

Sind Token Sachen? Eine rechtsvergleichende Analyse zwischen Deutschland und Italien

Serena Maria Scalera

Institut für Italienisches Recht, Leopold-Franzens-Universität, Innrain 52, 6020 Innsbruck

Als § 2 Abs 3 des elektronischen Wertpapiergesetzes (eWpG) in Kraft getreten am 10. Juni 2021 eine Sachfiktion die für elektronische Wertpapiere – worunter Kryptowertpapiere auch zu verstehen sind – eingeführt hat, stellte sich die Frage nach der zivilrechtlichen Rechtsnatur von Token. Ausgehend von einer eingehenden und rechtsvergleichenden Analyse der Grundlagen des deutschen Sachenrechts, das eine engere Auffassung des Sachbegriffes vornimmt, und des italienischen Sachenrechts, welches einen weiteren Interpretationsspielraum des Sachbegriffes zulässt, befasst sich die vorliegende Arbeit mit dieser Fragestellung und versucht eine Antwort zu finden.

As the eWpG has entered into force and introduced the legal provision of § 2 (3), that places digital securities, including crypto securities, under property law, the question of the legal nature of tokens under civil law arised. Based on an in-depth and comparative analysis of the fundamentals of German property law, which adopts a narrower view of the concept of property, and Italian property law, which allows a broader scope of interpretation of the concept of property, this paper deals with such a question and attempts to find an answer.

1. Einleitung

Aus Anlass des Inkrafttretens des Gesetzes über elektronische Wertpapiere – eWpG (BGBl. I S. 1423) am 10. Juni 2021 ist es von grundlegender Bedeutung, die Rechtsnatur von Token zu hinterfragen. Das eWpG hat nämlich die Möglichkeit eingeführt, elektronische Wertpapiere und Kryptowertpapiere zu emittieren, wobei die zweiten dem Oberbegriff der Wertpapiere angehören. Mit diesem Gesetzgebungsakt hat Deutschland Öffnungsschritte in Richtung Digitalisierung gemacht, indem es die Stützung auf Blockchain oder auf anderen DLT-Systemen erlaubt. In Italien ist dagegen noch nicht auf gesetzgeberischer Ebene die Rede, die Rechtsordnung für solche neuen Systeme zu öffnen. Mittlerweile bemüht sich dann die Lehre – in einigen Fällen mit Unterstützung der Rechtsprechung – diesbezüglich einige Fragen zu beantworten, die man von der Praxis herleiten kann, wie zB welche Rechtsnatur man den Token zuschreiben kann. Die vorliegende Arbeit setzt sich das Ziel, diese Frage eine Antwort durch eine rechtsvergleichende Analyse des Sachbegriffes in beiden Rechtsordnungen – deutsch und italienisch – zu geben, wobei grundlegende Kenntnisse der Funktionsweise einer Blockchain bzw eines DLT-Systems und der Emittierungsmechanismen eines Tokens als bekannt angenommen werden.

2. Begriffsbestimmungen

2.1. Der Token-Begriff

Token werden als Einheiten definiert, welche „direkt auf einer Blockchain emittiert werden und als Teil eines Protokolls einer üblicherweise ansehbaren Datenbank existieren, welche den Bestand und die Übertragung der Tokens dokumentiert“. [1] Jede solche Einheit kann sowohl digitale als auch reale Rechte oder Werte repräsentieren. Es wird des Weiteren zwischen einigen Kategorien von Token unterschieden. Token weisen die folgenden Eigenschaften auf: sie sind unkörperliche Datensätze (1),

die einen Wert – oder ein Recht – repräsentieren (2) und zu einem Rechtsträger zugeordnet werden (3). [2]

Abhängig davon, welches Recht oder welchen Wert sie repräsentieren, lassen sich drei Klassen von Token unterscheiden: Token die digitalen Werteinheiten – wie zB virtuelle Währungen und Kryptowährungen – repräsentieren fallen in die Klasse von Currency-Token (a), und wenn sie Rechte auf Benutzung gewisser Dienstleistungen bzw digitale Nutzungen repräsentieren, sind sie Utility-Token (b). Letztlich werden diejenigen Security-Token (c) genannt, die unter anderem auch Mitgliedschaftsrechte repräsentieren. [3]

Aus dieser Dreiteilung lässt sich eine allgemeinere Zweiteilung ableiten. Token unterscheiden sich zwischen intrinsischen und extrinsischen Token. Zu den Ersten gehören jenen Token, denen aufgrund ihrer Existenz ein Wert zugemessen werden kann, wie Currency-Token. Im Gegensatz dazu wird den extrinsischen Token ein Wert nur zugeschrieben, wenn sie mit einem Vermögensgegenstand oder mit einem daraus ergebenden Anspruch verbunden sind. [4] Beispiel von extrinsischen Token sind Utility- und Security-Token.

2.2. Der Sachbegriff nach deutschem und italienischem Recht

Nach dem deutschen Recht ist zwischen Sachen und Gegenstände zu unterscheiden. Beide gehören zum Oberbegriff „Rechtsgut“, wobei aber der Begriff Sachen nur jene Gegenstände bezeichnet, die körperlich sind, und der Begriff Gegenstand unkörperliche Gegenstände umfasst. [5] § 90 BGB definiert nämlich die Sachen nur als körperliche Gegenstände. Eine solche enge Definition von Sache braucht man nicht weit auszulegen.

