



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Bank- und Kapitalmarktrecht

**zum Prüfauftrag „(Zivilrechtliche)
Übertragbarkeit von Kryptowerten“ – im Rahmen
des Eckpunktepapiers des Bundesministeriums
der Finanzen und des Bundesministeriums der
Justiz zum Zukunftsfinanzierungsgesetz vom
29. Juni 2022 –**

Stellungnahme Nr.: 66/2022

Berlin, im November 2022

Mitglieder des Ausschusses Bank- und Kapitalmarktrecht

- RA Dr. Andreas Fandrich, Stuttgart (Vorsitzender)
- RAin Daniela Bergdolt, München
- RA Dr. Stephan Heinze, LL.M.oec., Magdeburg
- RAin Julia Heise, LL.M., Frankfurt am Main
- RA Dr. Berthold Kusserow, LL.M., Hofheim
(Berichterstatter)
- RA Klaus Rotter, München

Zuständig in der DAV-Geschäftsstelle

- RAin Christine Martin, DAV-Berlin

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40, Boîte 7B
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

Verteiler

- Bundesministerium der Justiz
- Bundesministerium der Finanzen
- Vorsitzender des Rechtsausschusses des Bundestages
- Fraktionen der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien
- Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
- Landesgruppen und -verbände des DAV
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des DAV
- Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des DAV
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Bundesnotarkammer
- Deutscher Notarverein
- Institut der Wirtschaftsprüfer (IdW)
- Deutscher Richterbund
- Deutscher Juristinnenbund
- Frauen in die Aufsichtsräte e.V. (FidAR)
- Bundesverband der Freien Berufe
- Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)
- Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz (DSW)
- Deutscher Steuerberaterverband
- Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)
- Deutscher Industrie- und Handelskammertag (DIHK)
- Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft
- Bundesverband Deutscher Banken
- Schutzgemeinschaft der Kapitalanleger e.V. (SdK) - Die Aktionärsvereinigung –
- Arbeitsgemeinschaft berufsständischer Versorgungseinrichtungen e. V. – ABV
- Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins
- Anwaltsblatt / AnwBl
- Die Aktiengesellschaft
- GmbH-Rundschau
- NZG Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
- WM Wertpapiermitteilungen
- ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
- Börsenzeitung
- Betriebs-Berater
- NJW Neue Juristische Wochenschrift
- Handelsblatt
- Frankfurter Allgemeine Zeitung

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt mehr als 61.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 253 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene. Der DAV ist im Lobbyregister für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung zur Registernummer R000952 eingetragen.

Zusammenfassung

Der DAV bedankt sich für die Einladung, zu dem Prüfungsauftrag zur Übertragbarkeit von sog. Kryptowerten Stellung zu nehmen. Bei Kryptowerten, die nicht dem Regime des eWpG unterfallen, und insbesondere bei sog. Non-Fungible Tokens handelt es sich um Trendprodukte, die derzeit zweifellos eine sehr große Aufmerksamkeit genießen. Dies allein und die Begeisterung für die faszinierende Technik des Distributed Ledger und der Blockchain sollten allerdings kein hinreichender Grund für eine gesetzliche Sonderregelung sein. Es sollte vielmehr nüchtern geprüft werden, ob es – insbesondere im Hinblick auf die wirtschaftliche Bedeutung des Marktes in Kryptowerten – für eine solche gesetzliche Regelung derzeit ein unabweisbares Bedürfnis gibt.

