



Abteilung I  
A-6828/2017

## Urteil vom 29. Oktober 2018

Besetzung

Richter Daniel Riedo (Vorsitz),  
Richter Michael Beusch,  
Richterin Marianne Ryter,  
Gerichtsschreiber Beat König.

Parteien

**A. \_\_\_\_\_ AG,**  
vertreten durch  
lic. iur. Stefan Oesterhelt, Rechtsanwalt LL.M.,  
und/oder Martin Schenk, dipl. Steuerexperte,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Eidgenössische Steuerverwaltung ESTV,**  
Hauptabteilung Direkte Bundessteuer, Verrechnungssteuer,  
Stempelabgaben,  
Vorinstanz.

Gegenstand

Emissionsabgabe.

**Sachverhalt:****A.**

**A.a** Die börsenkotierte A. \_\_\_\_\_ AG (nachfolgend auch: die Steuerpflichtige) mit Sitz in B. \_\_\_\_\_ betreibt eine Bank.

**A.b** Mit Prospekt vom 29. September 2014 unterbreitete die Steuerpflichtige ihren Aktionären das Angebot, Aktien der Steuerpflichtigen in Aktien der am 10. Juni 2014 gegründeten C. \_\_\_\_\_ AG umzutauschen. Die im Austausch hinzugebenden Aktien der C. \_\_\_\_\_ AG sollen nach dem Prospekt im Rahmen einer ordentlichen Kapitalerhöhung dieser Gesellschaft geschaffen werden.

Mit dem Tauschangebot angestrebt wurde eine Zielstruktur, wonach die C. \_\_\_\_\_ AG 100 % der Aktien der Steuerpflichtigen hält.

Im Angebotsprospekt wurde insbesondere festgehalten, dass bei einem Zustandekommen des Umtauschangebotes die C. \_\_\_\_\_ AG zur neuen börsenkotierten Muttergesellschaft der Steuerpflichtigen werde. Mit der Errichtung einer Holdinggesellschaft werde beabsichtigt, die Abwicklungsfähigkeit der D. \_\_\_\_\_-Gruppe mit Blick auf bankenaufsichtsrechtliche Anforderungen wesentlich zu verbessern (Beschwerdebeilage 4, S. 15). Die C. \_\_\_\_\_ AG beabsichtige im Falle, dass sie im Rahmen des Umtauschangebotes mehr als 98 % aller ausgegebenen Aktien der Steuerpflichtigen erwerbe, einen börsenrechtlichen Squeeze-out durchzuführen (bzw. die Minderheitsaktionäre der Steuerpflichtigen durch Kraftloserklärung ihrer Wertpapiere zwangsweise ausschliessen zu lassen). Sollte die C. \_\_\_\_\_ AG mindestens 90 %, aber nicht mehr als 98 % aller ausgegebenen Aktien der Steuerpflichtigen erwerben, werde die C. \_\_\_\_\_ AG – so der Angebotsprospekt – «voraussichtlich eine Squeeze-out-Fusion durchführen, gemäss welcher die A. \_\_\_\_\_ [AG] in die G. \_\_\_\_\_, eine zu 100 % von der C. \_\_\_\_\_ [AG] gehaltene Tochtergesellschaft, fusioniert würde, wobei die G. \_\_\_\_\_ die Transaktion überleben würde» (Beschwerdebeilage 4, S. 13 und 29).

**A.c**

**A.c.a** Anlässlich des hiavor genannten Umtauschprogramms konnte die C. \_\_\_\_\_ AG insgesamt 97,3 % der Aktien der Steuerpflichtigen erwerben. Die für diese Konstellation angekündigte voraussichtliche Squeeze-out-Fusion wurde in der Folge nicht durchgeführt. Ausschlaggebend war

dafür nach Angaben der Steuerpflichtigen, dass eine Fusion zu ihrem Untergang geführt hätte und dadurch ein Teil ihrer [...] Banklizenzen verloren gegangen wäre (vgl. Beschwerdebeilage 8, S. 2).

