

Per E-Mail

Eidgenössisches Finanzdepartement EFD
Generalsekretariat EFD
Bundesgasse 3
3003 Bern

vernehmlassungen@sif.admin.ch

Dr. iur. Alexander Vogel, LL.M.
Rechtsanwalt und Notar (Zug), Partner
Alexander.vogel@mll-legal.com

Dr. iur. Kilian Schärli, LL.M.
Rechtsanwalt und Notar (Zug), Partner
kilian.schaerli@mll-legal.com

Dr. iur. Reto Luthiger
Rechtsanwalt, Counsel
reto.luthiger@mll-legal.com

Baar/Zürich, 2. Februar 2021

Vernehmlassungseingabe zum Entwurf der Verordnung zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf das Schreiben vom 19. Oktober 2020 betreffend die Eröffnung der Vernehmlassung zum Entwurf der Verordnung zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register und bedanken uns bestens für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Als eine schweizweit tätige, grosse Wirtschaftskanzlei ist die Meyerlustenberger Lachenal AG (**MLL**) seit längerer Zeit auch stark in den Bereichen der Distributed Ledger-Technologie (**DLT**) und der Blockchain-Technologie tätig. In diesem Sinne anerkennt und verdankt die Industriegruppe Blockchain von MLL die grossen Bemühungen und die fortwährend starke Unterstützung des Bundes für diese Technologien.

Im Namen der Industriegruppe DLT | Blockchain & Cryptocurrencies nehmen wir nachfolgend gerne, innert der bis am 2. Februar 2021 laufenden Frist, im Sinne eines konstruktiven Beitrages wie folgt Stellung zu einzelnen, für MLL besonders relevanten Teilbereichen der Vernehmlassungsvorlage:

1. Verordnung vom 13. Juli 1911 über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV)

Ausgangslage für die Änderungen der KOV bilden die ausdrückliche gesetzliche Regelung der Aussonderung kryptobasierter Vermögenswerte sowie die Bestimmung zu Zugang und Herausgabe von Daten i.S.v. Art. 242a und Art. 242b des Entwurfs zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (**E-SchKG**). Zu begrüßen ist insbesondere, dass der Aussonderungsanspruch in Art. 242a Abs. 1 E-SchKG mit dem Begriff der "kryptobasierten Vermögenswerte" im Vergleich zum Vorentwurf ausgedehnt

Meyerlustenberger Lachenal AG
Rechtsanwälte | Attorneys at Law
Schiffbaustrasse 2 | Postfach | 8031 Zürich | Schweiz
T +41 44 396 91 91 | F +41 44 396 91 92 | www.mll-legal.com
zurich@mll-legal.com

Die als Rechtsanwälte bezeichneten Personen sind in den zuständigen Anwaltsregistern der Schweiz und/oder der EU eingetragen.

wurde und dass auf die jederzeitige individuelle Zuordnung *im Register* für die Herausgabe der Vermögenswerte verzichtet wird.

Die fehlende gesetzliche Normierung für Zahlungs-Token und Kryptowährungen zur Verkörperung dieser Rechte führt nicht nur zur dogmatischen Kritik des eigentlich fehlenden materiell-rechtlichen Aussonderungsgrundes, es hat auch zur Folge, dass diese Limitierung in den Bestimmungen des Entwurfs über die Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter (**E-KOV**) nachgeführt werden musste.

Die Nachführungen basierend auf Art. 242a E-SchKG in den Art. 45 ff. E-KOV insbesondere bzgl. der angepassten Terminologie des beanspruchten Vermögenswertes (anstatt Gegenstand zu Eigentum) sind folgerichtig.

Art. 50 Abs.2 E-KOV weitet die Kostenregelung für verspätete Eingaben der Gläubiger von Art. 251 SchKG auf alle "anmeldenden Personen aus", was grundsätzlich sinnvoll ist.

