

[5 | 2022]

ANWALTS REVUE DE L'AVOCAT

KILIAN SCHÄRLI / JONAS SCHÜTTE / MANUEL DIOUF / ANDREA TROST

Kryptowährungen im Gesellschaftsrecht
und in M&A-Transaktionen SEITE / PAGE 199

ROCCO RIGOZZI / KILIAN MÜLLER

Die Mehrwertabgabe in Immobilien-
transaktionen – Chancen und Risiken
für Käufer- und Verkäuferschaft SEITE / PAGE 209



Stämpfli Verlag

SAV  FSA

INHALTSVERZEICHNIS

TABLE DES MATIÈRES

IM FOKUS DES VORSTANDS SAV	195
LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA	197
<hr/>	
THEMA / QUESTION DU JOUR	
Kryptowährungen im Gesellschaftsrecht und in M&A-Transaktionen	
Kilian Schärli / Jonas Schütte Kryptowährungen als Sacheinlage bei Gründungen und Kapitalerhöhungen	199
Manuel Diouf Kaufpreiszahlungen in Kryptowährungen im M&A-Bereich	203
Andrea Trost Kaufpreiszahlungen in Kryptowährungen im M&A-Bereich / AML- und GwG-Themen	206
Rocco Rigozzi / Kilian Müller Die Mehrwertabgabe in Immobilientransaktionen – Chancen und Risiken für Käufer- und Verkäuferschaft	209
<hr/>	
SAV – KANTONALE VERBÄNDE / FSA – ORDRES CANTONAUX	
Jahresbericht 2021/2022 / Rapport annuel 2021/2022	217
Der SAV teilt mit / La FSA vous informe	238

IMPRESSUM

Anwaltsrevue / Revue de l'avocat
25. Jahrgang 2022 / 25^e année 2022
ISSN 1422-5778 (Print)
e-ISSN 2504-1436 (Online)

Erscheinungsweise / Parution
10-mal jährlich / 10 fois l'an

Zitervorschlag / Suggestion de citation
Anwaltsrevue 5/2013, S. 201 ff.
Revue de l'avocat 5/2013, p. 201 ss

Herausgeber / Edité par
Stämpfli Verlag AG
Schweizerischer Anwaltsverband /
Fédération Suisse des Avocats

Co-Chefredaktion / Co-rédacteurs en chef
Peter von Ins, Rechtsanwalt (vl)
Koehergasse 6, CH-3001 Bern
Tel. 031 328 35 35, Fax 031 328 35 40
peter.vonins@bern.law

RA Dr. iur. Patrick Sutter
Summelenweg 93, CH-8808 Pfäffikon SZ
Tel. 055 410 73 73
ps@sutter.legal

**Kontakt Verlag /
Contact maison d'édition**
Martin Imhof
Stämpfli Verlag AG
Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 99, Fax 031 300 66 88
www.staempfliverlag.com
anwaltsrevue@staempfli.com
revueavocat@staempfli.com

Mitarbeiter / Collaborateur
Thomas Büchli, Rechtsanwalt (Bü)
Livia Kunz, MLaw (LKu)

Sekretariat SAV / Secrétariat FSA
Marktgasse 4, Postfach 8321,
CH-3001 Bern
Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16
info@sav-fsa.ch, www.sav-fsa.ch

Inserate / Annonces
Stämpfli AG
Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 82
mediavermarktung@staempfli.com

Auflage / Tirage
10 286 Exemplare / exemplaires
(notariell beglaubigt / authentifié par
un notaire)

Vertrieb / Distribution
Stämpfli Verlag AG
Periodika
Wölflistrasse 1, Postfach 5662
CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88
zeitschriften@staempfli.com

Mitglieder des SAV melden sich für
Adressänderungen bitte direkt beim SAV.
Les membres de la FSA s'adressent
directement à la FSA pour leurs **change-
ments d'adresse**.

Preise / Prix
Jährlich / Annuel:
CHF 255.-, EUR 291.- (Print und Online);
CHF 195.-, EUR 195.- (Online)
Studenten / Etudiants: CHF 135.-
Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.
Einzelheft / Numéro séparé:
CHF 32.-, EUR 32.-
Mitglieder des SAV gratis /
Membres FSA gratuit
Alle Preise inkl. 2.5% MwSt. /
Tous les prix incluent la TVA de 2.5%
Die Preisangaben in € gelten nur
für Europa.
Les prix indiqués en € ne sont valables
que pour l'Europe.
Schriftliche Kündigung bis 3 Monate
vor Ende der Laufzeit möglich. /
Résiliation de l'abonnement possible
par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de
l'abonnement.