Stellungnahme im Einzelnen

Zu den von Ihnen aufgeworfenen Fragen möchten wir daher wie folgt Stellung nehmen:

- 1. Besteht hinsichtlich der Übertragung von (autonomen/intrinsischen und aufgeladenen/extrinsischen) Kryptowerten, die weder Inhaberschuldverschreibungen noch Anteilscheine auf den Inhaber an Sondervermögen oder Aktien verkörpern, gesetzgeberischer Handlungsbedarf? Erscheint es ggf. sinnvoll, bestimmte Arten von Kryptowerten in Hinblick auf ihre Entstehungsgeschichte im ungeregelten Bereich zu belassen?**

Die Schaffung von sog. Kryptowerten, die Forderungen oder Vermögenswerte aller Art repräsentieren, in einem Distributed Ledger verbucht sind und in der Blockchain übertragen werden, findet derzeit größte Aufmerksamkeit. Mit dem

Inkrafttreten des eWpG und des § 95 Abs. 1 KAGB ist allerdings bereits ein ganz erheblicher Teil dieser Kryptowerte einer gesetzlichen Regelung zugeführt worden. Sobald auch Aktien künftig in den Anwendungsbereich des eWpG fallen, wird damit der gesamte Bereich der einem Finanzierungszweck dienenden, handelbaren Wertpapiere als elektronisches Wertpapier oder als Kryptowertpapier begebbar sein.

Es verbleiben mithin diejenigen Kryptowerte bislang unregelt, die nicht unter den Anwendungsbereich des eWpG fallen. Bei diesen handelt es sich – entgegen einer Ansicht, die diese Begriffe extensiv erweitern möchte - weder um Wertpapiere noch um Sachen, so dass eine Übertragung dieser Kryptowerte nach sachen- bzw. wertpapierrechtlichen Grundsätzen ausscheidet (siehe *Kusserow*, WM 2020, S. 586ff., 588). Dementsprechend können diese Werte nur als Forderungen (dies ist zumindest bei sog. „Investment Token“ und „Utility Token“ der Fall) oder als sonstige Rechte eingeordnet werden (siehe *Skauradszun*, AcP 221 (2021), S. 353ff., 367f.), was hinsichtlich der Übertragbarkeit zwangsläufig zur Anwendung der §§ 398ff. BGB führt. Daraus folgen einige rechtliche Themen, die die Handelbarkeit derartiger Kryptowerte zweifellos erschweren, nämlich der Ausschluss eines gutgläubigen Erwerbs, der Einwendungsdurchgriff und das Risiko etwaiger Doppelzahlungen (siehe *Kusserow*, WM 2020, S. 586ff, 591f.).

Allein dieser Umstand kann u.E. jedoch für die Frage der Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung nicht als ausreichender Grund angesehen werden. An der Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung würde es beispielsweise dann fehlen, wenn die wirtschaftliche Bedeutung des Phänomens des Handels mit sonstigen Kryptowerten vergleichsweise gering wäre. Einige der genannten Beispiele (Kunst, Oldtimer, Wein) scheinen in diese Richtung zu deuten. An der Erforderlichkeit würde es auch dann fehlen, wenn die Rechtspraxis ausreichend verlässliche Wege gefunden hätte, die Unzulänglichkeiten der §§ 398ff. BGB zu adressieren. So ist es z.B. im wirtschaftlich äußerst bedeutsamen Sekundärmarkt für syndizierte Kreditforderungen und Schuldscheindarlehen gelungen, rechtliche Strukturen zu etablieren, die den beteiligten Verkehrskreisen bisher als ausreichend sicher erschienen, um einen Handel mit diesen Forderungen zu ermöglichen. Dasselbe gilt innerhalb des Clearstreamsystems für die Übertragung von Wertpapieren, die in

Wertpapierrechnung verbucht sind. Auch dies ist ein Markt von ganz erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung. Weiterhin würde es an einer Erforderlichkeit fehlen, wenn die Unzulänglichkeiten der §§ 398ff. BGB bereits aufgrund der technischen Besonderheiten der Blockchain und der Distributed Ledger-Technologie gar nicht zum Tragen kommen könnten. Wäre z.B. die Übertragung eines Kryptowertes durch einen Nichtberechtigten technisch ausgeschlossen, wäre das Fehlen der Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs kein relevantes Problem. Schließlich wäre eine gesetzliche Regelung nicht nötig, wenn das eWpG nutzbar gemacht werden könnte. Da eine Inhaberschuldverschreibung jeden beliebigen Anspruch verkörpern kann, könnten Forderungen repräsentierende Kryptowerte (jedenfalls sog. „Investment Token“), die übertragen werden sollen, schlicht in die Form z.B. eines einzeleingetragenen Kryptowertpapiers gegossen werden.