Auch wenn die neue Regelung Klarheit über die Aussonderungsmöglichkeit bringt, so ist die Herausgabe solch kryptobasierter Vermögenswerte mit erheblichen Kosten verbunden. Abs. 4 des Art. 242a E-SchKG statuiert, dass diese Kosten zu Lasten des Gesuchstellers gehen. Der Bundesrat argumentiert, dass eine solche Lösung sachgerecht sei, da der Gesuchsteller sich schliesslich einen Vertragspartner ausgewählt hat, der in Konkurs fällt und dementsprechend auch die entsprechenden Kosten bzw. Folgen zu verantworten habe.

Der Klarheit halber wäre Art. 52 KOV ebenfalls anzupassen und um Art. 242a E-SchKG zu ergänzen. Damit wäre zumindest auf Verordnungsstufe klargestellt, dass die Admassierung auch für kryptobasierte Vermögenswerte gelten soll (gemäss Botschaft wurde auf eine Regelung der Admassierung bewusst verzichtet, weil sich diese aus den allgemeinen Regeln ergeben sollte, was allerdings nicht schlüssig ist).

Die Definition "kryptobasierte Vermögenswerte" i.S.v. Art. 5a E-BankV hat begrüssenswerte Auswirkungen auf den Anwendungsbereich von Art. 242a E-SchKG.

Art. 54a E-KOV als Folge des neuen selbständigen Anspruchs gegenüber der Konkursmasse auf Zugang zu Daten und deren Herausgabe i.S.v. Art 242b E-SchKG, statuiert in Abs. 3 das Recht Dritter zur Klage gegen die Gewährung des Zugangs zu den Daten und deren Herausgabe. Dieser Neuerung ist ebenfalls im Grundsatz zuzustimmen, allerdings wäre die Bestimmung aufgrund ihrer Bedeutung bevorzugt bereits auf Gesetzesstufe aufzunehmen gewesen.

Die Streichung von Art. 38 KOV ist aufgrund der fehlenden formell-gesetzlichen Grundlage nicht zu beanstanden. Die Streichung dieses Artikels ist vielmehr zu begrüßen, als darauf gestützte Verfügungen wohl ohnehin als nichtig anzusehen wären. In Anbetracht der Veränderung der Kommunikationsmittel und -ströme hin zu einer ganz primär digitalen Kommunikation wäre ohnehin eine umfassendere Regelung auf gesetzlicher Stufe notwendig gewesen. Ob eine solche ohne weitgehende

Einschränkungen dem verfassungsmässig verankerten Verhältnismässigkeitsgrundsatz Stand gehalten hätte, kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben.

Zu begrüßen ist die Zulassung von Abschlagszahlungen im summarischen Verfahren gemäss Art. 96 lit. c E-KOV, womit eine Auszahlung an die Gläubiger bei einer Durchführung des Konkurses im summarischen Verfahren nicht unnötig verzögert wird.

2. **Bankenverordnung vom 30. April 2014**

Die Einführung des Begriffs der kryptobasierten Vermögenswerte gemäss Art. 5a des Entwurfs der Bankenverordnung (**E-BankV**) und deren Integration in das Konzept der Fintech-Bewilligung gemäss Art. 1b Abs. 1 Bst. a des Bankengesetzes, wie ergänzt gemäss dem DLT-Gesetz (**DLT-BankG**) ist konsistent, jedoch höchst komplex in der Anwendung, da unzählige Unterfälle insbesondere aufgrund der Unterscheidung zwischen nur buchhalterisch und technisch auf Blockchain-Ebene segregierten Kryptoguthaben in Kombination mit der in manchen Fällen anwendbaren Grenze von CHF 100 Mio., der Nichtverzinsungsvorgabe, der Gewerbsmässigkeitsausnahme, etc.

Es bleibt einzig anzumerken, dass die Regulierung von kryptobasierten Vermögenswerten rechtssystematisch nicht im Bankengesetz geregelt werden sollte, da sich diesen spezifisch der Regulierung in Bezug auf Publikumseinlagen annimmt. Passender wäre wohl die Einführung einer neuen Lizenzart im Finanzinstitutsgesetz gewesen, welche zudem spezifischer auf die kryptobasierten Vermögenswerte hätte zugeschnitten werden können.

