



Liberierung des Aktienkapitals mittels Kryptowährung

Eignen sich Bitcoins und andere Kryptowährungen zur Kapitalaufbringung?

LUKAS MÜLLER*



THOMAS STOLTZ**



TOBIAS A. KALLENBACH***

Der vorliegende Beitrag untersucht, inwiefern Kryptowährungen zur Liberierung des Aktienkapitals zulässig sind. Das Handelsregisteramt des Kantons Zug hat bereits eine Sacheinlagegründung mit der derzeit bekanntesten Kryptowährung – Bitcoin – zugelassen. Im Handelsregister des Kantons Schwyz wurde eine beabsichtigte Sachübernahme für einen vereinbarten Erwerb eines Portfolios verschiedener Kryptowährungen eingetragen. Weitere Handelsregisteranmeldungen sind dem Vernehmen nach pending. Es stellt sich die Frage, ob Kryptowährungen generell zur Liberierung des Aktienkapitals zugelassen werden können. Die Praxis beurteilt hierbei die Bewertbarkeit und die Verwertbarkeit von Kryptowährungen als schwierig. Als weitere Schwierigkeit kommen regulatorische Unsicherheiten hinzu, da die Regulierung von Kryptowährungen ein «Moving Target» darstellt. Diese Unsicherheiten können sich auf die Bewertbarkeit und die Verwertbarkeit der liberierten Einlage auswirken.

Le présent article analyse dans quelle mesure les cryptodevises peuvent être acceptées aux fins de la libération du capital-actions. L'office du registre du commerce du canton de Zoug a déjà autorisé une constitution par apport en nature où l'apport consistait en la cryptodevises la plus connue du moment : le Bitcoin. Une reprise de biens prévue portant sur l'acquisition convenue d'un portefeuille de diverses monnaies cryptées a été inscrite au registre du commerce du canton de Schwyz. Renseignements pris, d'autres inscriptions au registre du commerce seraient pendantes. La question de l'admissibilité des cryptodevises aux fins de la libération du capital-actions se pose. La pratique estime pour sa part que les cryptodevises sont difficiles à apprécier et à réaliser. Une difficulté supplémentaire est celle de l'insécurité juridique, car la réglementation des cryptodevises constitue une « cible mouvante ». Ces incertitudes peuvent se répercuter sur l'appréciabilité et la réalisabilité de l'apport libéré.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Überblick zu Kryptowährungen
- III. Barliberierung oder qualifizierte Liberierung?
- IV. Sacheinlage
 - A. Voraussetzungen der Sacheinlagefähigkeit
 1. Aktivierbarkeit
 2. Übertragbarkeit
 3. Verfügbarkeit
 4. Verwertbarkeit
 5. Regulatorische Herausforderungen
 - B. Sacheinlagevertrag
 - C. Gründungs- beziehungsweise Kapitalerhöhungsbericht
 - D. Prüfungsbestätigung
 - E. Öffentliche Beurkundung
 - F. Vorprüfung beim Handelsregisteramt
 - G. Betriebswirtschaftliche Sicht
- V. Fazit

I. Einleitung

Am 25. September 2017 hat das Handelsregisteramt des Kantons Zug die Gründung einer Aktiengesellschaft, deren Aktienkapital mittels der Einlage der Kryptowährung

* LUKAS MÜLLER, Prof. Dr. oec. HSG, lic. iur., LL.M., MA UZH, Assistenzprofessor für Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt Gesellschaftsrecht am Institut für Finanzwissenschaft, Finanzrecht und Law and Economics (IFF-HSG) an der Universität St. Gallen.

** THOMAS STOLTZ, lic. iur., LL.M., Rechtsanwalt und Notar, Partner bei Bär & Karrer AG, Zug.

*** TOBIAS A. KALLENBACH, lic. iur., MIS, Jurist und Legal Engineer bei Bär & Karrer AG, Zug.

Die Autoren danken herzlich RAPHAEL BAUMANN, MLaw, Substitut bei Bär & Karrer AG, und ANDREAS WEHowsky, MLaw, LL.M., Substitut bei Bär & Karrer AG, für die Mitarbeit beim Verfassen dieses Artikels.

«Bitcoin» liberiert wurde, geprüft und eingetragen. Dies war die erste Sacheinlage von Bitcoins in der Schweiz. Zuvor hatte bereits das Handelsregisteramt des Kantons Schwyz einen vereinbarten Erwerb eines Portfolios verschiedener Kryptowährungen als beabsichtigte Sachübernahme eingetragen. Diese Beispiele zeigen, dass die Liberierung des Stammkapitals einer Körperschaft mit Kryptowährungen bereits Realität ist. Der vorliegende Aufsatz setzt sich aus diesem Anlass mit den Argumenten, die aus verschiedenen rechtlichen Perspektiven für und gegen die Eignung von Bitcoins und anderen Kryptowährungen zur Kapitalaufbringung sprechen, auseinander.

II. Überblick zu Kryptowährungen

Für die nachfolgende Diskussion soll kurz auf den «rechts-tatsächlichen Hintergrund» sowie auf einige technische Aspekte der «Krypto-Assets» eingegangen werden, welche im Internet handelbar sind und faktisch die Funktion von Geld übernehmen können.¹ Angesichts der bemerkenswerten Entwicklung und Komplexität einer eigentlichen «Kryptoökonomie»² erfolgt dies stark vereinfacht sowie mit dem Hinweis, dass die Terminologie in diesem höchst dynamischen Feld keineswegs gefestigt ist.³

Die Objekte, deren Tauglichkeit zur Kapitalaufbringung wir diskutieren, werden als *Kryptowährungen* («*cryptocurrencies*») bezeichnet, entsprechend ihrer

Verwendung im Publikum, welches über diese «Krypto-Assets» verfügt. Vereinfacht können Kryptowährungen als digitalisierte Wertmarken gesehen werden. Es sind ausschliesslich digital verfügbare und mittels kryptographischer Verfahren erzeugte, gesicherte und übertragene Datenelemente, welche bei online erfolgenden realwirtschaftlichen Transaktionen als Tausch- beziehungsweise Zahlungsmittel akzeptiert werden. Entsprechend sind die nachfolgend betrachteten Kryptowährungen als Monetär-gut zu qualifizieren, sind aber von einer *Landeswährung* oder einem gesetzlichen Zahlungsmittel zu unterscheiden.⁴

Für eine Kapitalaufbringung zu beachten ist zudem, dass sich eine Vielzahl und sehr unterschiedlich ausgestaltete Arten solcher Datenelemente (auch *Token*⁵) im Umlauf befinden, und fast täglich kommen neue hinzu.⁶ Je nach technischer Ausgestaltung können diese *Altcoins*⁷ einen erweiterten Funktionsumfang aufweisen, sodass mit ihnen – neben der rein faktischen Möglichkeit, ein Datenelement einer bestimmten Adresse in einem dezentralen System zuweisen zu können – zusätzliche Ansprüche verbunden sind. In der Konsequenz kann ein *Token* unter Umständen (auch) mit einer Forderung, mit Mitgliedschafts- oder zum Beispiel Immaterialgüterrechten verbunden werden.⁸ Ob sich ein *Token* zur Kapitalaufbringung eignet, hängt also von dessen konkreter Ausgestaltung ab. Aus Gründen der Praktikabilität sollte der Fokus im Rahmen der Kapitalaufbringung bei Kryptowährungen liegen, welche den Marktteilnehmern einzig eine «faktische Transaktionsmacht» über ein Datenelement zur Verfügung stellt. Weitere Leistungen oder Rechte sollten grundsätzlich nicht mit ihnen verbunden sein, weshalb sie die Funktion als reines Tausch- und Zahlungsmittel einnehmen können.

¹ Vgl. Bericht des Bundesrates vom 25. Juni 2014 zu virtuellen Währungen in Beantwortung der Postulate Schwaab (13.3687) und Weibel (13.4070), Internet: <http://www.news.admin.ch/NSB-Subscriber/message/attachments/35361.pdf> (Abruf 8.10.2017) (zit. Bericht Bundesrat), 29; begrifflich wird mit «virtueller Währung» nicht auf kryptographische Prinzipien verwiesen, weshalb dieser umfassender sein dürfte, vgl. SERAINA GRÜNEWALD, Währungs- und geldwäschereirechtliche Fragen bei virtuellen Währungen, in: Rolf H. Weber/Florent Thouvenin (Hrsg.), *Rechtliche Herausforderungen durch webbasierte und mobile Zahlungssysteme*, Zürich 2015, 93 ff., 94 f.

² MARC PILKINGTON, *Blockchain Technology: principles and applications*, in: F. Xavier Olleros/Majlinda Zhegu (Hrsg.), *Research Handbook on Digital Transformations*, Cheltenham/Northampton 2016, 225 ff., 229.

³ Vgl. z.B. den für Bitcoin verwendeten «Währungscode»: Die gängige Abkürzung «BTC» verletzt den internationalen Standard (ISO 4217:2015), vgl. Internet: <https://www.iso.org/iso-4217-currency-codes.html> (Abruf 8.10.2017); Internet: <https://www.currency-iso.org/en/home/tables/table-a1.html> (Abruf 30.9.2017). Deshalb wird die Kryptowährung auf Online-Handels- oder Umrechnungsplattformen nun auch mit «XBT» referenziert, vgl. z.B. Internet: <https://www.kraken.com/charts> (Abruf 8.10.2017); Internet: <http://www.xe.com/currencyconverter/convert/?Amount=1%20&From=XBT&To=%20CHF> (Abruf 8.10.2017). Diese Referenz ist (zurzeit) ebenfalls inoffiziell, Internet: https://en.bitcoin.it/wiki/Bitcoin_symbol (Abruf 8.10.2017).

⁴ Art. 3 des Bundesgesetzes vom 22. Dezember 1999 über die Währung und die Zahlungsmittel (WZG; SR 941.10); CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, *Digitale Landeswährung – ein Überblick*, Jusletter vom 31.10.2016, N 8; zur Erfüllung der ökonomischen Geldfunktion ist ein Status als gesetzliches Zahlungsmittel nicht notwendig, vgl. SABINE GLESS/PETER KUGLER/DARIO STAGNO, *Was ist Geld? Und warum schützt man es?*, recht 2015, 82 ff., 88.

⁵ Zum Begriff *Token* und der Schwierigkeit der terminologischen Erfassung vgl. ANGELA WALCH, *The Path of the Blockchain Lexicon (and the Law)*, *Review of Banking & Financial Law* 36/2017, 713 ff., 719–721; vgl. auch MIRJAM EGGEN, *Chain of Contracts: Eine privatrechtliche Auseinandersetzung mit Distributed Ledgers*, AJP 2017, 3 ff., 6 m.w.H.

⁶ Per Anfang Oktober 2017 sind rund 1'149 verschiedene Arten von *Cryptocoins* oder *Tokens* im Umlauf, vgl. Internet: <https://coinmarketcap.com/all/views/all/> (Abruf 9.10.2017).

⁷ *Alternative coin* in Abgrenzung von *bitcoin*, WALCH (FN 5), 721.

⁸ Vgl. z.B. OPT, *Token einer dezentralisierten Musikstreaming-Plattform*, Internet: <http://opus-foundation.org/> (Abruf 8.10.2017).

