

Fabian Krüger, RA, und Dr. Michael Lampert, LL.M., RA

Augen auf bei der Token-Wahl – privatrechtliche und steuerliche Herausforderungen im Rahmen eines Initial Coin Offering

Die Zahl der Emissionen von Blockchain-basierten Token im Rahmen eines sogenannten Initial Coin Offering (ICO) ist in den vergangenen beiden Jahren weltweit sprunghaft angestiegen. Auch aus Deutschland heraus wurden in jüngster Zeit erste ICOs lanciert. Während die aufsichtsrechtliche Einordnung nach deutschem Recht rege diskutiert wird, wurden privat- und steuerrechtliche Themen im Zusammenhang mit der Durchführung eines ICOs bislang nur wenig betrachtet. Der Beitrag zeigt ausgewählte privatrechtliche und steuerliche Herausforderungen im Rahmen der Vorbereitung und Durchführung eines ICO aus Sicht der Beratungspraxis auf.

I. Einleitung

Initial Coin Offerings (ICOs) sind – nicht zuletzt dank immer neuer Rekorderlöse – mittlerweile in das Bewusstsein einer breiten Öffentlichkeit getreten. Die im Rahmen von ICOs generierten Einnahmen haben sich dabei zwischen 2015 und 2017 weltweit um das mehr als 600-Fache erhöht, von ca. 9 Mio. USD auf mehr als 5,4 Mrd. USD.¹ Im Jahre 2018 wurden allein bis Anfang Mai bereits mehr als 6,5 Mrd. USD von Emittenten eingenommen.² Nachdem ICOs lange nur von Gesellschaften außerhalb Deutschlands durchgeführt wurden, sind in jüngster Zeit auch ICOs aus Deutschland heraus lanciert worden.³ Vor allem junge Technologieunternehmen suchen in den ICOs einen neuen Weg der Unternehmensfinanzierung. Ergänzend zu etablierten und bekannten Venture-Capital-Finanzierungsinstrumenten, die ein ICO ausdrücklich nicht ablösen soll und regelmäßig auch nicht kann, eröffnet sich vor allem für Wachstumsunternehmen eine neue, vermeintlich lukrative Finanzierungsquelle.

Die Bewertung von ICOs aus Sicht des deutschen Regulierungsrechts wird zwischenzeitlich rege diskutiert.⁴ Dies mag auch darin begründet liegen, dass sich die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) bereits mehrfach zu der Thematik geäußert hat.⁵ Die Rechtsfragen, die sich im Rahmen der Vorbereitung und Durchführung eines ICO stellen, sind jedoch keinesfalls auf kapitalmarktrechtliche Fragestellungen begrenzt, wie die Beratungspraxis zeigt. Die privatrechtlichen und steuerlichen Herausforderungen im Rahmen eines ICO sind in der aktuellen Diskussion jedoch kaum repräsentiert. Dies steht in gewissem Widerspruch zu ihrer praktischen Bedeutung: So stellt die zivilrechtlich wirksame Übertragung der emittierten Token die Grundvoraussetzung für die oben erwähnten Einnahmen dar; steuerliche Fragestellungen werden explizit als Hemmnis für die Durchführung von ICOs in Deutschland benannt.⁶

Der Beitrag versucht insoweit die Diskussion um privatrechtliche und steuerliche Einsichten zu ergänzen. Er folgt dabei einem chronologischen Aufbau, beginnenden mit den ersten Grundentscheidungen im Rahmen der Vorbereitung eines ICO, endend mit der Betrachtung

der Besteuerung der aus einem ICO erzielten Einnahmen. Ziel des Beitrags ist eine schlaglichtartige Betrachtung relevanter Rechtsthemen, die sich in der Beratungspraxis als beachtenswert herausgestellt haben. Angesichts deren Fülle kann und will dieser Beitrag indes keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben.

II. Überlegungen im Rahmen der Vorbereitung eines ICO

1. Rechtsform des Emittenten

a) Haftungsbegrenzung

Im Rahmen eines erfolgreichen ICO stellt eine Vielzahl an Kapitalgebern (und damit an potenziellen Gläubigern) dem Emittenten zum Teil erhebliche Mittel zur Verfügung. Andererseits bestehen im Zusammenhang mit der Durchführung eines ICO zahlreiche rechtliche Unsicherheiten, auch im Hinblick auf die Haftung des Emittenten. Nicht zuletzt angesichts dieser beiden Umstände ist zu empfehlen, dass die Ausgabe der Token über eine Kapitalgesellschaft erfolgt.⁷

b) Ergänzende Errichtung einer gemeinnützigen Einrichtung

Allein im vergangenen Jahr 2017 gab es weltweit über 900 verschiedene ICOs, von denen mehr als die Hälfte scheiterte – viele von ihnen aufgrund einer vermuteten Betrugsabsicht der Emittenten.⁸ Es ist daher von entscheidender Bedeutung für den wirtschaftlichen Erfolg des Token-Verkaufs, dass Käufer in hohem Maße auf die Glaubwürdigkeit des Emittenten vertrauen können. Von besonderem Interesse für diesen Beitrag sind dabei mögliche gestalterische Überlegungen, die einer potentiellen Veruntreuung der ICO-Erlöse rechtssicher vorbeugen.

In der Praxis der ICOs in Deutschland kristallisiert sich dabei immer häufiger eine präferierte Gestaltung heraus: die Errichtung einer gemeinnützigen Stiftung zur Verwaltung eines erheblichen Teils des ICO-Erlöses. Der gemeinnützige Zweck der Körperschaft liegt dabei regelmäßig vor allem in der Förderung von Wissenschaft und Forschung (§ 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AO), sowie in der Förderung der Bildung (§ 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 AO). Beide Zwecke werden regelmäßig

¹ Coindesk ICO Tracker, abrufbar unter <https://www.coindesk.com/ico-tracker/> (Abruf: 6.5.2018).

² Stand: 6.5.2018, CoinSchedule Cryptocurrency ICO Stats 2018, abrufbar unter <https://www.coinschedule.com/stats.html> (Abruf: 6.5.2018).

³ Bspw. die ICOs der whysker UG und der safedroid AG.

⁴ Vgl. etwa die Beiträge von Klöhn/Parhofer/Resas, ZBB 2018, 89 und Zickgraf, AG 2018, 293.

⁵ BaFin, BaFin Journal 11/2017, S. 15 ff.; BaFin, Hinweisschreiben v. 20.2.2018, GZ: WA 11-QB 4100-2017/0010.

⁶ Klöhn/Parhofer/Resas, ZBB 2018, 89, 99.

⁷ Denkbar erscheint auch die Rechtsform der GmbH & Co. KG oder der eingetragenen Genossenschaft.

⁸ Vgl. etwa den Bericht des Branchenmagazins BTC-Echo vom 27.2.2018, abrufbar unter <https://www.btc-echo.de/2017-mehr-als-die-haelfte-aller-icos-gescheitert/> (Abruf: 8.5.2018).

durch die Weiterentwicklung des hinter den ausgegebenen Token stehenden Blockchain Ledgers sowie durch eine Fortbildung der Allgemeinheit auf dem Gebiet der Informatik verwirklicht.

