Zusammengefasst von: *Hanzl*, Smart Contract- eine zivilrechtliche Betrachtung in *Hanzl/Pelzmann/Schragl* (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung (2021) 269f; *Hanzl*, Handbuch Blockchain und Smart Contracts (2020).

⁵³⁸ *Hanzl*, Smart Contract- eine zivilrechtliche Betrachtung in *Hanzl/Pelzmann/Schragl* (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung (2021); *Hanzl*, Handbuch Blockchain und Smart Contracts (2020).

⁵³⁹ *Hanzl*, Handbuch Blockchain und Smart Contracts (2020) 240; *Rubey/Zierhut*, Contract Law 4.0: Rechtsprobleme von Smart Contract, in *Hanzl/Pelzmann/Schragl* (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung- Eine Betrachtung aus technischer, rechtlicher und steuerrechtlicher Sicht (2021) 283.

⁵⁴⁰ *Hanzl*, Handbuch Blockchain und Smart Contracts (2020) 240f.

⁵⁴¹ *Zahradnik/Schöller/Sieder*, Erste „Krypto-Regulierung“ durch die 5. Geldwäsche-Richtlinie, in *Anderl* (Hrsg.), Blockchain in der Rechtspraxis (2020) 161f.

⁵⁴² Vgl Kapitel 4.5.

⁵⁴³ Vgl *Weilinger/Miernicki* in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger* (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 104f.

Nachfolgend wird davon ausgegangen, dass ein Verbrauchergeschäft vorliegt, bei dem beide Vertragsparteien ihren Sitz in Österreich haben, wodurch sich auf die spezifischen Folgen konzentriert werden kann.

8.5.1 Vertragssprache und Formvorschriften

Auf der Blockchain werden Smart Contract in Programmiersprache verfasst. Sofern dies einzelvertraglich geschieht und nicht massenhaft (durch AGB) kann ein Vertrag durchaus in einer Fremdsprache und somit auch in programmierter Form formuliert werden.⁵⁴⁴

Im Kontext eines Verbrauchergeschäfts ist allerdings eine beigelegte Übersetzung notwendig.⁵⁴⁵

Sieht das Gesetz die Textform vor, so erfüllt die Blockchain wohl diese Formerfordernis, wenn eine Übersetzung im Klartext vorliegt. Ist die Schriftlichkeit iSd § 886 ABGB (eigenhändige Unterschrift) erforderlich, wird die Blockchain diese Vorschrift nicht erfüllen, wenn es dem Zweck des Übereilungsschutzes dient. Ist der Zweck lediglich in der Beweisfunktion, so könnte die Blockchain dies durchaus erfüllen.⁵⁴⁶

Die Zeichnung eines Vertrages mit dem eigenen Private Key auf der Blockchain stellt jedenfalls keine qualifizierte elektronische Signatur iSd § 886 ABGB dar.⁵⁴⁷

Als höchste Formerfordernis muss die notarielle Form (Notariatsakt, notarielles Protokoll, Beglaubigung)⁵⁴⁸ hervorgehoben werden, die bis dato keinesfalls auf der Blockchain eingehalten werden kann, auch wenn es mittlerweile die Möglichkeit des elektronischen Notariatsakts gibt.⁵⁴⁹

Als Sonderform der Schriftform können die (vor)vertraglichen Informationspflichten des Verbraucherschutzrechtes iSd RL über die Rechte der Verbraucher angesehen werden.⁵⁵⁰

⁵⁴⁴ Hanzl, Handbuch Blockchain und Smart Contracts (2020) 242f.

⁵⁴⁵ Rubey/Zierhut in Hanzl/Pelzmann/Schragl (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung (2021) 285.

⁵⁴⁶ Perkowitzsch/Winter, Formvorschriften auf der Blockchain, in Hanzl/Pelzmann/Schragl (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung- Eine Betrachtung aus technischer, rechtlicher und steuerrechtlicher Sicht (2021) 301-303 u. 309.

⁵⁴⁷ *Ibid* 300.

⁵⁴⁸ detaillierte Auflistung dazu unter: Riedler in Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar Band 5⁵ (2021) § 883 ABGB Rz 2.

⁵⁴⁹ Vgl Perkowitzsch/Winter in Hanzl/Pelzmann/Schragl (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung (2021) 303f; Vgl Riedler in Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Band 5⁵ (2021) § 883 ABGB Rz 4 u. 12.

⁵⁵⁰ Perkowitzsch/Winter in Hanzl/Pelzmann/Schragl (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung (2021) 301.

Die Rechtsfolgen für die Nichtbeachtung gesetzlicher Formvorschriften sind durchaus unterschiedlich. Grds. führt dies zur Nichtigkeit des Geschäfts, wobei in den einzelnen Gesetzen häufig ein Formzweck zu finden ist. Mit Formzweck ist gemeint, ob die Formvorschrift zur Beweisfunktion oder als Übereilungsschutz dient. Im Ergebnis einer Einzelfallprüfung kann relative Nichtigkeit für die schutzbedürftige Person bestehen, eine Heilung durch Vertragserfüllung folgen, Strafsanktionen verhängt werden oder gar sanktionslos bleiben.⁵⁵¹

Die konkreten Rechtsfolgen zu den in dieser Arbeit vorgestellten verbraucherschutzrechtlichen Bestimmungen finden sich in den jeweiligen Unterpunkten in Abschnitt 7.

8.5.2 Allgemeine Geschäftsbedingungen

Enthält ein Smart Contract mehr als nur die essentialia negotii und wird der Vertrag massenhaft angeboten, so wird es sich regelmäßig um AGB handeln, unter die sich der Verbraucher unterwerfen muss, wenn er das Angebot annehmen will.⁵⁵²

Damit es sich um AGB handelt, muss sich das Angebot auf eine unbestimmte (große) Personenmenge richten, was für eine Blockchain als erfüllt angesehen werden muss.⁵⁵³

Dem folgt das bekannte AGB-Prüfschema nach ABGB und KSchG (Einbeziehungskontrolle, Geltungskontrolle und Inhaltskontrolle sowie Transparenzgebot).⁵⁵⁴

Hinsichtlich der Einbeziehungskontrolle stellt insbesondere die Programmiersprache eine Herausforderung dar. Neben der Zumutbarkeit der AGB muss der Verbraucher die Möglichkeit haben, den Inhalt der AGB zu erkennen. Es gilt nach aktueller Rsp⁵⁵⁵ der Grundsatz, *was man vernünftigerweise nicht kennen kann, kann man auch nicht verstehen und auslegen*, wodurch eine Übersetzungspflicht gegeben ist, damit AGB wirksam bei einem Smart Contract einbezogen werden können.⁵⁵⁶ Dies ist auch hinsichtlich der Rechtsfolgen bei (Nicht-) Einhaltung der diskutierten (vorvertraglichen) Informationspflichten relevant.

⁵⁵¹ Perkowitsch/Winter in Hanzl/Pelzmann/Schragl (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung (2021) 305-308.

⁵⁵² Hanzl, Handbuch Blockchain und Smart Contracts (2020) 244f.

⁵⁵³ Rubey/Zierhut in Hanzl/Pelzmann/Schragl (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung (2021) 286.

⁵⁵⁴ Hanzl, Handbuch Blockchain und Smart Contracts (2020) 245.

⁵⁵⁵ OGH 17.12.2003, Ob 275/03x.

⁵⁵⁶ Rubey/Zierhut in Hanzl/Pelzmann/Schragl (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung (2021) 288f.

