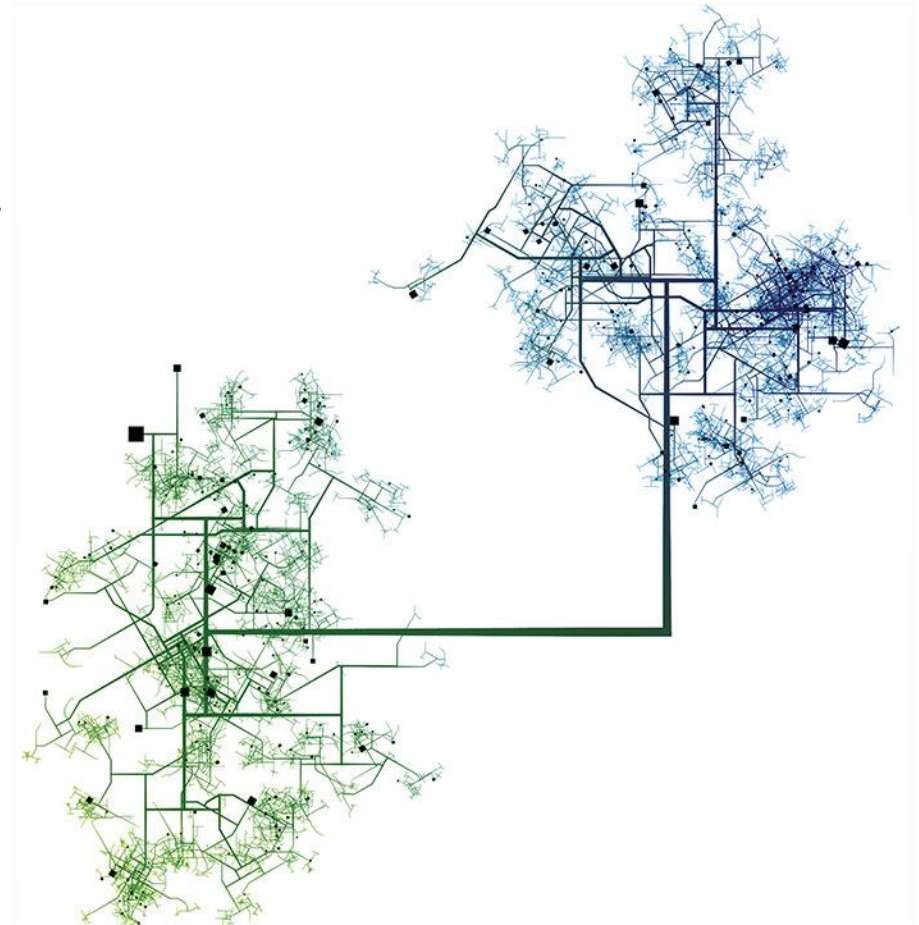


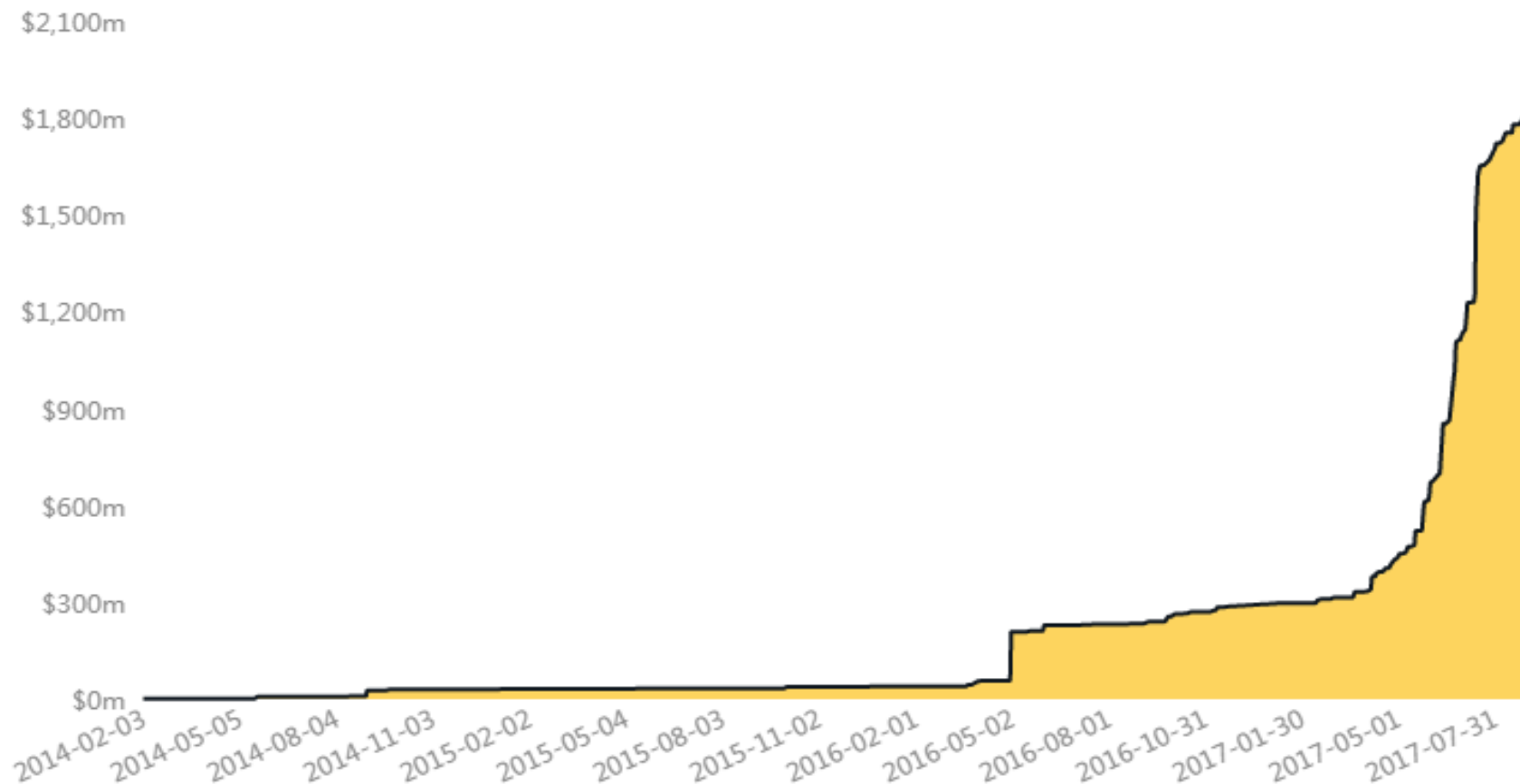
Blockchain – Token – Kryptowährungen

Lawyers' Lunch, 24 Oktober 2017

Simone Brauchbar / Matthias Kuert / David Schuler



ICO* Funding (<https://www.coindesk.com/ico-tracker/>)



*ICO: Initial Coin Offering

Blockchain, auch Distributed Ledger Technology ("DLT")

- erweiterbares Register ("**ledger**") von Datensätzen ("**block**"), die mittels eines kryptographischen Verfahrens miteinander verkettet ("**chain**") sind
- dezentrale ("**distributed**") auf einer Vielzahl von Computer gespeicherte Buchführung über eine beliebige Grösse von Datensätzen (Informationen) mittels mehrerer Teilnehmer
- Konsens über den richtigen Zustand der Buchführung aufgrund von Kryptographie mittels privaten und öffentlichen Schlüsseln ("private and public key"): nur der Inhaber des privaten Schlüssels kann Änderungen auslösen; andere Änderungen werden vom dezentral geführten System als falsch erkannt
- jede Transaktion baut auf der früheren auf, weshalb eine externe Manipulation stark erschwert ist

