

Diskussionsbeitrag zur möglichen Übertragung von Wertrechten auf der Blockchain unter geltendem Schweizer Recht

26. Februar 2018 Dr. Catrina Luchsinger Gähwiler | Benjamin Dürig | Ronald Kogens

Für die Übertragung von Wertrechten unter dem Schweizer Recht bedarf es der Schriftform. Diese Anforderung hat schon viele kontroverse Diskussionen ausgelöst und im Zusammenhang mit der Übertragung von nicht in Wertpapieren verbrieften Gesellschaftsanteilen zu aufwendigen Aufräumarbeiten zur Bereinigung der Übertragungskette geführt. Auch bei der Emission von kryptographischen Tokens (nachfolgend Tokens) im Rahmen eines Initial Token Offering (auch Initial Coin Offering) werden oftmals Wertrechte auf der Blockchain geschaffen. Weil aber die kryptographische Signatur auf der Blockchain der eigenhändigen Unterschrift nicht gleichgestellt (siehe Art. 14 OR und ZertES) ist, können Wertrechte auf der Blockchain *prima vista* nicht rechtsgültig übertragen werden (die Übertragung ist nichtig). Als Resultat verbleiben die Tokens beim Emittenten, was unter anderem im Konkurs des Letzteren zu Problemen führen könnte.

Versuche von Juristen, andere Konstellationen rund um die Übertragung von Tokens mittels kryptographischer Signatur auf der Blockchain zu schaffen (z.B. Verzicht auf das Schriftlichkeitserfordernis in den Ausgabebedingungen oder die Übertragung des gesamten Vertragsverhältnisses), sind seit der Wegleitung der FINMA für Unterstellungsanfragen betreffend Initial Coin Offerings (ICOs) vom 16. Februar 2018 (FINMA Wegleitung) mit Rechtsunsicherheit behaftet. Dies insbesondere, weil gemäss FINMA Wegleitung die meisten Tokens als Wertrechte zu qualifizieren sind, auch wenn gewisse Tokens auf den ersten Blick keinen Bezug zu klassischen Finanzmarktinstrumenten (Aktien, Derivate, Anleihen etc.) aufweisen. Entsprechend werden auch Tokens, die für eine bestimmte Nutzung einer Plattform oder für die Inanspruchnahme einer Dienstleistung ausgegeben werden, für die aber die Leistung zum Zeitpunkt der Token Emission noch nicht verfügbar ist, als Wertrechte betrachtet. In diesem kurzen Aufsatz wird ein möglicher Lösungsansatz aufgezeigt, wie Wertrechte *de lege lata* rechtsgültig auf der Blockchain übertragen werden können und nichtige Übertragungen von bereits existierenden Tokens geheilt werden können.

1. Wertrechte

Wertrechte im Sinne von Art. 973c OR sind unverbriefte Rechte mit gleicher Funktion wie Wertpapiere. Der Wertpapierbegriff des Art. 965 OR umfasst in Schuldurkunden verbrieft Forderungsrechte, Mitgliedschaftsrechte oder dingliche Rechte, wobei für Mitgliedschaftsrechte ein auf die Gesellschaftsformen der AG und der Kommandit-AG beschränkter *numerus clausus* besteht (vgl. ROBERT FURTER, in: Basler Kommentar, Wertpapierrecht, 4. Aufl. 2012, N. 6 ff. zu vor Art. 965-1155 OR; HANS KUHN, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere, 3. Aufl. 2016, N 21 zu Art. 965 OR).

2. Tokens auf der Blockchain als Wertrechte

Die FINMA qualifiziert Tokens, welche Rechte verkörpern, aber nicht als Derivate qualifizieren, als zu Effekten ausgestaltete Wertrechte, wobei das Wertrechtbuch in digitaler Form auf einer Blockchain geführt werden kann (vgl. die FINMA Wegleitung, S. 3 f. und S. 5). Die Übertragung von Wertrechten geschieht nach den Regeln der Zession (Art. 973c Abs. 4 OR). Das bedeutet, dass die Schriftform eingehalten werden muss (Art. 165 OR). Nicht Gültigkeitserfordernis im Hinblick auf den Zweck der Schriftlichkeit ist allerdings die Übergabe der Schuldurkunde (vgl. DANIEL GIRSBERGER/JOHANNES LUKAS HERMANN, Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 6. Aufl. 2015, N. 5 zu Art. 165 OR, ebenso INES PÖSCHEL/KARIM MAIZAR, Basler Kommentar, Wertpapierrecht, Bd. I, 4. Aufl. 2012, N 54 zu Art. 973c OR.) Die Zession ist zwar kein einseitiges Rechtsgeschäft, eine stillschweigende Annahme der Zession ist aber zulässig und sogar der Regelfall (vgl. DANIEL GIRSBERGER/JOHANNES LUKAS HERMANN, Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 6. Aufl. 2015, N. 15 zu Art. 164 OR; PETER REETZ/CHRISTOPH BURRI, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl. 2016, N 21 zu Art. 164 N. 1 OR).

