

Tobias Buff

Tagungsbericht zur Veranstaltung «Notariat und digitale Welt» am Notariatstag 2018 des Verbandes bernischer Notare

Am 14. Juni 2018 wurde anlässlich des Notariatstages des Verbandes bernischer Notare ein Weiterbildungsteil zum Thema «Notariat und digitale Welt» durchgeführt. Prof. Dr. Mirjam Eggen zeigte in ihrem Referat Möglichkeiten der Vertragsschliessung und -erfüllung mittels Blockchain-Technologie auf. Prof. Dr. Stephan Wolf und Dr. Martin Eggel stellten überblicksartig die Auswirkungen der Digitalisierung insbesondere auf das Zivilrecht und die notarielle Praxis dar. Insgesamt wurde mit dem Weiterbildungsanlass eine grosse Sensibilisierung für die vielfältigen, mit der Thematik einhergehenden Probleme erreicht.

Beitragsarten: Tagungsberichte

Rechtsgebiete: Erbrecht; Privatrecht; Informatik und Recht; Notariats- und Anwaltsrecht; OR besonderer Teil

Zitiervorschlag: Tobias Buff, Tagungsbericht zur Veranstaltung «Notariat und digitale Welt» am Notariatstag 2018 des Verbandes bernischer Notare, in: Jusletter 2. Juli 2018

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Privatrecht auf der Blockchain
3. Auswirkungen der Digitalisierung insbesondere auf das Zivilrecht und die notarielle Praxis

1. Einleitung

[Rz 1] Die Verlagerung des Rechtsverkehrs in die digitale Welt ist eine seit der Kommerzialisierung des Internets in den Neunzigerjahren fortschreitende Entwicklung, welche durch neue Technologien wie die Blockchain zusätzlichen Aufwind erhält. Weil das Thema auch für die notarielle Praxis von zunehmender Bedeutung ist, war der Weiterbildungsteil des Notariatstages des Verbandes bernischer Notare dem Thema «Notariat und digitale Welt» gewidmet. Dazu konnte die Präsidentin des Verbandes, BIRGIT BIEDERMANN, Rechtsanwältin und Notarin, eine grosse Zahl von Notarinnen und Notaren begrüssen. Die Veranstaltung bot eine willkommene Gelegenheit, einen Überblick über das Notariat und die Aufgaben der Urkundspersonen in der digitalen Welt zu gewinnen sowie diesbezüglich bestehende offene Fragen anzusprechen und zu diskutieren.

2. Privatrecht auf der Blockchain

[Rz 2] Prof. Dr. MIRJAM EGGEN, Rechtsanwältin, LL.M., assoziierte Professorin für Privatrecht und Finanzmarktrecht an der Universität Bern, hielt ein Referat über die Blockchain, in welchem sie über die vertragsrechtlichen Möglichkeiten der Blockchain-Technologie sowie die Natur und den Einsatz von Tokens sprach. Die Blockchain wird als eine digitale Datenbank verstanden, welche Transaktionen aufzeichnet und diese mit einer Signatur versieht. Inhalt einer solchen Transaktion kann alles sein, was sich digital erfassen und speichern lässt – d.h. ein Bild, eine Zahlenfolge oder ein Textdokument. Die einzelnen Transaktionen werden zusammengeschlossen und zu einem Block angeordnet. Diese Blöcke werden aneinandergereiht und bilden eine Kette – die Blockchain – welche durch neue Blöcke stetig erweitert wird. Sind die Blöcke gebildet und an die Kette gereiht, ist eine Manipulation der verankerten Transaktionen nur sehr schwer möglich. Dies resultiert primär aus dem Umstand, dass die Blockchain dezentral und redundant auf den Rechnern aller Nutzer abgelegt wird. Ursprünglich wurde die Blockchain vorwiegend für den Handel mit Kryptowährungen wie Bitcoin verwendet. Heute ist es technisch möglich, alle Vermögenswerte, welche sich digital abbilden lassen, auf einer Blockchain zu handeln. Die digitale Abbildung der Vermögenswerte erfolgt mit Tokens. Damit die Vermögenswerte übertragen werden können, wird der den Vermögenswert repräsentierende Token vom bisherigen Inhaber auf einen weiteren Teilnehmer der Blockchain umgebucht.

