

LEONID SHMATENKO / STEFAN MÖLLENKAMP

# Digitale Zahlungsmittel in einer analog geprägten Rechtsordnung

A bit(coin) out of control – Rechtsnatur und schuldrechtlichen Behandlung von Kryptowährungen

Bitcoins

„Your legal concepts of property, expression, identity, movement, and context do not apply to us. They are all based on matter, and there is no matter here.“ Dies proklamierte einst der amerikanische Poet und Freigeist John Perry Barlow, der als Mitbegründer der NGO Electronic Frontier Foundation für Rechte im digitalen Zeitalter und eine möglichst weitgehende Deregulierung des Internets eintrat. Digitale Phänomene wie Kryptowährungen sind nur schwer den bestehenden Konzep-

ten einer ursprünglich durch körperliche Gegenstände geprägten Rechtsordnung zu unterwerfen. Dieser Aufsatz versucht am Beispiel von Bitcoins diese Erscheinungen in bestehende zivilrechtliche Strukturen einzuordnen und zu klären, ob der Gesetzgeber regulierend einschreiten sollte. Hierzu werden nach einer Einleitung zu Kryptowährungen (I.) ihre Rechtsnatur (II.) und Behandlung i.R.d. Schuldrechts (III.) erörtert.

Lesedauer: ●● Minuten

## I. Einleitung

Zum Zeitpunkt der Entstehung dieses Beitrags gab es rd. 1.564 Kryptowährungen<sup>1</sup> mit einer Marktkapitalisierung von ca. US-\$ 333 Mrd. Kein Tag vergeht ohne den Start (sog. Initial Coin Offer, ICO) einer neuen, von staatlichen Organen nicht regulierten und nicht durch Goldreserven gestützten Kryptowährung – ohne Beteiligung einer Nationalbank. Während nun vereinzelte Staaten selbst die Einführung eigener, „offizieller“ Kryptowährungen forcieren<sup>2</sup> oder diesbezügliche Regelungen aufstellen möchten, verbleiben die übrigen weitgehend unbeeinflusst von staatlichen Stellen. Auch Bitcoins haben keinen formellen Emittenten, werden allein unter Einsatz von Rechenleistung „erzeugt“ und sind theoretisch weltweit zu Zahlungszwecken einsetzbar.<sup>3</sup> Trotz ersten Einordnungsversuchen<sup>4</sup> ist die juristische Handhabung der noch jungen privaten, virtuellen Währungen

bis heute umstritten.

## II. Rechtsnatur von Kryptowährungen

Eine Charakterisierung von Kryptowährungen fällt schwer; im BGB finden sich hierzu offensichtlich keine expliziten Regelungen. Bisher wurde u.a. versucht, diese als Geld<sup>5</sup> oder Sache<sup>6</sup> zu qualifizieren. Auch die schuldrechtliche Einordnung wurde diskutiert.<sup>7</sup> Hieraus ging eine breit vertretene Ansicht hervor, die sie als private Währungen einstuft,<sup>8</sup> welche jedoch kein „Geld im Rechtssinne“ darstellen.<sup>9</sup> Sie sollen demnach nicht Gegenstand von Geldschulden sein können.<sup>10</sup> Weitgehende Einigkeit besteht inzwischen jedenfalls darin, dass es sich mangels Körperlichkeit nicht um Sachen i.S.v. § 90 BGB handeln kann, auch wenn vereinzelt eine analoge Anwendung der §§ 929 ff. BGB erwogen wird.<sup>11</sup> Die gegenteilige Mindermeinung wird vor allem von Freitag und Beck vertreten.<sup>12</sup>

### 1. Geld

Ausgangspunkt der zivilrechtlichen Einordnung ist der Geldbegriff. Dieser wird im BGB nicht ausdrücklich definiert, aber u.a. in den §§ 244, 245, 251, 253, 270, 288, 291, 488, 935 BGB verwendet. Der BGH definiert Geld als „jedes von einem in- oder ausländischen Staat oder einer durch ihn ermächtigten Stelle als Wertträger beglaubigte, zum Umlauf im öffentlichen Verkehr bestimmte Zahlungsmittel ohne Rücksicht auf einen allgemeinen Annahmehzwang.“<sup>13</sup> Geldzeichen – also Banknoten und Geldmünzen – werden durch einen Hoheitsakt (Widmung) zu offiziellen Zahlungsmitteln. Es findet eine Monetisierung bzw. Begeltung statt, ohne die Geldzeichen zum Eigentum der öffentlichen Hand zu machen, da diese im Gegensatz zur Institution „Geld“ an sich nicht unmittelbar öffentlichen Zwecken dienen.<sup>14</sup> Der Geldbegriff wird vom BGH also vorrangig institutionell anhand der staatlichen Anerkennung eines bestimmten Zahlungsmittels definiert und bezieht sich auf Geld i.e.S., also Sachgeld in Form von Bargeld.

Davon zu unterscheiden ist das sog. Buch- bzw. Giralgeld, das als Guthabenforderung des Kontoinhabers gegenüber einem Kreditinstitut besteht und mit dem der Inhaber bargeldlos bezahlen kann.<sup>15</sup> Trotz der enormen Bedeutung für den geschäftlichen Verkehr ist es h.M., dass es sich bei Buchgeld nicht um ein „gesetzliches Zahlungsmittel“ i.S.d. § 14 Abs. 1 Satz 1 BBankG handelt.<sup>16</sup> Seinem Ursprung nach ist es aber ebenfalls auf eine Geldschuld – die ursprüngliche Einzahlung von Bargeld oder die

**1** Derzeitige Marktkapitalisierung aller Kryptowährungen, s. *CoinMarketCap*, abrufbar unter: <https://bit.ly/2deiFHU>.

**2** *dpa*-Meldung, abrufbar unter: <https://bit.ly/2GTUegl>.

**3** Freitag, in: BeckOGK, Stand: 15.8.2017, § 244 Rdnr. 18; s.a. *Erbguth/Fasching*, ZD 2017, 560; zur Technik s. Müller, ZfR 2017, 600 und *Bechtolf/Vogt*, ZD 2018, 66.

**4** *Kütük-Markendorf*, Rechtliche Einordnung von Internetwährungen im deutschen Rechtssystem am Beispiel von Bitcoin, 2016; *Boehml/Pesch*, MMR 2014, 75; *Engelhardt/Klein*, MMR 2014, 355.

**5** Beck, NJW 2015, 580.

**6** *Engelhardt/Klein* (o. FuBn. 4).

**7** *Beck/König*, JZ 2015, 130.

**8** *Boehml/Pesch* (o. FuBn. 4); *Spindler/Bille*, WM 2014, 1357; *Engelhardt/Klein* (o. FuBn. 4).

**9** Freitag (o. FuBn. 3), Rdnr. 25.

**10** *Boehml/Pesch* (o. FuBn. 4); *Spindler/Bille* (o. FuBn. 8); *Engelhardt/Klein* (o. FuBn. 4).

**11** *Vbw*, Blockchain und Smart Contracts – Recht und Technik im Überblick, Oktober 2017, S. 37; *Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder*, Bericht v. 15.5.2017, S. 264; *Heine*, NSTZ 2016, 441, 444; *Rückert*, MMR 2016, 295, 296; *Kaulartz*, CR 2016, 474, 478; *Spindler/Bille* (o. FuBn. 8); *Kütük/Sorge*, MMR 2014, 643, 644; *Boehml/Pesch* (o. FuBn. 4), S. 77; *Kuhlmann*, CR 2014, 691, 694.

**12** Freitag (o. FuBn. 3), Rdnr. 25; so auch Beck (o. FuBn. 5); wohl ebenfalls *Schlichting*, Inkohärenzen im Geldschuldrecht, 2017, S. 139 ff. und *Kuhlmann* (o. FuBn. 11), S. 695.

