

e-Privacy-RL umsetzen, fehlen. Andererseits kann man § 113 MStV wohl so verstehen, dass er den Landesdatenschutzbehörden (als den „nach den allgemeinen Datenschutzgesetzen des Bundes und der Länder zuständigen Aufsichtsbehörden“) die Zuständigkeit der Überwachung der Einhaltung der allgemeinen Datenschutzbestimmungen überträgt. Dann ist jedoch mindestens diskutabel, ob § 113 MStV die Zuständigkeit auch im Anwendungsbereich der umgesetzten e-Privacy-RL regelt. Denn wie erwähnt, handelt es sich etwa bei Art. 5 Abs. 3 e-Privacy-RL gerade nicht um „allgemeine Datenschutzbestimmungen“, sondern um Spezialregeln zum Schutz der Privatsphäre der Nutzer.<sup>104</sup>

## VII. Ausblick

60 Die nahezu wortgetreue Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 e-Privacy-RL ist zu begrüßen. Die Schaffung des TTDSG mag daneben aus telemedienrechtlicher Sicht dem ersten Anschein wenig

Änderungen mit sich bringen. Je tiefer man jedoch in die entsprechenden Regelungen einsteigt, ergeben sich praxisrelevante Auslegungs- und Anwendungsfragen, die in Zukunft sowohl Gerichte als auch Aufsichtsbehörden beschäftigen dürften.

### RA Dr. Carlo Piltz

Partner, Piltz Rechtsanwälte PartGmbH

IT-Sicherheitsrecht & Datenschutzrecht

carlo.piltz@piltz.legal

www.piltz.legal



<sup>104</sup> Vgl. BGH v. 28.5.2020 – I ZR 7/16 Rz. 61, ECLI:DE:BGH:2020:280520UIZR7.16.0., CR 2020, 557 m. Anm. Stögmüller.

# Report und Technik

## Aufsätze

Thomas Hoeren / Wolfgang Prinz

# Das Kunstwerk im Zeitalter der technischen Reproduzierbarkeit – NFTs (Non-Fungible Tokens) in rechtlicher Hinsicht

Was Blockchain-Anwendungen für den digitalen Kunstmarkt bewirken können

*Der Beitrag stellt die Bedeutung nicht fungibler Tokens für den digitalen Kunstmarkt dar, erläutert ihre technischen Hintergründe und stellt verschiedene Ansätze zur Beantwortung der Frage nach ihrer Rechtsnatur vor. Die Einordnung von NFT unter das Eigentumsrecht wird ebenso diskutiert wie ihre Einordnung als sonstiges Recht i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB, als Lizenz an Immaterialgüterrechten oder als urheberrechtlich geschütztes Werk. Schließlich werden die Rechte diskutiert, die aus dem NFT abgeleitet werden können, und zentrale Fragen im Umgang mit NFT erörtert, wie z.B. die Möglichkeiten finanzieller Beteiligung des Künstlers bei ihrer Weiterveräußerung, den Schutz vor Missbrauch oder die Möglichkeit einer Erlaubnispflicht nach KWG bei Einordnung der NFT als Finanzinstrument.*

## I. Das Potential von NFTs am digitalen Kunstmarkt

1 Hintergrund des aktuellen Interesses an sog. NFTs sind die dem digitalen Kunstmarkt bislang immanenten Grundprobleme. Im Vergleich zu analogen Kunstwerken, welche nur durch komplexe händische Arbeit reproduziert und durch vielfältige

Schutzmechanismen vor einem Wertverlust geschützt werden können, sind digitale Werke aufgrund der technischen Möglichkeiten sehr leicht vervielfältigbar.<sup>1</sup> Die so geschaffenen Kopien sind zudem (nahezu) identisch mit dem Original.<sup>2</sup> Das Erschaffen von limitierten, exklusiven oder einzigartigen Werken wird daher nahezu unmöglich.<sup>3</sup>

Aus diesen Gründen kommt es nicht nur regelmäßig zu einer <sup>2</sup> Verletzung des immateriellen Interesses der Künstler in der

1 Spier, NFTs erklärt: Was die Kryptotoken ausmacht und wie man selbst welche erstellt, 26.3.2021, abrufbar unter: <https://www.heise.de/ratgeber/NFTs-erklart-Was-die-Kryptotoken-ausmacht-und-wie-man-selbst-welche-erstellt-5999696.html> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

2 Spier, NFTs erklärt: Was die Kryptotoken ausmacht und wie man selbst welche erstellt, 26.3.2021, abrufbar unter: <https://www.heise.de/ratgeber/NFTs-erklart-Was-die-Kryptotoken-ausmacht-und-wie-man-selbst-welche-erstellt-5999696.html> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

3 Spier, NFTs erklärt: Was die Kryptotoken ausmacht und wie man selbst welche erstellt, 26.3.2021, abrufbar unter: <https://www.heise.de/ratgeber/NFTs-erklart-Was-die-Kryptotoken-ausmacht-und-wie-man-selbst-welche-erstellt-5999696.html> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

Form des dem Werk anhaftenden Urheberpersönlichkeitsrechts. Sind Kunstwerke einmal auf digitalen Plattformen veröffentlicht, fehlt dem Urheber in der Regel zudem jegliche Möglichkeit der Kontrolle darüber, wie viele digitale Replika des Werkes angelegt werden und wer diese besitzt. Die Benutzung des originalen digitalen Werkes ist zwar in einem gewissen Rahmen mithilfe des sog. *Digital Rights Managements* steuerbar, letztlich bleibt aber die Durchsetzbarkeit der eigenen immaterialgüterrechtlichen Ansprüche als Künstler digitaler Werke kaum erfolgsversprechend.<sup>4</sup> Eine angemessene Wertschöpfung kann also nur dann erzielt werden, wenn eine irgendwie geartete Güter-Verknappung digitaler Kunstwerke stattfindet, die mit dem analogen Kunstmarkt vergleichbare Bedingungen herstellt. *Exklusivität* und *Provenienz* bilden entscheidende Wertfaktoren<sup>5</sup>, die bislang für Künstlerinnen und Künstler digitaler Kunst kaum zu erreichen waren.<sup>6</sup>

- 3 An dieser Stelle setzen die sog. *Non-Fungible Tokens* (= nicht austauschbare, einzigartige Wertmarke; kurz: NFT) an. Echte Vermögenswerte, wie z.B. Zeichnungen, Videoclips oder auch Tweets, können „tokenisiert“, d.h. digital abgebildet werden.<sup>7</sup> Durch eine Vereinbarung zwischen den beteiligten Parteien – i.d.R. dem Künstler und dem Erwerber des NFT – wird eine künstliche *Exklusivität* erzeugt. Das „Recht“ an dem dargestellten digitalen Inhalt wird somit nur einer bestimmten Partei zugeschrieben. Das NFT fungiert als eine Art Zertifikat, das dessen Inhaber dazu berechtigt, sich wie der exklusive „Besitzer“ des digitalen Kunstwerks zu gerieren und von der Community auch als solcher angesehen zu werden.<sup>8</sup>