Dem Grunde nach eignen sich hierfür zwar auch andere gemeinnützige Körperschaften, die aufgrund ihrer satzungsmäßigen Vermögensbindungsklauseln eine dauerhafte gemeinnützige Verstrickung der zugewandten Erlöse sicherstellen.⁹ Doch harmonisiert das Grundverständnis von Stiftungen als sog. verselbständigte Vermögensmasse ohne originäre Anteilseigner ausgesprochen gut mit dem dezentralisierten Grundgedanken der Blockchain und Krypto-Token.

Als praktisch bedeutendstes Problem bei der Errichtung einer Kryptostiftung in der Vorphase des ICO stellt sich die Vermögensausstattung der Stiftung dar. Dieser ist ein hinreichend hoher Vermögensstock zuzuwenden, um aus dessen Erträgen eine dauerhafte Verwirklichung des Stiftungszwecks zu gewährleisten.¹⁰ Soll die Stiftung – wie regelmäßig vom Emittenten gewünscht – zunächst vorwiegend mit Token und einem Anspruch auf einen Teil des späteren ICO-Erlöses ausgestattet werden, ohne jedoch einen Mindesterlös zu garantieren, wird die zuständige Stiftungsaufsicht regelmäßig Bedenken an einer Sicherung der dauerhaften Zweckverwirklichung anmelden. Abhilfe kann hier in der Praxis die Wahl einer unselbständigen gemeinnützigen Stiftung (der sog. Treuhandstiftung) schaffen, die anders als rechtsfähige Stiftungen bereits mit einem niedrigen Kapital erstausgestattet werden kann.¹¹

2. Ausgestaltung der durch den Token übertragenen Rechte

a) Die Wahl der Art des Tokens als zentrale Vorfrage

Die Wahl der Art des emittierten Tokens – genauer: die Ausgestaltung der durch den Token auf den Erwerber übertragenen Rechte – lässt sich im Rahmen der Vorbereitung eines ICO wohl als die juristische „Gretchenfrage“ bezeichnen, die nicht nur wichtige privatrechtliche, sondern auch weitreichende steuer- und aufsichtsrechtliche Weichenstellungen vorwegnimmt. Ausgangspunkt zur Beantwortung dieser Frage wird dabei regelmäßig die unternehmerische Überlegung sein, ob und inwieweit der emittierte Token in das Geschäftsmodell des Emittenten integriert werden kann oder soll, inwiefern also eine *Tokenization* des Geschäftsmodells möglich oder beabsichtigt ist.

b) Klassifizierung des emittierten Tokens

In Praxis und Literatur hat sich zwischenzeitlich die Unterscheidung verschiedener Token-Klassen etabliert.¹² Die unterschiedlichen Token-Klassen selbst werden von den einzelnen Akteuren bislang allerdings weder ihrer Terminologie noch ihrem Inhalt nach einheitlich definiert.¹³

Nicht zuletzt angesichts der bislang noch nicht gefestigten Terminologie wird regelmäßig darauf hingewiesen, dass die Zuordnung eines Tokens zu einer bestimmten Token-Klasse noch keine rechtliche Einordnung des Tokens zulasse, sondern es vielmehr auf eine Einzelfallbetrachtung ankomme.¹⁴ Dieses Ergebnis ist für den Rechtsrat nachsuchenden Emittenten freilich unbefriedigend und wirft aus rechtlicher Sicht die Frage nach der Sinnhaftigkeit einer solchen Kategorisierung auf. Gleichwohl kann der Unterscheidung verschiedener Token-Klassen durchaus eine erste Indizwirkung zukommen. Dies gelingt dann, wenn – wie nachfolgend – die Trennlinien zwischen den Token-Klassen diejenigen Unterschiede nachzeichnen, die für die rechtliche Einordnung erheblich sind. Demnach bietet sich nach hier vertretener Ansicht die Unterscheidung folgender Token-Klassen an:¹⁵

Currency Token sind Token, die als Zahlungsmittel (Kryptowährung) für Waren oder Dienstleistungen eingesetzt werden sollen, unabhängig davon, ob ausschließlich auf einer bestimmten Plattform oder nicht. *Currency Token* tragen keinerlei zusätzlichen Rechte, ihr Wert beruht auf der Erwartung ihrer zukünftigen Verwendbarkeit als Zahlungsmittel.

Utility Token sind Token, die ihrem Erwerber einen Anspruch auf eine Ware oder Dienstleistung einräumen (Leistungsversprechen), unabhängig davon, ob sich dieser Anspruch gegen den Emittenten oder gegen einen Dritten richtet. Der Unterschied zum *Currency Token* besteht in eben jenem konkreten Versprechen der Einlösbarkeit des Tokens.

Investment Token sind Token, die – abgesehen von einer etwaigen Wertsteigerung des Tokens selbst¹⁶ – ihrem Erwerber einen zukünftigen (Rück-)Zahlungsanspruch gewähren. *Investment Token* ähneln damit klassischen Finanzinstrumenten. Abhängig von den gewährten Rechten sollte innerhalb der Klasse der *Investment Token* nach hier vertretener Ansicht noch weiter zwischen *Debt Token* einerseits und *Equity Token* bzw. *Trust Token* andererseits differenziert werden. Sofern *Investment Token* ausschließlich (Rück-)Zahlungsansprüche gewähren, wie dies bei Darlehen oder Genussrechten der Fall ist, bietet es sich an, diese als *Debt Token* zu bezeichnen. Werden demgegenüber neben Vermögensrechten weitere Gesellschafterrechte, beispielsweise Stimm- oder Informationsrechte, gewährt, sollten diese Token als *Equity Token* (beziehungsweise im Falle der schuldrechtlichen Nachbildung dieser Rechte als *Trust Token*)¹⁷ bezeichnet werden.

c) Rechtliche Grenzen der *Tokenization*

Während *Currency Token* per definitionem ihrem Erwerber keine zusätzlichen Rechte gewähren, können die mit einem *Utility Token* oder *Investment Token* verbundenen Rechte grundsätzlich durch den Emittenten frei festgelegt werden. Neben den bereits erwähnten regulatorischen Vorgaben stellt sich dabei indes auch die Frage nach den zivil- und gesellschaftsrechtlichen Grenzen der *Tokenization* eines Geschäftsmodells.

Angesichts der Vielzahl an Gestaltungsmöglichkeiten¹⁸ sind pauschale Aussagen im Hinblick auf *Utility Token* – diesseits der § 134 BGB und § 138 BGB – nur schwer möglich. Wird der Begriff des *Utility Token* (wie hier) dergestalt verstanden, dass ein Leistungsversprechen

9 §§ 55 Abs. 1 Nr. 4, 61 Abs. 1 AO sehen vor, dass das Vermögen einer gemeinnützigen Körperschaft bei Auflösung oder Wegfall steuerbegünstigter Zwecke nur an Körperschaften übergehen darf, die es ebenfalls zur Verwirklichung steuerbegünstigter Zwecke i. S. d. AO verwenden.

10 Ausführlich zur Vermögensausstattung bei rechtsfähigen Stiftungen u. a. Hof, in: v. Campenhausen/Richter, Stiftungsrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2014, § 9, Rn. 33 ff.

11 Zur unselbständigen Stiftung ausführlich u. a. Hof, in: v. Campenhausen/Richter, Stiftungsrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2014, § 36.