Blockchain, auch Distributed Ledger Technology ("DLT")

- revolutionär weil:
 - digitale Güter verschoben nicht nur kopiert werden (Lösung des Doppelausgabeproblems)
 - kein Mittler notwendig ist (geringe Transaktionskosten)
 - der Datentransfer überdurchschnittlich sicher und gut nachvollziehbar ist
- Anwendung in allen Bereichen, in denen eine schnelle, kostengünstige und möglichst beweissichere Transaktion von Gütern gewünscht ist, zum Beispiel von:
 - Immobilien und Grundstücken
 - Geistigem Eigentum
 - Vertragsrechten
 - Geld

Kryptowährung / Bitcoin

- Kryptowährung ist unter Anwendung von Blockchain Technology durch private geschöpfted digitales Geld
- Transaktion können ohne Intermediär über ein peer-to-peer Computer Netzwerk stattfinden
- Vorteile: verteiltes, dezentrales, effizientes, transparentes, sicheres, digitales Zahlungssystem mit geringen Transaktionskosten
- Bitcoin ist die erste öffentlich gehandelte Kryptowährung, weitere sind z.B. Ethereum, Litecoin, Dash oder Ripple
- Rechtliche Einordnung von Kryptowährungen und deren Transaktion ist noch offen
- Aufsichtsbehörden prüfen weltweit Regulierung von Kryptowährungen

Token

- Token ist eine auf einem ledger platzierte digitale Informationseinheit, über die der Inhaber mittels eines Schlüssels Kontrolle hat und die er an einen Dritten übertragen kann
- Ein Token kann vom Emittenten unterschiedlich ausgestaltet werden und kann verschiedene Rechte verkörpern
- Tokens können danach unterschieden werden, ob sie durch einen Gegenwert gesichert sind (ii) oder nicht (i):
 - (i) intrinsic (native, built-in) token: Bitcoin, Ripple, NXT, Ethereum, etc.
 - (ii) asset backed token: Währungen (CHF, EUR, etc.), Wertmetalle, Aktien, Kunst, Musikrechte, etc.

Offene Fragen

- Blockchain/DLT ist "nur" eine neue Technologie zur effizienten Kommunikations- und Transaktionsabwicklung; es stellen sich im Umfeld aber zahlreiche noch ungeklärte rechtliche Fragen, unter anderem betreffend:
 - regulatorischer Vorgaben
 - Steuern
 - IP Rechten an "Blockchain Technologie"
 - Datensicherheit und Datenschutz
 - Einhaltung von Schriftlichkeitserfordernissen und anderen Formvorschriften
 - vertraglicher und ausservertraglicher Haftung
 - anwendbarem Recht

Finanzmarktrecht (1/5)

- Fokus: Emission von Tokens ('ICOs'; 'TGEs')
- (Noch) keine spezifischen Vorschriften / spezifische Praxis
 - Laufende FINMA-Untersuchungen betreffen hauptsächlich 'unlauteres Verhalten'
- FINMA Aufsichtsmitteilung 04/2017 – 'Aufsichtsrechtliche Behandlung von Initial Coin Offerings' vom 29. September 2017
 - Beschränkt sich auf 'Issue Spotting'
- Unterscheidung zwischen 'Intrinsic Tokens' und 'Asset Backed Tokens'
 - Tokens ohne/mit Gegenwert (z.B. Anspruch auf Dienstleistungen, Rechte); vgl. auch bereits vorne, S. 6
 - Es gibt auch 'Mischformen'

Finanzmarktrecht (2/5)

