



Rolf H. Weber

Prof. Dr. iur., Prof. an der Universität Zürich Rechtsanwalt
Konsulent
Telefon +41 58 258 10 00
rolf.weber@bratschi.ch

Non-fungible Tokens als neue rechtliche Herausforderung

Non-fungible Tokens (NFT) sind in den letzten Monaten zu einem Schlagwort in der Kryptowelt und v.a. im Kunstmarkt (nach dem Verkauf des digitalen Bildes «Everydays» für knapp USD 70 Mio.) geworden. Die Umsetzung von NFT-Projekten bedarf aber der Abklärung und Regelung verschiedenster Fragen in mehreren Rechtsbereichen.

1. Wesen und Entwicklung

Wörtlich betrachtet sind NFT nicht austauschbare «Wertmarken», d.h. fälschungssichere digitale Vermögenswerte. Ein NFT ist einzigartig (nicht reproduzierbar), ein originär geschaffener Wert. Der Erwerber von NFT erhält meist einen Datenträger (z.B. Festplatte, USB-Stick) mit dem darauf geladenen NFT. Bereits in den Jahren 2012/13 gab es mit den sog. «Colored Coins» den Versuch, die Einzigartigkeit eines Wertes auf der Blockchain abzusichern. 2017 folgten die sog. CryptoKitties, ein Blockchain-basiertes Spiel, das die Züchtung und den Tausch von virtuellen Katzen (wie der zuvor populären Tamagotchis) ermöglichte.

Als NFT in Verkehr bringen lassen sich körperlose Objekte (z.B. Musik- und Filmrechte, digitale Fotos, Tweets, usw.) und auch physische Güter (z.B. Bilder, Skulpturen, Immobilien). NFT können Dateien ohne zugrundeliegendes physisches Werk sein (z.B. «Everydays»), aber auch einen Bruchteil an einem teuren gemalten Bild repräsentieren.

NFT basieren mehrheitlich auf der Ethereum Blockchain nach dem ERC-721 Standard; dieser Standard beschreibt einen Programmcode (d.h. einen Smart Contract, der sich auf der Ethereum Blockchain speichern und ausführen lässt). Eine «on-chain storage» von NFT ist unpraktikabel, denn angesichts der grossen Datenmengen und der Replikation des Datensatzes auf allen Nodes der jeweiligen Blockchain wären die Transaktionskosten (viel zu) hoch. Eine in der Praxis oft angewendete Lösung besteht deshalb darin, dass nicht die NFT-Datei (d.h. der zugrundeliegende digitale Vermögenswert an sich), sondern lediglich ein Verweis auf die Datei mit Metadaten auf der Blockchain hinterlegt wird. In der Metadaten-Datei befindet sich nebst relevanten Informationen

zum repräsentierten Werk ein weiterer Verweis, der auf eine ausserhalb der Blockchain gespeicherte Datei («Interplanetary File System») führt, die den eigentlichen digitalen Vermögenswert enthält.

2. Vertrags- und Urheberrecht

NFT können lediglich die Funktion eines Echtheitszertifikats haben, ohne selber Rechte zu verkörpern. In dieser Situation hat ein NFT einzig die Beweisfunktion für den berechtigten Inhaber des digitalen Wertes, ohne ein Handelsobjekt zu sein. Besondere rechtliche Probleme ergeben sich daraus nicht.

Soll ein NFT im Rechtsverkehr zirkulieren können und Bestandteil eines Geschäftsmodells sein, muss ihm der Charakter eines Rechts zukommen. Angesichts der Token-Form handelt es sich dann um ein Registerwertrecht, wie es durch das DLT-Gesetz, das diesbezüglich am 1. Februar 2021 in Kraft getreten ist, geschaffen wurde (Art. 973d OR). Das Registerwertrecht vermittelt ein Recht am NFT (wichtig für Übertragung, gutgläubigen Erwerb und Aussonderbarkeit im Konkurs) sowie ein Recht aus dem NFT (wichtig für die urheberrechtliche Berechtigung).

Insbesondere im Kunstmarkt stellen sich bei den NFT vielfältige Fragen. Die Schaffung von NFT (sog. «Minting») kann urheberrechtlich relevant (Vervielfältigung, Zugänglichmachen, Art. 10 Abs. 2 URG) und muss insoweit zulässig sein. Falls ein NFT nicht ein digitales, sondern ein physisches Bild repräsentiert, kann sich die Künstlerin das Eigentum am «analogen» Original vorbehalten. Durch einen Smart Contract ist es möglich, sie nicht nur am erstmaligen Verkauf des mittels Minting geschaffenen NFT, sondern auch an weiteren Verkäufen zu beteiligen. Einrichten lässt sich somit ein Lizenzsystem, das die finanziellen Rechte aller Personen der Verwertungskette regelt. Zu programmieren sind zudem die erlaubten Nutzungshandlungen, die Zulässigkeit der Herstellung digitaler Kopien oder von sog. Werken zweiter Hand sowie die Risikoverteilung bei technischen Problemen. Da es sich bei den NFT um nicht vertretbare Einzelwerte handelt, spielt hingegen der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz in der Regel keine Rolle.