Damit die C.\_\_\_\_\_ AG den Schwellenwert für einen börsenrechtlichen Squeeze-out von mehr als 98 % der Stimmrechte gemäss dem bis Ende 2015 in Kraft gewesenen aArt. 33 des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG, SR 954.1) erreicht, beschloss die Generalversammlung der Steuerpflichtigen am 7. Mai 2015 zum einen «eine Ausschüttung pro Aktie von, nach Wahl jedes Aktionärs, entweder (i) [...] Franken in bar aus Kapitaleinlagereserve oder (ii) einer Anzahl neuer A.\_\_\_\_\_ AG-Aktien, die so zu bestimmen ist, dass sie im Wesentlichen [...] Franken entspricht» (Wahl zwischen Bar- oder Titeldividende [«Cash or Title Dividend», «CoTD»]; vgl. Beschwerdebeilage 6, S. 2). Zum anderen entschied die Generalversammlung, «ein neues bedingtes Kapital im Betrag von höchstens [...] Franken zum Zwecke der Bar- oder Titeldividende [...] zu schaffen» (Beschwerdebeilage 6, S. 3).

**A.c.b** Nach der insoweit unbestritten gebliebenen Darstellung der Steuerpflichtigen wählte man für die Durchführung der Ausschüttung der erwähnten Bar- oder Titeldividende folgendes Vorgehen:

Die Bezugsrechte im Rahmen der bedingten Kapitalerhöhung wurden ausschliesslich der E.\_\_\_\_\_ AG, einer vollständig von der Steuerpflichtigen gehaltenen Tochtergesellschaft, eingeräumt. Jedes dieser Bezugsrechte (von den Beteiligten «Share-Dividend-Warrants» [SDWs] genannt), gab der E.\_\_\_\_\_ AG das Recht, eine neue Aktie der Steuerpflichtigen zum Nominalwert von Fr. [...] zu liberieren.

Weiter schloss die Steuerpflichtige mit der E.\_\_\_\_\_ AG einen Vertrag, wonach letztere Gesellschaft nur so viele Bezugsrechte ausübt, wie für die Titeldividende gemäss dem Generalversammlungsbeschluss vom 7. Mai 2015 erforderlich waren. Die Zahl der auszuübenden Bezugsrechte bzw. zu liberierenden neuen Aktien stand dabei erst nach Ablauf einer den Aktionären der Steuerpflichtigen für die Wahl zwischen Bar- oder Titeldividende eingeräumten Frist bis zum 21. Mai 2015 fest. Diese Zahl wurde ausgehend vom volumengewichteten Durchschnittspreis der Aktie an der SIX Swiss Stock Exchange am 22. Mai 2015 von Fr. [...] bestimmt. Dieser Preis und die Vorgaben des Generalversammlungsbeschlusses vom

7. Mai 2015 hatten zur Folge, dass ein die Titeldividende wählender Aktionär für jeweils [...] gehaltene Aktien eine neue Aktie erhielt (vgl. Beschwerdebeilage 7).

Zur Finanzierung der Aktienliberierung gewährte die Steuerpflichtige der E. \_\_\_\_\_ AG ein Darlehen. Zugleich verpflichtete sich die E. \_\_\_\_\_ AG, der Steuerpflichtigen die durch die Ausübung der Bezugsrechte geschaffenen Aktien zum Nennwert zu verkaufen. Die Kaufpreisforderung der E. \_\_\_\_\_ AG wurde in der Folge mit Forderung der Steuerpflichtigen auf Rückzahlung des Darlehens für die Aktienliberierung verrechnet.

**A.c.c** Mit der Umsetzung des Generalversammlungsbeschlusses vom 7. Mai 2015 wurden im Ergebnis [...] neue Aktien der Steuerpflichtigen mit einem Nennwert von je Fr. [...] geschaffen. Die Übertragung dieser Aktien von der Steuerpflichtigen an die Aktionäre, welche die Titeldividende gewählt hatten, erfolgte am oder um dem 27. Mai 2015 (Beschwerdebeilage 7). Sie bewirkte, dass die C. \_\_\_\_\_ AG mehr als 98 % des eingetragenen Aktienkapitals der Steuerpflichtigen hielt und sie damit einen börsenrechtlichen Squeeze-out veranlassen konnte.