Copyright
©Titel <<Anwaltsrevue / Revue de
l'Avocat>> by Schweizerischer Anwalts-
verband, Bern
© Inhalt by Schweizerischer Anwaltsver-
band, Bern und Stämpfli Verlag AG, Bern
© Gestaltung und Layout by Schweizeri-
scher Anwaltsverband, Bern.
Gestalter: grafikraum, Bern

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift
und ihre Teile sind urheberrechtlich ge-
schützt. Veröffentlicht werden nur bisher
noch nicht im Druck erschienene Original-
beiträge. Die Aufnahme von Beiträgen
erfolgt unter der Bedingung, dass das aus-
schliessliche Recht zur Vervielfältigung
und Verbreitung an den Stämpfli Ver-
lag AG und den Schweizerischen Anwalts-
verband übergeht. Jede Verwertung und
Vervielfältigung bedarf der vorherigen
schriftlichen Einwilligung des Verlages. /
Tous droits réservés. La revue est protégée
par la législation sur le droit d'auteur.
Ne sont publiées que des contributions
originales qui n'ont pas encore été diffu-
sées sous forme imprimée. Les contribu-
tions ne sont acceptées qu'à la condition
que le droit exclusif de reproduction et de
diffusion soit accordé à Stämpfli Editions
SA et à la Fédération Suisse des Avocats.
Toute exploitation et reproduction néces-
site l'accord écrit de l'éditeur.

Die in dieser Zeitschrift von Autorinnen
und Autoren geäußerte Meinungen und
Ansichten müssen sich nicht mit denjeni-
gen der Redaktion oder des SAV decken. /
Les opinions exprimées dans cette revue
par les auteurs sont personnelles et n'en-
gagent ni la rédaction ni la FSA.

KRYPTOWÄHRUNGEN ALS SACHEINLAGE BEI GRÜNDUNGEN UND KAPITALERHÖHUNGEN

KILIAN SCHÄRLI

Dr. LL. M. Rechtsanwalt, Partner bei MLL Meyerlustenberger Lachenal Froriep AG, Baar

JONAS SCHÜTTE

Dipl.-Jur., MLL Meyerlustenberger Lachenal Froriep AG, Baar

Stichworte: Gesellschaftsrecht, Kryptowährungen, Aktienrechtsrevision, Kapitaleinzahlungskonto, Sacheinlage

I. Einführung

Bei jeder Gründung und Kapitalerhöhung von Aktiengesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung¹ trifft den Zeichner eine Liberierungsschuld. Die Zeichnung zukünftiger Aktien, also die bedingungslose Verpflichtung, eine dem Ausgabebetrag entsprechende Einlage zu leisten, lässt diese Schuld entstehen; der Zeichner erfüllt sie, indem er die versprochene Einlage zur freien Verfügung der Gesellschaft stellt.

Die Liberierungsschuld kann der zukünftige Aktionär – klassisch – im Wege der Barliberierung – also durch Geld – erfüllen, indem er die versprochene Geldsumme in CHF oder einer Fremdwährung² auf ein Kapitaleinzahlungskonto bei einer schweizerischen Bank i. S. d. Art. 3 ff. Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (BankG) einbezahlt, die den hinterlegten Betrag bis zur Eintragung des Gründungs- oder Kapitalerhöhungsvorgangs in das Handelsregister sperrt und ihn anschliessend auf ein operatives Geschäftskonto der Gesellschaft ausbezahlt. Ab diesem Zeitpunkt liegt die (zivil- und strafrechtliche) Verantwortung für die Verwendung des Aktienkapitals ausschliesslich zu Gesellschaftszwecken beim Verwaltungsrat der Gesellschaft.

Der Zeichner kann daneben seiner Liberierungspflicht aber auch durch Sacheinlage nachkommen. In diesem Fall wird die Gründung bzw. Kapitalerhöhung als qualifiziert bezeichnet. Er wird dies insbesondere dann tun, wenn für die Liberierung entweder nicht Barmittel verwendet werden sollen, oder (wie im Zusammenhang mit Gesellschaften, die im Krypto- und Blockchainbereich tätig sind) sich *in praxi* ein Bedürfnis nach Alternativen zur Barliberierung ergibt (s. hierzu sogleich).