Im italienischen Rechtssystem begegnet man einem anderen Sachbegriff. Art 810 des italienischen Zivilgesetzbuches (folglich: Codice civile) bezeichnet eine Sache bzw ein Rechtsgut als ein Ding, das Gegenstand von

Rechten sein kann. Eine so scheinbar klare Definition von Sache hat mit sich die Notwendigkeit gebracht, von der Lehre eine ausführliche Auslegung zu erschaffen. Zu erläutern ist nämlich, was als Ding und was als Gegenstand von Rechten zu verstehen ist. Erstens soll man zwischen Dingen im naturalistischen Sinn, wie Luft, [6] und Dingen im Sinne des Art 810 Codice civile unterscheiden. Die Verwendung in der Praxis von den Worten Ding, Gegenstand und Sache als Synonyme könnte dann zu Verwirrung führen. Eben das Wort Ding könnte zu der Annahme verleiten, dass eine grundlegende Voraussetzung dafür, dass man einem Gut die Rechtsnatur einer Sache iSv Art 810 Codice civile zuschreiben kann, seine Körperlichkeit ist. Es würden demzufolge immaterielle Güter nicht vom Sachbegriff umfasst. Die Vorschrift wurde bis in die 1950-er Jahren in diese Richtung ausgelegt, da die Lehre einstimmig für eine restriktive Auslegung des Codice civile war. Den Sachbegriff nur auf körperliche Gegenstände einzuschränken wäre in zweierlei Hinsicht problematisch. Einerseits würde der Umfang der Sachen verengt, wobei es auch Sachen gibt, die zB Dienstleistungen als Gegenstand haben. Es würden denn alle neuen Gegenstände nicht umfasst, die in dem Zeitalter der Digitalisierung entstanden sind. [7] Auf der anderen Seite würde die Anzahl an Sachen mit der Anzahl an körperlichen Sachen in unangemessener Weise gleichgesetzt. [8] Gemäß Art 810 Codice civile sind dann Sachen sowohl körperliche als auch immaterielle Gegenstände. [9]

Ferner war die Eigenschaft, Gegenstand von Rechten zu sein, nicht einfach auszulegen. Die Lehre hat sich unterschiedlich darüber geäußert. Sachen wären nur die Dinge, an denen man ein – vom Gesetz geschütztes – Interesse hat, sie sich anzueignen, sie zum Gegenstand eines eigenen Rechtes zu machen und andere von ihrer Nutzung auszuschließen. Der Sachbegriff würde dann mit der Möglichkeit verbunden, ein absolutes Recht über die Sache ausüben zu können bzw Eigentümer von der Sache zu sein. [10] Ein anderer Teil der Lehre behauptet dagegen, dass der Sachbegriff auf dem Tauschwert der Sache selbst beruhen würde, [11] wobei man als Tauschwert die Eigenschaft einer Sache verstehen soll, vererbbar oder verkehrsfähig zu sein. Eine solche Eigenschaft könnte man aber im allgemein an Sachen zuschreiben, die auch keine Rechtsgüter sind. Dieses Kriterium wäre dann nicht erforderlich für eine Trennung zwischen Sachen iSv Art 810 Codice civile und anderen Gegenständen. [12]

Die Lehre ist dann einheitlich dazu gelangt, das Interesse des Menschen bei der Auslegung der Vorschrift in den Mittelpunkt zu setzen: Sachen im Sinne von Art 810 Codice civile sind diejenigen, die ein schutzwürdiges privaten oder öffentlichen Interesse erfüllen. [13] Damit wird es gerechtfertigt, dass der Begriff auch die Sachen umfasst, die dem Staat gehören, sog beni demaniali.

Aus diesen Ausführungen folgt, dass dem im Art 810 Codice civile enthaltenen Begriff von Sachen im Sinne von

Rechtsgütern eine wirtschaftlich-soziale Bedeutung zugemessen wird. Es wird dann – wie später ersichtlich wird – vorstellbar, die Sachen je nach dem zu erfüllenden Interesse unterschiedlichen Rechtsbestimmungen zu unterwerfen. [14]

3. Klassifizierung von Sachen

3.1. Körperliche Sachen

Gemäß § 90 BGB ist eine Sache ein körperlicher Gegenstand. Damit versteht man, dass die Sache als Gegenstand von Besitz und Eigentum beherrschbar sein muss, dh sinnlich wahrnehmbar (a) und im Raum abgegrenzt oder abgrenzbar sein (b). Körperlich sind jene Gegenstände, man entweder anfassen oder sinnlich wahrnehmen und technisch beherrschen kann. Fehlt die Wahrnehmbarkeit, kann der Gegenstand nicht beherrscht werden. Als Beispiel davon kann man Strom nennen: er ist nicht wahrnehmbar und nicht beherrschbar. Demzufolge ist Strom keine Sache iSv § 90 BGB. Die Abgrenzbarkeit in einem Raum bezeichnet die Verkehrsauffassung eines Gegenstandes, indem er körperlich begrenzbar oder in einem Behälter absperrenbar ist. Gegenstände, die durch künstliche Kennzeichnungen abgegrenzt werden können, fallen auch unter den Sachbegriff. Die Eigenschaft abgrenzbar zu sein, führt zur Beherrschbarkeit der Gegenstände. [15]

Im Gegensatz zum deutschen Recht, wo die Körperlichkeit eines Gegenstandes Tatbestand des Sachbegriffes ist und explizit im BGB darauf hingewiesen wird, hat der italienische Gesetzgeber eine mögliche Unterscheidung zwischen körperlichen und immateriellen Sachen nicht zum Ausdruck gebracht. Was dann unter körperlich zu verstehen ist, ist von der Lehre erforscht worden. Damit eine Sache die Eigenschaft der Körperlichkeit aufzeigen kann, soll sie anfassbar und wahrnehmbar sein und eine wirtschaftliche Verwertbarkeit aufweisen. Um ein ähnliches Beispiel wie das oben genannte zu nehmen, sind natürliche Energien – wie Strom – Sachen bzw Rechtsgüter, da sie einen wirtschaftlichen Wert haben (Art 814 Codice civile). [16]