**13** *Mössner*, in: BeckOGK, Stand: 15.8.2017, § 90 Rdnr. 100.1; *BGH NJW* 2013, 2888, Rdnr. 8; *BGH NJW* 1984, 1311 m.w.Nw.; *Martens*, JuS 2014, 105.

**14** *Mössner* (o. FuBn. 13).

**15** *Pesch*, Cryptocoin-Schulden, 2017, S. 73 f.; *Kaulartz* (o. FuBn. 11), S. 477; *Beck* (o. FuBn. 5), S. 581; *Engelhardt/Klein* (o. FuBn. 4), S. 356.

**16** *Schefold*, in: *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Hdb., 5. Aufl. 2017, § 115 Rdnr. 39.

Abtretung einer auf Geldsortenschulden beruhenden Forderung – zurückzuführen. Buchgeld wird daher sowohl vom konkret-funktionellen, wirtschaftlichen Verständnis als auch vom institutionellen Geldbegriff aus als Geld verstanden, unterfällt damit dem allgemeinen Geldbegriff und stellt eine Geldforderung dar.<sup>17</sup>

Fraglich ist, ob auch die unzweifelhaft nicht als Bargeld zu charakterisierenden Kryptowährungen dem allgemeinen Geldbegriff unterfallen. Dazu müssten sie ebenfalls i.S.e. konkret-funktionellen, wirtschaftlichen Verständnisses die wesentlichen Geldeigenschaften besitzen. Man könnte insoweit versuchen, diese Eigenschaften anhand eines Vergleichs zum Buchgeld zu begründen. Bei genauerer Betrachtung ist aber festzustellen, dass wesentliche Unterschiede bestehen. So liegt bei Kryptowährungen gerade keine Forderung gegenüber einem Kreditinstitut vor, da Kryptowährungen nicht dort aufbewahrt, sondern allein in der vom P2P-Netzwerk geführten Blockchain abgebildet und über das Wallet des Nutzers „verwaltet“ werden. Das dürfte sich auch zukünftig nicht ändern, da sie gerade eine von klassischen Kreditinstituten unabhängige Währung sein möchten. Folglich besteht allein die faktische Möglichkeit zur Verfügung über die in der Wallet eines Teilnehmers abgebildeten und auf der Blockchain dem Nutzer zugeordneten Währungseinheiten einer Kryptowährung.<sup>18</sup> Dass kein vertragliches Forderungsrecht gegen „die Blockchain“ bestehen kann, wird an der Tatsache deutlich, dass theoretisch von jetzt auf gleich sämtliche Knoten das P2P-Netzwerk verlassen können.

Neben einem Forderungsrecht gegenüber der Aufbewahrungsstelle fehlt es darüber hinaus auch an der Fungibilität, da sich herkömmliche Kryptowährungen nur sehr bedingt als unmittelbares Zahlungsmittel eignen. Transaktionen müssen mit aufwändigen Rechenprozessen bestätigt werden und befinden sich bis dahin in einem „Schwebezustand“. Dies verzögert den Nachweis der Erfüllungshandlung und eine Anschlusstransaktion erheblich. Schon jetzt kann das Bitcoin-P2P nur ca. sieben Transaktionen pro Sekunde abarbeiten – nach Abschaltung der größten Mining-Knoten in China<sup>19</sup> dürfte sich diese Zahl sogar noch verringern. Verglichen mit dem zentral verwalteten VISA-Zahlungssystem, das laut Angaben des Betreibers 65.000 Transaktionen pro Sekunde verarbeiten kann,<sup>20</sup> ist dies sehr wenig. Trotz noch immer geringer Verbreitung von Bitcoin-Zahlungen, ist deren Technologie bereits an ihr Limit gestoßen.<sup>21</sup> Viele „Early Adopter“ haben sich deswegen zurückgezogen.<sup>22</sup> Kryptowährungen können also grundsätzlich als (Gegen-)Leistung eines schuldrechtlichen Geschäfts dienen, sind jedoch als stets und kurzfristig zur Verfügung stehendes Zahlungsmittel nicht geeignet. Vom konkret-funktionellen, wirtschaftlichen Geldbegriff sind sie somit nicht erfasst und dienen eher als Spekulationsobjekt.

Darüber hinaus sind sie auch aus institutioneller Sicht nicht dem Geld zuzuordnen. Hinsichtlich der Kryptowährung an sich fehlt es an der hierfür erforderlichen staatlichen Anerkennung. Da der Besitz an ihr allein faktisch vermittelt wird und es auf Grund der Besonderheit ihres Schaffungsprozesses an der Hinterlegung mit einer Forderung fehlt, die ihrerseits auf ein gesetzliches Zahlungsmittel zurückgeführt werden kann, sind die einzelnen Währungseinheiten völlig von gesetzlichen Zahlungsmitteln und damit von einer gesetzlichen Anerkennung entkoppelt. Sie stellen weder aus institutioneller, noch aus konkret-funktionaler, wirtschaftlicher Sicht Geld dar und unterfallen nicht dem allgemeinen Geldbegriff. Dies entspricht auch der zutreffenden h.A.<sup>23</sup>

Fraglich ist jedoch, ob eine europarechtskonforme Auslegung des Geldbegriffs erforderlich ist, sodass auch Kryptowährungen erfasst sind. Nach Art. 4 Nr. 15 der Zahlungsdiensterichtlinie

(ZDRL)<sup>24</sup> und i.S.d. Zweiten E-Geld-Richtlinie (E-Geld-RL)<sup>25</sup> ist vom Geldbegriff neben Bar- und Buchgeld auch „E-Geld“ erfasst. Gem. § 1a Abs. 3 ZAG ist E-Geld ein elektronisch, darunter auch magnetisch, gespeicherter monetärer Wert in Form einer Forderung gegenüber dem Emittenten, der gegen Zahlung eines Geldbetrags ausgestellt wird, um damit Zahlungsvorgänge i.S.d. § 675f Abs. 3 Satz 1 BGB durchzuführen, und der auch von anderen natürlichen oder juristischen Personen als dem Emittenten angenommen wird. Damit entspricht die Definition des § 1a Abs. 3 ZAG weitestgehend dem Art. 2 Nr. 2 E-Geld-RL. Unbestritten verkörpern Kryptowährungen einen monetären,<sup>26</sup> elektronisch gespeicherten Wert, da sie als Tausch- und Zahlungsmittel fungieren (wollen).<sup>27</sup> Zwar werden sie nicht überall akzeptiert, jedoch ist eine Allgemeinakzeptanz für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „monetär“ nicht erforderlich; (irgend-)eine Drittakzeptanz i.S.d. § 1a Abs. 3 ZAG reicht aus.<sup>28</sup> Die Charakterisierung als E-Geld scheidet jedoch daran, dass § 1a Abs. 3 ZAG ausdrücklich eine Forderung gegen einen Emittenten voraussetzt, woran es bei Kryptowährungen gerade fehlt.<sup>29</sup> Ein Teil der Literatur möchte sich dennoch unter Verweis auf die AGB der Tauschbörsen und trotz der dort fehlenden Garantie einer Konvertibilität in reale Währungen<sup>30</sup> darauf stützen, dass zumindest ein allgemein und jederzeit zugängliches Konvertierungsverfahren auf organisierten Sekundärmärkten zur Verfügung stünde. *Köndgen* schlussfolgert hieraus, dass dem Erwerber somit eine Forderungsposition i.S.d. § 1a Abs. 3 ZAG eingeräumt würde.<sup>31</sup> Gleichwohl scheidet auch nach dieser Ansicht die E-Geld-Eigenschaft an dem Art. 11 E-Geld-RL umzusetzenden § 23a Abs. 1 ZAG, da sowohl die Ausgabe „stets zum Nennwert des entgegengenommenen Geldbetrages“, als auch eine jederzeitige Rücktauschmöglichkeit in gesetzliche Zahlungsmittel zum Nennwert fehle.<sup>32</sup> Mithin stellen Kryptowährungen auch nach dieser Ansicht kein E-Geld i.S.d. E-Geld-RL und des hierauf fußenden nationalen Rechts in Form des § 1a Abs. 3 ZAG dar.<sup>33</sup> Eine europarechtskonforme Auslegung, wonach auch sie unter den Geldbegriff zu subsumieren wären, ist folglich nicht geboten.