Entstehung und Übertragung der Kryptowährungen basieren auf einem Netzwerk sowie auf einem entsprechenden Protokoll. Das Protokoll definiert dabei nicht nur die (meist dezentrale) Netzwerktopologie, sondern enthält auch Anweisungen zur Datenbank, in welcher die Kryptowährung sowie deren Transaktionen gespeichert werden. Die verwendeten Datenbanken sind als Blockchain beziehungsweise *Distributed* oder *Public Ledger* ausgestaltet; sie sind dezentral aufgebaut und nutzen typischerweise kryptographische Verfahren zur Validierung der Datenintegrität und der Transaktionshistorie.⁹ Dies trägt zur Sicherheit des Systems bei und führt dazu, dass man sich den *Token* einer Kryptowährung als rein digitale Münze vorstellen kann (*Kryptocoin*). Diese eingängige Vorstellung darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die konkrete Transaktion eines Kryptowährungs-Elements auf einem *Distributed Ledger* verschiedene rechtliche Fragen aufwirft, die *de lege lata* nicht gelöst sind. Der innovative Weg über eine Qualifikation als *res digitalis*,¹⁰ hat sich aufgrund der mangelnden körperlichen Manifestierung in der wohl herrschenden Lehre noch nicht durchsetzen können.¹¹

Für die Übertragung und auch Bewertung der Kryptowährung ist weiter von Bedeutung, auf welche Art und Weise das Netzwerk die Gültigkeit der Daten und der Übertragung von *Tokens* sicherstellt,¹² denn die technischen Eigenschaften vermögen bei den Marktteilnehmern Vertrauen aufzubauen. Im Sinne einer groben Einteilung wird hier danach unterschieden, ob es sich bei den beteiligten Rechnern eines Kryptowährungs-Netzwerks um anonyme oder identifizierte Teilnehmer handelt.¹³ Bitcoin, als «Urmodell» der Kryptowährung, benutzt eine eigene, dezentralisierte Blockchain mit anonymen Netzwerkknoten, welche die Open Source zur Verfügung ge-

stellte Datenbank enthalten.¹⁴ Andere Kryptowährungen verfügen über ein eigenes Protokoll betreffend die Genese von *Tokens*, nutzen aber die Bitcoin-Blockchain für die Erfassung ihrer Transaktionen.¹⁵

Kryptowährungen werden auf verschiedenen Online-Plattformen gehandelt,¹⁶ wobei aufgrund der tatsächlichen Transaktionshäufigkeit und der jederzeitigen Möglichkeit, Gegenparteien zu finden, *de facto* von freier Konvertibilität und einem eigentlichen «Devisenkurs»¹⁷ ausgegangen werden kann. Auch ist ein Anstieg im Transaktionsvolumen feststellbar. Gemäss einer aktuellen Prognose dürfte das Handelsvolumen noch im Jahr 2017 die Schwelle von 1 Billion USD übersteigen.¹⁸ Dabei liegt die aktuelle Marktkapitalisierung der gängigsten Kryptowährungen bei rund 152 Mrd. USD, wobei Bitcoin gegenwärtig mit 68,5 Mrd. USD den grössten Anteil aufweist und täglich rund 250'000 Transaktionen registriert.¹⁹ Gespeichert werden die Kryptowährungen in sogenannten «*Wallets*», welche als «Programmfunktion» der Netzwerkknoten implementiert sein können. Gemeinsam ist den *Wallets*, dass diese die Dateien enthalten, in denen die Adressen und privaten, geheimen Schlüssel des Kryptowährungs-Eigentümers gespeichert sind. Für den Endnutzer existieren diverse grafische Benutzeroberflächen und je nach Ausgestaltung zusätzliche Sicherheitsmechanismen zum Schutz der eigenen, privaten Schlüssel beziehungsweise der Kryptowährungs-Guthaben. Die *Wallets* können somit als Online-Dienst,²⁰ als Software-Programm für ein mo-

⁹ Vgl. grundlegend das auf einer Kryptographie-E-Mailing-Liste im Jahr 2008 veröffentlichte und sämtliche Kryptowährungen initiiierende Whitepaper, SATOSHI NAKAMOTO, A Peer-to-Peer Electronic Cash System, Bitcoin 2008, Internet: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (Abruf 8.10.2017); ELFRIDE SIXT, Bitcoins und andere dezentrale Transaktionssysteme. Blockchains als Basis einer Kryptoökonomie, Wiesbaden 2017, 30–34.

¹⁰ MARTIN ECKERT, Digitale Daten als Wirtschaftsgut: digitale Daten als Sache, SJZ 2016, 245 ff., 249.

¹¹ EGGEN (FN 5), 14 m.w.H.; für das deutsche Recht vgl. PAULINA JO PESCH, Cryptocoin-Schulden. Haftung und Risikoverteilung bei der Verschaffung von Bitcoins und Alt-Coins, München 2017, 100.

¹² Bei Bitcoin durch einen «Proof of Work»-Konsensalgorithmus, vgl. etwa PESCH (FN 11), 18–22.

¹³ *Permissioned* oder *permissionless* DLT/Blockchain, vgl. TOM SWANSON, Consensus-as-a-service: a brief report on the emergence of permissioned, distributed ledger systems, 6.4.2015, Internet: <http://www.ofnumbers.com/wp-content/uploads/2015/04/Permissioned-distributed-ledgers.pdf> (Abruf 8.10.2017).

¹⁴ M.a.W. steht die gesamte «Bitcoin-Datenbank» jederzeit frei zum Download zur Verfügung, und jeder kann – die entsprechende technische Einrichtung vorausgesetzt – einen eigenen Netzwerkknoten (*node*, d.h. einen einzelnen Rechner des Bitcoin-Netzwerks) betreiben. Dabei hat jeder *full node* den *original client* heruntergeladen (d.h. die gesamte Blockchain) und sichert so das dezentrale Netzwerk, Internet: <https://bitcoin.org/en/full-node> (Abruf 8.10.2017).

¹⁵ Z.B. *Counterparty*, welches für die Transaktionserfassung von XCP auf der Bitcoin-Blockchain basiert; Internet: https://counterparty.io/docs/platform_architecture/ (Abruf 8.10.2017).

¹⁶ Beispiele sind <https://www.coinbase.com/> mit der Trading-Plattform <https://www.gdax.com/>; <https://www.kraken.com/>; <https://www.poloniex.com/>; <https://shapeshift.io/#/coins>; für die Schweiz vgl. auch <https://retail.bitcoinsuisse.ch/de> und <https://bity.com/> (Abruf 8.10.2017).

¹⁷ Dieser ist allerdings hochvolatil, vgl. z.B. Internet: <https://coinmetrics.io/charts/> (Abruf 8.10.2017).

¹⁸ Internet: <https://www.juniperresearch.com/press/press-releases/cryptocurrency-transactions-expected-to-break> (Abruf 8.10.2017).

¹⁹ Internet: <https://coinmarketcap.com/>; <https://blockchain.info/charts/n-transactions> (Abruf 8.10.2017).

²⁰ In diesem Fall werden die Kryptowährungs-Einheiten auf einer Handelsplattform verwahrt, d.h., der private Schlüssel bleibt im Verfügungsbereich des Anbieters der Dienstleistung.

biles, mit dem Internet verbundenes Endgerät²¹ oder auch verbunden mit einem speziellen Endgerät²² ausgestaltet werden.²³ Über den Zugang zum Wallet – und somit zum geheimen, privaten Schlüssel – hat der Nutzer die alleinige Kontrolle über seine Kryptocoins beziehungsweise Fragmente davon. Der aufsummierte Wert sämtlicher Adressen, über welche ein Nutzer verfügen kann, entspricht dem gesamten Kryptowährungs-Guthaben des Nutzers.

Ausgehend von der aktuellen Marktkapitalisierung und Ausgestaltung erscheint schliesslich die Prüfung folgender Kryptowährungen als Mittel der Kapitalaufbringung beziehungsweise deren Sacheinlagefähigkeit als sinnvoll: Bitcoin (XBT/BTC), Ether (ETH), Ripple (XRP), Litecon (LTC), Bitcoin Cash (BCH).

Diese Auswahl ist nicht abschliessend²⁴ und basiert – namentlich mit Blick auf die nachfolgend diskutierten Aspekte der Aktivierbar-, Verfügbar- und Verwertbarkeit – auf der Anzahl Wallet-Benutzer, der Marktkapitalisierung sowie der Transaktionshäufigkeit einer Kryptowährung.²⁵ Je mehr Wallet-Benutzer mit einer gewissen Menge Kryptowährungs-Guthaben vorhanden sind und Transaktionen veranlassen, desto plausibler lassen sich jederzeit Gegenparteien finden (Verwertbarkeit) und desto eher bestehen genügend Daten von Handelsplattformen (Bewert- und Verwertbarkeit, Verfügbarkeit), sodass von einem «Preisbildungsmechanismus» ausgegangen werden kann (Aktivier- bzw. Bewertbarkeit).

III. Barliberierung oder qualifizierte Liberierung?

Bei einer Aktiengesellschaft, die beispielsweise mit Kryptowährungen handeln will, kann es sinnvoll sein, wenn bereits beim Gründungsprozess der Gesellschaft Kryptowährungen zugeführt werden. Die Kapitalaufbringungsnormen sollen dabei sicherstellen, dass das gezeichnete Aktienkapital geleistet wird. Das Aktienkapital soll der Gesellschaft und deren Unternehmensbetrieb rechtzeitig zur Verfügung stehen sowie als Haftungssub-

strat für die Gläubiger dienen.²⁶ Die mit der Zeichnung der Aktien versprochene Einlageverpflichtung lässt sich mittels Geld oder anderen Aktiven erfüllen.²⁷ Dabei wird üblicherweise von Barliberierung und von qualifizierten Liberierungen (insb. Sacheinlagen) gesprochen.

Bareinlagen müssen bei einem dem Bankengesetz²⁸ unterstellten Institut zur ausschliesslichen Verfügung der Gesellschaft hinterlegt werden.²⁹ Seit längerem hat es sich in der Praxis durchgesetzt, dass frei konvertierbare Fremdwährungen (z.B. USD oder EUR) zur Barliberierung zulässig sind, obwohl das nominelle Aktienkapital mindestens CHF 100'000 betragen muss.³⁰ Dies ist in der Praxis möglich, sofern zum Zeitpunkt des Handelsregistereintrags der Kurs der einbezahlten Fremdwährung mindestens dem gemäss der einzureichenden öffentlichen Urkunden und dem Gesetz verlangten einzubezahlenden Kapital entspricht.³¹ Die Fremdwährungsliberierung ist zulässig, solange die eingebrachte Währung frei konvertierbar ist und der einbezahlte Betrag zum Zeitpunkt der Eintragung ins Handelsregister dem zu liberierenden Kapital entspricht.³² Sofern der Umrechnungskurs zum Zeitpunkt der öffentlichen Beurkundung, der Eintragung in das kantonale Handelsregister sowie am Tag der Genehmigung durch das Eidgenössische Amt für das Handelsregister (EHRA) nicht dem zu liberierenden Betrag entspricht, kann die öffentliche Beurkundung nicht durchgeführt werden beziehungsweise führt dies zur Abweisung der Handelsregisteranmeldung.³³ Es stellt sich die Frage, ob nun Kryptowährungen ebenfalls, wie zum Beispiel USD oder EUR, auf ein Kapitaleinzahlungskonto eingezahlt werden können, um das Aktienkapital nach Art. 633 OR bar zu liberieren.³⁴ Sofern Banken solche Konti anbieten würden, die entsprechende Kryptowährung frei konvertierbar wäre und dieser Geschäftsbereich von der FINMA beaufsichtigt würde, wäre dies theoretisch denkbar. Dies gilt umso mehr, als verschiedene schweizeri-

²¹ Da die Geräte direkt oder indirekt mit dem Internet verbunden bleiben, werden diese *Wallets* auch als *hot storage* bezeichnet.

