

FinTech-Handbuch

Möslein / Omlor

2. Auflage 2021
ISBN 978-3-406-75449-4
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

355; *Fuchs*, Wertpapierhandelsgesetz, 2. Aufl. 2016; *Grunewald/Schlitt*, Einführung in das Kapitalmarktrecht, 4. Aufl. 2020; *Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann*, beck-online Grosskommentar BGB, [Stand 1.4., 1.8. bzw. 1.10.2020]; *Gstädtner/Elicker*, Zur Erlaubnispflicht für kollektive Anlagemodelle nach § 32 KWG – Gerichte widersprechen BaFin-Praxis zu Finanzkommissionsgeschäft und Investmentgeschäft, BKR 2006, 437; *Hacker/Thomale*, Crypto-Securities Regulation: ICOs, Token Sales and Cryptocurrencies under EU Financial Law, 2017, unter: <https://ssrn.com/abstract=3075820> (abgerufen am 19.11.2020); *Jauernig*, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2015; *Kaulartz/Matzke*, Die Tokenisierung des Rechts, NJW 2018, 3278; *Keding*, Die aufsichtsrechtliche Behandlung von Machine-to-Machine-Zahlungen unter Rückgriff auf Peer-to-Peer-Netzwerke, WM 2018, 64; *Kleinert/Meyer*, Elektronische Wertpapiere und Krypto-Token, EuZW 2019, 857; *Kirschbaum/Stepanova*, Widerrufsrecht beim Handel mit Kryptowährungen, BKR 2019, 286; *Klöhn*, Ad-hoc-Publizität und Insiderverbot nach „Lafonta“, NZG 2015, 809; *Krüger/Lampert*, Augen auf bei der Token-Wahl – privatrechtliche und steuerliche Herausforderungen im Rahmen eines Initial Coin Offering, BB 2018, 1154; *Langenbacher/Bliesener/Spindler*, Bankrechts-Kommentar, 3. Auflage 2020; *Lerch*, Bitcoin als Evolution des Geldes: Herausforderungen, Risiken und Regulierungsfragen, ZBB 2015, 190; *Maume/Maute*, Rechtshandbuch Kryptowerte, 2020; *Moritz/Klebeck/Jesch*, Hrsg., Frankfurter Kommentar zum Kapitalanlagegesetz, Band 1: KAGB (Kapitalanlagegesetzbuch), 2016; Münchner Kommentar, BGB, 8. Aufl. 2018; *Münzer/BaFin*, Bitcoins: Aufsichtsrechtliche Bewertung und Risiken für Nutzer, https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2014/fa_bj_1401_bitcoins.html (abgerufen am 5.12.2020); *Nägele*, Sekundärmarkt für Security Token, 2020; *Nathmann*, Token in der Unternehmensfinanzierung, BKR 2019, 540; *Nobbe*, Prospekthaftung bei geschlossenen Fonds – Ein Überblick über die Rechtsprechung insbesondere des Bundesgerichtshofs –, WM 2013, 193; *Resas/Ulrich/Geest*, Kryptoverwahrung nach dem KWG: Der Versuch einer Konturierung des neuen Erlaubnistatbestandes, ZBB 2020, 22; *Schimanski/Bunte/Lwowski*, Bankenrechts-Handbuch, 5. Auflage 2017; *Rückert*, Vermögensabschöpfung und Sicherstellung von Bitcoins – Neue juristische Herausforderungen durch die ungeklärte Rechtsnatur von virtuellen Währungseinheiten, MMR 2016, 295; *Schneider*, Anlegerschutz – Haftung aus Prospekt und Verschulden bei Vertragsverhandlungen Praktische Erläuterungen zu den einzelnen Haftungsgrundlagen, MDR 2016, 496; *Schwennicke/Auerbach*, Kreditwesengesetz (KWG), 4. Aufl. 2020; *Schneider/Anzinger*, Umgehung und missbräuchliche Gestaltungen im Kapitalmarktrecht oder: Brauchen wir eine § 42 AO entsprechende Vorschrift im Kapitalmarktrecht?, ZIP 2009, 1; *Spindler/Bille*, Rechtsprobleme von Bitcoins als virtuelle Währung, WM 2014, 1357; *Vedder/Heintschel von Heinegg*, Hrsg., Europäisches Unionsrecht, 2. Aufl. 2018; *Veil*, Europäisches Kapitalmarktrecht, 2. Aufl. 2014; *Voß*, EuGH: Verhinderung von Insider-Geschäften verlangt die Offenlegung auch solcher Informationen, deren konkreter Kurseinfluss noch nicht bestimmt werden kann, BB 2015, 788; *Walter*, Bitcoin, Libra und sonstige Kryptowährungen aus zivilrechtlicher Sicht, NJW 2019, 3609; *Weitmayer/Boxberger/Anders*, KAGB, 2. Aufl. 2017; *Zeidler*, Irrungen und Wirrungen – Die unzulängliche staatliche Regulierung im Geldwäscherecht, CCZ 2014, 105; *Zöllner*, Kryptowerte vs. Virtuelle Währungen, BKR 2020, 117.

