

Zeitschrift für

VERBRAUCHER-**VbR** RECHT

Wichtiges
zur DSGVO

Chefredakteurin Petra Leupold
Redaktion Wilma Dehn, Alexander Klauser,
Paul Oberhammer, Alexander Schopper

Mai 2018

03

81 – 124

Datenschutz NEU**Betroffenenrechte nach der DSGVO***Georg Fellner* ➔ 84**Rechtsdurchsetzung nach der DSGVO***Alexander Klauser* ➔ 89Beiträge**Zur Regelung der Bankomatgebühren durch die VZKG-Novelle 2017***Thomas Haghofer* ➔ 95**Kryptowährungen als volatile Waren gemäß § 18 Abs 1 Z 2 FAGG?***Arthur Stadler und Andreas Pfeil* ➔ 101Rechtsprechung**Erklärungsfiktionsklauseln nächster Generation***Beate Gelbmann* ➔ 104**VKrG: Überziehung vs Überschreitung***Stephan Foglar-Deinhardstein* ➔ 113**Abschöpfungsverfahren: Übergang zum IRÄG 2017***Birgit Schneider* ➔ 115**Anlegerschaden in der Insolvenz des Beraters***Wolfgang Fichtinger* ➔ 117**Ausgleichszahlung bei „wildem Streik“** ➔ 118**Lebensversicherung: Spätstücktritt und Rückabwicklung** ➔ 119Forum**Digitalisierung und das ABGB – Einige Vorbemerkungen aus Anlass des 20. Österreichischen Juristentags** *Nikolaus Forgó* ➔ 122

Kryptowährungen als volatile Waren gemäß § 18 Abs 1 Z 2 FAGG?

Die hohe Volatilität von Bitcoin & Co ist unbestritten: So lag der Bitcoin-Umrechnungskurs im Dezember 2017 beim bisherigen Allzeithoch bei rund € 16.000,- für 1 BTC, zum Zeitpunkt des Verfassens dieses Beitrags bei rund € 7.500,- für 1 BTC. Im Folgenden wird untersucht, ob für Kryptowährungen ein Rücktrittsausschluss nach FAGG besteht, insbesondere, ob sie sich (per analogiam) unter § 18 Abs 1 Z 2 subsumieren lassen, der den Rücktritt vom Vertrag (ex ante) ausschließt, wenn der „[...] Preis von Schwankungen auf dem Finanzmarkt abhängt, auf die der Unternehmer keinen Einfluss hat und die innerhalb der Rücktrittsfrist auftreten können.“

Von Arthur Stadler und Andreas Pfeil

A. Begriff und rechtliche Einordnung

Der Begriff Krypto„währungen“, der sich in der Praxis durchgesetzt hat und hier im Beitrag weiterverwendet wird, ist verkürzend, untechnisch und unjuristisch: „Währungen“ im rechtlichen Sinne sind mit staatlichem Annahmewang ausgestattete Geldeinheiten. Im Gegensatz zu herkömmlichem Geld werden Kryptowährungen gerade nicht zentral von einem Emittenten ausgegeben. Gemeinsam ist allen Kryptowährungen, dass Datensätze in einem Peer-to-Peer-Netzwerk in der sog. „Blockchain“ aneinandergereiht, ersichtlich gemacht und gespeichert werden, ohne dass eine zentrale Stelle Einfluss auf derartige Transaktionen hat, geschweige denn diese rückgängig machen kann.¹⁾ Die Datensätze in der Blockchain dokumentieren lediglich die Transaktionen zwischen unterschiedlichen Adressen – technisch eher eine abstrahierte Buchungszeile in einer für die Allgemeinheit einsehbaren Datenbank. Transaktionen mit/von Kryptowährungen sind – unter den jeweiligen rechtlichen Voraussetzungen – potentiell weltweit durchführbar und können im Vergleich zu herkömmlichen Transaktionsmethoden in den meisten Fällen relativ schnell und kostengünstig realisiert werden. Der Wert von Kryptowährungen bestimmt sich (weltweit) durch Angebot und Nachfrage auf einer Vielzahl von Tauschbörsen (Exchanges). Wie die Vergangenheit gezeigt hat, kann es (etwa beim Bitcoin-Wechselkurs) binnen kürzester Zeit zu starken Wertschwankungen kommen. Neben der immanenten Zahlungsfunktion²⁾ eignen sich Bitcoin & Co daher seit jeher als Spekulationsobjekt, was der überwiegende Anteil an Käufern und Verkäufern zudem als Motivationsgrund angibt.