– Intrinsic Tokens

- Zahlungsmittel? bzw. Geld?
 - Bundesrat geht in seinem 'Bericht zu virtuellen Währungen in Beantwortung der Postulate Schwab und Weibel' vom 25. Juni 2014 davon aus, dass Bitcoins entsprechend zu qualifizieren sind
 - Vgl. ferner Art. 4 Abs. 2 GwV, in dem nunmehr ausdrücklich von virtuellen Währungen die Rede ist
- Herausgabe von Intrinsic Tokens gegen Geld oder bereits bestehender virtueller Währung ('Primärmarkt') / Betrieb von Plattformen zwecks Handel mit Intrinsic Tokens oder auch Handel selbst ('Sekundärmarkt')
 - Können bei Berufsmässigkeit der **Geldwäschereigesetzgebung** unterstehen (vgl. Art. 2 Abs. 3 GWG)
 - Dasselbe gilt (eo ipso) für Personen, die einer Bank- oder Effektenhändlerbewilligung bedürfen (vgl. Art. 2 Abs. 2 GWG und zur Frage, ob eine entsprechende Bewilligung erforderlich ist, sogl., S. 10)
 - Konsequenzen: Anschluss SRO bzw. Unterstellung Aufsicht der FINMA; Einhaltung der geldwäschereirechtlichen Sorgfaltspflichten

Finanzmarktrecht (3/5)

– Asset Backed Tokens (1/2)

- Publikumseinlagen?
 - Besteht eine Rückzahlungsverpflichtung?
 - Gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen bzw. Werbung dafür im Kontext von ICOs kann eine **Bankbewilligung** erfordern (vgl. Art. 3 Abs. 1 BankG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. a BankV)
 - Ausnahmen (Auswahl): 'Eigenkapital' (Art. 5 Abs. 2 Bst. b BankV); Ideelle/gemeinnützige Stiftung (Art. 5 Abs. 2 Bst. f BankV); Erwerb von Waren oder Dienstleistungen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a BankV); Prospekt (Art. 5 Abs. 3 Bst. b BankV); 'Sandbox' (Art. 6 Abs. 2 ff. BankV)
- Effekten? – vgl. Art. 2 Bst. b FinfraG
 - Insb.: Derivate? – vgl. Art. 2 Bst. c FinfraG; Wertrechte? – vgl. Art. 973c OR
 - Öffentliche Emission von Asset Backed Tokens Dritter, Handel mit Asset Backed Tokens (als Eigenhändler; Market Maker oder Kundenhändler) oder Schaffung und öffentliches Angebot von Asset Backed Tokens, die als Derivate qualifizieren, kann bei Gewerbsmässigkeit eine **Effekthändlerbewilligung** erfordern (vgl. Art. 10 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Bst. d BEHG)

Finanzmarktrecht (4/5)

– Asset Backed Tokens (2/2)

- Zusätzlich:
 - Gesetzgebung betreffend kollektive Kapitalanlagen?
 - Potentiell relevant bei Fremdverwaltung von aufgrund eines ICOs 'eingesammeltem' Vermögen (vgl. Art. 7 Abs. 1 KAG)
 - Prospektpflicht?
 - Heute – abgesehen von Börsenkotierungen – aufsichtsrechtlich nicht geregelt (vgl. Art. 652a und 1156 OR)
 - Zukünftig: Regelung der Prospektpflicht im FIDLEG (vgl. Art. 37 ff. VE-FIDLEG):
 - Knüpft an die 'Unterbreitung eines öffentlichen Angebots zum Erwerb von Effekten' an
 - Hinsichtlich gewisser Fragen bestehen noch Differenzen zwischen den Räten

Finanzmarktrecht (5/5)

- Schliesslich: Liegt eine Umgehung vor?
 - Gemäss FINMA Aufsichtsmitteilung 04/2017 werden ausdrücklich auch Umgehungen des Finanzmarktrechts sanktioniert
 - Bsp.: Öffentliche Herausgabe von Asset Backed Tokens, mit denen gleiche Rechte/Pflichten wie mit Anlehensobligationen einher gehen, die anhand des Begriffs der 'Effekte' aber nicht erfasst werden können. Wird die zukünftige Prospektpflicht gemäss FIDLEG umgangen?