Dieser Beitrag beschäftigt sich mit den allgemeinen, rechtlichen Fragen im Zusammenhang **1** mit der Nutzung von Blockchain-Anwendungen. Dies setzt zunächst ein Verständnis für (1.) die unterschiedlichen Arten von Blockchain-Architekturen, (2.) den Charakter von Smart Contracts sowie (3.) den von Token voraus.¹

I. Blockchain-Typen

Die verschiedenen Blockchain-Typen (→ § 5 Rn. 40) lassen sich aus zwei verschiedenen **2** Blickwinkeln differenzieren: Der Frage, wer einen Knotenpunkt (sog. „nodes“) der jeweiligen Blockchain betreiben kann, und der Frage, wer Transaktionen oder andere Datenspeicherungen auf der betreffenden Blockchain initiieren, also die Blockchain nutzen kann.

Je nachdem, ob jeder oder nur ein eingeschränkter Kreis von Teilnehmern einen **3** Knotenpunkt betreiben kann, spricht man von einer offenen („permissionless“) Blockchain versus einer geschlossenen („permissioned“) Blockchain. Abhängig davon, wer eine Datenspeicherung oder Transaktion auf der Blockchain veranlassen kann, spricht man von einer öffentlichen oder einer privaten Blockchain („public blockchain“ versus „private blockchain“).

¹ Der folgende Beitrag beruht in Teilen auf den Erkenntnissen der Arbeitsgruppe Finanzen des Blockchain Bundesverbandes, die diese in ihrer Veröffentlichung „Regulierung von Token“ v. 6.4.2018 verarbeitet hat (<https://www.bundesblock.de/2018/04/06/token-regulation-paper/>). Die Autorin bedankt sich bei den Mitautoren dieser Veröffentlichung für die kontinuierliche, hervorragende Zusammenarbeit in der Arbeitsgruppe: Prof. Dr. Heribert Anzinger, Natalie Eichler, Stephanie Fischer, Dr. Christoph Gringel, Dr. Sebastian Keding, Dr. Ian Maywald, Daniel Resas, Prof. Dr. Philipp Sandner, Tobias Seidl, Mag. Elfi Sixt und Dr. Thorsten Voß.

4 Das folgende Schaubild soll diese Unterscheidungen veranschaulichen:

		Validation	
		Permissionless	Permissioned
Access	Public	Bitcoin Altcoin Ethereum ...	open to public but acceptance of certain governance rules required IPDB ripple Sovrin
	Private	Hyperledger Sawtooth (in permissionless mode)	<u>single entity</u> e.g. internal <u>firmwide</u> Blockchain Eris (Monax) <u>consortium</u> R3 Corda Hyperledger

Abbildung 1: Offene und geschlossene Blockchain/Öffentliche und private Blockchain

- 5 Der Prototyp der öffentlichen offenen Blockchain ist Bitcoin. Ethereum ist ein weiterer, bekannter Vertreter dieser Art der Blockchain. Im Rahmen dieser Blockchains stellen sich vielfältige, neue Rechtsfragen, von denen etliche weiterhin ungeklärt sind.
- 6 Von besonderem Interesse dabei ist die Frage nach der Rechtsbeziehung zwischen den Transaktionsparteien und den Betreibern von Knotenpunkten. Vereinzelt wurde diskutiert, ob ein Vertragsschluss zwischen Nodes-Betreibern und den entsprechenden Transaktionsparteien angenommen werden kann.² In Betracht käme ein Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne einer korrekten Prozessierung der ausgelösten Transaktion zwischen dem Knotenpunkt-Betreiber und der initiiierenden Transaktionspartei, ggf. mit Schutzwirkung zugunsten des Begünstigten einer Transaktion.
- 7 Ein Vertragsschluss setzt Angebot und Annahme voraus. Ein Angebot auf Vertragsschluss muss stets mit dem aus Sicht eines verständigen Adressaten erkennbaren Willen des Anbietenden einhergehen, mit dem Angebot eine rechtliche Bindung zu bewirken.³ Insofern erscheint bereits zweifelhaft, ob insbesondere einem Knotenpunkt-Betreiber einer öffentlichen, offenen Blockchain überhaupt der Wille zur Erklärung eines Angebots oder einer Annahme auf Abschluss eines rechtsverbindlichen Geschäftsbesorgungsvertrages unterstellt werden kann. Aus Sicht des Knotenpunkt-Betreibers unterstützt er ein dezentrales System mit der Zurverfügungstellung von Prozessorleistung und wird hierfür durch den Erhalt von Mining-Rewards und/oder Transaktionsgebühren entlohnt. Die Transaktionsparteien nutzen dieses dezentrale System für ihre Zwecke und entrichten hierfür entsprechend Transaktionsgebühren. Sie suchen aber regelmäßig nicht einen bestimmten Node-Betreiber aus und entlohnen speziell diesen. Sie interagieren vielmehr mit dem Netzwerk als solchem, ohne dass dieses Netzwerk als Ganzes einem Betreiber, also einer Person oder einem Unternehmen, zugeordnet werden kann. Die Annahme eines individuellen Vertragsschlusses erscheint vor diesem Hintergrund sehr konstruiert. Insgesamt stellen dezentrale Systeme eine neue Erscheinungsform sozialer Interaktion dar, bei der die individuellen und/oder gemeinschaftlichen Verantwortlichkeiten der Beteiligten noch ungeklärt sind und deren sachgerechte Erfassung in vielerlei Hinsicht ein Überdenken der bislang bekannten Instrumente rechtlicher Gestaltung erfordern.

