

ecolex

FACHZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTSRECHT

Abschied von Georg Wilhelm
(1942–2021)

Schwerpunkt

Non-Fungible-Tokens (NFT) im Kunstmarkt: Ein Selbstversuch

- > Verständnis, Technik und Markt
- > Zivil-, Immaterialgüterrecht, Regulierung

Neues E-Commerce-Recht
für die EU

Hass im Netz: Medien-
rechtliche Neuerungen

Brexit und Datenschutz

Homeoffice: Checkliste für
Remote-Work-Vereinbarungen

EK: Vorschläge für neue
Nachhaltigkeitsbericht-
erstattung

EU-MPFG – Parteienvertreter
als Intermediär?



ECOLEX.MANZ.AT

ISSN 1022-9418 Österreichische Post AG MZ 02Z032706 M Verlag Manz, Gutheil Schoder Gasse 17, 1230 Wien

NFT – Eine urheberrechtliche Betrachtung

BEITRAG. Ein NFT macht noch kein Kunstwerk und eine Wallet macht noch keinen Rechteinhaber. Über Schnittstellen und Weggabelungen im Verhältnis von NFT und Urheberrecht. **ecolex 2021/327**



Alexander Pabst, LL. M. (WU), ist Rechtsanwaltsanwärter der Schönherr Rechtsanwalte GmbH.
Mag. **Anna Katharina Tipotsch**, BA, ist Rechtsanwaltsanwarterin der Schönherr Rechtsanwalte GmbH.

A. Was wird durch einen NFT übertragen?

1. NFT als Herkunftsnachweise

Non-Fungible Token (NFT), also unvertretbare oder nicht-austauschbare Token, sind digitale Assets, die digitale oder analoge bzw immaterielle oder materielle Güter und Leistungen repräsentieren können. Jeder NFT ist einzigartig. Und da NFT auf der Blockchain aufbauen, eignen sie sich in besonderer Weise zur nachvollziehbaren Zuordnung des durch sie verkörperten Werks.¹⁾ Obwohl NFT bereits seit einigen Jahren existieren, erlangten sie in den letzten Wochen und Monaten auch außerhalb technik-affiner Bubbles große Bekanntheit. Der Grund dafür dürfte darin liegen, dass sie immer häufiger zur digitalen Verkörperung und Zuordnung von Kunstwerken, etwa von Bildern, Musik oder Sprachwerken, verwendet und zuletzt auch zu mitunter schwindelerregenden Preisen gehandelt wurden.²⁾

Dabei ist ein NFT für sich genommen nicht mehr als eine Zuordnung der Adresse (des Public-Keys) einer Person („des Inhabers“) bspw zu einem Kunstwerk. Die Zuordnung ist in der Blockchain gespeichert und kann nur durch den Inhaber übertragen werden. Das Kunstwerk selbst ist zumeist nicht in der Blockchain auffindbar. Der NFT enthält bloß ein – regelmäßig auch öffentlich zugänglichen – Link zum Kunstwerk.³⁾

Wird ein NFT übertragen, werden, selbst wenn er mit einem Kunstwerk verknüpft ist und dieses repräsentiert, damit idR nicht automatisch Rechte an dem Kunstwerk übertragen. Nicht einmal die Inhaberschaft an einer digitalen Kopie wird übertragen. Daraus folgt: Die Übertragung eines NFTs stellt keine urheberrechtlich relevante Verwertung eines Kunstwerks dar; es werden idR keine Verwertungs- bzw Nutzungsrechte an dem verlinkten Werk eingeräumt.

2. NFT als Mittel für die Übertragung von Verwertungsrechten

Trotz des oben Beschriebenen könnten NFT ein altes Problem des Urhebervertragsrechts lösen: Das Problem der geschlossenen Titelkette. Rechte an Immaterialgütern können nur vom jeweils Berechtigten erworben werden; ein gutgläubiger Rechtserwerb analog zu den sachenrechtlichen Bestimmungen der §§ 367 ff ABGB scheidet aus. Zum wirksamen Rechtserwerb ist daher eine geschlossene Titelkette hin zum Urheber notwendig.⁴⁾ Allzu oft ist eine solche für Immaterialgüter aber nicht oder nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand lückenlos nachweisbar.