12 Klöhn/Parhofer/Resas, ZBB 2018, 89, 92.

13 Vgl. etwa die unterschiedliche Terminologie bei Rohr/Wright, „Blockchain-Based Token Sales, Initial Coin Offerings, and the Democratization of Public Capital Markets“, Cardozo Legal Studies Research Paper No. 527 (4.10.2017), <https://ssrn.com/abstract=3048104>, S. 14 ff. (Abruf: 11.5.2018) und bei Hacker/Thomale, „Crypto-Securities Regulation: ICOs, Token Sales and Cryptocurrencies under EU Financial Law“, <https://ssrn.com/abstract=3075820>, S. 12 ff. (Abruf: 11.5.2018).

14 Borkert, ITRB 2018, 39, 42; vgl. auch die entsprechende Aussage der BaFin, Hinweis schreiben v. 20.2.2018, GZ: WA 11-QB 4100-2017/0010, S. 2.

15 Das hier vorgeschlagene Klassifizierungs-Modell basiert auf dem Modell von Hacker/Thomale (a. a. O.), modifiziert es allerdings entsprechend des Vorgesagten dergestalt, dass die Unterscheidung zwischen den Token-Klassen ihrerseits anhand rechtlich erheblicher Unterschiede erfolgt.

16 Dieser zusätzliche Investment-Aspekt gilt für alle Token, die an Sekundärmärkten gehandelt werden bzw. für alle Token, deren Erwerber eine solche Handelbarkeit zukünftig erwarten, letztgenannter Aspekt ist es auch insbesondere, der nach Ansicht der U. S. Securities and Exchange Commission (SEC) Token regelmäßig als „Securities“ im Sinne des US-Rechts qualifiziert, vgl. die öffentliche Stellungnahme von SEC Chairman Jay Clayton vom 11.12.2017, <https://www.sec.gov/news/public-statement/statement-clayton-2017-12-11> (Abruf: 1.5.2018); zur Rechtslage in den USA Klöhn/Parhofer/Resas, ZBB 2018, 89, 97 f.

17 Näher hierzu sogleich unter II. 2. c).

18 Zickgraf, AG 2018, 293, 296.

zu Gunsten des Erwerbers abgegeben wird, spricht vieles dafür, die Vorschriften der §§ 793 ff. BGB analog anzuwenden. Unabhängig davon, ob man eine solche Analogie befürwortet, ist der Inhalt des Leistungsversprechens durch Auslegung zu ermitteln, §§ 133, 157 BGB. Ausgangspunkt für die Auslegung des Versprechens ist im Falle des § 793 BGB der Wortlaut der Urkunde.¹⁹ Denkbar wäre, in analoger Anwendung zunächst den Code des Tokens (beziehungsweise des diesen ausgebenden Smart Contracts) heranzuziehen, sofern sich aus diesem der Leistungsanspruch ergeben sollte.²⁰ Maßgeblich für die Auslegung des Leistungsversprechens dürften indes regelmäßig die außerhalb des Tokens bestehenden Umstände sein, soweit sie für die Verkehrsauffassung Bedeutung haben. Zu denken wäre demnach insbesondere an den Inhalt etwaiger White oder Light Paper sowie der Terms & Conditions des ICO.²¹ Generell sollte sich der Emittent über die Risiken der Abgabe eines Leistungsversprechens bewusst sein, insbesondere im Hinblick auf Produkte oder Dienstleistungen, die derzeit noch in der Entwicklung/Vorbereitung befindlich sind.

Die vorstehenden Überlegungen gelten auch für die Bestimmung des Leistungsversprechens eines Investment Tokens. Ergänzend hierzu stellt sich bei Equity Token die Frage nach etwaigen gesellschaftsrechtlichen Schranken. Bedenken ergeben sich dabei insbesondere im Hinblick auf die Fungibilität des Equity Tokens. So bedarf die Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils gemäß § 15 Abs. 3 GmbHG der notariellen Beurkundung. Eine Ausgabe von Aktien durch eine AG erfordert zur wertpapiermäßigen Verbriefung der Mitgliedschaft die Erstellung einer schriftlichen Urkunde.²² Im Falle einer KG sind alle neuen Kommanditisten mit Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort zum Handelsregister anzumelden, §§ 162 Abs. 1, 3, 106 Abs. 2 Nr. 1 HGB. Die Übertragung des Geschäftsguthabens einer Genossenschaft bedarf gemäß § 76 Abs. 1 GenG der Schriftform. Wollte man die jeweiligen Mitgliedschaftsrechte mittels eines Equity Token auf der Blockchain übertragen, wären mithin stets auch die vorgenannten Vorschriften einzuhalten. Ein solches Vorgehen stünde allerdings im Widerspruch zu zentralen Versprechen der Blockchain-Technologie, namentlich der Reduzierung von Transaktionskosten und der Desintermediatisierung.²³ Um diesen Zielkonflikt aufzulösen, könnte man an Treuhandgestaltungen denken, bei denen die Token-Inhaber zu Treugebern und nur ein einziger Treuhänder zum Gesellschafter des Emittenten werden. Eine Übertragung des Tokens führt demnach allein zum Wechsel des Treugebers. Ob dies jedoch auch zu einer steuerlichen Anerkennung des Treuhandverhältnisses nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 S. 2 AO führt, ist jedenfalls dann zweifelhaft, wenn den Token-Erwerbern kein jederzeitiger Anspruch auf Übertragung der Beteiligung gewährt wird.²⁴

III. Überlegungen zu Frühphasen-Investments und Mitarbeiterbeteiligungen

1. Überblick

Bereits vor der Durchführung des eigentlichen ICO kann es aus Sicht des Emittenten sinnvoll sein, eine bestimmte Anzahl der zu generierenden Token vorab an Dritte zu übertragen – sei es zur Aufnahme von Fremdkapital von Frühphasen-Investoren, als *Incentive* für Mitglieder des Entwicklungsteams oder auch zum Einsatz der Token als Zahlungsmittel im Geschäftsverkehr.²⁵ Zur schuldrechtlichen Regelung dieser Token-Übertragungen eröffnen sich verschiedene Gestaltungsoptionen, die auf einen direkten (z. B. im Wege eines *Token Purchase Agreement – TPA*) oder zukünftigen Token-Erwerb (z. B. im We-

ge eines *Token Option Agreement* oder eines Wandeldarlehens in Anlehnung an das vor dem Hintergrund des US-Wertpapierrechts entwickelten SAFT-Konzept²⁶) abzielen.

2. Vermeidung frühzeitiger Verkäufe und Kursschwankungen: das Lock-up

Vor allem Frühphasen-Investoren und Mitglieder des Entwicklungsteams erhalten häufig bereits in einem frühen Entwicklungsstadium – zeitlich weit vor dem eigentlichen ICO – für das Risiko ihrer Investition oder als Anreiz ihrer Mitarbeit²⁷ eine erhebliche Anzahl an Token vom Emittenten. Losgelöst von der Frage, welche schuldrechtliche Ausgestaltung der Token-Gewährung zugrunde liegt, d. h. unabhängig davon, ob die Token etwa mittels TPA veräußert oder im Rahmen eines Option Agreements allokiert werden, gilt es vertraglich sicherzustellen, dass die Erwerber ihre erhaltenen Token nicht bereits unmittelbar im Zeitpunkt des ICO wieder abstoßen. Anderenfalls drohen durch die Token-Veräußerungen in erheblichem Umfang frühzeitige Kursschwankungen, die das Vertrauen in den neu geschaffenen Token erschüttern und den wirtschaftlichen Erfolg des ICO grundlegend gefährden können.

