



Konsultation zu den Arbeiten der Arbeitsgruppe Blockchain / ICO

1. Ausgangslage

Wie das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) am 18. Januar 2018 mitteilte, hat es eine Arbeitsgruppe zu Blockchain/ICO ins Leben gerufen, um u.a. unter Einbezug des Bundesamtes für Justiz (BJ) und der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) die rechtlichen Rahmenbedingungen insbesondere für finanzsektorspezifische Anwendungen der Blockchain-Technologie zu evaluieren. Betrachtet werden dabei u.a. auch – jedoch keineswegs ausschliesslich – die Initial Coin Offerings (ICOs). Ziel der Arbeiten sind die Erhöhung der Rechtssicherheit, die Ermöglichung von Innovation und die Aufrechterhaltung der Integrität des Finanzplatzes. Die Klärung des regulatorischen Rahmens – sowohl der zivilrechtlichen als auch der finanzmarktrechtlichen Aspekte – soll dazu beitragen, dass die Schweiz im Bereich Blockchain/ICO weiterhin ein attraktiver Standort bleibt, mit hohen Standards betreffend das Geschäftsverhalten. Die Arbeitsgruppe soll dem Bundesrat bis Ende 2018 Bericht erstatten und allfälligen Handlungsbedarf und Handlungsoptionen aufzeigen. Der Bundesrat wird gestützt auf die Ergebnisse über die Anpassung der rechtlichen Rahmenbedingungen entscheiden.

Die Arbeitsgruppe setzt sich aus Mitgliedern des Staatsekretariats für Internationale Finanzfragen, des Bundesamts für Justiz, der FINMA, der Nationalbank, des Staatsekretariats für Wirtschaft (SECO), des Bundesamts für Polizei sowie der Eidgenössischen Zollverwaltung zusammen. Verschiedene Mitglieder der Arbeitsgruppe haben sich in den vergangenen Monaten bereits mit Unternehmen, Anwaltskanzleien und Expertinnen und Experten zu laufenden *Distributed Ledger Technology* (DLT)-Projekten und rechtlichen Herausforderungen ausgetauscht. Ebenso hat die Arbeitsgruppe das Positionspapier der privaten Brancheninitiative „Blockchain Taskforce“ in ihren Überlegungen berücksichtigt, welches Ende April 2018 veröffentlicht wurde. Mit der vorliegenden Konsultation soll die Branche Gelegenheit erhalten, zur Stossrichtung möglicher Empfehlungen Stellung zu nehmen und bei Bedarf weitere Anmerkungen anzubringen.

Das vorliegende Konsultationspapier enthält keine ausführlichen Hintergründe und Analysen, sondern geht direkt auf mögliche Empfehlungen und Fragestellungen in folgenden Bereichen ein:

- Allgemeines
- Zivilrecht
- Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung
- Weiteres Finanzmarktrecht

Die interessierten Kreise sind eingeladen, schriftlich Stellung zu nehmen bis am 20. September 2018 per E-Mail an fin@sif.admin.ch



2. Allgemeines

Mögliche Szenarien

Die Arbeitsgruppe nimmt selber keine Stellung zur Wahrscheinlichkeit einer breiten Durchsetzung der DLT/Blockchain Technologie. Sie erachtet es als wichtig, dass der rechtliche Rahmen so ausgestaltet ist, dass er genügend Flexibilität und Rechtssicherheit bietet für alle realistischen Szenarien (umfassende, punktuelle oder minime Verbreitung der DLT/Blockchain Technologie im Finanzsektor).

- 2.1 Wie beurteilen Sie das zukünftige Potenzial der DLT/Blockchain Technologie für die Finanzwirtschaft?
- 2.2 Über welchen Zeithorizont wird sich dieses Potenzial nach Ihrer Einschätzung entfalten?