<sup>17</sup> *Schefold* (o. FuBn. 16), Rdnr. 36 f.

<sup>18</sup> *Grüneberg*, in: Palandt, 75. Aufl. 2016, § 245 Rdnr. 4; *Sorge/Krohn-Grimberghe*, DuD 2012, 479, 483; *Djazayeri*, jurisPR-BKR 6/2014 Anm. 1; *Köndgen*, in: BeckOGK, Stand: 15.11.2017, § 675c Rdnr. 127; *Terlau*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Hdb., 5. Aufl. 2017, § 55a Rdnr. 149; BaFin-Merkblatt v. 22.12.2011, Hinweise zum Zahlungsdienstenaufsichtsgesetz, Abschnitt 4.b.

<sup>19</sup> *Gilbert*, abrufbar unter: <https://bit.ly/2EmRUKc>.

<sup>20</sup> *Visa Europe Services Inc.*, abrufbar unter: <https://bit.ly/2HahKnC>.

<sup>21</sup> So kostete eine 10-Euro-Überweisung („b 500“) von einem Smartphone Wallet am 18.12.2017 über € 12,- Gebühr („b 611 fee“) und die Transaktion wurde erst nach zwei Stunden bestätigt; unmittelbarer Handel wird unmöglich; Risiko eines Kurssturzes besteht.

<sup>22</sup> *Valve Corporation*, abrufbar unter: <https://bit.ly/2zu19QB>; *Dölle*, abrufbar unter: <https://bit.ly/2m2WAOV>.

<sup>23</sup> BT-Drs. 17/14530, S. 41; *Dennhardt*, in: BeckOK BGB, 43. Ed., Stand: 15.6.2017, § 362 Rdnr. 41; *Mössner* (o. FuBn. 13); *Schlichting* (o. FuBn. 12), S. 50; *Richter/Augel*, FR 2017, 937, 939; *Beck* (o. FuBn. 5), S. 581 f.; *Engelhardt/Klein* (o. FuBn. 4), S. 356; *Kütük/Sorge* (o. FuBn. 11); *Martens* (o. FuBn. 13); *Eckert*, DB 2013, 2108; krit. auch *Boehml/Bruns*, in: Bräutigam/Rücker, E-Commerce, 1. Aufl. 2017, 13. E. I. Rdnr. 10 f.

<sup>24</sup> RL 2007/64/EG v. 13.11.2007.

<sup>25</sup> RL 2009/110/EG v. 16.9.2009.

<sup>26</sup> S. *Casper/Terlau*, Zahlungsdienstenaufsichtsgesetz: ZAG, 2014, § 1a Rdnr. 41 f. und 151.

<sup>27</sup> *Terlau* (o. FuBn. 18), Rdnr. 148; *Eckert* (o. FuBn. 23); a.A. *Djazayeri* (o. FuBn. 18).

<sup>28</sup> *Terlau* (o. FuBn. 18), Rdnr. 148; *Casper/Terlau* (o. FuBn. 26).

<sup>29</sup> *Grüneberg* (o. FuBn. 18); *Sorge/Krohn-Grimberghe* (o. FuBn. 18); *Djazayeri* (o. FuBn. 18).

<sup>30</sup> *European Central Bank*, Virtual Currency Schemes, Oktober 2012, S. 16.

<sup>31</sup> *Köndgen* (o. FuBn. 18), Rdnr. 129.

<sup>32</sup> *Köndgen* (o. FuBn. 18), Rdnr. 129; so auch *European Banking Authority*, EBA Opinion on 'virtual currencies', EBA/Op/2014/08, 4.7.2014, Rdnr. 29 f.

<sup>33</sup> *Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“* (o. FuBn. 11), S. 261.

## 2. Sacheigenschaft

Dies wirft die Frage auf, ob die einzelnen Währungseinheiten als Sache i.S.d. § 90 BGB zu qualifizieren sind. Das sich in §§ 929 ff. BGB manifestierende, zwingende und abschließende sachenrechtliche „Numerus Clausus-Prinzip“ gebietet insoweit, dass die dinglichen Rechte zum Verkehrsschutz für jedermann erkennbar und bestimmbar sind.<sup>34</sup> Die absolute Geltungswirkung, die sich als Rechtsmacht an einer Sache (z.B. Eigentum, Pfandrecht) oder Rechten (z.B. allgemeines Persönlichkeitsrecht, Urheberrecht) zeigt,<sup>35</sup> ist ein Grundprinzip des BGB und begrenzt die Analogie- oder Ergänzungsfähigkeit dieser Rechte.<sup>36</sup>

Ausweislich des Wortlautes in § 90 BGB sind Sachen nur „körperliche Gegenstände“. Gegenstand i.S.d. Norm kann jedes individualisierbare und vermögenswerte Objekt oder Gut sein, über das Rechtsmacht ausgeübt werden kann.<sup>37</sup> Kryptowährungen müssten somit diese Kriterien erfüllen. Der Vermögenswert wurde bereits oben bejaht. Einzelne Währungseinheiten sind anhand der Zuordnung zu einem konkreten Inhaber bzw. dessen öffentlichem Schlüssel auch individualisierbar. Problematisch ist indes das Tatbestandsmerkmal der Körperlichkeit. Die Währungseinheiten an sich sind nicht unmittelbar verkörpert, sondern werden allenfalls innerhalb des P2P-Netzwerks als Information auf einem Datenträger gespeichert. Zwar geht der *BGH* in st. Rspr. davon aus, dass „eine auf einem Datenträger verkörperte Standardsoftware als bewegliche Sache anzusehen ist“<sup>38</sup>, was dafürsprechen könnte, auch die Krypto-Währungseinheiten als Sache i.S.d. § 90 BGB zu behandeln. Zu berücksichtigen ist aber, dass dies nur im Zusammenhang mit dem schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft relevant wurde. Die Rechtsprechung und ihr folgende Literatur mögen für die Anwendung der schuldrechtlichen Regelungen – insbesondere des Kauf- und Mietrechts – auch auf digitale Inhalte die Zweckmäßigkeit anführen. Die Konstruktion einer sachenrechtlichen Einordnung digitaler Inhalte ist dadurch indes weder zwingend noch geboten, sondern stellt vielmehr allein eine Hilfskonstruktion dar.<sup>39</sup> Mit den §§ 453 Abs. 1 und 581 Abs. 2 BGB steht ein ausreichendes Hilfsmittel zur Verfügung, die bestehenden schuldrechtlichen Regelungen dogmatisch korrekt auf digitale Güter anzuwenden (dazu sogleich III.).