In der Praxis hat es sich in diesem Zusammenhang als zielführend erwiesen, einen sog. *Lock-up Mechanismus* in die der Token-Allokation zugrunde liegende Vereinbarung zu implementieren. Gedanklich vergleichbar den bekannten Vesting-Klauseln aus typischen Venture-Capital-Gestaltungen wird es den Erwerbern dabei untersagt, die erhaltenen Token über einen Gesamtzeitraum von üblicherweise zwölf Monaten zu veräußern oder anderweitig zu übertragen. Regelmäßig wird dabei ein zeitlich gestaffeltes Lock-up gewählt, das – wieder vergleichbar dem Vesting – etwa einer Veräußerbarkeit der Hälfte der erhaltenen Token nach Ablauf eines halben Jahres sowie der vollen Token-Zahl nach einem Jahr vorsieht.

Zur technischen Umsetzung des Lock-ups stehen den Emittenten in der Regel zwei Optionen offen:

- zum einen das sog. *technische Lock-up*, bei dem der Emittent auf technischem Wege Verfügungen über die ausgegebenen Token für eine bestimmte Zeitspanne unmöglich macht;
- zum anderen ein sog. *schuldrechtliches Lock-up*, bei dem Verfügungen über die erhaltenen Token im Rahmen des TPA oder Option Agreements schuldrechtlich, gegebenenfalls unter Androhung einer Vertragsstrafe, untersagt werden.

Obgleich jegliche Übertragungen einzelner Token technisch grundsätzlich dauerhaft in der jeweiligen Blockchain nachvollziehbar sind, daher

19 *Habersack*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, § 793, Rn. 8.

20 Zum rechtlich relevanten Erklärungsgehalt eines Smart Contract sowie zur Vereinbarkeit im Hinblick mit AGB-Recht *Kaulartz/Heckmann*, CR 2016, 618, 622 ff.; zum Problem der Lesbarkeit des Codes *Heckelmann*, NJW 2018, 504, 506.

21 Hierzu unten unter IV. 1.

22 *Vatter*, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 3. Aufl. 2015, § 13, Rn. 12; zwar kann gemäß § 10 Abs. 5 AktG die Satzung den Anspruch des Aktionärs auf Verbriefung seines Anteils ausschließen oder einschränken, nach ganz h.M. kann die Verbriefung damit aber nicht vollständig entfallen, alle Mitgliedsrechte müssen vielmehr in einer Globalurkunde zusammengefasst werden, *Koch*, in: Hüffer/Koch, Aktiengesetz, 12. Aufl. 2016, § 10 AktG, Rn. 12.

23 *Klöhn/Parhofer/Resas*, ZBB 2018, 89, 94.

24 Allgemein zur steuerlichen Anerkennung des Treuhandverhältnisses BFH, 1.12.2010 – IV R 17/09, BStBl. II 2011, 419, Rn. 21; *Drüen*, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, 151. Lieferung 2.2018, § 39 AO, Rn. 33.

25 Bspw. als Gegenleistung für die Beratungsdienstleistungen Dritter im Rahmen der Vorbereitung des ICO, naheliegender ist ein solcher Einsatz insbesondere im Falle einer Emission von Currency Token, vgl. zu der zivilrechtlichen Einordnung deren Einsatzes als Zahlungsmittel *Engelhardt/Klein*, MMR 2014, 355, 358 f.; *Schlund/Pongratz*, DStR 2018, 598, 600 f.; *Spindler/Bille*, WM 2014, 1357, 1362 f.

26 *Simple Agreement for Future Tokens*, näher hierzu *Klöhn/Parhofer/Resas*, ZBB 2018, 89, 97.

27 Zu den hiermit verbundenen Risiken eines lohnsteuerpflichtigen geldwerten Vorteils so gleich unter III. 3.

auch die Übertragung von mit einem schuldrechtlichen Lock-up belasteten Token in der Regel nachvollzogen werden kann und es sich bei den Frühphasen-Investoren und Mitarbeitern um einen bekannten und vergleichsweise überschaubaren Personenkreis handelt, erscheinen technische Lock-ups praktisch erheblich vorzugswürdiger. Dies nicht zuletzt, da vor allem Investoren häufig im Ausland ansässig sein werden und eine Durchsetzung der schuldrechtlichen Vertragsstrafe bei Zuwiderhandeln mithin selbst bei entsprechender Rechtswahlklausel²⁸ im TPA einen nicht unerheblichen Aufwand birgt.

3. Mitarbeiterbeteiligung durch Token kann zu einem geldwerten Vorteil führen

Wie zuvor bereits skizziert, erhalten die Mitglieder des Entwicklungsteams als Arbeitnehmer des Emittenten regelmäßig als Anreiz für ihre Tätigkeit neben dem eigentlichen Arbeitslohn auch eine nicht unerhebliche Anzahl an Token.²⁹ Grundsätzlich dürfte es sich bei dieser Token-Gewährung, vergleichbar der Gewährung von Aktienpaketen, dem Grunde nach um einen geldwerten Vorteil des Arbeitgebers zugunsten des jeweiligen Arbeitnehmers handeln, der als Einkunft aus nichtselbständiger Arbeit nach §§ 19, 38 EStG der Lohnsteuer zu unterwerfen ist.³⁰

Dies sollte jedenfalls dann nicht zu negativen steuerlichen Implikationen führen, wenn der Wert der Token äußerst gering ist, unter Umständen gar gegen Null geht, etwa weil die Token in einer sehr frühen Entwicklungsphase an die Mitarbeiter ausgegeben und übertragen werden. Schließt der Emittent jedoch zeitgleich oder in enger zeitlicher Nähe zur Mitarbeiterbeteiligung Token Purchase Agreements mit außenstehenden Dritten und wird so ein realer Wert der Token dokumentiert, dürfte die Finanzverwaltung davon ausgehen, dass in der Mitarbeiterbeteiligung nicht nur dem Grunde, sondern auch der Höhe nach ein lohnsteuerpflichtiger geldwerter Vorteil liegt.

Problematisch ist dabei, dass die Arbeitnehmer ihre erhaltenen Token teils aus tatsächlichen Gründen, etwa aufgrund eines technischen Lock-ups oder mangels Bestehens einer Handelsplattform, teils aus rechtlichen Gründen (etwa in Fällen des schuldrechtlichen Lock-ups), regelmäßig erst in einem späteren Veranlagungszeitraum veräußern werden können. Misst die Finanzverwaltung den Token jedoch bereits im Zeitpunkt der Allokation einen beachtlichen Verkehrswert bei, liegt mithin nicht nur dem Grunde, sondern auch der Höhe nach ein geldwerter Vorteil vor, resultiert hieraus, soweit die Finanzverwaltung trotz Veräußerungsbeschränkung einen Zufluss beim Mitarbeiter annimmt, das Risiko sog. *dry incomes* auf Ebene der Arbeitnehmer. Von *dry income* ist allgemein die Rede, wenn es auf Ebene des Steuerpflichtigen zu einer Besteuerungssituation kommt, ohne dass dieser unmittelbar ein Geldzufluss gegenübersteht.