²² Das Speichermedium für die privaten Schlüssel wird prinzipiell nicht mit dem Internet verbunden, weshalb diese Lösung als *cold storage* bezeichnet wird.

²³ Internet: <https://www.cryptocompare.com/wallets/#/overview> (Abruf 8.10.2017).

²⁴ Prüfwert aufgrund der technischen Spezifikationen wären z.B. auch Monero (XMR), Zcash (ZEC), Bytecoin (BCN).

²⁵ Vgl. z.B. Statista-Dossier zur virtuellen Währung Bitcoin, Internet: <https://de.statista.com/statistik/studie/id/22944/dokument/bitcoin-statista-dossier/> (Abruf 10.8.2017), 7.

²⁶ Vgl. Eidgenössisches Amt für das Handelsregister, Mitteilung vom 15. August 2001 betreffend Sacheinlage und Sachübernahme (zit. EHRA, Mitteilung), 3 f.

²⁷ Vgl. PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 14 N 18 ff.

²⁸ Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG; SR 952.0).

²⁹ Vgl. Art. 633 Abs. 1 OR.

³⁰ Vgl. Art. 621 OR.

³¹ Vgl. PAUL THALMANN, Bares ist Wahres – Zur Liberierung in Fremdwährungen nach schweizerischem Aktienrecht, REPRAX 4/2003, 19 ff.

³² Vgl. THALMANN (FN 31), 19 ff.

³³ Vgl. CONRADIN CRAMER, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 620–659b OR, Die Aktiengesellschaft, 2. A., Zürich 2016 (zit. ZK-CRAMER), Art. 633 OR N 10.

³⁴ Vgl. ZK-CRAMER (FN 33), Art. 633 OR N 10.

sche Gemeinden sogar dazu übergegangen sind, vereinzelt Kryptowährungen (insb. Bitcoins) als Zahlungsmittel zu akzeptieren.³⁵ Derzeit ist es allerdings – mangels Kapitaleinzahlungskonti für Kryptowährungen – allein schon aus praktischen Gründen nicht möglich, Kryptowährungen mittels Bareinlage zu leisten. Falls Banken in Zukunft solche Kryptowährungskapitaleinzahlungskonti anbieten würden, wäre es in Analogie zur Liberierung von Fremdwährungen denkbar, eine frei konvertierbare Kryptowährung mittels Kapitaleinzahlungskonto bei einer Bank bar zu liberieren. Dabei dürfte allerdings die Beantwortung der Frage, was denn eine «frei konvertierbare Kryptowährung» sei, eine rechtliche Herausforderung bilden.

Angesichts der Tatsache, dass Banken noch keine Kapitaleinzahlungskonti für Kryptowährungen anbieten, ist es sachgerecht, die Einbringungen einer Kryptowährung unter Einhaltung der Sacheinlagevorschriften zu prüfen. Unter einer Sacheinlage ist die Leistung von Aktiven zur Leistung der Einlage auf das Aktienkapital zu verstehen, wobei die Sacheinlage nicht mit Geld erfolgt. Sacheinlage kann gemäss traditioneller Auffassung nur ein Aktivum sein, das aktivierbar, frei übertragbar, frei verfügbar und verwertbar ist.³⁶ Es sind nicht nur Sachen einlagefähig, sondern generell Aktiven im Sinne des Rechnungslegungsrechts. Hierzu gehören ebenfalls aktivierbare Rechte (z.B. übertragbare und verwertbare Forderungen oder Immaterialgüterrechte).³⁷ Das Handelsregisteramt des Kantons Zug hat am 4. September 2017 eine Meldung publiziert, wonach Kryptowährungen als Sacheinlage zulässig sein sollen.³⁸ Mit der Blockchain & Cryptocurrency Services Zug AG wurde am 25. September 2017 im

Kanton Zug erstmals eine Gesellschaft eingetragen, deren Aktienkapital mit Bitcoins (teil-)liberiert wurde.³⁹

Kryptowährungen bergen heute noch Risiken und erfahren regelmässig erhebliche Wertschwankungen. Diesen Risiken und Wertschwankungen gilt es im Gründungs- und Kapitalerhöhungsvorgang ein besonderes Augenmerk zu schenken. Die Wertrisiken sind jedoch kein Phänomen, das ausschliesslich bei Kryptowährungen auftritt. Auch bei der Sacheinlage von Edelmetallen, Wertpapieren oder von anderen Aktiven können erhebliche Wertrisiken bestehen. Eine sorgfältige Analyse der Chancen und Risiken ist unerlässlich, da sichergestellt werden soll, dass einerseits eine liberierungsfähige Kryptowährung eingebracht wird und andererseits ein genügend grosser Betrag der Kryptowährung zur Erfüllung der Liberierungsverpflichtung geleistet wird.

Sofern eine Kryptowährung sacheinlagefähig ist, kann die Liberierung analog ebenfalls mittels Sachübernahme erfolgen. Der einzige Unterschied besteht in diesem Fall darin, dass zuerst das Bargeld eingezahlt wird und dass anschliessend von einer Drittperson der vereinbarte Kryptowährungsbetrag zum vereinbarten Preis abgekauft wird. Aus Gründen des Verkehrsschutzes könnte hierbei vereinbart werden, dass der Gesellschaft zuerst CHF 100'000 zur Verfügung gestellt werden und dass anschliessend im Umfang von maximal CHF 100'000 die entsprechende Kryptowährung von der Drittperson zum vorgängig vereinbarten Kurswert übertragen wird. Im Falle einer nahestehenden Drittperson im Sinne von Art. 628 Abs. 2 OR würde es sich um einen qualifizierten Sachverhalt handeln, der entsprechend in den Statuten der Gesellschaft offenzulegen wäre (wie im Fall der dizrupt AG, deren beabsichtigte Sachübernahme am 2. August 2017 im Handelsregister des Kantons Schwyz publiziert wurde⁴⁰).

Derzeit bestehen grosse Unsicherheiten, da unklar ist, ob Kryptowährungen besonders reguliert werden. Die Unsicherheiten und Risiken, die mit Kryptowährungen verbunden sind, sind bei der Prüfung der Sacheinlagekriterien zu berücksichtigen. Der Bundesrat hat beispielsweise verlauten lassen, dass er virtuelle Währungen gesetzlich

³⁵ Vgl. z.B. Gemeinde Chiasso, Pressemitteilung vom 7. September 2017, Internet: http://www.chiasso.ch/fileadmin/user_upload/Chiasso.ch/Comunicati_stampa/Documenti/Incontro_Municipio_con_impresari_e_experti_sviluppatori_attivi_nel_mondo_Bitcoin_e_Blockchain.pdf (Abruf 10.10.2017), und die Stadt Zug, welche weitere elektronische Zahlungsmittel prüft, Pressemitteilung vom 15. Dezember 2016, Internet: http://www.stadtzug.ch/de/ueberzug/ueberzugrubrik/aktuelles/aktuellesinformationen/welcome.php?action=showinfo&info_id=351680 (Abruf 10.10.2017).

³⁶ Vgl. ZK-CRAMER (FN 33), Art. 628 OR N 3; PETER BÖCKLI, Kritischer Blick auf die Botschaft und den Entwurf zur Aktienrechtsrevision, GesKR 2017, 133 ff., 144.

³⁷ Vgl. LUKAS MÜLLER, Die Sacheinlagefähigkeit von immateriellem Anlagevermögen und Goodwill im Lichte der internationalen Rechnungslegung, GesKR 2008, 50 ff. m.w.H.

³⁸ Vgl. Kanton Zug, HR Zug lässt Kryptowährungen als Sacheinlage zu, 4. September 2017, Internet: <https://www.zg.ch/behoerden/volkswirtschaftsdirektion/handelsregisteramt/aktuell/bitcoin-als-sacheinlage> (Abruf 8.10.2017).

³⁹ Vgl. Blockchain & Cryptocurrency Services Zug AG, SHAB, Tagesregister-Nr. 12206 vom 25.9.2017 / CHE-173.214.388 / 03777579.

⁴⁰ «Beabsichtigte Sachübernahme: Die Gesellschaft beabsichtigt, nach der Gründung den Erwerb eines Crypto-Währungs-Portfolios zum Preis von höchstens CHF 1'300'000.00 zu übernehmen.» Vgl. allgemein zu den Voraussetzungen der Sachübernahme LUKAS MÜLLER, Zur Sachübernahme: Funktion, Voraussetzungen, Rechtsfolgen bei Verletzung und Revisionsvorschlag, AJP 2012, 1412 ff., 1417 f.

besser regeln will, um Missbrauchsrisiken zu begrenzen.⁴¹ Des Weiteren ist nicht ausgeschlossen, dass andere Länder dem Beispiel Chinas folgen und sogar den Handel mit bestimmten Kryptowährungen einschränken oder komplett verbieten.⁴² Dasselbe Problem kann allerdings auch bei staatlichen Währungen auftreten, sofern etwa Exportverbote oder strenge staatliche Kontrollen eingeführt werden. Es kommt immer wieder vor, dass die Ein- und Ausfuhr von staatlichen Währungen zeitweise eingeschränkt oder verboten wird. Des Weiteren hat die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA kürzlich unerlaubt tätige Anbieter der selbst erschaffenen Scheinkryptowährung E-Coins aus dem Verkehr gezogen.⁴³ Das zeigt, dass die FINMA die virtuellen Währungen ebenfalls beaufsichtigt, soweit sich Bezüge zur Finanzmarktregulierung ergeben. Diese FINMA-Enforcementverfahren fördern das Funktionieren des Markts für Kryptowährungen, da schwarze Schafe aus dem Verkehr gezogen werden. Das Phänomen der Scheinwährungen ist indes nicht neu, da ebenfalls bei staatlichen Zahlungsmitteln, bei Sachen und Edelmetallen Werte vorgegaukelt werden können, die nicht vorhanden sind (z.B. Falschgeld, Warenfälschungen). Dieses Problem ist mit der Einhaltung der Liberierungsvorschriften zu lösen. Damit ist sicherzustellen, dass das gezeichnete Aktienkapital tatsächlich geleistet wird.

Das grundsätzliche Problem der Kryptowährungen besteht vermutlich darin, dass sie bis jetzt nicht denselben Status und die gleiche Verbreitung geniessen wie etwa CHF, USD oder EUR. Tatsache ist jedoch, dass für den Erwerb von Kryptowährungen regelmässig Geld in traditioneller Währung bezahlt wird. Entsprechend bestehen gute Anhaltspunkte dafür, eine Kryptowährung zu bewerten, zu übertragen und zu verwerten.

IV. Sacheinlage

Aus den Sacheinlagefähigkeitsvoraussetzungen, die in der Handelsregisterpraxis entwickelt wurden, ergibt sich,

dass die Sacheinlage einen wirtschaftlichen Nutzen für die Gesellschaft haben muss.⁴⁴ Dabei wird jedoch nicht verlangt, dass dieser Nutzen im Rahmen des Gesellschaftszwecks liegt.⁴⁵ Für die Zulässigkeit eines Aktivums als Sacheinlage genügt es, wenn die vier Voraussetzungen der Sacheinlage erfüllt sind. Das heisst im hier interessierenden Fall, dass die einzubringende Kryptowährung aktivierbar, übertragbar, verwertbar sein und der Gesellschaft mit der Eintragung der Sacheinlage zur Verfügung stehen muss (Art. 634 Ziff. 2 OR).⁴⁶ Das Handelsregister Zug hat, wie bereits erwähnt, schon Bitcoins als Sacheinlage zugelassen.⁴⁷ Im Folgenden ist die Sacheinlagefähigkeit von Kryptowährungen – Bitcoin ist die bekannteste und am weitesten verbreitete Kryptowährung – zu prüfen. Bei anderen Kryptowährungen können die folgenden Ausführungen ebenfalls zutreffen, sofern die entsprechenden Kryptowährungen eine genügend hohe Marktkapitalisierung haben und der Markt funktioniert.

