

Memorandum

Von: Dr. Marcel R. Jung, LL.M., Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte

Datum: 12. Februar 2018

mjung@froriep.ch

Initial Token Offerings im Schweizer Steuerrecht: Darstellung und Analyse der Steuerpraxis

Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkungen	2
1. Mitgliederversammlung der Schweizer IFA-Landesgruppe vom 8. Februar 2018	2
1.1. Überlegungen von Vertretern der Steuerbehörden und erste Weichenstellungen	2
1.2. Erarbeitung von Praxisfestlegungen	3
2. Drei Ebenen: Emittent, Investoren und Mitarbeiter	3
2.1. Emittent	3
2.2. Investoren	3
a) <i>Geschäftsinvestoren</i>	3
b) <i>Privatinvestoren</i>	4
2.3. Mitarbeiter	4
3. Zivilrechtliche Analyse des Rechtsverhältnisses als Ausgangspunkt	4
3.1. Coins und Tokens	4
3.2. Zivilrechtliche Einordnung von Tokens	5
4. Analyse der steuerrechtlichen Risiken des Emittenten	6
a) <i>Emissionsabgabe</i>	6
b) <i>Verrechnungssteuer</i>	6
c) <i>Mehrwertsteuer</i>	6
d) <i>Quellensteuer und Sozialversicherungsabgaben</i>	6
e) <i>Tax Compliance: steuerrechtliche Einordnung im Zeitpunkt des ITO</i>	6
5. Steuerrechtliche Behandlung von ITOs und Tokens	7
5.1. Participation Rights Token: Recht auf verhältnismässigen Anteil am EBIT	7
a) <i>Sachverhalt</i>	7
b) <i>Zivilrechtliche Analyse und steuerrechtliche Einordnung</i>	7
c) <i>Steuerrechtliche Behandlung</i>	8

5.2.	Participation Rights Token: Recht auf verhältnismässigen Anteil am Lizenzertrag	9
a)	<i>Sachverhalt</i>	9
b)	<i>Zivilrechtliche Analyse und steuerrechtliche Einordnung</i>	10
c)	<i>Steuerrechtliche Behandlung</i>	10
5.3.	Utility Token: Recht auf ein Tätigwerden des Emittenten	10
a)	<i>Sachverhalt</i>	10
b)	<i>Zivilrechtliche Analyse und steuerrechtliche Einordnung</i>	11
c)	<i>Steuerrechtliche Behandlung</i>	11
6.	Steuervorbescheide (<i>Tax Rulings</i>)	12
6.1.	Anforderungen an Steuervorbescheide	12
6.2.	Weiterentwicklung und Konkretisierung der Steuerpraxis	12
7.	Ergebnisse und Ausblick	12

Vorbemerkungen

Der Zweck dieses Memorandums besteht darin, die am 8. Februar 2018 erstmals von Vertretern der Steuerbehörden dargestellten *Überlegungen* zur steuerrechtlichen Behandlung von Initial Token Offerings (ITOs) in einem weiterentwickelten Gesamtkontext insbesondere aus der Sicht des Emittenten zu erläutern und zu analysieren und die steuerrechtlichen Risiken des Emittenten aufzuzeigen. ITOs und Tokens zeigen die steuerrechtlichen Herausforderungen der *Digitalisierung der Wirtschaft* für die Steuerpraxis und den Gesetzgeber.

Dieses Memorandum ist ein *Vorentwurf* eines zur Publikation vorgesehenen Aufsatzes zu ITOs im Schweizer Steuerrecht.

1. Mitgliederversammlung der Schweizer IFA-Landesgruppe vom 8. Februar 2018

1.1. Überlegungen von Vertretern der Steuerbehörden und erste Weichenstellungen

An der a.o. Mitgliederversammlung der Landesgruppe Schweiz der International Fiscal Association (IFA) am 8. Februar 2018 in Basel haben erstmals Vertreter der Eidg. Steuerverwaltung (*Franco Gennari*, Leiter Dienstabteilung Wertschriften und Finanzderivate; *Ralf Imstepf*, Chef Abteilung Recht Hauptabteilung Mehrwertsteuer), der Steuerverwaltung des Kantons Zug (*Guido Jud*, Leiter Steuerverwaltung) und des Kantonalen Steueramtes Zürich (*Thomas Gammeter*, Leiter Dienstabteilung Wertschriften) in Zusammenarbeit mit der Schweizer IFA-Landesgruppe (*Maurus Winzap*; *Stefan Oesterhelt*; *Remo Schmid*) Überlegungen zur steuerrechtlichen Behandlung von ITOs unter den Aspekten der direkten Bundesteuer, der Verrechnungssteuer, der Stempelabgaben und der Mehrwertsteuer dargestellt.

Die a.o. Mitgliederversammlung hatte zum Ziel, die steuerrechtlichen Gesetzesbestimmungen zu konkretisieren und sachgerechte Grundlagen zur steuerrechtlichen Behandlung von ITOs zur Diskussion und erste Weichen für die Schweizer Steuerpraxis zu stellen.

1.2. Erarbeitung von Praxisfestlegungen

Die Steuerpraxis zu ITOs wird sich weiterentwickeln und konkretisieren. Es ist davon auszugehen, dass die Eidg. Steuerverwaltung und die kantonalen Steuerverwaltungen Praxisfestlegungen zur direkten Bundesteuer, Verrechnungssteuer, Stempelabgaben und Mehrwertsteuer publizieren werden. Im heutigen Zeitpunkt sind noch nicht alle steuerrechtlichen Fragen beantwortet oder erkannt worden.

