

Besprechung | Compte rendu

Rolf H. Weber/Hans Kuhn (Hg.)
Entwicklungen Im Schweizer Blockchain-Recht

Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2021, 289+XXXI Seiten, CHF 88.00, ISBN 978-3-7190-4425-1

Das von ROLF H. WEBER UND HANS KUHN herausgegebene und teilweise verfasste Buch erfasst die technologische Entwicklung von Softwareprotokollen mit verteilten, dezentralen und teilautonomen Registern (auch Distributed-Ledger Technologie «DLT-Technologie» genannt), in der Form einer Blockchain. Wie von den Herausgebern eingangs angemerkt, ist der Titel erklärungsbedürftig, denn das Werk bezieht sich nicht auf ein neues eigenständiges Gesetz zur Blockchain Technologie, wie z.B. in Liechtenstein, mit dem Token- und VT-Dienstleistungsgesetz, sondern auf die am 1. August 2021 in Kraft getretenen Anpassungen von verschiedenen öffentlich- und privatrechtlichen Erlassen auf Bundesebene (u.a. des Obligationenrechts, Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bankengesetzes, Finanzdienstleistungsgesetzes, Finanzmarktinfrastukturgesetzes etc.), um dem Innovations- und Effizienzzeigerungspotenzial der DLT-Technologie Rechnung zu tragen. Gemäss den Herausgebern befinden sich sämtliche berücksichtigten Gesetze auf dem Stand 1. Januar 2021, was aufgrund des frühen Publikationszeitpunkts unausweichlich war, jedoch dazu geführt hat, dass der finale Text der Mantelverordnung zu den Gesetzesanpassungen nicht berücksichtigt werden konnte und deshalb gewisse Ausführungen von Autoren bereits veraltet sind.

Das Buch beginnt mit einer kurzen Einleitung über den Hintergrund, den Zweck und die Entstehungsgeschichte des Bundesgesetzes zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register vom 25. September 2020. Darauf folgt eine vereinfacht dargestellte Einführung in die Grundlagen der DLT-Technologie und ausgewählte dazugehörige Konzepte. Den Autoren dieses Kapitels (RUTISHAUSER/KUBLI/WEBER) ist es sehr gut gelungen, den Leser in ein sehr komplexes technisches Thema einzuführen und auf die folgenden Kapitel vorzubereiten. Auch Interessierte, die sich bis anhin nicht mit der DLT-Technologie auseinandergesetzt haben, erhalten so die Möglichkeit in die Thematik einzusteigen.

Das dritte Kapitel bietet eine Taxonomie zu den gängigen Begriffen der DLT-Industrie und den durch die Gesetzesanpassungen neu eingeführten Rechtsbegriffen. Dabei schlägt KUHN insbesondere eine willkommene Brücke zwischen der Bezeichnung in der Praxis und der Rechtssetzung. Seine Kritik, dass Zahlungstoken bzw. Kryptowährungen, die kein Recht repräsentieren, auch unter den Anwendungsbereich von Art. 973d OR hätten fallen sollen, ist berechtigt.

Schöner wäre m.E. jedoch gewesen, wenn das Parlament den Mut gehabt und den Sachbegriff im ZGB um rivalisierende unkörperliche Gegenstände ausgeweitet hätte, um die bewährte Systematik des ZGB und des OR auch im digitalen Zeitalter aufrechtzuerhalten. Das Nichterfassen von Kryptowährungen führt insbesondere bei der rechtsgeschäftlichen Begründung von Sicherungsrechten an Kryptowährungen zu einigen Herausforderungen.