Wird ein künstlerisches Werk als NFT ausgestaltet, ist daran zu denken, frühzeitig durch vertragliche Absprachen die vorerwähnten Aspekte zu regeln. Wichtig ist die Festlegung des Rechtsübergangs zwischen dem Rechteinhaber an einem Werk und dem Käufer des dieses Werk repräsentierenden NFT. Weitere wichtige Regelungspunkte sind z.B. das Recht zur Digitalisierung von Kunst und das Recht am Original, die Nutzungsrechte am digitalen Werk sowie die Vertriebsregeln bei der ursprünglichen Ausgabe der NFT als auch bei späteren Weiterverkäufen.

3. Finanzmarktrechtliche Fragen

Im Rahmen der ersten NFT-Projekte ist intensiv diskutiert worden, inwieweit finanzmarktrechtliche Regulierungen bei der Ausgabe und beim Vertrieb von NFT eine Rolle zu spielen vermögen. Für viele Marktteilnehmer ist es zentral, dass der Handel mit NFT keine Unterstellungspflicht auslöst.

Seit 2018 differenziert die FINMA zwischen den Zahlungs-, Nutzungs- und Anlage-Token. Dass kein Zahlungs-Token vorliegt, ist offensichtlich; aber auch die anderen beiden Token-Arten dürften in der Regel nicht in Betracht fallen, da NFT in der Praxis meist keinen Rechtsanspruch gegen deren Ausgeber (z.B. Künstler) vermitteln. Immerhin gibt es auch NFT, die einen Handel realwirtschaftlicher Wertgegenstände (z.B. Bild, Oldtimer, Wein) ermöglichen und damit ähnliche Eigenschaften wie Anlage-Token aufweisen.

NFT als einzigartige Werte (Datenpakete) werden nicht vereinheitlicht zum massenweisen Handel ausgegeben (bzw. sind dazu nicht geeignet); die Voraussetzungen der Umschreibung von Effekten und Finanzinstrumenten in Art. 2(b) FinfraG und Art. 3(a) FIDLEG werden somit in der Praxis regelmässig nicht erfüllt sein. Ebenso liegt kein Finanzkontrakt vor, weil bei den NFT der Preis nicht von einem Basiswert abhängt, ausser beim Vorliegen des Rechts, ein bestimmtes Kunstwerk zu einem bestimmten Preis zu kaufen. Schliesslich dürfte in der Regel das Geldwäschereigesetz ebenfalls nicht zur Anwendung kommen, weil die Ausgeber von NFT in der Praxis nicht Finanzintermediäre sind und auch nicht mit Gütern gewerbsmässig gegen Barmittel handeln. Die FINMA-Praxis ist insoweit aber sehr weit, weshalb mögliche Risiken mit Blick auf die konkreten Umstände zu analysieren sind.

4. Regelungen sind wichtig

Gesamthaft betrachtet erweist es sich deshalb als notwendig, gestützt auf die konkreten Funktionen von NFT und die gegebenen Einzelumstände bei ihrer Ausgabe detailliert zu analysieren, wie der entsprechende Kryptowert ausgestaltet werden soll, um eine sichere vertrags- und urheberrechtliche Rahmenordnung festzulegen sowie um zu vermeiden, dass die NFT unter die Finanzmarktgesetzgebung fallen. Mit Bezug auf verschiedenste Aspekte ist somit eine saubere Abklärung der Rechtslage bei der Ausgabe von NFT empfehlenswert.

Bratschi AG ist eine führende Schweizer Anwaltskanzlei mit über 100 Anwältinnen und Anwälten in den Wirtschaftszentren der Schweiz, bietet schweizerischen und ausländischen Unternehmen und Privatpersonen professionelle Beratung und Vertretung in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts, im Steuerrecht und im öffentlichen Recht sowie in notariellen Angelegenheiten.

Der Inhalt dieses Newsletters gibt allgemeine Ansichten der Autorinnen und Autoren zum Zeitpunkt der Publikation wieder, ohne dabei konkrete Fragestellungen oder Umstände zu berücksichtigen. Er ist allgemeiner Natur und ersetzt keine Rechtsauskunft. Jede Haftung für seinen Inhalt wird ausdrücklich ausgeschlossen. Bei für Sie relevanten Fragestellungen stehen Ihnen unsere Expertinnen und Experten gerne zur Verfügung.

Basel
Lange Gasse 15
Postfach
CH-4052 Basel
T +41 58 258 19 00
F +41 58 258 19 99
basel@bratschi.ch

Bern
Bollwerk 15
Postfach
CH-3001 Bern
T +41 58 258 16 00
F +41 58 258 16 99
bern@bratschi.ch

Genf
Rue du Général-Dufour 20
1204 Genf
T +41 58 258 13 00
F +41 58 258 17 99
geneva@bratschi.ch

Lausanne
Avenue Mon-Repos 14
Postfach 5507
CH-1002 Lausanne
T +41 58 258 17 00
T +41 58 258 17 99
lausanne@bratschi.ch

St.Gallen
Vadianstrasse 44
Postfach 262
CH-9001 St. Gallen
T +41 58 258 14 00
F +41 58 258 14 99
stgallen@bratschi.ch

Zug
Gubelstrasse 11
Postfach 7106
CH-6302 Zug
T +41 58 258 18 00
F +41 58 258 18 99
zug@bratschi.ch

Zürich
Bahnhofstrasse 70
Postfach
CH-8021 Zürich
T +41 58 258 10 00
F +41 58 258 10 99
zuerich@bratschi.ch