II. Praktisches Bedürfnis nach Alternativen zur Barliberierung bei Krypto- und Blockchaingesellschaften

1. Kapitaleinzahlungskonto bei einem dem BankG unterstellten Institut

Das Obligationenrecht setzt für die Bargründung die Einzahlung auf die Liberierungsschuld auf ein Kapitaleinzah-

lungskonto bei dem BankG unterstellten Institut voraus (Art. 633 Abs. 1 OR). Die Einzahlung auf ein Kapitaleinzahlungskonto bei einer Bank im Ausland ist damit ausgeschlossen. Der zukünftige Aktionär ist in der Folge bei der Liberierung von dem positiven Entscheid der schweizerischen Niederlassung einer Bank abhängig.

Seit Beginn der Blockchainwelle in der Schweiz ist der regulatorische Druck auf die schweizerischen Banken stetig gewachsen, da das Geldwäschereisiko bei in diesem Bereich tätigen Gesellschaften international als besonders hoch eingeschätzt wird. Der Gesetz- und Verordnungsgeber hat erwartungsgemäss die Prüfungspflichten der schweizerischen Geldinstitute hoch angelegt und noch verschärft. Resultat ist eine teils von branchenintern kodifizierten Sorgfaltsregeln geprägte³ immer schärfere AML-/KYC-Praxis der schweizerischen Banken⁴, einhergehend mit einer zunehmenden Vereinheitlichung des Kontoöffnungsvorgangs bei zentralen Abteilungen der Unternehmen – dies in der Regel über ein Online-Onboarding mit Verifizierung der

- ¹ Für Zwecke der besseren Lesbarkeit wird im Folgenden nur noch von Aktiengesellschaften gesprochen. Die besprochenen Themen sind aber ebenso auf die Gesellschaft mit beschränkter Haftung übertragbar.
- ² Das EHRA lässt seit 2004 die Liberierung in frei konvertierbaren Fremdwährungen zu, vgl. HANDSCHIN/CRAMER, Gründung und Kapital bei AG und GmbH – ausgewählte Fragen, Gesellschaftsrecht und Notar – Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 1. 9. 2015 in Zürich und vom 8. 9. 2015 in Lausanne, S. 39 ff. (S. 60 f.) m. w. N. Die schweizerischen Banken eröffnen dementsprechend Kapitaleinzahlungskonten auch in Fremdwährungen, wobei zu beachten ist, dass der Betrag in Fremdwährung unter Berücksichtigung von Schwankungen der Devisenkurse am Tag der Beurkundung, der Eintragung in das Tagesregister und der Genehmigung durch das EHRA das – weiterhin in CHF lautende Aktienkapital – decken muss (vgl. HANDSCHIN/CRAMER, ebd.).
- ³ Vgl. etwa Art. 10 der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 20). Den VSB 20 kommt gemäss Art. 35 GwV-FINMA Verordnungsrang zu.
- ⁴ Der Bundesrat erkennt die Problematik und äussert sich, dass «in der Praxis [...] die Eröffnung von Bankkonten sowohl für diese Startups als auch für die Banken eine Herausforderung dar[stellt].», vgl. Bericht des Bundesrates vom 14. 12. 2018 zu den rechtlichen Grundlagen für Distributed Ledger Technologie, S. 16.

Personalien des Kontoeröffners über externe Dienstleister. Regelmässig führt dies zu weitgehenden Auskunftsverlangen seitens der Banken, in vielen Fällen auch zur Ablehnung der Eröffnung des für die Gründung oder Kapitalerhöhung gesetzlich erforderlichen Kapitaleinzahlungskontos, sobald der Gesellschaftszweck auch nur in einem entfernten Zusammenhang mit der Blockchaintechnologie steht.

Noch weitergehend sind die Anforderungen der Banken bei Eröffnung eines operativen Bankkontos, ohne das eine Gesellschaft faktisch handlungsunfähig ist. In der Beratungspraxis hat sich hier als Variante die Eröffnung operativer Konten im Ausland, etwa bei Geldinstituten in Grossbritannien und den baltischen Staaten, bewährt, die teilweise die Kontoführung auch in CHF anbieten. Die Führung eines operativen Kontos im Ausland ist gesetzlich zulässig. Der Transfer des auf dem Kapitaleinzahlungskonto eingezahlten Aktienkapitals auf ein ausländisches Konto, und zwar auch ein in Fremdwährung geführtes, wird von den schweizerischen Banken regelmässig akzeptiert, sofern das operative Konto exakt auf den Namen der schweizerischen Gesellschaft lautet.