Im vierten Kapitel ist es erneut KUHN, der sich als ausgewiesener Experte im Wertpapierrecht den Registerwertrechten nach Art. 973d OR widmet. Er zeigt die Ähnlichkeiten von Token zu Urkunden von klassischen Wertpapieren auf, weist aber auch auf die Herausforderung der Substituierung solcher Urkunden durch kryptographische Token hin. Im Rahmen der Erläuterung zur Entstehungsgeschichte erwähnt KUHN auch alternative Lösungsansätze zur Schaffung von Registerwertrechten, die jedoch vom Bundesrat gemäss KUHN richtigerweise abgelehnt wurden. Hier ist KUHN vielleicht etwas voreingenommen, weil er selbst bei den Vorarbeiten zu den Gesetzestexten mitgewirkt hat. Dies ist aber für den Leser in Ordnung, da KUHN seine Argumentation für die vertretene Auffassung und die gewählte Variante des Bundesrats klar und verständlich darlegt. In Bezug auf die faktische Herrschaft als Verfügungsmacht über Registerwertrechte weist KUHN auf die nicht vorhandenen Rechtsfolgen hin, die zu einer echten Gesetzeslücke führen. Dabei präsentiert er seine von der Praxis sicherlich gewünschte Meinung, dem possessorischen Rechtsschutz aus dem ZGB die Analogiefähigkeit für Registerwertrechte zuzusprechen. Bezüglich den Herausgabe- und die Eigentumsfreiheitsklagen (Art. 641 Abs. 2 ZGB) ist er zurückhaltender bzw. verneint einen analogen Anspruch für Registerwertrechte. Dies begründet KUHN im Wesentlichen mit dem Vorhandensein eines subsidiären Bereicherungsanspruchs gemäss Art. 62 OR. Die Schaffung von Registerwertrechten erklärt KUHN in dem er auf die einzelnen gesetzlichen Anforderungen (Art. 973d Abs. 2 OR) eingeht. Obwohl die einzelnen Elemente rechtlich gut erläutert werden, geht Kuhn auf die Unterscheidung von Register (Smart Contract) und dem darunterliegenden DLT-Protokoll (System) nicht ein, was für den Leser jedoch für das Verständnis eine wichtige Information wäre. Gemäss Art 973d Abs. 2 Ziff. 1 OR vermittelt das Wertrechtregister dem Gläubiger, nicht aber dem Schuldner mittels technischer Verfahren die Verfügungsmacht über sein Recht. Nach dem Wortlaut bedeutet dies, dass der Schuldner keine Einflussmöglichkeiten auf das Register haben darf. Bei der Schaffung von kryptographischen Token ist es gängige Praxis, dass der Schuldner oder einer Dritter als Verwalter der Registerschlüs-

Besprochen von **RONALD KOGENS**, RA, MLaw, LL.M., Zürich.

sel unter gewissen Bedingungen die ausgegebenen kryptographischen Token sperren oder die Übertragbarkeit pausieren kann. Diese Funktionalitäten dienen unter anderem dazu, zu Unrecht angelegene kryptographische Token blockieren zu können. KUHN macht sich stark, dass solche Funktionen trotz des strikten Wortlauts von Art. 973d Abs. 2 Ziff. 1 OR bzgl. der Verfügungsmacht zulässig sind, sofern die Nutzung der Funktionen sauber in der Registervereinbarung offengelegt wird. Diese Ansicht ist begrüssenswert und für die Praxistauglichkeit von Registerwertrechten notwendig. Es gibt aber noch keine herrschende Lehre in diesem Zusammenhang und es kann nicht ausgeschlossen werden, dass ein Gericht zu einer anderen Schlussfolgerung kommen und die vermeintlich geschaffenen Registerwertrechte als ungültig erklären würde.

Das fünfte Kapitel betrifft die Primärmarktregulierung. KUHN zeigt in diesem Kapitel auf, wie die Primärmarktmission von Registerwertrechten aus finanzmarktrechtlicher Sicht zu einzuordnen ist. Das Kapitel ist tendenziell schlank gehalten. Dies ist verständlich, weil Registerwertrechte nur eine weitere Behebungsform darstellen, die auf die regulatorische Betrachtungsweise keinen Einfluss gegenüber anderen Behebungsformen hat.

KRAMER/WYSS geben im sechsten Kapitel einen ansprechenden und vereinfacht dargestellten Kurzüberblick über die Aufbewahrungsmöglichkeiten von kryptographischen Token. Dabei wird zwischen «Custody» und «Non-Custody» unterschieden und auf die weiteren Gestaltungsmöglichkeiten, wie z.B. Multi-Signature hingewiesen. Die Einleitung dient dem Übergang zu den Aufsichtsrechtlichen Anforderungen, bei denen insbesondere auf das Bankengesetz und das Finanzmarktinfrastukturgesetz eingegangen wird. Abschliessend behandeln die Autoren kryptographische Token bei Insolvenz des Aufbewahrers. Dabei widmen sie sich dem neuen Art. 242a SchKG für nicht regulierte Aufbewahrer und dem angepassten Art. 16 BankG für regulierte Aufbewahrer. Den Autoren ist der Kurzüberblick in die Tätigkeit der Aufbewahrer und die rechtlichen und regulatorischen Anforderungen gut gelungen.