3.2. Nichtkörperliche Gegenstände und immaterielle Sachen

Während nach italienischem Recht eine Gegenüberstellung zwischen körperlichen und immateriellen Sachen möglich ist, wie später ersichtlich wird, ist dies in Deutschland aufgrund des engen Sachbegriffes vom § 90 BGB nicht vorstellbar. Es ist auf einer Seite die Rede von Sachen und auf der anderen die Rede von nichtkörperlichen Gegenständen, bzw diejenigen, die nicht anfassbar oder physisch wahrnehmbar sind. Dazu zählen sowohl Vermögensrechte als auch weitere Gegenstände des Wirtschaftsverkehrs, die vom Gesetzgeber nicht geregelt worden sind. Anlässlich einer zunehmend fortgeschrittenen Digitalisierung neigt die Lehre dazu, immaterielle Güter als Sachen behandeln zu wollen, indem man ihnen die Rechtsnatur einer Sache zuschreibt oder

sie den Rechtsvorschriften des Sachenrechtes unterwirft. Dies scheint aber natürlicherweise nicht möglich zu sein, bis der Gesetzgeber einen Reformvorgang des Sachenrechtes nicht einsetzt. [17]

Zu den nichtkörperlichen Gegenständen zählen dann zB Immaterialgüterrechte, die in speziellen Gesetzen – Markengesetz, Urheberrechtsgesetz - geregelt werden, Forderungen, beschränkte dingliche Rechte, Gestaltungsrechte usw.

Nach dem italienischen Recht können dagegen Sachen iSv Art 810 Codice civile aufgrund der wirtschaftlich-sozialen Bedeutung des Begriffes sowohl körperlich als auch immateriell sein. [18] Darüber, dass eine solche Unterkategorie von Sachen eigenständig und gültig ist, ist die Lehre sich einig, obwohl sie sehr unterschiedliche Sachenarten erfassen kann. [19] Immaterielle Sache ist dann das geistige Eigentum, dessen Gegenstand im Art 2575 Codice civile [20] definiert wird. Das Urheberrecht ist in dem Gesetz Nr 633 vom 22. April 1941 geregelt. Die heutige Fassung dieses Gesetzes zielt darauf ab, eine Regelung auch zB für Datenbanken und Softwares zu schaffen. Mit gesetzesvertretendem Dekret Nr 169 vom 6. Mai 1999 sind die Datenbanken als Sammlung von Werken, Daten oder anderen Elementen, die systematisch angeordnet und einzeln elektronisch zugänglich sind, dem geistigen Eigentum gleichgestellt worden und werden denn durch das Gesetz Nr 633/1941 geregelt. [21] Eine Gleichstellung mit dem geistigen Eigentum ist auch für Software im Jahr 1992 erschaffen worden. [22]

Schuldverschreibungen und entmaterialisierte Wertpapiere, sog *valori mobiliari/titoli scritturali*, [23] zählen auch zu den immateriellen Sachen, da sie Gegenstand von Rechtsverhältnissen sein können. Wie es für das geistige Eigentum gilt, werden sie speziellen Gesetzen – TUF, *Testo unico della finanza* (Einheitstextes über Finanz) – unterworfen. Sie entsprechen den deutschen elektronischen Wertpapieren, deren Emission seit Juni 2021 durch das Inkrafttreten des eWpG zugelassen wird.

Ob entmaterialisierte Wertpapiere als immaterielle Sachen zu verstehen sind, ist aber noch umstritten. Ein Teil der Lehre behauptet, dass aufgrund der Vertretbarkeit und der Gleichmäßigkeit der entmaterialisierten Einheiten die Regelung, die normalerweise für die Sachen gilt, unanwendbar sei. Die *titoli scritturali* werden nämlich wie folgt emittiert: der Emittent benennt eine Verwahrstelle und teilt ihr die Charakteristiken der Emissionen und der Intermediäre (uzw zum Beispiel Banken) mit, denen die emittierten Wertpapiere gutgeschrieben werden sollen. Die Verwahrstelle eröffnet für jede Emission ein Konto im Namen des Emittenten und für jeden Intermediär, der eines beantragt, ein Konto zur Erfassung der getätigten Aktienverfügungen. Es wird dann ein Netzwerk zwischen der zentralen Verwahrstelle und den gewerblichen Vermittlern geschaffen, um die Werte der verschiedenen Aktien oder Wertpapierarten der jeweiligen Inhaber zu empfangen. In diesem Netzwerk zirkulie-

ren die Werte selbst durch dokumentarische Verbuchungsvorgänge, wobei die Konten der beteiligten Parteien belastet und gutgeschrieben werden. [24]

3.3. Unbewegliche Sachen

Unbewegliche Sachen werden in beiden Rechtsordnungen beweglichen Sachen gegenübergestellt.

Im deutschen BGB findet man keine Definition von unbeweglichen Sachen, der Begriff gar nicht verwendet. Es ist nämlich die Rede von Grundstücken und deren Bestandteile (§§ 94-97 BGB), die das Hauptbeispiel von unbeweglichen Sachen darstellen. Sie werden als ein räumlicher und im Grundbuch als solchen geführten Teil der Erdoberfläche definiert [25] und unterstehen der Grundbuchordnung. Im Gegensatz zum BGB wird der Begriff „unbewegliche Sache“ oft in der ZPO - §§ 24, 26, 848, 855 usw [26] verwendet.

Im Art 812 Codice civile wird zwischen unbeweglichen und beweglichen Sachen unterschieden. Unbewegliche Sachen sind der Grund, der Boden, die Quellen usw und alles was auf natürliche oder künstliche Weise mit dem Grund verbunden ist (Abs 1). Als unbeweglich sind auch andere Sachen zu verstehen, die vom Gesetzgeber selbst eine solche Bezeichnung bekommen haben, wie zB Mühlen und Bäder (Abs 2). Die Eigenschaft einer Sache, unbeweglich zu sein, bringt Folgen bezüglich der anzuwendenden Regelung mit sich: zB ist die schriftliche Form für die Wirksamkeit von Rechtshandlungen erforderlich, die solche Sachen als Gegenstand haben (Art 1350 Codice civile).

3.4. Bewegliche Sachen

Alle sonstigen Sachen, die nicht Grundstücke oder deren Bestandteile sind, sind bewegliche Sachen (§§ 93- 95 BGB).