A. Voraussetzungen der Sacheinlagefähigkeit

1. Aktivierbarkeit

Die Voraussetzung, dass die einzubringende Sache *aktivierbar* sein muss, ist im Zusammenhang mit dem Rechnungslegungsrecht zu beurteilen.⁴⁸ Gemäss Art. 959 Abs. 2 OR liegt ein aktivierungspflichtiger Vermögenswert («Aktivum») vor, wenn aufgrund vergangener Ereignisse über eine bestimmte Ressource verfügt werden kann, daraus ein Mittelzufluss wahrscheinlich ist und deren Wert verlässlich geschätzt werden kann. Dabei ist die juristische Qualifikation des Vermögenswerts nicht allein ausschlaggebend. Es kann sich dabei beispielsweise um eine Forderung, eine Sache oder ein immaterielles Recht handeln.⁴⁹ Bei der Bestimmung des Begriffs «Vermögenswert» ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise

⁴¹ Vgl. SDA, Bundesrat will klare Regeln für Online-Währung Bitcoin, Medienmitteilung vom 25. September 2017, Internet: https://www.parlament.ch/de/services/news/Seiten/2017/20170925190342766194158159041_bsd246.aspx (Abruf 8.10.2017).

⁴² Vgl. BRENDA GOH, China's bitcoin market alive and well as traders defy crackdown, Internet: <https://www.reuters.com/article/us-china-bitcoin/chinas-bitcoin-market-alive-and-well-as-traders-defy-crackdown-idUSKCN1C40QD> (Abruf 8.10.2017).

⁴³ Vgl. Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA, FINMA zieht Coin-Anbieter aus dem Verkehr und warnt vor Scheinkryptowährungen, Medienmitteilung vom 19. September 2017, Internet: <https://www.finma.ch/de/news/2017/09/20170919-mm-coin-anbieter/> (Abruf 8.10.2017).

⁴⁴ Vgl. EHRA, Mitteilung (FN 26), 3 f.

⁴⁵ Vgl. ZK-CRAMER (FN 33), Art. 634 OR N 5.

⁴⁶ Vgl. EHRA, Mitteilung (FN 26), 3 f.; HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 2 N 138 ff.; PETER JUNG/PETER V. KUNZ/HARALD BÄRTSCHI, Gesellschaftsrecht, Basel/Genf/Zürich 2016, § 8 N 71 ff.

⁴⁷ Vgl. die Gründungsdokumentation der Blockchain & Cryptocurrency Services Zug AG respektive den hierzu korrespondierenden Handelsregistereintrag.

⁴⁸ Vgl. LUKAS HANDSCHIN, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, 2. A., Basel 2016, N 575 ff.; VON DER CRONE (FN 46), § 2 N 139.

⁴⁹ Vgl. HANDSCHIN (FN 48), N 575 ff.; VON DER CRONE (FN 46), § 2 N 139.

anzuwenden.⁵⁰ Die juristische Qualifikation des Vermögenswerts ist jedoch insoweit zu beachten, als dass der Gegenstand nicht verboten sein darf. Verbotene Vermögenswerte dürfen nicht aktiviert werden, obschon sich mit ihnen unter Umständen Geld verdienen lässt. Im Zusammenhang mit einer Kryptowährung bedeutet dies, dass sie nicht aufsichts- oder strafrechtlich verboten sein darf. Wenn beispielsweise gegen eine bestimmte Kryptowährung (oder deren Betreiber) ein aufsichtsrechtliches Verfahren von der FINMA eingeleitet wird, spricht dies eher gegen die Sacheinlagefähigkeit.

Die Unternehmung muss gemäss Art. 959 Abs. 2 OR aufgrund eines «vergangenen Ereignisses» über den Vermögenswert verfügen können. Damit ist gemeint, dass der Vermögenswert aufgrund eines in der Vergangenheit liegenden Rechtsgeschäfts, eines Herstellungsprozesses oder eines originären Erwerbs der Unternehmung zugekommen ist.⁵¹ Dieses Kriterium verbietet die Aktivierung von Sachverhalten, die in Zukunft stattfinden sollen.⁵²

Weiter muss die Unternehmung die Verfügungsmacht im Sinne des Art. 959 Abs. 2 OR über den Gegenstand haben. Es geht darum, dass die Unternehmung entweder das rechtliche Eigentum über den Vermögenswert hat oder zumindest den wesentlichen Anteil der Ressourcen eines Vermögenswerts nutzen oder verbrauchen kann.⁵³ Ein Gegenstand ist im Sinne des Rechnungslegungsrechts bereits aktivierbar, wenn beispielsweise die Unternehmung, die Leasingnehmerin ist, ein geleastes Auto während der gesamten Leasing- und Lebensdauer nutzen kann, obwohl die Unternehmung nicht die rechtliche Eigentümerin des geleasten Autos ist. Hingegen darf etwa ein Treuhänder ein Treuhandgut, obschon es rechtlich in seinem Eigentum steht, nicht aktivieren, da er die ihm anvertrauten Werte nicht für sich selbst nutzen darf.⁵⁴ Dem Treuhänder fehlt die Verfügungsgewalt im Sinne des Art. 959 Abs. 2 OR über das Treuhandgut. Die Verfügungsgewalt ist ebenfalls so zu verstehen, dass nicht die Gefahr vorhanden sein darf, dass der Vermögenswert Gegenstand einer Einziehung wird (z.B. straf- oder verwaltungsrechtlich).⁵⁵

Sobald die Einziehung des Vermögenswerts beziehungsweise der Kryptowährung droht oder wenn die Kryptowährung technisch unsicher ist, kann die Gesellschaft nicht mehr ohne Weiteres im Sinne des Art. 959 Abs. 2 OR darüber verfügen.

Weiter ist zu prüfen, ob sich mit dem Vermögenswert in Zukunft Mittelzuflüsse zugunsten der Gesellschaft erzielen lassen. Hierbei geht es um ein mit Geld bewertbares, ökonomisches Nutzenpotenzial, das die Unternehmung dank des Vermögenswerts erzielt.⁵⁶ Diese Mittel können aus der Nutzung des Vermögenswerts oder aus der Veräusserung des Vermögenswerts erzielt werden. Die Kryptowährung kann, solange sich dafür ein Käufer findet, verkauft werden. Aus dem Verkauf resultiert ein Geldzufluss. Solange für die Kryptowährung ein aktiver Markt vorhanden ist – bei Bitcoin ist dies derzeit unstrittig der Fall – ist dieses Kriterium unproblematisch. Ein aktiver Markt charakterisiert sich dadurch, dass homogene Produkte gehandelt werden, kaum Ein- und Austrittsbarrieren für diesen Markt bestehen, nahezu vollkommene Information und Transparenz betreffend Kursfindung beziehungsweise aktuelle Kurse vorhanden sind, dass nur tiefe Transaktionskosten erhoben werden und die Akteure beim Handel auf diesem Markt den Grundsatz der Profitmaximierung verfolgen.⁵⁷ Bei internationalen Kryptowährungsbörsen, die sich auf dem Markt etabliert haben und auf denen tagtäglich zahlreiche Transaktionen stattfinden, ist dieses Kriterium grundsätzlich erfüllt.

Der aus dem Vermögenswert resultierende Mittelzufluss muss des Weiteren im Sinne des Art. 959 Abs. 2 OR «wahrscheinlich» sein. Der ökonomische Vorteil, der aus einem potenziellen Mittelzufluss stammen soll, darf auch seinen Ursprung in der Realisierung von Kosteneinsparungspotenzialen haben oder in Gestalt eines Gebrauchs- oder Wohnrechts oder einer Nutzniessung bestehen.⁵⁸ Das Kriterium der Wahrscheinlichkeit des Mittelzuflusses ist im Gesetz nicht konkret spezifiziert. Je nach Angaben im Schriftum schwankt das Kriterium der Wahrscheinlichkeit zwischen mindestens 50% und 80% oder es muss «sehr wahrscheinlich»⁵⁹ sein.⁶⁰ Im Sinne einer vorsichtigen Bewertung gemäss Art. 960 Abs. 2 OR sind die am

⁵⁰ Vgl. LUKAS MÜLLER/DAVID P. HENRY/PETER BARMETTLER, in: Dieter Pfäff/Stephan Glanz/Thomas Stenz/Florian Zihler (Hrsg.), Rechnungslegung nach Obligationenrecht, veb.ch Praxiskommentar, Zürich 2014 (zit. veb.ch Praxiskommentar-Verfasser), Art. 958c OR N 62; HANDSCHIN (FN 48), N 349 ff.

⁵¹ Vgl. LUKAS MÜLLER, Das Rahmenkonzept des Rechnungslegungsrechtsentwurfes, SZW 2008, 400 ff., 402.

⁵² Vgl. PETER BÖCKLI, Neue OR-Rechnungslegung, Basel 2014, N 324.

⁵³ Vgl. MÜLLER (FN 51), 402.

⁵⁴ Vgl. Art. 400 OR; BÖCKLI (FN 52), N 325.

⁵⁵ Vgl. z.B. die Einziehung nach Art. 71 ff. StGB und nach Art. 35 FINMAG.

⁵⁶ Vgl. BÖCKLI (FN 52), N 322; BSK OR II-NEUHAUS/GERBER, Art. 959 N 16 in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Verfasser).

⁵⁷ Vgl. veb.ch Praxiskommentar-HÜTTICHE (FN 50), Art. 960b OR N 15 ff.

⁵⁸ Vgl. MÜLLER (FN 51), 402.

⁵⁹ BÖCKLI (FN 52), N 325.

⁶⁰ Vgl. veb.ch Praxiskommentar-STEFANI (FN 50), Art. 959 OR N 13; MÜLLER (FN 51), 402; BÖCKLI (FN 52), N 325.

Gründungsprozess beteiligten Personen gut beraten, von einer relativ hohen Wahrscheinlichkeit der Nutzenzuflüsse auszugehen, bevor sie den Vermögenswert als aktivierbar beurteilen. Im Falle einer Kryptowährung ist der Mittelzufluss sehr wahrscheinlich, solange sich der gehaltene Kryptowährungsbetrag innert weniger Stunden verkaufen lässt.