Zur Vermeidung sämtlicher Risiken der *dry-income*-Problematik empfiehlt es sich hier in der Praxis, die Token nicht sofort an die Mitarbeiter zu übertragen, sondern diesen im Rahmen eines Option Agreements die Möglichkeit zum (aufgrund eines Lock-ups gestaffelten³¹) Erwerb der Token einzuräumen. Nach Ablauf vordefinierter und mit den Lock-up-Fristen korrespondierender Zeitspannen steht den Mitarbeitern das Recht zu, einen Teil der ihnen zustehenden Token zu einem feststehenden Kaufpreis zu erwerben. Etwaige in diesem Zusammenhang entstehende lohnsteuerpflichtige geldwerte Vorteile lassen sich so zwar nicht gänzlich vermeiden, doch kommt es je nach Höhe der ausgeübten Option unter Umständen zur Anwendung eines niedrigeren progressiven Einkommensteuertarifs. Darüber hinaus – und praktisch für den Arbeitnehmer entscheidend – kann dieser so

die Höhe etwaiger anfallender Lohnsteuer selbst steuern und entsprechend reagieren, indem er die Option etwa nur für einen geringen Teil der Token ausübt, in deren Höhe notfalls auch ein Token-Verkauf zur Zahlung der Steuer möglich ist.

IV. Die rechtliche Dokumentation des ICO

1. Überblick: White Paper, Light Paper, Terms & Conditions

Im Rahmen der Durchführung eines ICO hat sich in der Praxis die Veröffentlichung beziehungsweise Erstellung der beiden folgenden Dokumente als derzeitiger Marktstandard herausgebildet:

In einem sog. *White Paper* werden regelmäßig der Emittent, das Geschäftsmodell, der emittierte Token (insbesondere die gewährten Rechte), die Eckdaten des geplanten ICO (Verkaufszeitraum, Preis, Verwendung der Einnahmen etc.) sowie oftmals auch die Unternehmensgründer und das Entwickler-Team beschrieben.³²

Die *Terms & Conditions* des ICO definieren regelmäßig als Allgemeine Geschäftsbedingungen³³ die Rechte und Pflichten der Parteien im Hinblick auf die Übertragung der emittierten Token.

Bisweilen wird auch zusätzlich ein sog. *Light Paper* veröffentlicht, das die Informationen des *White Paper* auf wenigen Seiten gebündelt zusammenfasst.

2. Zivilrechtliche Implikationen

Die zivilrechtliche Ausgestaltung der Vertragsdokumentation im Rahmen eines ICO hängt naturgemäß in erster Linie von der Wahl und Ausgestaltung der durch den Token auf den Erwerber zu übertragenen Rechte ab.³⁴ Die rechtswirksame Übertragung der Rechte spiegelt dabei aus zivilrechtlicher Sicht indes nur einen Teil der zu gestaltenden Regelungen wider. Zwei weitere Problemkreise sollen hier beispielhaft ergänzend thematisiert werden: die Frage der AGB-rechtlichen Grenzen und die Beachtung rechtlicher Aspekte, die bei einem Verkauf an internationale Erwerber zu beachten sind.

a) AGB-rechtliche Grenzen

Die seitens des Emittenten gestellten *Terms & Conditions* eines ICO sind als für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen regelmäßig an den §§ 305 ff. BGB zu messen. Hieraus ergeben sich zahlreiche AGB-rechtliche Grenzen, die es bei Formulierung der *Terms & Conditions* zu beachten gilt. Die beiden nachfolgenden Beispiele sollen dabei exemplarisch ICO- bzw. Blockchain-spezifische Probleme verdeutlichen, die sich in Folge einer Anwendung der §§ 305 ff. BGB stellen:

Die Ausgabe der Token im Rahmen eines ICO ist als Blockchain-basierte Transaktion technisch irreversibel. Dieser Umstand lässt aus Sicht des Emittenten beispielsweise einen Ausschluss von Rücktrittsrechten im Hinblick auf das dem Token-Erwerb zu Grunde liegende Verpflichtungsgeschäft erstrebenswert erscheinen. Einer derartigen Regelung steht indes § 309 Nr. 8 lit. a) BGB entgegen.³⁵

28 Hierzu sogleich unter IV. 2. b).

29 S. oben unter III. 2.

30 Hierzu allgemein u.a. Krüger, in: Schmidt, EStG, 36. Aufl. 2017, § 19, Rn. 100 „Aktien“ EStG.

31 Hierzu ausführlich s. oben unter III. 2.

32 Vgl. auch Zickgraf, AG 2018, 293, 294.

33 Dazu sogleich.

34 S. oben unter II. 2.

35 Schrey/Thalhofer, NJW 2017, 1431, 1436.

Das Regelbeispiel einer unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist erfüllt, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Bezüglich des Erwerbs von Token im Zuge eines ICO stellt sich indes die Frage, von welchem Vertragstyp überhaupt auszugehen ist, mithin welche Regelungen den Maßstab für die Prüfung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB bilden. Einer Einordnung als Kaufvertrag dürfte dabei richtigerweise die fehlende Sacheigenschaft der Token entgegenstehen.³⁶ Teilweise wird vertreten, dass Token als „sonstige Gegenstände“ im Sinne des § 453 Abs. 1 BGB zu qualifizieren sind,³⁷ was zu einer entsprechenden Anwendbarkeit der Vorschriften über den Sachkauf führen würde. Andere sehen im Erwerb von Token demgegenüber einen „atypischen“ Werkvertrag.³⁸

b) Veräußerung an Internationale Erwerber

Sollen mit dem ICO – wie regelmäßig – nicht nur Erwerber innerhalb der Bundesrepublik Deutschland, sondern weltweit angesprochen werden, stellen sich auch unter diesem Gesichtspunkt vielfältige rechtliche Fragen, die an dieser Stelle nur punktuell angesprochen werden können.

Infolge der weltweit unterschiedlichen regulatorischen Vorgaben sollte zum einen Klarheit darüber herrschen, ob das Ansprechen bestimmter Staatsbürger im Rahmen des ICO gegen das in diesem Fall jeweils anwendbare nationale Aufsichtsrecht verstößt. Die bereits angesprochene, ICO-kritische Haltung der US-Börsenaufsicht SEC führt dazu, dass US-Staatsbürger in den Terms & Conditions zahlreicher ICOs als Erwerber ausgeschlossen werden.³⁹

Sollen die Terms & Conditions des ICO eine Rechtswahlklausel enthalten und werden durch die Terms & Conditions auch Verbraucher angesprochen, ist unter anderem Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO zu beachten. Nach diesem bleiben zwingende verbraucher-schützende Vorschriften, die im Aufenthaltsstaat des Verbrauchers gelten, stets unberührt, sofern deren Schutzstandard denjenigen der parteiautonom bestimmten Rechtsordnung übersteigt (Günstigkeitsvergleich).⁴⁰ Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO ist dabei auch auf Verbraucher anwendbar, die keinen Wohnsitz in der EU haben.⁴¹

3. Steuerrechtliche Implikationen des ICO auf Ebene des Emittenten

Neben den vorstehend skizzierten zivilrechtlichen Erwägungen bringt ein ICO auch eine Reihe steuerlicher Implikationen mit sich, deren Folgen es auf Seiten des Emittenten bereits frühzeitig zu beachten gilt.

a) Umsatzsteuerliche Implikationen des Token-Verkaufs im Zeitpunkt des ICO

Im Rahmen der Prüfung umsatzsteuerlicher Implikationen des Token-Verkaufs im Zeitpunkt eines ICO stellt sich aus Sicht des Emittenten die Frage, ob ein etwaiger Verkauf der geschaffenen Krypto-Token dem Grunde und der Höhe nach der deutschen Umsatzsteuer unterliegt.