[Rz 3] Die vertragsrechtlichen Geschäfte auf der Blockchain werden in zwei Dimensionen aufgeteilt: die Vornahme eines Rechtsgeschäfts und dessen blosse Dokumentation. Beides ist sowohl bei Verpflichtungs- als auch bei Verfügungsgeschäften möglich. Daraus ergeben sich vier interessante Anwendungsfälle der Blockchain im Vertragsrecht. (1) Die Blockchain als Vertragsregister (Dokumentation Verpflichtungsgeschäft): Die Dokumentation von Vertragsabschlüssen auf der Blockchain eignet sich insbesondere darum, weil deren Manipulation nur sehr schwer möglich ist. Durch die digitale Dokumentation wird den Parteien der Nachweis erleichtert, dass ein bestimmter Vertrag effektiv abgeschlossen worden ist. Praktische Bedeutung erlangt das auf der Blockchain basierende Vertragsregister insbesondere in Konstellationen, in denen Parteien eine

Vielzahl gleichartiger Verträge abschliessen, etwa im Handel mit Finanzinstrumenten. Die Akzeptanz solcher Vertragsregister und Vertragsdokumentationen als Beweismittel vor Gericht ist heute aber noch ungewiss. (2) Der Vertragsabschluss auf der Blockchain (Abschluss Verpflichtungsgeschäft): Der Abschluss von Verträgen auf der Blockchain allein ist bis anhin in der Praxis nur von geringer Bedeutung, da er häufig mit der Vertragserfüllung verbunden wird oder ausserhalb der Blockchain stattfindet. (3) Eigentumsregister auf der Blockchain (Dokumentation Verfügungsgeschäft): Öffentliche Register wie das Grundbuch könnten künftig auf der Blockchain dokumentiert werden. Dadurch würde der Intermediär, das Grundbuchamt, durch ein Computersystem ersetzt. Vorteil eines dezentralisierten Eigentumsregisters ist, dass die Zugänglichkeit erhöht wird und Geschäfte schneller abgewickelt werden können. In der Schweiz ist ein Transfer des Grundbuches auf die Blockchain aber wenig naheliegend. (4) Übertragungssystem auf der Blockchain (Abwicklung Verfügungsgeschäft): Voraussetzung für die eigentliche Erfüllung des Vertrages auf der Blockchain ist, dass die rechtlichen Bedingungen für eine Übertragung der fraglichen Vermögenswerte mit der Umbuchung des Tokens auf der Blockchain eingehalten werden können. Dazu ist erforderlich, dass ein gültiger Rechtsgrund für die Übertragung vorliegt und der neue Eigentümer die tatsächliche Herrschaft – den Besitz – an der Sache erlangt. Die blosser Verschiebung des Tokens auf den neuen Eigentümer genügt zum Besitzübergang nicht. Es muss dem Käufer vielmehr ermöglicht werden, den durch den Token repräsentierten Vermögenswert nach der Verschiebung effektiv zu beherrschen. Dies kann erreicht werden, indem der Vermögenswert als Smart Property in die Blockchain aufgenommen wird. Smart Property liegt vor, wenn ein Gegenstand durch einen Token auf der Blockchain vertreten ist und der jeweilige Inhaber des Tokens in der realen Welt auf den Gegenstand zugreifen kann. Der Gegenstand muss erkennen, dass genau die Person auf ihn zugreifen will, die auf der Blockchain über den Token verfügt. Dies wird durch einen Smart Contract erreicht. Sobald der Token auf der Blockchain verschoben wird, ermöglicht dieses Computerprogramm dem Käufer, auf den Vermögenswert zuzugreifen. Der Käufer erhält damit die tatsächliche Herrschaft über den Vermögenswert.

[Rz 4] Es bestehen somit durchaus Möglichkeiten, Verträge über die Blockchain abzuschliessen und abwickeln zu können. Die Rechtswissenschaft ist dabei gefordert, diese Mechanismen so auszugestalten, dass rechtssichere Transaktionen möglich sind. Nach Ansicht der Referentin ist es deshalb absehbar, dass Anwälte und Notare in Zukunft vermehrt mit IT-Fachleuten zusammenarbeiten werden, um diese neuen Möglichkeiten der Vertragsabwicklung technisch realisieren zu können.

3. Auswirkungen der Digitalisierung insbesondere auf das Zivilrecht und die notarielle Praxis

[Rz 5] Prof. Dr. STEPHAN WOLF, Fürsprecher und Notar, ordentlicher Professor für Privatrecht sowie Notariatsrecht an der Universität Bern, und Dr. MARTIN EGGEL, Rechtsanwalt, LL.M., Oberassistent am Zivilistischen Seminar der Universität Bern, näherten sich der Thematik von zwei Seiten: Einmal wurden die Auswirkungen der Digitalisierung im Allgemeinen auf ein spezifisches Rechtsgebiet – das Erbrecht – betrachtet, anschliessend eine spezifische Innovation der Digitalisierung – nämlich Kryptowährungen – und ihre Auswirkungen auf das Zivilrecht im Allgemeinen, wobei beide Mal insbesondere die notariellen Bezüge untersucht wurden. Im Sinne einer Vorbemerkung wurde festgehalten, dass es zunächst wichtig ist, auch bei digitalen Vorgängen die faktische Ebene strikt von der juristischen Ebene zu trennen. Beispielsweise können die Zugangs-