## II. Technischer Hintergrund von NFTs

- 4 Auf technischer Ebene basieren NFTs – ebenso wie Kryptowährungen – auf einer Blockchain, d.h. einer dezentralen Datenbank.<sup>9</sup> Durch die komplexe technische Verknüpfung neuer informationsgespeicherter Blöcke mit den vorangegangenen Blöcken auf Basis des sog. *Proof of Work-Verfahrens* – einer kollektiven Verifizierung des Vorgangs – wird sichergestellt, dass keine Manipulation stattfinden kann.<sup>10</sup> Die früheren Blöcke der Kette bleiben unveränderlich und dokumentieren somit die jedem einzelnen Token vorangegangenen Transaktionen.<sup>11</sup>

### 1. Digitale Unikate

- 5 Von Kryptowährungen wie z.B. Bitcoins unterscheiden sich NFTs jedoch durch ihre fehlende Fungibilität.<sup>12</sup> Bitcoin-Token lässt sich ein eindeutiger Wert zuordnen, wodurch einzelne Bitcoins beliebig austauschbar oder auch teilbar sind.<sup>13</sup> Sie sind insofern mit einer analogen Währung vergleichbar, bei der es dem Einzelnen i.d.R. auch nicht auf die konkrete Münze oder den Schein ankommt.<sup>14</sup> NFTs hingegen sind *einzigartig* und erhalten bzw. steigern ihren (*Vermögens-*)Wert einzig durch Handel oder Auktionen.<sup>15</sup> Ein 1-zu-1-Tausch gegen einen anderen NFT ist also, im Gegensatz zu Währungs-Token, nicht möglich (= *non-fungible*).<sup>16</sup>
- 6 Erzeugt werden NFTs durch sog. *Smart Contracts*, die in die Blockchain implementiert werden. Dabei handelt es sich um technisch abgebildete Vertragsbedingungen in einem Programmcode, der deren Umsetzung zugleich dokumentiert oder sogar steuert.<sup>17</sup> Der Smart Contract eines NFTs beinhaltet folglich die Information darüber, dass ein einzigartiger Token mit

der Nummer „x“ einem Benutzer der Blockchain gehört, der sich als Besitzer des Wallets, also einer digitalen Geldbörse, mit der Nummer „y“ ausweisen kann.<sup>18</sup> Der digitale Vermögenswert – z.B. eine Bilddatei – wird aus Effizienzgründen dabei nicht selbst abgebildet, sondern lediglich über einen sog. *IPFS-Hashwert* (d.h. ein eindeutiger, kryptografisch erzeugter Fingerabdruck)<sup>19</sup> mit dem *Smart Contract* mittelbar verknüpft. Dieser *IPFS-Hashwert* führt sodann zu einer Textdatei, die die

- 4 Spier, NFTs erklärt: Was die Kryptotoken ausmacht und wie man selbst welche erstellt, 26.3.2021, abrufbar unter: <https://www.heise.de/ratgeber/NFTs-erklart-Was-die-Kryptotoken-ausmacht-und-wie-man-selbst-welche-erstellt-5999696.html>; Adam, But it is legal? The baffling world of NFT copyright and ownership issues, 6.4.2021, abrufbar unter: <https://www.theartnewspaper.com/analysis/but-is-it-legal-the-baffling-world-of-nft-copyright-and-ownership-questions> (beide zuletzt abgerufen am 11.5.2021).
- 5 Dahlhoff/Wegge, Transparenz im Markt der Contemporary Art, Kassel 2019, S. 22 f., abrufbar unter: <https://kobra.uni-kassel.de/themes/Mirage2/scripts/mozilla-pdf.js/web/viewer.html?file=/bitstream/handle/123456789/11327/TransparenzMarktContemporaryArt.pdf?sequence=3&isAllowed=y> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).
- 6 Reichert, Die fliegende Katze – Auch Dateien sind jetzt Kunst [...], 3.3.2021, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/kultur/kunstmarkt-kunst-digitalkultur-blockchain-1.5223768> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).
- 7 Böhl, Was ist ein NFT? – Einfache Erklärung, 5.7.2021, abrufbar unter: <https://www.stuttgarter-nachrichten.de/inhalt.nft-was-ist-das-mhshd.386bd7ac-2e41-461d-b726-cd5a6f0d2096.html>; Kaulartz/Schmid, Rechtliche Herausforderungen sog. Non-Fungible Token (NFTs), 5.7.2021, abrufbar unter: <https://www.cmshs-bloggt.de/tmc/rechtliche-herausforderungen-sog-non-fungible-token-nfts/> (beide zuletzt abgerufen am 11.5.2021).
- 8 Golka/Fischer, NFTs verändern den Handel mit digitaler Musik und Kunst: Fordern sie auch das Urheberrecht heraus? 13.4.2021, abrufbar unter: <https://irights.info/artikel/nfts-veraendern-den-handel-mit-digitaler-musik-und-kunst-fordern-sie-auch-das-urheberrecht-heraus/30839> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).
- 9 Böhl, Was ist ein NFT? – Einfache Erklärung, 5.7.2021, abrufbar unter: <https://www.stuttgarter-nachrichten.de/inhalt.nft-was-ist-das-mhshd.386bd7ac-2e41-461d-b726-cd5a6f0d2096.html> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).
- 10 Leupold/Wiebel/Glossner/Baur/Brüggmann/Sedlmeir/Urbach, MAH IT-Recht, Teil 16.1 Rz. 15.
- 11 Kaulartz/Schmid, Rechtliche Herausforderungen sog. Non-Fungible Token (NFTs), 5.7.2021, abrufbar unter: <https://www.cmshs-bloggt.de/tmc/rechtliche-herausforderungen-sog-non-fungible-token-nfts/> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).
- 12 Böhl, Was ist ein NFT? – Einfache Erklärung, 5.7.2021, abrufbar unter: <https://www.stuttgarter-nachrichten.de/inhalt.nft-was-ist-das-mhshd.386bd7ac-2e41-461d-b726-cd5a6f0d2096.html> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).
- 13 Böhl, Was ist ein NFT? – Einfache Erklärung, 5.7.2021, abrufbar unter: <https://www.stuttgarter-nachrichten.de/inhalt.nft-was-ist-das-mhshd.386bd7ac-2e41-461d-b726-cd5a6f0d2096.html> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).
- 14 Böhl, Was ist ein NFT? – Einfache Erklärung, 5.7.2021, abrufbar unter: <https://www.stuttgarter-nachrichten.de/inhalt.nft-was-ist-das-mhshd.386bd7ac-2e41-461d-b726-cd5a6f0d2096.html> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).
- 15 Prinz, NFT – Was passiert da eigentlich?, 5.7.2021, abrufbar unter: <https://www.linkedin.com/pulse/nft-passiert-da-eigentlich-wolfgang-prinz/> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).
- 16 Mey/Pramer/Zsifkovics, NFT-Hype: Ist das Kunst, oder sind das nur Token?, 2.4.2021, abrufbar unter: <https://www.derstandard.de/story/2000125568511/nft-hype-ist-das-kunst-oder-sind-das-nur-token> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).
- 17 Kaulartz/Heckmann, CR 9/2016, 618, 618.
- 18 Prinz, NFT – Was passiert da eigentlich?, 5.7.2021, abrufbar unter: <https://www.linkedin.com/pulse/nft-passiert-da-eigentlich-wolfgang-prinz/> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).
- 19 Böhl, Was ist ein NFT? – Einfache Erklärung, 5.7.2021, abrufbar unter: <https://www.stuttgarter-nachrichten.de/inhalt.nft-was-ist-das-mhshd.386bd7ac-2e41-461d-b726-cd5a6f0d2096.html> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

wichtigsten Metadaten zu dem Bild enthält.<sup>20</sup> Erst durch einen weiteren Link gelangt man dann zur finalen Bilddatei.<sup>21</sup> Insgesamt sind im Smart Contract also die Informationen gebündelt, die zur Bestimmung des Tokens, des Kunstwerkes und des Token-Besitzers erforderlich sind. Das NFT lässt sich also anhand der Adresse des Smart Contracts und der ID des durch ihn erzeugten Tokens eindeutig identifizieren. Wird das Token von seinem gegenwärtigen Inhaber weiterveräußert, so wird in dem Smart Contract die Walletadresse des Erwerbers hinterlegt.<sup>22</sup> Dies führt dazu, dass nur der neue Eigentümer einen weiteren Transfer vornehmen kann.<sup>23</sup>