Bereits 1996 entschied das *LG Konstanz*, dass allein der unmit-

telbare physische Zustand eines Gegenstands als fest, flüssig oder gasförmig dessen Sacheigenschaft zu begründen vermag und daher elektronische Daten – unabhängig vom Ort der Speicherung im Arbeitsspeicher oder auf Datenträgern – als elektrische Spannung nicht dem (sachenrechtlichen) Sachbegriff unterfallen. Folglich könne an ihnen im Gegensatz zum Datenträger selbst mangels Körperlichkeit kein Eigentum bestehen.<sup>40</sup> Auf Grund der offenkundig fehlenden Berücksichtigung digitaler Inhalte durch den Gesetzgeber wäre ggf. eine teleologische Extension des § 90 BGB anzudenken. Bei diesem Gegenstück zur teleologischen Reduktion wird versucht, einen zu engen Wortlaut im Hinblick auf den Sinn und Zweck der Norm bis zur Wortlautgrenze auszudehnen, ohne diesen wie bei der Analogie zu überschreiten.<sup>41</sup> Doch selbst wenn man entgegen des *LG-Urteils* und der sich anschließenden Teile in Rechtsprechung und Literatur eine solch erweiternde Auslegung des § 90 BGB hinsichtlich Daten befürwortete, bliebe es bei der fehlenden Sacheigenschaft von dezentralen Kryptowährungen. Diese existieren allein als virtuelle Aufzeichnungen über Transaktionen in der Blockchain.<sup>42</sup> Nicht die Währungseinheit selbst, sondern nur ihre als Datum gespeicherte Zuordnung zu einem öffentlichen Schlüssel ist – als Transaktion – auf einem körperlichen Datenträger innerhalb des P2P-Netzwerks gespeichert. Diese Zuordnung ist indes als bloße Tatsachenbeschreibung ohne jeglichen eigenen wirtschaftlichen Wert.<sup>43</sup> Das entspricht der Konzeption des Buchgelds. Auch dort findet lediglich die Zuordnung eines bestimmten Guthabens zu einer Kontonummer statt, ohne dass der Zuordnung an sich wirtschaftlicher Wert verliehen würde. Werthaltig ist nicht die Zuordnung selbst, sondern die von ihr abgebildete Forderung gegenüber dem Kreditinstitut. Die bloße Wertzuordnung ist nur die neutrale Beschreibung einer Zusammengehörigkeit von Wert und (Dienst-)Leistung.

Da die Währungseinheiten somit trotz Speicherung der Transaktionshistorie und der privaten Schlüssel zur Wallet auf einem Datenträger keine Körperlichkeit aufweisen, kann ihnen keine Sacheigenschaft zukommen.<sup>44</sup> Weder an der Kryptowährung selbst, noch an deren Währungseinheiten<sup>45</sup> kann – anders als an Bargeld – Sacheigentum bestehen.<sup>46</sup>

## 3. Immaterialgut oder sonstiges Recht i.S.d. § 823 BGB

Somit kommt nur noch eine Qualifikation als Immaterialgut<sup>47</sup> oder als sonstiges Recht i.S.d. § 823 BGB mit entsprechendem Schutz in Betracht.

### a) Immaterialgüterrecht

Unproblematisch genießt die Konzeption und Umsetzung des einer Kryptowährung zu Grunde liegenden P2P-Netzwerks bzw. dessen Protokolls urheberrechtlichen Schutz als Sprachwerk bzw. Computerprogramm gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 69a UrhG.<sup>48</sup> Ob jedoch auch die einzelnen Währungseinheiten urheberrechtlichen Schutz genießen, erscheint im Hinblick auf § 2 UrhG äußerst fraglich. Dafür müsste ihre Erschaffung auf einer „persönlichen geistigen Schöpfung“ beruhen. Zwar kann grundsätzlich auch ein unter Zuhilfenahme von technischen Mitteln erstelltes Werk urheberrechtlichen Schutz genießen. Dies gilt jedoch nicht, wenn das Werk durch eine rein mechanische Tätigkeit erschaffen wird, bei welcher der (menschliche) Gestaltungsspielraum des Werkerstellers völlig in den Hintergrund tritt. Dort, wo das Hilfsmittel also selbstständig tätig wird und das Ergebnis ausschließlich ohne Einwirkung des Menschen zu Stande kommt, entsteht kein schutzfähiges Werk.<sup>49</sup> Zur Schöpfung einzelner Währungseinheiten kommt es beim Mining aber gerade allein durch die Ausführung des Rechenprotokolls unter Einsatz von Rechnerenergie und Strom. Der „Gestaltungsspielraum“ des Miners beschränkt sich insoweit auf die

<sup>34</sup> *Wiegand*, in: FS Kroeschell, 1987, S. 623 ff., 636.

<sup>35</sup> *Peters/Jacoby*, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2014, § 194 Rdnr. 19.

<sup>36</sup> *Wiegand* (o. FuBn. 34), S. 637.

<sup>37</sup> *Stresemann*, in: MüKoBGB, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, § 90 Rdnr. 1.

<sup>38</sup> *BGH* MMR 2007, 243; im Einzelnen dazu *Maume/Wilser*, CR 2010, 209.

<sup>39</sup> *Wagner*, in MüKoBGB, Bd. 6, 7. Aufl. 2017, § 823 Rdnr. 294.

<sup>40</sup> *LG Konstanz* BB Beil. 1996, Nr. 19, S. 8 f.

<sup>41</sup> *Schmidt*, JuS 2003, 649, 653.

<sup>42</sup> *S. Mössner* (o. FuBn. 13), Rdnr. 100.3; *Pesch* (o. FuBn. 15), S. 7 ff.; *Schrey/Thalhofer*, NJW 2017, 1431, 1431 f.; *Beck/König* (o. FuBn. 7); *Beck* (o. FuBn. 5), S. 581; *Spindler/Bille* (o. FuBn. 8), S. 1358; *Kuhlmann* (o. FuBn. 11), S. 692; *Kütük/Sorge* (o. FuBn. 11); *Boehm/Pesch* (o. FuBn. 4); *Engelhardt/Klein* (o. FuBn. 4); *Djazayeri* (o. FuBn. 18).

<sup>43</sup> *Kuhlmann* (o. FuBn. 11), nennt Bitcoins irrtümlich „Bitcoin-Dateien“; es gibt jedoch keine Bitcoin-Dateien, sondern nur die einheitliche Blockchain, s. *Müller* (o. FuBn. 3).

<sup>44</sup> *Mössner* (o. FuBn. 13), Rdnr. 100.3; *Pesch* (o. FuBn. 15), S. 101 f.; *Beck/König* (o. FuBn. 7), S. 132; *Spindler/Bille* (o. FuBn. 8), S. 1359; *Kuhlmann* (o. FuBn. 11), S. 694; *Kütük/Sorge* (o. FuBn. 11); *Engelhardt/Klein* (o. FuBn. 4), S. 356; *Boehm/Pesch* (o. FuBn. 4), S. 77; *Djazayeri* (o. FuBn. 18).

<sup>45</sup> *Hötge*, ITRB 2016, 215.

<sup>46</sup> *Boehm/Bruns* (o. FuBn. 23), Rdnr. 4 ff.; vgl. *Kuhlmann* (o. FuBn. 11), S. 695.

<sup>47</sup> *Ausf. Preuß*, Rechtlich geschützte Interessen an virtuellen Gütern, 2009; *Stresemann* (o. FuBn. 37), Rdnr. 25; *Pszczolla*, JurPC 2009, Web-Dok. 17/2009; *Koch*, JurPC 2006, Web-Dok. 57/2006; *Lober/Weber*, MMR 2005, 653; *Moritz*, CR 1994, 257; *Redeker*, NJW 1992, 1739; vgl. auch *AG Brandenburg* ITRB 2002, 199 f.

<sup>48</sup> *Kuhlmann* (o. FuBn. 11), S. 695.

<sup>49</sup> *Schulze*, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 5. Aufl. 2015, § 2 Rdnr. 8 ff.