Gemäß Art 812 Abs 3 Codice civile sind bewegliche Sachen alle anderen Sachen, uzw diejenigen die nicht unbeweglich sind. Wie oben schon erwähnt, führt die Eigenschaft einer Sache un- oder beweglich zu sein zur Anwendung verschiedener Vorschriften: zB kann man mittels verlängerten Besitzes Eigentümer einer beweglichen Sache werden (Art 1153 und 1158 ff Codice civile).

3.5. Finanzprodukte

Nach dem italienischen Recht stellen Finanzprodukte eine andere Kategorie von Sachen dar. Sie werden nicht im Codice civile, sondern im TUF, *Testo Unico della Finanza*-Einheitstext über Finanz, definiert und geregelt. Finanzinstrumente, die im Art 1 Abs 2 und in der 1. Anlage Sek. C TUF definiert werden, und jede andere Form von Anlagen gehören zu den Finanzprodukten. Sie werden durch öffentliche Angebote emittiert, die nach den Vorschriften vom Art 94 TUF geführt werden sollen, und unterstehen der Kontrolle der Consob, *Commissione Nazionale per le Società e la Borsa* (Art 99-101 TUF). Im Fall eines Verstoßes gegen die Vorschriften über die Emission von Finanzprodukten hat sie nämlich die

Macht solche Angebote zu unterbrechen oder zu sperren (Art 99 ff TUF).

Ferner ist zu erwähnen, dass die Finanzinstrumente auf dem Kapitalmarkt handelbar sind. [27]

4. Rechtsnatur von Token

4.1. Intrinsische Token: *Currency-Token*

Wie im Punkt 2.1. erwähnt, stellen virtuelle Währungen und Kryptowährungen das Hauptbeispiel von *Currency-Token*. Sie spielen in diesem Zeitalter eine zentrale Rolle in vielen Rechtsordnungen, indem sie die grundlegenden Kenntnisse in Frage stellen. Virtuelle Währungen werden als eine digitale Darstellung eines Werts, die von keiner Zentralbank oder öffentlichen Stelle emittiert wurde oder garantiert wird und nicht zwangsläufig an eine gesetzlich festgelegte Währung angebunden ist und die nicht den gesetzlichen Status einer Währung oder von Geld besitzt, aber von natürlichen oder juristischen Personen als Tauschmittel akzeptiert wird und die auf elektronischem Wege übertragen, gespeichert und gehandelt werden kann. [28]

Dass virtuelle Währungen nicht in einem zentralisierten System entstehen, scheint in beiden Rechtsordnungen gegen die Anerkennung solcher Währungen als Geld zu sprechen. [29]

Würde man sie als Forderung qualifizieren, hätte man keine emittierende Stelle, gegen die man eine solche Forderung richten könnte. [30]

Nach dem deutschen Recht wäre es nicht möglich, Kryptowährungen als Sachen zu bezeichnen. Wie im Punkt 2.2. angegeben, ist die Körperlichkeit erforderlich, damit eine Sache gem § 90 BGB vorliegen kann. [31]

Fehlt die Verkörperung, sind Gegenstände nicht als Sachen zu bezeichnen. Dies ist genau bei virtuellen Währungen und Kryptowährungen der Fall, [32] da sie nur in digitaler Form existieren. Daraus folgt, dass sie nicht Gegenstand von Sacheigentum iSv §§ 903 ff BGB sein können. [33] Es entsteht dann die Frage, ob sie als Immaterialgüter behandelt werden können. § 2 UrhG legt fest, dass Werke solche sind, die eine geistige Schöpfung voraussetzen (Abs 2). Schaut man die Schöpfungsprozesse von Token, wird ersichtlich, dass Token durch die Ausführung technischen Rechnerprotokolle entstehen, die nur Strom und Rechnerenergie bedürfen. [34] Aus demselben Grund könnten Token auch nicht Computerprogrammen iSv § 69a UrhG gleichgestellt werden. [35] Dass Token als „sonstige Rechte“ iSv § 823 BGB bezeichnet werden können, wird von einem Teil der Lehre behauptet. [36] Die Voraussetzung der Existenz einer Rechtsposition, die konkret zugewiesen werden kann, und der Möglichkeit, dass alle übrigen Personen von deren Nutzung ausgeschlossen werden können, soll bestehen, damit man diese These vertreten kann. Der Inhaber von Token besitzt keine unmittelbare Verfügungsgewalt über die tokenisierten Daten, da Token keine nutzreinen Daten darstellen. Zu schützen wäre dann nicht die

Rechtsposition in sich, sondern die Nutzung der privaten Schlüssel und die damit verbundene Einwirkungsmöglichkeit auf fremden Daten. Genau eine solche Einwirkungsmöglichkeit würde die Zustimmung eines Rechtsschutzes gem § 823 Abs 1 BGB begründen, wenn man Token mit dem anerkannten Besitz vergleicht, da er nur auf die tatsächliche Verfügungsgewalt abstellt. [37] *Currency-Token* könnten nach deutschem Recht als sonstige Rechte behandelt werden und damit würden sie den §§ 823 ff BGB unterstehen. Aus aufsichtsrechtlicher Sicht werden *Currency-Token* von der BaFin als Rechnungseinheiten iSv § 1 Abs 11 S 1 Nr 7 KWG qualifiziert. [38] Gegen diese Einordnung hat sich das KG Berlin geäußert. [39] Das Gericht legt den Begriff eng. Obwohl dann Waren und Dienstleistungen in den Nachbarländern den Rechnungseinheiten gleichgestellt werden können, wäre dies in Deutschland nicht möglich und demzufolge könnten Kryptowährungen nicht als solchen bezeichnet werden. [40] Trotzdem qualifiziert die BaFin *Currency-Token* weiter als Rechnungseinheiten.