## 2. Zertifizierte Besitzerstellung

- 7 NFTs können durch diesen Mechanismus *dauerhafte Provenienz* für digitale Kunst ermöglichen.<sup>24</sup> Zwar erzeugt ein NFT *keine rechtliche Exklusivität*, da mit dem Token weder ein Kopierschutz, noch ein Digital Rights Management oder ein sonstiges Recht am Kunstwerk verbunden ist, dennoch kann die für den Wertschöpfungsprozess erforderliche Festlegung der Zuordnung eines (fiktiven) Originals zu einem berechtigten „Besitzer“ hergestellt werden.<sup>25</sup> Im Kern geht es also nicht um die Zertifizierung des Original-Kunstwerkes, sondern vielmehr um die *Zertifizierung einer vermögenswerten, exklusiven Besitzerstellung*.<sup>26</sup>

## III. Rechtsnatur von NFTs

- 8 Zur Rechtsnatur von NFTs gibt es noch keine ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen. Die folgenden Ansätze diskutieren eine Anwendbarkeit bestehender Regelungen und Rechtsinstitute auf NFTs.

### 1. Einordnung unter das Eigentumsrecht

- 9 NFTs könnten sich unter die sachenrechtlichen Vorschriften über das Eigentum subsumieren lassen. Eigentumsfähig sind nur Sachen, vgl. § 903 BGB. Gemäß § 90 BGB handelt es sich bei Sachen um körperliche Gegenstände. Körperliche Gegenstände müssen greifbar und räumlich abgrenzbar sein.<sup>27</sup> Dieses Kriterium trifft auf digitale Tokens nicht zu.<sup>28</sup> Somit kann hier allenfalls eine analoge Anwendung angenommen werden.

#### a) Pro-Argumente

- 10 Für die Annahme einer Analogie bedarf es einer planwidrigen Regelungslücke und einer vergleichbaren Interessenslage hinsichtlich der Eigentumsfähigkeit von NFTs.<sup>29</sup> Zwar gibt es bislang noch keine auf den besonderen Fall von NFTs bezogenen Stellungnahmen zur Zulässigkeit und Notwendigkeit einer solchen Analogie; möglicherweise lassen sich die generell zu Krypto-Tokens aufgestellten Erwägungen jedoch auch auf die Unterart NFTs beziehen, deren Tokenisierung auf dem gleichen Prinzip beruht.<sup>30</sup>

- 11 Regelungslücke: Aufgrund der Aktualität und Dynamik der Entwicklungen um Krypto-Tokens war es dem Gesetzgeber bislang kaum möglich, eigene spezifische Regelungen zu treffen. Befürworter einer analogen Anwendung der eigentumsrechtlichen Wertungen argumentieren daher, dass aus der bisher fehlenden zivil- bzw. sachenrechtlichen Einordnung von Krypto-Tokens eine notwendigerweise auszufüllende Regelungslücke folge.<sup>31</sup>

Für die Planwidrigkeit dieser Regelungslücke wird angeführt,<sup>12</sup> dass der Gesetzgeber sich mit der rechtlichen Einordnung entsprechender Tokens aufgrund ihrer jüngsten Entwicklung schlicht noch nicht befassen konnte.<sup>32</sup> Eine bewusste Entscheidung gegen die Anwendbarkeit des Regelungsregimes des Eigentumsrechts kann hieraus folglich nicht geschlossen werden. Etwaige Anhaltspunkte für eine grundsätzliche Ablehnung seien in Bezug auf Krypto-Tokens nicht ersichtlich. Insbesondere lasse sich, aufgrund ihrer besonderen Eigenschaften, keine Parallele zur bewussten Entscheidung gegen eine sachenrechtliche Regelung urheberrechtlich nicht geschützter Software im Zuge der Einführung des § 453 BGB ziehen.<sup>33</sup> Denn anders als Software, seien diese aufgrund der Verankerung im komplexen Blockchain-System gerade *nicht „klonbar“*.<sup>34</sup>

Dieses Argument muss bei NFTs umso mehr gelten, handelt es sich bei diesen ja gerade um eine besondere Art von Tokens, die nicht nur nicht zu reproduzieren, sondern auch nicht austauschbar sind.<sup>35</sup> Ihr Wert ergibt sich aus ihrer *Einzigartigkeit* und nicht aus der Nutzbarmachung durch gleichartige Vervielfältigung.

20 Prinz, NFT – Was passiert da eigentlich?, 5.7.2021, abrufbar unter: <https://www.linkedin.com/pulse/nft-passiert-da-eigentlich-wolfgang-prinz/> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

21 Prinz, NFT – Was passiert da eigentlich?, 5.7.2021, abrufbar unter: <https://www.linkedin.com/pulse/nft-passiert-da-eigentlich-wolfgang-prinz/> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

22 Prinz, NFT – Was passiert da eigentlich?, 5.7.2021, abrufbar unter: <https://www.linkedin.com/pulse/nft-passiert-da-eigentlich-wolfgang-prinz/> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

23 Prinz, NFT – Was passiert da eigentlich?, 5.7.2021, abrufbar unter: <https://www.linkedin.com/pulse/nft-passiert-da-eigentlich-wolfgang-prinz/> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

24 Pracher, NFT-Wertgutachten, 15.4.2021, abrufbar unter: <https://kunstgutachter.de/nft-wertgutachten/>; Vgl. außerdem: Christie's, Beeple's masterwork: the first purely digital artwork offered at Christie's, 11.3.2021, abrufbar unter: <https://www.christies.com/features/Monumental-collage-by-Beeple-is-first-purely-digital-artwork-NFT-to-come-to-auction-11510-7.aspx> (beide zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

25 Vgl. Christie's, Beeple's masterwork: the first purely digital artwork offered at Christie's, 11.3.2021, abrufbar unter: <https://www.christies.com/features/Monumental-collage-by-Beeple-is-first-purely-digital-artwork-NFT-to-come-to-auction-11510-7.aspx> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

26 Vgl. Prinz, NFT – Was passiert da eigentlich?, 5.7.2021, abrufbar unter: <https://www.linkedin.com/pulse/nft-passiert-da-eigentlich-wolfgang-prinz/> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