Es zeigt sich daher, dass durchaus Zweifel angebracht sind, ob eine gesetzliche Regelung der Übertragung bislang unregelter Kryptowerte derzeit nötig ist. Ob es für eine gesetzliche Regelung angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung des (künftigen) Marktes in Kryptowerten für die „Zukunftsfinanzierung“ derzeit ein unabweisbares Bedürfnis gibt, kann der DAV nicht abschließend bewerten. Sollte allerdings etwa der OTC-Markt für Finanzderivate oder der bereits erwähnte Sekundärmarkt für Kreditforderungen künftig zunehmend über die Blockchain abgewickelt werden (was allerdings noch Zukunftsmusik ist; siehe z.B. Massimo Morini, Financial Derivatives with Blockchain and Smart Contracts, <https://www.blockchainresearchinstitute.org/project/financial-derivatives-with-blockchain-and-smart-contracts/>), könnte sich eine gesetzliche Regelung schnell als nötig erweisen.

2. Für den Fall des Handlungsbedarfs:

a. Welche Anforderungen sollen an die Übertragung gestellt werden?

Aus der eingangs erwähnten Einordnung der Kryptowerte als Forderungen bzw. sonstige Rechte folgt bereits, dass die Übertragung den §§ 398ff. BGB genügen muss, so dass eine Einigung über die Übertragung rechtlich zwingend vorliegen muss. Der entsprechende Erklärungswert kann aufgrund des Regelwerks der betreffenden Blockchain bestimmten Realakten zugewiesen werden (wie dies etwa auch die Bedingungen der Clearstream AG für die Einigung und die Besitzmittelung bei der

Übertragung von Girosammelanteilen an sammelverwahrten Wertpapieren vorsehen), wobei gemäß § 151 Satz 1 BGB auf einen Zugang der Annahme verzichtet werden kann. Bei Kryptowerten muss systembedingt allerdings noch die Eintragung in der Blockchain hinzutreten, was nach § 399 2. Alt. BGB ebenfalls im Regelwerk als Übertragungsvoraussetzung definiert werden kann, worauf *Skauradszun* (AcP 221 (2021), S. 353ff., 376ff.) zu Recht hingewiesen hat. Hierdurch würde auch sichergestellt, dass eine wirksame Übertragung außerhalb der betreffenden Blockchain ausgeschlossen ist.

b. Erscheint es wirtschaftlich notwendig, einen gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten nach dem Vorbild des § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB einzuführen?

Sollte der (künftige) Markt in Kryptowerten für die Sicherung der „Zukunftsfinanzierung“ eine wesentliche Bedeutung haben – sei es als Handelsgegenstand oder als Kreditsicherungsmittel - und sollten die Unzulänglichkeiten der §§ 398ff. BGB weder durch die technischen Besonderheiten der Blockchain und/oder durch vertragliche Regelwerke ausreichend sicher überwunden werden können, wäre in der Tat die Regelung eines gutgläubigen Erwerbs bedenkenswert, wie sie etwa von *Skauradszun* (AcP 221 (2021), S. 353ff., 383) vorgeschlagen wurde. Allerdings darf – trotz der Schlankheit der von *Skauradszun* vorgeschlagenen Lösung - nicht aus dem Blick geraten, dass damit eine Art dogmatischer „Dambruch“ erzeugt würde, denn erstmals würde eine Forderung, die sich nicht aus einem Wertpapier oder aus einem dinglichen Recht ergibt, gutgläubig erwerbbar werden (vom Sonderfall des § 405 BGB einmal abgesehen), womit Kryptowerte der Sache nach sehr stark an Wertpapiere bzw. Sachen angenähert würden. Dass dies nicht unproblematisch ist, mag folgendes kleines Beispiel verdeutlichen: In einem syndizierten Kreditvertrag wird vereinbart, dass Forderungen nur an Banken übertragen werden dürfen, weil der Kreditnehmer fürchtet, dass „Heuschrecken“ oder Zweckgesellschaften die Kontrolle über den Kredit erlangen (ein in der Welt der syndizierten Kredite nicht gerade selten vorkommender Fall). Bank A hält sich nicht daran und überträgt die