Im Anschluss an die Ausführungen zu den Aufbewahrungsmöglichkeiten, wird im siebten Kapitel der Handel mit kryptographischen Token durch WEBER auf gut 30 Seiten erläutert. Das Kapitel umfasst den Begriff der DLT-Effekte und des DLT-Handelssystems. Obwohl Finanzmarktinfrastrukturen ein komplexes und ein nicht alltägliches Thema sind, ist es WEBER sehr gut gelungen, dem Leser die Materie näherzubringen und die Unterschiede der neuen DLT-Handelssysteme gegenüber traditionellen Handelssystemen verständlich herauszuschälen. Spannend sind zudem die Ausführungen zu den alternativen Handelssystemen, wo WEBER auf unregulierte Peer-2-Peer Handelsplattformen und durch den Emittenten organisierte Marktplätze eingeht. Leider fehlen in Bezug auf die Peer-2-Peer Handelsplattformen und Bulletin Boards detailliertere Ausführungen zur regulatorischen Betrachtungsweise der in der Praxis oft zentral gehosteten Front-Ends, welche die Funktionalitäten der Smart Contracts von Peer-2 Peer Handels-

plattformen graphisch darstellen und für den technisch nicht versierten Nutzer zugänglich machen.

Das achte Kapitel betrifft die aufsichtsrechtlichen Rahmenbedingungen. LUTHIGER/KUHN zeigen einleitend die Entwicklung der aufsichtsrechtlichen Praxis auf und liefern hilfreiche Hinweise zu Unterstellungsanfragen und Enforcement-Verfahren. Die Erfahrung von LUTHIGER und KUHN in diesem Bereich ist zu spüren, denn es werden immer wieder Hinweise zur behördlichen Praxis gegeben, die bisher in keinen behördlichen Dokumenten veröffentlicht wurde. Im Anschluss an die einleitenden Ausführungen fokussieren sich die Autoren auf die aufsichtsrechtlichen Rahmenbedingungen für Banken und Finanzinstitute. Mittels eines Flussdiagramms wird ein Schema zur Prüfung einer allfälligen Bewilligungspflicht unter dem Bankengesetz und dem Geldwäschereigesetz zur Verfügung gestellt. Dieses Flussdiagramm ist sehr hilfreich und ein grossartiger Beitrag von LUTHIGER/KUHN. Es ist ihnen nämlich gelungen, die mittlerweile doch sehr komplexen Bewilligungstatbestände des Bankengesetzes, die neuerdings nicht mehr nur das Einlagegeschäft, sondern auch unter bestimmten Umständen die Aufbewahrung von kryptographischen Token regeln, übersichtlich und gesamtheitlich darzustellen. Im Anschluss werden erneut die Finanzmarktinfrastrukturen und verschiedene Praxisthemen wie Peer-2-Peer Handelsplätze aufgegriffen, was zu gewissen Doppelspurigkeiten zu den Ausführungen von WEBER führt.

Im neunten Kapitel wird ein Einblick in die Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Bereich von kryptographischen Token gegeben. STENDEL/BINACHI zeigen die Einschätzung der schweizerischen Behörden und der Financial Action Task Force in einer gut verständlichen Weise auf. Danach widmen sich die Autoren dem Anwendungsbereich des Geldwäschereigesetzes und insbesondere der geplanten Anpassung der Geldwäschereiverordnung (heute in Kraft; mit den gleichen Grundelementen, jedoch etwas anders formuliert). Zu Recht kritisieren STENDEL/BINACHI die neue Praxis, gemäss welcher das Abgrenzungskriterium der «alleinigen Verfügungsmacht» aufgegeben werden soll und nun auch aufgegeben wurde. Die Autoren weisen diesbezüglich auf zukünftige Abgrenzungsschwierigkeiten hin, die sich nun nach in Krafttreten der geänderten Geldwäschereiverordnung bewahrheitet haben. Weiter werden die Sorgfaltspflichten und die notwendigen organisatorischen Massnahmen von Finanzintermediären unter dem Geldwäschereigesetz aufgezeigt und regelmässig der Bezug auf Unternehmen im DLT und Fintech Bereich hergestellt.

Abgerundet wird das Buch durch weitere Beiträge von Kuhn zu den Entwicklungen im Ausland sowie einem Ausblick durch Weber/Kuhn. Abgesehen von einigen Doppelspurigkeiten, die sich zwar nicht widersprechen – es wäre für den Leser aber interessanter gewesen, wenn die betroffenen Themen vertieft nur in einem Kapitel statt oberflächlich in mehreren Kapiteln behandelt worden wären –, ist das Buch ein sehr gelungenes Werk, welches für Experten wie auch für Einsteiger in die Thematik von grossem Nutzen ist.