In der österr Rechtsordnung (und mangels Qualifikation als gesetzliches Zahlungsmittel bzw als Geldbetrag) erfüllen Kryptowährungen den Sachenbegriff des § 285 ABGB; sie sind bewegliche, verbrauchbare und vertretbare Sachen.³⁾ Damit können BTC & Co, wie jede andere (körperliche oder unkörperliche) Ware, gegen Geld ge- oder verkauft respektive gegen andere Produkte getauscht werden, etwa im Fernabsatz unter Einhaltung der Bestimmungen des FAGG.⁴⁾ Ob BTC rechtlich als körperliche oder unkörperliche Sachen

eingeorordnet werden, hängt davon ab, ob sich die entsprechenden BTC-Einheiten auf einem eigens übertragbaren (körperlichen) Datenträger befinden oder nicht. Die tatsächliche Nutz- und Beherrschbarkeit jener Einheiten, die in einer elektronischen Geldbörse (Wallet, unkörperlich) oder auf einem körperlichen Datenträger gespeichert sind, ist erst durch die Übergabe eines speziellen Codes (des sogenannten „privaten Schlüssels“) zur Durchführung einer Transaktion gegeben.

B. Problemstellung

Während va im anglo-amerikanischen Raum von „digital goods“ gesprochen wird, bezieht sich das österr Zivilrecht nicht auf den Waren-, sondern den Sachenbegriff des § 285 ABGB. Die Einordnung von BTC-Einheiten als körperliche oder unkörperliche Sache (und eben nicht per se als Ware) bewirkt allerdings – ökonomisch massiv – spürbare Konsequenzen in Hinblick auf die unterschiedlichen Regelungen zum Ausschluss bzw Erlöschen des Rücktrittsrechts nach FAGG: Wird im Fernabsatz mit einem Verbraucher über BTC-Einheiten in Form einer *körperlichen Sache* kontrahiert, deren „Preis von Schwankungen auf dem Finanzmarkt abhängt, auf die der Unternehmer keinen Einfluss hat und die innerhalb der Rücktrittsfrist auftreten können“, ist das Rücktrittsrecht des Verbrauchers (ex ante) gem § 18 Abs 1 Z 2 FAGG ausgeschlossen. Hier wird also de facto eine körperliche Sache mit einer „Ware“ zur Anwendbarkeit des § 18 Abs 1 Z 2 FAGG gleichge-

- 1) Zu Kryptowährungen ua: Eberwein/Steiner (Hrsg), Bitcoins (2014); Piska, ecolex, 2017, 632; Schock, ecolex 2017, 636; Völkel, ÖBA, 2017, 385; Völkel, ecolex 2017, 639; Buchleitner/Rabl, ecolex 2017, 12; Stadler/Chochola, ecolex 2017, 641; Reicha/Aquiliina, ecolex 2017, 1116.
- 2) Vgl EuGH 22. 10. 2015, C-264/14, Hedqvist, Rn 52, zur Verwendung von Bitcoin als Zahlungsmittel (Zm der umsatzsteuerrechtlichen Einordnung).
- 3) Zum bürgerlich-rechtlichen Sachbegriff Völkel, ecolex 2017, 639; Völkel, ÖBA, 2017, 385; Buchleitner/Rabl, ecolex 2017, 12; Aquiliina/Stadler in Eberwein/Steiner (Hrsg), Bitcoins (2014) 98 f.
- 4) Die für die Anwendbarkeit des FAGG (§ 1) geforderte Entgeltlichkeit ist weit auszulegen, wobei die Gegenleistung des Verbrauchers nicht in Geld bestehen muss, sondern auch in Sachleistungen oder geldwerten Leistungen bestehen kann, vgl Kolba/Leupold, Das neue Verbraucherrecht (2014) Rz 21 mwN.