2. Rechtsanspruch auf Eröffnung eines Bankkontos?

Die Europäische Union hat mit RL 2014/92/EU ihren Mitgliedsstaaten aufgetragen, sicherzustellen, dass Verbrauchern Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen von allen oder einer ausreichend grossen Zahl von Kreditinstituten angeboten werden, damit alle Verbraucher einen garantierten Zugang zu einem solchen Konto haben und Wettbewerbsverzerrungen vermieden werden (Art. 16 Abs. 1 RL 2014/92/EU). Die Richtlinie wurde etwa in der Bundesrepublik Deutschland durch das sogenannte Zahlungskontengesetz umgesetzt, das Verbrauchern mit rechtmässigem Aufenthalt in der Europäischen Union einen Rechtsanspruch auf Abschluss eines sogenannten Basiskontovertrags gewährt. Ein entsprechender Rechtsanspruch von *Unternehmern* (unabhängig von der Rechtsform) besteht – trotz geäusselter Kritik⁵ – nicht.⁶

In der Schweiz besteht kein expliziter gesetzlicher Anspruch auf Abschluss eines vergleichbaren Basiskontovertrags.⁷ Das Bundesgericht hat aber in der Vergangenheit einen Kontrahierungszwang der schweizerischen Post bejaht, da diese als öffentlich-rechtliche Anstalt verpflichtet sei, eine flächendeckende Grundversorgung mit Post- und Zahlungsverkehrsdienstleistungen sicherzustellen.⁸ Auf kantonaler Ebene gab es im Kanton Zug einen Vorstoss im Rahmen einer Totalrevision des Gesetzes über die Zuger Kantonalbank, bei der ein expliziter Kontrahierungszwang der Zuger Kantonalbank für Verträge mit Schweizerinnen und Schweizern sowie Personen mit Wohnsitz oder Sitz im Kanton Zug zur Debatte stand.⁹ Nicht zuletzt wegen aufsichtsrechtlicher Vorbehalte der FINMA wurde eine solche Bestimmung letztlich jedoch nicht umgesetzt.

3. Liberierung von Kryptowährungen im Wege der Bareinlage?

Als Schlussstein der umfangreichen Revision des Aktienrechts hat der Bundesrat am 2. 2. 2022 Änderungen im OR

und in der HRegV in Kraft gesetzt. Die revidierten, ab 1. 1. 2023 geltenden Bestimmungen sehen unter anderem vor, dass Aktienkapital neu auch in anderen Währungen als CHF geführt werden kann (vgl. insbes. Art. 45a revHRegV). Die insoweit zulässigen Währungen bestimmen sich nach einem Katalog (Anhang 3 revHRegV), welcher derzeit vier Währungen umfasst. Nach dem Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens zur Änderung der Handelsregisterverordnung vom 10. 12. 2021 befürworteten sieben Teilnehmer des entsprechenden Verfahrens die Aufnahme von Kryptowährungen in den Katalog – darunter der Kanton Neuenburg –, wohingegen nur ein Teilnehmer sich explizit gegen diese Erweiterung aussprach.¹⁰ Abweichend von dieser Tendenz innerhalb der angehörten Kreise hat der Verordnungsgeber jedoch im Ergebnis keine Krypto- (oder weiteren Landes-)Währungen zugelassen.¹¹ In der Folge scheidet eine Liberierung in Kryptowährungen im Wege der Bareinlage *de lege lata* aus.¹² Aus Verfassersicht sollte der Bundesrat jedoch im Rahmen zukünftiger Verordnungsgebung diese Entscheidung überdenken. Dies gilt insbesondere, sofern wie zu erwarten eine weitergehende internationale Regulierung von Blockchain-/Distributed-Ledger-Technologien und ihren Schnittstellen zum bestehenden Währungssystem stattfindet¹³ und dementsprechend AML-/KYC-Belangen auch im Zusammenhang mit Kryptowährungen umfangreicher Rechnung getragen werden kann.