Bankkonten für Fintech-Unternehmen

Zugang zu Bankkonten: Seitens der Fintech-Branche wird regelmässig hervorgehoben, dass Unternehmen mit Fintech-Geschäftsmodellen (insbesondere solche mit Bezug zu Blockchain/ICO) Schwierigkeiten haben, Geschäftsbeziehungen mit Schweizer Banken aufzunehmen. Dies ist nicht direkt eine Frage des rechtlichen Rahmens. Mit dieser Frage hat sich deshalb eine separate Arbeitsgruppe der Schweizerischen Bankiervereinigung befasst. Es ist jedoch denkbar, dass rechtliche Anpassungen auch hierbei unterstützend bzw. vertrauensbildend wirken könnten.

- 2.3 Gäbe es rechtliche Anpassungen, die dazu beitragen könnten, Geschäftsbeziehungen zwischen Fintech-Unternehmen und Banken zu erleichtern?

3. Zivilrecht

3.1. Zivilrechtliche Qualifikation und Übertragung von Tokens

Um Tokens zivilrechtlich einordnen zu können, ist entscheidend, welche Rechtsbeziehungen der Ausgabe und dem Handel mit Tokens zugrunde liegen. Ein Token für sich selbst genommen stellt lediglich einen Eintrag in einem dezentralen Register dar und entfaltet dadurch noch keine Rechtswirkungen. Rechtliche Verbindlichkeiten entstehen nur zwischen Personen, die Tokens benutzen und diesem Handeln eine rechtliche Bedeutung beimessen. Damit kommt es für die Qualifikation von Tokens stark auf den Einzelfall an.

Bei der Ausgabe und der Benutzung von Tokens sollen regelmässig Werte oder Rechte mit einem Eintrag in einem dezentralen Register verknüpft werden. Im für Ende 2018 an-



gekündigten Bericht wird dargelegt werden, welche Werte und Rechte für eine solche Verknüpfung in Frage kommen und welche Vorschriften nach geltendem Recht zu beachten sind. Besonderes Augenmerk gilt den Schranken, die das geltende Recht bei der Übertragung von Werten und Rechten aufstellt. Die Arbeitsgruppe hat dabei – im Einklang mit diversen Publikationen zur Thematik – das Schriftformerfordernis bei der Übertragung von einfachen Forderungen (Art. 165 Abs. 1 OR) und Wertrechten (Art. 973c Abs. 4 OR) als mögliches Hindernis ausgemacht. In Einzelfällen kommen weitere – spezifische – gesetzliche Anforderungen für die Abbildung und Übertragung von Rechten hinzu, beispielsweise im Gesellschaftsrecht.

Diejenigen Tokens, welche Rechte abbilden, sollen nach dem Willen der Benutzer eine ähnliche Funktion erfüllen, wie dies heute und traditionellerweise die Wertpapiere tun. Diese Tokens sollen mit Rechten verknüpft werden und den Handel mit diesen Rechten vereinfachen. In der Lehre gibt es verschiedene Ansätze, um den Handel mit Rechten auf der Blockchain mit der geltenden Rechtsordnung in Einklang zu bringen. Diese sind jedoch in der Praxis nicht erprobt und mit rechtlicher Unsicherheit behaftet.

Die Arbeitsgruppe beabsichtigt deshalb, eine Anpassung und Weiterentwicklung des Wertpapierrechts vorzuschlagen, um den Handel mit Rechten auf einer Blockchain zu erleichtern. Da ein Eintrag in einem den interessierten Kreisen zugänglichen, dezentralen Register ähnlich wie der Besitz eines Wertpapiers Publizität zu schaffen vermag, scheint es prima vista gerechtfertigt, diesem Eintrag ähnliche Rechtswirkungen zuzuerkennen. Dabei sollten die bewährten Grundsätze des Wertpapierrechts so weit wie möglich beibehalten werden. Eine digitale Abbildung und Übertragung würde somit für diejenigen Rechte in Frage kommen, welche auch in einem Wertpapier verbrieft werden könnten und einer freien Übertragbarkeit zugänglich sind.

- 3.1.1 Welche Arten von Rechten sollen auf einer Blockchain gehandelt und übertragen werden können?
- 3.1.2 Welche (weiteren) Schranken wurden in der Praxis für die Übertragung von Rechten ausgemacht?
- 3.1.3 Sind Risiken erkennbar, welche bei einer Erleichterung der Übertragung von Rechten auf der Blockchain entstehen würden und welchen ebenfalls gesetzgeberisch begegnet werden müsste?
- 3.1.4 Braucht es gesetzliche Mindestanforderungen an die Ausgestaltung einer Blockchain? Wie würden diese aussehen?