Nach dem italienischem Recht scheint die Einstufung von *Currency-Token* lösbar zu sein. Sind Kryptowährungen Tauschmittel, entsteht als erstes die Frage, ob man sie als Geld bezeichnen kann. Minderheitstheorien würden diese Frage positiv beantworten. Token könnten nämlich Geld gleichgestellt werden und damit dem Art 1278 Codice civile unterworfen werden, der Geldschulden in einer Währung regelt, die im Inland nicht gilt. [41] Diese Auffassung wird aber von einem anderen Teil der Lehre aus einem schon erwähnten Grund stark kritisiert: um bei Kryptowährungen von Geld zu reden, sollte sich die Währung auf ein zentralisiertes System stützen. Ist das nicht der Fall, kann man nicht von Geld reden. Auch wenn man eine nicht-zentralisierte Auffassung vertreten würde, könnte man behaupten, dass Kryptowährungen die Hauptfunktionen von Geld – Zahlungsmittel, Wertanlage, Recheneinheit – nicht ausüben können. [42]

Mehrheitstheorien sprechen den Token die Rechtsnatur einer Sache iSv Art 810 Codice civile zu. Im Sinne des Codice civile sind Sachen Dinge, die Gegenstand von Rechten sein können. Da die Körperlichkeit der Sache nicht vorausgesetzt wird, bleibt viel Spielraum in der Auslegung. So ein weiter Begriff umfasst alle Sachenarten. Token könnten dann als Sachen iSv Art 810 Codice civile bezeichnet werden, da sie immaterielle Sachen sind, die aber Gegenstand von Rechtsbeziehungen sein können. [43]

Zum gleichen Ergebnis ist auch die Rechtsprechung gelangt. Das Gericht der ersten Instanz von Florenz – Abteilung Insolvenz - hat sich klar dazu geäußert, indem es in der Entscheidung Nr 18 vom 21. Januar 2019 den Kryptowährungen die Rechtsnatur von Sachen gem. Art 810 Codice civile zuschreibt. [44] Ferner wurde in einem Urteil vom Gericht von Brescia aus dem Vorjahr auch dieses Thema nebensächlich behandelt: bei der Entscheidung hat das Gericht nichts gegen eine Einordnung

der Token als Sachen iSv Art 810 Codice civile. [45] Anzumerken ist aber, dass das oben genannte Gericht in zweiter Instanz eine mögliche Bezeichnung als Geld nicht in Frage stellt, nachdem das sich deutlich dafür gesprochen hat, Kryptowährungen die Rechtsnatur von Sachen zuzuschreiben. [46]

Man sollte aber sich bewusst sein, dass die Einordnung von Kryptowährungen als Sachen nicht ausschließt, sie dem Geld iSv Art 1278 Codice civile gleichzustellen. Beide der oben genannten Urteile vom Gericht von Brescia haben sich dagegen ausgesprochen, dass die Regelung der Erbringung der Einlagen in Natur oder in Form von Forderungen – Art 2364 ff Codice Civile – bei Kryptoeinlagen in einer GmbH Anwendung findet. Man könnte diese Stellungnahme aber kritisieren und daraus die Rechtsnatur von Sachen bzw. eine Gleichstellung der Kryptowährungen mit Geld iSv Art 1278 Codice civile herleiten. Vorausgesetzt, dass die entsprechende Regelung schon für Kryptoeinlagen einer AG Anwendung findet (Art 2343 ff Codice civile), wie es normalerweise bei Geld-einlagen in einer nicht im Inland geltenden Währung der Fall ist. [47]

4.2. Extrinsische Token: Security-Token und Utility-Token

Für extrinsische Token ist nach dem deutschen Recht die Bezeichnung als Sache iSv § 90 BGB wegen des Mangels an Körperlichkeit auch zu verneinen. Solche Token repräsentieren Ansprüche auf Vermögensgegenstände. [48] Deren Übertragung ist darauf gezielt, die Berechtigung des Token-Erstellers über das repräsentierte Recht oder den repräsentierten Gegenstand zu verfügen, nachzuweisen. [49] Man könnte denn extrinsische Token den Inhaberschuldverschreibungen - § 793 BGB – gleichstellen. Diese These würde erstens von der Regelung des § 807 BGB gestützt, nach dem die vom Aussteller ausgegebenen Urkunden, in denen der Gläubiger nicht bezeichnet ist und die einen Anspruch gegenüber dem Inhaber repräsentieren, den §§ 793 und 794, 796, 797 entsprechend unterstehen. [50] Zweitens sollte man auf den in der ZPO beinhalteten Urkundenbegriff zurückgreifen. Damit eine Urkunde gem § 371 a ZPO vorliegen kann, sollen kumulativ drei Voraussetzungen erfüllt werden. [51] Die Verkörperung durch übliche Wortzeichen stellt die erste Voraussetzung dar (1). Obwohl es im Fall der Token um Codes und nicht um Wortzeichen geht, könnte man annehmen, dass diese Voraussetzung aufgrund der leichte Nachverfolgbarkeit der Codes vorliegen würde. Eventuelle nachträgliche Änderungen würden auch erkennbar sein. Eine Urkunde soll noch lesbar bzw wahrnehmbar sein (2). Die Erfüllung dieser Voraussetzung könnte auch bejaht werden, indem der Quellcode der Token mit einem maschinenoptimierten Binärcode übereinstimmt. Im Gegensatz dazu kann man leicht annehmen, dass Token nicht jederzeit verfügbar sein können: Verkehrsfähigkeit (3). Was aber sie und das darunter stehende System gewähren können, ist ein hoher Grad an Zuverlässigkeit des Schriftstückes, das schwer fälschbar ist. Ist eine Urkunde fälschungssicher,