## **B.**

Im Rahmen einer Korrespondenz mit der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) reichte die Steuerpflichtige mit Eingabe vom 29. Juli 2015 bei dieser Behörde das Formular 3 betreffend «Abrechnung über die Emissionsabgabe» ein. Darin gab die Steuerpflichtige an, dass ihr Handelsregistereintrag nur einmal jährlich aktualisiert werde. Ferner deklarierte sie im Zusammenhang mit der «Ausübung der Cash or Title Dividenden aus bedingtem Kapital in der Zeit vom 8.–21. Mai 2015» die Ausgabe von Aktien im Nennwert von insgesamt Fr. 1'384'755.- mit einem Überpari-Ausgabepreis (Nennwert zuzüglich Agio) von insgesamt Fr. 282'490'081.- sowie Ausgabekosten von Fr. 91'238.-. Daraus resultiert nach den Angaben im Formular (nach Abzug der Emissionsabgabe selbst) ein Emissionsabgabebetrag von Fr. 2'796'028.- (Akten Vorinstanz, act. 9 Blatt 2).

Bei der Einreichung des erwähnten Formulars bestritt die Steuerpflichtige, den deklarierten Abgabebetrag zu schulden. Zudem verlangte sie von der ESTV diesbezüglich den Erlass einer anfechtbaren Verfügung.

Mit Valuta vom 29. Juli 2015 bezahlte die Steuerpflichtige der ESTV den erwähnten Betrag von Fr. 2'796'028.- unter Vorbehalt.

**C.**

Die ESTV ordnete mit Verfügung vom 13. Januar 2016 an, dass ihr die Steuerpflichtige gemäss dem eingereichten Formular 3 einen Emissionsabgabebetrag von Fr. 2'796'028.- schulde und zu Recht bezahlt habe.

**D.**

Eine hiergegen erhobene Einsprache der Steuerpflichtigen vom 12. Februar 2016 wies die ESTV (nachfolgend auch: Vorinstanz) mit Einspracheentscheid vom 26. Oktober 2017 ab.

**E.**

Die Steuerpflichtige (nachfolgend: Beschwerdeführerin) lässt beim Bundesverwaltungsgericht mit Beschwerde vom 30. November 2017 beantragen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Bundes sei der Einspracheentscheid der ESTV vom 26. Oktober 2017 aufzuheben und «die geschuldete Emissionsabgabe mit einem Betrag von CHF 0 festzusetzen» (Beschwerde, S. 2).

**F.**

Die Vorinstanz beantragt mit Vernehmlassung vom 26. Januar 2018, die Beschwerde sei vollumfänglich und unter Kostenfolge abzuweisen.

**G.**

Auf die Vorbringen der Verfahrensbeteiligten und die vorliegenden Akten wird – soweit erforderlich – im Folgenden eingegangen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.**

**1.1** Angefochten ist ein Einspracheentscheid der ESTV, also eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021). Das Bundesverwaltungsgericht ist die zuständige Beschwerdeinstanz (Art. 31, Art. 32 e contrario und Art. 33 Bst. d des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht [Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32]). Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

Auf die mit der notwendigen Beschwerdeberechtigung (Art. 48 Abs. 1 VwVG) sowie frist- und formgerecht (Art. 50 und 52 VwVG) eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

**1.2** Das Bundesverwaltungsgericht kann den angefochtenen Einspracheentscheid in vollem Umfang überprüfen. Die Beschwerdeführerin kann neben der Verletzung von Bundesrecht (Art. 49 Bst. a VwVG) und der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 49 Bst. b VwVG) auch die Unangemessenheit rügen (Art. 49 Bst. c VwVG).

Im Beschwerdeverfahren gilt der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen. Das Bundesverwaltungsgericht ist verpflichtet, auf den unter Mitwirkung der Verfahrensbeteiligten festgestellten Sachverhalt die richtigen Rechtsnormen und damit jenen Rechtssatz anzuwenden, den es als den zutreffenden erachtet, und ihm jene Auslegung zu geben, von der es überzeugt ist (vgl. BGE 119 V 347 E. 1a). Aus der Rechtsanwendung von Amtes wegen folgt, dass das Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz nicht an die rechtliche Begründung der Begehren gebunden ist (Art. 62 Abs. 4 VwVG) und eine Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen (teilweise) gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer von der Vorinstanz abweichenden Begründung bestätigen kann (sog. Motivsubstitution; vgl. BVGE 2007/41 E. 2, mit Hinweisen).

**1.3** Verwaltungsverordnungen (wie Merkblätter, Richtlinien, Kreisschreiben etc.) sind für die Justizbehörden nicht verbindlich (ANDRÉ MOSER et al., Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, N. 2.173 f.). Die Gerichte sollen Verwaltungsverordnungen bei ihrem Entscheid allerdings mitberücksichtigen, sofern diese eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen (BGE 123 II 16 E. 7; Urteile des BVGer A-3274/2017 vom 14. Februar 2018 E. 2.3, A-5769/2016 vom 11. April 2017 E. 3.2, A-2675/2016 vom 25. Oktober 2016 E. 1.4).