² Vgl. Bitkom, „Blockchain #Banking – Ein Leitfaden zum Ansatz des Distributed Ledger und Anwendungsszenarien“, 2016, S. 39, unter: <https://www.bitkom.org/sites/default/files/file/import/161104-LF-Blockchain-final-2.pdf> (abgerufen am: 19.11.2020).

³ MüKoBGB/Busche § 145 Rn. 7.

Recht häufig wird inzwischen mit privaten geschlossenen Blockchains experimentiert. ⁸ Hier sind weder der Kreis der Knotenpunkt-Betreiber noch der der Nutzer öffentlich frei zugänglich, sondern vorbestimmt bzw. kontrolliert. Private geschlossene Blockchains haben sich überwiegend in Industriekonsortien entwickelt (Corda von R3, Hyperledger). Aber auch die European Blockchain Services Infrastructure (EBSI), ein Blockchain-Netzwerk der EU-Mitgliedsstaaten nebst Liechtenstein und Norwegen mit aktuell 25 „live nodes“ und weiteren elf im Aufbau, gehört in diese Kategorie. Sie werden häufig auch als distributed ledgers bezeichnet, um sie von den „eigentlichen“ öffentlich/offenen Blockchains abzugrenzen. Die sich in dem Zusammenhang dieser DLT Systeme stellenden Rechtsfragen sind tendenziell geläufigerer Natur, da die Nutzung von privaten/geschlossenen Netzwerken häufig lediglich eine technologische Neuerung darstellt, ohne die zugrundeliegenden Vertragsbeziehungen grundlegend zu ändern.

Varianten der öffentlichen geschlossenen Blockchains, also solcher mit vorherbestimmtem Knotenpunkt-Betreiberkreis aber öffentlich frei zugänglicher Nutzung, erfreuen sich inzwischen wachsender Beliebtheit. Aufgrund der Schwierigkeiten, für die öffentlich/offenen Blockchains eine verbindliche Governance zu schaffen und die Rechtsbeziehungen zwischen den Nutzern der Blockchain und den Betreibern der Knotenpunkte rechtlich abzubilden, wird zunehmend in diesem Bereich experimentiert. Der Erkenntnisgewinn aus der Auseinandersetzung mit Governance-Modellen und ihrer rechtlichen Umsetzung wird im Laufe der Zeit auch zu einem besseren Verständnis der öffentlich/offenen Blockchains führen. ⁹

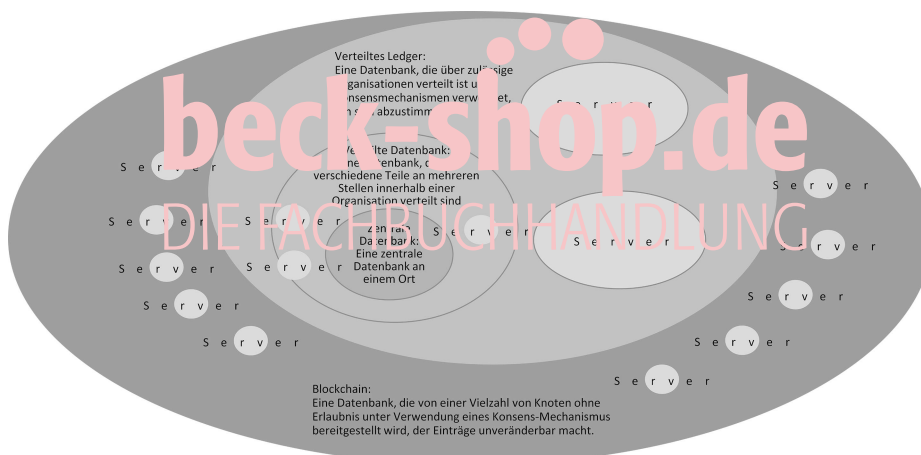


Abbildung 2: Von zentralen zu Blockchain Datenbanken

Ein Beispiel einer öffentlich/geschlossenen Blockchain ist die Interplanetary Database, ¹⁰ die von einem deutschen Verein zu Forschungszwecken aufgebaut werden soll. Bei dieser öffentlichen Blockchain sollen nur die Mitglieder des Vereins Knotenpunkte betreiben können, so dass die Betreiber der Knotenpunkte sich über ihre Mitgliedschaft bestimmten Governance-Regeln auch rechtlich verbindlich unterwerfen. Auch aufgrund der noch fehlenden Skalierbarkeit öffentlich/offener Blockchains einerseits sowie der Erkenntnis aus etlichen Machbarkeitsstudien (Proof of Concept) andererseits, dass sich der eigentliche Mehrwert auf Basis reiner privat/geschlossener Blockchains kaum heben lässt, entwickeln zunehmend Projekte auf Basis der open source Protokolle öffentlich/offener Blockchains (insbesondere Ethereum) eigene „Neben“-Chains (Side Chains), die mit Proof of Authority arbeiten, also einem regulierten Zugang zu dem Betreiben der Knotenpunkte.