-
- 5 Vgl. exemplarisch die Kritik auf der Website des Verbands der Gründer und Selbständigen in Deutschland e. V., A. LUTZ, Rechtsanspruch auf Bankkonto – Selbstständige ausgenommen, abgerufen am 16. 5. 2022, von <https://www.vgsd.de/rechtsanspruch-auf-bankkonto-selbststaendige-ausgenommen/>.
 - 6 HERRESTHAL, Der Anspruch auf ein Basiskonto nach dem Zahlungskontengesetz (ZKG) – Die Privatautonomie auf dem Rückzug im Bankenvertragsrecht, BKR 2016, S. 133 ff. (S. 135).
 - 7 Vgl. ESSEBIER, Besteht in der Schweiz ein Rechtsanspruch auf ein Bankkonto?, abgerufen am 16. 5. 2022, von <https://www.vischer.com/know-how/blog/besteht-in-der-schweiz-ein-rechtsanspruch-auf-ein-bankkonto-38482/>.
 - 8 BG, Urt. 4A_417/2009 v. 26. 3. 2010, E. 3. 4. Beschwerdegegnerinnen waren in diesem Fall mehrere Gesellschaften. Vgl. aber Art. 45 Abs. 1 Postverordnung (VPG).
 - 9 Vgl. Bericht und Antrag der vorberatenden Kommission vom 19. 6. 2018 über eine Totalrevision des Gesetzes über die Zuger Kantonalbank (Kantonalbankgesetz), S. 7.
 - 10 Vgl. Ergebnisbericht Vernehmlassung: Änderung der Handelsregisterverordnung, Ziff. 4.2.3 und dort Fn. 11 f.
 - 11 Siehe auch Medienmitteilung des Bundesrates vom 2. 2. 2022, abgerufen am 16. 5. 2022, von <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-87016.html>.
 - 12 Auf Basis des geltenden und auch zukünftigen Rechts – Art. 43 Abs. 1 lit. f HRegV/revHRegV – stellt sich ferner die Frage nach der Realisierbarkeit von «Kryptowährungskapitaleinzahlungskonti», vgl. bereits MÜLLER/STOLTZ/KALLENBACH, Liberierung des Aktienkapitals mittels Kryptowährung, AJP/PJA 11/2017 S. 1318 ff. (S. 1322).
 - 13 Für eine Bestandsaufnahme siehe *Global Blockchain Business Council*, Interactive Map of Blockchain and Digital Asset Regulation, abgerufen am 16. 5. 2022 von <https://gbbccouncil.org/gsmi/>. Einen Überblick über die erfolgende internationale Koordination der Regulierung sowie einen Ausblick auf allfällige «Central Bank Digital Currencies» verschafft die Internetpräsenz des *Digital Currency Governance Consortium* des World Economic Forum, abgerufen am 16. 5. 2022 von <https://www.weforum.org/communities/digital-currency-governance-consortium>.

4. *Liberierung in Kryptowährungen im Wege der Sacheinlage*

Einstweilen bietet es sich als Alternative an, eine Liberierung in Kryptowährungen im Wege der Sacheinlage durchzuführen. Damit Beträge in Kryptowährung als Sacheinlage dienen können, müssen sie entsprechend der allgemeinen Anforderungen an Sacheinlagen insbesondere aktivierbar, frei übertragbar, frei verfügbar und verwertbar sein.¹⁴ Als Indiz für die Erfüllung der vorstehenden Kriterien erachtet es das Handelsregisteramt des Kantons Zug (HRA Zug), wenn eine bestimmte Kryptowährung über ein vergleichsweise grosses Handelsvolumen und eine relativ hohe Marktkapitalisierung verfügt.¹⁵ Vom HRA Zug akzeptiert werden dementsprechend ohne Weiteres Bitcoin (BTC) und Ether (ETH) als Sacheinlage.¹⁶ Es hat am 25.9.2017 als eines der ersten kantonalen Handelsregisterämter eine Sacheinlagegründung mit der Kryptowährung Bitcoin (BTC) in das Handelsregister eingetragen.¹⁷ In der Folge sind ihm weitere Handelsregisterämter gefolgt.¹⁸ Das Handelsregisteramt Zug rät bei anderen Kryptowährungen dazu, vorab eine Abklärung mit dem Register vorzunehmen.¹⁹ Zukünftigen Aktionären von im Krypto- oder Blockchainbereich tätigen Aktiengesellschaften gibt dies eine Alternative zur Hand, wenn ihnen das für die Gründung oder Kapitalerhöhung benötigte Kapitaleinzahlungskonto verwehrt wird. Umso naheliegender ist dies, da zukünftige Aktionäre von in diesen Bereichen tätigen Gesellschaften in der Regel bereits über Kryptowerte verfügen werden.²⁰

III. Gestaltung des Gründungs- und Kapitalerhöhungsvorgangs

Im Folgenden werden einzelne (praktische) Aspekte des Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsvorgangs näher beleuchtet.