Bejaht man die gültige Einbeziehung, so folgt die Geltungskontrolle. Nachteilige Klauseln dürfen nicht ungewöhnlich und überraschend sein.⁵⁵⁷

Wieder wirft die Programmiersprache juristische Fragen auf. Mit Blick auf die aktuelle Rsp⁵⁵⁸, die von einem *Überrumpelungs- oder gar Übertölpelungseffekt* spricht, geht es nicht um die Geltungskontrolle einzelner Bestimmungen, sondern vielmehr um die gesamten AGB. Der Umstand, dass der Vertrag als solcher in Programmiersprache erfolgt, kann bereits als ungewöhnlich und überraschend angesehen werden. In der Folge ist eine Übersetzungspflicht sowohl für die Einbeziehung als auch Gültigkeit der AGB für einen Smart Contract notwendig.⁵⁵⁹

In jedem Fall wird der programmierte Inhalt zu übersetzen sein, wenn die Vertragsanbahnung (Bewerbung) nicht über die Blockchain erfolgt ist und nur zu der Blockchain geleitet wurde. Darüber hinaus wird vor der Weiterleitung auf diesen Umstand hinzuweisen sein, da es sich um einen überraschenden Inhalt nach § 864a ABGB handelt.⁵⁶⁰

Findet die Vertragsanbahnung ausschließlich über die Blockchain statt, so könnte durchaus von einem anderen Kenntnisstand (Basiswissen Programmierung) des durchschnittlichen Verbrauchers ausgegangen und geringere Schutzpflichten überlegt werden.⁵⁶¹

Nach der Geltungskontrolle (inkl. Einbeziehungskontrolle) erfolgt die Inhaltskontrolle. Gröblich benachteiligende Klauseln nach § 879 Abs 3 ABGB sowie § 6 Abs 1 und 2 KSchG werden durch die gesetzlichen (dispositiven) Regelungen ersetzt.⁵⁶²

Die Ausgestaltung eines Smart Contracts als *unveränderbar, unstoppbar und unwiderruflich* kann u.a. im Hinblick auf die unterschiedlichen Rücktrittsrechte, Gewährleistungsansprüche bei Mängeln und Leistungsstörungen für Verbraucher als größte Herausforderungen identifiziert werden.⁵⁶³

Bis dato fehlt es an expliziten Klarstellungen durch Gerichte oder den Gesetzgeber iZm Smart Contracts, allerdings wird ein genereller Ausschluss von Rückabwicklungsansprüchen gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB oder § 6 Abs 1 und 2 KSchG einzuordnen sein.⁵⁶⁴

⁵⁵⁷ Ausführlich in Abschnitt 7.7.

⁵⁵⁸ OGH 11.03.2008, 4Ob 5/08a.

⁵⁵⁹ Rubey/Zierhut in Hanzl/Pelzmann/ Schragl (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung (2021) 289f.

⁵⁶⁰ Hanzl, Handbuch Blockchain und Smart Contracts (2020) 246.

⁵⁶¹ Hanzl, Handbuch Blockchain und Smart Contracts (2020) 245.

⁵⁶² Ausführlich in Abschnitt 7.7.

⁵⁶³ Vgl Rubey/Zierhut in Hanzl/Pelzmann/ Schragl (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung (2021) 290f.

⁵⁶⁴ Rubey/Zierhut in Hanzl/Pelzmann/ Schragl (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung (2021) 291.

Im letzten Schritt der AGB-Kontrolle erfolgt die Überprüfung der Klauseln nach dem Transparenzgebot. Im Fokus steht dabei die Frage, ob der durchschnittliche Verbraucher die Tragweite einer Bestimmung erfassen kann.⁵⁶⁵

Liegt keine Übersetzung des Smart Contracts vor, so scheint die notwendige Transparenz nicht ausreichend erfüllt zu sein. Dies ist jedoch insofern irrelevant, da die AGB nach dem Schema der AGB-Kontrolle bereits zu Beginn bei der Geltungskontrolle (inkl. Einbeziehungskontrolle) scheitern.⁵⁶⁶

Offen bleibt, ob es einen Unterschied macht, dass die Vertragsanbahnung ausschließlich über die Blockchain erfolgt und damit ein Programmierungsbasiswissen vermutet werden kann (siehe oberhalb).

Liegt eine Übersetzung des Smart Contracts vor, so können hinsichtlich des Transparenzgebots gesonderte Hinweispflichten entstehen.⁵⁶⁷

8.5.3 Haftung und Rückabwicklung

Will man sich möglichen Gewährleistungs- bzw. Haftungsfällen nähern, so müssen die unterschiedlichen Rollen bei einer Blockchain-Anwendung beachtet werden.

Betrachtet man den Anbieter einer Blockchain-Anwendung und den Verbraucher als Nutzer, so kann dies zwar als Dienstleistungsvertrag gesehen werden, allerdings benötigt es für Gewährleistungsansprüche das Element der Entgeltlichkeit. Bei Public Blockchains ist dies idR nicht der Fall. Um Schadensersatz für z.B. fehlerhafte Eintragungen zu erhalten, würde es neben einem Schaden u.a. auch das Element des Verschuldens benötigen.⁵⁶⁸

Das Verhältnis Unternehmer und Verbraucher in einem Smart Contract (sowohl echter als auch unechter) unterscheidet sich nicht zu „klassischen“ Verträgen. Es gelten die in Abschnitt 7.8 vorgestellten Instrumente (Irrtumsanfechtung, Leistungsstörungen und Schadenersatzrecht).⁵⁶⁹

Das Problem der Rückabwicklung einer Transaktion könnte durch die technische Umsetzung einer Reverse Transaction einfach gelöst werden und wäre mit dem österreichischen Recht

⁵⁶⁵ Ausführlich in Abschnitt 7.7.

⁵⁶⁶ Vgl. Rubey/Zierhut in Hanzl/Pelzmann/Schragl (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung (2021) 288-292.

⁵⁶⁷ Vgl. *ibid* 291f.

⁵⁶⁸ Smets/Kapeller, Smart Contracts: Vertragsabschluss und Haftung, *ÖJZ* 2018, 293 (297f).

⁵⁶⁹ Smets/Kapeller, Smart Contracts: Vertragsabschluss und Haftung, *ÖJZ* 2018, 293 (298).

vereinbar, da es keine Vorgaben gibt, dass die Ursprungstransaktion auf der Blockchain verändert bzw. gelöscht werden muss.⁵⁷⁰

Völlig offen bleibt allerdings, wie eine solche Rückabwicklung in der Praxis aussehen muss, damit Rücktrittsmöglichkeiten, Gewährleistungsansprüche etc. von Verbrauchern durchgesetzt werden können.⁵⁷¹

8.5.4 Sicherstellung (vor)vertraglicher Informationspflichten

Sieht der Gesetzgeber die (vor)vertraglichen Informationspflichten auf einem dauerhaften Datenträger z.B. FAGG, FernFinG oder Prospektpflichten z.B. nach Prospekt-VO etc. vor, so reicht die Ablage des Smart Contracts auf der Blockchain keinesfalls. Unter Beachtung der Entscheidung des EuGH⁵⁷² ist auch die Ablage eines Smart Contracts samt Übersetzung im Klartext unzureichend für das Element des dauerhaften Datenträgers.⁵⁷³ Zusätzlich wird die Anwendbarkeit des FAGG auch für Kryptowährungen bejaht, wenn der Vertrag als echter Smart Contract zustande kommt.⁵⁷⁴

Im Ergebnis sind somit die umfangreichen Informationspflichten und das Rücktrittsrecht nach FAGG im vorgestellten Umfang grds. anwendbar, auch wenn die technische Umsetzung auf den gängigen Blockchain-Anwendungen wohl aktuell nur in geringem Ausmaß möglich ist.⁵⁷⁵

Nicht erfasst vom FAGG sind Verkäufe über Wertpapiere, dafür greifen hier ggf. die Bestimmungen des FernFinG.⁵⁷⁶ Zusätzlich darauf hingewiesen sei, dass das Angebot von Investments (Wertpapiere oder Veranlagung) auf der Blockchain unter die Hinweispflichten (Prospekt etc.) und zusätzlich Konzessions- bzw. Registrierungspflicht nach Prospekt VO, KMG 2019, AltFG etc. fallen kann.⁵⁷⁷

⁵⁷⁰ Hanzl, Handbuch Blockchain und Smart Contracts (2020) 254.