27 Stresemann in, MünchKomm/BGB, hrsg. von Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg, § 90 BGB Rz. 8.

28 Kaulartz/Schmid, Rechtliche Herausforderungen sog. Non-Fungible Token (NFTs), 5.7.2021, abrufbar unter: <https://www.cmshs-bloggt.de/tmc/rechtliche-herausforderungen-sog-non-fungible-token-nfts/> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

29 Vgl. z.B. BGH v. 29.4.1997 – X ZB 19/96, BGHZ 135, 298 = NJW 1997, 2683 f.

30 Kaulartz/Schmid, Rechtliche Herausforderungen sog. Non-Fungible Token (NFTs), 5.7.2021, abrufbar unter: <https://www.cmshs-bloggt.de/tmc/rechtliche-herausforderungen-sog-non-fungible-token-nfts/> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

31 Vgl. zur rechtlichen Einordnung von Krypto-Tokens der Kryptowährung Bitcoin: Walter, NJW 2019, 3609, 3612.

32 Walter, NJW 2019, 3609, 3612.

33 Walter, NJW 2019, 3609, 3612.

34 Walter, NJW 2019, 3609, 3612.

35 Kaulartz/Schmid, Rechtliche Herausforderungen sog. Non-Fungible Token (NFTs), 5.7.2021, abrufbar unter: <https://www.cmshs-bloggt.de/tmc/rechtliche-herausforderungen-sog-non-fungible-token-nfts/> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

- 14 Eine vergleichbare Interessenslage könne damit begründet werden, dass das *Schutzbedürfnis des Inhabers* eines Krypto-Tokens dem des Eigentümers eines körperlichen Gegenstandes nahekommte.<sup>36</sup> So könne aus der Art und Weise der Umschreibung von Tokens in der Blockchain nicht darauf geschlossen werden, dass es zur rechtlichen Übertragung eines Verfügungsgeschäfts bedarf. Vielmehr sei hier auf die Regelungen der §§ 929 ff. BGB analog zurückzugreifen. Insbesondere auf eine rechtsgeschäftliche Einigung könne nicht verzichtet werden. Die körperliche Übergabe des Besitzes müsse dann durch die Umschreibung auf der Blockchain ersetzt werden.<sup>37</sup>
- 15 Darüber hinaus wird durch die Zuordnung der Tokens zu einem einzigen Berechtigten und die durch den Smart Contract gewährleistete Transparenz der Inhaberstellung dem sachenrechtlichen Publizitäts- und Spezialitätsgrundsatz hinreichend Rechnung getragen.<sup>38</sup>
- 16 Es lässt sich also festhalten, dass NFTs durchaus als „Sachen“ i.S.d. § 90 BGB analog angesehen werden und mithin eigenständig i.S.v. § 903 BGB sein könnten. Dies gilt jedoch nur unter der Voraussetzung einer durch das System gewährleisteten *Einzigartigkeit* des jeweiligen Tokens, was üblichen Blockchain-Systemen jedoch immanent ist.
- 17 Zum Teil wird nicht nur die Möglichkeit, sondern auch die *Gebotenheit* der analogen Anwendung der eigentumsrechtlichen Vorschriften unterstrichen.<sup>39</sup> So sei es Aufgabe des Richters, auf aktuelle Entwicklungen zu reagieren und die vom Gesetzgeber noch nicht geschlossenen Schutzlücken im Sinne der Institutsgarantie in Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG auszufüllen.<sup>40</sup> Es sei nicht verständlich, warum etwa Internet-Domains als Eigentum i.S.d. Art. 14 Abs. 1 GG anzusehen seien, Krypto-Tokens jedoch nicht.<sup>41</sup>
- 18 Das inhaltliche Verständnis von Eigentum sei entsprechend der sich verändernden wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Umstände notwendigerweise entwicklungs offen, was sich auch bei der Auslegung der gem. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG normprägenden einfachen Gesetze zeigen müsse.<sup>42</sup> Auch für die Einführung elektronischer Wertpapiere ist beispielsweise derzeit etwa vorgesehen, dass diese wie Sachen behandelt werden.<sup>43</sup>

## b) Contra-Argumente

- 19 Gegensprecher gehen davon aus, dass NFTs nicht eigentumsfähig seien, da sie sich nicht als (körperliche) Sachen i.S.d. § 90 BGB qualifizieren ließen und es *kein Eigentum an Daten und digitalen Werken selbst* gebe.<sup>44</sup> Gegen die oben beschriebene analoge Anwendung der eigentumsrechtlichen Vorschriften spreche vor allem der *sachenrechtliche Typenzwang*, nach dem alle vorgesehenen sachenrechtlichen Rechtspositionen abschließend im Gesetz fixiert sind.<sup>45</sup>
- 20 Allerdings wird diesem Argument dahingehend widersprochen, dass es bei der vorliegenden Frage nicht um die Schaffung einer neuen sachenrechtlichen Rechtsposition gehe, sondern lediglich die Anwendung der bestehenden Regelungen ausgeweitet werden soll.<sup>46</sup> Hinsichtlich der Bestimmung des Sachbegriffs gelte der *numerus clausus* hingegen nicht.<sup>47</sup> Die Anwendung des Sachenrechts allein auf Sachen i.S.d. § 90 BGB zu beschränken, sei nicht final festgesetzt.<sup>48</sup>

Aus diesem Grund wird zum Teil auch für eine Ergänzung des 21 BGB an dieser Stelle plädiert. So wird die Einführung eines § 90b BGB vorgeschlagen, der die *sachenrechtlichen Vorschriften auf digitale Positionen* für entsprechend anwendbar erklären könnte.<sup>49</sup> Alternativ wäre auch die Schaffung eigener Eigentumsregeln denkbar.<sup>50</sup>

## 2. Folgen bei Einordnung als Eigentumsrecht

Sollte man im Ergebnis zu einer Anwendung der eigentums- 22 rechtlichen Vorschriften auf NFTs gelangen, muss man sich die Folgen einer entsprechenden Einordnung vor Augen führen.

### a) Rechtsnachfolge

Es stellt sich zum einen die Frage, ob beim Tod des Inhabers 23 das Eigentum an dessen NFTs im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf seine Erben übergeht. Um dies zu ermöglichen, scheint es unerlässlich, dass der Erblasser zumindest einen *Datenspeicher* hinterlässt, der den Zugang zu seinem Wallet (z.B. über eine Passwortliste) enthält.<sup>51</sup> Geschieht dies nicht, ist es mit aller Wahrscheinlichkeit systembedingt nicht möglich, den Erben die technische Kontrolle über die Tokens einzuräumen.<sup>52</sup> Ein Auseinanderfallen von rechtlicher und tatsächlicher Herrschaft über NFTs kann also nicht durch einen Administrator o.Ä. korrigiert werden.<sup>53</sup>

36 Vgl. Walter, NJW 2019, 3609, 3612 ff.

37 Koch, ZBB 2018, 359, 362 f.

38 Spindler/Bille, WM 2014, 1357, 1359.

39 Walter, NJW 2019, 3609, 3612 f.

40 BVerfG v. 14.2.1973 – 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269 = NJW 1973, 1221, 1225.

41 Walter, NJW 2019, 3609, 3613.

42 Walter, NJW 2019, 3609 (3613).

43 RegE, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von elektronischen Wertpapieren, S. 1, abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Einfuehrung\\_elektr\\_Wertpapiere.html](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Einfuehrung_elektr_Wertpapiere.html) (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

44 Stellvertretend Engelhardt/Klein, MMR 2014, 355, 360; Klinck in, Beck-OGK, hrsg. von Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Stand: 1.1.2021, § 929 BGB Rz. 19; Markendorf, ZD 2018, 409, 410 ff.; Möslein/Omlor/Urbach, ZIP 2020, 2149, 2151; Stresemann in MünchKomm/BGB, hrsg. von Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg, § 90 BGB Rz. 25.