Steuerliche Problemfelder (1/6)

- Ausganglage
 - Steuerlich ist Unterscheidung von Intrinsic Tokens und Asset Backed Tokens auch sinnvoll:
 - Intrinsic Tokens: Zur steuerlichen Behandlung von Intrinsic Tokens bestehen insbesondere mit Bezug zu Bitcoins Verlautbarungen der Steuerbehörden.
 - Asset Backed Tokens: Die steuerliche Behandlung von Asset Backed Tokens ist derzeit noch weitgehend ungeklärt.
- Steuerliche Behandlung von Intrinsic Tokens am Bsp. von Bitcoins (1/2):
 - Grundsatz
 - Steuerliche Behandlung wie ausländische Währungen (nicht veröffentlichte Empfehlung der SSK vom 22. März 2016, vgl. Kursliste EStV).

Steuerliche Problemfelder (2/6)

- **Vermögenssteuer**

- Deklaration in der Steuererklärung zum Verkehrswert (mit Ausnahme von kleineren Beträgen für den regelmässigen Zahlungsverkehr).
- Bestimmung Verkehrswert: Siehe Kursliste der EStV (Kritik an Art der Kursbestimmung).

- **Einkommenssteuer**

- Kapitalgewinne aus beweglichem Privatvermögen sind steuerfrei DBG 16 III.
- Steuerbares Einkommen (zzgl. ggf. Sozialversicherungsabgaben) bei selbstständiger Erwerbstätigkeit. Anwendbare Kriterien zu Bestimmung der selbstständigen Erwerbstätigkeit bei Bitcoins?
 - Anwendung KS 36 zum gewerbsmässigen Wertschriftenhändler oder Rückgriff auf Rechtsprechung des Bundesgerichts zur selbstständigen Erwerbstätigkeit?
 - Denkbare Anwendungsfälle: Professionelles Trading, Mining von Bitcoins.

Steuerliche Problemfelder (3/6)

- Steuerliche Behandlung von Intrinsic Tokens am Beispiel von Bitcoins (2/2):
 - **MWST:**
 - Praxis der ESTV: Bitcoins stellen mehrwertsteuerlich eine Währungen und damit ein nach Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 MWSTG von der MWST ausgenommenes Zahlungsmittel dar.
 - Auch der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in Rechtssache C-264/14 entschieden, dass Bitcoins wie gesetzliche Zahlungsmittel zu behandeln seien. Der Handel mit diesen ist daher mehrwertsteuerfrei.

Steuerliche Problemfelder (4/6)

- Steuerliche Behandlung Asset Backed Token (1/3)
 - Token, die im Rahmen von ICO/TGE ausgegeben werden, können sehr unterschiedlich ausgestaltet werden und unterschiedlichste Rechte beinhalten, wie bspw.:
 - Dividenden-, Stimm- und Liquidationsrechte an Eigenkapitalinvestitionen ("digitale Aktien, Genuss- oder Partizipationsscheine");
 - Digitale Zins- und Forderungsrechte an Guthaben und Darlehen ("digitale Obligationen");
 - Asset Backed Token gewähren dem Eigentümer zusätzliche Eigentums- und Nutzungsrechte an physischen Sachen (z.B. DiamondCoin, GoldCoin) oder weitere Nutzungsrechte (z.B. Recht bestimmte Leistungen zu beziehen).
 - Weitere Varianten.
 - Grundproblematik: Können bzw. müssen diese Asset Backed Token unter die geltenden steuerrechtlichen Normen subsumiert werden?