Hierbei kann auf die bisher ergangene Rechtsprechung des EuGH sowie auf Stellungnahmen der Finanzverwaltung zurückgegriffen werden, die in ihrer umsatzsteuerlichen Würdigung jedoch vornehmlich die Behandlung des Erwerbs von Bitcoins betreffen.⁴² Obgleich es sich hierbei nicht um den Token-Verkauf im Rahmen eines ICO handelt, halten wir die umsatzsteuerlichen Grundsätze auch auf den ICO für anwendbar.

aa) Rechtsgrundsätze der EuGH Entscheidung in der Rechtssache Hedqvist

Die umsatzsteuerliche Behandlung der Emission eines Krypto-Token geht zurück auf die in der Rechtssache *Hedqvist* vom EuGH entwickelten Rechtsgrundsätze.⁴³ Mit Urteil vom 22.10.2015 hat der EuGH hierin entschieden, dass es sich beim Umtausch von staatlichen Währungen⁴⁴ in Einheiten des Bitcoin (und umgekehrt) über entsprechende Handelsplattformen im Internet um eine umsatzsteuerbare Dienstleistung gegen Entgelt nach Art. 2 Abs. 1 Buchst. c MwStSystRL handelt.

Die Umsätze aus dieser Dienstleistung sind nach Auffassung des EuGH jedoch nach Art. 135 Abs. 1 Buchst. e MwStSystRL von der Umsatzsteuer befreit. Danach unterliegen solche Umsätze nicht der Besteuerung, die sich auf Devisen, Banknoten und Münzen beziehen, die gesetzliche Zahlungsmittel sind. Unter Zugrundelegung sämtlicher Sprachfassungen der Mehrwertsteuersystemrichtlinie kommt der EuGH dabei zu dem Schluss, dass es die verschiedenen Sprachfassungen des Befreiungstatbestandes nicht zulassen, eine eindeutige Aussage darüber zu treffen, ob von dem Begriff der *gesetzlichen Zahlungsmittel* lediglich staatliche Währungen umfasst seien.⁴⁵ Aufgrund dieser fehlenden sprachlichen Eindeutigkeit sei Art. 135 Abs. 1 Buchst. e MwStSystRL nicht auf einer grammatikalischen Grundlage auszulegen, sondern im Kontext und Licht des Zwecks und der Systematik der Mehrwertsteuerrichtlinie zu betrachten.⁴⁶

Teleologisch bezwecke Art. 135 Abs. 1 Buchst. e MwStSystRL insbesondere, die im Rahmen der Besteuerung von Finanzgeschäften auftretenden Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Bemessungsgrundlage und der Höhe der abzugsfähigen Mehrwertsteuern zu beseitigen. In diesen Anwendungsbereich fallen auch Bitcoin-Transaktionen gegen staatliche Währungen. Auch hierbei handelt es sich um Finanzgeschäfte im Sinne der Mehrwertsteuersystemrichtlinie, soweit die erhaltene Währung, auch wenn es sich wie beim Bitcoin dabei nicht um eine konventionelle Währung handelt, von den an der Transaktion Beteiligten als alternatives Zahlungsmittel zu den gesetzlichen Zahlungsmitteln akzeptiert worden ist und keinen anderen Zweck als der Verwendung als Zahlungsmittel dient.⁴⁷ Dies ist speziell im Falle der virtuellen Währung Bitcoin der Fall.⁴⁸

bb) Bundesfinanzministerium schließt sich EuGH Rechtsprechung an

Mit Schreiben vom 27.2.2018 hat sich das Bundesfinanzministerium (BMF) der umsatzsteuerlichen Behandlung des Bitcoin und sonstiger virtueller Währungen entsprechend der Rechtsprechung des EuGH

36 Heckelmann, NJW 2018, 504, 508; Schlund/Pongratz, DStR 2018, 598, 600; Spindler/Bille, WM 2014, 1357, 1362.

37 Schlund/Pongratz, DStR 2018, 598, 600; Spindler/Bille, WM 2014, 1357, 1362; a.A. Engelhardt/Klein, MMR 2014, 355, 359.

38 Boehm/Pesch, MMR 2014, 75, 78.

39 So bspw. auch bei den aus Deutschland heraus erfolgten ICOs der wysker UG und der savedroid AG; ob ein solcher Ausschluss seinerseits ausreicht oder ob weitere Maßnahmen ergriffen werden müssen, soll hier nicht weiter vertieft werden.

40 Staudinger, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski u.a., Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, VO (EG) 593/2008, Art. 6, Rn. 1.

41 Mankowski, IHR 2008, 133, 144.

42 S. hierzu Liegmann, BB 2018, 1175 (in diesem Heft).

43 EuGH, 22.10.2015 – C-264/14, BStBl. II 2018, 211, RIW 2016, 239, EWS 2015, 357; hierzu auch Frase, BB 2016, 26 ff.; Beck/König, UR 2015, 869 ff.; Schlund/Pongratz, DStR 2018, 598, 601 f.

44 In der Sprache der Krypto- und Blockchain-Anhänger werden staatliche Währungen häufig auch als *Fiatgeld* bezeichnet.

45 EuGH, 22.10.2015 – C-264/14, a. a. O., Rn. 46.

46 EuGH, 22.10.2015 – C-264/14, a. a. O., Rn. 47.

47 EuGH, 22.10.2015 – C-264/14, a. a. O., Rn. 48, 49.

48 EuGH, 22.10.2015 – C-264/14, a. a. O., Rn. 52.

angeschlossen.⁴⁹ Danach handelt es sich beim Umtausch von staatlichen Währungen in Bitcoin oder andere virtuelle Währungen, sowie beim Umtausch virtueller Währungen zurück in eine staatliche Währung um eine umsatzsteuerbare sonstige Leistung, die im Rahmen einer richtlinienkonforme Auslegung des § 4 Nr. 8 Buchst. b UStG umsatzsteuerbefreit ist.⁵⁰

Neben weiteren bedeutsamen Klarstellungen, insbesondere zur umsatzsteuerlichen Behandlung des sog. *Mining*, von *Wallets* und der Behandlung der Handelsplattformen virtueller Währungen,⁵¹ die für Zwecke dieser Ausarbeitung nicht im Vordergrund stehen, beinhaltet das BMF Schreiben vom 27.2.2018 auch eine entsprechende Ergänzung des Umsatzsteueranwendungserlasses. In Abschn. 4.8.3 wird ein neuer Abs. 3a zur Klarstellung der Umsatzsteuerbefreiung des Umtausches virtueller Währungen eingefügt.⁵²

cc) Entsprechende Anwendung auf die Emission von Krypto-Token beim ICO

Neben der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Hedqvist*,⁵³ kommt vor allem dem jüngst im Bundessteuerblatt veröffentlichten und damit für die Finanzverwaltung bindenden Schreiben des BMF⁵⁴ eine entscheidende praktische Bedeutung für die umsatzsteuerliche Behandlung der Emission eines Krypto-Token im Zeitpunkt des ICO zu. Über die Behandlung des Einzelfalls Bitcoin hinaus, sind die Grundsätze auch auf sämtliche andere virtuelle Währungen anwendbar. Grundsätzlich kann es sich mithin beim ICO um einen nach § 4 Nr. 8 Buchst. b UStG umsatzsteuerbefreiten Verkauf der Tokens handeln.