Für die Aktivierung des Vermögenswerts ist dessen zuverlässige Bewertbarkeit im Sinne des Art. 959 Abs. 2 OR erforderlich. Für die OR-Rechnungslegung heisst dies, dass insbesondere die Art. 960 ff. OR bezüglich der Bewertung zu beachten sind.⁶¹ Eine Kryptowährung ist zum Zeitpunkt der Sacheinlage aus Sicht der zu gründenden AG zu den Anschaffungskosten abzüglich allfällig notwendiger Wertminderungen zu bewerten.⁶² Das heisst, dass für die Wertbestimmung bei der Liberierung höchstens der gemäss Sacheinlagevertrag vereinbarte Preis abzüglich allfälliger Abschläge, die sich aus dem aktuellen Marktpreis einer Kryptowährung ergeben können, verwendet werden darf. Kryptowährungen erleben derzeit zum Teil sehr grosse Wertschwankungen. Dies ist aus Sicht der Aktivierbarkeit kein grundsätzliches Problem. Sofern ein bestimmter Betrag an Kryptowährung erworben wurde und deren Wert regelmässig zum Beispiel plus oder minus 40% schwankt, heisst dies, dass jeweils der tiefere Wert von den beiden Werten «Anschaffungskosten» oder «aktueller Wert» zu wählen ist. Dabei ist abzuschätzen, wie tief der Wert der Kryptowährung im Verlauf der Gründung sinken könnte. Sofern beispielsweise der Kryptowährungsbetrag bei der Anschaffung CHF 100'000 gekostet hat, aber nun aktuell einen Wert von CHF 60'000 aufweist, darf dieser nur zum kleineren Franken-Betrag bilanziert werden. Für die Gründer ist dieser Umstand unschön. Soll beispielsweise eine AG mit einer Kryptowährung mit einem Aktienkapital in Höhe von CHF 100'000 gegründet werden und sollen mittels Sacheinlagevertrag Kryptowährungen im Wert von CHF 100'000 erworben werden, kann folgende Ausgangslage entstehen: Am 1. Oktober 2017 kaufen die Gründer 100 Einheiten einer Kryptowährung im Gegenwert von CHF 100'000, um damit Mitte Oktober 2017 eine AG mit einem Aktienkapital von CHF 100'000 zu gründen. Verringert sich nun der Wert dieser 100 Einheiten Kryptowährung bis zur Gründung zum Beispiel auf umgerechnet CHF 40'000, müssen zusätzliche Einheiten der Kryptowährung hinzugekauft und als Sacheinlage eingebracht werden, damit der Gegenwert dem nominal-

len Aktienkapital in Höhe von CHF 100'000 entspricht. Dies kann den Gründungsprozess erheblich verteuern. Der umgekehrte Fall – die Kryptowährung gewinnt erheblich an Wert – führt dazu, dass mehr Kapital in die AG eingebracht wird, als dies ursprünglich beabsichtigt war; die zusätzlich eingebrachte Kryptowährung könnte in diesem Fall zum Beispiel als Kapitaleinlage den Reserven zugewiesen werden.

Die Marktpreise der Kryptowährungen sind zum Teil äusserst volatil. Man könnte deshalb in Versuchung geraten, auf dem gezahlten Anschaffungspreis einen pauschalen Bewertungsabschlag in Höhe von 20–30% vorzunehmen; hierzu gibt es jedoch keine gesetzliche Grundlage. Gemäss Art. 958 Abs. 1 OR soll die Rechnungslegung die wirtschaftliche Lage des Unternehmens so darstellen, dass sich Dritte ein zuverlässiges Urteil bilden können. Art. 960 Abs. 2 OR ist ähnlich formuliert, sieht jedoch eine vorsichtiger Vorgehensweise vor. Das gestattet aber nach dem Willen des Gesetzgebers keine willkürliche Bildung von stillen Reserven bei der Erstbewertung von Aktiven. Mit einem willkürlichen, pauschalen Bewertungsabschlag in Höhe von 20–30% würde jedoch ausdrücklich eine stille Reserve gebildet. Eine solche willkürliche Unterbewertung bei der Ersterfassung der Kryptowährung ist indes unzulässig und widerspricht den Grundsätzen ordnungsmässiger Rechnungslegung.⁶³ Der vorsichtigen Bewertung wird durch die ergänzenden Bewertungsregeln Rechnung getragen: Offensichtlich überhöhte Gegenleistungen werden durch Wertberichtigungen korrigiert (Art. 960 Abs. 3 und Art. 960a Abs. 3 OR). Mit dem gleichen Argument sind Überlegungen abzulehnen, nur «angemessene» Anschaffungskosten zuzulassen.⁶⁴ Eine Tieferbewertung ist nur dann möglich und geboten, wenn seit dem Ersterwerb in der Folge der Marktpreis beziehungsweise der aktuelle Wert des Aktivums gesunken ist. Ein willkürlicher Bewertungsabschlag ist jedoch unzulässig.

2. Übertragbarkeit

Damit der aktivierbare Vermögenswert als Sacheinlage zugelassen wird, muss er *übertragbar* sein. Es dürfen keine gesetzlichen oder vertraglichen Übertragungshindernisse vorliegen. Im Kontext der Kryptowährung sind hier insbesondere an regulatorische Eingriffe zu denken. Falls

⁶¹ Vgl. veb.ch Praxiskommentar-MÜLLER/HENRY/BARMETTLER (FN 50), Art. 960 OR N 9 f.

⁶² Vgl. Art. 960a OR.

⁶³ Vgl. veb.ch Praxiskommentar-HÜTTICHE (FN 50), Art. 960a OR N 10; Treuhand-Kammer (Hrsg.), Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band «Buchführung und Rechnungslegung», Zürich 2014, 58 f.

⁶⁴ Vgl. veb.ch Praxiskommentar-HÜTTICHE (FN 50), Art. 960a OR N 10.

die Kryptowährung oder die daraus erzielten Gewinne von der FINMA oder der zuständigen Staatsanwaltschaft eingezogen werden oder falls die Kryptowährung verboten wird, ist die Übertragbarkeit nicht mehr gegeben. Die Einziehung wäre beispielsweise denkbar, wenn die Kryptowährung im Kontext der Geldwäschereiregulierung als verboten angesehen wird. Wenn hingegen die Kryptowährung eine bewährte Tradition hat und keine Anzeichen für illegale Aktivitäten bestehen, ist das Kriterium der Übertragbarkeit der Kryptowährung für die Sacheinlagefähigkeit erfüllt.

3. Verfügbarkeit

Die als Sacheinlage einzubringende Kryptowährung muss unmittelbar nach der Gründung oder Kapitalerhöhung der Gesellschaft *zur Verfügung stehen*.⁶⁵ Dieses Kriterium ist unproblematisch, solange allein die Gesellschaft über das entsprechende Kryptowährungskonto verfügen kann. Problematisch wird dieses Kriterium erst, wenn das Kryptowährungskonto aus technischer Sicht unsicher ist – das heisst, wenn Dritte über die Kryptowährung disponieren (oder sie sogar stehlen) können oder wenn die straf- oder verwaltungsrechtliche Einziehung der Kryptowährung respektive der daraus erzielten Gewinne droht.

Wie erwähnt,⁶⁶ hängt die Verfügungsmacht über ein Kryptowährungs-Element grundlegend von der faktischen Möglichkeit ab, via den geheimen, privaten Schlüssel eine Transaktion auslösen zu können und die Kryptowährung beziehungsweise deren Fragmente einer neuen Adresse (Kryptowährungskonto) zuweisen zu können. Da der Zugang zum *Wallet* die Kontrolle über die privaten Schlüssel ermöglicht, fällt der Nachweis, dass eine Person über eine bestimmte Menge Kryptowährung verfügen kann oder eine Transaktion erfolgt ist, je nach Ausgestaltung des *Wallet* unterschiedlich aus.

Die wohl komfortabelste Lösung der Verwahrung von Kryptowährung auf Handelsplattformen (*hot storage*) ist zugleich mit den grössten Risiken behaftet, da der private Schlüssel *in extremis* einzig beim Dienstleistungsanbieter bleibt und der Eigentümer nur indirekt, das heisst via Benutzerkonto, darüber verfügt. Sind beide Parteien einer Transaktion Mitglied auf derselben Plattform, ist zudem denkbar, dass lediglich die Nutzerkonten ausgeglichen werden, und gar keine Transaktion auf der Blockchain registriert wird. Technisch gesehen liegt die Macht, die von den Parteien gewünschte Transaktion mit dem privaten Schlüssel zu signieren und somit eine valide Transaktion

auf der Blockchain zu registrieren, einzig beim Betreiber der Plattform. Kann oder will der Anbieter eine bestimmte Transaktion nicht signieren, hat die Gesellschaft keine Möglichkeit, über ihr Kryptowährungskonto zu verfügen. Aus Sicherheits- und Haftungsgründen erscheinen daher Lösungen empfehlenswert, bei welchen die privaten Schlüssel in einem *cold storage*⁶⁷ gespeichert sind. Die Verfügungsmacht über die Kryptowährung wird in diesem Fall mit Geräten ohne Internetanbindung oder sogar vollständig analog⁶⁸ realisiert.

4. Verwertbarkeit

Eine Sacheinlage muss *verwertbar* sein. Das setzt voraus, dass für die Sacheinlage ein «beschränkter Markt»⁶⁹ vorhanden ist. Dieser Markt ist vorhanden, wenn die entsprechende Kryptowährung tagtäglich viele Male gehandelt wird und ein einigermaßen aktiver, liquider Markt vorhanden ist. Bei Bitcoin ist die Verwertbarkeit wohl grundsätzlich sichergestellt. Je weniger verbreitet und je weniger aktiv der Handel mit der entsprechenden Kryptowährung ist, desto eher wird das Kriterium der Verwertbarkeit zum Problem. Denn der Vermögenswert muss verwertbar sein, damit dem Gedanken der Kapitalaufbringung und dem Gläubigerschutz Rechnung getragen werden kann. Der Verwertungserlös des als Sacheinlage eingebrachten Aktivums soll auch im Konkursfall als Haftungssubstrat zur Verfügung stehen. Beim Entscheid über die Zulassung von Kryptowährungen zur Kapital-Liberierungen scheint die Verwertbarkeit das Kriterium zu sein, das den involvierten Handelsregisterämtern am meisten Sorgen bereitet. Während die Verwertbarkeit wie erwähnt stets einen «beschränkten Markt» voraussetzt, kann der freihändige Verkauf einer Kryptowährung im Krisenfall mit gewissen technischen Hürden behaftet sein.

Trotz Bestehen eines «beschränkten Marktes»⁷⁰ ist dennoch denkbar, dass die Gesellschaft ihre Kryptowährung nicht verwerten kann. Wie in IV.A.3. beschrieben, beweist zum Beispiel ein «Kontoauszug» einer Handelsplattform, welche der Gesellschaft technisch keinerlei Möglichkeit zur Kontrolle über die privaten Schlüssel bietet, nur begrenzt, dass sie über die Kryptowährung tatsächlich verfügen und diese verwerten kann. Zentrales Kriterium einer Verwertung ist mithin die validierte Transaktion auf der Blockchain. Entsprechend muss die

⁶⁵ Vgl. Art. 634 Ziff. 2 OR.

⁶⁶ Siehe oben II.

⁶⁷ Vgl. oben II. (FN 22).

⁶⁸ Sog. *paper wallet*, welches den privaten Schlüssel z.B. als QR-Code darstellt, vgl. Internet: <http://www.qrcode.com/en/> (Abruf 10.10.2017).

⁶⁹ EHRA, Mitteilung (FN 26), 3 f.

⁷⁰ Vgl. die erwähnten Handelsplattformen in II. (FN 16).

Gesellschaft zunächst in der Lage sein, den Zugang des Vermögenswertes in ihren Machtbereich durch validierte Transaktionen auf der Blockchain zu belegen. Ist darüber hinaus hinreichend und auch nach technischen Kriterien belegt, dass die Gesellschaft über die privaten Schlüssel verfügen und entsprechende Folgetransaktionen gültig signieren kann, dürfte das Kriterium der Verwertbarkeit erfüllt sein.