Ein Fachausschuss der Hauptabteilung Mehrwertsteuer der Eidg. Steuerverwaltung ist derzeit an der internen Erarbeitung einer Praxisfestlegung, wobei Kriterien erarbeitet werden sollen, um die praktische Anwendung des Empfängerortsprinzips zu erleichtern.

2. Drei Ebenen: Emittent, Investoren und Mitarbeiter

Für die Darstellung der steuerrechtlichen Behandlung von ITOs und Tokens sind drei Ebenen zu unterscheiden:

2.1. Emittent

Der Emittent ist häufig ein Startup-Unternehmen in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft oder einer Stiftung.

Im Unternehmenssteuerrecht ist für die Bemessung des steuerbaren Gewinns juristischer Personen die handelsrechtliche Rechnungslegung (OR-Rechnungslegung) massgebend (Art. 58 Abs. 1 Bst. a DBG). Die steuerrechtliche Behandlung von ITOs auf der Ebene des Emittenten richtet sich somit aufgrund des *Massgeblichkeitsprinzips* im ersten Schritt nach den Vorschriften über die kaufmännische Buchführung und Rechnungslegung (Art. 957 ff. OR). Es sind insbesondere die Vorschriften über die zeitliche und sachliche Abgrenzung (Art. 958b OR), über die Bilanzierungspflicht und -fähigkeit (Art. 959 OR) und über die Bewertung von Aktiven und Verbindlichkeiten (Art. 960 ff. OR) zu beachten.

Die steuerrechtlichen Korrekturvorschriften (Art. 58 Abs. 1 Bst. b und Bst. c DBG) können im zweiten Schritt den handelsrechtlichen Gewinn *nach oben* korrigieren, wenn ein handelsrechtlich verbuchter Aufwand steuerrechtlich nicht geschäftsmässig begründet ist.

2.2. Investoren

Auf der Ebene der Investoren ist für die steuerrechtliche Behandlung der Tokens zwischen Geschäftsinvestoren und Privatinvestoren zu unterscheiden:

a) Geschäftsinvestoren

Geschäftsinvestoren können juristische Personen, Personengesellschaften oder Einzelfirmen sein. Die Pflicht zur Führung einer ordnungsgemässen Buchführung und Rechnungslegung beginnt bei Einzelunternehmen und Personengesellschaften ab einem Umsatzerlös von mindestens CHF 500'000.- (Art. 957 Abs. 1 Ziff. 1 OR). Das Massgeblichkeitsprinzip ist sinngemäss anwendbar (Art. 18 Abs. 3 DBG). Wird die Umsatzschwelle nicht erreicht, muss über die Einnahmen und die Ausgaben sowie über die Vermögenslage Buch geführt werden (Art. 957 Abs. 2 Ziff. 1 OR).

Für die Abgrenzung einer selbständigen Erwerbstätigkeit von der privaten Vermögensverwaltung hat das Bundesgericht Kriterien entwickelt (Liegenschaftshandel, Wertschriftenhandel, Kunsthandel, Beteiligungshandel, etc.). Im Kreisschreiben Nr. 36 vom 27. Juli 2012 hat die Eidg. Steuerverwaltung die Steuerpraxis zum gewerbsmässigen *Wertschriftenhandel* dargestellt. Entgegen einer teilweise vertretenen Auffassung ist die Abgrenzung einer selbständigen Erwerbstätigkeit von der privaten Vermögensverwaltung im Zusammenhang mit dem Erwerb, dem Halten und dem Verkauf von Tokens von Bedeutung und nach der hier vertretenen Auffassung eignen sich dazu am ehesten die Kriterien zum gewerbsmässigen *Wertschriftenhandel*.

b) *Privatinvestoren*

Privatinvestoren sind natürliche Person. Die steuerrechtliche Behandlung der Tokens richtet sich nach den steuerrechtlichen Bestimmungen über das bewegliche private Kapitalvermögen (Art. 20 DBG). Im Kreisschreiben Nr. 15 vom 3. Oktober 2017 hat die Eidg. Steuerverwaltung die Steuerpraxis zu Obligationen und derivativen Finanzinstrumenten im Privatvermögen dargestellt.

2.3. Mitarbeiter

Die steuerrechtliche Behandlung der Tokens richtet sich nach den steuerrechtlichen Bestimmungen über Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit, insbesondere die Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen (Art. 17a ff. DBG). Im Kreisschreiben Nr. 37 vom 22. Juli 2013 hat die Eidg. Steuerverwaltung die Steuerpraxis zu echten und unechten Mitarbeiterbeteiligungen dargestellt.

Nach der Auffassung des Kantonalen Steueramtes Zürich können Tokens, die vom Emittenten an die Mitarbeiter abgegeben werden, unter den Begriff der unechten Mitarbeiterbeteiligung fallen (Art. 17a Abs. 2 DBG).

3. Zivilrechtliche Analyse des Rechtsverhältnisses als Ausgangspunkt

3.1. Coins und Tokens

Unternehmen, insbesondere Start-ups, nutzen Initial Coin Offerings (ICO) oder Initial Token Offerings (ITO) für die Finanzierung oder zur Bekanntmachung von Entwicklungsprojekten. Solche Projekte beinhalten unter anderem die Errichtung einer Gesellschaft für einen spezifischen Zweck, die Entwicklung einer Plattform sowie von Produkten und/oder Dienstleistungen.