Besonders verbreitet ist dieses Problem etwa iZm Fotos und Videos, aber auch bei Software. An all diesen Werken werden oftmals Lizenzen eingeräumt, ohne dass die Titelkette hin zum Urheber klar wäre.

Verknüpft der Urheber eines Werks eine Lizenz an diesem mit einem NFT, ist er damit Herausgeber und zugleich erster Inhaber des NFTs. Werden von ihm ausgehend alle weiteren Rechtsubertragungen mithilfe eines NFTs vorgenommen, bleiben diese Daten für jedermann in der Blockchain einseh- und rückverfolgbar.

Die Transaktionskette kann somit den Rechtsstatus am Kunstwerk in besonders sicherer Weise dokumentieren.

Wesentlich ist, dass die Lizenz durch die Inhaberschaft über den NFT vermittelt wird. Eine generell übertragbare Lizenz würde schließlich dem Zweck der Rückverfolgbarkeit

zuwiderlaufen, zumal die Lizenz dann ja beliebig auch ohne Übertragung des NFTs weitergegeben werden könnte. NFT und Lizenz wären dann nahezu irreversibel voneinander losgelöst.

Im Fall einer Verknüpfung von NFT und Lizenz erwirbt der jeweilige Inhaber des NFTs die in der Lizenz eingeräumten Lizenzrechte an dem Kunstwerk, welches dem NFT zugeordnet ist. Eine Due-Diligence muss dann im Rahmen eines Lizenzerwerbs „lediglich“ feststellen, ob der Herausgeber des NFTs ausreichend berechtigt war, die im NFT verbriefte Lizenz zu erteilen. Dies macht ein ansonsten mitunter aufwendiges Prüfverfahren auch für kleinere Transaktionen sinnvoll. Eine Prüfung kann dann in Minuten erledigt sein, wenn der NFT-schaffende Künstler, der in der Blockchain ja nur durch seinen Public-Key repräsentiert ist, die Inhaberschaft der betreffenden Wallet über einen entsprechenden Anbieter verifizieren lässt. Die Berechtigung am Kunstwerk wird auf diese Weise zwar oft nicht abschließend bestätigt werden können, sondern es kann nur bestimmt werden, welche Person hinter der betreffenden Wallet steht. Die Zusicherung eines Dritten (der NFT-Börse), dass hinter dem NFT eine bestimmte, nun benannte Person (welche sich hoffentlich mit dem Künstler und Urheber des Kunstwerks deckt) steht, wird in diesem Zusammenhang jedoch in vielen Fällen bereits ein zufriedenstellendes Maß an Sicherheit bieten.

Eine mit dem NFT verknüpfte Lizenz an einem Kunstwerk kann – die rechtlichen Grenzen beachtend – beliebig ausge-

¹⁾ Stichwort: Provenienz.

²⁾ So wurde etwa die Collage „EVERYDAYS: THE FIRST 5000 DAYS“, bestehend aus 5.000 digitalen Bildern des Künstlers Mike Winkelmann alias „Beeple“, als erstes rein digitales Kunstwerk und NFT vom Auktionshaus Christie’s für rd 69.346.250 USD verkauft.

³⁾ Für eine detailliertere Beschreibung des Prozesses der Generierung eines NFTs s bspw *Kucsko/Pabst/Tipotsch/Tyrybon*, NFT – Ein Selbstversuch, *ecolex* 2021, 495.

⁴⁾ Vgl *Büchele* in *Kucsko/Handig*, *urheber.recht*² (2017) § 24 *UrhG* Rz 14; *Walter*, *österreichisches Urheberrecht*, I. Teil (2008) Rz 1775ff.

staltet werden. In einem Selbstexperiment⁵⁾ wurde eine nicht-ausschließliche Lizenz bspw so formuliert, dass sie den Anforderungen eines Museumsbetriebs gerecht wurde.