⁵⁷¹ Anderl/Aigner/Schelling, III. Zivilrechtliche Aspekte, in Anderl (Hrsg.), Blockchain in der Rechtspraxis (2020) 81f.

⁵⁷² EuGH 5.7.2012 C-49/11.

⁵⁷³ Perkowitsch/Winter in Hanzl/Pelzmann/Schragl (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung (2021) 301 ff.

⁵⁷⁴ Hanzl, Handbuch Blockchain und Smart Contracts (2020) 252 ff.

⁵⁷⁵ Vgl. Hanzl, Handbuch Blockchain und Smart Contracts (2020) 254.

⁵⁷⁶ siehe Abschnitt 8.3.

⁵⁷⁷ siehe Abschnitt 8.3.

8.5.5 ECG-Anwendung

Die Blockchain als solche wird wohl nicht als Dienst der Informationsgesellschaft anzusehen sein, da es dem Element der Entgeltlichkeit (bei public Blockchain-Anwendungen) und dem Element der Punkt-zu-Punkt Übertragung mangelt. Folglich findet das ECG keine Anwendung.⁵⁷⁸

Auch für das Mining/Validation neuer Blöcke findet das ECG keine Anwendung, da das Element Punkt-zu-Punkt (nach Rsp⁵⁷⁹ *bidirektionale Übertragung*) nicht erfüllt ist. Vielmehr liegt eine Übertragung in Form von Punkt-zu-Multipunkt vor.⁵⁸⁰

Anders verhält es sich für Bereitsteller von Smart Contracts, für die eine (analoge) Anwendung des ECG durchaus denkbar ist.⁵⁸¹ Hanzl führt dazu den Vergleich zu einzelnen Apps in einem Appstore aus, wobei die jeweiligen Apps in der Literatur ebenfalls als Dienstanbieter iSd ECG qualifiziert werden.⁵⁸² Daraus folgen entsprechende Informationspflichten.⁵⁸³

Auf mögliche Haftungsbefreiungen als Access- oder Host-Provider wird nicht näher eingegangen.⁵⁸⁴

8.6 Internationales Recht

Vertragsverhältnisse im Zusammenhang mit Kryptoassets beinhalten häufig ein grenzüberschreitendes Element. Weshalb die Betrachtung des Auslandsbezugs auch für verbraucherrechtliche Fragestellungen von hoher Relevanz ist. Betrachtet werden Sachverhalte mit einem Unternehmer innerhalb der EU (mit Ausnahme Dänemark) sowie Unternehmern in Drittländern, wobei bilaterale Abkommen sowie spezielle Abkommen mit den Lugano Staaten zur Vereinfachung beiseitegelassen werden.

⁵⁷⁸ Wimmer in Hanzl/Pelzmann/Schragl (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung- Eine Betrachtung aus technischer, rechtlicher und steuerrechtlicher Sicht (2021) 335f.

⁵⁷⁹ OGH 18.11.2003, 4 Ob 219/03i.

⁵⁸⁰ Wimmer in Hanzl/Pelzmann/Schragl (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung- Eine Betrachtung aus technischer, rechtlicher und steuerrechtlicher Sicht (2021) 336.

⁵⁸¹ *Ibid.*

⁵⁸² Hanzl, Handbuch Blockchain und Smart Contracts (2020) 164.

⁵⁸³ Siehe Kapitel 7.2.4.

⁵⁸⁴ Siehe dazu: Wimmer in Hanzl/Pelzmann/Schragl (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung- Eine Betrachtung aus technischer, rechtlicher und steuerrechtlicher Sicht (2021) 331-335.

8.6.1 Unternehmer im EU-Land

8.6.1.1 Internationale Zuständigkeit

Kein Wahlgerichtsstand

Für Verbraucherverträge, wo kein Wahlgerichtsstand (gültig) vereinbart wurde und zumindest eine unternehmerische Ausrichtung auf den Verbraucherstaat vorliegt, gilt, dass der Verbraucher sich an das Gericht des Wohnsitzstaats des Verbrauchers oder des Unternehmers wenden kann (Art 18 Abs 1 iVm Art 17 Abs 1 lit c. EuGVVO). Der Unternehmer kann sich allerdings nur an das Gericht im Wohnsitzstaat des Verbrauchers wenden (Art 18 Abs 2 iVm Art 17 Abs 1 lit c. EuGVVO).⁵⁸⁵

Wahlgerichtsstand

Gerichtsstandvereinbarungen sind nur in wenigen Fällen zulässig und unterliegen zusätzlichen Beschränkungen durch das KSchG.⁵⁸⁶

8.6.1.2 Anwendbares Recht

Keine Rechtswahl

Liegt keine Rechtswahl vor, so ist das anzuwendende Recht anhand ROM I-VO zu bestimmen. Je nach Ausgestaltung des Kryptoassets kommen unterschiedliche Regelungen in Betracht.

Für Security Token muss die Ausnahme von der Grundregel für Verbraucherverträge nach Art 6 ROM I-VO geprüft werden. Nach Art 6 Abs 4 lit d ROM I-VO fallen Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit Finanzinstrumenten, übertragbaren Wertpapieren und OGAW unter die Sonderbestimmungen nach Art 4 Abs 1 lit h ROM I-VO.

Es wurde bereits in Abschnitt 8.3 beschrieben, dass Security Token grds. übertragbare Wertpapiere iSd MiFID II darstellen können.

Art 4 Abs 1 lit h ROM I-VO verweist zur Definition für Finanzinstrumente auf MiFID II (nach Art 94 MiFID II sind alle Verweise aus MiFID I auf die korrespondierenden neuen Regelungen

⁵⁸⁵ Vgl Abschnitt 7.9.1 lit a.

⁵⁸⁶ Vgl Abschnitt 7.9.1 lit a.

zu beziehen). Die Einordnung eines Kryptoassets als übertragbares Wertpapier nach MiFID bewirkt gleichzeitig auch die Einstufung als Finanzinstrument für ROM I-VO.⁵⁸⁷

Damit die Sonderbestimmungen nach Art 4 Abs 1 lit h ROM I-VO greifen, muss der Vertrag über ein Finanzinstrument auch innerhalb eines *multilateralen Systems* geschlossen werden. Maßgebend dafür ist wieder MiFID II, wonach nicht ein OTF oder MTF notwendig ist, *sondern ein System oder Mechanismus, der die Interessen einer Vielzahl Dritter am Kauf und Verkauf von Finanzinstrumenten innerhalb des Systems zusammenführt* (Art 4 Abs 1 Z 20). Dieses Merkmal wird für *Aigner* idR von Krypto-Handelsplattformen erfüllt sein, insbesondere wenn der Handel über deren Orderbücher und nicht durch bilaterale Geschäfte auf eigene Rechnung erfolgt.⁵⁸⁸

Treffen beide Elemente für ein Kryptoasset zu, so folgt aus Art 4 Abs 1 lit h ROM I-VO, dass jenes Recht zur Anwendung gelangt, dem die Plattform unterliegt.⁵⁸⁹

Zwar bleibt nach ROM I-VO offen, welches Recht für die Plattform gilt, allerdings wird sich dies mA nach dem Sitz bzw. der Niederlassung des Betreibers richten.⁵⁹⁰

Für Payment- und Utility Token findet mangels der Eigenschaft als Finanzinstrument die Sonderbestimmung nach Art 6 Abs 4 lit d iZm Art 4 Abs 1 lit h ROM I-VO keine Anwendung.⁵⁹¹ Dies trifft folglich mA auch auf NFT zu.