Im Zusammenhang mit der Mittelaufnahme kann das Unternehmen (Emittent) Coins oder Tokens erzeugen:

- Ein *Coin* ist eine digitale Münze, die für Zahlungen geeignet ist. Es kann zwischen nativen Coins, die Teil des jeweiligen Blockchain Protocols sind (z.B. Bitcoin, Ether, Ripple) oder nicht nativen Coins, die auf einem bestehenden Protokoll aufgesetzt werden (z.B. ERC-20 auf der Ethereum Blockchain).
- Ein *Token* ist ein *digitaler Marker*, der nicht bloss für Zahlungen geeignet ist, sondern mit einem Produktentwicklungsprojekt, einer bestimmten Partizipation am Unternehmenserfolg oder einer bestimmten Lieferung oder Dienstleistung des Emittenten im Zusammenhang

stehen kann und somit der Identifikation der Parteien am Rechtsverhältnis dient. Tokens werden meist nicht auf einer eigenen Blockchain aufgesetzt, sondern auf existierenden Blockchains. Emittenten verwenden häufig für die Erzeugung von Tokens die Ethereum Blockchain.

3.2. Zivilrechtliche Einordnung von Tokens

Die Analyse der steuerrechtlichen Behandlung von ITOs und Tokens setzt im Einzelfall eine zivilrechtliche Analyse des Rechtsverhältnisses zwischen Emittent und Investor voraus. Das Rechtsverhältnis kann auf unterschiedliche Art und Weise ausgestaltet sein. Der Emittent kann sich gegenüber den Investoren zu einer bestimmten Zahlung oder einer bestimmten Lieferung oder Dienstleistung verpflichten. Solche zusätzlichen Verpflichtungen des Emittenten sind unter den Aspekten der direkten Bundesteuer, der Verrechnungssteuer, der Stempelabgaben und der Mehrwertsteuer zu analysieren. In diesen zusätzlichen Verpflichtungen können steuerrechtliche Risiken des Emittenten liegen, weshalb die Tokens im Zeitpunkt des ITO steuerrechtlich einzuordnen sind.

Ausgangspunkt der Analyse der *steuerrechtlichen Einordnung* von Tokens ist die *zivilrechtliche Analyse* des Rechtsverhältnisses zwischen dem Emittent und dem Investor bzw. dem Token Holder und die zivilrechtliche Einordnung der vom Emittenten erzeugten Tokens. Auf der Ebene des Emittenten kann das Rechtsverhältnis zu Beginn eine Buchungstatsache auf der Aktivseite, im Fremdkapital, im Eigenkapital, im Aufwand und/oder im Ertrag begründen. Nach dem von *Kogens / Luchsinger Gähwiler* gestützt auf die rechnungslegungsrechtliche Erfassung ausgearbeiteten Token Framework können Tokens in drei Kategorien unterteilt werden (*Kogens / Luchsinger Gähwiler*, How Crypto-Tokens qualify under Swiss law: A comprehensive framework, 23 November 2017):

- Coins als Kryptowährung (*Virtual Currency*): Der Emittent hat gegenüber dem Token Holder keine Verpflichtung zur Leistung einer bestimmten Zahlung oder einer bestimmten Lieferung oder Dienstleistung. Der Token Holder kann den Token als Zahlungsmittel verwenden.
- Tokens mit geldwertem Recht
 - Fremdkapital-Tokens (*Debt Token*): Der Emittent ist gegenüber dem Token Holder zur Rückzahlung des bezahlten Betrags und allenfalls zu einer Zinszahlung verpflichtet.
 - Eigenkapital-Token (*Equity Token*): Der Emittent ist gegenüber dem Token Holder nicht zur Rückzahlung des bezahlten Betrags verpflichtet. Der Token Holder hat das Recht auf einen verhältnismässigen Anteil am Bilanzgewinn und/oder Liquidationsergebnis.
 - Tokens mit Partizipationsrecht (*Participation Rights Token*): Der Emittent ist gegenüber dem Token Holder nicht zur Rückzahlung des bezahlten Betrags verpflichtet. Der Token Holder hat das Recht auf einen verhältnismässigen Anteil an einer bestimmten Erfolgsgrösse des Emittenten (z.B. EBIT oder Lizenzerträge).
- Tokens für andere Zwecke (*Utility Token*)

4. Analyse der steuerrechtlichen Risiken des Emittenten

Die steuerrechtlichen Risiken des Emittenten bestehen in erster Linie dort, wo der Emittent Steuersubjekt ist. Steuersubjekt kann der Emittent bei der Gewinnsteuer, der Emissionsabgabe, der Verrechnungssteuer und der Mehrwertsteuer sein.

a) Emissionsabgabe

Die Ausgabe von *Beteiligungsrechten* an Kapitalgesellschaften und *Zuschüsse* von Gesellschaftern in die Kapitalgesellschaft unterliegen der Emissionsabgabe (Art. 5 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 Bst. a StG). Die Kapitalgesellschaft muss die Emissionsabgabe von 1% auf dem Ausgabebetrag der Beteiligungsrechte bzw. auf dem Betrag des Zuschusses an die Eidg. Steuerverwaltung abliefern.