3.2 Behandlung von Tokens in Insolvenzverfahren

Im Konkurs werden die Vermögenswerte des konkursiten Schuldners gesammelt und verwertet. Dabei stellt sich regelmässig auch die Frage, welche Werte zum Vermögen des Schuldners gehören, namentlich dann, wenn Vermögenswerte, die wirtschaftlich dem Schuldner zustehen, bei Dritten liegen, und wenn der Schuldner die Verfügungsmacht über Vermögenswerte hat, an denen Dritte ihre Berechtigung geltend machen.¹

Bei der Aussonderung von Daten gestützt auf Artikel 242 SchKG besteht heute rechtliche Unsicherheit. Diese beschlägt auch den Umgang mit Zugangsschlüsseln und Ähnlichem in Zusammenhang mit Kryptowährungen und anderen Tokens. Die entsprechenden Probleme werden auch angesprochen von der Parlamentarischen Initiative 17.410 Dobler ("Daten sind das höchste Gut privater Unternehmen. Datenherausgabe beim Konkurs von Providern regeln"). Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates hat am 3. Mai 2018 der Initiative einstimmig Folge gegeben und damit den Handlungsbedarf anerkannt. Auch aus der Sicht der Arbeitsgruppe ist gesetzgeberischer Handlungsbedarf ausgewiesen.

Die Arbeitsgruppe prüft eine Aussonderungslösung für kryptographische Tokens, welche sich im Gewahrsam des konkursiten Schuldners befinden, jedoch wirtschaftlich einem Dritten gehören. Von einem Konkursverfahren können (indirekt) jedoch auch Daten betroffen sein, die keinen objektiven Vermögenswert haben. Die Arbeitsgruppe erwägt, auch für solche Daten ein Verfahren zu schaffen, mit dem die Herausgabe durchgesetzt werden kann.

Für eine Herausgabe vorauszusetzen wäre, dass der Dritte einen gesetzlichen oder vertraglichen Anspruch auf die Daten bzw. Tokens darlegen kann. Dem Dritten müsste ein qualifiziertes Recht auf die Daten bzw. Tokens zustehen, damit eine eindeutige Zuweisung der Berechtigung möglich ist. Dieser Anspruch darf nicht weiter gehen als wirtschaftlich analoge Ansprüche auf Grundlage des Sachenrechts. Auch wäre in Konstellationen, wo eine eindeutige Zuordnung der Daten zum jeweiligen Ansprecher nicht möglich ist (analog der Vermischung im Sachenrecht), weiterhin nur von einem obligatorischen Herausgabeanspruch auszugehen. Zu prüfen wäre nach der Ansicht der Arbeitsgruppe auch eine Kostenregelung, wonach die anfallenden Kosten der Datenübertragung vom Berechtigten zu übernehmen wären.

3.2.1 Wie wird die Fremdverwahrung von Tokens in der Praxis technisch und rechtlich ausgestaltet?

3.2.2 Sind Risiken erkennbar, welche bei einer Aussonderungslösung für kryptographische Tokens entstehen würden und denen ebenfalls gesetzgeberisch begegnet werden müsste?

¹ Entsprechende Fragen können sich auch bei einer Pfändung stellen.



4. Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung

4.1. Vorbemerkungen

Aufgrund seiner technologieneutralen Ausgestaltung erfasst das Geldwäschereigesetz (GwG) viele der Tätigkeiten im Kryptobereich bereits heute. So sind beispielsweise nach gängiger Praxis *custodian-wallet* Anbieter, Handelsplattformen, soweit sie Zugriff auf den *private key* der Kunden bzw. Verfügungsmacht über die Vermögenswerte haben, Wechselstuben und die Ausgeber von Zahlungstoken dem Geldwäschereigesetz unterstellt. Vor diesem Hintergrund ist die Arbeitsgruppe der Ansicht, dass sich keine grundlegende Überarbeitung des Geldwäschereigesetzes aufdrängt. Mit Blick auf die Erfassung möglicher Risiken stellt sich jedoch die Frage, ob gezielt einzelne Tätigkeiten im Kryptobereich, welche heute grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich der Geldwäschereigesetzgebung fallen, den Regeln zur Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung zu unterstellen sind. So fallen heute gewisse Tätigkeiten nicht unter das Geldwäschereigesetz wie z.B. *non-custodian wallet* Anbieter und dezentralisierte Handelsplattformen, die nicht im Besitz des *private keys* sind bzw. keine Verfügungsmacht über die Vermögenswerte besitzen.

4.2 Fragen

- 4.2.1 Sollen dezentralisierte Handelsplattformen ohne Verfügungsmacht über fremde Vermögenswerte analog der Handelsplattformen mit Verfügungsmacht über fremde Vermögenswerte dem Geldwäschereigesetz unterstellt werden und somit Sorgfaltspflichten wahrnehmen müssen?
- 4.2.2 Sollen *non-custodian wallet*-Anbieter dem Geldwäschereigesetz unterstellt werden und somit Sorgfaltspflichten wahrnehmen müssen?
- 4.2.3 Sind analoge Transparenzpflichten zu jenen in Art. 697i OR erforderlich für juristische Personen (wie insb. Stiftungen), die Token ausgeben? Falls ja, in welcher Form?

5. Weiteres Finanzmarktrecht

5.1. Vorbemerkungen

Blockchain-basierte Anwendungen können insbesondere Berührungspunkte aufweisen zum Bankenrecht (z.B. Bewilligungspflicht als Bank), Finanzmarktinfrastukturrecht (z.B. Regeln über den Effekten- und Derivatehandel; Regeln über Handelsplattformen), Kollektivanlagenrecht sowie zum künftigen Finanzdienstleistungsgesetz (z.B. Prospektanforderungen bei ICOs) und Finanzinstitutsgesetz (z.B. Bewilligungspflicht als Wertpapierhaus). Im Bankenbereich wurden kürzlich eine Reihe von auf Fintech-Geschäftsmodelle ausgerichtete Neuerungen eingeführt (Innovationsraum [Sandbox] und Erweiterung der Aus-



nahme bei Abwicklungskonten) resp. sie stehen kurz vor der Einführung (Fintech-Lizenz). In anderen Bereichen (z.B. im Finanzmarktinfrastrukturrecht) wurde seitens der Krypto-Branche v.a. ein regulatorischer Carve-Out vorgeschlagen (wobei nur Prospekterfordernisse und Geldwäscherei-Regeln gelten sollen, nicht aber die Regeln des Finanzmarktinfrastukturgesetzes). Eine detaillierte Darstellung, welche finanzmarktrechtlichen Anforderungen heute zu spezifischen Herausforderungen in den Bereichen Blockchain/ICO führen, wurde bislang von der Branche nicht oder nur sehr vereinzelt vorgebracht. Vor diesem Hintergrund sieht die Arbeitsgruppe derzeit keine grundsätzlichen Hindernisse im Finanzmarktrecht, die Blockchain-basierte Anwendungen spezifisch betreffen. Demgegenüber sieht die Arbeitsgruppe punktuellen Handlungsbedarf im Finanzmarktinfrastukturrecht, z.B. bei den Anforderungen an Finanzmarktinfrastrukturen.

5.2 Fragen

Allgemeines

5.2.1 Als Sandbox lässt sich ein regulatorischer Carve-out beschreiben, der mittels definierter Schwellenwerte (z.B. Frankenbetrag, Zeitdauer, etc.) ein Austesten neuartiger Geschäftsmodelle erlauben soll. Heute existiert bereits eine Sandbox im Bankenrecht, wobei für diese klar definierte Schwellenwerte gelten und nicht die Branche selbst über die Anwendung der Sandbox entscheidet. Rechtfertigen sich für Blockchain-basierte Anwendungen weitere Sandboxes? Wenn ja, welche rechtlichen Anforderungen wirken heute bremsend auf die Innovationskraft spezifisch im Blockchain-Bereich und könnten mittels weiteren Sandboxes adressiert werden? Welche *objektiven* Schwellenwerte würden sich in der Praxis für solche weiteren Sandboxes eignen?