45 Klinck in BeckOGK, hrsg. von Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Stand: 1.1.2021, § 929 BGB Rz. 19.

46 Walter, NJW 2019, 3609, 3612.

47 Walter, NJW 2019, 3609, 3612.

48 Koch, ZBB 2018, 359, 364.

49 Möslein/Omlor/Urbach, ZIP 2020, 2149, 2152.

50 Möslein/Omlor/Urbach, ZIP 2020, 2149, 2152.

51 Amend-Traut/Hergenröder, ZEV 2019, 113, 118; Preuß in BeckOGK, hrsg. von Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Stand: 1.2.2021, § 1922 Rz. 398.

52 Prinz, NFT – Was passiert da eigentlich?, 5.7.2021, abrufbar unter: <https://www.linkedin.com/pulse/nft-passiert-da-eigentlich-wolfgang-prinz/> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

53 Prinz, NFT – Was passiert da eigentlich?, 5.7.2021, abrufbar unter: <https://www.linkedin.com/pulse/nft-passiert-da-eigentlich-wolfgang-prinz/> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

## b) Rechtliche Folgen des Hackens von NFTs

24 Fraglich ist zudem, welchen strafrechtlichen Schutz das Eigentum an NFTs erfährt. Sollte es also wider Erwarten technisch möglich sein, die in der Blockchain enthaltenen Smart Contracts zu hacken und dadurch Token zu erlangen, stellt sich die Frage, nach welchen Straftatbeständen eine solche Tat verurteilt werden würde. Der Diebstahl gem. § 242 StGB fordert im Tatbestand die Wegnahme einer fremden, beweglichen Sache. Dabei kann es sich dem Wortlaut nach nicht um einen digitalen Krypto-Token handeln (Rz. 9 ff.). Eine analoge Anwendung des Sachbegriffs auf NFTs scheitert hier jedoch am *strafrechtlichen Analogieverbot* nach Art. 103 Abs. 2 GG.<sup>54</sup> Demgemäß können nur solche Taten bestraft werden, die gesetzlich hinreichend bestimmt waren, bevor es zur Begehung der Tat kam. Ein Diebstahl i.S.d. § 242 StGB scheidet folglich aus. Denkbar wäre jedoch eine Strafbarkeit nach §§ 202a ff. StGB (Ausspähen und Abfangen von Daten) oder § 303a StGB (Datenveränderung)<sup>55</sup>. Dies ist wohl von den Umständen des Einzelfalls abhängig.

## c) Übertragbarkeit

25 Die Beantwortung der Frage nach der Übertragbarkeit hängt unmittelbar mit der zivil- bzw. sachenrechtlichen Einstufung der NFTs (Rz. 9 ff.) zusammen. Bejaht man die Eigentumsfähigkeit von NFTs, so ist damit lediglich ein *Eigentum an dem Token* verbunden, nicht jedoch an dem Bild bzw. dem Kunstwerk, welches über den IPFS-Hashwert mit dem entsprechenden Token verknüpft ist.<sup>56</sup> Das Eigentum an einem Token kann dann gem. §§ 929 ff. BGB (analog) übertragen werden. Die erforderlichen Tatbestandsmerkmale der Einigung, der Übergabe und des Einigseins bei der Übergabe werden praktisch regelmäßig über einschlägige Handelsplattformen und durch Eintragung einer neuen Walletadresse in den Smart Contract verwirklicht.<sup>57</sup> Nachdem die Walletadresse geändert wurde, kann nur noch der neue Walletbesitzer einen weiteren Transfer vornehmen.<sup>58</sup>

## d) Vermietbarkeit

26 Bei Annahme einer (eigentumsfähigen) Sache analog § 90 BGB wäre es theoretisch denkbar, sich vertraglich dazu zu verpflichten, einen Token auf begrenzte Zeit an einen Vertragspartner zu überlassen. Dann müsste der Gebrauch an der „*Mietsache*“ gewährt werden, ohne eine dingliche Einigung zur Übereignung vorzunehmen. Es müsste also der Token an den Mieter übertragen werden, d.h. die Walletadresse des Mieters in den Smart Contract eingetragen werden. Anders als bei der Softwaremiete<sup>59</sup> ist bei NFTs rein tatsächlich allerdings unklar, welchen (wirtschaftlich) sinnvollen Gebrauch der Mieter von einem Token machen könnte, wenn schon der Inhaberschaft eines Token lediglich der wirtschaftliche Wert, aber keine sonstigen Urheber- oder Verwertungsrechte zugesprochen werden können<sup>60</sup>. Er könnte lediglich nachweisen, dass er das „*digitale Original*“ eines Kunstwerks vorübergehend innehat oder den Token an Dritte im Sinne einer Untervermietung weiter übertragen, wobei letzteres vom dauerhaften Inhaber und Vermieter des Tokens kaum gewünscht sein dürfte. Denn die *Verkehrsanschauung* scheint fest davon auszugehen, dass der Inhaber des in der Blockchain eingetragenen Wallets auch alleiniger

Inhaber des Tokens ist.<sup>61</sup> Vor diesem Hintergrund könnte sich also der Umstand als problematisch erweisen, dass der Vermieter nach der Übertragung des Tokens keine tatsächliche Möglichkeit mehr hat, auf seinen Token einzuwirken oder ihn sonst wie zurückzuerlangen<sup>62</sup>. Etwaige Schutzmechanismen, die bei beweglichen Gegenständen zum Einsatz kommen (z.B. GPS-Tracking), kommen in dezentralen Blockchain-Datenbanken nicht vor. Der Vermieter muss deshalb davon ausgehen, dass er bei Vorliegen eines Herausgabeanspruches stets auf die Mithilfe des Mieters angewiesen ist. Weigert sich dieser, käme ein Schadensersatzanspruch anstelle des Herausgabeanspruches in Betracht.<sup>63</sup>

Mangels sinnvoller Gebrauchstätigkeiten und wegen der verkehrsanschaulich besonders engen Bindung der Zugriffsfähigkeit an die rechtliche Inhaberschaft erscheint die Analogie zur Sache nach § 90 BGB für eine Vermietung ungeeignet.

## 3. Einordnung als „sonstiges Recht“ i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB

Weiterhin ist neben der analogen Anwendung des Eigentumsrechts auch eine Einordnung als „sonstiges Recht“ i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB diskutabel.<sup>64</sup> Dazu müsste der „Inhaber“ eines NFT zumindest eine *eigentümerähnliche Position* innehaben.<sup>65</sup> Dies wird angenommen, wenn zumindest die in § 903 BGB angelegte Zuordnungs- und Ausschlussfunktion des Eigentums vorliegt. Ein „sonstiges Recht“ müsste also ähnlich wie das Eigentum an einer Sache einer konkreten Person zuordenbar sein. Gleichzeitig muss der Rechtsgutininhaber in der Lage sein, andere Personen von der Nutzung auszuschließen.<sup>66</sup> NFTs sind

54 *Gunnar/Duttge* in *Dölling/Duttge/König/Rössner*, Gesamtes Strafrecht, § 242 Rz. 4.