b) Verrechnungssteuer

Die Zahlung von *Zinsen* auf Obligationen (Art. 4 Abs. 1 Bst. a VStG) und von *Dividenden* auf Beteiligungsrechten (Art. 4 Abs. 1 Bst. b VStG) unterliegen der Verrechnungssteuer. Die Kapitalgesellschaft muss die Verrechnungssteuer von 35% vom ausbezahlten Betrag im Zeitpunkt der Auszahlung in Abzug bringen und an die Eidg. Steuerverwaltung abliefern.

c) Mehrwertsteuer

Die *Lieferung* von Gegenständen und die Erbringung von *Dienstleistungen* gegen Entgelt kann der Mehrwertsteuer unterliegen, falls sich der Ort der Lieferung (Art. 1 Abs. 2 Bst. a MWSTG) bzw. der Sitz bzw. der Wohnsitz des Empfängers in der Schweiz befindetet (Art. 1 Abs. 2 Bst. a i.V.m. Art. 8 Abs. 1 MWSTG). Die Kapitalgesellschaft muss die Mehrwertsteuer von 7.7% auf dem erhaltenen Entgelt an die Eidg. Steuerverwaltung abliefern. Im Zeitpunkt der Rechnungsstellung kann der Emittent die Mehrwertsteuer vertraglich auf den Leistungsempfänger überwälzen (Art. 6 MWSTG).

d) Quellensteuer und Sozialversicherungsabgaben

Im Zusammenhang mit der Abgabe von Tokens an Mitarbeiter besteht für den Emittenten auch ein Risiko unter den Aspekten der Quellensteuer auf dem Arbeitseinkommen von Mitarbeitern (Art. 83 ff. DBG) und der Sozialversicherungsabgaben. Die Abgabe von Tokens an Mitarbeiter ist unter dem Aspekt der *Mitarbeiterbeteiligung* (Art. 17a ff. DBG) zu analysieren.

e) Tax Compliance: steuerrechtliche Einordnung im Zeitpunkt des ITO

Der Emittent muss seine steuerrechtlichen Pflichten im Zusammenhang mit dem ITO kennen und gesetzeskonform erfüllen (*Tax Compliance*). Die Tokens sind im Zeitpunkt des ITO steuerrechtlich einzuordnen. Der Emittent muss wissen, ob die Mittel aus dem ITO ertragswirksam zu erfassen sind, die Ausgabe der Tokens der Emissionsabgabe unterliegt, die gegenüber den Token Holders versprochenen Zahlungen der Verrechnungssteuer sowie Lieferungen und Dienstleistungen der Mehrwertsteuer unterliegen. Der Emittent muss ausserdem wissen, ob die an Mitarbeiter abgegebenen Tokens als Mitarbeiterbeteiligungen qualifizieren und der Quellensteuer und den Sozialversicherungsabgaben unterliegen. Das steuerrechtliche Risiko zeigt sich vor allem auch

darin, dass der nachträglichen Einforderung der Verrechnungssteuer, der Mehrwertsteuer, der Quellensteuer und der Sozialversicherungsgaben praktische Schwierigkeiten entgegenstehen.

5. Steuerrechtliche Behandlung von ITOs und Tokens

Die steuerrechtliche Behandlung von ITOs wird mit Hilfe der folgenden drei an der Mitgliederversammlung der Schweizer IFA-Landesgruppe vom 8. Februar 2018 verwendeten Beispiele von *Gennari / Imstepf / Jud / Gammeter / Winzap / Oesterhelt / Schmid* dargestellt und analysiert, wobei die Begriffe des Token Framework von *Kogens / Luchsinger Gähwiler* verwendet werden:

- Participation Rights Token: Recht auf verhältnismässigen Anteil am EBIT
- Participation Rights Token: Recht auf verhältnismässigen Anteil am Lizenzertrag
- Utility Token: Recht auf ein Tätigwerden des Emittenten

5.1. Participation Rights Token: Recht auf verhältnismässigen Anteil am EBIT

a) Sachverhalt

Der Emittent ist ein Startup-Unternehmen in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft und möchte die Entwicklung eines Roboters mit einem ITO finanzieren. Der Emittent erhofft sich aus dem Verkauf des Roboters Gewinne. Im Rahmen des ITO erzeugt der Emittent über einen auf der Ethereum Blockchain implementierten Smart Contract 20 Mio. Participation Rights Tokens zu CHF 1 pro Participation Rights Token. Die Investoren bezahlen den Ausgabebetrag in Ether. Im Zahlungszeitpunkt wird der bezahlte Ether Betrag in CHF umgerechnet und über einen Broker in CHF getauscht.

In den Terms of Token Sale verpflichtet sich der Emittent, jedes Jahr 30% eines positiven EBIT-Ergebnisses an die Token Holders über den Smart Contract im Verhältnis des prozentualen Anteils an der Gesamtzahl von Participation Rights Tokens in Ether zu bezahlen. Es besteht keine Verpflichtung des Emittenten, den erhaltenen Ether Betrag an die Token Holders zurückzuzahlen.

Die Participation Rights Token werden über eine Krypto-Börse handelbar sein.

b) Zivilrechtliche Analyse und steuerrechtliche Einordnung

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Emittenten und dem Token Holder ist ein Vertragsverhältnis, das *keinen Rückzahlungsanspruch* des Token Holders vorsieht. Die Zahlungen des Emittenten an die Token Holders hängen von den jährlichen EBIT-Ergebnissen des Emittenten ab.