Kreditforderungen in der Blockchain ohne Wissen des Kreditnehmers an eine oder mehrere Zweckgesellschaften, die die Forderungen sofort weiterhandeln. Zwar wäre die erste Übertragung wegen eines Verstoßes gegen ein Veräußerungsverbot wohl unwirksam, jedoch würden die gutgläubigen Erwerber der zweiten Transaktion den Kryptowert wirksam erwerben, wenn ein Gutgläubenserwerb auf Basis der Eintragung in der Blockchain ermöglicht würde. Könnten diese dann die Rechte aus der Kreditforderung ausüben? Falls ja, würde der im Kreditvertrag vereinbarte Schutz des Kreditnehmers unterlaufen.

Es stellt sich daher die Frage, ob die Eintragung in der Blockchain tatsächlich als ein Publizitätsakt angesehen werden kann, der mit dem Besitz der Wertpapierurkunde oder der Eintragung im Grundbuch bzw. im Kryptowertpapierregister vergleichbar ist und der es rechtfertigt, dass der Kreditnehmer den Schutz verliert, der mit der Wahl der Form eines Kreditvertrages statt einer Anleihe verbunden ist? Man mag dies rechtspolitisch bejahen (jedenfalls dann, wenn der Kreditnehmer der Einbeziehung der Kreditforderungen in eine Blockchain zugestimmt hat). Dann muss es dafür aber tatsächlich ein unabweisbares wirtschaftliches Bedürfnis geben.

- c. Erscheint es im Hinblick auf weitergehende zivilrechtliche (z.B. dingliche) Ansprüche sinnvoll, Kryptowerten einen besonderen Schutz zuzuerkennen, welcher dem sachenrechtlichen Schutz für körperliche Gegenstände angenähert ist?**

Siehe oben.

- d. Kryptowerte werden häufig international gehandelt. Wie kann und soll der kollisionsrechtliche Kontext berücksichtigt werden, sofern nicht im Einzelfall die kollisionsrechtliche Anknüpfung über die Verordnung (EU) 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht – Rom I-VO geregelt ist? Sind bei Regelungen zur Übertragung von Kryptowerten eher Ansätze zu befürworten, die mit einer objektiven, zwingenden Rechtsanknüpfung verbunden sind (wie bei der Übertragung von**

Sachen) oder soll die Möglichkeit der Wahl ausländischen Rechts eröffnet sein (wie zum Beispiel bei schuldrechtlichen Forderungsabtretungen und sonstigen Rechtsübertragungen nach §§ 398, 412 BGB?)

Wie bereits erwähnt, sind Kryptowerte keine Sachen iSv. § 90 BGB und mithin auch keine Sachen iSv. Art. 43 Abs. 1 EGBGB. Als Forderungen bzw. sonstige Rechte unterfallen Kryptowerte vielmehr automatisch Art. 14 Rom I-VO, da sie unter keinen der Ausnahmetatbestände in Art. 1 Abs. 2 Rom I-VO subsumierbar sind. Ungeachtet der zahlreichen Streitpunkte zur Wirkung der einzelnen Bestimmungen des Art. 14 Rom I-VO, richtet sich das auf die Übertragung anwendbare Recht nach dem Forderungsstatut. Da nach Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO das anwendbare Recht insoweit frei gewählt werden kann, unterliegt die Verfügung über Kryptowerte dem Recht, das die Parteien für die Forderung gewählt haben. Für eine nationalstaatliche kollisionsrechtliche Regelung ist mithin kein Raum.