VbR 2018/50

§§ 1, 18 Abs 1
Z 2 und 11,
§ 11 FAGG

Rücktrittsrecht;
Krypto-
währungen;
Bitcoin;
Volatilität

setzt. Im Gegensatz dazu wäre in Fällen, in denen der Unternehmer im Fernabsatz mit einem Verbraucher über BTC-Einheiten in Form einer *unkörperlichen Sache* kontrahiert, (lediglich) § 18 Abs 1 Z 11 FAGG für digitale Inhalte anwendbar: Das Rücktrittsrecht des Verbrauchers ist in diesem Fall nicht ex ante ausgeschlossen, sondern besteht und erlischt lediglich unter den strengen Voraussetzungen des § 18 Abs 1 Z 11 leg cit: Der Unternehmer muss demnach – mit ausdrücklicher Zustimmung des Verbrauchers, verbunden mit dessen Kenntnisnahme vom Verlust des Rücktrittsrechts bei vorzeitigem Beginn mit der Vertragserfüllung und nach Zurverfügungstellung einer Ausfertigung oder Bestätigung nach § 7 Abs 3 – noch vor Ablauf der Rücktrittsfrist (§ 11 FAGG) mit der Lieferung begonnen haben.⁵⁾

Wer als Unternehmer, der etwa eine Exchange-Plattform betreibt, mit Verbrauchern aus Österreich im Fernabsatz kontrahiert, unterliegt den Bestimmungen des FAGG.⁶⁾ Man stelle sich vor, der Unternehmer, der eine Exchange-Plattform betreibt, erhält die Order, für den auftraggebenden Kunden BTC in der Menge von umgerechnet € 20.000,- zu kaufen. Das Rücktrittsrecht erlischt zwar bei Verträgen über digitale Inhalte gem § 18 Abs 1 Z 11 FAGG dann, wenn der Unternehmer vor Ablauf der Rücktrittsfrist mit der Lieferung/Bereitstellung begonnen hat.⁷⁾ Der Unternehmer muss sich freilich bei größeren Mengen anderweitig eindecken, zB durch eigenes BTC-Mining, Kauf bei BTC-Minern oder Kauf auf anderen BTC-Börsen. In der höchst volatilen BTC-Kurslandschaft kann selbst eine Zeitspanne von zwei Tagen spürbare Wertschwankungen auslösen. Erst ab dem Beginn der Vertragserfüllung/Bereitstellung eines *digitalen Inhalts* an den Verbraucher kann der Unternehmer das Rücktrittsrecht de facto ausschließen. Bis dahin besteht das erhöhte Risiko für den Unternehmer, dass sein B2C-Vertragspartner vom Rücktrittsrecht (nicht zuletzt wegen inzwischen stattgefundener Kursänderungen) Gebrauch macht und der Unternehmer auf dem Deckungskauf „sitzen bleibt“. In dieser Konstellation besteht uE *kein* erhöhtes Schutzbedürfnis eines Verbrauchers, der von seinem Rücktrittsrecht alleine aufgrund der steigenden oder fallenden Kurse Gebrauch macht. Vielmehr ist die kurzlebige BTC-Kurslandschaft mit rasch steigenden oder fallenden Kursen für Missbrauch aufseiten eines Verbrauchers geradezu anfällig, den § 18 Abs 1 Z 2 FAGG hintanhaltend möchte. Eine jedenfalls analoge Anwendbarkeit der Bestimmung auch für BTC-Einheiten in elektronischen Geldbörsen (Wallets) erscheint daher angemessen und erwägenswert.