Das Rechtsverhältnis stellt kein Darlehen (Art. 312 ff. OR), kein Genussschein (Art. 657 OR) und keine Nutzniessung (Art. 745 ff. ZGB) dar. Es kann hingegen als derivatives Finanzinstrument angesehen werden. Nach Auffassung der Eidg. Steuerverwaltung ist das derivative Finanzinstrument als ein Instrument *eigener Art* (sui generis) in Anlehnung an ein Zertifikat auf Aktien ohne feste Laufzeit (Ziff. 1 Bst. c des Anhangs III des Kreisschreibens Nr. 15) zu qualifizieren, da die Referenzgrösse die EBIT-Ergebnisse einer Aktiengesellschaft sind.

c) **Steuerrechtliche Behandlung**

Auf der Ebene des Emittenten ist der von den Investoren bezahlte Betrag von insgesamt CHF 20 Mio. als steuerwirksamer Ertrag zu verbuchen. Die Verpflichtung des Emittenten, die erhaltenen Mittel aufwandwirksam zur Entwicklung des Produktes einzusetzen, kann nach Auffassung der Steuerverwaltung des Kantons Zug die steuerwirksame Verbuchung einer Rückstellung in gleicher Höhe rechtfertigen. Diese handelsrechtliche und gleichzeitig steuerwirksame Verbuchung kann nach der hier vertretenen Auffassung mit den handelsrechtlichen Vorschriften über die zeitliche und sachliche Abgrenzung (Art. 958b OR) begründet werden (*Peter Böckli*, Neue OR-Rechnungslegung, 2014, 32 f). Zum einen sind Aufwand und Ertrag nicht in der Periode zu erfassen, in der die Zahlung erfolgt oder die Mittel zufließen. Aufwand und Ertrag sind in der Periode zu erfassen, in der sie wirtschaftlich verursacht werden (*principle of accrual*). Zum anderen ist Aufwand, der dazu dient, einen bestimmten Ertrag zu erzielen, zeitlich und sachlich dem Ertrag zuzuordnen (*principle of matching of revenue and cost*). Diese Vorschrift des OR-Rechnungslegungsrechts kann es mit sich bringen, dass der Aufwand in die Periode *vorverschoben* werden muss, in dem der dem Aufwand zuzuordnende Ertrag zu erfassen ist.

Die Mittelaufnahme unterliegt nach Auffassung der Eidg. Steuerverwaltung nicht der Emissionsgabe (Art. 1 Abs. 1 StG), nicht der Umsatzabgabe (Art. 14 Abs. 1 Bst. a StG) und als ausgenommener Umsatz nicht der Mehrwertsteuer (Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 Bst. e MWSTG). Die Rückstellung ist im Laufe der Zeit zulasten der Entwicklungsaufwendungen steuerwirksam aufzulösen. Auch diese handelsrechtliche und gleichzeitig steuerwirksame Verbuchung kann nach der hier vertretenen Auffassung mit den handelsrechtlichen Vorschriften über die zeitliche und sachliche Abgrenzung (Art. 958b OR) begründet werden. Nach Abschluss der Produktentwicklung entsteht ein buchmässiger Verlust, ein buchmässiger Gewinn oder ein ausgeglichenes Ergebnis aus der Mittelaufnahme.

Die Zahlungen an die Token Holders sind als steuerwirksamer Aufwand zu verbuchen und unterliegen nach Auffassung der Eidg. Steuerverwaltung nicht der Verrechnungssteuer (Art. 4 Abs. 1 VStG). Es handelt sich nicht um Zinsen (Art. 4 Abs. 1 Bst. a VStG), nicht um Dividenden (Art. 4 Abs. 1 Bst. b VStG), nicht um Erträge aus Anteilen an kollektiven Kapitalanlagen (Art. 4 Abs. 1 Bst. c VStG) und nicht um Zinsen auf Kundenguthaben (Art. 4 Abs. 1 Bst. d VStG).

Auf der Ebene des Geschäftsinvestors liegt im Zeitpunkt der Ausgabe der Participation Rights Tokens ein gewinnsteuerneutraler Aktivtausch vor. Die Participation Rights Tokens sind bei der Ersterfassung zu den Anschaffungskosten zu aktivieren (Art. 960a Abs. 1 OR). Die Zahlungen des Emittenten und Gewinne aus dem Verkauf der Participation Rights Token sind als steuerwirksamer Ertrag zu verbuchen.

Auf der Ebene des Privatinvestors liegt im Zeitpunkt der Ausgabe der Participation Rights Tokens eine einkommensneutrale Vermögensumschichtung vor. Die Participation Rights Token sind nach zutreffender Auffassung der Steuerverwaltung des Kantons Zug – entgegen einer teilweise vertretenen Auffassung – im Wertschriftenverzeichnis und nicht als übriges Vermögen zu deklarieren. Die Eidg. Steuerverwaltung ermittelt für die wichtigsten Kryptowährungen Vermögenssteuerwerte und stellt diese den Kantonalen Steuerverwaltungen und den

steuerpflichtigen Personen zur Verfügung. Für die Bewertung von Tokens wird die Steuerpraxis noch eine sachgerechte Grundlage entwickeln müssen. Die Zahlungen des Emittenten stellen steuerbaren Vermögensertrag dar (Art. 20 Abs. 1 DBG). Ein steuerfreier Betrag im Umfang des seinerzeit an den Emittenten bezahlten Betrags besteht nicht. Gewinne aus dem Verkauf der Participation Rights Token stellen steuerfreie Kapitalgewinne dar (Art. 16 Abs. 3 DBG).