Im Sinne einer reinen Klarstellung für die Rechtssicherheit sollte ein neuer Abs. 3 in Art. 5a E-BankV darum ergänzt werden, dass Vermögenswerte nach Art. 16 Ziffer 1bis Bst. a BankG nicht vom Begriff der kryptobasierten Vermögenswerte erfasst sind.

Ebenfalls im Sinne einer Klarstellung wäre es wünschenswert, wenn die E-BankV explizit festhalten würde, dass kryptobasierte Vermögenswerte im Rahmen einer Fintech-Bewilligung verzinst werden dürfen.

Der Verordnungsentwurf schlägt vor, den Schwellenwert hinsichtlich der Gewerbsmässigkeit bei kryptobasierten Vermögenswerten analog zur Entgegennahme von Publikumseinlagen bei CHF 1 Mio. festzulegen. Der Entwurf trägt damit dem Umstand keine Rechnung, dass eine Entgegennahme von Publikumseinlagen mit wesentlich höheren Risiken verbunden ist als eine ausschliessliche Verwahrung von Vermögenswerten. Hier ist namentlich unter Anwendung des Verhältnismässigkeitsgebots, unter welchem die unterschiedliche Risikoeinschätzung zwingend zu berücksichtigen ist, eine wesentlich höhere Schwelle als angemessen anzusehen.

3. Geldwäschereiverordnung vom 11. November 2015

Gemäss Art. 4 Abs. 1 Bst. b des Entwurfs zur Geldwäschereiverordnung (E-GwV) liegt eine Dienstleistung für den Zahlungsverkehr nach Art. 2 Abs. 3 Bst. B GwG insbesondere vor, wenn der Finanzintermediär die Überweisung virtueller Währungen an eine Drittperson ermöglicht, sofern er mit der Vertragspartei eine dauernde Geschäftsbeziehung unterhält und er die Dienstleistung nicht ausschliesslich gegenüber Finanzintermediären erbringt.

Der Erläuterungsbericht führt dazu insbesondere aus, dass die reine technische Verfügungsmöglichkeit nicht alleiniges Merkmal für geldwäschereirechtliche Pflichten sein kann, bei denen der Dienstleister hilft, die Vermögenswerte zu übertragen. Im Endeffekt sollen nur noch non-custody wallet provider ausgenommen sein, die bloss einmalig eine Software anbieten und keine dauernde Vertragsbeziehung zu einem Kunden eingehen.

Finanzintermediäre sind gemäss Art. 2 Abs. 3 GwG auch Personen, die berufsmässig fremde Vermögenswerte annehmen oder aufbewahren oder helfen, sie anzulegen oder zu übertragen. Dabei erfordern auch die zwei Tatbestandsvarianten der “Hilfe bei der Anlage” und der “Hilfe bei der Übertragung” eine *Verfügungsmacht* über fremde Vermögenswerte (SCHÄREN SIMON, in: Kunz Peter V./Jutzi Thomas/Schären Simon (Hrsg.), Geldwäschereigesetz (GwG), Bern 2017, Art. 2 N 80 f.; WYSS RALPH, in: GwG Kommentar, Schweizerisches Geldwäschereigesetz mit weiteren Erlassen, 3. Aufl., Zürich 2019, Art. 2 N 27).

Somit verkennt die E-GwV, dass das GwG für den Begriff des Finanzintermediärs in allen Tatbestandsvarianten explizit drei Tatbestandselemente voraussetzt: (1) *Verfügungsmacht* über (2) fremde (3) Vermögenswerte. Schliesslich wird in dieser Generalklausel von Art. 2 Abs. 3 GwG das “Ermöglichen einer Überweisung”, welches nun in Art. 4 Abs. 1 Bst. b E-GwV eingeführt werden soll, nicht als Tatbestandsvariante erwähnt.

Dem Vorschlag in Art. 4 Abs. 1 Bst. b E-GwV der Erfassung von Tatbeständen ohne tatsächliche Verfügungsmacht über fremde Vermögenswerte (“Ermöglichen einer Überweisung”) fehlt damit nicht nur die gesetzliche Grundlage, sondern dieser stellt auch eine klare Durchbrechung der geldwäschereirechtlichen Grundsätze dar. Dieser Vorschlag ist deshalb klar abzulehnen. In diesem Sinne dürfen insbesondere reine non-custody wallet provider nicht dem GwG unterstellt werden, selbst wenn sie dauernde Vertragsbeziehungen zu Kunden eingehen.