II. Smart Contracts

- 11 Nicht notwendigerweise, aber regelmäßig verknüpft mit Blockchains sind darauf ablaufende Smart Contracts (→ § 5 Rn. 42 ff.). Smart Contracts bezeichnet Software, die definierte Wenn-Dann-Beziehungen automatisiert vollziehen. Als solche sind sie keine Verträge im Rechtssinne, sie können aber bestimmte Vertragsteile umsetzen oder durchführen, die solcher Automatisierung zugänglich sind. In der idealen Welt der Coder Community lässt sich alles in dieser Form automatisieren („Code is Law“). Davon sind wir realiter aber, trotz aller Entwicklungen im Bereich der künstlichen Intelligenz, noch weit entfernt. Menschlich lesbare Verträge („Prosa-Verträge“) werden noch geraume Zeit ihre Relevanz behalten. Graubereiche und Regelungslücken sind bekanntlich unvermeidbar, schon aufgrund der Tatsache, dass sich die Zukunft nicht exakt vorhersagen lässt. Smart Contracts treffen insofern auf dieselben Schwierigkeiten wie die herkömmlichen Prosa-Verträge: Sie basieren immer auf den Annahmen zum Zeitpunkt ihres Entstehens und können zukünftige Entwicklungen nur eingeschränkt antizipieren. Dies gilt für unerwartete Veränderungen der Faktenlage ebenso wie Änderungen von Gesetzen oder deren gerichtliche Auslegung. Daher greift in der Praxis weiterhin der duale Ansatz: Smart Contracts werden de facto stets von einem (konkludent oder besser in menschlicher Sprache ausformulierten) Vertrag begleitet, nach dem sich im Ergebnis auch die rechtlichen Konsequenzen richten, insbesondere in Streitfällen.
- 12 Jede Art von Smart Contract wird ferner allgemeine Geschäftsbedingungen statuieren, da diese Art von automatisierten Geschäftsvorgängen grundsätzlich für eine Vielzahl von Verwendern gedacht ist und einseitig gestellt werden.⁴ Daher ergibt sich bereits aus § 305 Abs. 2 BGB der allgemeine Grundsatz, dass der Vertragspartei die Möglichkeit zu verschaffen ist, in zumutbarer Weise von dem Inhalt des Vertrages Kenntnis zu nehmen. Nach § 307 Abs. 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Software allein dürfte generell nicht für alle Nutzer „klar und verständlich“ in diesem Sinne sein. Für einen wirksamen Vertragsschluss ist ein begleitender Prosa-Vertrag daher für Smart Contracts weiterhin unerlässlich.
- 13 Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch, dass – für Juristen selbstverständlich – nicht der Wille des Programmierers des Smart Contracts entscheidend ist. Ebenso wenig kommt es bei Prosa-Verträgen auf den Willen der den Vertragsabschluss gegebenenfalls begleitenden Rechtsanwälte an. Der BGH hat betont, dass „Für die Auslegung [von] Erklärungen ist aber nicht auf die automatisierte Reaktion des Computersystems abzustellen [...]. Nicht das Computersystem, sondern die Person (oder das Unternehmen), die es als Kommunikationsmittel nutzt, gibt die Erklärung ab oder ist Empfänger der abgegebenen Erklärung. Der Inhalt der Erklärung ist mithin nicht danach zu bestimmen, wie sie das automatisierte System voraussichtlich deuten und verarbeiten wird, sondern danach, wie sie der menschliche Adressat nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte verstehen darf.“⁵
- 14 Interessant ist auch der Gedanke, dass Smart Contracts unter Umständen in das Gewaltmonopol des Staates eingreifen können. Das Gewaltmonopol des Staates soll Faustrecht und Selbstjustiz unterbinden. Ausprägungen hiervon sind unter anderem der Besitzschutz des Mieters gegen den Eigentümer. Anwendungsfälle wie die digitale Wohnraummiete mit elektronischem Türschloss, das sich nach der vereinbarten (und bezahlten) Mietdauer selbstständig verschließt, können schnell in Konflikt mit Regeln wie §§ 854, 858 Abs. 1 u. 2, 861 BGB geraten.

⁴ Zu den speziellen AGB-Anforderungen an ICO und mit Bsp.: *Krüger/Lampert* BB 2018, 1154 (1157 f.).

⁵ BGH MMR 2013, 296 Rn. 17.