Man könnte verleitet sein und schlussfolgern, dass somit für alle weiteren Kryptoassets Art 6 Abs 1 ROM I-VO mit der Grundregel für Verbraucherverträge gilt und das Recht des Landes, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, zur Anwendung gelangt. Dies ist jedoch falsch, da auch noch Art 6 Abs 4 lit e einschlägig ist. Unter diese Bestimmung fallen alle Verträge, die innerhalb multilateraler Systeme und somit bei einer Krypto-Tradingplattform geschlossen werden.⁵⁹²

Im Ergebnis gilt somit mA auch hier das Recht des Landes, in dem der Betreiber der Handelsplattform seine Niederlassung hat (siehe dazu obige Überlegungen).

⁵⁸⁷ *Aigner*, Das internationale Privatrecht und die Blockchain – ein unlösbarer gordischer Knoten, *ZfRV* 2020, 211 (212).

⁵⁸⁸ *Ibid* 212f.

⁵⁸⁹ *Ibid* 212.

⁵⁹⁰ Vgl *ibid* 213.

⁵⁹¹ ⁵⁹¹ *Aigner*, Das internationale Privatrecht und die Blockchain – ein unlösbarer gordischer Knoten, *ZfRV* 2020, 211 (213).

⁵⁹² Vgl Art 6 ROM I; Vgl *Aigner*, Das internationale Privatrecht und die Blockchain – ein unlösbarer gordischer Knoten, *ZfRV* 2020 26 (5), 211 (213f).

Nach *Aigner* fallen z.B. der Erwerb von Wallets bzw. die ständige Beziehung bei Online-Walletanbietern sowie die Ausgabe von Kryptoassets im Wege eines ICO (wenn keine Einordnung als Finanzinstrument) unter die Grundregel des Verbraucherorts.⁵⁹³

Wird der Vertrag über Kryptoassets ohne die Einbindung einer Krypto-Handelsplattform als Vermittler abgeschlossen (somit direkt zwischen Unternehmer und Verbraucher als echter oder unechter Smart Contract), so gilt (mit den Ausnahmen nach Art 6 Abs 4 ROM I) ebenfalls das Recht des Landes, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.⁵⁹⁴

Offen bleibt m.A., ob Verbrauchergeschäfte über NFT, die über eine Handelsplattform abgewickelt werden, unter die Sonderbestimmung (Art 6 Abs 4 lit e iZm Art 4 Abs 1 lit h ROM I-VO) oder unter die Verbrauchergrundregel (Art 6 Abs 1 ROM I-VO) fallen. NFT werden als einzigartig eingeordnet, weshalb es grds. iSe multilateralen Systems keine *Vielzahl an Verkäufern* für NFT geben kann (auch theoretisch nicht möglich), sondern lediglich einen.⁵⁹⁵

Es gelten die Kollisionsnormen nach § 13a KSchG (siehe oben).

Rechtswahl

Ist es zu einer vertraglich gültigen Rechtswahl gekommen und handelt es sich um einen Sachverhalt, der ohne Rechtswahl unter die Grundregel des Verbraucherlands fallen würde, so ist die Rechtswahl eines anderen Landes grds. zulässig. Allerdings müssen lt. Art 6 Abs 2 ROM I VO in jedem Fall zwingende Bestimmungen zum Schutz des Verbrauchers lt. Aufenthaltsstaat erhalten bleiben. Erfolgt die Rechtswahl auf das Recht eines nicht EWR-Staates, so schreibt § 13a Abs 1 und 2 KSchG Verbraucherschutzbestimmungen vor, die unabhängig von der Rechtswahl erhalten bleiben müssen.⁵⁹⁶

Für Verträge, die unter die Sonderregelungen nach Art 6 Abs 4 lit d bzw. lit e iZm Art 4 Abs 1 2 ROM I VO lit h fallen, kann eine Rechtswahl mit den Grenzen iSd Art 3 2 ROM I VO getroffen werden.

⁵⁹³ *Aigner*, Das internationale Privatrecht und die Blockchain – ein unlösbarer gordischer Knoten *ZfRV* 2020, 211 (215).

⁵⁹⁴ Vgl Art 6 Abs 4 ROM I.

⁵⁹⁵ Vgl Art 4 Abs 1 lit h ROM I-VO.

⁵⁹⁶ Vgl Art 6 Abs 2 ROM I VO; § 13a KSchG.

8.6.1.3 Anerkennung und Vollstreckung

In einem Sachverhalt, wo der Unternehmer ein Gerichtsurteil gegen einen Verbraucher in Österreich erwirkt, ist idR ein österreichisches Gericht zuständig und die Vollstreckung jedenfalls vollstreckbar. Erwirkt ein Verbraucher gegen einen Unternehmer ein Urteil in Österreich, so kann dieses grds. in der gesamten EU vollstreckt werden. Wendet sich der Verbraucher an das Gericht im Land des Unternehmers, so ist diese ebenfalls im gleichen Land vollstreckbar.⁵⁹⁷

8.6.2 Sitz in einem Drittstaat

8.6.2.1 Internationale Zuständigkeit

Auch bei Verträgen mit einem Unternehmer in einem Drittland muss sich der Unternehmer an das zuständige Gericht in Österreich wenden.⁵⁹⁸

Darüber hinaus hat der Verbraucher nach Art 18 Abs 1 EuGVVO einen Aktivgerichtsstand am Wohnort, der ihm nach §14 Abs 3 KSchG, auch bei abweichender Vereinbarung, nicht abbedungen werden kann.⁵⁹⁹

8.6.2.2 Anwendbares Recht

Rechtswahl

Bei Verträgen mit einem Unternehmer aus einem Drittland stellen sich weitere Fragen, wobei das nationale IPRG als Ausgangsbasis herangezogen wird. Nach § 35 IPRG gilt für vertragliche Schuldverhältnisse ebenfalls der Grundsatz der Rechtswahl. Wurde keine Rechtswahl getroffen, so gilt der gewöhnliche Aufenthalts- bzw. Niederlassungsort desjenigen, der die charakteristische Leistung maßgeblich erbringt (Abs 2), sofern nicht eine offensichtliche engere Beziehung besteht (Abs 3).⁶⁰⁰ Der Ort der charakteristischen Leistung ist nach Auffassung von *Aigner* bei einem ICO z.B. der Ort des herausgebenden Emittenten oder bei dem Handel auf einer Krypto-Handelsplattform die Niederlassung des Betreibers.⁶⁰¹

Das IPRG hält weiters Sonderregelungen bereit, die ebenfalls zu prüfen sind. Dazu zählen *im Effektengiro übertragbare Wertpapiere* iSd § 33a IPRG. Folgt man der verwiesenen Definition

⁵⁹⁷ Vgl Abschnitt 7.9.1 lit c.

⁵⁹⁸ § 14 Abs 1 KSchG.

⁵⁹⁹ Art 18 Abs 1 EuGVVO; § 14 Abs 3 KSchG.

⁶⁰⁰ § 35 IPRG.

⁶⁰¹ *Aigner*, Das internationale Privatrecht und die Blockchain – ein unlösbarer gordischer Knoten, *ZfRV* 2020, 211 (213).