Die Participation Rights Tokens stellen nach Auffassung der Eidg. Steuerverwaltung steuerbare Urkunden dar (Art. 13 Abs. 2 Bst. c i.V.m. Art. 13 Abs. 2 Bst. a Ziff. 2 StG). Die entgeltliche Übertragung unterliegt der Umsatzabgabe, wenn ein Effekthändler Vertragspartei oder Vermittler ist (Art. 13 Abs. 3 StG). Die Qualifikation als steuerbare Urkunde begründet die Eidg. Steuerverwaltung mit dem Argument, dass Participation Rights Tokens Ausweise über Unterbeteiligungen (Art. 13 Abs. 2 Bst. c StG) an einer von einer Aktiengesellschaft herausgegebenen Aktie (Art. 13 Abs. 2 Bst. a Ziff. 2 StG) darstellen. Mit diesem Argument begründet die Eidg. Steuerverwaltung die Ausnahme von der Umsatzabgabe bei der Ausgabe der Participation Rights Token: die Ausgabe von Unterbeteiligungen an einer von einer Aktiengesellschaft herausgegebenen Aktie ist von der Umsatzabgabe ausgenommen (Art. 13 Abs. 2 Bst. c i.V.m. Art. 13 Abs. 2 Bst. a Ziff. 2 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 Bst. a StG). Die entgeltliche Übertragung unterliegt als ausgenommener Umsatz nicht der Mehrwertsteuer (Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 Bst. e MWSTG).

Im Klartext bedeutet die Qualifikation als ein Instrument eigener Art (*sui generis*) in Anlehnung an ein Zertifikat auf Aktien ohne feste Laufzeit, dass das Rechtsverhältnis zwischen dem Emittenten und dem Investor als ein Ausweis über eine Unterbeteiligung (Art. 13 Abs. 2 Bst. c StG) an einer von einer Aktiengesellschaft herausgegebenen Aktie (Art. 13 Abs. 2 Bst. a Ziff. 2 StG) und somit als steuerbare Urkunde qualifiziert wird. Es wird sich zeigen, ob diese steuerrechtliche Qualifikation von praktischer Bedeutung sein wird, da die entgeltliche Übertragung nur dann der Umsatzabgabe unterliegt, wenn ein Effekthändler Vertragspartei oder Vermittler ist (Art. 13 Abs. 3 StG). Die Steuergesetzgebung knüpft den Steuertatbestand an die Involvierung eines Effekthändlers (d.h. einer Bank oder bankähnliche Finanzgesellschaft) an. An dieser Stelle zeigen Tokens die steuerrechtlichen Herausforderungen der *Digitalisierung der Wirtschaft* für den Gesetzgeber. Ob die Participation Rights Tokens mit der Referenzgrösse der jährlichen EBIT-Ergebnisse als eine Unterbeteiligung an einer von einer Aktiengesellschaft herausgegebenen Aktien qualifiziert, ist noch genauer zu untersuchen. Die vermögensrechtliche Referenzgrösse einer Aktie ist nicht der EBIT, sondern der Bilanzgewinn (Art. 660 Abs. 1 OR) und das Liquidationsergebnis (Art. 660 Abs. 2 OR).

5.2. Participation Rights Token: Recht auf verhältnismässigen Anteil am Lizenzertrag

a) Sachverhalt

Der Emittent ist ein Startup-Unternehmen in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft und möchte die Entwicklung einer Software mit einem ITO finanzieren. Der Emittent erhofft sich aus der Lizenzierung der Software Lizenzerträge. Im Rahmen des ITO erzeugt der Emittent über einen auf der Ethereum Blockchain implementierten Smart Contract 10 Mio. Participation Rights Tokens zu CHF 1 pro Participation Rights Token. Die Investoren bezahlen den Ausgabebetrag in Ether. Im

Zahlungszeitpunkt wird der bezahlte Ether Betrag in CHF umgerechnet und über einen Broker in CHF getauscht.

In den Terms of Token Sale verpflichtet sich der Emittent, jedes Jahr 20% des Brutto-Lizenertrags an die Token Holders über den Smart Contract im Verhältnis des prozentualen Anteils an der Gesamtzahl von Participation Rights Tokens in Ether zu bezahlen. Es besteht keine Verpflichtung des Emittenten, den erhaltenen Ether Betrag an die Token Holders zurückzuzahlen.

b) *Zivilrechtliche Analyse und steuerrechtliche Einordnung*

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Emittenten und dem Token Holder stellt nach Auffassung der Eidg. Steuerverwaltung ein derivatives Finanzinstrument dar, das als ein Instrument eigener Art (sui generis) in Anlehnung an ein Zertifikat auf Aktien ohne feste Laufzeit (Ziff. 1 Bst. c des Anhangs III des Kreisschreibens Nr. 15) zu qualifizieren ist. Die Referenzgrösse sind die jährlichen Brutto-Lizenerträge.

c) *Steuerrechtliche Behandlung*

Die steuerrechtliche Behandlung des ITO und der Participation Rights Tokens entspricht der Darstellung in Abschnitt 5.1.c).