Unabhängig von diesen rechtstheoretischen Überlegungen darf aber nicht übersehen werden, dass in der Praxis das Leben bereits weitreichend durch automatisierte Vorgänge geprägt ist. Die herkömmlichen Prosa-Verträge werden praktisch oft nur noch ungelesen mit einem Klick bestätigt und die angebotene Anwendung in der Form hingenommen, wie sie angeboten wird. Die digitale Infrastruktur unserer Gesellschaft wird weitgehend unbehelligt von Privatunternehmen aufgebaut und zur Verfügung gestellt, was zu enormen Machtkonzentrationen geführt hat. Die Unzufriedenheit mit dieser Entwicklung ist ein wesentlicher Treiber der Blockchain-Bewegung. 15

III. Token

Öffentliche/offene Blockchains⁶ setzen regelmäßig einen mit dieser Blockchain verknüpften Token für die Inzentivierung der Betreiber von Knotenpunkten oder dem Setzen bestimmter Anreize für die Nutzer voraus. Diese sog. nativen Token sind für den Betrieb der jeweiligen Blockchain essentiell, sie ermöglichen die Steuerung der Verwendung und Aufrechterhaltung der Blockchain. Diese Art von Token wird Kryptowährung genannt, da sie zum Ausgleich für bestimmte Verhaltensweisen, quasi zu Zahlungszwecken, zwischen den Beteiligten ausgetauscht wird. 16

Neben den Kryptowährungen gibt es weitere Formen von Token, die u. a. Ansprüche gegen jemanden (regelmäßig den Aussteller des Tokens) oder auch ein Recht an etwas repräsentieren sollen und denjenigen, der die Verfügungsgewalt über den betreffenden Token besitzt, als Inhaber ausweisen sollen. Je nachdem, ob dieser Anspruch auf eine finanzielle Leistung oder ein Wirtschaftsgut (wie zB ein Nutzungsrecht) gerichtet ist, spricht man von einem Wertpapier-Token⁷ oder Utility-Token.⁸ Teilweise wird auch der Begriff der Investment-Token verwendet, welcher dann wiederum in Debt- bzw. Equity-Token unterteilt wird.⁹ Die „Rechtetoken“ können z. B. das Eigentums- oder Nutzungsrecht an einem Gegenstand oder Recht repräsentieren oder auch Mitgliedschafts-, Teilhabe- oder Stimmrecht (sog. Governance Token). Andere Token sollen nur den Nachweis über bestimmte Zustände oder Attribute darstellen (z. B. Provenance Token, also Herkunftsnachweise). Erfüllt ein Token mehr als eine Funktion, so spricht man von einem Hybrid-Token.¹⁰ 17

1. Rechtliche Qualifikation von Token als digitalem „Gegenstand“

Token sind eigene Software-Programm(teile), die zu Einträgen in der jeweiligen Blockchain führen. Als solche sind sie weder Sache noch Recht¹¹ – ein bekanntes Problem bei elektronisch gespeicherten Daten und Software. Die Eigentumsfähigkeit ist nach deutschem 18

⁶ → Rn. 2 ff.

⁷ Blockchain Bundesverband, Regulierung von Token, 2018, S. 11, unter: https://www.bundesblock.de/wp-content/uploads/2018/04/180406-Token-Regulation-Paper-Version-2.0-deutsch_clean_14.00.pdf (abgerufen am: 19.11.2020); s. auch BaFin, Initial Coin Offerings: Hinweisschreiben zur Einordnung als Finanzinstrumente (GZ: WA 11-QB 4100-2017/0010), 2018, unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Merkblatt/WA/dl_hinweisschreiben_einordnung_ICOs.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (abgerufen am: 19.11.2020); *Kleinert/Meyer* EuZW 2019, 857 (858).

⁸ Blockchain Bundesverband, Regulierung von Token, 2018, S. 11, unter: https://www.bundesblock.de/wp-content/uploads/2018/04/180406-Token-Regulation-Paper-Version-2.0-deutsch_clean_14.00.pdf (abgerufen am: 19.11.2020); so auch: *Keding* WM 2018, 64 (66 f.); *Kleinert/Meyer* EuZW 2019, 857 (858) → Rn. 16 ff. für weitere Details.

⁹ Vgl. *Krüger/Lampert* BB 2018, 1154 (1155).

¹⁰ Zu weiteren Tokengruppen s. *Kaulartz/Matzke* NJW 2018, 3278 (3279f).

¹¹ *Baier* CCZ 2019, 123 (125f); *Kleinert/Meyer* EuZW 2019, 857 (859); *Langenbucher/Bliesener/Spindler/Langenbucher/Hoche/Wentz*, 11. Kapitel Rn. 35 und 38; *Nathmann* BKR 2019, 540 (542); *Rückert* MMR 2016, 295 (296); *Walter* NJW 2019, 3609 (3611), der aber auf die Unterschiede von Token zu „normaler“ Software hinweist und sich für Analogie zu § 90 BGB ausspricht.