5. Regulatorische Herausforderungen

Die Regulierung von Kryptowährungen ist ein *moving target*. Entsprechend gilt es genau zu beobachten und abzuklären, ob der Handel von bestimmten Kryptowährungen aus regulatorischer Sicht besondere Voraussetzungen erfüllen muss. Dabei ist insbesondere im Hinterkopf zu behalten, ob die zu gründende Gesellschaft, wenn sie ihr Kapital in Kryptowährung halten möchte, besondere finanzmarktrechtliche Rahmenbedingungen einzuhalten hat. Es sind hierbei insbesondere Verletzungen von Banken- und Geldwäschereirecht oder von anderen finanzmarktregulatorischen Vorgaben zu vermeiden. Andernfalls droht der Gesellschaft schlimmstenfalls in Anwendung von finanzmarktrechtlichen Erlassen die aufsichtsrechtliche Liquidation.⁷¹

B. Sacheinlagevertrag

Gemäss Art. 634 OR gelten Sacheinlagen nur dann als Deckung des neu auszugebenden Gesellschaftskapitals, wenn sie gestützt auf einen schriftlichen Sacheinlagevertrag geleistet werden und die Gesellschaft nach Eintragung der Gründung in das Handelsregister sofort als Eigentümerin darüber verfügen kann. Analoges gilt gemäss Art. 652c OR für die Kapitalerhöhung.

Der Sacheinleger und die (sich in Gründung befindende) Gesellschaft schliessen einen Sacheinlagevertrag. Auf diesen Vertrag ist Kaufrecht anwendbar, wird doch ein Austausch von Aktien gegen Vermögenswerte vereinbart.⁷² Der Sacheinlagevertrag muss schriftlich abgefasst werden. Gelten für das Übertragungsgeschäft strengere Formvorschriften, sind diese entsprechend einzuhalten.⁷³ Im Sacheinlagevertrag sind zwingend der spezifizierte

Einlagegegenstand und die Anzahl der auszugebenden Aktien sowie deren Ausgabebetrag anzugeben.

Es fragt sich somit, ob ein schriftlicher Vertrag genügt, um eine Kryptowährung rechtsgültig zu übertragen und sicherzustellen, dass die Gesellschaft nach Eintragung der Gründung beziehungsweise der Kapitalerhöhung im Handelsregister frei über die eingelegte Kryptowährung verfügen kann. In Art. 634 Ziff. 1 OR ist definiert, dass Sacheinlageverträge schriftlich oder öffentlich beurkundet sein müssen. Die öffentliche Beurkundung ist jedoch nur dann für den Sacheinlagevertrag notwendig, wenn der zu übertragende Gegenstand für die Übertragung die öffentliche Beurkundung voraussetzt, wie dies zum Beispiel bei Grundstücken nach Art. 657 Abs. 1 ZGB der Fall ist. Entsprechend genügt für die Kryptowährung gemäss Art. 634 Ziff. 1 OR die Schriftform.

Bei der Übertragung stellen sich diverse Rechtsfragen.⁷⁴ An dieser Stelle kann offenbleiben, ob der Vertragsgegenstand der Kryptowährung zum Beispiel eher dem Kauf- oder Tauschrecht zuzuordnen ist. Praktisch empfiehlt sich zunächst, im Sacheinlagevertrag die oben beschriebenen technischen Aspekte der Verfügbarkeit und Verwertbarkeit abzubilden. Je nach Art, wie die Kryptowährung vom Sacheinleger verwahrt wird, ist das vertragliche Leistungsprogramm unterschiedlich auszugestalten. *Idealiter* verfügt die (sich in Gründung befindliche) Gesellschaft über ein für die Transaktion speziell geschaffenes Kryptowährungskonto beziehungsweise eine entsprechend gewidmete Adresse. Der Sacheinleger ist vertraglich zu verpflichten, die für die konkrete Wallet notwendigen Handlungen vorzunehmen, um die entsprechenden Transaktionen gültig zum Beispiel auf der Blockchain zu registrieren. Was eine zur genügenden Erfüllung des Vertrags notwendige Handlung ist, ergibt sich somit aus den Parametern der verwendeten Kryptowährung und Aufbewahrungslösung. Beispielsweise ist auch denkbar, dass Transaktionen nicht (unmittelbar) auf der Blockchain registriert werden («*off-chain*»)⁷⁵ Auch mit Blick auf den Gründungsbericht und unter Haftungsgesichtspunkten scheint es empfehlenswert, die Ausgangslage von der technischen Seite her sowie das entsprechende vertragliche Leistungsprogramm möglichst detailliert zu dokumentieren. Sicherlich muss die Kryptowährung präzise bezeichnet werden. Insbesondere ist der Name der Kryptowährung mit Handelsabkürzung anzugeben. Auch

⁷¹ Vgl. ein allgemeines Anwendungsbeispiel einer aufsichtsrechtlichen Liquidation in BGE 136 II 43.

⁷² Vgl. ZK-CRAMER (FN 33), Art. 634 OR N 21; MARKUS BÖSIGER, Sacheinlage- und Sachübernahmevertrag, SZW 2017, 398 ff.

⁷³ Vgl. ZK-CRAMER (FN 32), Art. 634 OR N 25; RINO SIFFERT/ADRIAN TAGMANN, in: Rino Siffert/Nicholas Turin (Hrsg.), Handelsregisterverordnung (HRegV), Stämpflis Handkommentar, Bern 2013 (zit. SHK HRegV-Verfasser), Art. 43 N 31.

⁷⁴ Für eine eingehende Beurteilung der Haftungs- und Risikokonstellationen nach deutschem Recht vgl. PESCH (FN 11), 138–199.

⁷⁵ Vgl. JOSEPH POON/THADDEUS DRYJA, The Bitcoin Lightning Network: Scalable Off-Chain Instant Payments, Internet: <https://lightning.network/lightning-network-paper.pdf> (Abruf 10.10.2017).

die Anzahl der *Tokens*, die eingelegt werden, ist zu nennen. Schliesslich dokumentiert der Sacheinlagevertrag in den Vollzugsbestimmungen zum Beispiel, auf welchem Wallet sich die Kryptowährung befindet und mit welchen Handlungen die *Tokens* auf das Wallet der Gesellschaft übertragen werden. Unter Formgesichtspunkten erscheint hierfür ein schriftlicher Vertrag ausreichend, weitere Formerfordernisse sind für den Sacheinlagevertrag gemäss Art. 634 Ziff. 1 OR nicht notwendig. Kommen *cold wallets* zum Einsatz, wird die Aufgabe «klassisch» über den Fahrniskauf, gegebenenfalls ergänzt mit Kautelen zur Sicherstellung der Signierung der Transaktion auf der Blockchain, gelöst werden können.

C. Gründungs- beziehungsweise Kapitalerhöhungsbericht

Schriftlich legen im Gründungsbericht die Gründer beziehungsweise im Kapitalerhöhungsbericht der Verwaltungsrat Rechenschaft über die Art und den Zustand von Sacheinlagen und die Angemessenheit der Bewertung ab (Art. 635 Ziff. 1 OR).⁷⁶ Dabei ist im Gründungs- beziehungsweise im Kapitalerhöhungsbericht auszuführen, dass die Sacheinlagevoraussetzungen gegeben sind. Bei nicht in traditionellem Bargeld erfolgten Kapital-Liberierungen wird das Risiko als erhöht betrachtet, dass durch Falschbewertung eine Aushöhlung des Haftungssubstrats der Gesellschaft bewirkt werden kann. Der gesetzliche Zwang zur schriftlichen Rechenschaftsablegung mit anschliessender Prüfung durch einen zugelassenen Revisor verbunden mit der allgemeinen Gründungshaftung (Art. 753 OR) soll deshalb Gewähr bieten, dieses Risiko so weit wie möglich zu minimieren. Der Gründungs- beziehungsweise Kapitalerhöhungsbericht dient auch als Grundlage für die Prüfstelle und hat daher die Informationen zu enthalten, welche notwendig sind, um die Angemessenheit der Bewertung nachzuvollziehen.⁷⁷

Der eingelegte Vermögenswert muss im Gründungs- beziehungsweise Kapitalerhöhungsbericht präzise beschrieben werden.⁷⁸ Die Bewertung hat sich nach objektiven Kriterien zu richten, und es muss aufgezeigt werden, weshalb die Bewertung vernünftig ist, was bedeutet, dass

auch die Bewertungsmethode offengelegt werden muss.⁷⁹ Welchen Nutzen die Sacheinlage für die Gesellschaft hat, ist grundsätzlich nicht anzugeben.⁸⁰

Im Zusammenhang mit der Kapital-Liberierung mittels Kryptowährung ist deshalb unseres Erachtens im Gründungsbericht zwingend explizit auf die für die Bewertung abgestellten Handelsplattformen und den dort eruierten Handels- beziehungsweise Marktwert im Zeitpunkt des Gründungs- beziehungsweise Kapitalerhöhungsberichtes zu verweisen. Nur so kann angesichts der aktuellen Vielzahl von verschiedenen Handelsplattformen objektiv nachvollzogen werden, wie die Bewertung der eingelegten Kryptowährung zustande kam. Analog zur Praxis der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) bei der Steuerbewertung von Kryptowährungen sollte idealerweise auch hier auf das arithmetische Mittel mehrerer dieser Handelsplattformen abgestellt werden.⁸¹ Ein willkürlicher Bewertungsabschlag (z.B. pauschal 20–30% vom gezahlten Preis oder vom aktuellen Marktpreis) auf der Kryptowährung ist unzulässig. Stattdessen sind die allgemeinen Bilanzierungs- und Bewertungsregeln anwendbar.⁸²

Wird das Aktienkapital der Gesellschaft mittels einer weniger verbreiteten Kryptowährung liberiert, ist im Gründungsbericht zu erwähnen, welche Kryptowährung genau eingelegt wird und wer als Ausgeber hinter dieser Kryptowährung steht. Sinnvollerweise sollte man zudem den Zweck der Kryptowährung angeben. Damit der Berichtsprüfer später bei seiner Prüfung die Bewertung der *Tokens* nachvollziehen kann, sind insbesondere Besonderheiten wie *mining caps* und die Anzahl bereits ausgegebener *Tokens* zu nennen. Weiter ist analog anderen Währungen und Beteiligungsrechten die Handelbarkeit der Kryptowährung anzugeben.⁸³ Es ist insbesondere zu erwähnen, auf welchen Handelsplattformen die Kryptowährung gegenwärtig gehandelt wird und gegen welche Währung (Fiatgeld) oder andere Kryptowährungen mit hohen Transaktionsvolumina und grosser Marktkapitalisierung (in der Regel Bitcoin, Ether) sie eingetauscht werden kann. Letztlich sind auch allfällige Zugangsschranken zu den massgeblichen Handelsplattformen zu erwähnen, da diese den Kreis der potenziellen Käufer der eingelegten Kryptowährung stark eingrenzen.

⁷⁶ Vgl. ZK-CRAMER (FN 33), Art. 635 OR N 7 ff.; BSK OR II-SCHENKER (FN 56), Art. 635 N 3 ff.; SHK HRegV-SIFFERT/TAG-MANN (FN 72), Art. 43 N 46 f.

⁷⁷ MANUEL MEYER, Die Sacheinlage im Aktienrecht, Diss. Freiburg i.Ue., Zürich/St. Gallen 2015, N 680; vgl. ZK-CRAMER (FN 33), Art. 635 OR N 2 f.

⁷⁸ BSK OR II-SCHENKER (FN 56), Art. 635 N 4.

⁷⁹ BSK OR II-SCHENKER (FN 56), Art. 635 N 3 mit Verweisen, u.a. BGE 132 III 673 E. 3.2.1; ZK-CRAMER (FN 33), Art. 635 OR N 13; vgl. oben IV.C.

⁸⁰ Vgl. MEYER (FN 77), N 683.