Entscheidung, ob er den Mining-Prozess startet oder nicht und ist daher faktisch nicht existent. Anders als etwa bei einem Foto bestimmt der Entscheidungsprozess und -zeitpunkt auch nicht das Ergebnis des Schaffungsprozesses. Die Währungseinheiten unterliegen somit keinem urheberrechtlichen Schutz.<sup>50</sup>

#### **b) Sonstiges Recht i.S.d. § 823 BGB**

Die im Wallet eines Nutzers abgebildeten Währungseinheiten könnten jedoch gem. § 823 Abs. 1 BGB geschützt sein. Reine Vermögenswerte sind von § 823 Abs. 1 BGB bekanntermaßen nicht geschützt, sodass neben dem konkreten Wert ein weiteres Anknüpfungsmerkmal für ein „sonstiges Recht“ vorliegen muss. Die h.M. stellt für die Bestimmung des sonstigen Rechts im Schutzbereich des § 823 Abs. 1 BGB darauf ab, ob die einzelne Rechtsposition durch Normen auch außerhalb des Deliktsrechts als absolutes Recht geschützt oder anerkannt ist. Voraussetzung hierfür ist, dass die Rechtsposition einem Rechtsinhaber konkret zugewiesen werden kann und alle übrigen Personen von einer Nutzung dieser Rechtsposition ausgeschlossen sein sollen.<sup>51</sup>

Für elektronische, personenbezogene Daten folgt eine solche absolute Rechtsposition aus dem grundrechtlich geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrecht in Form der informationellen Selbstbestimmung und dem dies konkretisierenden Datenschutzrecht. Für die Anerkennung auch der übrigen, nicht personenbezogenen Daten spricht die Existenz des § 303a StGB, der das Löschen, Unterdrücken, Unbrauchbarmachen und Verändern von Daten unter Strafe stellt und somit ebenfalls eine absolute und von § 823 Abs. 1 BGB geschützte Rechtsposition in Form eines „eigentumsähnlichen Verfügungsrechts“ schafft.<sup>52</sup> Abseits eines derartigen „Rechts an eigenen Daten“ begründet § 303a StGB auch als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB einen gewissen Schutz, der jedoch dann versagt, wenn die jeweilige Tathandlung nur fahrlässig und somit nicht strafrechtlich vorwerfbar erfolgt.<sup>53</sup>

Fraglich ist, ob auch Krypto-Währungseinheiten durch ein solches „eigentumsähnliches Verfügungsrecht“ gem. § 823 Abs. 1 BGB geschützt sind. Die im Wallet eines Nutzers abgebildeten Währungseinheiten sind gerade nicht als nutzeigene Daten gespeichert, sondern stellen vielmehr nur ein Abbild der auf der Blockchain vorhandenen Daten dar. Über sie besteht somit keine unmittelbare Verfügungsgewalt. Allein die Blockchain legt fest, wie viele Währungseinheiten einem Nutzer zugewiesen sind, während die Wallet diese Information nur für den Nutzer visuell aufbereitet und die für die Signierung einer Transaktion erforderlichen Schlüsselpaare aufbewahrt. Der Nutzer kann mittels seiner Schlüsselpaare nur einen Transfer initiieren und insoweit über die als fremde Daten gespeicherten Währungseinheiten „verfügen“ bzw. auf die Fortschreibung der Transaktionshistorie hinwirken. Geschützt werden müsste somit die Nutzung der in der Wallet gespeicherten Schlüsselpaare in Verbindung mit der Einwirkungsmöglichkeit des Nutzers auf die fremden Daten in Form der durch die Transaktionsautorisierung veranlassten Veränderung bzw. Fortschreibung der Blockchain.

Eine derartige Erweiterung des Schutzes als sonstiges Recht ließe sich aus einem Vergleich mit dem ebenfalls als Schutzgut i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB anerkannten Besitz (§§ 854 ff. BGB) herleiten,<sup>54</sup> der letztlich auch auf eine allein tatsächliche Verfügungsgewalt abstellt. Ferner kann der Tatbestand des § 202a StGB herangezogen werden, der solche für den Täter fremde Daten schützt, die besonders gegen unberechtigten Zugang gesichert sind.<sup>55</sup> Tatbestandsmäßig ist insoweit der unbefugte Zugriff, was folglich auch die unbefugte Verwendung der in der Wallet gegen unbefugten Zugriff gesicherten Schlüsselpaare des Nutzers umfassen könnte.

Dies spricht in Zusammenschau mit der Vergleichbarkeit der Systematik von Kryptowährung mit dem für Buchgeld bestehenden Kontosystem trotz des Nichtvorliegens einer (Guthaben-)Forderung für den Schutz des „Besitzes“ der Währungseinheiten als sonstiges Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB.<sup>56</sup> Würde ein derartiges Recht nicht anerkannt, bliebe im Fall der unmittelbaren Änderung der Blockchain und dem hierdurch eintretenden Verlust von Währungseinheiten, nur der Rückgriff auf § 826 BGB. Dies würde eine erhebliche Rechtsschutzlücke bedeuten, wenn die Blockchain nur fahrlässig kompromittiert bzw. verändert wird und kein vorsätzliches Handeln vorwerfbar ist.

#### **4. Zwischenfazit**

Die einzelnen Krypto-Währungseinheiten stellen also kein Geld dar und sind nicht Gegenstand von Geldschulden. Sie unterfallen nicht dem Sachenbegriff des § 90 BGB und unterliegen auch keinem immaterialgüterrechtlichen Schutz. Sie sind allein als Verbindung der im Wallet gespeicherten Schlüsselpaare mit der tatsächlichen Einwirkungsmöglichkeit auf die Transaktionshistorie der Blockchain als sonstiges Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB und – teilweise – über § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 303a StGB in ihrem Datenbestand geschützt.<sup>57</sup>

### **III. Schuldrechtliche Behandlung von Kryptowährungen**

Auch die schuldrechtliche Behandlung ist noch strittig, wegen der wesentlichen Unterschiede der einzelnen Vertragstypen jedoch klärungsbedürftig.<sup>58</sup> Bei der Einordnung eines Rechtsgeschäfts unter Beteiligung von Kryptowährung müssen dabei zwei Fälle unterschieden werden. Zum einen ihr Erwerb und zum anderen ihre Verwendung als Zahlungsmittel.

#### **1. Erwerb von Kryptowährungen unter Einsatz von Geld**

Der gegenwärtige Stand der Wissenschaft zum Erwerb von Kryptowährungen geht weit auseinander und reicht von der Einordnung als Sach- (§ 433 BGB) bzw. Rechtskauf (§ 453 BGB) bis hin zum Tausch (§ 480 BGB). Auch ein Vertrag sui generis wurde bereits diskutiert.<sup>59</sup> Teilweise wird sogar Wertpapierrecht für anwendbar gehalten.<sup>60</sup>

##### **a) Sachkauf i.S.d. § 433 BGB**

Auf den ersten Blick mag für den Erwerb von Kryptowährungen die unmittelbare Anwendung des § 433 BGB naheliegend erscheinen. Bei näherer Betrachtung ist dies jedoch abzulehnen. Ein Sachkauf liegt nur dann vor, wenn die Parteien sich einig sind, gegen Zahlung eines bestimmten Kaufpreises eine Sache übergeben und übereignen zu wollen.<sup>61</sup> Wie zuvor erläutert,

<sup>50</sup> Kuhlmann (o. FuBn. 11), S. 695; Engelhardt/Klein (o. FuBn. 4), S. 357; Djazayeri (o. FuBn. 18); Boehm/Bruns (o. FuBn. 23), Rdnr. 4 ff.

<sup>51</sup> Wagner (o. FuBn. 39), Rdnr. 265 ff.

<sup>52</sup> Wagner (o. FuBn. 39), Rdnr. 294 ff.

<sup>53</sup> Grzywotz/Köhler/Rückert, StV 2016, 753, 756; Engelhardt/Klein (o. FuBn. 4), S. 358; Boehm/Pesch (o. FuBn. 4), S. 77.