## **2.**

**2.1** Der Bund erhebt Stempelabgaben unter anderem auf der entgeltlichen und unentgeltlichen Begründung und Erhöhung des Nennwerts von Beteiligungsrechten in Form von Aktien inländischer Aktiengesellschaften und Stammanteilen inländischer Gesellschaften mit beschränkter Haftung (sog. Emissionsabgabe; Art. 1 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 und 2 in Verbindung mit

Art. 5 Abs. 1 Bst. a Lemma 1 und 2 des Bundesgesetzes vom 27. Juni 1973 über die Stempelabgaben [StG, SR 641.10]). Keine Rolle spielt dabei, ob die Beteiligungsrechte gegen Bareinlage, Sacheinlage oder in Verrechnung mit Gesellschaftsschulden begründet werden (MARCO DUSS et al., in: Martin Zweifel et al. [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht II/3, Bundesgesetz über die Stempelabgaben, 2006 [nachfolgend: Kommentar Steuerrecht II/3], Art. 5 N. 26).

## 2.2

### 2.2.1

**2.2.1.1** Nach Art. 6 Abs. 1 Bst. a<sup>bis</sup> StG sind «Beteiligungsrechte, die in Durchführung von Beschlüssen über Fusionen oder diesen wirtschaftlich gleichkommende Zusammenschlüsse, Umwandlungen und Spaltungen von Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder Genossenschaften begründet oder erhöht werden», von der Emissionsabgabe ausgenommen.

Der in Art. 6 Abs. 1 Bst. a<sup>bis</sup> StG figurierende Begriff des der Fusion wirtschaftlich gleichkommenden Zusammenschlusses ist gesetzlich nicht definiert. Es handelt sich um einen steuerrechtlich geprägten Begriff, dem die gleiche Bedeutung wie den Begriffen des fusionsähnlichen bzw. fusionsgleichen Zusammenschlusses und der Quasifusion zukommt (vgl. Urteil des BVGer A-3554/2017 vom 19. April 2018 E. 4.1; STEFAN OESTERHELT/PASCAL TADDEI, in: Martin Zweifel et al. [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Umstrukturierungen, 2016, § 3 N. 206; MARKUS REICH et al., in: Martin Zweifel/Michael Beusch [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer [DBG], 3. Aufl. 2017, Art. 61 N. 99).

**2.2.1.2** In Ziff. 4.1.7.1 des Kreisschreibens der ESTV Nr. 5 vom 1. Juni 2004 betreffend Umstrukturierungen (nachfolgend: Kreisschreiben Nr. 5) finden sich folgende Ausführungen zum Begriff des der Fusion wirtschaftlich gleichkommenden Zusammenschlusses (vgl. dazu auch Ziff. 4.1.1.4 Abs. 2 des Kreisschreibens):

«Bei der Quasifusion erfolgt keine rechtliche Verschmelzung zweier oder mehrerer Gesellschaften, sondern lediglich eine enge wirtschaftliche und beteiligungsrechtliche Verflechtung der zusammengeschlossenen Gesellschaften.

Die Quasifusion ist im Zivilrecht nicht geregelt.

Eine Quasifusion liegt für alle in diesem Kreisschreiben behandelten Steuern dann vor, wenn die übernehmende Gesellschaft nach der Übernahme mindestens 50 Prozent der Stimmrechte an der übernommenen Gesellschaft hält und den Gesellschaftern an der übernommenen Gesellschaft höchstens 50 Prozent des effektiven Wertes der übernommenen Beteiligungsrechte gutgeschrieben oder ausbezahlt wird. Eine Quasifusion bedingt somit eine Kapitalerhöhung der übernehmenden Gesellschaft unter Ausschluss der Bezugsrechte der bisherigen Gesellschafter und einen Aktientausch der Gesellschafter der übernommenen Gesellschaft.»

**2.2.1.3** Das Bundesgericht hat die Bedeutung des Begriffes des der Fusion wirtschaftlich gleichkommenden Zusammenschlusses im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Bst. a<sup>bis</sup> StG in seinem Urteil 2C\_976/2014 vom 10. Juni 2015 mittels Auslegung ermittelt. Es erklärte dabei in E. 3.4 des Urteils insbesondere, dass eine Quasifusion immer eine Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft unter Ausschluss der Bezugsrechte der bisherigen Gesellschafter und einen Aktientausch bei den Gesellschaftern der übernommenen Gesellschaft erfordere (vgl. dazu auch Urteil des BVGer A-3554/2017 vom 19. April 2018 E. 4.2).