⁸¹ FRANCO GENNARI, Wie deklariert man Bitcoins in der Steuererklärung?, Die Volkswirtschaft 8–9/2017, 34 ff., 34.

⁸² Vgl. Art. 959 Abs. 2 i.V.m. Art. 960 f. OR; vgl. oben IV.A.1.

⁸³ Vgl. MEYER (FN 77), N 687.

Da der Bewertungszeitpunkt der Sacheinlage oftmals nicht mit dem Tag der Eintragung der Gründung beziehungsweise der Kapitalerhöhung in das Handelsregister zusammenfällt und alle Kryptowährungen zurzeit noch eine sehr grosse Volatilität aufweisen, ist es unerlässlich, die Bewertung mit einer erhöhten Sicherheitsmarge auszustatten.⁸⁴ Das heisst, dass zusätzliche Mengen an Kryptowährung eingebracht werden sollten, falls mit sinkenden Kursen gerechnet wird. Auf dies ist im Gründungs- beziehungsweise Kapitalerhöhungsbericht besonders hinzuweisen.

Das Handelsregisteramt wird dann bei Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen oft nochmals eine Prüfung des aktuellen Handels- beziehungsweise Marktwerts aufgrund der im Gründungs- beziehungsweise Kapitalerhöhungsbericht erwähnten und selbst als zuverlässig qualifizierten Handelsplattformen oder Webportale im Zeitpunkt des Tagebucheintrags vornehmen.⁸⁵

D. Prüfungsbestätigung

Ungeachtet, ob die Gesellschaft später der Revisionspflicht unterliegt oder nicht, muss bei einer Sacheinlagegründung oder -kapitalerhöhung zwingend ein zugelassener Revisor einen Prüfbericht erstellen. Der Revisor muss bestimmte fachliche Voraussetzungen erfüllen, er hat sowohl in persönlicher wie auch in sachlicher Hinsicht unabhängig zu sein.⁸⁶

Der Prüfungsbestätigung kommt bei der Sacheinlagegründung beziehungsweise -kapitalerhöhung regelmässig eine zentrale Bedeutung zu, wird hier doch durch den staatlich zugelassenen und beaufsichtigten unabhängigen Revisor der Gründungs- beziehungsweise Kapitalerhöhungsbericht und die darin gemachten Aussagen (insbesondere auch zur Bewertung der eingelegten Aktiven) einer objektiven, unabhängigen Prüfung unterzogen, auf die sich die weiteren involvierten Parteien wie Urkundsperson, Handelsregisteramt und schliesslich auch Gläubiger verlassen und verlassen dürfen.⁸⁷

Die Prüfung des Entwurfs des Gründungs- beziehungsweise Kapitalerhöhungsberichts reicht aus, jedoch darf der Prüfungsbericht erst nach dem unterzeichneten Gründungs- beziehungsweise Kapitalerhöhungsbericht

ausgestellt werden.⁸⁸ Der Revisor hat zwar nicht selbst Rechenschaft über die Bewertung der Sacheinlage abzugeben, er hat aber zu prüfen, ob die von den Gründern beziehungsweise dem Verwaltungsrat bei der Kapitalerhöhung abgegebene Rechenschaft über die «Angemessenheit der Bewertung» (Art. 635 Ziff. 1 OR) vertretbar ist.⁸⁹ Weder die Urkundsperson bei der öffentlichen Beurkundung noch das Handelsregister kontrollieren den Prüfbericht inhaltlich. Vorbehalten bleiben selbstverständlich offensichtliche Mängel.

Auch gemäss den verbandseigenen Standards hat der Gründungs- beziehungsweise Kapitalerhöhungsprüfer neben der Sacheinlagefähigkeit der einzubringenden Aktiven insbesondere die Angemessenheit der Bewertung zu prüfen. Massgebender Richtwert für die Obergrenze der Bewertung ist dabei der Verkehrswert, der nach Möglichkeit mithilfe der «gängigen Marktwerte» zu ermitteln ist, «sofern für den eingelegten oder übernommenen Gegenstand überhaupt ein Markt besteht».⁹⁰ Das Bestehen eines Marktwerts ist demnach nicht *per se* eine notwendige Voraussetzung für das Bestehen einer angemessenen Bewertung, was bei der Eruiierung des Verkehrswertes weniger häufig gehandelter Kryptowährungen wichtig sein kann. Hier muss der Verkehrswert anhand von Hilfswerten eruiert werden. Gemäss dem Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung wird bei Fehlen eines Marktwerts denn auch «wegen ihrer leichten Feststellbarkeit und Überprüfbarkeit die historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten beigezogen».⁹¹ Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Werte von Kryptowährungen zum Teil sehr volatil sind. Dementsprechend ist zu beachten, dass allfällige Wertverluste antizipiert werden und dementsprechend mehr Kryptowährung mittels Sacheinlage eingebracht wird, damit der Prüfer (und später der Notar sowie das kantonale und das eidgenössische Handelsregisteramt) den geleisteten Gegenwert überprüfen kann und feststellt, dass das Aktienkapital wie versprochen liberiert wird (vgl. hierzu oben IV.A.1. am Ende). Der Gründungsprüfer sollte mit aller Vorsicht die Bewertung überprüfen, da er bereits bei leichter Fahrlässigkeit für den allfällig mit der Gründung entstehenden Schaden gestützt auf Art. 753 oder Art. 755 OR verantwortlich werden kann.

⁸⁴ Vgl. auch ZK-CRAMER (FN 33), Art. 635 OR N 15; BÖCKLI (FN 52), § 1 N 401.

⁸⁵ Das Handelsregisteramt des Kantons Zug stellt beispielsweise auf die aktuellen und historischen Zahlen des Webportals <http://www.finanzen.ch/ab>.

⁸⁶ Vgl. BSK OR II-SCHENKER (FN 56), Art. 635a N 3; MEYER (FN 77), N 705 ff.; ZK-CRAMER (FN 33), Art. 635a OR N 3.

⁸⁷ Vgl. MEYER (FN 77), N 721.

⁸⁸ Vgl. MEYER (FN 77), N 707.

⁸⁹ Vgl. BSK OR II-SCHENKER (FN 56), Art. 635a N 5; MEYER (FN 77), N 710; ZK-CRAMER (FN 33), Art. 635a OR N 6; vgl. SHK HRegV-SIFFERT/TAGMANN (FN 73), Art. 43 N 50 f.

⁹⁰ Treuhand-Kammer (Hrsg.), Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band 3: Andere Prüfungen, Zürich 2009, 17.

⁹¹ Treuhand-Kammer (FN 90), 18.

E. Öffentliche Beurkundung

Im Rahmen der öffentlichen Beurkundung der qualifizierten Gründung beziehungsweise Kapitalerhöhung sind der beurkundenden Urkundsperson sämtliche Belege vorzulegen. Im Errichtungsakt beziehungsweise der Feststellungsurkunde über die Beschlüsse des Verwaltungsrats bei der Kapitalerhöhung hat die Urkundsperson die ihr vorgelegten Belege einzeln in der öffentlichen Urkunde zu nennen und zu bestätigen, dass diese ihr und den Gründern beziehungsweise dem Verwaltungsrat vorgelegen haben (Art. 631 Abs. 1 OR bzw. Art. 652g Abs. 2 OR), so auch den Gründungs- beziehungsweise Kapitalerhöhungsbericht.

Die Urkundsperson trifft dabei die Pflicht einer formellen Überprüfung der vorgelegten Belege. Sie hat zu prüfen, ob die Belege ihrem Aussehen nach formell in Ordnung sind, die vom Gesetz verlangten Angaben enthalten und ob deren Inhalt mit den von ihr zu beurkundenden Feststellungen der Gründer beziehungsweise des Verwaltungsrats übereinstimmt.⁹² Die Urkundsperson muss jedoch nicht das Bestehen der Rechtsverhältnisse bezeugen, die in den Belegen festgehalten werden. Das heisst, sie kann sich ohne Vorliegen offensichtlich gegenteiliger Informationen auf die Richtigkeit der Aussagen im Sacheinlagevertrag und im Gründungs- beziehungsweise Kapitalerhöhungsbericht wie auch in der Prüfungsbestätigung verlassen.⁹³

Zu bedenken ist allerdings, dass auch die Urkundsperson im Rahmen einer allfälligen Gründungshaftung bereits bei Vorliegen einer leichten Fahrlässigkeit passiv legitimiert sein kann. Es empfiehlt sich deshalb wohl auch für die involvierte Urkundsperson, die Bewertung der eingelegten Kryptowährung anhand der vernünftigerweise erhältlichen Online-Informationen im Zeitpunkt der Beurkundung nochmals zu kontrollieren.

F. Vorprüfung beim Handelsregisteramt

Eine durch die Autoren dieses Aufsatzes durchgeführte schriftliche Umfrage bei sämtlichen Handelsregisterämtern der Schweiz hat gezeigt, dass per Mitte Oktober 2017 noch keine einheitliche Handelsregisterpraxis zum Thema Liberierung mittels Kryptowährung bestand. Die Mehrheit der antwortenden Handelsregisterämter steht

der Sacheinlagefähigkeit von Kryptowährungen jedoch positiv gegenüber.⁹⁴ Vorbehalte sind grossmehrheitlich bei der Bewertung der Kryptowährungen geäussert worden, wonach die Bewertung sehr vorsichtig erfolgen soll und zusätzlich mit einer ausreichenden Sicherheitsmarge zu versehen sei, um allfälligen Kursschwankungen bis zur erfolgten Eintragung vorzubeugen.

Diejenigen Handelsregister, die die Sacheinlagefähigkeit von Kryptowährungen verneinten, folgen der Auffassung, dass die Voraussetzung der Verwertbarkeit oder der Bewertbarkeit nicht gegeben sind. Als Gründe nannten die betroffenen Handelsregister, dass es zurzeit unklar sei, wie der Regulator in Zukunft Kryptowährungen behandeln wird, und dass momentan kein verbindlicher Umrechnungskurs besteht, der eine einheitliche Bewertung zulassen würde.

Im Rahmen unserer Umfrage bei den Handelsregisterämtern wurde gelegentlich auf die bei den WIR-Guthaben entwickelte Praxis hingewiesen, welche von einem pauschalen Bewertungsabschlag von 30% ausgeht. Denn wie Kryptowährungen sind auch WIR-Guthaben – obwohl die Teilnehmer diese in CHF denominieren – nicht als gesetzliches Zahlungsmittel zu qualifizieren.⁹⁵

Tatsächlich lassen sich jedoch die WIR-Guthaben, namentlich bezüglich der Parameter Transaktionshäufigkeit und Anzahl Gegenparteien, unseres Erachtens nur begrenzt mit den vorliegend besprochenen Kryptowährungen vergleichen. Obwohl der Kreis der WIR-Gemeinschaft für den Schweizer Markt relativ gross ist – rund 45'000 KMU haben ein Konto bei der WIR-Bank, auf der Marktplattform sind rund 31'000 Anbieter beziehungsweise aktive Tauschpartner registriert⁹⁶ –, lassen sich im Wirtschaftsring nicht immer Tauschpartner finden.

Für die vorliegende Diskussion ist zudem zu beachten, dass sich die Praxis eines grundsätzlichen, pauscha-

⁹² BSK OR II-SCHENKER (FN 56), Art. 631 N 2; vgl. MEYER (FN 77), N 721 f.; vgl. SHK HRegV-SIFFERT/TAGMANN (FN 73), Art. 43 N 5 ff.