Es stellt sich auch in diesem Beispiel die Frage, ob die Participation Rights Tokens mit der Referenzgrösse der jährlichen Brutto-Lizenerträge als Unterbeteiligung an einer von einer Aktiengesellschaft herausgegebenen Aktien qualifizieren. Die vermögensrechtliche Referenzgrösse einer Aktie sind nicht jährliche Brutto-Lizenerträge, sondern der Bilanzgewinn (Art. 660 Abs. 1 OR) und das Liquidationsergebnis (Art. 660 Abs. 2 OR).

5.3. Utility Token: Recht auf ein Tätigwerden des Emittenten

a) *Sachverhalt*

Der Emittent ist ein Startup-Unternehmen in der Rechtsform einer Stiftung und möchte die Entwicklung einer Software (Open Source Blockchain Protokoll) mit Hilfe von Investoren finanzieren. Der Emittent möchte die Software unter einer Open-Source-Lizenz veröffentlichen und erhofft sich aus der Entwicklung der Software keine Gewinne. Der Zweck der Stiftung besteht in der Entwicklung und Veröffentlichung der Software. Der Emittent vereinnahmt von Investoren Ether und Bitcoin im Wert von CHF 50 Mio., die über einen Broker in CHF getauscht werden.

Der Emittent verpflichtet sich für den Fall, dass die Software entwickelt und veröffentlicht wird, CHF 100 Mio. Utility Tokens zu erzeugen und mit einem Eintrag auf der Open Source Blockchain eine Zuteilung vorzuschlagen, welche die Investoren berücksichtigt. Ohne Utility Tokens soll der Zugang zum Open Source Blockchain Protokoll nicht möglich sein.

Die Utility Tokens sollen über eine Krypto-Börse handelbar sein.

b) *Zivilrechtliche Analyse und steuerrechtliche Einordnung*

Der Emittent muss die Mittel gemäss dem Stiftungszweck für die Entwicklung und Veröffentlichung der Software einsetzen. Es bestehen keine weiteren Verpflichtungen des Emittenten gegenüber den Investoren. Der Emittent garantiert nicht bzw. verpflichtet sich nicht, die Software fertig zu entwickeln und zu veröffentlichen, und dass die Zuteilung der Utility Tokens gemäss dem Vorschlag die Investoren berücksichtigen wird.

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Emittenten und dem Investor stellt kein Darlehen (Art. 312 ff. OR), kein Genussschein (Art. 657 OR) und keine Nutzniessung (Art. 745 ff. ZGB) dar. Nach Auffassung der Eidg. Steuerverwaltung kann das Rechtsverhältnis als Auftragsverhältnis (Art. 394 ff. OR) angesehen werden. Der Auftrag besteht im Tätigkeitwerden des Emittenten, d.h. in der Entwicklung und Veröffentlichung der Software und der Vornahme eines Eintrags auf der Open Source Blockchain mit dem Vorschlag der Zuteilung der Utility Tokens unter Berücksichtigung der Investoren.

c) *Steuerrechtliche Behandlung*

Auf der Ebene des Emittenten ist der von den Investoren bezahlte Betrag von insgesamt CHF 50 Mio. als steuerwirksamer Ertrag zu verbuchen. Die Verpflichtung des Emittenten, die erhaltenen Mittel aufwandwirksam zur Entwicklung und Veröffentlichung der Software einzusetzen, kann nach Auffassung der Steuerverwaltung des Kantons Zug die steuerwirksame Verbuchung einer Rückstellung in gleicher Höhe rechtfertigen. Eine Befreiung von der direkten Bundessteuer sowie den Kantons- und Gemeindesteuern wird eher nicht möglich sein (Art. 56 Bst. g DBG bzw. Art. 23 Bst. f StHG; siehe auch Stiftungen mit überwiegend kommerzieller Tätigkeit im Sinne von § 66 Abs. 1 StG-ZG). Die Mittelaufnahme durch die Stiftung unterliegt nicht der Emissionsgabe und nicht der Umsatzabgabe.

Nach Auffassung der Eidg. Steuerverwaltung kann die Tätigkeit des Emittenten als unternehmerische Tätigkeit angesehen werden, sodass der Emittent mehrwertsteuerpflichtig werden kann (Art. 10 MWSTG). Es liegt ein steuerbares Leistungsverhältnis vor (Art. 18 Abs. 1 MWSTG). Die Leistung des Emittenten besteht im Tätigkeitwerden gemäss dem Auftrag mit den Investoren. Der Umsatz aus der Mittelaufnahme unterliegt der Mehrwertsteuer, falls sich der Sitz bzw. der Wohnsitz des Investors in der Schweiz befindet (Art. 8 Abs. 1 MWSTG). Der Emittent muss die Mehrwertsteuer von 7.7% auf dem steuerbaren Umsatz an die Eidg. Steuerverwaltung abliefern. Der Nachweis, dass sich der Sitz bzw. der Wohnsitz des Investors im Ausland befindet, obliegt dem Emittenten. Als mehrwertsteuerpflichtige Person kann der Emittent die Vorsteuern und die Bezugssteuern auf den Entwicklungsaufwendungen geltend machen.