weist sie eine hohe Beweiskraft iSv § 580 Nr 7b ZPO vor und kann als Beweismittel gelten. [52] Da eine hohe Fälschungssicherheit durch Token erschaffen werden kann, könnte man Token Urkunden gleichstellen. [53] Ferner wie schon erwähnt, hat das Inkrafttreten des eWpG die Möglichkeit eingeführt, elektronische Wertpapiere zu emittieren. Sie werden im § 2 Abs 1 eWpG definiert als Wertpapiere, die durch die Eintragung in ein elektronisches Wertpapierregister entstehen, definiert. Wird das Wertpapierregister von einer zentralen Behörde aufbewahrt wird, redet man von reinen elektronischen Wertpapieren. Ist das Wertpapierregister dezentralisiert aufbewahrt und geführt, ist von Kryptowertpapieren die Rede, wobei sie von dem Oberbegriff elektronischen Wertpapiere umfasst werden. Dass in diesem Fall um Token geht, wird erstens vom Begriff „Krypto-wertpapiere“ ersichtlich. Es fallen dann die Merkmale des Kryptowertpapierregisters auf: dies soll auf einem fälschungssicheren Aufzeichnungssystem geführt werden, in dem Daten in der Zeitfolge protokolliert und gegen unbefugte Löschung sowie nachträgliche Veränderung geschützt gespeichert werden (§ 16 Abs 1 eWpG). Dies wird möglich, wenn man Wertpapiere in Form von Token auf einer Blockchain bzw auf einem anderen DLT-System emittiert. Gemäß § 2 Abs 3 eWpG sollen die Rechtsvorschriften des Sachenrechts auf elektronische Wertpapiere – und damit auch auf Kryptowertpapiere bzw (Security-)Token – angewendet werden. Durch die Einführung einer solchen Sachfiktion unterstehen Kryptowertpapiere den §§ 90 ff BGB. Reine Wertpapiere, bzw Urkunden, die Vermögensrechte verkörpern, fallen schließlich in die Kategorie der (beweglichen) Sachen iSv § 90 BGB.

Aufsichtrechtlich gesehen, können Security-Token funktional Wertpapieren iSv § 2 Abs 1 WpHG gleichgestellt werden, da sie die wirtschaftliche Stellung des Inhabers gewähren, und damit als Finanzinstrumente iSv § 2 Abs 4 Nr 1 WpHG behandelt werden. Im Gegensatz dazu können Utility-Token nicht als Finanzinstrumente iSv § 2 Abs 4 WpHG eingestuft werden, da sie als eine Identifikationsmarke für die Nutzung bestimmter Dienstleistungen zu bezeichnen sind. [54]

Bei Utility-Token neigt die Lehre in Italien dazu, ihnen die Rechtsnatur eines Finanzproduktes zuschreiben. [55] Gemäß Art 1 Abs 1 Lit u) TUF ist jene Finanzinvestition und jenes Finanzinstrument darunter zu verstehen, die in der Sektion C der ersten Anlage zum TUF aufgelistet sind. [56] Eine solche Auffassung wird durch die Berichte der ESMA, European Securities and Markets Authority, und ua der italienischen Behörde Consob, [57] Commissione Nazionale per le Società e la Borsa, unterstützt. In dem ESMA-Hinweis für die Europäische Kommission, Advice: Initial Coin Offerings and Crypto-Assets, [58] wird die Möglichkeit erforscht, Krypto-Assets als Finanzinstrumente zu behandeln, wie sie im Art 4 Abs 1 Nr 15 MiFID II definiert werden. Man redet unter anderem von 'transferable securities', 'money market instruments', 'units in

collective investment undertakings' and various derivative instruments. [59] Die ESMA weist in ihrem Bericht darauf hin, dass eine solche Zuschreibung für alle Arten von Krypto-Assets nicht gelten kann. Man muss eine Abgrenzung zwischen Currency-Token und Utility- und Security-Token vornehmen, in dem man nur Security-Token die Rechtsnatur von Finanzinstrumenten zuschreiben könnte. [60] Kehrt man zurück zu der italienischen Rechtsordnung findet man eine Vielzahl von Maßnahmen, die das öffentliche Angebot von im Rahmen von ICOs eben emittierten Token eben aus dem Grund, dass sie nach den Vorschriften von TUF Finanzprodukte sind, verbieten. [61] Was den Security-Token betrifft, könnten diese auch als Finanzprodukte betrachtet werden. Ein Token solcher Art, der ua eine Dienstleistung repräsentieren könnte, könnte dann ein Finanzprodukt darstellen, wenn er dem Markt zum Handel angeboten würde. [62] Das Kriterium der Zuerkennung dieser Einordnung basiert sich dann nicht auf die statische Natur der Token selbst, sondern auf dessen konkreter Nutzung.

5. Schlussfolgerungen

Nach dem deutschen und nach dem italienischen Recht wird der Sachbegriff unterschiedlich abgefasst. Einerseits ist die Voraussetzung der Körperlichkeit erforderlich, damit eine Sache vorliegen kann (§ 90 BGB), andererseits stellt die Eigenschaft, Gegenstand von Rechtsbeziehungen zu sein, die Grundannahme, damit man von Sache im rechtlichen Sinn reden kann (Art 810 Codice civile). Es folgt daraus, dass die Rechtweite des deutschen Sachbegriffes sehr eng im Vergleich zu dem italienischen ist, und dass man das Privatrecht im Allgemeinen erforschen soll, um die Rechtsnatur der Token feststellen zu können.

Als digitale Einheiten können Token – unabhängig von deren Funktion (Currency-, Utility-, oder Security-Token) – wegen mangelnder Körperlichkeit nicht als Sachen iSv § 90 BGB bezeichnet werden. Currency-Token könnten dann als sonstige Rechte gem § 823 BGB rechtlich geschützt werden, wobei solche digitalen Einheiten nicht in sich Schutz finden würden. Gegenstand des Rechtsschutzes würde dann die Nutzung der privaten Schlüssel – und die damit verbundene Einwirkungsmöglichkeit auf fremde Daten – sein. Aus aufsichtsrechtlichem Sinn werden sie als Rechnungseinheiten bezeichnet, wobei diese Auffassung noch umstritten bleibt. Was im Allgemeinen extrinsische Token betrifft, bzw Token die Ansprüche auf Vermögensgegenständen repräsentieren, werden sie Inhaberwertpapieren iSv § 793 BGB gleichgestellt und damit als Urkunde gem § 371b ZPO bezeichnet. Obwohl dann nicht alle Voraussetzungen vorliegen, damit eine solche Einstufung problemlos angenommen werden kann, gewähren Token einen hohen Grad an Fälschungssicherheit, sodass diese Eigenschaft in sich reichen würde, um Token als sicheres Beweismittel – und damit als Urkunde – zu behandeln.