Entscheidend ist dabei jedoch, wie EuGH und Finanzverwaltung unisono fordern, dass die Token „keinem anderen Zweck als der Verwendung als Zahlungsmittel dienen“.⁵⁵ Entsprechend der oben skizzierten Token-Klassen kommt eine Umsatzsteuerbefreiung sowohl nach nationalem Recht, wie auch nach der Mehrwertsteuersystemrichtlinie rechtssicher nur für Currency Token in Betracht, also für solche Token, die keinerlei zusätzlichen Rechte tragen und daher bereits ihrem Wesen nach allein zur *Verwendung als Zahlungsmittel dienen* können.⁵⁶ Ebenso sicher sollten Investment Token⁵⁷ von der Anwendbarkeit des § 4 Nr. 8 Buchst. b UStG ausgeschlossen sein, da mit ihnen per definitionem eine Rechtsposition auf den Erwerber übergeht, die den Token über das bloße Zahlungsmittel hinaus erhebt.

Unklar scheint die Anwendbarkeit der Umsatzsteuerbefreiung auf die Umsätze aus der Veräußerung von Utility Token.⁵⁸ Verkörpern diese entsprechend obiger Definition im Zeitpunkt der Emission ein konkretes Leistungsversprechen, dienen sie mithin auch einem anderen Zweck als der Verwendung als Zahlungsmittel, sollte der Anwendungsbereich der Umsatzsteuerbefreiung des § 4 Nr. 8 Buchst. b UStG verschlossen bleiben. Sind die Token derart ausgestaltet, dass im ICO-Zeitpunkt noch kein konkretisierter oder gar fälliger Leistungsanspruch auf eine Ware oder Dienstleistung besteht, etwa weil das zukünftige Produkt erst durch die Einnahmen des ICO entwickelt oder hergestellt werden kann, erfüllt der Token rechtlich im umsatzsteuerlich relevanten Leistungszeitpunkt keine andere Funktion, als die eines Zahlungsmittels, mithin eines Currency Token. Den Käufern ist dabei vor allem auch bewusst, dass ihr erworbener Token, obwohl zukünftig eine hinzutretende *utility*-Komponente vom Emittenten angestrebt wird, unter Umständen dauerhaft auf die Funktion eines Zahlungsmittels beschränkt bleiben kann, in vielen Fällen auch bleiben wird. Vor diesem Hintergrund bleibt kaum Raum für eine diver-

gierende umsatzsteuerlicher Behandlung von originären Currency Token und im Leistungszeitpunkt rechtelosen Token.

b) Ertragsteuerliche Behandlung der Einnahmen aus dem Token-Verkauf

Neben der umsatzsteuerlichen Behandlung des Token-Verkaufs kommt auch der ertragsteuerlichen Behandlung des ICO-Erlöses auf Ebene des Emittenten eine erhebliche Bedeutung zu. Ein etwaiger steuerbarer Veräußerungserlös ist dabei vor allem unter Berücksichtigung des Umstandes zu werten, dass Emittenten einen ICO – wie eingangs erwähnt – als Finanzierungsinstrument für zukünftige Entwicklungs- und Herstellungskosten nutzen, den Erlös mithin nicht unmittelbar im Anschluss an den ICO vollständig aufbrauchen, sondern über einen längeren Zeitraum kontinuierlich zur eigenen Finanzierung verwenden werden.⁵⁹

aa) ICO-Token als selbstgeschaffene immaterielle Wirtschaftsgüter

Erwirbt ein bilanzierender Käufer Token, etwa von einer Handelsplattform oder im Rahmen des ICO unmittelbar von einem Emittenten, sind diese Token abhängig davon, ob sie dauerhaft dem Geschäftsbetrieb des Käufers dienen sollen, entweder unter dem Posten *Erworbene immaterielle Vermögensgegenstände* des Anlagevermögens (§ 266 Abs. 2 A. I. HGB),⁶⁰ oder als *Sonstige Vermögensgegenstände* des Umlaufvermögens jeweils mit ihren Anschaffungskosten zu aktivieren (§ 266 Abs. 2 B. II. Nr. 4 HGB).⁶¹

Schafft ein Emittent wie im Falle des ICO die auszugebenen Token selbst, handelt es sich hierbei regelmäßig um selbstgeschaffene immaterielle Wirtschaftsgüter, die in erster Linie dauerhaft dem Geschäftsbetrieb des Käufers dienen sollen, mithin im Anlagevermögen auszuweisen sind. So ist zum Zeitpunkt der Token-Erschaffung häufig noch unklar, ob und in welchem Umfang die Token tatsächlich zur Veräußerung bestimmt sind, oder vielmehr der Verbreitung und Funktionsfähigkeit der geschaffenen Blockchain und ihrer Anwendungen dienen sollen.

Ein entsprechender Aktivposten für diese immateriellen Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens darf nach § 5 Abs. 2 EStG jedoch nur im Falle eines entgeltlichen Erwerbs gebildet werden, der hier nicht vorliegt. In der Konsequenz kommt es auf Ebene der Steuerbilanz des Emittenten im Veräußerungszeitpunkt der Token damit zu einem Ertrag, dem kein ergebnismindernder Bilanzposten gegenüber steht. Abzüglich häufig vernachlässigbarer Anschaffungskosten wie Strom- und Energiekosten – die im Falle des ICO in der Regel deutlich nied-

49 BMF Schreiben v. 27.2.2018 – Gz. III C 3 – S 7160-b/13/10001, BStBl. I 2018, 316; dazu auch *Liegmann*, BB 2018, 1175 (in diesem Heft).

50 BMF Schreiben v. 27.2.2018 – Gz. III C 3 – S 7160-b/13/10001, BStBl. I 2018, 316., Gliederungspunkt I. und II.

51 BMF Schreiben v. 27.2.2018 – Gz. III C 3 – S 7160-b/13/10001, BStBl. I 2018, 316, Gliederungspunkt I; zur umsatzsteuerlichen Behandlung von *Mining*, *Wallets* und Handelsplattformen auch *Schlund/Pongratz*, DStR 2018, 598, 602; speziell zum *Mining* auch *Blank/Christ*, StB 2018, 47, 49.

52 BMF Schreiben v. 27.2.2018 – Gz. III C 3 – S 7160-b/13/10001, BStBl. I 2018, 316., Gliederungspunkt III.

53 EuGH, 22.10.2015 – C-264/14, a. a. O., hierzu ausführlich s. oben unter IV. 3. a) aa).

54 BMF Schreiben v. 27.2.2018 – Gz. III C 3 – S 7160-b/13/10001, BStBl. I 2018, 316., hierzu ausführlich s. oben unter IV. 3. a) bb).