55 *Kaulartz/Schmid*, Rechtliche Herausforderungen sog. Non-Fungible Token (NFTs), 5.7.2021, abrufbar unter: <https://www.cmshs-bloggt.de/tmc/rechtliche-herausforderungen-sog-non-fungible-token-nfts/> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

56 *Prinz*, NFT – Was passiert da eigentlich?, 5.7.2021, abrufbar unter: <https://www.linkedin.com/pulse/nft-passiert-da-eigentlich-wolfgang-prinz/> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

57 *Walter*, NJW 2019, 3609, 3614.

58 *Prinz*, NFT – Was passiert da eigentlich?, 5.7.2021, abrufbar unter: <https://www.linkedin.com/pulse/nft-passiert-da-eigentlich-wolfgang-prinz/> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

59 *Häublein* in *MünchKomm/BGB*, hrsg. von *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg*, § 535 BGB Rz. 74.

60 *Mey/Pramer/Zsifkovics*, NFT-Hype: Ist das Kunst, oder sind das nur Token?, 2.4.2021, abrufbar unter: <https://www.derstandard.de/story/2000125568511/nft-hype-ist-das-kunst-oder-sind-das-nur-token> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

61 *Walter*, NJW 2019, 3609, 3613.

62 *Prinz*, NFT – Was passiert da eigentlich?, 5.7.2021, abrufbar unter: <https://www.linkedin.com/pulse/nft-passiert-da-eigentlich-wolfgang-prinz/> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

63 *Strey*l in *Schmidt-Futterer*, Mietrecht, § 546 Rz. 83.

64 *Kaulartz/Schmid*, Rechtliche Herausforderungen sog. Non-Fungible Token (NFTs), 5.7.2021, abrufbar unter: <https://www.cmshs-bloggt.de/tmc/rechtliche-herausforderungen-sog-non-fungible-token-nfts/> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

65 *Kaulartz/Schmid*, Rechtliche Herausforderungen sog. Non-Fungible Token (NFTs), 5.7.2021, abrufbar unter: <https://www.cmshs-bloggt.de/tmc/rechtliche-herausforderungen-sog-non-fungible-token-nfts/> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

66 *Wagner* in *MünchKomm/BGB*, hrsg. von *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg*, § 823 BGB Rz. 301 ff.

*digitale Unikate* und werden bei einem Kauf durch die im Smart Contract hinterlegte Walletadresse eindeutig einem Inhaber zugewiesen.<sup>67</sup> Im Anschluss daran kann einzig der Besitzer des neu eingetragenen Wallets einen weiteren Transfer vornehmen.<sup>68</sup> Der Ausschlussfunktion wird ein NFT dadurch gerecht, dass es Dritten unmöglich ist, über das Token zu verfügen oder sonst wie darauf einzuwirken, wenn sie keinen Zugang zu dem Wallet haben, welches mit dem Token verknüpft ist. Mithin kommt die Einordnung des NFT als „sonstiges Recht“ i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB in Betracht.<sup>69</sup>

#### 4. Einordnung als Lizenz an Immaterialgüterrechten

- 29 Ebenfalls wird die rechtliche Konstruktion diskutiert, NFTs als *sonstiges Recht* gem. § 413 BGB einzuordnen und somit eine Übertragung nach den Vorgaben des §§ 398, 413 BGB zu handhaben.<sup>70</sup> Da es sich bei den Tokens jedoch nicht um – von den Vorschriften umfasste – Rechte gegen Dritte handele, scheint hier erneut lediglich eine *analoge* Anwendung der §§ 398, 413 BGB in Betracht zu kommen und auch eine solche ist umstritten.<sup>71</sup> Kritiker führen hiergegen an, dass ein Token nicht nur weder einen Anspruch noch ein gesondertes Recht vermittelt, sondern auch, dass eine Übertragung allein durch Einigung im Wege der §§ 413, 398 BGB gerade nicht der Natur von NFT entspricht.<sup>72</sup> Vielmehr setze das System von Tokens darauf, dass durch die Eintragung einer neuen Walletnummer die tatsächliche Zugriffsfähigkeit übergeben wird.<sup>73</sup> Der zu dem jeweiligen Token zugehörige Wert ist lediglich das Resultat des marktwirtschaftlichen Mechanismus von Angebot und Nachfrage.<sup>74</sup>

#### 5. Einordnung des NFT als urheberrechtlich geschütztes Werk

- 30 Grundvoraussetzung für die Anwendbarkeit des Urheberrechts ist gem. § 2 Abs. 2 UrhG, dass eine persönliche geistige Schöpfung vorliegt. Eine persönliche Schöpfung muss auf einer menschlich-gestalterischen Tätigkeit beruhen.<sup>75</sup> Ein NFT wird über einen sog. Smart Contract erzeugt, einem „Eigentümer“ zugewiesen und später auch einem anderen „Eigentümer“ übertragen. Bei dem hier zum Einsatz kommenden Smart Contract handelt es sich um einen in einer Blockchain implementierten Programmcode.<sup>76</sup> Ob ein solcher Programmcode lediglich ein Werkzeug zur Erstellung eines NFTs durch einen Menschen darstellt, oder ob dies als verselbstständigter maschineller Vorgang anzusehen ist, bleibt fraglich.<sup>77</sup> In Bezug auf Kryptowährungen wird vertreten, dass es sich dabei um rein maschinell generierte Produkte handelt und urheberrechtlicher Schutz somit nicht gewährt werden kann.<sup>78</sup> Diese Ansicht lässt sich wohl auch auf NFTs übertragen.

### IV. Rechte aus dem NFT

#### 1. Nutzungsrechte an dem verlinkten digitalen Kunstwerk

- 31 Von entscheidender Bedeutung ist die Frage danach, ob mit der Erstellung eines NFTs und der Weiterveräußerung auch Nutzungsrechte übertragen werden. Aufgrund der Tatsache, dass ein Künstler beliebig viele NFTs zu seinem Kunstwerk anlegen und in den Verkehr bringen kann<sup>79</sup>, scheint es abwegig,

bereits in der Erstellung und Veräußerung des NFT eine konkludente Übertragung von konkreten Nutzungsrechten zu sehen.<sup>80</sup> Solange die NFTs Werke betreffen, die unter das Urheberrecht fallen, verbleiben die sich daraus ergebenden Rechte auch beim Handel des NFT wohl bei dem Künstler selbst.<sup>81</sup>