C. Volatile Waren gemäß § 18 Abs 1 Z 2 FAGG

Der Gesetzeswortlaut des § 18 Abs 1 Z 2 FAGG lautet: „Der Verbraucher hat kein Rücktrittsrecht bei Fernabsatz- oder außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen über Waren oder Dienstleistungen, deren Preis von Schwankungen auf dem Finanzmarkt abhängt, auf die der Unternehmer keinen Einfluss hat und die innerhalb der Rücktrittsfrist auftreten können“

(eigene Hervorhebung). Unter die Bestimmung wird insbesondere der Handel mit Edelmetallen und Anlagegold subsumiert, bei denen ein Rücktritt für Verbraucher ebenso ex ante ausgeschlossen ist.⁸⁾ Dasselbe gilt im Ergebnis für Aktien, sonstige Wertpapiere, Derivate und Geldmarktinstrumente, für die die Bereichsausnahme des § 1 Abs 2 Z 5 FAGG gilt; sie sind daher vom Anwendungsbereich des FAGG bereits per se ausgenommen.⁹⁾

1. Warenbegriff

Der Begriff „Ware“ ist im FAGG nicht definiert. Der Richtlinienwortlaut des Art 2 Z 3 VRRL dazu: „Waren [sind] bewegliche körperliche Gegenstände mit Ausnahme von Gegenständen, die aufgrund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen verkauft werden; als Waren im Sinne dieser Richtlinie gelten auch Wasser, Gas und Strom, wenn sie in einem begrenzten Volumen oder in einer bestimmten Menge zum Verkauf angeboten werden“ (eigene Hervorhebung). Während Kryptowährungen, die auf Hardwallets (körperlichen Datenträgern) gespeichert sind, problemlos den Warenbegriff der VRRL erfüllen, ist für Kryptowährungen, die in elektronischen Geldbörsen aufbewahrt sind, eine Analogie zu Anlagegold, Edelmetallen oder eben zu „Wasser, Gas und Strom“ zu prüfen, „wenn sie in einem begrenzten Volumen oder in einer bestimmten Menge zum Verkauf angeboten werden“. Die VRRL verleiht nämlich nur so lange Wasser, Strom oder Gas den Warenbegriff, wie diese abgrenzbar und mengenmäßig bestimmbar sind. Dem folgend, sollten also auch Kryptowährungen, die auf elektronischen Geldbörsen gespeichert sind, *mittels Analogie* unter den Begriff „Waren“ gemäß Art 16 lit b VRRL bzw unter § 18 Abs 1 Z 2 FAGG subsumierbar sein, da in dieser Sonderkonstellation das wesentliche Merkmal, die Abgrenzbarkeit durch die faktische Verfügungsmöglichkeit, welche nur vom Inhaber des „privaten Schlüssels“ ausgeübt werden kann, sehr wohl erfüllt ist. Auch das Charakteristikum der mengenmäßigen Bestimmbarkeit von Kryptowährungen ist durch die Mengenangabe in BTC-Einheiten gegeben. Wie die Praxis zeigt, können Kryptowährungen mengenmäßig konkret bestimmt, verkauft und übertragen werden. Die (zumindest analoge) Einordnung von BTC-Einhei-

5) Keine Voraussetzung für das Erlöschen des Rücktrittsrechts (hier: nach § 18 Abs 1 Z 1 FAGG = vollständige Erbringung der Dienstleistung) ist nach OGH 8 Ob 122/17 z VbR 2018/12 (krit *Wendehorst*) die vorherige ordnungsgemäße Information gem § 4 Abs 1 FAGG. AA *Kolba/Leupold*, Das neue Verbraucherrecht (2014) § 18 FAGG Rz 354 ff, 386, 390, wonach die Zustimmungserklärung des Verbrauchers auf informierter Basis erfolgen muss, widrigenfalls sie unsanierbar fehlerhaft ist.