Noch ein paar Worte zur Verknüpfung von Lizenz und NFT aus technischer Sicht: Eine zuverlässige Verknüpfung der Lizenz mit dem NFT wird in der Regel durch Aufnahme des Lizenztextes in den Metadaten des NFTs, deren Link (genauer zB im Selbstexperiment ein spezieller *Uniform Resource Identifier*, „URI“) in der Blockchain gespeichert wird, erreicht. Somit wird der Lizenztext automatisch auf den größten NFT-Börsen angezeigt und ist, sofern die Metadaten im Interplanetary-File-System („IPFS“) gespeichert werden, auch nicht veränderlich, ohne dass der in der Blockchain hinterlegte Link zu diesen unbrauchbar wird.⁶⁾

B. „Tokenisierte Fälschungen“

1. Urheberrechtseingriff durch Erstellung des NFTs?

Der Handel mit NFT (va auch in Verbindung mit digitalen Kunstwerken) nahm in den letzten Wochen und Monaten rasant zu, was neben Künstlern und Investoren auch „Fälscher“ angelockt hat. „Fälschen“ meint im gegebenen Kontext die Verknüpfung eines NFTs mit einem Kunstwerk, an dem der Herausgeber des betreffenden NFTs kein Recht besitzt.

2. Rechtsdurchsetzung

Ob die Verknüpfung eines NFTs mit einem Kunstwerk in das Urheberrecht des Künstlers eingreift, ist nicht immer leicht auszumachen. Und auch wenn ein Eingriff vorliegt, begegnet die Abwehr gegen diesen nicht unwesentlichen Hürden.

a) Vorgehen gegen den „Fälscher“

Wird ein bestehendes (analoges) Kunstwerk, um es mit einem Token zu verknüpfen, erstmals digitalisiert, oder wird ein bereits digitales Kunstwerk kopiert, um es andernorts online zu stellen, und der NFT mit diesem (neuen) Ort verlinkt, liegt in der Kopie zum Zwecke der Digitalisierung bzw der Veröffentlichung an einem anderem, vom Rechteinhaber nicht gewählten Ort eine Vervielfältigungs- und Zurverfügungstellungshandlung gem § 15 und § 18a UrhG.

Der Rechteinhaber kann sich dagegen mit den im UrhG vorgesehenen zivil- und strafrechtlichen Sanktionen wehren.⁷⁾

b) Vorgehen gegen den Host-Provider

Ein Abwehrensanspruch kommt auch gegen den Host-Provider jenes Servers in Betracht, auf welchem sich die „Fälschung“ befindet. Ein Unterlassungsbegehren wäre auf § 81 UrhG iVm § 16 ECG gestützt und müsste darauf gerichtet sein, das Hosting des digitalen oder digitalisierten Kunstwerks auf einem nicht vom Rechteinhaber gewählten Server zu untersagen.

Ist ein solches Vorgehen erfolgreich, führt der in der Blockchain gespeicherte Link nicht mehr zum Kunstwerk und der NFT wird damit weitestgehend inhaltsleer.

Schwierig oder gar unmöglich wird die Abwehr des Eingriffs allerdings, wenn das Kunstwerk über das im NFT-Bereich häufig genutzte dezentrale Interplanetary-File-System („IPFS“) gehostet wird.⁸⁾ Hier werden die Daten nämlich nicht auf einem bestimmt zugewiesenen Ort (Server) gespeichert, sondern können von jedem beliebigen Teilnehmer dieses Netzwerks gehostet und dort unter derselben Adresse (URI) erreicht werden. Häufig aufgerufene Dateien werden uU auch (automatisch) gleichzeitig auf den Servern mehrerer Teilnehmer gespeichert. Ein Unterlassungsanspruch müsste dann gegen

jeden der Teilnehmer – sofern diese überhaupt feststellbar sind – durchgesetzt werden. Die im NFT hinterlegte URI wäre aber nach wie vor gültig: Lädt ein anderer Nutzer des IPFS das Kunstwerk erneut hoch (der Ort ist hier unwesentlich), ist es unter derselben/ursprünglichen URI wieder erreichbar. Ein umfassender Take-Down der gehosteten Datei stößt also auf eine Vielzahl von praktischen Schwierigkeiten.

c) Vorgehen gegen die NFT-Börse

Ist ein Vorgehen wegen des dezentralen Hostings erfolglos, liegt ein Vorgehen gegen jene NFT-Börse nahe, auf der der rechtsverletzende NFT angeboten wird.