Steuerliche Problemfelder (5/6)

- Steuerliche Behandlung Asset Backed Token (2/3)
 - Diverse offene Fragen:
 - **Stempelabgabe od. Verrechnungssteuer:** Ist die unmittelbare Gleichstellung mit Aktie, Genussschein, Partizipationsschein oder Obligation nach geltendem Recht möglich oder braucht es hierfür eine Gesetzesänderung?
 - Ausgangspunkt: Starkes Legalitätsprinzip im Steuerrecht:
 - Erfordernis eines genügend bestimmten Rechtssatzes;
 - Erfordernis der Gesetzesform (Subjekt, Objekt und Bemessungsgrundlage).
 - Art. 1 Abs. 2 StG knüpft nicht an Qualifikation als Urkunde an, sondern stellt auf dahinterstehendes materielles Rechtsverhältnis ab.
 - Welche Merkmale müssen bei einem Asset Backed Token im Einzelnen erfüllt sein, damit die steuerliche Gleichstellung bspw. mit der Aktie i.S.v. Art. 5 Abs. 1 lit. a StG, Art. 13 Abs. 2 lit. a Ziff. 2 StG und Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG gerechtfertigt wäre?
 - Subsidiär: Besteuerung unter dem Aspekt der Steuerumgehung?

Steuerliche Problemfelder (6/6)

- Steuerliche Behandlung Asset Backed Token (3/3)
 - **MWST**
 - Wenn der Asset Backed Token bei Ausgabe das Recht auf eine spezifische und genau bestimmte (oder bestimmbare) Dienstleistung oder Lieferung einräumt, kann eine Vorauszahlung im Sinne von Art. 40 Abs. 1 lit. c MWSTG vorliegen. Diesfalls wäre der Verkauf dieser Asset Backed Token von der MWST erfasst.
 - Wenn dagegen der Zahlungs- oder Wertaufbewahrungscharakter, liegt ein ausgenommenes Entgelt vor.

Fazit

- Aufarbeitung der offenen Rechtsfragen durch Literatur und Praxis notwendig.
- Es ist davon auszugehen, dass verschiedene Behörden in naher Zukunft weitere Wegleitungen und Anweisungen erlassen werden.
- Verschiedene Gesetzgebungsprojekte sind pendent (Revision Bankengesetz und Bankenverordnung).
- Vorsicht geboten: Verschiedene grosse ICO/TGE stehen international stark in der Kritik und es werden bereits diverse Enforcement Verfahren geführt und Class Actions initiiert (Beispiel Tezos).
- Empfehlung für Praxis:
 - Sorgfältige Evaluation der passenden Struktur.
 - Sicherstellung Einhaltung KYC/AML Voraussetzungen.
 - Abstimmungen ICO/TGE mit Finma und EStV im Rahmen von verbindlichen Vorabbescheiden (Rulings).
 - Berücksichtigung der unterschiedlichen internationalen Entwicklungen (bspw. Verbot von ICO in verschiedenen Ländern wie China, Südkorea).

C/M/S/ Law-Now™

Your free online legal information service.

A subscription service for legal articles
on a variety of topics delivered by email.
www.cms-lawnow.com

C/M/S/ e-guides

Your expert legal publications online.

In-depth international legal research
and insights that can be personalised.
eguides.cmslegal.com

CMS Legal Services EEIG (CMS EEIG) is a European Economic Interest Grouping that coordinates an organisation of independent law firms. CMS EEIG provides no client services. Such services are solely provided by CMS EEIG's member firms in their respective jurisdictions. CMS EEIG and each of its member firms are separate and legally distinct entities, and no such entity has any authority to bind any other. CMS EEIG and each member firm are liable only for their own acts or omissions and not those of each other. The brand name "CMS" and the term "firm" are used to refer to some or all of the member firms or their offices.

CMS locations:

Aberdeen, Algiers, Amsterdam, Antwerp, Barcelona, Beijing, Belgrade, Berlin, Bratislava, Bristol, Brussels, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dubai, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Geneva, Glasgow, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Kyiv, Leipzig, Lisbon, Ljubljana, London, Luxembourg, Lyon, Madrid, Mexico City, Milan, Moscow, Munich, Muscat, Paris, Podgorica, Prague, Rio de Janeiro, Rome, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tehran, Tirana, Utrecht, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich.

cms.law