Der Käufer des NFT könnte jedoch in einem separaten Vertrag Nutzungsrechte an dem Werk erwerben. Gemäß §§ 31 ff. UrhG können die Parteien grundsätzlich im Wege eines frei individualisierten Vertrages Nutzungsrechte aushandeln. Dabei ist insbesondere zu unterscheiden, ob ein *einfaches* (§ 31 Abs. 2 UrhG) oder ein *ausschließliches* Nutzungsrecht (§ 31 Abs. 3 UrhG) eingeräumt werden soll. Die mit einem *ausschließlichen Nutzungsrecht* einhergehenden Befugnisse sind deutlich weitreichender. Der Vertragspartner erhält gem. § 31 Abs. 3 UrhG nicht nur ein positives Nutzungs-, sondern auch ein negatives Verbotsrecht.<sup>82</sup> Er kann also Dritte von der Benutzung ausschließen oder ihnen Nutzungsrechte einräumen.<sup>83</sup> Letzteres erfordert jedoch gem. § 35 UrhG die Zustimmung des Urhebers.<sup>84</sup> Zudem lässt sich das Nutzungsrecht inhaltlich auf verschiedenen Ebenen beschränken. So können die Vertragsparteien, den Ort, die Dauer und die Nutzungsart frei bestimmen (vgl. § 31 Abs. 1 Satz 2 UrhG). Zu den Nutzungsarten zählen beispielsweise die Vervielfältigung, Verbreitung oder Ausstellung.<sup>85</sup>

Selbiges gilt auch für die Vergütung. Diese kann gem. § 32 Abs. 1 Satz 1 UrhG vertraglich vereinbart werden. Zu beachten ist einzig, dass die Vergütung angemessen sein muss (vgl. § 32 Abs. 1 Satz 2 UrhG). Wird also beispielsweise eine Vergütung

67 Kaulartz/Schmid, Rechtliche Herausforderungen sog. Non-Fungible Token (NFTs), 5.7.2021, abrufbar unter: <https://www.cms-shs-bloggt.de/tmc/rechtliche-herausforderungen-sog-non-fungible-token-nfts/> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

68 Prinz, NFT – Was passiert da eigentlich?, 5.7.2021, abrufbar unter: <https://www.linkedin.com/pulse/nft-passiert-da-eigentlich-wolfgang-prinz/> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

69 Ähnlich auch für Bitcoins: Spindler/Bille, WM 2014, 1357, 1363.

70 Möslin/Omlor/Urbach, ZIP 2020, 2152.

71 Beckmann in Martinek, jurisPK/BGB, § 929 BGB Rz. 14.

72 Walter, NJW 2019, 3609, 3611.

73 Walter, NJW 2019, 3609, 3613.

74 Walter, NJW 2019, 3609, 3610.

75 Schulze in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz Kommentar, § 2 Rz. 6 ff.

76 Paulus, JuS 2020, 108.

77 Zum urheberrechtlichen Schutz von computergenerierten Werken vgl. Bullinger in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht Praxiskommentar, § 2 Rz. 15 f.; Loewenheim/Leistner in Schricker/Loewenheim, Kommentar zum Urheberrecht, § 2 Rz. 39 f.

78 Walter, NJW 2019, 3609, 3610.

79 Prinz, NFT – Was passiert da eigentlich?, 5.7.2021, abrufbar unter: <https://www.linkedin.com/pulse/nft-passiert-da-eigentlich-wolfgang-prinz/> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

80 Zu den Anforderungen an eine stillschweigende Einräumung von Nutzungsrechten vgl. Schulze in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz Kommentar, § 31 Rz. 22.

81 Kaulartz/Schmid, Rechtliche Herausforderungen sog. Non-Fungible Token (NFTs), 5.7.2021, abrufbar unter: <https://www.cms-shs-bloggt.de/tmc/rechtliche-herausforderungen-sog-non-fungible-token-nfts/> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

82 Schulze in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz Kommentar, § 31 Rz. 56.

83 Schulze in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz Kommentar, § 31 Rz. 56.

84 Wandtke/Grunert in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht Praxiskommentar, § 31 Rz. 35.

85 Schulze in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz Kommentar, § 31 Rz. 5.

vereinbart, die im Hinblick auf Art und Umfang der eingeräumten Nutzungsrechte aus objektiver Sicht unangemessen niedrig ist, steht dem Urheber gem. § 32 Abs. 1 Satz 3 UrhG ein Anspruch auf Vertragsanpassung zu. Ein weiterer Anspruch des Urhebers ist das Auskunftsrecht nach §§ 32d, 32e UrhG. Dieser gewährt ihm bei der entgeltlichen Einräumung von Nutzungsrechten ein jährliches Auskunfts- und Rechenschaftsrecht über den Umfang der Werknutzung der sich daraus ergebenden Erträge.

- 34 Für den Erwerber eines NFTs wäre es ratsam, sich entsprechende Nutzungsrechte vertraglich einräumen zu lassen. Insbesondere gilt es zu beachten, dass der Künstler ansonsten nicht daran gehindert wäre, weitere NFTs für dasselbe Werk zu erstellen und in Umlauf zu bringen.<sup>86</sup> Um das zu verhindern, könnte sich der Erwerber über die Einräumung eines *ausschließlichen Nutzungsrechtes* die *Exklusivität* seines NFTs vertraglich zusichern lassen.<sup>87</sup> Denn der Wert eines NFTs bemisst sich allein an der Tatsache, dass es als das zum Kunstwerk gehörige originale Token vom ursprünglichen Künstler oder der Verkaufsw Webseite ausgewiesen ist (Rz. 5 f.). Um diesen Wert auch zu erhalten, ist eine Garantieerklärung des Künstlers über die „Einzigartigkeit“ unerlässlich.<sup>88</sup>

## 2. Eigentum am „analogen“ Original

- 35 Es kann ein NFT von einer Bilddatei erstellt werden, welche grafisch einen *echten körperlichen Gegenstand* („analoges“ Original), wie z.B. ein Gemälde, abbildet. Es ist unstrittig, dass mit der Schaffung eines NFT nur eine rechtliche Position in Bezug auf das *Digitalisat* begründet wird und keine Übertragung sonstiger Rechte erfolgt. Das gilt selbst dann, wenn es sich bei dem NFT um ein nachträglich erstelltes *Digitalisat* eines analog verfügbaren Kunstwerks handelt. Hier obliegt es ebenfalls den Parteien, vertraglich festzuhalten, ob auch zusätzlich Rechte am analogen Original übertragen werden sollen. Eigentum an diesem Original kann allein nach den normalen gesetzlichen Regeln (§§ 929 ff. BGB) erworben werden.

## V. Weitere rechtliche Fragen

### 1. Möglichkeiten der finanziellen Beteiligung des Künstlers bei Weiterveräußerung von NFTs

- 36 Bei NFTs handelt es sich um *stark volatile Handelsobjekte*. Daher erscheint es für den Urheber (Künstler) des im NFT verlinkten digitalen Kunstwerks sinnvoll, eine Partizipation an einer möglichen späteren Wertsteigerung zu vereinbaren.<sup>89</sup> Eine automatisierte Abführung solcher Beteiligungen an den Urheber könnte beispielsweise durch Smart Contracts ermöglicht werden.<sup>90</sup> Diese verarbeiten digital prüfbare Ereignisse und führen davon ausgehend (rechtlich relevante) Handlungen aus.<sup>91</sup> Eine solche Konstruktion würde insbesondere die Initiativlast von den Künstlern nehmen.<sup>92</sup>

### 2. Schutz vor mehreren NFTs für dasselbe digitale Kunstwerk

- 37 Grundsätzlich ist denkbar, dass mehrere NFTs für dasselbe Kunstwerk erschaffen und verbreitet werden. Um dem vorzubeugen, sollte sich der Erwerber eines NFTs vom Künstler

vertraglich zusichern lassen, dass keine weiteren NFTs für dasselbe Kunstwerk erzeugt werden.<sup>93</sup> Zudem könnte eine Einordnung als „sonstiges Recht“ i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB die Möglichkeit einer Abwehr eines unbefugten Erstellens eines weiteren identischen NFTs erzeugen.<sup>94</sup>

## 3. Missbrauch

Überdies können auch Nichtberechtigte, also Personen, die weder Schöpfer noch Inhaber von Nutzungsrechten sind, NFTs erstellen. Dem lässt sich wie folgt entgegenwirken: Der Urheber bzw. der Künstler sollte öffentlich kommunizieren, welches NFT das von ihm erstellte Original und zu seinem Kunstwerk gehörende Token ist und auf einer Internetseite die entsprechende *Identifikationsnummer* für alle öffentlich einsehbar machen.<sup>95</sup> Erstellt sodann ein Nichtberechtigter ein weiteres NFT, können potentielle Kaufinteressenten leicht erkennen, ob es sich dabei um eine Fälschung handelt oder nicht.