NFT-Börsen bieten NFT regelmäßig unter (automatisch generierter) Darstellung des darin zugeordneten Kunstwerks an. Dabei wird das Kunstwerk zumeist über dessen in der Blockchain hinterlegten Link abgerufen und in die Website des NFT-Börsebetreibers geladen.

Ist das Kunstwerk ohne Zustimmung des Rechteinhabers unter dem betreffenden Link zur Verfügung gestellt worden, so ist grundsätzlich auch die Weitergabe des Links selbst geeignet, das Werk einem neuen Publikum zugänglich zu machen und damit selbst als Zurverfügungstellungshandlung iSd § 18a UrhG qualifiziert zu werden.

Nach der Rsp des EuGH⁹⁾ liegt eine Zurverfügungstellungshandlung durch Linksetzung dann vor, wenn eine Person, die den jeweiligen Hyperlink setzt, wusste oder hätte wissen müssen, dass der von ihr gesetzte Hyperlink Zugang zu einem unbefugt veröffentlichten Werk verschafft. Sofern Hyperlinks mit Gewinnerzielungsabsicht gesetzt werden, wird eine Prüfpflicht des Linksetzers verlangt und eine Kenntnis der Rechtswidrigkeit vermutet.¹⁰⁾ Da Börsenbetreiber regelmäßig in Gewinnerzielungsabsicht handeln, greift diese Vermutung. Zudem sind die Betreiber der betreffenden NFT-Börse gem § 17 ECG als Dienst der Informationsgesellschaft¹¹⁾ jedenfalls dann für die verlinkten Inhalte verantwortlich, wenn ihnen die Rechtswidrigkeit der verlinkten Inhalte bekannt wird, also spätestens nach einer förmlichen Abmahnung.

d) Vorgehen gegen „Wiederverwertung“ bereits digitalisierter Kunstwerke

Wird der NFT mit einem Link auf ein im digitalen Raum, etwa auf einer Website, bestehendes Werk verknüpft, liegt keine unrechtmäßige Vervielfältigung vor. Nach der Rsp des EuGH in den Rs *Svensson*¹²⁾ und *BestWater*¹³⁾ stellt die bloße Verlinkung auf ein im Internet frei abrufbares Werk mittels Hyperlink keine Handlung der öffentlichen Wiedergabe und folglich keine un-

⁵⁾ Vgl *Kucsko/Pabst/Tipotsch/Tyrybon*, *ecolex* 2021, 495.

⁶⁾ Vgl *Kucsko/Pabst/Tipotsch/Tyrybon*, *ecolex* 2021, 495 (497f, Pkt 4.c, e).

⁷⁾ §§ 81ff UrhG.

⁸⁾ Siehe zB auch *Kucsko/Pabst/Tipotsch/Tyrybon*, *ecolex* 2021, 495 (497, Pkt 4.c).

⁹⁾ Vgl EuGH 8. 9. 2016, C-160/15, *GS Media*, Rn 49ff; 26. 4. 2017, C-527/15, *Filmspeler*, Rn 49.

¹⁰⁾ Vgl EuGH 8. 9. 2016, C-160/15, *GS Media*, Rn 51; 26. 4. 2017, C-527/15, *Filmspeler*, Rn 49.

¹¹⁾ § 3 Z 1 ECG.

¹²⁾ EuGH 13. 2. 2014, C-466/12, *Svensson*.