§ 3 Abs 1 Z 7 FinSG⁶⁰², so handelt es sich dabei um *eine Finanzsicherheit in Form von Finanzinstrumenten, die in einem Register eingetragen oder auf einem Depotkonto gebucht wird, das von einem oder für einen Intermediär geführt wird*. Demnach kommen Security Token durchaus als im Effekten giro übertragbare Wertpapiere in Betracht. Auch wenn mA die Einordnung von Security Token als Finanzinstrumente iSd § 3 Abs 1 Z 5 FinSG nicht so leicht wie als Finanzinstrument nach Art 4 Abs 1 lit h ROM I-VO fällt (da lt. FinSG das Merkmal *Gleichstellung* und nicht *Ähnlichkeit* gefordert ist), spielt dies für die Folgen keine wirkliche Rolle. Fällt ein Vertrag unter § 33a IPRG, so gilt der Ort, an dem das Konto geführt wird.⁶⁰³

Wenn ein Kryptoasset als Beteiligung einer Gesellschaft eingeordnet wird, gilt nach § 1 Abs 1 iVm § 10 IPRG der Niederlassungsort der Gesellschaft als stärkste Beziehung.⁶⁰⁴

Als letzte Auffangbestimmung kann § 4 Abs 2 IPRG helfen. Demnach kommt für ein österreichisches Gericht heimisches Recht zur Anwendung, wenn binnen angemessener Frist kein Recht festgestellt werden kann.⁶⁰⁵

Schwierigkeiten bereitet die Suche nach der Anknüpfung des engsten Zusammenhangs bei dezentralen Organisationen, die keinen festen Sitz haben. Wie dies gelöst werden kann, ist bisher völlig offen.⁶⁰⁶ Die betrifft mA jedoch nicht erst die Frage nach der Feststellung des anwendbaren Rechts, sondern bereits davor Fragestellungen z.B. zu dem tatsächlichen Vertragspartner.

Fasst man die obigen Sachverhalte zusammen, so kann durchaus festgestellt werden, dass bei den unterschiedlichen Kryptoassets regelmäßig österreichisches Recht zur Anwendung gelangen kann.

Ohne Rechtswahl

Bei einer gültigen Rechtswahl gilt das entsprechende Gesetz in den Grenzen der jeweils gültigen Kollisionsnormen: Für Rechtsordnung in EU-Ländern § 13a Abs 2 KSchG, für Drittländer § 13a Abs 1 und 2 KSchG sowie Verstöße gegen Grundsätze der Rechtsordnung iSd *ordre public*.

⁶⁰² Bundesgesetz über Sicherheiten auf den Finanzmärkten (Finanzsicherheiten-Gesetz - FinSG) BGBl 117/2003.

⁶⁰³ Vgl *Anderl/Aigner/Schelling in Anderl* (Hrsg.), Blockchain in der Rechtspraxis (2020) 77f. Vgl obiger Abschnitt für Unternehmer in der EU.

⁶⁰⁴ *Anderl/Aigner/Schelling in Anderl* (Hrsg.), Blockchain in der Rechtspraxis (2020) 77.

⁶⁰⁵ *Ibid.*

⁶⁰⁶ *Ibid* 78.

8.6.2.3 Anerkennung und Vollstreckung

Die Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen aus Österreich in Drittländern und umgekehrt ist grds. nur gegeben, wenn entsprechende bilaterale bzw. internationale Abkommen vorliegen und die sachliche Anwendung vorliegt.⁶⁰⁷

⁶⁰⁷ Vgl Abschnitt 7.9.3 lit c.

9 Ausblick MiCAR VO

Bereits seit dem Fin-Tech-Aktionsplan⁶⁰⁸ durch die Europäische Union 2018 gibt es klare Tendenzen einheitliche Regelungen hinsichtlich Kryptoassets zu schaffen, da die bekannten Regelungen MIFID II etc. unzureichend sind, um Blockchain-Anwendungen regulatorisch abzudecken.⁶⁰⁹

Mit Markets in Crypto Assets Regulation (MiCAR) sollen aktuelle und zukünftige Kryptowerte und damit zusammenhängende Dienstleistungen möglichst breit erfasst werden, um einheitliche Standards für den gesamten Wirtschaftsraum zu liefern und damit einen Nährboden für Wachstumsmöglichkeiten der Blockchain-Technologie zu bieten.⁶¹⁰

Gleichzeitig sollen mit MiCAR auch die Verbraucherschutzrechte (Informationspflichten, Widerrufsrecht) gestärkt werden, wobei der Ansatz der Verhältnismäßigkeit (Erleichterungen innerhalb gewisser Umsatzschwellen) die Regularien nicht zur Innovationsbremse für KMUs werden sollen.⁶¹¹

Nachfolgend soll ein grober Überblick der geplanten Neuerungen skizziert werden, wobei der Fokus auf verbraucherrechtliche Aspekte gelegt wird. Eine vollständige Analyse kann jedenfalls nicht erfolgen, allein aus der Tatsache, da noch keine finale Fassung vorliegt bzw. beschlossen wurde.

In den Begriffsbestimmungen finden sich erstmals Definitionen wie *Distributed-Ledger-Technologie*, *dezentrale autonome Organisation*, unterschiedliche Tokenarten, *Krypto-Dienstleistung*, *Proof-of-Work* uvm.⁶¹²

Es findet sich zwar keine Einteilung in Payment Token, Utility Token und Security Token (diese würde auch die zukünftigen Entwicklungen möglicherweise beschränken) allerdings finden sich dennoch alle diese Arten in den Bestimmungen der VO wieder.⁶¹³

⁶⁰⁸ MITTEILUNG DER KOMMISSION AN DAS EUROPÄISCHE PARLAMENT, DEN RAT, DIE EUROPÄISCHE ZENTRALBANK, DEN EUROPÄISCHEN WIRTSCHAFTS- UND SOZIALAUSSCHUSS UND DEN AUSSCHUSS DER REGIONEN FinTech-Aktionsplan: Für einen wettbewerbsfähigeren und innovativeren EU-Finanzsektor vom 08.03.2018, COM/2018/0109 final.

⁶⁰⁹ Appel, Quick Guide Kryptowerte- Wie eine Einordnung in das Finanzmarktrecht gelingt (2021) 77f.

⁶¹⁰ Vgl ErwG 2a, 5, 8 MiCAR-VO-Entwurf.

⁶¹¹ Vgl ErwG 14, 15f, 22 MiCAR-VO-Entwurf.

⁶¹² Art 3 Abs 1 MiCAR-VO-Entwurf.

⁶¹³ Vgl Steiner, Der neue Kommissionsvorschlag zur Regulierung von Krypto-Assets (MiCaR) im Überblick, in Hanzl/Pelzmann/Schragl (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung 32.