Schliesslich dürften die umfassenden Pflichten aus dem GwG nicht vollständig auf Initiatoren von dezentralen Strukturen ohne tatsächliche Verfügungsmacht über fremde Vermögenswerte passen, was ebenfalls zu berücksichtigen wäre.

Allenfalls wäre eine neue gesetzliche Grundlage – ausserhalb des GwG – für gewisse Arten von bisher insbesondere unter dem GwG nicht erfasste Krypto-Akteure zu prüfen, welche sich jedoch sinnvollerweise auf gewisse minimale KYC-Pflichten – die

Identifizierung des Vertragspartners und Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten – beschränken würde.

4. **Finanzmarktinfrastrukturverordnung vom 25. November 2015**

Gemäss Art. 58f Abs. 2 des Entwurfs der Finanzmarktinfrastrukturverordnung (**E-FinfraV**) kann der Bundesrat gestützt auf Art. 73d Abs. 3 des Finanzmarktinfrastrukturgesetzes, wie ergänzt gemäss dem DLT-Gesetz (**DLT-FinfraG**) Vermögenswerte bezeichnen, die an einem DLT-Handelssystem nicht zugelassen werden können, wobei als DLT-Effekten ausgestaltete Derivate nicht zulassungsfähig sind sowie DLT-Effekten und weitere Vermögenswerte, die die Umsetzung der Anforderungen des GwG erheblich erschweren oder die Stabilität und die Integrität des Finanzsystems beeinträchtigen könnten. Letzteres ist aus unserer Sicht unbestritten. Die Nichtzulassung der Derivate begründet der Bundesrat damit, dass die Technologie jung sei und sich rasch entwickle; auch mit Blick auf den Markt für auf DLT-Technologien basierende Derivate stehe die Entwicklung noch am Anfang. Aus unserer Sicht stellt die Ausgestaltung des Derivats als DLT-Effekte nur eine bestimmte *Ausgabeform* dar. Das Derivat selbst ist ein altbewährtes Instrument. Neu ist nur die Übertragungstechnologie, welche DLT-Effekten zugrunde liegt. Derivate waren jedoch schon als blankozediertes Wertrecht oder als Bucheffekte elektronisch und schnell transferierbar. Wir verstehen deshalb die Argumentation des Bundesrates mit der noch jungen Technologie als Gründe gegen die Zulassung des Handels mit Derivaten nicht und vermuten, dass andere Gründe für den Bundesrat ausschlaggebend waren; eventuell spielt die in neuerer Zeit eher verbreitete Skepsis der Regulatoren an höchst liquiden und skalierbaren Derivatemärkten sowie die deshalb im Ausland immer mehr Verbreitung findenden Verbote des Derivathandels für den Retailbereich eine Rolle. Schliesslich liegt unseres Erachtens entgegen den Ausführungen des Bundesrates bereits in naher Zukunft grosses Potential im Markt der Registerwertrechte/DLT-Effekten gerade bei den Derivaten. Aus diesen Gründen ist der Handel mit Derivaten als DLT-Effekten über DLT-Handelssysteme zuzulassen.

5. **Zusätzliche Bemerkungen zu den Registerwertrechten im OR**

In der Botschaft vom 27. November 2019 zum Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register (**Botschaft**) hat der Bundesrat festgehalten, dass er – anders als im Vorentwurf vorgeschlagen – für das Obligationenrecht darauf verzichtet, die technischen Anforderungen an Register, auf denen Registerwertrechte gemäss Art. 973d des Obligationenrechts (**OR**) ausgegeben werden können, zu spezifizieren. Der Grund für diesen Entscheid liegt gemäss Botschaft im zwangsläufigen Erfordernis eines hohen Detaillierungsgrads für die Festlegung von technischen Spezifikationen, was dem Bestreben einer technologieneutralen und prinzipienbasierten gesetzlichen Regelung zuwiderlaufen würde.