¹³⁾ EuGH 21. 10. 2014, C-348/13, *BestWater*.

zulässige Zurverfügungstellungshandlung dar.¹⁴⁾ Gleichwohl kann in der Veräußerung eines NFTs unter Vorspiegelung, es würden damit Rechte an dem Kunstwerk übertragen werden, eine strafrechtlich relevante Handlung liegen.

Unabhängig davon ist in solchen Fällen auch ein Vorgehen aus dem Urheberpersönlichkeitsrecht denkbar.

So steht jedem Urheber gem § 19 UrhG zu, die Urheberschaft in Anspruch zu nehmen. Die Bestimmung gewährt insb einen Unterlassungsanspruch gegen jeden, der die Urheberschaft an einem Werk bestreitet oder sich die eigene Urheberschaft daran anmaßt. Ob sich jemand ungerechtfertigt die Urheberschaft an einem fremden Werk anmaßt, ist im Einzelfall nach dem Gesamteindruck zu beurteilen.¹⁵⁾ Entsteht durch ein NFT der unrichtige Eindruck, der Schöpfer des NFTs bzw der Inhaber der Wallet sei der Urheber des dem NFT zugeordneten Kunstwerks (letzten Endes erhält auch ein NFT, welches ein Kunstwerk beinhaltet – wie allgemein in der Kunst bzw bei urheberrechtlich geschützten Werken üblich –, ja insb seinen Wert gerade durch die enge Verbindung zur Persönlichkeit des Künstlers/Urhebers), besteht ein Unterlassungsanspruch auf Basis von § 19 iVm § 81 UrhG.

Entsteht jedoch der Eindruck, der Anbieter und Schöpfer des NFTs sei dazu vom Künstler autorisiert, bleibt ein Rückgriff auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht gem § 16 ABGB und (bei Namensgebrauch auch) auf das Namensrecht gem § 43 ABGB, sofern beim Betrachter eine „Zuordnungsverwirrung“ hinsichtlich der (nicht bestehenden) Verbindung zwischen dem Schöpfer des NFTs und dem Urheber des Kunstwerks entsteht. Ist dies nämlich der Fall, wird in das schutzwürdige Interesse des Künstlers eingegriffen, dass kein unrichtiger Eindruck wirtschaftlicher oder ideeller Beziehungen zwischen Schöpfer des NFTs und Künstler entstehen soll.¹⁶⁾ Ein Unterlassungsanspruch gegen eine derartige Verbindung des Schöpfers und des NFTs erschiene zumindest gut argumentierbar.

Da die Verknüpfung zwischen Wallet des NFT-Schöpfers und dem NFT aber in der Blockchain gespeichert und daher nicht veränderbar ist, wird ein Vorgehen gegen diese Verknüpfung aussichtslos sein. Hier kann dann idR ein Vorgehen gegen die NFT-Börse als Host-Provider naheliegen.¹⁷⁾

C. Folgerechtsvergütung?

§ 16b UrhG sieht in Umsetzung der FolgerechtsRL¹⁸⁾ vor, dass bei Weiterveräußerung von Originalen von Werken der bildenden Künste, an denen Vertreter des Kunstmarkts (wie Auktionshäuser oder Kunstgalerien) als Veräußerer, Käufer oder Vermittler beteiligt sind, dem Urheber ein bestimmter Anteil am jeweils erzielten Verkaufspreis zusteht.

Hintergrund dieser Bestimmung ist, dass Urheber von Werken der Literatur oder Musik bspw an den diversen Nutzungsarten wie der Vervielfältigung, Darbietung, Adaption usw finanziell beteiligt sind. Vergleichsweise bescheiden nehmen sich – derzeit noch – die Verwertungsmöglichkeiten bildender Künstler aus. Ein Werk der bildenden Kunst wird im Wesentlichen durch den Verkauf verwertet und ist danach dem Zugriff des Künstlers entzogen. Hier soll die Folgerechtsvergütung Abhilfe und dem Künstler eine zusätzliche Einnahmequelle (ver-)schaffen.¹⁹⁾ Das Problem besteht aber nicht nur bei physischer Verwertung eines Kunstwerks, sondern ist freilich auch auf NFTs anzuwenden. Nach der ersten Veräußerung ist der Künstler vom wirtschaftlichen Erfolg seines NFTs im Normalfall abgeschnitten.