Hinsichtlich der rechtlichen Einordnung von Kryptoassets wird nach MiCAR unterschieden in *wertreferenzierte Token* (stable coins) und *E-Geld-Token* (beides Payment Token) und sonstige Token (somit jedenfalls Utility Token).⁶¹⁴

Zwar ist die Verwahrung und Verwaltung von Kryptoassets erfasst, jedoch nicht die Entgegennahme von Einlagen bzw. Darlehensvergabe in Payment Token, wodurch entsprechende Sachverhalte nicht von MiCAR erfasst sind.⁶¹⁵

Darüber hinaus sollen Kryptowerte die Ähnlichkeit mit Finanzinstrumente iSd Artikel 4 Absatz 1 MiFID II RL haben unter die entsprechenden Rechtsregime eingeordnet werden.⁶¹⁶

Erfasst ist die Ausgabe von Kryptowerten und das Anbieten zum Zweck des Handels oder der Erbringung von Dienstleistungen.⁶¹⁷

Für wertreferenzierte Token und E-Geld-Token gilt eine Konzessionspflicht, Veröffentlichung eines Whitepapers (ähnlich wie ein Prospekt), Governance-Regeln (Eigenmittel, Beschwerdebearbeitung etc.), Trennung von Vermögenswerten, Risikomanagement uvm.⁶¹⁸

Für sonstige Kryptowerte (die nicht unter Finanzinstrumente nach MIFI II oder wertreferenzierte Token und E-Geld-Token fallen) sehen die Bestimmungen die Ausgabe eines Whitepapers (ähnlich wie Prospekt-Notifizierung) nach den Vorgaben im Anhang zur MiFID VO vor.⁶¹⁹

Hierbei gilt es jedoch zahlreiche Ausnahmen zu beachten. So z.B. für NFT, unter gewissen Wertschwellen oder bei einem sehr begrenzten Handelskreis etc.⁶²⁰

Jedenfalls gilt es umfangreiche Vorgaben bei Marketing-Mitteilungen sowie Informationspflichten inkl. Risikohinweise beim Whitepaper zu beachten.⁶²¹ Darüber hinaus ist ein 14-tägiges Rücktrittsrecht für Verbraucher vorgesehen.⁶²²

Die MiCAR sieht vor, dass auch das FernFinG Anwendung finden wird.⁶²³

⁶¹⁴ Vgl Art 2 Abs 2 MiCAR-VO-Entwurf; Vgl Steiner in: u.a. Hanzl (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung 32.

⁶¹⁵ Schopper/Raschner, Privat- und aufsichtsrechtliche Rahmenbedingungen für Krypto-Banking, ÖBA 2022, 262 (268).

⁶¹⁶ Vgl Art 2 Abs 2a MiCAR-VO-Entwurf; Vgl ErwG 2a u. 6 MiCAR-VO-Entwurf.

⁶¹⁷ Art 2 Abs 1 MiCAR-VO-Entwurf.

⁶¹⁸ Steiner in Hanzl/Pelzmann/Schragl (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung 34.

⁶¹⁹ Ibid 32f.

⁶²⁰ Art 4 Abs 2 MiCAR-VO-Entwurf.

⁶²¹ Art 6 bzw. Art 5 MiCAR-VO-Entwurf.

⁶²² Art 12 MiCAR-VO-Entwurf.

⁶²³ ErwG 55 MiCAR-VO-Entwurf.

Im Ergebnis würde sich mit Inkrafttreten der MiCAR VO in aktueller Fassung das Prüfschema für Kryptoassets im großen Umfang ändern.

Auswirkungen auf einen echten smart Contract und NFT

Auf den ersten Blick liefert MiCAR für echte Smart Contracts keine direkten Antworten. Allerdings ist die Formulierung in Art 4 Abs 1 MiCAR-VO- Entwurf durchaus weitreichend: *Niemand bietet andere Kryptowerte als wertreferenzierte Token oder E-Geld-Token in der EU öffentlich an oder beantragt eine Zulassung solcher Kryptowerte zum Handel auf einer Handelsplattform für Kryptowerte, es sei denn die jeweilige Person erfüllt entsprechende Bestimmungen.*⁶²⁴

Dies kann mA einem grundsätzlichen Verbot gleichkommen, das lediglich mit der Erfüllung zahlreicher Vorgaben bzw. in den definierten Ausnahmefällen durchschlagen wird.⁶²⁵

Bei Zuwiderhandeln stehen den Behörden umfassende Sanktionsmöglichkeiten zur Verfügung.⁶²⁶ Es muss im Einzelfall geprüft werden, ob eine Befreiung iSd Art 4 Abs 2 ff MiCAR-VO-Entwurf in Frage kommt.

⁶²⁴ Art 4 Abs 1 MiCAR-VO- Entwurf.

⁶²⁵ Vgl *ibid.*

⁶²⁶ Vgl Art 82 ff MiCAR-VO-Entwurf.

10 Conclusio

Kryptoassets verbraucherrechtlich einzuordnen ist durchaus komplex. Allein das Verbraucherschutzrecht findet sich nicht in einem oder einigen wenigen Normen, sondern es handelt sich vielmehr um einen Fleckenteppich. Hinsichtlich Kryptoassets müssen ebenfalls zahlreiche Normen geprüft werden, ob z.B. die Tatbestandsmerkmale für Zahlungsmittel nach ZaDiG 2018, Wertpapiere nach KMG 2019 etc. erfüllt sind oder eine Analogie in Frage kommt.

Hinzukommt, dass es sich bei Kryptoassets um eine äußerst heterogene Gruppe handelt und zahlreiche Vertragsarten vorliegen können. So können Payment Token untereinander getauscht werden oder als „Zahlungsmittel“ (nicht iSd ZaDiG 2018) grds. für alle Waren und Dienstleistung genutzt werden (ebenfalls Tauschvertrag). Für letztere gelten alle bekannten verbraucherrechtlichen Bestimmungen (KSchG, FAGG, ECG, ABGB etc.), wobei sowohl Vertragsart als auch Vertragsort (Automat, Geschäftslokal, Fernabsatz z.B. Internet) im Einzelfall maßgebend sind.

Für die Gruppe Security Token konnte gezeigt werden, dass es sich regelmäßig um ein Wertpapier oder Veranlagung nach Prospekt VO, KMG 2019 und WAG 2018 handeln kann, wodurch strenge Hinweispflichten (Prospektpflichten) bzw. Registrier-oder-Konzessions- und Meldepflichten für Emittenten bzw. zwischengeschaltete Dienstleister (z.B. Krypto-Handelsplattformen) schlagend werden. Zusätzlich gelten hierbei die Regelungen des FernFinG anstelle des FAGG. Fällt ein Security Token unter Alternative Investmentfonds, gelten wiederum strenge Beschränkungen für Verbraucher (z.B. Bewerbungs- und Vertriebsverbot).

Zur Prävention von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung müssen sich nicht nur u.a. Banken und Wertpapiervermittler (auch bei Security Token, die als Wertpapier oder Veranlagung einzuordnen sind), sondern auch Dienstleister iZm mit Payment Token der FM-GwG unterwerfen. Neben der Registrierung sind Kundenidentifikationspflichten und viele Maßnahmen mehr notwendig.

Bisher kaum beachtet wurde das „Kryptokreditgeschäft“. Die Einlage von Payment Token kann als Veranlagung nach KMG 2019 oder Alternative Investmentfonds (mit entsprechenden verbraucherrechtlichen Folgen) eingeordnet werden. Die Darlehensaufnahme fällt unter Sachdarlehen, wodurch lediglich eine analoge Anwendung des VKrG (Bonitätsprüfung etc.) in Betracht kommt.

NFT fallen nicht unter die Informationspflichten nach KMG 2019 oder Prospektverordnung und folglich auch nicht unter das FernFinG. Für sie gilt jedoch das FAGG, wobei das Bestehen

eines Rücktrittsrechts strittig ist. Die analoge Anwendung des ECG wird diskutiert, wobei Krypto-Handelsplattformen als Online-Marktplätze jedenfalls erfasst sind.

Weiterhin offen bleibt bei vielen Kryptoassets, wie der Eigentumserwerb einzuordnen ist, was insbesondere mit der sachenrechtlichen Einordnung als unkörperlich zusammenhängt. Hierbei benötigt es weitere Klarstellung.