Die Rückstellung ist im Laufe der Zeit zulasten der Entwicklungsaufwendungen steuerwirksam aufzulösen. Nach Auffassung der Steuerverwaltung des Kantons Zug sind die Rückstellung so aufzulösen, dass die Stiftung jährlich einen Mindestgewinn von $\text{cost} + 5\%$ ausweist. Nach Abschluss der Produktentwicklung entsteht ein buchmässiger Verlust, ein buchmässiger Gewinn oder ein ausgeglichenes Ergebnis aus der Mittelaufnahme.

Die Zuteilung der Utility Tokens an die Investoren stellt die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung aus dem Auftrag dar. Auf der Ebene des Geschäftsinvestors können die Utility Tokens bei der Ersterfassung zu den Anschaffungskosten aktiviert werden (Art. 960a Abs. 1 OR). Auf der Ebene des Privatinvestors liegt ein einkommensneutraler Vorgang vor.

Die Utility Tokens stellen keine steuerbaren Urkunden dar. Der Verkauf von Utility Tokens unterliegt nicht der Umsatzabgabe.

6. Steuervorbescheide (*Tax Rulings*)

6.1. Anforderungen an Steuervorbescheide

Die Anforderungen an die Formulierung von Steuervorbescheiden sind in den letzten Jahren gestiegen. Es ist die Aufgabe des Emittenten, den *rechtserheblichen Sachverhalt* zu erkennen und im Steuervorbescheid vollständig festzuhalten und die *rechtserheblichen Steuerfragen* zu stellen und zu beantworten. Steuerfragen, die im Steuervorbescheid nicht beantwortet werden, sind nicht rechtsverbindlich im Rahmen des Vertrauensschutzes geregelt. Das Fehlen eines rechtserheblichen Sachverhaltselements kann zur Folge haben, dass ein Steuervorbescheid teilweise oder *in extremis* überhaupt nicht rechtsverbindlich ist.

Es ist nicht die Aufgabe der Steuerbehörden, den Steuervorbescheid zu vervollständigen oder zu verbessern. Die redaktionelle Verantwortung liegt in den Händen des Emittenten. Die Steuerbehörde ist mit dem unterbreiteten Steuervorbescheid entweder einverstanden oder nicht einverstanden.

6.2. Weiterentwicklung und Konkretisierung der Steuerpraxis

Die Steuerpraxis zu ITOs wird sich weiterentwickeln und konkretisieren. Im heutigen Zeitpunkt sind noch nicht alle steuerrechtlichen Fragen beantwortet oder erkannt worden.

Es wird für die Rechtssicherheit des Emittenten weiterhin von Bedeutung sein, die steuerrechtliche Behandlung von ITOs im Rahmen von Steuervorbescheiden (*Tax Rulings*) mit der Eidg. Steuerverwaltung und/oder den kantonalen Steuerverwaltungen rechtsverbindlich im Rahmen des Vertrauensschutzes zu regeln. Die Steuervorbescheide sind für die Steuerbehörden ein wichtiges Instrument, die Steuerpraxis weiterzuentwickeln und zu vereinheitlichen.

7. Ergebnisse und Ausblick

Eine erste Analyse der Steuerpraxis zu ITOs hat gezeigt, dass die Schweizer Steuergesetzgebung auf den Ebenen des Emittenten, des Investors und des Mitarbeiters sachgerechte Grundlagen bereitstellt und die Steuerpraxis die ersten Weichenstellungen in die richtige Richtung gestellt hat.

Die steuerrechtlichen Risiken des Emittenten bestehen in erster Linie dort, wo der Emittent Steuersubjekt ist. Steuersubjekt kann der Emittent bei der Gewinnsteuer, der Emissionsgabe, der Verrechnungssteuer und der Mehrwertsteuer sein. Vor allem die Verrechnungssteuerpflicht auf Zinsen und Dividenden und die Mehrwertsteuerpflicht auf Dienstleistungen sind im Auge zu behalten. *Tax Compliance* setzt steuerrechtliche Einordnung im Zeitpunkt des ITO voraus. Eine

zivilrechtliche Analyse und steuerrechtliche Einordnung des Tokens kann zur Erkenntnis führen, dass eine steuerpflichtige Dividenden- oder Zinszahlung oder eine steuerpflichtige Dienstleistung gegeben ist. Im Zusammenhang mit der Abgabe von Tokens an Mitarbeiter besteht für den Emittenten auch ein Risiko unter den Aspekten der Quellensteuer und der Sozialversicherungsabgaben auf dem Arbeitseinkommen von Mitarbeitern. Die Abgabe von Tokens an Mitarbeiter ist unter dem Aspekt der Mitarbeiterbeteiligung zu analysieren.

Es ist davon auszugehen, dass die Eidg. Steuerverwaltung und die kantonalen Steuerverwaltungen Praxisfestlegungen zur direkten Bundesteuer, Verrechnungssteuer, Stempelabgabe und zur Mehrwertsteuer publizieren werden. Steuervorbescheide sollten vom Emittenten im Lichte der Praxisentwicklung regelmässig überprüft und gegebenenfalls ergänzt oder angepasst werden, wenn der Steuervorbescheid nicht alle rechtserheblichen Steuerfragen beantwortet und somit unvollständig ist und/oder steuerrechtliche Risiken nicht erkannt worden sind oder wenn sich die Steuerpraxis vorteilhafter als im Steuervorbescheid geregelt entwickelt.

* * * * *