<sup>54</sup> Berberich, Virtuelles Eigentum, 2010, S. 222 ff.

<sup>55</sup> Grzywotz/Köhler/Rückert (o. FuBn. 53); Engelhardt/Klein (o. FuBn. 4), S. 358; Boehm/Pesch (o. FuBn. 4), S. 77.

<sup>56</sup> So schon Berberich (o. FuBn. 54); Engelhardt/Klein (o. FuBn. 4), S. 358; a.A. Boehm/Pesch, Bitcoins Eine erste juristische Analyse, Präsentation beim 21. DFN-Workshop „Sicherheit in vernetzten Systemen“, 19.2.2014, Folie 12; Seitz, abrufbar unter: <https://bit.ly/2GyeWzy>.

<sup>57</sup> Vgl. zutreffend Berberich (o. FuBn. 54).

<sup>58</sup> Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ (o. FuBn. 11), S. 265; Überblick bei Boehm/Bruns (o. FuBn. 23), Rdnr. 12 ff.

<sup>59</sup> Psczolla (o. FuBn. 47), Rdnr. 17 f. und 21 ff.; Djazayeri (o. FuBn. 18), D.3.

<sup>60</sup> Boehm/Pesch (o. FuBn. 4), S. 78; Pichler, Rechtsnatur, Rechtsbeziehungen und zivilrechtliche Haftung beim elektronischen Zahlungsverkehr im Internet, 1998, S. 16 ff.

<sup>61</sup> Westermann, in: MüKoBGB, Bd. 3, 7. Aufl. 2016, § 433 Rdnr. 7.

sind Kryptowährungen jedoch keine Sachen, sodass § 433 BGB nicht unmittelbar anwendbar ist.

### **b) Rechtskauf/Kauf von sonstigen Gegenständen i.S.d. § 453 BGB**

In Betracht kommt allerdings das Vorliegen eines Kaufvertrags i.S.d. § 453 BGB. Kryptowährungen könnten insoweit als sonstiger Gegenstand i.S.d. Absatz 1 Alt. 2 anzusehen sein.<sup>62</sup> Richtigerweise geht die h.M.<sup>63</sup> – der sich die *Autoren* anschließen – davon aus, dass der Gesetzgeber mit § 453 Abs. 1 BGB klar zu erkennen gab, dass Kaufverträge über beherrschbare Energien, ungeschützte Erfindungen und technisches Know-how geschlossen werden können.<sup>64</sup> Da derartige Kaufverträge unstrittig auch die dauerhafte Überlassung anderer unkörperlicher Gegenstände als sonstige Gegenstände ermöglichen, ist es folgerichtig, den Anwendungsbereich der Vorschrift auch auf Kryptowährungen zu erstrecken.<sup>65</sup> Die Verweisung in § 453 Abs. 1 Alt. 2 BGB führt zur Anwendung der Vorschriften des Kaufrechts und zwar auch dann, wenn man den Erwerb als atypischen Kaufvertrag einstuft.<sup>66</sup> Mithin stellt ihr Erwerb gegen Kaufpreiszahlung einen Kauf gem. §§ 453, 433 BGB dar. Der insoweit subsidiäre Tausch tritt zurück.

### **c) Atypischer Werkvertrag, § 631 BGB**

Einige Autoren möchten den Erwerb von Kryptowährungen als einen „atypischen Werkvertrag“ einstufen.<sup>67</sup> Die Idee dahinter scheint zu sein, dass bei solchen Vereinbarungen nicht die bloße Bemühung um einen Transfer der Währungseinheiten, sondern der Erfolg der Transaktion geschuldet wird.<sup>68</sup> Dies ist jedoch kritisch zu hinterfragen.

Für die bloße Übertragung bereits vorhandener Währungseinheiten überzeugt diese rechtliche Einordnung nicht. Der Erfolg einer Transaktion ist gegeben, wenn das P2P-Netzwerk die Transaktion als richtig bestätigt und dies in der Blockchain vermerkt. Diese Bestätigung liegt jedoch nicht in der Macht des Veräußerers. Die Annahme eines Erfolgs i.S.d. § 631 BGB in Form der Zuordnung einer Währungseinheit zu dem öffentlichen Schlüssel des Erwerbers scheitert daran, dass die Blockchain lediglich dazu dient, eine Transaktion zu verifizieren. Eine dortige „Eintragung“ verschafft dem Erwerber zwar „de facto“ den Zu-

griff auf die Währungseinheiten, da somit die längste Blockchain den Transfer anerkennt. Das Abbild der Transaktion ist jedoch nicht der Erfolg, sondern nur dessen Dokumentation. Die Verschaffung der Verfügungsgewalt ist i.Ü. auch die Pflicht des Verkäufers beim Kaufvertrag und somit untaugliches Abgrenzungsmerkmal.<sup>69</sup> Ein Werkvertrag unterscheidet sich von einem Kaufvertrag vielmehr dadurch, dass die Verpflichtung des Werkunternehmers nicht in der bloßen Übergabe und Eigentumsverschaffung liegt, sondern die Werkerstellung im Vordergrund steht.<sup>70</sup> Der bloße Transfer stellt aber kein Werk dar. Die Dokumentation des Transfers – mag man dies überhaupt als „Werk“ ansehen – ist gerade keine vertragliche Leistungspflicht der veräußernden Partei, sondern allein die faktische Folge der dieser „Protokollierung“ logisch vorhergehenden Verschaffung der Verfügungsmacht über die Währungseinheiten. Die Veränderung der Blockchain ist also nur die zwingende und systematisch bedingte Begleiterscheinung der Übertragung. In der bloßen Übertragung bereits existenter Währungseinheiten und der damit einhergehenden Veränderung der Blockchain kann somit kein Erfolg gesehen (und geschuldet) werden. Folglich ist die Einordnung als Werkvertrag abzulehnen.<sup>71</sup>

Wie *Pesch* jedoch korrekt anführt, könnte man indes eine vertragliche Pflicht des „Veräußerers“ darin sehen, den geschuldeten Betrag einer Kryptowährung überhaupt erst zu generieren. Genauer: Durch Berechnung der Blockchain i.R.d. Mining-Prozesses eine Ausschüttung neuer Währungseinheiten auszulösen. In diesem Fall könnte man folgerichtig zur Anwendung des Werkvertragsrechts kommen.<sup>72</sup>

### **d) Mining als Dienstvertrag, § 611 BGB**

Ist ein Erfolg i.S.d. § 631 Abs. 2 BGB in Form der Erzeugung eines validen Blocks und Ausschüttung einer konkreten „Belohnung“ nicht geschuldet, besonders wenn der Beauftragte allein seine Rechenleistung zur Verfügung stellen soll und für den Auftraggeber schürft, kommt ferner auch Dienstvertragsrecht in Betracht.<sup>73</sup> Letzteres dürfte regelmäßig der Annahme eines Werkvertrags sogar vorzugswürdig sein, da auf Grund des „trial and error“-Prinzips beim Auffinden der „nonce“ für die korrekte Erzeugung und Verifizierung eines Blocks i.R.d. Miningprozesses – mithin der Erfolg des Minings – weitestgehend vom Zufall abhängt.

### **e) Zusammenfassung**

Beim Erwerb von Kryptowährungen ist vom Veräußerer grundsätzlich kein Erfolg i.S.e. Werkvertrags geschuldet. Stattdessen liegt eine Übertragung eines weder als Sache noch als Recht zu qualifizierenden unkörperlichen Gegenstands vor.<sup>74</sup> Die Veräußerung entspricht somit in der Regel einem Kaufvertrag i.S.d. § 453 Abs. 1 BGB mit der Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer Zugriff auf den vereinbarten Betrag an Währungseinheiten zu verschaffen. Die Währungseinheiten sind dabei als sonstige Gegenstände i.S.d. § 453 Abs. 1 Alt. 2 BGB bzw. als sonstiges Recht i.S.d. § 823 BGB anzusehen.<sup>75</sup> Allein das „Erschaffen“ neuer Währungseinheiten bzw. der Einsatz von Rechenleistung (Mining), kann als Werk- oder Dienstvertrag zu behandeln sein.