Wir sind mit dem Bundesrat einig, dass die Spezifikation von technischen Anforderungen weder im Gesetz noch in Verordnungen sinnvoll ist. Hingegen sind wir der Ansicht, dass für die Rechtsdogmatik zur Schaffung von Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit nicht-

technische Ausführungsbestimmungen zu den Anforderungen in Art. 973d OR notwendig sind. Dis trifft insbesondere auf Art. 973d Abs. 2 Ziff. 1 OR zu.

Die Distributed-Ledger Technologie wird nun bereits seit mehreren Jahren verwendet, um Token mittels auf dem Distributed-Ledger Netzwerk ausgeführten Smart-Contracts zu emittieren, die Vermögenswerte sui generis, Nutzungs-, Forderungs-, oder Mitgliedschaftsrechte repräsentieren. Bei der Programmierung von Smart-Contracts für die Ausgabe von Token ist es heutzutage internationaler Standard, dass eine vorbestimmte Adresse, die als Administrator der jeweiligen Smart-Contracts agiert, Funktionen wie *Minting* (Generierung von neuen Token), *Burning* (Zerstörung von Token durch Übertragung auf eine inkompatible Adresse faktisch zu zerstören oder durch die Löschung eines auf eine Adresse laufenden Guthabens zu löschen), *Recovery* (Rückholung von verlorenen Token oder Rückgängigmachung von Token Übertragungen), *Whitelisting* (Übertragungen von Token nur auf bestimmte Adressen zuzulassen), und *Freezing/Blacklisting/Locking* (Unterbinden von Token Übertragungen auf gesperrte Adressen), ausführen kann.

Obwohl diese Funktionen teilweise mit dem in Art. 973d OR analog zum Sachenrecht nachgebildeten Charakter von Registerwertrechten bei einer wörtlichen Auslegung kaum vereinbar sind, ist es unseres Erachtens kaum sinnvoll, wenn die Schweiz einen Sonderweg geht und gesetzliche Anforderungen für Registerwertrechte festlegt, die mit den etablierten Standards aus der Praxis nicht kompatibel sind. Dass dies nicht die Absicht des Gesetzgebers war, ergibt sich aus der Botschaft (288). Darin wird bei einer Kraftloserklärung von Registerwertrechten eine technische Löschung, eine Löschung durch allfällige Registerbetreiber, eine Immobilisierung oder eine Kennzeichnung als wünschenswert bezeichnet.

Ob diese Ausführungen in der Botschaft ausreichend sind, um den Gesetzestext von Art. 973d Abs. 2 Ziff. 1 OR so auszulegen, dass zumindest gewisse der oben beschriebenen Funktionen umgesetzt werden können, ist zu bezweifeln. Folglich gab es bereits vor dem Inkrafttreten der neuen Bestimmungen zu Registerwertrechten diesbezüglich kontroverse Diskussionen unter Juristen und Industrieteilnehmern. Statt Rechtssicherheit, besteht nun erneut Rechtsunsicherheit, was die Adaption der Distributed-Ledger Technologie in der Schweiz ausbremsen könnte.

Wir sind der Meinung, dass neben dem Minting Funktionen wie Burning, Recovery, Whitelisting oder Freezing zentral für die Akzeptanz von Registerwertrechten sind. Werden z.B. Wallets, in denen die Gläubiger ihre Registerwertrechte aufbewahren, gehackt, könnten die Registerwertrechte trotz Kraftloserklärung weiterhin mittels den Smart-Contracts auf dem Distributed-Ledger Netzwerk übertragen werden. Obwohl die betroffenen Gläubiger vom Schuldner nach erfolgreicher Kraftloserklärung neue Registerwertrechte verlangen können, existieren die kraftloserklärten Registerwertrechte als leere Hüllen weiter. Für die Marktteilnehmer wird es kaum möglich sein, zwischen Registerwertrechten, die mit dem jeweiligen Recht verknüpft sind und solchen bei denen die Verknüpfung des Rechts mit dem Registerwertrecht aufgehoben wurde, zu

unterscheiden. Trotzdem wird der Verkäufer einer leeren Hülle gegenüber dem Käufer aufgrund subjektiver Unmöglichkeit nach Art. 97 ff. OR schadenersatzpflichtig.