55 BMF Schreiben v. 27.2.2018 – Gz. III C 3 – S 7160-b/13/10001, BStBl. I 2018, 316., Gliederungspunkt II.

56 S. oben unter II. 2. b).

57 Zum Wesen der *Investment Token* s. oben unter II. 2. b).

58 Zum Wesen der *Utility Token* s. oben unter II. 2. b).

59 S. oben unter I.

60 Ausführlich zur bilanziellen Behandlung erworbener Bitcoin und Token *Kirsch/von Wieding*, BB 2017, 2731, 2735.

61 *Kirsch/von Wieding*, BB 2017, 2731, 2734; *Schlund/Pongratz*, DStR 2018, 598, 603.

riger liegen, als bei der Herstellung etwa von Bitcoin durch energieaufwändiges Mining – entsteht steuerbilanziell so regelmäßig ein erheblicher Gewinn beim Emittenten durch den ICO.

Dieser Gewinn unterliegt, soweit der Emittent aus der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft heraus agiert,⁶² auf dessen Ebene der regulären ca. 30%igen Körperschaft- und Gewerbesteuer.

bb) Passivposten des Emittenten

Wie einführend erwähnt, liegt der Anreiz eines ICO für die Emittenten regelmäßig darin, den Token-Verkauf als Finanzierungsinstrument für zukünftige Entwicklungs- und Herstellungskosten nutzen zu können. Unterliegt dieser Gewinn nun in voller Höhe der 30%igen Körperschaft- und Gewerbesteuer, ohne dass der Emittent gewinnmindernde Positionen steuerlich geltend machen kann, verliert der ICO als solcher zwar nicht an Reiz, schmälert jedoch die nutzbare Finanzierungssumme erheblich.

In der Praxis gewinnt daher die Frage, ob dem ICO-Erlös ein gewinnmindernder Bilanzposten gegenüberstehen kann, entscheidende Bedeutung. Zu unterscheiden gilt es auch für die ertragsteuerlichen Implikationen nach den einzelnen Token-Klassen.

(1) Keine bilanzielle Gegenposition bei Ausgabe von Currency Token

Eindeutig dürfte die Bewertung im Falle der Ausgabe von Currency Token liegen. Da diese ihrem Wesen nach weder im Zeitpunkt des ICO noch zukünftig Ansprüche gegen den Emittenten begründen,⁶³ kann dieser auch keine entsprechenden Verbindlichkeiten passivieren. Der realisierte ICO Erlös wird mithin in voller Höhe der Besteuerung unterworfen.

(2) Passivierung von Verbindlichkeiten oder Rückstellungen bei Ausgabe von Investment Token und Utility Token?

Im Falle der Ausgabe von Utility Token oder Investment Token kommt vor allem eine Passivierung von Verbindlichkeiten oder Rückstellungen des Emittenten für entsprechende Forderungen der Token-Käufer auf Grundlage abgegebener Leistungsversprechen in Betracht. Voraussetzung ist dabei, dass sich der Emittent bereits im Zeitpunkt des Token-Verkaufs einer rechtlichen Verpflichtung gegenüber dem Käufer unterworfen hat, die auf Ebene des Emittenten zu einer hieraus resultierenden Vermögensminderung führt.⁶⁴ Denkbar sind insbesondere Konstellationen, in denen die emittierten Token einen konkreten, bereits im ICO-Zeitpunkt definierten und fälligen Anspruch begründen; vergleichbar etwa einem Sachgutschein.⁶⁵

Wird den Käufern ein solcher Anspruch im Zeitpunkt des ICO nicht gewährt und entsteht er auch nicht nachträglich zwischen dem ICO und dem jeweiligen Bilanzstichtag, erzielt der Emittent einen außerordentlichen Ertrag, der mit ca. 30% steuerlich belastet wird. Insoweit verhält sich die ertragsteuerliche Behandlung von Token ohne Leistungsversprechen bzw. (Rück-)Zahlungsanspruch entsprechend der Behandlung von Currency Token.⁶⁶

V. Zusammenfassung

1. Die Ausgestaltung der durch den Token auf den Erwerber übertragenen Rechte stellt aus privatrechtlicher und steuerlicher Sicht die zentrale Vorfrage im Rahmen eines ICO dar. Die Unterscheidung

von Token-Klassen kann eine erste Indikation für die rechtliche Einordnung bieten, sofern die Trennlinien zwischen den Token-Klassen diejenigen Unterschiede nachzeichnen, die ihrerseits für die rechtliche Einordnung des Tokens erheblich sind.

2. Bereits vor Durchführung des ICO kann es aus Sicht des Emittenten sinnvoll sein, eine bestimmte Anzahl der zu generierenden Token vorab an Dritte zu übertragen. In diesen Fällen empfiehlt sich zur Vermeidung frühzeitiger Kursschwankungen die Vereinbarung eines Lock-up-Mechanismus. Werden die Token zur Incentivierung von Mitarbeitern eingesetzt, handelt es sich dem Grunde nach um einen geldwerten Vorteil des Arbeitgebers zugunsten des jeweiligen Arbeitnehmers, der – soweit auch der Höhe nach ein geldwerter Vorteil anzunehmen ist – nach §§ 19, 38 EStG der Lohnsteuer zu unterwerfen ist. Zur Vermeidung einer möglichen dry income-Problematik empfiehlt sich die Verwendung eines Option Agreements.
3. Neben der Regelung einer wirksamen Übertragung der durch den Token gewährten Rechte stellt sich im Zusammenhang mit der Erstellung der Terms & Conditions eines ICO unter anderem auch die Frage AGB-rechtlicher Grenzen. Zahlreiche weitere rechtliche Herausforderungen ergeben sich durch die regelmäßig beabsichtigte Ansprache internationaler Erwerber.
4. Die Veräußerung emittierter Krypto-Token im Rahmen eines ICO ist jedenfalls in solchen Fällen nach § 4 Nr. 8 Buchst. b UStG von der Umsatzsteuer befreit, in denen der emittierte und veräußerte Token keinem anderen Zweck als der Verwendung als Zahlungsmittel dient. Verkörpert der Token Ansprüche oder sonstige Rechte, handelt es sich mithin um einen Utility- oder Investment Token, unterliegt die Veräußerung der Umsatzsteuer zum Regelsteuersatz von 19%.
5. Bei den zu emittierenden Token handelt es sich um steuerbilanziell nicht aktivierungsfähige selbstgeschaffene Wirtschaftsgüter des Emittenten. Werden die Token im Rahmen des ICO veräußert, führt dies auf Ebene des Emittenten zu einem außerordentlichen Ertrag, der der ca. 30%igen Körperschaft- und Gewerbesteuer unterliegt. Lediglich bei der Ausgabe von Utility- oder Investment Token können dem außerordentlichen Ertrag grundsätzlich ergebnismindernde Verbindlichkeiten des Emittenten gegenüberstehen.

Fabian Krüger ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Raue LLP in Berlin. Seine Tätigkeitsschwerpunkte sind nationales und internationales Steuerrecht, Unternehmenssteuerrecht sowie Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrecht.



Dr. Michael Lampert, LL.M., ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Raue LLP in Berlin. Seine Tätigkeitsschwerpunkte bilden u. a. Corporate, M&A und Finanzierungen sowie Private Equity und Venture Capital.



62 Hierzu s. oben unter II. 1. a).

63 S. oben unter II. 2. b).

64 Vgl. Schmidt/Ries, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 11. Aufl. 2018, § 246 HGB, Rn. 53.

65 In diesem Fall dürfte die Veräußerung der emittierten Token entsprechend der Ausführungen unter IV. 3. a) der Umsatzsteuer unterliegen.

66 Zur ertragsteuerlichen Behandlung der Emission von *Currency Token* s. oben unter IV. 3. b) bb) (1).