Die generelle unbefugte Erstellung eines NFTs kann der Künstler nur verhindern, indem er auf eine Veröffentlichung seines Digitalisats im Internet verzichtet. Sobald ein Kunstwerk digital einer breiten Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt wurde, können unbefugte Dritte NFTs zu dem entsprechenden Werk erstellen. Wenn jedoch transparent ist, bei welchem Token es sich um das rechtmäßige Original handelt, ist es unwahrscheinlich, dass sich etwaige Replikat am Markt durchsetzen und dadurch den Wert des Originals mindern können. Auch den

86 Prinz, NFT – Was passiert da eigentlich?, 5.7.2021, abrufbar unter: <https://www.linkedin.com/pulse/nft-passiert-da-eigentlich-wolfgang-prinz/> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

87 So Solmecke in einem Interview in: Huber, NFT: Was kann man mit den Krypto-Kunstwerken eigentlich anfangen?, 7.4.2021, abrufbar unter: <http://www.godmode-trader.de/artikel/nft-was-kann-man-mit-den-krypto-kunstwerken-eigentlich-anfangen,9336291> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

88 Prinz, NFT – Was passiert da eigentlich?, 5.7.2021, abrufbar unter: <https://www.linkedin.com/pulse/nft-passiert-da-eigentlich-wolfgang-prinz/> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

89 Kaulartz/Schmid, Rechtliche Herausforderungen sog. Non-Fungible Token (NFTs), 12.4.2021, abrufbar unter: <https://www.cms-shs-blogg.de/tmc/rechtliche-herausforderungen-sog-non-fungible-token-nfts/> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

90 Kaulartz/Schmid, Rechtliche Herausforderungen sog. Non-Fungible Token (NFTs), 12.4.2021, abrufbar unter: <https://www.cms-shs-blogg.de/tmc/rechtliche-herausforderungen-sog-non-fungible-token-nfts/> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021); Außerdem: Beck, Can NFTs Crack Royalties And Give More Value To Artists?, 2.3.2021, abrufbar unter: <https://consequence.net/blog/blockchain-explained/can-nfts-crack-royalties-and-give-more-value-to-artists/> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

91 Guggenberger in Hoeren/Sieber/Holznapel, Handbuch Multimedia-Recht, Oktober 2020, Teil 13.7 Rz. 1.

92 Vgl. Fries, NJW 2019, 901, 904; Vgl. zur AGB-rechtlichen Zulässigkeit Guggenberger in Hoeren/Sieber/Holznapel, Handbuch Multimedia-Recht, Oktober 2020, Teil 13.7 Rz. 16 f.

93 Kaulartz/Schmid, Rechtliche Herausforderungen sog. Non-Fungible Token (NFTs), 12.4.2021, abrufbar unter: <https://www.cms-shs-blogg.de/tmc/rechtliche-herausforderungen-sog-non-fungible-token-nfts/> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

94 Kaulartz/Schmid, Rechtliche Herausforderungen sog. Non-Fungible Token (NFTs), 12.4.2021, abrufbar unter: <https://www.cms-shs-blogg.de/tmc/rechtliche-herausforderungen-sog-non-fungible-token-nfts/> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

95 Vgl. im Fall des bei Christie's versteigerten NFTs zum Kunstwerk „The First 5000 Days“ von Beeple: Prinz, NFT – Was passiert da eigentlich?, 5.7.2021, abrufbar unter: <https://www.linkedin.com/pulse/nft-passiert-da-eigentlich-wolfgang-prinz/> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

Käufern eines NFTs sind eine vorsorgliche Recherche sowie gegebenenfalls der Rückgriff auf den Künstler des Kunstwerks anzuraten, um die rechtlichen Hintergründe abzuklären. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Frage nach der Zulässigkeit einer Weiterveräußerung des erlangten NFTs in der Zukunft, wenn dieses als Wertanlage agieren soll.<sup>96</sup>

#### 4. Einordnung der NFT als Finanzinstrument

- 40 Eine Einordnung als gewerbsmäßige Finanzdienstleistung nach dem KWG könnte gem. § 32 Abs. 1 KWG zu einer Genehmigungspflicht durch die BaFin als zuständige Behörde führen. Denkbar wäre eine Einordnung als Vermögensanlage gem. dem Vermögensanlagengesetz und somit auch als Finanzinstrument gem. § 1 Abs. 11 Satz 1 Nr. 10 KWG.<sup>97</sup> In Fällen des gewerblichen Umgangs mit NFT wäre daher eine Erlaubnispflicht denkbar.<sup>98</sup>

#### Prof. Dr. Thomas Hoeren

Universitätsprofessor und Direktor des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht der Uni Münster (ITM)

Informationsrecht, Urheberrecht, Gewerblicher Rechtsschutz

hoeren@uni-muenster.de

www.uni-muenster.de/jura.itm/hoeren



#### Prof. Wolfgang Prinz, PhD

Stellv. Institutsleiter Fraunhofer FIT

Digitalisierung, Blockchain, Kooperationsysteme

wolfgang.prinz@fit.fraunhofer.de

www.fit.fraunhofer.de



96 Adam, But it is legal? The baffling world of NFT copyright and ownership issues, 6.4.2021, abrufbar unter: <https://www.theartnewspaper.com/analysis/but-is-it-legal-the-baffling-world-of-nft-copyright-and-ownership-questions> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

97 Kaulartz/Schmid, Rechtliche Herausforderungen sog. Non-Fungible Token (NFTs), 5.7.2021, abrufbar unter: <https://www.cmshs-bloggt.de/tmc/rechtliche-herausforderungen-sog-non-fungible-token-nfts/> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

98 Auffenberg, Regulierung von Non-Fungible-Token – Sind NFT in Deutschland Finanzinstrumente?, abrufbar unter: <https://www.fin-law.de/2021/03/15/regulierung-von-non-fungible-token-sind-nft-in-deutschland-finanzinstrumente/> (zuletzt abgerufen am: 11.5.2021).

**ottoschmidt** live

**Otto Schmidt live – Der Podcast**

Neueste Urteile, wichtige Gesetze und Rechtsfragen.

Jetzt kostenlos anhören!

Spotify Apple Podcast www.otto-schmidt.de/live

Führt Sie sicher durch das Datenschutzrecht.

Plath  
DSGVO  
BDSG  
Kommentar

Jetzt bestellen: otto-schmidt.de