Bankenrecht

5.2.2 Genügen die kürzlich eingeführten bzw. kurz vor der Einführung stehenden Fintech-Massnahmen im Bankenrecht (d.h. Innovationsraum [Sandbox], Fintech-Lizenz, Präzisierung bei Abwicklungskonten) für Blockchain-basierte Anwendungen oder sind weitere Anpassungen (z.B. eine Anhebung des Schwellenwerts für den Innovationsraum) sinnvoll; wenn ja, welche und weshalb?

Finanzmarktinfrastukturrecht

5.2.3 Heute können Token je nach Ausgestaltung als Effekten oder Derivate im Sinne des Finanzmarktinfrastrukturechts gelten. Besteht ausreichend Klarheit, wann ein Token als Effekte oder Derivat gilt (falls nicht, weshalb)? Wie könnte Rechts- und Planungssicherheit gefördert werden?



- 5.2.4 Welche konkreten Anforderungen im Finanzmarktinfratrecht, die an die Qualifikation als Effekte oder Derivat anknüpfen (z.B. Bestimmungen zum Sekundärmarkt, Verhaltenspflichten im Derivatebereich), sind für Blockchain-basierte Vermögenswerte nicht passend bzw. problematisch und weshalb? Wie könnten diese Bestimmungen angepasst werden?
- 5.2.5 Die Regelungen über Börsen und multilaterale Handelssysteme (MHS) knüpfen heute am Effektenbegriff an und schränken den Kreis möglicher Teilnehmer an solchen Handelsplattformen ein. Sind die heutigen Bestimmungen zu Börsen und MHS für Blockchain-basierte Vermögenswerte geeignet oder besteht Anpassungsbedarf? Sollen z.B. die Bestimmungen zu MHS flexibilisiert werden (z.B. Kreis der möglichen Teilnehmer) oder braucht es eine neue Bewilligungskategorie (z.B. MHS für Blockchain-basierte Vermögenswerte)? Wenn ja, erfordert der direkte Zugang von Privatkunden zu MHS spezifische Massnahmen zur Sicherstellung der Marktintegrität, des Anlegerschutzes, der Transparenz des Marktes oder des geordneten Handels?
- 5.2.6 Stellt die Bewilligungspflicht für Effektenabwicklungssysteme (Art. 61 FinfraG) eine Markteintrittshürde für den Betrieb von Krypto-Handelsplattformen dar? Soll ein De-Minimis Schwellenwert präzisiert werden?

Kollektivanlagenrecht

- 5.2.7 Bestehen im Bereich des Kollektivanlagenrechts Herausforderungen spezifisch für Blockchain-basierte Geschäftsmodelle und falls ja, welche (z.B. Regeln zur Depotbank)? Durch welche Anpassungen könnten diese Herausforderungen adressiert werden?
- 5.2.8 Besteht das Interesse, kollektive Kapitalanlagen, Teile davon, Fondsanteile oder die Vermögenswerte eines Fonds auf einer Blockchain abbilden zu können? Welche Anpassungen wären hierfür nötig?

Finanzdienstleistungs- und Finanzinstitutsrecht

- 5.2.9 Sind aus heutiger Sicht für Blockchain-basierte Anwendungen grössere Probleme bei der Umsetzung der allenfalls einschlägigen Verhaltenspflichten nach FIDLEG erkennbar (Art. 7-20 FIDLEG)? Bspw. bezüglich Eignungs- oder Angemessenheitsprüfung und den Dokumentationspflichten.
- 5.2.10 Wie ist die diesbezügliche Einschätzung betreffend die Prospektpflichten nach den Art. 35 ff. FIDLEG?
- 5.2.11 Bestehen im Bereich des FINIG aus heutiger Sicht spezifische Herausforderungen für Blockchain-basierte Geschäftsmodelle und falls ja, welche?