6) Dies entspringt dem IPR sowie Unionsrecht: Siehe Art 6 Abs 1 lit b Rom I-VO, wonach Verbraucherverträge grundsätzlich dem Recht desjenigen Staats unterliegen, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, sofern der (in- oder ausländische) Unternehmer seine Tätigkeit auf diesen Staat ausrichtet. Vgl zur Anwendbarkeit von Art 6 Abs 1 versus Abs 2 Rom I-VO etwa EuGH 28. 7. 2016, C-191/15, *Amazon*, VbR 2016/97.

7) Vgl *Kolba/Leupold*, Das neue Verbraucherrecht (2014) § 18 FAGG Rz 388.

8) Vgl *Tamm/Tonner*, (Deutsches) Verbraucherrecht², zu § 312g Abs 1 Nr 8 BGB, S 312.

9) *Kolba/Leupold*, Das neue Verbraucherrecht (2014) § 18 FAGG Rz 394.

ten, die auf elektronischen Geldbörsen gespeichert sind, als „Waren“ iS der VRRl ist uE etwa mit jener von Edelmetallen, Gas, Strom vergleichbar sowie angemessen und zweckmäßig, um die mit der Anwendbarkeit unterschiedlicher Rücktrittsausschluss-Regime einhergehenden Wertungswidersprüchlichkeiten (für BTC-Einheiten in körperlicher versus BTC-Einheiten in unkörperlicher Form) zu vermeiden.

2. Volatilität und spekulativer Kern

Die Analogie erscheint auch teleologisch geboten: Ziel und Zweck der Bestimmung des Art 16 lit b VRRl ist es, zu verhindern, dass das Rücktrittsrecht als Instrument für Marktspekulation missbraucht wird.¹⁰⁾ Ähnlich die Erläuterung zur Umsetzung der (ehemaligen) Vorgänger-Bestimmungen der Fernabsatz-Richtlinie 97/7/EG: Das auf die spezifischen Risiken im Fernabsatz zugeschnittene Rücktrittsrecht soll nicht dazu herangezogen werden, dem Unternehmer die Last einer von ihm nicht steuerbaren Preisentwicklung zu überbürden.¹¹⁾ Auch nach der Rsp in Deutschland ist es bei einem Rechtsgeschäft, dem der Charakter eines Spekulationsgeschäfts innewohnt, Sinn und Zweck der durch Art 16 lit b VRRl intendierten Ausnahme, dem Verkäufer nicht einseitig das Risiko einer volatilen Drittpreisbildung aufzuerlegen. Demzufolge sollte sich der Käufer bei günstigen Kursentwicklungen, innerhalb der Widerrufsfrist, nicht zu Lasten des Verkäufers einseitig vom Vertrag lösen können.¹²⁾

Die Volatilität von Kryptowährungen ist unstrittig und durchaus vergleichbar mit Aktien, Edelmetallen oder anderen Waren an Rohstoffbörsen.¹³⁾ Damit besteht insbesondere beim Handel mit Kryptowährungen das Risiko, dass dem Unternehmer die Last einer von ihm nicht steuerbaren Preisentwicklung aufgebürdet wird, weil der Preis der Kryptowährung (Referenzkurs) nicht vom Unternehmer bestimmt wird, sondern direkt an den durch Drittpreisbildung generierten Marktwert der spezifischen Kryptowährungen gekoppelt ist.¹⁴⁾ Hinzu kommt, wie bereits erwähnt, dass ein überwiegender Anteil von Käufern und Verkäufern die Kursspekulation als Hauptmotiv für Erwerb oder Verkauf angibt. Marktbeobachtungen zeigen ferner, dass versierte Arbitrage-Trader Kursschwankungen binnen Sekunden ausnützen. Bereits Waren, die verhältnismäßig weniger starken Schwankungen unterliegen, fallen unter § 18 Abs 1 Z 2 FAGG. Wollte man dessen analoge Anwendbarkeit für BTC-Einheiten in elektronischen Geldbörsen verneinen, könnte der Verbraucher das Widerrufsrecht *de facto* als Instrument für Marktspekulation missbrauchen, weil er bei schlechter Kursentwicklung binnen 14 Tagen ohne Angabe von Gründen vom Kaufvertrag zurücktreten könnte. § 18 Abs 1 Z 11 FAGG bietet uE keine sachgemäße Abhilfe, da Kryptowährungen auf dem Markt (unabhängig von der körperlichen oder unkörperlichen Ausgestaltung) derart großen Preisschwankungen unterliegen und der in Z 11 geregelte Rücktrittsausschluss (erst) ab Beginn der Vertragserfüllung/Lieferung dem Verbraucher geradezu die Möglichkeit eröffnet, auf Preisschwankungen innerhalb der Widerrufsfrist zu spekulieren. § 18 Abs 1 Z 2 lit soll gerade diese einseitige Überwäl-