**2.2.1.4** In einem bundesgerichtlichen Urteil vom 5. März 2002 (2A.83/2001 = ASA 72, S. 170 ff. E. 4) wurde entschieden, dass Art. 6 Abs. 1 Bst. a<sup>bis</sup> StG nicht nur für denjenigen Vorgang Anwendung findet, bei welchem die Beteiligungsaufstockung die damals massgebend gewesene Zwei-Drittel-Grenze überschreitet, sondern auch auf die Einbringung zusätzlicher Anteile, wenn die 66⅔%-Schwelle bereits früher erreicht wurde. Dabei ging es um einen Fall, bei welchem ein Zusammenschluss von Unternehmen mit dem Endziel der echten Fusion über mehrere Etappen abgewickelt wurde. Das Bundesgericht hat mit dem genannten Urteil im Ergebnis einen Entscheid der Eidgenössischen Steuerrekurskommission (SRK) bestätigt, wonach jede einzelne Etappe eines Unternehmenszusammenschlusses zu beurteilen ist und steuerprivilegiert sein kann, soweit sie sich wirtschaftlich in analoger Weise wie eine (echte) Fusion auswirkt (vgl. Entscheid der SRK 1999-123 vom 16. Januar 2001, in: Steuer Revue [StR] 56/2001, S. 751 ff., E. 7c/aa).

Nach der Doktrin ist die genannte Praxis auch unter der Geltung der neuen 50%-Limite weiterzuführen und hat dies zur Konsequenz, dass der Zusammenschluss in Etappen erfolgen kann, wobei die Abgabebefreiung für jede einzelne Etappe gilt, ab welcher das 50%-Erfordernis erfüllt ist (PASCAL HINNY, in: Xavier Oberson/Pascal Hanny [Hrsg.], Kommentar Stempelabgaben, 2006 [nachfolgend: Kommentar StG], Art. 6 N. 93; ebenso im Ergebnis



STEFAN OESTERHELT/PASCAL TADDEI, a.a.O., § 3 N. 224 ff. und N. 335; MADELEINE SIMONEK/MICHAEL NORDIN, in: Kommentar Steuerrecht II/3, Art. 6 N. 52). Um den Vorgang, bei welchem die übernehmende Gesellschaft bereits mehr als 50 % der Stimmrechte der übernommenen Gesellschaft hält und ihre Beteiligung aufstockt, als Quasifusion qualifizieren zu können, müssen indessen nach der Lehre «für den Erwerb dieser zusätzlichen Anteile der bereits beherrschten Gesellschaft überwiegend Aktien der übernehmenden Gesellschaft [oder einer ihrer Gruppengesellschaften] eingesetzt werden» (OESTERHELT/TADDEI, a.a.O., § 3 N. 224; vgl. auch SIMONEK/NORDIN, a.a.O., Art. 6 N. 51, wo [bezeichnenderweise nur] von der Abgabebefreiung für Kapitalerhöhungen die Rede ist, «die auf eine Aufstockung der Beteiligungsquote der übernehmenden Gesellschaft an der übernommenen Gesellschaft zurückgehen, selbst wenn die übernehmende Gesellschaft bereits vor der Kapitalerhöhung mit einer Quote von 66 Prozent [neu 50 Prozent] an der übernommenen Gesellschaft beteiligt war»).

**2.2.2** Nach Art. 6 Abs. 1 Bst. d StG von der Emissionsabgabe ausgenommen sind «Beteiligungsrechte, die unter Verwendung früherer Aufgelder und Zuschüsse der Gesellschafter [...] begründet oder erhöht werden, sofern die Gesellschaft oder Genossenschaft nachweist, dass sie auf diesen Leistungen die Abgabe entrichtet hat».

**2.2.3** Art. 6 Abs. 1 Bst. h StG – in der vorliegend massgebenden, seit dem 1. Januar 2006 in Kraft stehenden Fassung (AS 2005 3577) – sieht vor, dass bei der Gründung oder Kapitalerhöhung entgeltlich ausgegebene Beteiligungsrechte von der Emissionsabgabe ausgenommen werden, soweit die Leistungen der Gesellschafter gesamthaft Fr. 1'000'000.- nicht übersteigen. Nicht beansprucht werden kann diese Freigrenze bei der Ausgabe von Gratisaktien (HINNY, a.a.O., Art. 6 N. 175, mit Hinweis).