## **2. Bezahlung mit Kryptowährungen**

Kryptowährungen werden teilweise zur Bezahlung von Waren und Dienstleistungen akzeptiert.<sup>76</sup> Dennoch ist auch hierfür eine präzise rechtswissenschaftliche Einordnung bisher nicht erfolgt. Vertreten werden die Annahme eines Kaufvertrags,<sup>77</sup> Tauschs<sup>78</sup> oder eines Vertrags „sui generis“.<sup>79</sup>

### **a) Kaufvertrag oder Tausch – auf den ursprünglichen Parteiwillen kommt es an**

Kaufpreis i.S.d. § 433 BGB ist – unabhängig von der konkreten

<sup>62</sup> *Wilhelmi*, in: BeckOGK, Stand: 15.8.2017, § 453 Rdnr. 172; *Kaulartz* (o. FuBn. 11), S. 476; *Beck/König* (o. FuBn. 7), 132 f.; *Kuhlmann* (o. FuBn. 11), S. 694; *Spindler/Bille* (o. FuBn. 8), S. 1362.

<sup>63</sup> *Pesch* (o. FuBn. 15), S. 132; *Beck/König* (o. FuBn. 7), S. 133.

<sup>64</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 242.

<sup>65</sup> *Pesch* (o. FuBn. 15), S. 132; *Beck/König* (o. FuBn. 7), S. 133; wohl auch *Spindler/Bille* (o. FuBn. 8), S. 1362.

<sup>66</sup> *Engelhardt/Klein* (o. FuBn. 4), S. 359.

<sup>67</sup> *Schneider*, abrufbar unter: <https://bit.ly/2q45jMV>.

<sup>68</sup> *Boehml/Pesch* (o. FuBn. 4), S. 78; *Schneider* (o. FuBn. 67).

<sup>69</sup> *Westermann* (o. FuBn. 61), Rdnr. 47.

<sup>70</sup> *Voit*, in: BeckOK BGB, 43. Ed., Stand: 1.2.2017, § 631 Rdnr. 2.

<sup>71</sup> Zutr. *Pesch* (o. FuBn. 15), S. 131; *Schroeder*, JurPC Web-Dok. 104/2014, Abs. 46.

<sup>72</sup> So wohl *Pesch* (o. FuBn. 15), S. 131 f.; a.A. *Schroeder* (o. FuBn. 71), Abs. 92.

<sup>73</sup> So wohl *Schroeder* (o. FuBn. 71), Abs. 92 f.

<sup>74</sup> *Mössner* (o. FuBn. 13), Rdnr. 100.3; *Pesch* (o. FuBn. 15), S. 101 f.; *Beck/König* (o. FuBn. 7), S. 132; *Spindler/Bille* (o. FuBn. 8), S. 1359; *Kuhlmann* (o. FuBn. 11), S. 694; *Kütük/Sorge* (o. FuBn. 11); *Engelhardt/Klein* (o. FuBn. 4), S. 356; *Boehml/Pesch* (o. FuBn. 4), S. 77; *Djazayeri* (o. FuBn. 18).

<sup>75</sup> Vgl. *Wilhelmi* (o. FuBn. 62); *Kaulartz* (o. FuBn. 11), S. 476; *Beck/König* (o. FuBn. 7), S. 132 f.; *Kuhlmann* (o. FuBn. 11), S. 694; *Spindler/Bille* (o. FuBn. 8), S. 1362.

<sup>76</sup> Z.B. *Expedia*, abrufbar unter: <https://bit.ly/2Jphkui>; für eine Karte mit Annahmepunkten, abrufbar unter: <https://bit.ly/2GBXtGp>; s.a. *Münzer*, abrufbar unter: <https://bit.ly/2lv9xd3>.

<sup>77</sup> *Martens* (o. FuBn. 13), S. 106.

<sup>78</sup> *Eckert* (o. FuBn. 23), S. 2110; *Engelhardt/Klein* (o. FuBn. 4), S. 359; *Spindler/Bille* (o. FuBn. 8), S. 1362; a.A. *Djazayeri* (o. FuBn. 18)

<sup>79</sup> *Boehml/Pesch* (o. FuBn. 4), S. 78.

Währung – Geld im Rechtssinne. Die Gegenleistung beim Kaufvertrag kann also trotz ihrer Währungsunabhängigkeit nur eine Geldschuld sein.<sup>80</sup> Da Kryptowährungen jedoch weder Geld noch Gegenstand einer Geldschuld sind, stellt der Erwerb einer Sache oder eines Rechts – einigen sich die Parteien bei Vertragschluss auf die Zahlung mit einer Kryptowährung – bereits aus diesem Grunde keinen Kaufvertrag dar.<sup>81</sup> Es handelt es sich hierbei vielmehr um einen Tausch gem. § 480 BGB.<sup>82</sup>

Definiert wird der Tausch nicht, jedoch handelt es sich nach Rechtsprechung und Literatur hierbei um einen gegenseitigen, verpflichtenden (synallagmatischen) Vertrag, der im Austausch von Rechten, Sachinbegriffen und anderen vermögenswerten Positionen bestehen kann, sofern diese in einer von der Rechtsordnung gebilligten Weise übertragen werden können. Dies schließt explizit die in § 453 Abs. 1 Alt. 2 BGB erfassten Gegenstände ein. Der Unterschied zwischen Tausch- und Kaufvertrag liegt lediglich darin, dass statt der Leistung eines Kaufpreises die Leistung eines Rechts oder anderer vermögenswerter Positionen – wie ein bestimmter Betrag einer Kryptowährung – vereinbart wird. Obwohl die praktische Bedeutung des Tauschs in der funktionierenden Geldwirtschaft als gering eingestuft wird, könnte er also nun seine Renaissance erleben. Gem. § 480 BGB finden auch beim Tausch die Vorschriften der §§ 433 ff. BGB entsprechende Anwendung.

Wurde zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses als Gegenleistung für die Übergabe und Eigentumsverschaffung der Sache bzw. die Rechtsverschaffung i.S.d. § 453 BGB zunächst die Zahlung einer bestimmten Geldsumme vereinbart und erfolgt die Zahlung auf diese Geldschuld dann abweichend in einer Kryptowährung, ist die Problematik bei §§ 362 ff. BGB zu verorten.<sup>83</sup> Es handelt sich in diesem Fall um einen Kaufvertrag mit der Verpflichtung des Käufers zur Kaufpreiszahlung gem. § 433 Abs. 2 BGB. Die Erfüllung tritt jedoch nicht durch Bewirken der geschuldeten Leistung i.S.d. § 362 Abs. 1 BGB ein, sondern der Gläubiger nimmt die Kryptowährung als von der Kaufpreiszahlung abweichende Leistung als Erfüllung, also als Leistung an Erfüllung statt gem. § 364 Abs. 1 BGB, an.<sup>84</sup>

Für die schuldrechtliche Einordnung des Geschäfts ist folglich allein der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich. Liegt danach ein Kaufvertrag und eine anschließende Leistung an Erfüllung statt vor, ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass der Schuldner gem. § 365 BGB wegen eines Mangels im Recht oder wegen eines Mangels der Sache in gleicher Weise wie ein Verkäufer Gewähr zu leisten hat. Damit können jedoch nur solche Mängel gemeint sein, die der Leistung anhaften, namentlich wertbildende Faktoren. Der Wert der Leistung selbst ist hiervon ausgenommen. Hat der Gläubiger somit eine Kryptowährung als Leistung an Erfüllung statt angenommen, kann er sich nicht darauf berufen, deren Wert entspräche nicht (mehr) dem geschuldeten Kaufpreis. Alleine für die Werthaltigkeit im Zeitpunkt der Annahme durch den Gläubiger mag man eine nur teilweise Erfüllung annehmen; in diesem Fall obliegt jedoch dem Gläubiger gem. § 363 BGB die Beweislast dafür, dass die Leistung unvollständig, d.h. nicht werthaltig, war.