Rechtsverständnis von der Speicherung und damit Verkörperung auf einem gegenständlichen Datenträger abhängig.¹²

- 19 Token sind in der Blockchain und damit nicht auf einem individuell zuordenbaren Datenträger gespeichert, der das Eigentum an dem Token vermitteln könnte.¹³ Token als solche fallen daher aus dem Schutzbereich der absoluten Rechte heraus.¹⁴ Sie genießen weder sachenrechtlichen Schutz noch ist an ihnen ein gutgläubiger Erwerb möglich.¹⁵ Individuell gespeichert werden kann hingegen der korrespondierende private kryptografische Schlüssel¹⁶. Token als solche können daher nur „sonstige Gegenstände“ im Sinne von § 453 Abs. 1 BGB sein.¹⁷ Hierunter fallen Rechtsobjekte, die weder Sachen noch Rechte sind, aber im Rechts- und Wirtschaftsverkehr gegen Entgelt zur Verfügung gestellt werden.¹⁸ Bei einem Kauf digitaler Güter unabhängig von einem physischen Speichermedium handelt es sich nach allgemeiner Rechtsauffassung damit um den Kauf sonstiger Gegenstände.¹⁹ Die Regelungen über den Sachkauf finden nach § 453 Abs. 1 BGB entsprechende Anwendung. Verschafft werden muss in diesem Fall kein Eigentum, sondern vielmehr eine faktische Zugriffsmöglichkeit. Wird ein Token gegen Kryptowährung erworben, so stellt dies einen Tausch dar, auf den nach § 480 BGB ebenfalls die Regelungen über Kaufverträge entsprechende Anwendung finden.²⁰ Nur bei dem Verkauf von privaten kryptographischen Schlüsseln auf einem physischen Datenträger (USB Stick oder auch Papier) verbleibt es bei der unmittelbaren Anwendung des Kaufvertragsrechts.
- 20 Die Unterscheidung zwischen Kauf (Ware gegen gesetzliche Zahlungsmittel) und Tausch (Ware gegen Wirtschaftsgut beliebiger Art) findet sich interessanterweise nicht, jedenfalls nicht ausdrücklich, bei anderen Vertragstypen. Soweit von „Vergütung“, „Miete“ oder Zahlung eines „Preises“ oder „Entgelts“ die Rede ist, muss diese Gegenleistung nicht notwendigerweise in Form eines gesetzlichen Zahlungsmittels erbracht werden.²¹ Die Parteien können sich auf andere Mittel zur Begleichung der Gegenleistung einigen, also auch Token beliebiger Art. Ohne eine solche Einigung ist aber niemand verpflichtet, Kryptowährungen oder andere Token als Bezahlung zu akzeptieren.
- 21 Recht offensichtlich scheint zu sein, dass die meisten Token eine Gattungsschuld darstellen, da der – jedenfalls typische handelbare – Token gleichartig und austauschbar mit Token derselben Art ist, auch wenn es von ihm keine „mittlere Art und Güte“ gibt.²² Eine Ausnahme hierzu bildet die Gruppe der non-fungible Token, bei denen jeder einzigartig und damit gerade nicht beliebig austauschbar ist. Bekanntester Vertreter dieser non-fungible Token sind die CryptoKitties, bei denen jeder Token einmalig ist. Daraus folgt auch, dass es nur bei non-fungible Token zu einer Befreiung von der Leistungspflicht aufgrund von Unmöglichkeit kommen kann. Wird hingegen ein „normaler“ Token verkauft, so trifft den Verkäufer eine Beschaffungspflicht.²³

¹² BGHZ 102, 143 f. = NJW 1988, 406; BGH NJW 1990, 321; NJW-RR 1986, 219; eingehend Beck-OGK/Spindler (Stand: 1.8.2020) BGB § 823 Rn. 135 ff.; vgl. König NJW 1993, 3123 f.; MüKoBGB/Wagner § 823 Rn. 219 f.

¹³ Langenbucher/Bliesener/Spindler/Langenbucher/Hoche/Wentz, 11. Kapitel Rn. 35 spricht von „gesteigerter Immaterialität“.

¹⁴ Langenbucher/Bliesener/Spindler/Langenbucher/Hoche/Wentz, 11. Kapitel Rn. 39; Rückert MMR 2016, 295 (296); Walter NJW 2019, 3609 (3611).

¹⁵ Nathmann BKR 2019, 540 (542).

¹⁶ Zum privaten Schlüssel → Rn. 133.

¹⁷ Baier CCZ 2019, 123 (126); Langenbucher/Bliesener/Spindler/Langenbucher/Hoche/Wentz, 11. Kapitel Rn. 30; Kirschbaum/Stepanova BKR 2019, 286 (288); als wenig „kennzeichnungskräftig“ sieht dies aber BeckOGK/Köndgen § 675c Rn. 132.1.

¹⁸ Palandt/Weidenkaff § 453 Rn. 5; BeckOGK/Wilhelmi (Stand: 1.8.2020) BGB § 453 Rn. 145.

¹⁹ BeckOGK/Wilhelmi (Stand: 1.8.2020) BGB § 453 Rn. 147.

²⁰ So auch Terlau in → § 20 Rn. 23 ff.; Engelhardt/Klein MMR 2014, 355 (359); Langenbucher/Bliesener/Spindler/Langenbucher/Hoche/Wentz, 11. Kapitel Rn. 25; a.A.: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann-Freitag, Beck OGK BGB § 244 Rn. 28.

²¹ Langenbucher/Bliesener/Spindler/Langenbucher/Hoche/Wentz, 11. Kapitel Rn. 23 f.

²² Langenbucher/Bliesener/Spindler/Langenbucher/Hoche/Wentz, 11. Kapitel Rn. 31.