daten für ein Bankkonto so aufbewahrt werden, dass im Todesfall oder bei späterer Urteilsunfähigkeit eine Vertrauensperson darauf zugreifen kann. Ob die Vertrauensperson dies dann auch tun darf oder gar muss, ist damit jedoch ebenso wenig gesagt, wie ob ihr die Vertretungs- und Verfügungsmacht über das Konto zukommt.

[Rz 6] Der Zugang zur Thematik *Digitalisierung und Erbrecht* erfolgte durch allgemeine Ausführungen zum Begriff des digitalen, vererblichen Vermögens.

[Rz 7] Unter dem digitalen Vermögen einer Person werden die ihr zugeordneten digitalen Daten verstanden, welche unter Umständen einen erheblichen finanziellen Wert aufweisen können. Zu denken ist etwa an digitale Musikbibliotheken, einträgliche YouTube-Kanäle oder Guthaben in Kryptowährungen. Hinsichtlich dieser Bestandteile des digitalen Vermögens fragt sich, wie sie juristisch zu qualifizieren und welche davon erbrechtlich relevant sind.

[Rz 8] Digitales Vermögen, welches auf physischen Datenträgern abgelegt ist, wird in der Praxis der Einfachheit halber häufig einheitlich mit dem Datenträger als klassisches Eigentum qualifiziert. Aus der Optik des Erbrechts stellt sich dabei die Frage, ob den Daten dasselbe erbrechtliche Schicksal widerfahren soll wie dem Datenträger, auf dem sie gespeichert sind. Insbesondere bei Kryptowährungen ist es denkbar, dass hinsichtlich des gespeicherten Zugangsschlüssels eine andere Anordnung getroffen wird als für die Hardware, auf der er sich befindet. Ob der digitale Vermögenswert als solcher gesondert betrachtet werden soll, hängt von der Art des digitalen Gutes und insbesondere auch vom Willen des Erblassers ab. Da digitale Daten selbst aber mangels Sachqualität nicht eigentumsfähig sind, sind andere rechtliche Verhältnisse und Institute von Bedeutung. So kann digitales Vermögen aus Lizenz- oder Nutzungsrechten bestehen, wie dies bei digitalen Musikbibliotheken regelmässig der Fall ist. Denkbar sind auch vertragliche Rechtsverhältnisse, wie sie z.B. zwischen dem Betreiber eines YouTube-Kanals und der Videoplattform hinsichtlich einer anteilmässigen Verteilung der Werbeeinnahmen vorkommen. Weiter können auch Urheberrechte zum digitalen Vermögen zählen. Bei Kryptowährungen handelt es sich nach Ansicht der Referenten um rein faktische Vermögensgegenstände (siehe dazu Rz 15), die jedoch auch von der Universalsukzession erfasst werden und Teil des digitalen Vermögens bilden.

[Rz 9] Damit die Gegenstände des Erblassers nach dem Prinzip der Universalsukzession von Gesetzes wegen (Art. 560 des Zivilgesetzbuches [ZGB]) auf dessen Erben übergehen können, müssen sie vererblich sein. Bei Persönlichkeitsrechten und höchstpersönlichen Rechtsverhältnissen ist die Vererblichkeit nicht gegeben. Nach Ansicht der Referenten ist hier aber jeweils genau zu untersuchen, ob nicht doch vertragliche Verhältnisse bestehen, die solche persönlichen Inhalte schützen und immerhin jedenfalls teilweise gleichwohl auf die Erben übergehen. Zu fragen wäre etwa, ob, wenn der Erblasser vertraglich die Löschung eines Social Media Profils verlangen kann, dies nicht auch den Erben zustehen müsste. Kein vererbbarer Vermögenswert liegt im Übrigen dann vor, wenn der Tod des Erblassers nach den Nutzungsbedingungen zulässigerweise einen Beendigungsgrund des betreffenden Rechtsverhältnisses darstellt.

[Rz 10] Anschliessend wurde die Frage behandelt, wie nun mit diesem digitalen Vermögen in *Nachlassplanung* und *Nachlassabwicklung* umzugehen ist.