**2.3** Die Abgabeforderung entsteht bei Aktien im Zeitpunkt der Eintragung der Begründung oder der Erhöhung der Beteiligungsrechte im Handelsregister (Art. 7 Abs. 1 Bst. a StG). Eine Ausnahme von dieser Regel gilt, wenn Beteiligungsrechte im Verfahren der bedingten Kapitalerhöhung begründet werden. Denn gegebenenfalls entsteht die Abgabeforderung nach Art. 7 Abs. 1 Bst. a<sup>bis</sup> StG im Zeitpunkt der Ausgabe dieser Beteiligungsrechte. Diese Regelung trägt dem Umstand Rechnung, dass bei einer bedingten Kapitalerhöhung das Aktienkapital nach Art. 653 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR, SR 220) bereits mit

der Erfüllung der Einlagepflicht erhöht wird bzw. die neuen Aktionärsrechte schon mit der Liberierung entstehen (vgl. Art. 653e Abs. 3 OR) und der Handelsregistereintrag folglich während eines gewissen Zeitraumes nicht den Tatsachen entspricht (BEAT KÖNIG, in: Kommentar Steuerrecht II/3, Art. 7 N. 39).

Die Abgabeforderung wird bei Begründung oder Erhöhung der Beteiligungsrechte 30 Tage nach Ablauf des Vierteljahres, in welchem die Abgabeforderung entstanden ist, fällig (vgl. Art. 11 Bst. b StG in der seit dem 1. März 2012 in Kraft stehenden Fassung [AS 2012 811 ff., 820]; siehe zum Zeitpunkt der Abgabeentrichtung bei bedingter Kapitalerhöhung auch Art. 9 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung vom 3. Dezember 1973 über die Stempelabgaben [StV, SR 641.101]).

**2.4** Die Abgabe auf Beteiligungsrechten beträgt 1 % und wird bei deren Begründung und Erhöhung berechnet vom Betrag, welcher der Gesellschaft als Gegenleistung für die Beteiligungsrechte zufließt, mindestens aber vom Nennwert (Art. 8 Abs. 1 Bst. a StG). Erfolgt der Zufluss über pari, also über dem Nennwert, sind dabei die Emissionsspesen, zu welchen die Beurkundungs- und Handelsregistergebühren, die Bankenkommissionen sowie die Emissionsabgabe selbst zählen, abziehbar (Urteil des BVGer A-1552/2006 vom 22. Juni 2009 E. 3; DUSS et al., in: Kommentar Steuerrecht II/3, Art. 8 N. 7 f.; JEAN-BLAISE ECKERT/JÉRÔME PIGUET, in: Kommentar StG, Art. 8 N. 2 ff.).

## **2.5**

**2.5.1** Eine Steuerumgehung wird nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung angenommen, wenn erstens eine von den Beteiligten gewählte Rechtsgestaltung als ungewöhnlich (insolite), sachwidrig oder absonderlich, jedenfalls den wirtschaftlichen Gegebenheiten völlig unangemessen erscheint. Für die Annahme einer Steuerumgehung muss mit anderen Worten eine Sachverhaltsgestaltung vorliegen, die – wenn man von den steuerlichen Aspekten absieht – jenseits des wirtschaftlich Vernünftigen liegt (sog. «objektives» Element oder «Umwegstruktur»). Zweitens muss angenommen werden können, dass die gewählte Rechtsgestaltung missbräuchlich lediglich deshalb getroffen wurde, um Steuern einzusparen, die bei sachgemässer Ordnung der Verhältnisse geschuldet wären. Dieses sog. «subjektive» Element spielt insofern eine entscheidende Rolle, als die Annahme einer Steuerumgehung ausgeschlossen bleibt, wenn andere als blosser Steuerersparnisgründe bei der Rechtsgestaltung eine relevante Rolle spielen. Drittens müsste das gewählte Vorgehen tatsächlich zu einer

erheblichen Steuerersparnis führen, sofern es von den Steuerbehörden hingenommen würde (sog. «effektives» Element). Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles zu prüfen. Wird eine Steuerumgehung bejaht, ist der Besteuerung die Rechtsgestaltung zugrunde zu legen, die sachgemäss gewesen wäre, um den erstrebten wirtschaftlichen Zweck zu erreichen (anstelle vieler: BGE 138 II 239 E. 4.1, 131 II 627 E. 5.2; zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung vgl. ferner MARLENE KOBIERSKI, *Der Durchgriff im Gesellschafts- und Steuerrecht*, 2012, S. 87 ff.).