Wird ein NFT allerdings mit einem physischen Kunstwerk, welches auch die übrigen Voraussetzungen wie die des Begriffs des „Originals“ erfüllt, verbunden, erscheint eine Folgerechtsvergütungspflicht der Veräußerung des damit verbundenen NFTs möglich.

Als Originale iSv § 16b Abs 1 UrhG gelten lt § 16b Abs 3 UrhG nur Werkstücke, die vom Urheber selbst geschaffen worden sind, die vom Urheber selbst oder unter seiner Leitung in begrenzter Auflage hergestellt und in der Regel nummeriert sowie vom Urheber signiert oder auf andere geeignete Weise autorisiert worden sind oder sonst als Originale angesehen werden. Was als Original angesehen wird, ist weder in § 16b UrhG noch in der FolgerechtsRL definiert. Wird ein Kunstwerk von dessen Schöpfer einem NFT (als ein NFT oder eine Serie von NFT) zugeordnet, könnte dies als für die „Originalität“ ausreichend zu qualifizieren sein. Problematisch ist jedoch der Werkstückbegriff. Zu diesem geht nämlich sowohl aus ErwGr 2 der FolgerechtsRL²⁰⁾ als auch aus den Materialien zum RL-Entwurf klar hervor, dass sich dieser ausdrücklich auf den materiellen Träger eines Werkstücks bezieht.²¹⁾ Für digitale und digitalisierte Kunstwerke ist daher keine Folgerechtsvergütungspflicht anzunehmen.

Es ist dabei unerheblich, ob wirksam Eigentum an dem physischen Kunstwerk übertragen oder ob das Kunstwerk weder physisch noch mittels Erklärung übergeben wird, da die Vergütungspflicht lediglich an ein wirksames Verpflichtungsgeschäft geknüpft ist.²²⁾

Schlussstrich

Zwar stellen NFT ein geeignetes Mittel der Provenienzfeststellung dar, doch muss auch in diesem Fall die erstmalige Ableitung der Verwertungsrechte vom Urheber nachgewiesen werden.

Eine Rechtsdurchsetzung bei Urheberrechtsverletzungen in Verbindung mit NFT scheint über verschiedene Kanäle - mit unterschiedlichen Erfolgsaussichten - möglich.

Drum prüfe, wer sich an die Blockchain bindet (dennoch), ob sich der Urheber zum Werk findet.²³⁾

¹⁴⁾ Vgl 13. 2. 2014, C-466/12, *Svensson*, Rn 32; 21. 10. 2014, C-348/13, *BestWater*, Rn 16; s auch OGH 23. 2. 2016, 4 Ob 249/15v, *Preroll-Werbung*.

¹⁵⁾ Vgl *Toms in Kucsko/Handig*, urheber.recht² § 19 UrhG Rz 21ff.

¹⁶⁾ Vgl *Aicher in Rummel/Lukas*, ABGB (2015)⁴ § 16 ABGB Rz 16; s auch RIS-Justiz RS0009446.

¹⁷⁾ Vgl Pkt 2b.

¹⁸⁾ RL 2001/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. 9. 2001 über das Folgerecht des Urhebers des Originals eines Kunstwerks, ABI L 2001/272, 32 („Folgerechts-RL“).

¹⁹⁾ ErwGr 2 FolgerechtsRL.

²⁰⁾ Vgl etwa ErwGr 2 FolgerechtsRL: „Gegenstand des Folgerechts ist das materielle Werkstück, dh der Träger, der das geschützte Werk verkörpert.“

²¹⁾ Geänderter RL-Vorschlag, Erläut zu Art 2, Seite 5, COM/1998/78/FINAL.

²²⁾ Vgl *Handig in Kucsko/Handig*, urheber.recht² § 16b UrhG Rz 27ff.

²³⁾ In Anlehnung an *Schillers Glocke*.