[Rz 11] Die Referenten riefen in Erinnerung, dass die *Nachlassplanung* auch bei digitalem Vermögen an die erbrechtlichen Formvorschriften gebunden ist. Der Erblasser kann dabei Gegenstände aus seiner Erbschaft namentlich mittels einer Erbeinsetzung und Teilungsvorschriften oder der Anordnung eines Vermächtnisses zuwenden. Häufig bieten Onlinedienste jedoch die Möglichkeit, durch elektronische Eingaben Dispositionen hinsichtlich der digitalen Inhalte nach dem Tod zu treffen. Auch hier ist jeweils genau zu unterscheiden: Handelt es sich dabei materiell um

Verfügungen von Todes wegen, weil bestimmte Inhalte einer Person von Todes wegen zugewendet werden sollen, liegt ein Formmangel vor. Wird jedoch festgehalten, dass bspw. ein Profil einer Künstlergruppe nach dem Tod eines Gruppenmitgliedes von den anderen weiterbetrieben werden soll, ist darin gegebenenfalls eine gesellschaftsrechtliche Anwachsungsklausel zu erblicken, deren Errichtung an keine besondere Form gebunden ist. Aus Praktikabilitätsgründen empfehlen die Referenten, diese internen Mechanismen wenn möglich parallel und kongruent zur formgültigen Errichtung von Verfügungen von Todes wegen zu nutzen.

[Rz 12] Weil der Zugriff zu digitalem Vermögen in der Regel durch Zugangsdaten geschützt ist, sollte im Einzelfall geprüft werden, diese den Angehörigen, dem Willensvollstrecker oder einer Vertrauensperson weiterzugeben. Dabei sei aber stets mit einzubeziehen, dass dies erhöhtes Missbrauchspotential mit sich bringt. Nicht empfehlenswert sei jedenfalls die Nennung von Passwörtern und dergleichen in den Verfügungen von Todes wegen selbst, dies aus Überlegungen der Geheimhaltung und des jeweiligen Aktualisierungsbedarfes.

[Rz 13] Was die *Nachlassabwicklung* betrifft, wurde etwa auf die Pflicht zur Inventarisierung auch vererblicher digitaler Vermögenswerte hingewiesen. So sind Nutzungsrechte an digitalen Mediensammlungen regelmässig nach dem Verkehrswert aufzunehmen, Kryptowährungen als faktische Positionen sind wie Wertschriften nach ihrem aktuellen Wert zu bemessen. Dagegen werden Vertragsverhältnisse – etwa zwischen einem Autor und einer Videoplattform – selbst nicht inventarisiert, jedoch die daraus bereits bestehenden Forderungen.

[Rz 14] Anschliessend widmeten sich die Referenten der Frage, in welcher Weise *Kryptowährungen* – als eine spezifische, auf der Blockchain basierende Innovation – im *notariatsrelevanten Privatrecht* bedeutend werden.

[Rz 15] Zunächst wurde die Frage behandelt, wie denn Kryptowährungen – am Beispiel von Bitcoins – rechtlich zu qualifizieren sind. Vorab wurde dabei die Frage aufgeworfen, ob es sich um sogenanntes Geld im weiteren Sinne handelt, sofern ihnen eine Tausch- und Zahlungsmittelfunktion zukommt. Die Referenten lehnen diese Ansicht jedoch – mit Blick auf ihre hauptsächliche gegenwärtige Funktion als Spekulationsobjekt – ab und verneinen dementsprechend etwa die Anwendung von Art. 84 des Obligationenrechts (OR) (Zahlung in Landeswährung) oder eine Vollstreckung nach Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG). Ohnehin wäre hier – selbst bei einer Qualifikation als Geld i.w.S. – jeweils im Einzelfall zu prüfen, welche Normen nun zur Anwendung kommen könnten. Was die rechtliche Qualifikation i.e.S. betrifft wurde nach dem Ausschlussprinzip vorgegangen: Da die Verbindung unter den Teilnehmern einer Kryptowährung in der Regel zu wenig intensiv ist, handelt es sich dabei grundsätzlich nicht um relative Rechte wie Vertragsverhältnisse oder einfache Gesellschaften. Kryptowährungen sind auch keine Sachen, da ihnen insbesondere das Element der Körperlichkeit fehlt, womit an ihnen auch kein Eigentumsrecht bestehen kann. Eine Mindermeinung befürwortet demgegenüber eine Ausweitung des herkömmlichen Sachbegriffs auf digitale Daten. Der Gesetzgeber sieht auch keinen Rechtsschutz von Kryptowährungen durch Immaterialgüterrechte vor. Aufgrund des geringen schöpferischen Werts einer solchen Zahlenfolge kommt dem Kryptoguthaben schliesslich auch kein eigenes Urheberrecht zu. Das führt STEPHAN WOLF und MARTIN EGGEL – wie im Übrigen auch bereits MIRJAM EGGEN – zum Schluss, dass es sich bei Kryptowährungen um Vermögenswerte ohne Rechtsqualität und damit um rein faktische Positionen handelt, wie dies etwa auch bei Goodwill der Fall sei. Die Lehre befasst sich damit besonders im Zusammenhang mit Kaufverträgen und erklärt diesbezüglich den Erwerb faktischer Positionen mit Tauschwert als zulässig. Eine