zung auf den Unternehmer vermeiden (auch hier schadet der Vergleich mit Aktien, sonstigen Wertpapieren, Edelmetallen oder Waren an Rohstoffbörsen nicht).¹⁵⁾

Von Interesse ist ferner ein rezentes Urteil des BGH zum Ausschluss des Widerrufsrechts bei einer telefonischen Heizölbestellung.¹⁶⁾ Der BGH verneinte in dieser Entscheidung den (Ex-ante)-Ausschluss des Widerrufsrechts bei Geschäften, welche dem Verbraucher normalerweise zur Eigenversorgung und gerade nicht dazu dienen würden, durch einen etwaigen Weiterverkauf finanzielle Gewinne zu erzielen. Als maßgebendes Argument für diesen Ausschluss führt der BGH ins Treffen, dass Geschäfte über den Ankauf von Heizöl durch den Verbraucher keinen „spekulativen Kern“ aufweisen würden. Eine Spekulation auf Preise wird typischerweise bei jenen Geschäften vorliegen, bei denen der Verbraucher durch Weiterveräußerungen Gewinne erzielen oder bei fallenden Preisen am Markt innerhalb der Widerrufsfrist Geld sparen kann.¹⁷⁾ Zur Frage der Einordnung von Heizöl wäre es uE freilich zweckmäßig gewesen, diese Frage durch Vorlage an den EuGH zu klären (Art 267 AEUV). Umso mehr ist der EuGH anzurufen zur – in der Praxis häufigeren – Einordnung von Kryptowährungen. Legt man nämlich die Argumentationslinie des BGH über den „spekulativen Kern“ eines Rechtsgeschäfts auf Kryptowährungen um, so werden wohl – anders als bei Heizöl – die augenscheinlichen Spekulationsmotive bei BTC-Käufen bzw -Verkäufen eine entscheidende Rolle spielen, gepaart mit der nachweislich hohen Volatilität von Kryptowährungen (freilich unabhängig von der körperlichen oder unkörperlichen Ausgestaltung). Der dt Rsp folgend wäre das B2C-Geschäft auf einen möglichen „spekulativen Kern“ hin zu prüfen, bzw daraufhin, ob die Spekulationsmotive bei möglicher Ausübung des Rücktrittsrechts überwiegen. Vor dem Hintergrund der massiven Kursbewegungen bei Kryptowährungen ist uE jedenfalls davon auszugehen, dass bei einem B2C-An- oder -Verkauf von Kryptowährungen jedenfalls ein „spekulativer Kern“ ausgemacht werden kann. Ähnlich wie in der Rs *Hedqvist*¹⁸⁾ wird vermutlich kein Weg an einem klärenden EuGH-Vorabentscheidungsverfahren vorbeiführen. →

10) Vgl *Bydlinski/Lurger*, Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher (2012) 66.

11) Vgl *Geiger* in *Keiler/Klauser*, Österreichisches und Europäisches Verbraucherrecht (2015) § 18 FAGG Rz 4.

12) AG Borken 26. 2. 2014, 15 C 290/13.