Dagegen könnte man nach italienischem Recht Token die Rechtsnatur einer Sache iSv Art 810 Codice civile zuschreiben. Großteil der Lehre hat sich dafür ausgesprochen, Currency-Token als Sachen zu behandeln, da sie nur als eine, auf einem DLT-System entstehende Einheit, (zentralisiert emittiertem) Geld nicht gleichgestellt werden könnten. Solche Auffassung wird auch von der bisherigen Rechtsprechung geteilt. Ihrerseits werden Utility- und Security-Token mit Unterstützung von nationalen und europäischen Behörden als Finanzprodukte, wie sie im TUF definiert und geregelt werden, bezeichnet. Eben aus dem Grund, dass dem im Art 810 Codice civile beinhaltet Sachbegriff eine wirtschaftlich-soziale Bedeutung zugemessen wird, umfasst der Begriff verschiedene Arten von Sachen, wobei auch Finanzprodukte – als Gegenstand von Rechtsbeziehungen – hineinbezogen werden können. Würde man dann Token als Finanzprodukte bezeichnen und sie den TUF-Vorschriften unterwerfen, würde man sowieso von Sachen iSv Art 810 Codice civile reden.

Zivilrechtlich gesehen, kommt man letztendlich zu unterschiedlichen Antworten auf die Frage, ob Token Sachen im rechtlichen Sinn sein können, da eben die Sachbegriffe selbst unterschiedlich von den jeweiligen Gesetzgebern ausgestaltet worden sind. Nennenswert ist aber, dass der deutsche Gesetzgeber im eWpG eine Sachfiktion (§2 Abs 3 eWpG) eingeführt hat, die im Einklang mit der Auffassung, Token als Urkunden zu behandeln, zu sein schein. Eine solche Fiktion wäre dann nach italienischem Recht nicht notwendig.

Es wird dann sinnvoll zu beobachten, wie sich die Einführung von Kryptowertpapieren in dem deutschen Rechtssystem weiterentwickeln wird; wann und ob der italienische Gesetzgeber konkrete Schritte in Richtung Blockchain und DLT-Systeme machen wird, und vor allem auch wie die Europäische Union mit dieser Thematik weiter umgehen wird.

6. Literaturverzeichnis

- [1] Eggen M., Glarner A., Hess M., Icangelo S., Stengel C., Weber R.: Positionspapier zur rechtliche Einordnung von ICOs, Blockchain Taskforce (2018), 3-4. URL: https://www.ibr.unibe.ch/unibe/portafak_rechtwis/c_dep_private/inst_bank_recht/content/e7718/e675035/e675547/Positionspapier_Legal_ger.pdf (abgerufen am 31.08.2021).
- [2] Omlor S., Link M.: Kryptowährungen und Token, 1. Aufl. (2021), 260 ff.
- [3] FINMA: Wegleitung für Unterstellungsanfragen betreffend Initial Coin Offerings (ICOs) (2018), 3. URL: <https://www.finma.ch/de/news/2018/02/20180216-mm-ico-wegleitung/> (abgerufen am 31.08.2021). Kumpan C.: WpHG §2 Begriffsbestimmungen, Kapitalmarktsrechtskommentar in Scharck/Zimmer, 5. Aufl. (2020), Rn 81-86.
- [4] Möllenkamp S./Shmatenko L.: Blockchain und Kryptowährungen, Handbuch Multimedia-Recht, 56. Aufl (2021), Rn 29-31.