### b) Kryptowährung als Gegenleistung beim Werk- und Dienstvertrag?

Auch eine Vergütung von Werk- und Dienstleistungen (einschließlich Gehaltszahlungen) mit Kryptowährungen ist denkbar.<sup>85</sup> Ihr Charakter als „sonstiger Gegenstand“ steht dem nicht entgegen, da Dienst- und Werkvertrag in §§ 611 und 631 BGB lediglich eine „vereinbarte Vergütung“ fordern. Diese ist aber im Vergleich zum Kaufpreis nicht auf Geldzahlungen beschränkt, sondern erfasst Gegenleistungen aller Art.<sup>86</sup> Obwohl § 107 Abs. 1 GewO die grundsätzliche Berechnung und Aus-

zahlung eines Arbeitsentgelts in Euro vorsieht, können gem. Absatz 2 auch Sachbezüge als Teil des Arbeitsentgelts geleistet werden. Den Parteien steht es insoweit offen, eine entsprechende Vereinbarung zu treffen.<sup>87</sup>

### 3. Mischformen und alternative Zahlungsmodelle

Auch atypische Dienstverträge sind denkbar. Vor Kurzem hat der Softwarehersteller *Qbix Inc.* ein innovatives Geschäftsmodell präsentiert, bei dem die Nutzer seiner Software „Calendar 2“ durch die Aktivierung eines im Hintergrund laufenden Mining-Prozesses weitere Softwarefunktionen „kostenlos“ freischalten konnten.<sup>88</sup> Zwar wurde diese „Zahlung mit Rechenleistung“ umgehend heftig kritisiert und ist inzwischen wieder deaktiviert worden.<sup>89</sup> Dieses Beispiel veranschaulicht jedoch die Mannigfaltigkeit der Vertragsgestaltung, insbesondere im Bereich der Softwareverträge und Kryptowährungen. Es zeigt, dass auch die Abkehr vom reinen Kaufvertrag oder der reinen Miete einer Software hin zu einem typengemischten Dauerschuldverhältnis mit dienst- und mietvertraglichen Elementen denkbar ist.

## IV. Fazit

Kryptowährungen und etwaige zukünftige Erscheinungsformen digitaler Güter bedürfen nicht zuletzt auf Grund ihres monetären Werts ebenso des Schutzes durch die Rechtsordnung, wie es für Daten allgemein der Fall ist. Die Verortung der „Daten-Straftatbestände“ in §§ 303a und 303b StGB unter dem Untertitel der Sachbeschädigungsdelikte zeigt insoweit die Nähe der digitalen Güter zu Sachen i.S.d. § 90 BGB. Aus Sicht des Rechtsverkehrs erscheint es geboten, Klarheit über die rechtliche Einordnung derartiger Inhalte auch in zivilrechtlicher Sicht zu schaffen. Nur so fördert man die Entwicklung innovativer, wirtschaftlicher Konzepte und gibt der Wirtschaft die für ihr tägliches Geschäft wichtige Rechtssicherheit in einer digitalisierten Welt. Nimmt der Gesetzgeber dies nun zum Anlass, spezifische Tatbestände für digitale Inhalte zu schaffen oder diese explizit den bestehenden Instituten (allen voran dem Sachbegriff in § 90 BGB) zuzuordnen, wären auch aus Sicht der Rechtsanwender viele Probleme gelöst und Streitstände gegenstandslos. Der Gesetzgeber sollte jedoch Vorsicht walten lassen, um nicht durch eine vorschnelle Fiktion, die allen digitalen Inhalten Sacheigenschaft zuspricht, das gesamte System der gewerblichen Schutzrechte in Frage zu stellen.

Aus größerer Perspektive erscheinen auch abseits der bloßen Rechtsnatur einer Kryptowährung gesetzliche Regelungen geboten. Obgleich die Schaffung anonymer<sup>90</sup> und autonomer Zahlungssysteme aus datenschutzrechtlicher Sicht zu begrüßen ist, lassen neben den Gesichtspunkten des Verbraucherschutzes bei der „Investition“ in derartige Werte auch finanzpolitische Erwägungen ein gewisses Regelungsbedürfnis erkennen. Die un-

<sup>80</sup> Beckmann, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2014, § 433 Rdnr. 75; Berger, in: Jauernig, BGB, 16. Aufl. 2015, § 433 Rdnr. 26, Westermann (o. FuBn. 61), Rdnr. 16.

<sup>81</sup> Zutr. Pesch (o. FuBn. 15), S. 133.

<sup>82</sup> Westermann (o. FuBn. 61), Rdnr. 16; ebenso Pesch (o. FuBn. 15), S. 135; a.A. Beck/König (o. FuBn. 7), S. 133 f.

<sup>83</sup> Schroeder (o. FuBn. 71), Abs. 46 f.

<sup>84</sup> So zutr. auch Schroeder (o. FuBn. 71), Abs. 62; Pesch (o. FuBn. 15), S. 133.

<sup>85</sup> Plitt/Fischer, NZA 2016, 799.

<sup>86</sup> BGH BeckRS 1974, 31125333; Preis, in: Erfurter Komm. zum Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2018, § 107 Rdnr. 4; Mansel, in: Jauernig, Komm. zum BGB, 16. Aufl. 2015, § 631 Rdnr. 20.

<sup>87</sup> Plitt/Fischer (o. FuBn. 85), S. 803.

<sup>88</sup> Oestreich, abrufbar unter: <https://bit.ly/2H85m7y>.

<sup>89</sup> Goodin, abrufbar unter: <https://bit.ly/2FxbClr>.

<sup>90</sup> S. Erbguth/Fasching (o. FuBn. 3), S. 561 ff. und Bechtolf/Vog (o. FuBn. 3), S. 68 f. zu Anonymität in der Blockchain und möglicher Identifizierung von Personen.

aufhaltsame Schaffung neuer, nicht staatlich regulierter Währungen birgt insoweit das Risiko eines – nicht nur aus fiskalsteuerlichen Gesichtspunkten unerwünschten – Kontrollverlustes über den Geldverkehr innerhalb der Wirtschaftsordnung und begünstigt den Missbrauch solcher Zahlungssysteme zur Finanzierung illegaler Geschäfte.<sup>91</sup>



**Leonid Shmatenko**

ist Rechtsanwalt in der Kanzlei LALIVE in Genf, Doktorand am Lehrstuhl für Deutsches und Ausländisches Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf und Lehrbeauftragter Wirtschaftsrecht an der Nationalen Technischen Universität „Kiewer Polytechnisches Institut Ihor Sikorskyj“.



**Stefan Möllenkamp**

ist Rechtsanwalt in der IP/IT-Boutique FREY Rechtsanwälte in Köln, Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung sowie Privatversicherungsrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf und Software-Entwickler.

Die hier geäußerten Ansichten sind ausschließlich die der Autoren und müssen nicht den Ansichten der Kanzleien LALIVE und FREY Rechtsanwälte oder deren Mandanten entsprechen.

---

**91** Dazu auch *Simmchen*, MMR 2017, 162, 163 f.; *Ekkenga*, CR 2017, 762.