⁹³ BSK OR II-SCHENKER (FN 56), Art. 631 N 2; vgl. MEYER (FN 77), N 721 f.

⁹⁴ Insgesamt haben 24 der 26 kantonalen Handelsregisterämter bei der Erhebung mitgemacht, wovon 19 Handelsregisterämter die Sacheinlagefähigkeit dem Grundsatz nach bejahen. Zwei Handelsregisterämter stehen der Sacheinlagefähigkeit eher kritisch gegenüber und drei Handelsregisterämter lehnen die Sacheinlagefähigkeit ab und würden, sofern ein Geschäft angemeldet wird, keine Eintragung vornehmen.

⁹⁵ Vgl. NIKLAS PIEPER, Die rechtliche Struktur bargeldloser Zahlungssysteme. Unter besonderer Berücksichtigung von Barter-Clubs und LET-Systemen, Berlin 2002, 176 ff.; sowie MEYER (FN 77), N 565.

⁹⁶ Vgl. Internet: <https://wirmarket.wir.ch/de/members/list/> (Abruf 13.10.2017); dies zeigt sich auch in der Bilanzsumme von fast 5,2 Mrd. CHF und einem kontinuierlichen Wachstum der Kundeneinlagen (CHF), vgl. WIR Bank Genossenschaft, Finanzbericht 2016, Internet: https://www.wir.ch/fileadmin/user_upload/Publikationen/Geschaeftsberichte/wir-gb-2016-de.pdf (Abruf 13.10.2017).

len Abschlags um rund 20–30% beim WIR-Guthaben in Kongruenz mit konkreten Registergeschäften und dem tatsächlich am Markt registrierten Verhalten entwickelt hat. Beispielsweise wurden WIR-Guthaben aufgrund der vertraglichen Verpflichtung der Mitglieder des Wirtschaftsrings, die Guthaben nicht zu verkaufen (sondern für Transaktionen im Wirtschaftsring zu verwenden), jahrelang anonym in Tageszeitungen mit grossen Abschlägen zum Verkauf angeboten. Dabei hat sich der Abschlag von «bis zu 30 Prozent bei Verkauf gegen Franken» als «marktüblich» etabliert,⁹⁷ mit entsprechender Widerspiegelung in der Praxis des EHRA.⁹⁸

Somit reflektiert der praxisgemässe Abschlag bei WIR-Guthaben exakt das Marktverhalten im Wirtschaftsring, wobei namentlich das Handelsregisteramt des Kantons Bern bei Sacheinlagen einzelfallweise abklärt, ob WIR-Geld zum *Nenn-* oder *Minderwert* anzurechnen ist.⁹⁹

Im Zusammenhang mit Kryptowährungen wäre somit ein pauschaler Bewertungsabschlag – ohne Referenz auf konkret beobachtbares Marktverhalten – auch vor dem Hintergrund der Kognitionsbefugnis der Handelsregister¹⁰⁰ infrage zu stellen.

Ausgangspunkt jedes Registergeschäfts ist die von der Rechtseinheit im Rahmen der Anmeldung eingereichte Dokumentation. Unter Berücksichtigung der Kognitionsbefugnis – und der korrelierenden Kognitionspflicht – sind die Behörden berufen, grundsätzlich von der inhaltlichen Richtigkeit der Belege¹⁰¹ und somit auch von der Angemessenheit der Bewertung auszugehen. Sind die Unterlagen vollständig, das heisst, sind insbesondere Gründungs- beziehungsweise Kapitalerhöhungsbericht und Prüfungsbestätigung¹⁰² hinreichend dokumentiert,

sollte die Bewertung der Sacheinlagen grundsätzlich von der weiteren Prüfung ausgeschlossen sein.¹⁰³

In der Konsequenz wäre ein behördlich verlangter, zusätzlicher Pauschalabschlag von der etablierten Kognitionsformel des Bundesgerichtes¹⁰⁴ kaum mehr erfasst, namentlich wenn gemäss Prüfungsbestätigung die typischen hohen Transaktionsvolumina und die Volatilität der jeweiligen Kryptowährung berücksichtigt wurden. Angesichts der bewährten Praxis kantonaler Vorprüfungsverfahren und der sich abzeichnenden, pragmatischen und konsensualen Lösungen ist zu wünschen, dass der Ansatz via «Pauschalabzug» im Feld der Theorie verbleibt.

Im Einzelfall wäre es deshalb wohl empfehlenswert, eine geplante, mittels einer Kryptowährung zu liberierende Gründung oder Kapitalerhöhung mit dem zuständigen Handelsregisteramt vorzubesprechen, allenfalls im Rahmen eines formellen Vorprüfungsbegehrens. Gemäss der Online-Mitteilung des Handelsregisteramts des Kantons Zug dürfte dies insbesondere dann angezeigt sein, wenn es sich bei der einzulegenden Kryptowährung nicht um Bitcoin (XBT/BTC), Bitcoin Cash (BCH) oder Ether (ETH) handelt.¹⁰⁵ Die meisten Handelsregisterämter in der Schweiz bieten gegen eine separate Gebühr eine Vorprüfung sämtlicher Handelsregisterbelege an.¹⁰⁶

G. Betriebswirtschaftliche Sicht

Aus betriebswirtschaftlicher Sicht ist es aufgrund der bereits beschriebenen Probleme erheblich einfacher (und evtl. sogar günstiger), das Aktienkapital bar zu liberieren und erst nach der Gründung oder Kapitalerhöhung die Kryptowährung auf dem Markt zu erwerben, anstatt den Weg über die qualifizierte Liberierung zu wählen. Wer dennoch eine Kryptowährung als Sacheinlage einbringen könnte, ist mit der Herausforderung konfrontiert, eine genügend hohe Sicherheitsmarke in Form eines zusätzlichen Kryptowährungswertbetrags einzubringen, damit am Tag der Handelsregistereintragung nicht das Aktienkapital unvollständig liberiert wird. Das heisst, dass effektiv mehr Kryptowährung pro Franken Aktienkapital eingebracht werden muss. Sofern trotzdem der Weg über die Liberierung mittels Kryptowährung verfolgt werden soll, müsste etwa aus Gründen der vorsichtigen Bilanzierung der durchschnittliche Kurs oder beispielsweise der tiefste Kurs der letzten dreissig Tage als approximativer

⁹⁷ Vgl. mit Hinweisen auf entsprechende Annoncen in Lokalzeitungen HELMUT CREUTZ, Das Geld-Syndrom: Wege zu einer krisenfreien Wirtschaftsordnung, 5. A., Mainz 2003, 559 f.

⁹⁸ Vgl. Meyer (FN 77), N 565, mit Verweis auf die steuerliche Beurteilung von WIR-Guthaben und die Praxis im Kanton Bern.

⁹⁹ Handelsregisteramt des Kantons Bern, Merkblatt Verrechnungsliberierung (Stand 30.7.2017), Internet: https://www.jgk.be.ch/jgk/de/index/direktion/organisation/hra/formulare_merkblaetter/formulare_merkblaetter2.assetref/dam/documents/JGK/HRA/de/PDF/HRA_Merkblatt_Verrechnungsliberierung_Grundlagen_de.pdf (Abruf 14.10.2017), 3.

¹⁰⁰ SHK HregV-ZIHLER (FN 73), Art. 28 N 34; vgl. auch PETER FORSTMOSER, Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers: Geltende Praxis, Kritik und Lösungsvorschläge, REPRAX 2/99, 1 ff., 16 f.; sowie umfassend CLEMENS MEISTERHANS, Prüfungspflicht und Kognitionsbefugnis der Handelsregisterbehörde, Diss. Zürich, Zürich 1996, 392–457.

¹⁰¹ SHK HregV-ZIHLER (FN 73), Art. 28 N 34.

¹⁰² S. oben IV.B.–D.

¹⁰³ Vgl. auch MEISTERHANS (FN 100), 410.

¹⁰⁴ Vgl. BGE 132 III 668 E. 3.1., S. 672.

¹⁰⁵ Vgl. oben FN 38.

¹⁰⁶ Beim Handelsregisteramt Zürich bewegt sich diese Gebühr in der Regel zwischen CHF 200 und CHF 300.

Wert für die Sacheinlage verwendet werden. Hierzu wäre anschliessend ein zusätzlicher Wert an Kryptowährung einzubringen, um im Hinblick auf die Gründung Wertminderungen der Kryptowährung zu antizipieren. Eine andere Variante besteht darin, bei der Bewertung der Kryptowährungen auf das arithmetische Mittel der Preise mehrerer Handelsplattformen abzustellen und anschliessend einen zusätzlichen Betrag an Kryptowährung aufzubringen, damit allfällige Wertminderungen abgedeckt werden können. Auf alle Fälle ist sicherzustellen, dass der Gegenwert der Kryptowährung bei der Gründung nicht geringer ist als das gezeichnete Aktienkapital. Eine unzulässige Unter-pari-Emission ist zu vermeiden (Art. 624 OR).

Falls zuerst eine Barliberierung stattfindet und anschliessend die Kryptowährung auf dem Markt eingekauft wird, entfallen diese Bewertungsprobleme im Kontext der qualifizierten Gründung. Entsprechend ist bei der Barliberierung auch keine zusätzliche Sicherheitsmarge bei der Bewertung vom im Sacheinlagevertrag vereinbarten Preis einzubringen. Demzufolge wird die Bareinlage mit anschliessendem Erwerb der Kryptowährung auf dem freien Markt, im Vergleich zum Fall der Liberierung mit Kryptowährung, um die entfallende Kryptowährungs-Marge liquiditätsschonender für die Gründer beziehungsweise die Aktionäre, die an der Kapitalerhöhung teilnehmen. Sofern die Aktionäre ohnehin bereits Kryptowährungen halten und alle eingebrachten Kryptowährungen unternehmerisch nutzen wollen, kann der Weg über die qualifizierte Liberierung sinnvoll sein; vorausgesetzt, die Kryptowährung ist überhaupt sacheinlagefähig.

V. Fazit

Eignen sich Bitcoins oder andere Kryptowährungen als Sacheinlage? Die Praxis scheint dies zumindest für Bitcoins vorsichtig mit einem Ja zu beantworten. Die erste Sacheinlage mittels Bitcoin wurde vom Handelsregisteramt des Kantons Zug bereits akzeptiert. Im Kanton Schwyz wurde eine beabsichtigte Sachübernahme für einen vereinbarten Erwerb eines Portfolios verschiedener Kryptowährungen zugelassen. Des Weiteren wurde gezeigt, dass insbesondere die Bewertung und die Verwertbarkeit der Kryptowährung von der Praxis als Hürden betrachtet werden. Bei den weniger etablierten Kryptowährungen ist es umso wichtiger, die Sacheinlagevoraussetzungen sorgfältig und nachvollziehbar nachzuweisen und vorgängig mit dem zuständigen Handelsregisteramt Kontakt aufzunehmen, um die Gründung oder Kapitalerhöhung vorzubereiten. Zudem ist darauf hinzu-

weisen, dass die Regulierung von Kryptowährungen sich rasant ändert. Entsprechend gilt es jeden Einzelfall sorgfältig abzuklären.

Die alternative (und im Falle eintretender Wertverluste auch günstigere) Vorgehensweise besteht darin, die Gründung mittels Barliberierung durchzuführen und im nächsten Schritt auf einer Börse von unabhängigen Dritten, zum Beispiel auf dem freien Markt, die entsprechende Kryptowährung zu erwerben. Damit lassen sich beiden Kernprobleme der Liberierung von Kryptowährungen – die Bewertung und die Verwertbarkeit – ohne Weiteres vermeiden.