1. *Gründung*

Die (qualifizierte) Sacheinlagegründung einer Aktiengesellschaft ist, wie die Bargründung, beurkundungspflichtig. Dem Handelsregister sind erstens die für die Bargründung gemäss Art. 43 Abs. 1 HRegV²¹ generell erforderlichen Dokumente einzureichen, d. h. die öffentliche Urkunde über den Errichtungsakt, die (beglaubigten)²² Statuten, eine Wahlannahmeerklärung des oder der Mitglieder des Verwaltungsrates²³, die Wahlannahmeerklärung des Revisors (sofern kein Opting-out erfolgte), das Protokoll des Verwaltungsrates über seine Konstituierung und die Regelung der Zeichnungsberechtigung seiner Mitglieder²⁴ sowie allenfalls die Domizilannahmeerklärung (sofern die Gesellschaft nicht über eigene Büros verfügt).

Bei einer Sacheinlagegründung mit Kryptowährungen müssen dem Handelsregister überdies die in Art. 43 Abs. 3 HRegV²⁵ bezeichneten Dokumente eingereicht werden. Hierzu zählen der Sacheinlagevertrag, der von allen Gründern unterzeichnete Gründungsbericht sowie die vorbehaltlose Prüfungsbestätigung eines Revisors.

2. *Kapitalerhöhung*

Die dem Handelsregister einzureichenden Belege bei einer ordentlichen Kapitalerhöhung mittels Sacheinlage von Kryptowährungen ergeben sich aus Art. 46 HRegV. Neben den für die Barkapitalerhöhung erforderlichen Belegen gem. Art. 46 Abs. 1 HRegV (öffentlichen Urkunde über die Beschlüsse der Generalversammlung, öffentliche Urkunde über die Feststellungen des Verwaltungsrates und über die Statutenänderung, angepasste Statuten und Kapitalerhöhungsbericht) sind des Weiteren die in Art. 46 Abs. 3 erwähnten Belege einzureichen, d. h. (auch hier) der Sacheinlagevertrag sowie die vorbehaltlose Prüfungsbestätigung eines Revisors.

3. *Der Sacheinlagevertrag insbesondere*

Gemäss Art. 635 OR gelten Sacheinlagen nur dann als Deckung, wenn sie gestützt auf einen schriftlichen oder (bei Einbringung von Grundstücken²⁶) öffentlich beurkundeten Sacheinlagevertrag geleistet wurden. In diesem soll

¹⁴ MÜLLER/STOLTZ/KALLENBACH, Liberierung des Aktienkapitals mittels Kryptowährung, AJP/PJA 11/2017 S. 1318 ff. (S. 1323) m. w. N.

¹⁵ Merkblatt über die Liberierung mit einer Kryptowährung des Handelsregisteramts Zug v. 6. 4. 2018, Ziff. 2.

¹⁶ Merkblatt über die Liberierung mit einer Kryptowährung des Handelsregisteramts Zug v. 6. 4. 2018, Ziff. 2.

¹⁷ Vgl. Merkblatt über die Liberierung mit einer Kryptowährung des Handelsregisteramts Zug v. 6. 4. 2018, Einleitung.

¹⁸ So sind dem SHAB seit August 2018 89 Neugründungen unter BTC-Sacheinlage zu entnehmen, davon 75 in ZG, 3 in ZH, je 2 in OW und in SZ sowie je 1 in BE, GR, LU, NW, SG, SH und UR; weiterhin in demselben Zeitraum 49 Neugründungen unter ETH-Sacheinlage, davon 41 in ZG, 4 in ZH sowie je 1 in SG, SH, SO und SZ. Für USDT («Tether») lauten die entsprechenden Daten: ZG 28, SZ 5, ZH 2 und LU 1; für USDC («USD Coin»): ZG 30, ZH 1. Vereinzelt erfolgten Neugründungen mit BNB (ZG, BE), DOT («Polkadot») (SH, ZG) und UST («TerraUSD») (LU, ZG), sowie mit BUSD («Binance USD»), XRP und SOL («Solana») (je ZG). Gründungen unter Einbringung von ADA («Cardano») oder DOGE («Dogecoin») konnten nicht nachgewiesen werden.

¹⁹ Merkblatt über die Liberierung mit einer Kryptowährung des Handelsregisteramts Zug v. 6. 4. 2018, Ziff. 2.

²⁰ MÜLLER/ZYSSET/KALAITZIDAKIS, Die Einlage von Kryptowährungen zur Gründung einer Gesellschaft, Jusletter 20. 5. 2019, S. 4.