Spannend ist die Unterteilung von Verträgen iZm mit Kryptoassets in echte und unechte Smart Contracts. Hierbei wird auf die zugrundeliegende Technologie bei Vertragsanbahnung bzw. Abschluss abgestellt. Nur Verträge, die direkt auf einer Blockchain abgeschlossen werden, sind echte Smart Contracts. Wird ein Vertrag auf einem anderen Weg z.B. über eine normale Website (Webshop, Handelsplattform) per E-Mail etc. abgeschlossen und findet lediglich eine Erfüllung auf der Blockchain statt, handelt es sich um unechte Smart Contracts. Insbesondere echte Smart Contracts stellen eine große Herausforderung dar, da die aktuelle technische Ausgestaltung des Großteils an Blockchain-Anwendungen nicht kompatibel mit den verbraucherrechtlichen Anforderungen ist (u.a. Vertragsabschluss, Vertragssprache, AGB-Kontrolle, Informationspflichten, Bestellbestätigung, Rücktrittsmöglichkeiten, Gewährleistung etc.).

Ein wesentliches Problem iZm mit echten Smart Contracts besteht in der Pseudo-Anonymisierung, da sie verhindert, dass sich die Vertragsparteien gegenseitig kennen bzw. festgestellt werden kann, ob es sich überhaupt um ein Verbrauchergeschäft (sachliche Anknüpfung) handelt. Zusätzliche Probleme bereitet die Anonymisierung bei der Frage, in welchem Land der Unternehmer seinen Sitz hat und welches Recht zur Anwendung kommt (räumliche Anknüpfung).

Unabhängig vom konkreten Kryptoasset als Vertragsbestandteil und von der Art des Vertragsabschlusses kommt regelmäßig österreichisches Verbraucherschutzrecht zumindest in Teilen (mind. die Kollisionsnormen nach § 13a KSchG) zur Anwendung. Für viele Verbraucherschutzrechte und Registrierpflichten benötigt es keinen Sitz im Inland, sondern lediglich die Ausrichtung auf Österreich. Verbraucher können sich grds. immer an ein inländisches Gericht wenden, allerdings bestehen in Bezug auf Unternehmer mit Sitz in Drittländern erhebliche Probleme in der Rechtsdurchsetzung, wenn keine bilateralen Abkommen dazu bestehen.

Der europäische Gesetzgeber bzw. die Aufsichtsbehörden EMSA und FMA verhalten sich hinsichtlich der Einschätzung von Kryptoassets durchaus widersprüchlich. Während der

Gesetzgeber die Vorteile und den wirtschaftlichen Nutzen der Blockchain-Technologie betont, warnen die Aufsichtsbehörden dezidiert Verbraucher vor möglichen Risiken.

Mit Blick auf den aktuellen VO Entwurf Markets in Crypto Assets Regulation (MiCAR) wird deutlich, dass es durchaus zu einer weitreichenden Regulierung kommen kann (Informationspflichten inkl. Risikohinweise, Prospekt bzw. Whitepaper, uvm.). MiCAR gilt für den gesamten EU-Raum und erfasst erstmalig alle Formen von Kryptoassets und entsprechende Dienstleistungen, wenn eine Ausrichtung auf den EU-Raum vorliegt. Dabei ändert sich das Rechtsregime insofern, als dass für viele Kryptoassets ein grds. Verbot besteht, es sei denn, die jeweiligen im Einzelfall gültigen Bestimmungen werden eingehalten.

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: FMA

Literaturverzeichnis

Monografien

Appel, Quick Guide Kryptowerte- Wie eine Einordnung in das Finanzmarktrecht gelingt (2021)

Bussac, Bitcoin, Ethereum & Co (2019)

Hanzl, Handbuch Blockchain und Smart Contracts (2020)

Hepberger, Kryptowerte im österreichischen Sachenrecht (2021) (Diplomarbeit)

Reichert, Krypto-Kunst: NFTs und digitales Eigentum (2021)

Toman, MiFID II – Interessenkonflikte reinvented or reloaded? (2018) (Diss.)

Kommentare

Bollenberger/Kellner (Hrsg.), InvFG Kommentar (2016)

Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2020)

Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg.), Kurzkomentar zum ABGB⁶ (2020)

Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Band 5⁵ (2021)

Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Band 9⁵ (2021)

Rummel/Lukas, ABGB⁴ (2016)

Zivny/Mock EU-Prospekt VO/KMG 2019³ (2022)

Aufsätze in Sammelbänden

Anderl/Aigner/Schelling, III. Zivilrechtliche Aspekte, in *Anderl* (Hrsg.), Blockchain in der Rechtspraxis (2020) 57

Docekal/Ecker/Kogelmann/Kolba, Konsumentenschutz- (KSchG) und Fernabsatz- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz (FAGG), in *Deixler-Hübner/Kolba* (Hrsg.) Handbuch Verbraucherrecht (2015) 101

Gassebner, Die Rolle der Depotbank/Verwahrstelle, in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger* (Hrsg.), Kryptowährungen (2019)

Gassebner/Tomanek, Krypto-Assets als "Eligible Assets" gemäß Investmentfondsgesetz, in: *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger* (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 423

Gelbmann/Kolba/Leupold, Finanzdienstleistungen, in *Deixler-Hübner/Kolba* (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 265

Hanzl, Smart Contract- eine zivilrechtliche Betrachtung, in *Hanzl/Pelzmann/Schragl* (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung- Eine Betrachtung aus technischer, rechtlicher und steuerrechtlicher Sicht (2021) 263

Heckenthaler/Rakar, Finance – Initial Coin Offerings, in *Binder/Grösswang* (Hrsg.), Digital Law² (2020) 45

Gaberle/Kühn, Kapitel 4: Bewertungsfragen, in: *Omlor/Link* (Hrsg.), Kryptowährungen und Token (2021) 110

Klauser/Weerkamp/Barnreiter, Grenzüberschreitende Verbraucherstreitigkeiten, in *Deixler-Hübner/Kolba* (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 461

Kogelmann, E-Coomerce, in *Deixler-Hübner/Kolba* (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 351

Kollmasch, Allgemeines Vertragsrecht, in *Deixler-Hübner/Kolba* (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 61

Paulmayer, Die kapitalmarktrechtliche Einordnung von Token, in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger* (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 317

Pekler/Rirsch, Ausgewählte kapitalmarktrechtliche Aspekte bei der Emission von Crypto-Assets, in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger* (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 333

Perkowitsch/Winter, Formvorschriften auf der Blockchain, in *Hanzl/Pelzmann/Schragl* (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung- Eine Betrachtung aus technischer, rechtlicher und steuerrechtlicher Sicht (2021) 292

Regner, Blockchain- Einführung und Begriffsklärung, in *Hanzl/Pelzmann/Schragl* (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung- Eine Betrachtung aus technischer, rechtlicher und steuerrechtlicher Sicht (2021) 3

Regner, Tokenarten aus technologischer Perspektive, in *Hanzl/Pelzmann/Schragl* (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung- Eine Betrachtung aus technischer, rechtlicher und steuerrechtlicher Sicht (2021) 17

Rinderle-Ma/Klas, Technische Grundlagen & Entwicklungstendenzen der Blockchain-Technologie, in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger* (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 23

Rubey/Zierhut, Contract Law 4.0: Rechtsprobleme von Smart Contract, in *Hanzl/Pelzmann/Schragl* (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung- Eine Betrachtung aus technischer, rechtlicher und steuerrechtlicher Sicht (2021) 281

Schauer, Grundlagen und Rechtsquellen des Verbraucherschutzes, in *Deixler-Hübner/Kolba* (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht (2015) 1

Seeliger/Rump, Kapitel 15: Wettbewerbsrecht, in *Omlor/Link* (Hrsg.), Kryptowährungen und Token (2021) 699

Steiner, Der neue Kommissionsvorschlag zur Regulierung von Krypto-Assets (MiCaR) im Überblick, in *Hanzl/Pelzmann/Schragl* (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung- Eine Betrachtung aus technischer, rechtlicher und steuerrechtlicher Sicht (2021) 29