²³ Langenbucher/Bliesener/Spindler/Langenbucher/Hoche/Wentz, 11. Kapitel Rn. 31.

Die obigen Erwägungen setzen voraus, dass deutsches Recht überhaupt Anwendung 22 findet.²⁴ Ein wichtiger Grundsatz des allgemeinen Völkerrechts, so wie es in der Charta der Vereinten Nationen niedergelegt ist, ist der der nationalen Souveränität. In dem eigenen Hoheitsgebiet hat jeder Staat weitreichenden Spielraum zur Regelung der dortigen Rechtsverhältnisse. Im Kollisionsrecht finden sich entsprechend Zuordnungen für (Eigentums-) Rechte zu bestimmten Jurisdiktionen, die entweder an die Belegenheit einer Sache oder dem Aufenthalt der beteiligten Personen anknüpfen. Da – jedenfalls aus deutsch-rechtlicher Perspektive – an einem Token kein Eigentum bestehen kann, sondern über ihn rein faktisch verfügt wird, erscheint die Anknüpfung an den- oder diejenigen konsequent, die tatsächlich auf den Token zugreifen können. Die rechtliche Bewertung ändert sich in dem Fall also mit einer grenzüberschreitenden „Weiterreichung“ des faktischen Zugriffs. Anders wäre dies, wenn man parallel zu dem Forderungsstatut nach Art. 14 Abs. 2 Rom I Verordnung stets an dem Recht festhielte, dem ein Token zur Zeit seiner Entstehung unterlag. Sofern es einen Emittenten für Token gibt, könnte dieser per ausdrücklicher Rechtswahl die anwendbare Jurisdiktion bestimmen oder es könnte auf seinen Sitz/Aufenthaltsort zurückgegriffen werden. Entsprechend der Regelung für Finanzinstrumente in Art. 6 Abs. 4d) Rom I-Verordnung (soweit nicht ohnehin unmittelbar anwendbar) sollte auch die grundsätzliche Privilegierung der Jurisdiktion des Verbrauchers bei schuldrechtlichen Verträgen im Zusammenhang mit Token eingeschränkt sein. Dies würde ein Auseinanderfallen der Jurisdiktionen für einen Token vermeiden, der an Verbraucher aus unterschiedlichen Ländern veräußert wird. Dies könnte zu unterschiedlichen rechtlichen Inhalten ein und desselben Token führen, je nachdem an welche Verbraucher er veräußert wurde, was den Grundannahmen der Fungibilität von Token widerspräche. Bei tatsächlich dezentralen Netzwerken, bei denen der Anknüpfungspunkt an einen Emittenten fehlt, bleibt aber weiterhin nur die Anknüpfung an die jeweils den Token kontrollierende Person. Es wäre wünschenswert, wenn im Rahmen der anstehenden MiCA-Verordnung diese kollisionsrechtlichen Fragen mitgeregelt würden.²⁵

Von der Frage der rechtlichen Qualität eines Token als solchem zu unterscheiden ist die 23 Frage, was ein Token repräsentiert. Eine vergleichbare Abgrenzung findet sich im Wertpapier-/Urkundsbereich²⁶: Bei einer auf Papier gedruckten Urkunde ist ebenfalls die rechtliche Qualifikation des Papiers (als Gegenstand und damit rechtlich betrachtet „Sache“) von dem Inhalt der Urkunde zu unterscheiden. Beides ist logisch miteinander verbunden, so dass sich Regeln herausgebildet haben, die Eigentum an dem Papier und Berechtigung aus dem Papier miteinander verknüpfen. Entweder folgt das Recht aus dem Papier dem Recht an dem Papier oder umgekehrt. Bei den sog. Inhaber- und Orderpapieren ist die sachenrechtliche Übertragung des Papiers für die Berechtigung aus dem Papier entscheidend, während bei den Rektapapieren und qualifizierten Legitimationspapieren die Übertragung durch Abtretung der Rechte aus dem Papier erfolgt.²⁷

Für Token, die bestimmte Rechte oder Forderungen repräsentieren, haben sich ent- 24 sprechende Regeln in Deutschland noch nicht herausgebildet.²⁸ Liechtenstein hat mit seiner „Container“-Regelung im Gesetz über Token und VT-Dienstleister²⁹ inzwischen ein spezifisches Blockchainrecht etabliert, das diese Lücke schließt. In Deutschland muss weiterhin im Rahmen der Vertragsgestaltung von Tokentransfers darauf geachtet werden, eine möglichst sichere Verknüpfung von Token und repräsentiertem Recht zu erreichen, damit die die tatsächliche („off chain“) Rechtslage nicht von der aus der Blockchain

²⁴ *Walter* NJW 2019, 3609 (3610).

²⁵ → Rn. 84.

²⁶ *Langenbucher/Bliesener/Spindler/Langenbucher/Hoche/Wentz*, 11. Kapitel Rn. 40.

²⁷ *BeckOGK/Vogel* (Stand: 1.8.2020) § 793 Rn. 8; *MüKoBGB/Wendehorst* EGBGB Art. 43 Rn. 197, 198, 200.