²¹ Die am 1. 1. 2023 in Kraft tretende neue Fassung des Art. 43 HRegV (Art. 43 revOR) berücksichtigt in Abs. 1 die nun gegebene Möglichkeit der Liberierung in Fremdwährungen und bleibt im Wesentlichen unverändert.

²² Gemäss Praxis verschiedener Handelsregisterämter kann auf ein entsprechendes Beglaubigungsverbal verzichtet.

²³ Ein separates Protokoll kann entfallen, wenn sämtliche Mitglieder des Verwaltungsrates im Sinne eines Zirkularbeschlusses die Handelsregisteranmeldung unterzeichnen.

²⁴ Die Wahlannahmeerklärung des Verwaltungsrates wird in der Praxis regelmässig mit dem einzureichenden beglaubigten Zeichnungsmuster verbunden. Auf die Einreichung einer separaten Wahlannahmeerklärung mit Zeichnungsmuster kann verzichtet werden, wenn das entsprechende Mitglied des Verwaltungsrates die Handelsregisteranmeldung unterzeichnet und – sofern das Mitglied eine Zeichnungsberechtigung erhalten soll – diese Unterschrift notariell beglaubigt wird.

²⁵ Abs. 3 des Art. 43 revOR enthält gegenüber der Vorgängerfassung nur Änderungen, insoweit Sachübernahmen betroffen sind.

²⁶ A. VOGEL, OFK-HRegV (2020), Art. 43 N. 39.

insbesondere die Quantität und Qualität der Einlageobligation festgelegt und der Anrechnungswert bestimmt werden.²⁷ Der Sacheinlagevertrag hat die einzubringenden Vermögenswerte genügend detailliert aufzulisten bzw. zu umschreiben und zu bewerten.²⁸ In der Praxis wird man die genaue Menge der einzubringenden Kryptowerte (z. B. 50 Ethereum [ETH]) vorsehen und mit dem entsprechenden Wert gemäss gängiger Onlineportale zur Kursberechnung (z. B. <https://www.finanzen.ch>) belegen. Praktisch wichtig ist mit Blick auf die hohe Volatilität von Kryptowährungen insbesondere, dass das Aktienkapital in CHF sowohl zum Zeitpunkt der öffentlichen Beurkundung als auch zum Zeitpunkt der Eintragung in das Handelsregister vollständig gedeckt sein muss.²⁹ Es empfiehlt sich deshalb, eine grössere Menge an Kryptowerten in die Gesellschaft einzubringen, als für die Liberierung zunächst erforderlich scheint.³⁰ Dies wird auch für die Einbringung von sog. Stablecoins gelten, mithin von Beträgen in solchen Kryptowährungen, die aufgrund der angenommenen Einlöseverpflichtung einer Drittpartei einen fixen Wechselkurs zu einer bestimmten Landeswährung aufweisen sollen.³¹

Gemäss Art. 634 Ziff. 2 OR muss weiterhin die Gesellschaft *nach* ihrer Eintragung in das Handelsregister sofort als Eigentümerin über die Sacheinlage verfügen können. Für den Zeitpunkt der freien Verfügbarkeit ist nach geltendem Recht auf den Zeitpunkt der elektronischen Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) abzustellen.³² Dem Wortlaut der Bestimmung zur Folge könnte man davon ausgehen, dass die eigentliche (dingliche) Übertragung noch nicht zwingend im Sacheinlagevertrag vorgesehen sein muss. Allerdings unterscheidet die Literatur dezidiert nach Sacheinlagegegenständen. Während bei beweglichen Sachen genügen soll, dass eine *Besitzübertragung* gemäss Art. 922 ff. ZGB auch noch «unmittelbar anschliessend an die Eintragung mit Sicherheit erwartet werden kann», soll bei Rechten eine Abtretung an die zu gründende Gesellschaft bereits mit *Abschluss* des Sacheinlagevertrags erforderlich sein.³³ Um dem Mandanten die – je nach Vorliegen der Kryptowerte auf einem Soft- oder Hardwallet – teilweise komplexen Fragen der dinglichen Übertragung nicht vorzuenthalten und eine Verfügbarkeit «sofort nach Eintragung in das Handelsregister» sicherzustellen, bietet es sich deshalb an, den Vollzug und allfällige zusätzlich erforderliche Vollzugshandlungen direkt im Sacheinlagevertrag zu regeln, den Vollzug im Beisein des Mandanten durchzuführen und zu protokollieren.