13) Vgl auch die Entwicklungen rund um Kryptowährungen: VPE Bank bietet als erste Bank in Deutschland den Handel von Kryptowährungen an; Krypto-Fonds BITREAL hat eine Vertriebszulassung von BaFin (DE) erhalten; Goldman Sachs stellt einen eigenen Trader mit Kryptowährungen ein; s www.btc.echo.de (28. 4. 2018).

14) Nicht gemeint ist eine Schwankung des zwischen Unternehmer und Verbraucher vereinbarten Preises: vgl *Tamm/Tonner*, (Deutsches) Verbraucherrecht² § 312 g Abs 1 Nr 8 BGB Rz 177.

15) Zur unternehmensschützenden Bestimmung der dt Bestimmung des § 312 g Abs 2 Nr 8 BGB etwa: BGH 17. 6. 2015, VIII ZR 249/14 Rn 25 mwN.

16) BGH 17. 6. 2015, VIII ZR 249/14.

17) *Föhlich* in *Hoeren/Sieber/Holznapel*, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 13.4, ErgLfg 45, Stand Juli 2017, Rz 296.

18) EuGH 22. 10. 2015, C-264/14, *Hedqvist*, zur umsatzsteuerrechtlichen Einordnung von Bitcoin.

→ In Kürze

Die sachenrechtliche Einordnung von Kryptowährungen und die Unterteilung in körperliche und unkörperliche Kryptowährungen bewirken unterschiedliche Herangehensweisen beim Rücktrittsrecht im B2C-Verhältnis: Ein Unternehmer, der im Fernabsatz mit einem Verbraucher über BTC-Einheiten in Form einer körperlichen Ware (BTC-Einheiten auf einem Datenträger) kontrahiert, kann sich auf den (Ex-ante-)Rücktrittsausschluss beziehen, da der „Preis von Schwankungen auf dem Finanzmarkt abhängt, auf die der Unternehmer keinen Einfluss hat und die innerhalb der Rücktrittsfrist auftreten können“ (§ 18 Abs 1 Z 2 FAGG). Im Gegensatz dazu ist es einem Unternehmer verwehrt, der im Fernabsatz mit einem Verbraucher über exakt dieselben BTC-Einheiten in Form eines unkörperlichen, digitalen Inhalts (BTC via elektronischer Geldbörse) kontrahiert, das Rücktrittsrecht des Verbrauchers ex ante auszuschließen. Der Unternehmer ist in letzterem Fall darauf reduziert, das bestehende Rücktrittsrecht des Verbrauchers lediglich unter Einhaltung der strengen Voraussetzungen für digitale Inhalte auszuschließen (§ 18 Abs 1 Z 11 FAGG).



Im Hinblick auf andere Waren, die sehr wohl unter die Ex-ante-Rücktrittsregelung fallen oder vom Anwendungsbe- reich des FAGG ausgenommen sind (etwa Wertpapiere, Edelmetalle, Gas, Strom), sowie vor dem Hintergrund der wenig schützenswerten Interessen eines Verbrauchers, der auf Kosten des Unternehmers auf Kursänderungen spekuliert, ist eine analoge Anwendung des § 18 Abs 1 Z 2 FAGG geboten, um Wertungswidersprüche und Missbrauch beim Rücktrittsrecht (für BTC-Einheiten in körperlicher versus BTC-Einheiten in unkörperlicher Form) zu vermeiden.

→ Zum Thema

Über die Autoren:

Dr. Arthur Stadler ist Rechtsanwalt, Andreas Johannes Pfeil, LL. M. (WU), ist Rechtsanwaltsanwärter bei der ua auf Kryptowährungen und Blockchain-Anwendungen spezialisierten RA-Kanzlei Stadler Völkel Rechtsanwälte GmbH in Wien.