²⁸ *Kaulartz/Matzke* NJW 2018, 3278 (3281 ff.) regen Anlehnung an Inhaberschuldverschreibungen an; *Nathmann* BKR 2019, 540 (542) spricht von dem Token als einem rechtlichen Nullum.

²⁹ S. zu dem liechtensteiner Konzept *Nägele* Sekundärmarkt für Security Token.

ersichtlichen („on chain“) Situation abweicht^{30,31} Ohne spezielle gesetzliche Regelungen zu gutgläubigem Erwerb bzw. der Schaffung von Vertrauensschutz in Registereinträge wird eine rein schuldrechtlich begründete Verknüpfung aber keine absolute Rechtssicherheit schaffen können.³² Mit dem aktuellen Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung von elektronischen Wertpapieren wagt der deutsche Gesetzgeber nun erstmals genau dies: Öffentlichen Glauben in ein Kryptoregister zu schaffen (näher hierzu § 28).

2. Inhaltliche Token-Klassifizierung

- 25 Für die inhaltliche Klassifizierung von Token war zunächst die Frage entscheidend, was der Token darstellt³³. Einigkeit bestand ursprünglich, dass die spezielle digitale Form als solche keinen Einfluss auf die rechtliche Qualifizierung hat. Entscheidend war, wofür der Token steht, insbesondere welche Rechte und Ansprüche er vermittelte. Inzwischen greifen spezielle Regulierungsansätze für sog. Kryptowerte um sich, so dass der anfängliche Grundsatz von „substance over form“ beginnt aufzuweichen.
- 26 Die anfängliche Klassifizierung wurde durch den Umstand erschwert, dass sich Blockchain-Anwendungen allgemein und Token insbesondere zunächst ohne jede Berücksichtigung rechtlicher Überlegungen entwickelt hatten. Die durch die neue Technologie aufgeworfenen Rechtsfragen können darüber hinaus global nicht einheitlich beantwortet werden, sondern unterliegen den Ansichten und Bewertungen der jeweiligen Jurisdiktion. Recht kommt also global zu uneinheitlichen, durchaus auch widersprüchlichen Antworten, während Technologie grundsätzlich überall gleich funktioniert. Für eine global gedachte, digitale Anwendung ist dieser Umstand misslich, leider aber vor dem Hintergrund der regionalen Entwicklung von Recht (territoriale Souveränität) unvermeidlich.
- 27 Für die Anhänger der Dezentralisierung sei darauf hingewiesen, dass diese wirtschaftlich unvorteilhafte Ausgangslage auch einige gesellschaftspolitische Vorteile mit sich bringt: Recht ist bereits dezentral organisiert, was die Möglichkeit gibt, sich (in den Grenzen des Einwanderungsrechts) dort anzusiedeln, wo dem Betreffenden die Rechtsumgebung am weitesten entgegenkommt. Global einheitliches Recht würde jedem Einzelnen dieser Möglichkeit berauben, den Wettbewerb der Jurisdiktionen um die bestmögliche Rechtsumgebung obsolet machen und letztlich die Freiheit des Einzelnen einschränken. Aus diesem Blickwinkel betrachtet hat die Uneinheitlichkeit des Rechts durchaus positive Seiten.
- 28 Aus rechtlicher Sicht erheblich ist die Unterscheidung von Token, die auf Basis der von ihnen repräsentierten Rechte oder Umstände „nur“ den allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen unterliegen, von denen, die spezialgesetzlicher wie insbesondere der finanzaufsichtrechtlichen Regulierung unterfallen.³⁴ Neben dem Finanzaufsichtsrecht gibt es weitere spezialgesetzliche Regulierungen, die einschlägig sein könnten, insbesondere im Energie- und Gesundheitsbereich.
- 29 Wirtschaftlich relevant ist aber vor allem die Differenzierung der dem Finanzaufsichtsrecht unterfallenden Token von denen, die (ausschließlich) für den zivilrechtlich geregelten Waren- und Dienstleistungsverkehr stehen. Das Finanzaufsichtsrecht regelt den Umgang mit Finanzinstrumenten. Finanzinstrumente sind nach § 1 Abs. 11 KWG nicht nur klassische Wertpapiere wie u. a. Aktien sowie Vermögensanlagen und Schuldtitel, sondern auch die erst 2020 ergänzten sog. Kryptowerte (§ 1 Abs. 11 Nr. 6 sowie Abs. 11 S. 4 KWG) und die (altbekannten) Rechnungseinheiten (§ 1 Abs. 11 Nr. 7 KWG). Das europäische

³⁰ Kleinert/Meyer EuZW 2019, 857 (859); Langenbucher/Bliesener/Spindler/Langenbucher/Hoche/Wentz, 11. Kapitel Rn. 40 spricht von „schuldrechtlicher Hilfskonstruktion zur rechtlichen Nachbildung des Parteiwillens“; vgl. auch Nathmann BKR 2019, 540 (542).

³¹ Beispiele bei Kaulartz/Matzke NJW 2018, 3278 (3281 und 3283 f.).

³² Kaulartz/Matzke NJW 2018, 3278 (3281).

³³ Kleinert/Meyer EuZW 2019, 857 (859).

³⁴ → Rn. 2 ff.