In jedem Fall sollte gewährleistet werden, dass nach Abschluss der fraglichen Vollzugshandlungen allein die Gesellschaft zur Disposition über die Sacheinlagegegenstände faktisch imstande ist. Bleiben bei Dritten «Besitzreste» zurück, etwa im Sinne ihrer potentiellen oder tatsächlichen Mitkenntnis von dem kryptographischen privaten Schlüssels zu dem sog. Wallet, in dem sich die Krypto-Einheiten sodann befinden, könnte die gesetzlich gebotene freie Verfügbarkeit über die entsprechenden Sacheinlagen in Zweifel zu ziehen sein.

4. Die statutarische Sacheinlagebestimmung insbesondere

Gemäss Art. 628 Abs. 1 OR müssen die Statuten den Gegenstand der Sacheinlage und dessen Bewertung sowie den Namen des Einlegers und die ihm zukommenden Aktien angeben. In der Praxis gestaltet sich die Formulierung der Sacheinlagebestimmung oft als Problem und kann zu Zurückweisungen durch das zuständige Handelsregisteramt führen. Im Falle einer Sacheinlagegründung mit Kryptowährungen kann eine Sacheinlagebestimmung beispielsweise wie folgt formuliert werden:

«Die Gesellschaft übernimmt bei der Gründung gemäss Sacheinlagevertrag vom [Datum] von [Name] [Zahl] Ethereum (ETH), zum Preis und Wert von insgesamt CHF [Zahl], wofür an den Sacheinleger [ZAHL] vollständig liberierte Namenaktien an der Gesellschaft mit einem Nennwert von je CHF [ZAHL] zu einem Ausgabebetrag von je CHF [ZAHL] ausgegeben werden. Eine allfällige Wertdifferenz der Sacheinlage gegenüber dem Ausgabebetrag zugunsten der Gesellschaft wird ohne Gegenleistung in die gesetzliche Kapitalreserve gebucht.»

IV. Fazit

Gründer bzw. zukünftige Aktionäre von im Krypto- oder Blockchainbereich tätigen Gesellschaften sind nicht selten mit dem Problem konfrontiert, dass ihnen seitens der Banken das für die Barliberierung gesetzlich erforderliche Kapitaleinzahlungskonto verwehrt wird. Auch stellen Kryptowährungen weiterhin keine zulässigen Währungen für das Aktienkapital im – nun gelockerten – Rahmen der Barliberierungsvorschriften dar. Die Sacheinlagegründung bzw. -kapitalerhöhung mit Kryptowährungen gibt den vorgenannten Gesellschaften jedoch eine gangbare Alternative zur Hand. Der Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsvorgang ist beurkundungspflichtig; für die Eintragung im Handelsregister bedarf es – neben weiteren Belegen – der Bestätigung eines Revisors. Bei dem ebenfalls einzureichenden Sacheinlagevertrag sollte besonderes Augenmerk auf den Vorgang der dinglichen Übertragung der Kryptowerte an die Gesellschaft gelegt werden.

²⁷ P. BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht (2009), § 1 N 396.

²⁸ A. VOGEL, OFK-HRegV (2020), ebd.

²⁹ Vgl. Merkblatt über die Liberierung mit einer Kryptowährung des Handelsregisteramts Zug v. 6. 4. 2018, Ziff. 5.

³⁰ Vgl. Merkblatt über die Liberierung mit einer Kryptowährung des Handelsregisteramts Zug v. 6. 4. 2018, ebd.

³¹ In volatilem Marktumfeld waren in jüngster Vergangenheit bereits Störungen derartiger Wechselkursbindungen zu beobachten, etwa ab dem 9. 5. 2022 für «TerraUSD» und am 12. 5. 2022 für «Tether» («USDT»).

³² Vgl. Art. 936a S. 2 OR sowie Art. 34 S. 2 HRegV in der Fassung gemäss Ziff. I der Verordnung vom 6. 3. 2020, in Kraft seit 1. 1. 2021. Eine Rückkehr zur vorherigen Rechtslage im Sinne einer generellen Rückwirkung des Handelsregistereintrags auf den Zeitpunkt der Erfassung im Tagesregister wurde im Rahmen der jüngsten Rechtsreform erwogen, aber nicht umgesetzt, vgl. Ergebnisbericht Vernehmlassung: Änderung der Handelsregisterverordnung, Ziff. 9.2 f. Anders – unter alter Rechtslage – noch C. CRAMER, ZK-OR (2016), Art. 634 N. 11.

³³ C. CRAMER, ZK-OR (2016), Art. 634 N 12 f.