Übertragung solcher Güter kann folglich nur durch Übergabe der faktischen Verfügungsmacht, nicht aber durch Übertragung eines Rechts erfolgen.

[Rz 16] Hinsichtlich möglicher betroffener Rechtsgebiete wurde noch einmal auf die *erbrechtliche Relevanz* hingewiesen, um dann die Möglichkeit einer *Liberierung von Gesellschaftskapital* und des *Grundstückwerbs mit Kryptowährungen* zu thematisieren.

[Rz 17] Es ist denkbar, Aktienkapital in Kryptowährungen zu *liberieren*. Um eine Barliberierung kann es sich dabei nicht handeln, weil den Kryptowährungen keine Geldqualität zukommt und die vorgesehene Hinterlegung der Einlage bei einem dem Bankengesetz unterstellten Institut (Art. 633 Abs. 1 OR) (gegenwärtig) nicht möglich wäre. Vielmehr liegt eine Sachliberierung vor: Unter Sacheinlage wird generell die Leistung von Aktiven zur Deckung der Aktienkapitaleinlage verstanden, auch wenn diese den Sachbegriff nicht erfüllen. Das Handelsregisteramt Zug hat hierzu bereits ein *Merkblatt* erlassen, wonach zumindest die Währungen Bitcoin und Ether ohne weiteres als Sachliberierung anerkannt werden. Ein Vermögenswert kann nur dann als Sacheinlage dienen, wenn er insbesondere aktivierbar, frei übertragbar, frei verfügbar und verwertbar ist, was bei den genannten Kryptowährungen mit hoher Marktkapitalisierung gegeben sein dürfte. Der Gründungsbericht muss zudem eine genaue Beschreibung der Art und des Zustandes der Sacheinlage beinhalten. Die Gründer müssen insbesondere über die Angemessenheit der Bewertung Rechenschaft ablegen. Infolge starker Wertschwankungen ist für Kryptowährungen eine Sicherheitsmarge einzuberechnen. Die Urkundsperson nimmt eine formelle Überprüfung der Belege vor, ohne allerdings das Bestehen der angegebenen Rechtsverhältnisse zu bezeugen.

[Rz 18] Da es sich bei Kryptowährungen nicht um Geld handelt, liegen bei Austauschverträgen folglich keine Kauf- sondern *Tauschverträge* vor. Auf solche finden nach Art. 237 OR grundsätzlich die warenspezifischen Kaufvertragsnormen Anwendung. Für den Notar sei wichtig, die Klientenschaft zunächst auf die teilweise offenen Rechtsfragen hinzuweisen. Anschliessend hat er zu klären, was die Parteien genau wollen. Es kann einmal sein, dass die Parteien den festgesetzten Betrag in Kryptowährungen als massgeblich und ausschliesslich betrachten. Diesfalls ist insbesondere auf die Risikoverteilung hinsichtlich Wertschwankungen und unterschiedliche Steuerfolgen hinzuweisen. Dann ist es denkbar, dass die Parteien zwar ausschliessliche Leistung in einer bestimmten Kryptowährung wollen, aber eine echte Währung als massgebliche Referenzgrösse zur Bestimmung des Leistungsumfangs heranziehen. Und schliesslich wäre es auch möglich, dass eine Leistung zwar alternativ in Landeswährung oder Kryptowährung erfolgen können soll, aber für die Wertfestlegung im Sinne des Leistungsumfangs nur eine Kryptowährung massgeblich sein soll. Schliesslich empfiehlt es sich auch, genau festzulegen, was für (faktische) Handlungen vorzunehmen sind, damit die Übertragung der Kryptowährung als erfüllt zu betrachten ist.

[Rz 19] Die abschliessende kurze Fragerunde – aber auch schon die Teilnehmerzahl – hat gezeigt, dass es sich bei den aufgeworfenen Problemkreisen längst nicht mehr um völlig exotische Fälle handelt, sondern dass sich die Praxis damit durchaus konfrontiert sieht.

TOBIAS BUFF, MLaw, Wissenschaftlicher Assistent am Zivilistischen Seminar der Universität Bern.