Weilinger/Miernicki, Kryptowährungen im Zivil- und Verbraucherschutzrecht, in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger* (Hrsg.), Kryptowährungen (2019) 91

Wimmer, Zivilrechtliche Haftung von Blockchain-Teilnehmerinnen, in *Hanzl/Pelzmann/Schragl* (Hrsg.), Handbuch Digitalisierung- Eine Betrachtung aus technischer, rechtlicher und steuerrechtlicher Sicht (2021) 313

Zahradnik/Schöller/Sieder, Erste „Krypto-Regulierung“ durch die 5. Geldwäsche-Richtlinie, in *Anderl* (Hrsg.), Blockchain in der Rechtspraxis (2020) 161

Journal Artikel

Aigner, Das internationale Privatrecht und die Blockchain – ein unlösbarer gordischer Knoten, *ZfRV* 2020, 211

Benes, Echte und fiktive Immobilien auf der Blockchain, *ecolex* 2021, 505

Dafinger/Hanzl, Decentralized Exchanges - (nicht) im Anwendungsbereich des FM-GwG? *ZFF* 2022, 374

Fasching/Bernsteiner, Das ABGB in der digitalen Welt: Überlegungen zur rechtlichen Einordnung von NFT, *RdW* 2022, 234

Gruber, Das Fern-Finanzdienstleistungs-Gesetz, *wbl* 2005, 53

Kogler, Non Fungible Tokens und Sachenrecht, *JB1* 2021, 685

König, EU tritt Haager Urteilsübereinkommen bei, *AnwBl* 2022, 503

Kreuzer, NFT - Non-Fungible Token, *CFOaktuell* 2021, 127

Kulnigg/Tyrybon, Non Fungible Token (NFTs) - ein Fall für die Finanzregulierung? *ecolex* 2021, 510

Majcen, Die neue EU-Crowdfunding Verordnung, *ÖBA* 2020, 868

Majcen, Digitale Assets, *ÖBA* 2019, 208

Schiestl, Die 5. Geldwäscherichtlinie: Ein Versuch, die Blockchain an die Kette zu nehmen, *EALR* 2020, 46

Schopper/Raschner, Privat- und aufsichtsrechtliche Rahmenbedingungen für Krypto-Banking, *ÖBA* 2022, 262

Stadler/Chochola, Kryptowährungen: Aufklärungspflichten im Verhältnis Unternehmer – Verbraucher, *ecolex* 2017, 461

Stadler/Falke, Non-Fungible Token: Digitale Kunst und die Frage nach dem Rücktrittsrecht, *Zeitschrift für Verbraucherrecht* 2022, 84

Skalidis/Muller/Fournier, The Metaverse in Cardiovascular Medicine: Applications, Challenges, and the Role of Non-Fungible Tokens, *Canadian Journal of Cardiology* 2022, 1467

Stix, Ownership and purchase intention of crypto-assets – survey results, *Empirica* 2021, 65
<https://doi.org/10.1007/s10663-020-09499-x>.

Völkel, Initial Coin Offerings aus kapitalmarktrechtlicher Sicht, *ZTR* 2017, 103

Wolfbauer, FMA-Produktinterventionsverordnung im BGBI: Verbot binärer Optionen und finanzieller Differenzgeschäfte, *ZFR* 2019, 281

Internet

ESMA, (ESA 2022 15) EU-Finanzaufsichtsbehörden warnen Verbraucher vor den Risiken von Kryptowerten (2022).

https://www.esma.europa.eu/system/files_force/library/esa_2022_15_joint_esas_warning_on_crypto-assets.pdf?download=1

Abgerufen am 15.12.2022

FMA, Alternativfinanzierungsgesetz (2022)

<https://www.fma.gv.at/kapitalmaerkte/aufsicht-ueber-kapitalmarktprospekte/alternativfinanzierungsgesetz/>

Abgerufen am 15.12.2022

FMA, Billigungsverfahren (2022)

<https://www.fma.gv.at/kapitalmaerkte/aufsicht-ueber-kapitalmarktprospekte/billigungsverfahren/>

Abgerufen am 15.12.2022

FMA, Bitcoin & Co (2022).

<https://www.fma.gv.at/kontaktstelle-fintech-sandbox/fintechnavigator/bitcoin-co/>

Abgerufen am 15.12.2022

FMA, Hinweise von Whistleblowern nehmen stark zu. Mehr als die Hälfte betreffen Anlagebetrug, insbesondere mit Krypto-Assets (2021).

<https://www.fma.gv.at/hinweise-von-whistleblowern-nehmen-stark-zu-mehr-als-die-haelfte-betreffen-anlagebetrug-insbesondere-mit-krypto-assets/>

Abgerufen am 15.12.2022

FMA, ICO (2022)

<https://www.fma.gv.at/kontaktstelle-fintech-sandbox/fintechnavigator/initial-coin-offering/#collapse-63bed312dcb2b>

Abgerufen am 15.12.2022

FMA, Kapitalmarktprospekte (2022)

<https://www.fma.gv.at/kapitalmaerkte/aufsicht-ueber-kapitalmarktprospekte/>

Abgerufen am 15.12.2022

FMA, Konzession & Notifikation (2022)

<https://www.fma.gv.at/banken/konzessionierung/>

Abgerufen am 15.12.2022

FMA, Investmentfonds und deren Verwalter (2022)

<https://www.fma.gv.at/investmentfonds-und-verwaltungsgesellschaften/>

Abgerufen am 15.12.2022

FMA, Registrierung von Dienstleistern in Bezug auf virtuelle Währungen (2022)

<https://www.fma.gv.at/querschnittsthemen/geldwaescherei-und-terrorismusfinanzierung/registrierung-von-dienstleistern-in-bezug-auf-virtuelle-waehrungen/>

Abgerufen am 15.12.2022

FMA, Wertpapierdienstleister (2022)

<https://www.fma.gv.at/finanzdienstleister/wertpapierdienstleister/>

Schäfer, Token, in *Gabler Banklexikon* (2020).

<https://www.gabler-banklexikon.de/definition/token-100445/version-375980>

Abgerufen am 15.12.2022

Wolkerstorfer, Warenkauf in: *RDB Keywords*¹ (Stand 11. 10. 2021, rdb.at)

<https://rdb.manz.at/document/rdb.tso.Llrdkeywords.warenkauf>

Abgerufen am 15.12.2022

Judikaturverzeichnis

OGH 11.03.2008 4Ob 5/08a

OGH 17.12.2003 Ob 275/03x

OGH 18.11.2003 4 Ob 219/03i

Abstract

Kryptoassets wie Bitcoin, Ethereum aber auch digitale Kunstwerke und Smart Contracts auf Blockchain-Anwendung haben in den letzten Jahren großen Zustrom erfahren. Dabei sind die Anwendungsmöglichkeiten noch bei weitem nicht ausgeschöpft. Allerdings gibt es bei Anlegern, insbesondere Verbrauchern, große Unsicherheiten hinsichtlich ihrer Rechte im Umgang mit Kryptoassets. Ziel der Arbeit ist, für die wesentlichen Kryptoasstes einen Überblick nach ihrer wirtschaftlichen Verwendung zu geben sowie sie rechtlich einzuordnen. Im Zentrum steht die Prüfung der zahlreichen verbraucherrechtlichen Bestimmungen (u.a. KSchG, FAGG, ECG, FernFinG, ABGB, Prospekt-VO, KMG 2018 und FM-GwG) auf die Anwendbarkeit bei unterschiedlichen Kryptoassets. Sachverhalte iZm Kryptoassets überschreiten häufig nationale Grenzen, weshalb auch das internationale Privatrecht, mit den Fragen nach dem zuständigen Gericht, anzuwendenden Recht und den Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung, Beachtung finden muss.