- [5] Stresemann C.: § 90, MüKo BGB, 8. Aufl. (2018), Rn 1-3.
- [6] Biondi B.: I beni, Trattato di diritto civile Vassalli, IV (1956), 36.
- [7] De Nova G.: I nuovi beni come categorie giuridiche, Dalle res alle new properties (1991), 15.
- [8] Pugliatti S.: Beni (teoria generale) Enciclopedia del diritto, V (1959), 173.
- [9] Bondi B.: Cosa (diritto civile), Novissimo digesto italiano, IV (1968), 1009 ff.
- [10] Scozzafava O.T.: Dei beni, Commentario Schlesinger sub Art 810 c.c. (1999), 6. *Contra* Costantino M.: La proprietà in generale, Trattato Rescigno, VII (1982), 18.
- [11] Barcellona P.: Diritto privato e società moderna (1996), 229.
- [12] Messinetti D.: Oggetto dei diritti, Enciclopedia del diritto, XXIX (1979), 810.
- [13] Pugliatti S.: Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà, La proprietà nel nuovo diritto (1964), 3 ff.
- [14] Pugliatti S.: *supra* 8, 173. Maiorca C.: Beni, Enciclopedia giuridica, V (1988), 146.
- [15] Fritzsche J.: § 90, BeckOK BGB, 59. Ed. (2021), Rn 5-9.
- [16] Pardolesi R.: Le energie, Trattato di Diritto Privato Rescigno, VII (2005), 26 ff.
- [17] Fritzsche J.: § 90, *supra* 15, Rn 18.
- [18] Messinetti D.: Oggettività giuridica delle cose incorporali (1970), 205; Are M.: Beni immateriali, Enciclopedia del diritto, V (1959), 244.
- [19] Rodotà S.: Note critiche in tema di proprietà, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile (1960), 1315.
- [20] Art 2575 Codice civile: *Gegenstand des Urheberrechts sind unabhängig von der Art und Weise oder der Form des Ausdrucks geistige Werke schöpferischer Natur, die den Wissenschaften, der Literatur, der Musik, der bildenden Künsten, der Architektur, dem Theater und dem Filmschaffen zuzurechnen sind.* Übersetzt von: Bauer M.W., Eccher B., König J., Kreuzwer J., Zanon H.
- [21] Chiarolla M.: Diritto d'autore: la prima volta delle banche dati (in Italia), Foro.it, I (1990), 2674-2678.
- [22] Carnevali U.: Sulla tutela giuridica del software, Quadrimestre (1984), 254; Alpa G., Ferri B.: Profili della tutela giuridica dei programmi per elaboratore in Italia, I programmi per elaboratore – Tutela degli utenti e delle software house (1988), 9-35.
- [23] Cian M.: La dematerializzazione degli strumenti finanziari, Banca, Borsa e Titoli di credito, 6 (2007).
- [24] *Ibidem.*
- [25] Stresemann C.: § 90, *supra* 5, Rn 11-13.
- [26] Fritzsche J.: § 90, *supra* 15, Rn 12.
- [27] Onza M., Salamone L.: Prodotti, strumenti finanziari, valori mobiliari, Banca Borsa Titoli di credito, 5 (2009), 567 ff.
- [28] Richtlinie Nr 843/2018 des Europäischen Parlaments und des Rates v 30.05.2018 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der Richtlinien 2009/138/EG und 2013/36/EU ABI 2018 Nr L 156 43 – 74.
- [29] Möllenkamp S./Shmatenko L.: *supra* 4, Rn 40. Cian M.: La criptovaluta – Alle radici dell'idea giuridica di denaro attraverso la tecnologia: spunti preliminari, Banca Borsa Titoli di credito, 3 (2019), 315 ff.
- [30] Schlund A./Pongratz H.: Distributed-Ledger-Technologie und Kryptowährungen eine rechtliche Betrachtung, DStR (2018), 598 ff.
- [31] Möllenkamp S./Shmatenko L.: *supra* 4, Rn 32.
- [32] *Ibidem.*
- [33] Zahrte K.: Müko HGB, 4. Aufl. (2019), Rn 374-377.
- [34] Möllenkamp S./Shmatenko L.: *supra* 4, Rn 32.
- [35] Schlund A./Pongratz H.: *supra* 30.
- [36] Möllenkamp S./Shmatenko L.: *supra* 4, Rn 32.
- [37] Möllenkamp S./Shmatenko L.: *supra* 4, Rn 37.
- [38] Kumpan C.: *supra* 3.
- [39] KG Berlin 25.09.2018 – (4) 161 Ss 28/18 (35/18), WM 2083 (2018).
- [40] Kumpan C.: *supra* 3.
- [41] Art 1278 Codice civile: *Ist der geschuldete Betrag in einer Währung ausgedrückt, die im Inland nicht gilt, so ist der Schuldner befugt zu dem am Tag der Fälligkeit am festgesetzten Zahlungsort bestehenden Wechselkurs zu zahlen.* Übersetzt von: Bauer M.W., Eccher B., König J., Kreuzwer J., Zanon H.
- [42] Cian M.: *supra* 29. Lemme G., Peluso S.: Criptomoneta e distacco dalla moneta legale: il caso bitcoin, Rivista di diritto bancario, IV (2016), 381 ff.
- [43] Cian M.: *supra* 29, 339. Donadio G.: Dalla “nota di banco” all'informazione via Blockchain, profili civilistici e problemi applicativi della criptovaluta, Giustizia civile, 7 (2020), 179.
- [44] Tribunale di Firenze, sezione fallimentare, 21.01.2019 – 18, Banca Borsa Titoli di credito 3 (2021), 385: *Le criptovalute, dunque, possono essere considerate “beni” ai sensi dell'art. 810 c.c., in quanto oggetto di diritti.*
- [45] Tribunale di Brescia, sezione spec. impresa, 18.07.2019 – 7556, Giurisprudenza commerciale, 4 II (2020), 883.
- [46] Corte appello Brescia, sez. I, 30.10.2018, Banca Borsa Titoli di Credito, 6 II (2019) 736.
- [47] Rubino De Ritis M.: Conferimenti di criptomonete in società a responsabilità limitata, La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi (2020).
- [48] Siehe Punkt 2.1.
- [49] Möllenkamp S./Shmatenko L.: *supra* 4, Rn 47.
- [50] Möllenkamp S./Shmatenko L.: *supra* 4, Rn 48.
- [51] Kaulartz M., Matzke R.: Die Tokenisierung des Rechts, NJW (2018), 3278.
- [52] Schreiber K.: § 415, MüKo ZPO, 3. Aufl. (2008), Rn 5.
- [53] Matzke R.: Rechtliche Einordnung der Emission von

tokenisierten Schuldverschreibungen in Deutschland, Rechtshandbuch Legal Tech, 2. Aufl. (2021), Rn 29 ff.

- [54] Kumpan C.: *supra* 3.
- [55] Annunziata F.: Speak, if You Can: What Are You? An Alternative Approach to The Qualification of Tokens and Initial Coin Offerings, Bocconi Legal Studies Research Paper Series, 2636561 (2019), 37 ff.; Franza E.: Nuove modalità di finanziamento: la blockchain per le startup e piccolo e medie imprese. Rischi e possibili vantaggi, www.dirittobancario.it (2019).
- [56] Vgl. Punkt 2.5.
- [57] Vgl. Raffaele F.: The recent view of the Italian Market Authority (Consob) on Initial Coin Offerings (ICOs) and crypto assets, *Diritto del commercio internazionale*, 3 (2020), 799.
- [58] ESMA: Advice, Initial Coin Offerings and Crypto-Assets, 09.01.2019. URL: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma50-157-1391_crypto_advice.pdf (abgerufen am 31.08.2021).
- [59] ESMA, *supra* 58, 19.
- [60] ESMA, *supra* 58, 19: *The results reflected below should not be extrapolated to the entire crypto-asset universe. In particular, payment-type crypto-assets, like the Bitcoin which accounts for around half of the total market value of crypto-assets, are not represented in the survey sample.*
- [61] Vgl. ua Consob Berichte Nr 20944/2019, 20845/2019, 20843/2019, 29844/2019.
- [62] Gitti G.: Emissione e circolazione di criptoattività tra tipicità e atipicità nei nuovi mercati finanziari, *Banca, borsa, titoli di credito*, I (2020), 38; Sandei C.: Initial Coin Offerings e appello al pubblico risparmio, *Diritto del Fintech*, (2020).