Das Schriftformerfordernis für die Zession bedeutet u.E. aber nicht, dass für jede einzelne Übertragung eines Tokens in Form eines Wertrechts auf der Blockchain eine schriftliche Abtretungsurkunde durch den jeweiligen am Wertrecht Berechtigten ausgestellt werden muss. Für eine Zession reicht es nämlich aus, wenn der Zedent die Zessionsurkunde unterzeichnet. Bezüglich der Person des Zessionars genügt es, wenn dieser *bestimmbar* ist (BGE 82 II 48 E.1; BGer 4C.81/2007 Urteil vom 10. Mai 2007 E. 4.1), wobei der Erwerber im Zeitpunkt der Abtretung noch nicht einmal zu existieren braucht (vgl. EUGEN SPIRIG, Zürcher Kommentar, 1993, N. 34 f. zu 165 OR, m.w.N.; so auch BGE 82 II 48, wo eine Abtretung an ein Gläubigerkonsortium als genügend bestimmbar betrachtet wurde und für den Zedenten nicht feststand, wer die Zessionare waren und sein werden). So ist zum Beispiel eine Abtretung an den *jeweiligen Inhaber* der Zessionsurkunde zulässig (vgl. EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1988, S. 551, N 62, m.w.N.). Der Fall mit einem bestimmbaren Zessionar unterscheidet sich von dem der Blankozession, für welchen je nach Lehrmeinung die Wirkung der Abtretung (d.h. das Ausscheiden der blanko zedierten Forderung aus dem Vermögen des Zedenten) erst dann eintritt, wenn die Urkunde vervollständigt wird (so DANIEL GIRSBERGER/JOHANNES LUKAS HERMANN, Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 6. Aufl. 2015, N. 4 zu Art. 165 OR und PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/HEINZ REY/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Bd. II, Rz. 3541 S. 268) oder schon mit dem Zugang der Abtretungsurkunde (durch Übertragung oder auf andere Weise) beim ersten Empfänger (so EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1988, S. 551, m.w.N. zur älteren Lehre). Ist der Zessionar hingegen zwar nicht namentlich genannt, aber unzweideutig bestimmbar, so tritt die Wirkung der Zession u.E. ein, sofern und sobald ein bestimmbarer Zessionar existiert.

Entsprechend sollte es möglich sein, dass der Token Emittent eine Abtretungsurkunde ausstellt, in welcher er die Abtretung jedes einzelnen einer von ihm zu bestimmenden Anzahl Wertrechte (Token), die durch Eintragung auf der Blockchain geschaffen werden, an den jeweiligen Berechtigten derjenigen Adresse, der ein solcher Token zum relevanten Zeitpunkt jeweils zugeordnet ist, abtritt. In den allgemeinen Bedingungen (Terms and Conditions) zum ICO kann alsdann darauf hingewie-

sen werden, dass die Abtretungsurkunde beim Token Emittent verbleibt. Die Urkunde kann als Teil der allgemeinen Bedingungen online geschaltet werden. Die Annahme der Abtretung durch den Berechtigten erfolgt stillschweigend durch die Akzeptanz der Zuweisung dieses Tokens an eine dem Berechtigten zugehörige Adresse. Zedent ist und bleibt dabei aber immer der Token Emittent, weil der Transfer von Tokens zwischen Dritten die Formvorschriften der Zession nicht erfüllt. Im Konkurs des Token Emittenten kann der Berechtigte derjenigen Adresse, welche auf der Blockchain ausgewiesen ist, gegenüber dem Konkursamt seine Eigenschaft als Zessionar bezüglich der seiner Adresse zugeordneten Tokens problemlos mittels einer Kopie der Zessionsurkunde (welche sich im Original bereits bei der Konkursmasse befindet) erbringen. Diese "tokenisierten" Wertrechte fallen daher nicht in die Konkursmasse.