E-Mails: arthur.stadler@svlaw.at, andreas.pfeil@svlaw.at, Internet: www.svlaw.at

[AGB-RECHT]

Rechtsprechung

Bearbeitet von Petra Leupold und Beate Gelbmann

VbR 2018/51

§ 6 Abs 3 KSchG;
§ 27 Abs 3,
§ 29 Abs 1 ZaDiG

OGH 20. 2. 2018,
10 Ob 60/17 x

Zustimmungs-
fiktion;

Entgeltänderung;

Rahmenvertrags-
änderungen;

Haftungs-
höchstbetrag

→ Erklärungsfiktionsklauseln nächster Generation

Im Hinblick auf das aus dem Transparenzgebot (§ 6 Abs 3 KSchG) abzuleitende Vollständigkeitsgebot muss der Verbraucher von Anfang an auch über die Gründe und die maßgeblichen Indizes für eine

Die Entscheidung:

Verbandsverfahren (§ 28 KSchG):

Zustimmungsfiktion

Die AGB der bekl Bank enthielten mehrere Zustimmungsfiktionsklauseln. So war eine Entgeltänderung via Erklärungsfiktion möglich, wenn diese durch das Dreifache der Veränderung des VPI-Werts begrenzt war; zusätzlich musste die Entgeltanpassung der sich aus Folgendem ergebenden Kostenentwicklung entsprechen: „Die [...] Entwicklung der Kosten, die dem Kreditinstitut im Zusammenhang mit der jeweiligen Dauerleistung entstehen, weicht unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden sachlich gerechtfertigten Umstände (insbesondere Veränderung der gesetzlichen und aufsichtsbehördlichen Rahmenbedingungen, Veränderungen des Personal- oder Sachaufwandes) von der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ab [...].“

Die Klausel lässt den Verbraucher über die Gründe, die in Hinkunft mittels Zustimmungsfiktion zu Entgelt- bzw Zinsanpassungen führen sollen, im Unklaren. Die Parameter, die für eine Entgelterhöhung mittels Zustimmungsfiktion eine Rolle spielen, müssen aus der Klausel selbst hervorgehen, damit diese dem Transparenzgebot entspricht. Der Hinweis auf „alle in Betracht kommenden sachlich gerechtfertigten Umstände“ schafft der Bekl einen Ermessensspielraum, auf (aus welcher Ursache auch immer) gestiegene Kosten durch Entgelterhöhungen zu reagieren. Mangels

Entgelterhöhung mittels Zustimmungsfiktion informiert werden, andernfalls bleiben die Auswirkungen der Klausel für ihn unklar.

Gewichtung der als „sachlich gerechtfertigt“ anzusehenden Umstände könnte die Bekl auch auf eigene betriebswirtschaftliche (allenfalls auch: Fehl-)Entscheidungen zurückzuführende Kostensteigerungen zum Anlass für Entgelterhöhungen nehmen. Enthält die Klausel in Wirklichkeit eine dem Grund nach nicht näher konkretisierte, unbeschränkte Möglichkeit der Vertragsänderung mittels Erklärungsfiktion, ist der Verweis auf „sachlich gerechtfertigte“ Umstände als intransparent anzusehen.

Die Zustimmungsfiktionsklausel für Soll- und Habenzinsen war ähnlich gestaltet, es war aber zum einen eine betragliche Schranke von 0,5 Prozentpunkten eingezogen und unter den als sachlich gerechtfertigten Umständen waren zusätzlich die Veränderungen auf dem Geld- oder Kapitalmarkt und der Refinanzierungskosten (Letzteres nur bei den Sollzinsen) aufgelistet, dafür fehlte das Wort „insbesondere“. Eine Änderung des Zinssatzes war frühestens zwei Jahre nach Beginn der Zinssatzvereinbarung zulässig. Der OGH verwies hier auf die obige Klausel. Allein die Begrenzung der Höhe nach um je 0,5 Prozentpunkte stellt kein Äquivalent dafür dar, dass es an einer sachlichen Determinierung für den Grund der in Aussicht genommenen Entgeltanpassungen mangelt. Weiters sind nach Ablauf von zwei Jahren für Zinsanpassungen keine zeitlichen Beschränkungen mehr vorgesehen, so dass eine jeweils 0,5%ige Anpassung beliebig oft erfolgen könnte.