Nun kann argumentiert werden, dass dies bei auf Papier verbriefen Wertpapieren auch der Fall ist, was vorliegend auch nicht bestritten wird. Im Vergleich zu Papierurkunden ermöglichen Registerwertrechte jedoch eine mehrfache und grenzüberschreitende Übertragung in kürzester Zeit. Zudem kann ein Hack im Vergleich zu einem Aufbruch eines Tresors bzw. Einbruch in einen geschlossenen Raum deutlich weitreichendere Konsequenzen haben. So können z.B. innert kürzester Zeit mehrere Tausend Wallets gleichzeitig gehackt werden.

Obwohl die neuen Gesetzesbestimmungen im Obligationenrecht nun dem Bundesrat keine Kompetenzen zum Erlass von gesetzesvertretenden Verordnungsbestimmungen einräumen, steht es dem Bundesrat nach Art. 182 Abs. 2 BV weiterhin offen, Ausführungsbestimmungen zu erlassen.

Entsprechend würden wir es begrüßen, wenn der Bundesrat zu den Anforderungen in Art. 973d in einer Verordnung Klarheit schaffen würde, wie insbesondere Art. 973d Abs. 2 Ziff. 1 OR auszulegen ist und in welchem Umfang die oben dargelegten Smart-Contract und weiteren Funktionen bei der Ausgabe von Registerwertrechten eingesetzt werden können. So könnte z.B. definiert werden, dass Funktionen wie Burning, Recovery, Whitelisting oder Freezing nicht zur Ungültigkeit der Registerwertrechte führen, sofern (a) die Administration des Smart-Contracts einem oder mehreren unabhängigen Dritten übertragen wurde, und (b) die Situationen, bei welchen die Funktionen ausgeübt werden können, abschliessend und unmissverständlich in der Registervereinbarung geregelt sind.

Solche Ausführungsbestimmungen laufen u.E. dem Zweck und dem Charakter von Registerwertrechten nicht zuwider, solange der Schuldner keine (willkürliche) Verfügungsmacht über die Registerwertrechte erlangt und es bzgl. der Ausübung der Burning, Recovery, Whitelisting oder Freezing keine Diskretion des Schuldners oder eines eingesetzten Dritten gibt.

Diese Punkte sind umso wichtiger im Zusammenhang mit der Implementierung der Vinkulierung bei nicht-börsenkotierten Aktien in der Form von Registerwertrechten, wo dank der technologischen Möglichkeiten der distributed ledger-Technologie gerade ein Auseinanderfallen von Besitz der Urkunde und Eigentümerstellung vermieden werden kann, falls die Übertragung durch die Gesellschaft nicht genehmigt wird. Nur weil diese unerwünschte Situation bei Wertpapieren nicht vermeidbar ist, sollte dies für Registerwertrechte nicht auch zwingend der Fall sein. Die technologischen Möglichkeiten sollten hier gerade genutzt werden, um solch beschriebene unerwünschte Situationen zu vermeiden, was nicht nur im Interesse des Schuldners, sondern auch der Gläubiger und des Kapitalmarktes liegt. Abschliessend spielen diese Überlegungen auch für die Umsetzung weiterer Corporate Actions im Gesellschaftsrecht eine wichtige Rolle.

Wie oben ausgeführt hat sich bereits vor dem Inkrafttreten der neuen Bestimmungen zu Registerwertrechten Rechtsunsicherheit breit gemacht. Ohne klärende

Ausführungsbestimmungen sehen wir die Schaffung der Registerwertrechte als Fehlgriff, durch welchen die noch junge Distributed-Ledger Technologie sowie der Kryptostandort Schweiz ausgebremst, statt gefördert wird.

Wir bedanken uns nochmals bestens bei Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und für Ihre Kenntnisnahme unserer Eingabe. Für weitergehende Fragen oder Informationen zu unseren Ausführungen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

sig.

Dr. Reto Luthiger
Co-Head Industry Group
DLT | Blockchain & Cryptocurrencies

sig.

Dr. Kilian Schärli
Co-Head Industry Group
DLT | Blockchain & Cryptocurrencies