Auf diese Weise kann mit einer einzigen das Schriftformerfordernis einhaltenden Abtretung eine gültige und "konkursfeste" Abtretung an den jeweiligen Berechtigten derjenigen Adresse, der auf der Blockchain ein oder mehrere Tokens zugeordnet sind, erreicht werden. Dies funktioniert auch für bereits ausgegebene Tokens ab dem Zeitpunkt der Ausstellung einer Abtretungsurkunde im oben beschriebenen Sinn.

3. Möglicher Wortlaut

Im Wortlaut könnte eine Abtretungsurkunde wie folgt aussehen:

[Crypto Token AG] als Herausgeberin der als [Crypto Tokens] bezeichneten, gemäss den allgemeinen Bedingungen standardisierten und durch Registrierung auf der [Public Ethereum-]Blockchain zum massenhaften Handel tauglichen Wertrechte im Sinne von Art. 973c OR, tritt hiermit jeden einzelnen von [Anzahl] [Crypto Tokens] im Sinne von Art. 164 OR an den jeweils Berechtigten derjenigen Adresse, welcher zum relevanten Zeitpunkt auf der Blockchain ein oder mehrere solcher [Crypto Tokens] zugeordnet sind, ab. Diese Abtretungsurkunde wird nicht an einzelne Halter von [Crypto Tokens] herausgegeben.

[Crypto Token AG] as issuer of the uncertificated securities pursuant to art. 973c CO called [Crypto Tokens], which are standardised pursuant to the Terms & Conditions and suitable for mass standardised trading through registration on the [Public Ethereum-]Blockchain, hereby assigns each individual [Crypto Token] of the total [Number] [Crypto Tokens] pursuant to article 164 CO to the person being at any given point in time entitled to the address to which one or several of such [Crypto tokens] are allocated on the blockchain. This assignment declaration will not be physically delivered to individual holders of [Crypto Tokens].

Die Autoren weisen darauf hin, dass der Lösungsansatz in diesem Artikel eine Hilfskonstruktion darstellt, welche noch nie gerichtlich beurteilt worden ist. Im Hinblick auf die Rechtssicherheit wäre eine Gesetzesanpassung an die technologischen Gegebenheiten im Zusammenhang mit der Übertragung von Wertrechten unter Schweizer Recht nach wie vor wünschenswert. Weitere Anregungen aus der Lehre und Praxis zu diesem Artikel werden gerne entgegengenommen.

WER IST FRORIEP?

Gegründet 1966 in Zürich, ist Froriep eine der führenden Schweizer Wirtschaftsanwaltskanzleien an den Standorten Zürich, Genf, Zug, London und Madrid.

Unsere nationale und internationale Klientschaft umfasst sowohl grosse weltweite Unternehmen als auch Privatpersonen. Unsere einzigartige, voll integrierte Struktur spiegelt unseren starken grenzüberschreitenden Fokus wieder. Wir legen besonderen Wert auf Kontinuität in unseren Klientenbeziehungen. Unsere Teams sind auf die individuellen Bedürfnisse unserer Klienten massgeschneidert und bei Bedarf ziehen wir unsere Spezialisten aus den verschiedenen Fachbereichen sowie aus unserem Büronetzwerk bei.

Viele unserer Anwälte sind national und international als Spezialisten in Ihrem Fachgebiet anerkannt. Unsere Klienten profitieren von diesem professionellen Wissen und der grossen Diversität an Talenten, Sprachen und Kulturen, welche unsere Anwälte vielseitig und flexibel macht.

ZÜRICH

Bellerivestrasse 201
CH-8034 Zürich
Tel. +41 44 386 60 00
Fax +41 44 383 60 50
zurich@froriep.ch

GENEVA

4 Rue Charles-Bonnet
CH-1211 Geneva 12
Tel. +41 22 839 63 00
Fax +41 22 347 71 59
geneva@froriep.ch

ZUG

Grafenaustrasse 5
CH-6302 Zug
Tel. +41 41 710 60 00
Fax +41 41 710 60 01
zug@froriep.ch

LONDON

17 Godliman Street
GB-London EC4V 5BD
Tel. +44 20 7236 6000
Fax +44 20 7248 0209
london@froriep.ch

MADRID

Antonio Maura 10
ES-28014 Madrid
Tel. +34 91 523 77 90
Fax +34 91 531 36 62
madrid@froriep.ch

© Froriep Legal AG 2018. Dieser Newsletter enthält generelle Informationen über rechtliche Entwicklungen in der Schweiz und stellt keine Beratung in spezifischen Angelegenheiten dar. Die Reproduktion ist autorisiert, sofern die Quelle angegeben wird.