**2.5.2** Das Bundesgericht will die Steuerumgehungs doktrin – im Sinne einer rechtsmissbräuchlichen Anrufung des als massgeblich geltenden Sinns einer Norm – nur in ganz ausserordentlichen Situationen anwenden. Eine solche liegt vor, wenn trotz Heranziehung des Normsinns als Auslegungsschranke eine Besteuerung oder eine Steuerbefreiung nicht möglich ist, das Gesetz also angewendet werden kann, das Ergebnis aber aufgrund der konkreten Ausgestaltung des Sachverhalts in hohem Mass als stossend erscheint bzw. einer Willkür gleichkäme (BGE 138 II 239 E. 4.1, mit Hinweisen).

**2.5.3** Die erwähnte Rechtsprechung zur Steuerumgehung (E. 2.5.1 f.) gilt auch für die Emissionsabgabe. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass es sich bei der Stempelabgabe um eine Kapitalverkehrssteuer handelt, die an bestimmte, im Gesetz umschriebene Vorgänge des Rechtsverkehrs anknüpft (weshalb oft auch von «Rechtsverkehrssteuer» die Rede ist). Für ihre Festsetzung ist der wirkliche Inhalt der Urkunde oder Rechtsvorgänge massgebend (Art. 27 Abs. 1 StG). Dem formalen Charakter dieser Steuer entspricht, dass für die Abgabepflicht die rechtliche Gestaltung eines Geschäfts entscheidend ist und nicht der von den Beteiligten verfolgte wirtschaftliche Zweck (Urteil des BGer 2C\_349/2008 vom 14. November 2008 E. 2.4; vgl. XAVIER OBERSON, in: *Kommentar StG*, Art. 1 N. 36 ff.; CONRAD STOCKAR, in: *Kommentar Steuerrecht II/3*, Vorbemerkungen N. 32 ff.; KLAUS A. VALLENDER et al., *Schweizerisches Steuerlexikon*, Band 1: *Bundessteuern*, 2. Aufl. 2006, S. 268).

Kann ein bestimmter wirtschaftlicher Erfolg rechtlich auf verschiedenen Wegen erreicht werden, ist es vor dem genannten Hintergrund auch möglich, dass seine Herbeiführung, je nach Art der Verkehrsvorgänge, die sich abspielen, mit mehr oder weniger oder gar überhaupt keinen Stempelabgaben belastet ist (vgl. MARCO DUSS et al., in: *Kommentar Steuerrecht II/3*, Art. 5 N. 52). Die Beteiligten haben es in der Hand, durch überlegte Wahl

der Mittel, die sie zur Erreichung des Enderfolgs verwenden, die Belastung und deren Mass selbst zu bestimmen (vgl. Entscheid der Eidgenössischen Steuerrekurskommission [SRK] vom 28. Juni 2005, veröffentlicht in VPB 69.125 E. 3c/cc). Die Verwaltung darf sich deshalb in diesem Zusammenhang grundsätzlich nicht von der wirtschaftlichen Betrachtungsweise leiten lassen. Eine Ausnahme gilt dort, wo das Gesetz selber wirtschaftlich geprägte Begriffe und Umschreibungen verwendet (siehe zum Ganzen Urteil des BVGer A-1592/2006 vom 15. April 2009 E. 4.4.3).

### 3.

Im vorliegenden Fall streitig sind die Emissionsabgabefolgen der Ausgabe von Aktien im Nennwert von insgesamt Fr. 1'384'755.-, welche im Rahmen der bedingten Kapitalerhöhung der Beschwerdeführerin gemäss ihrem Generalversammlungsbeschluss vom 7. Mai 2015 erfolgte. Es wird dabei zu Recht nicht in Abrede gestellt, dass die Ausgabe dieser Aktien den Emissionsabgabebetatbestand von Art. 5 Abs. 1 Bst. a StG erfüllt, also aufgrund dieser Transaktion, soweit kein Steuerausnahmetatbestand greift, eine Emissionsabgabeforderung entstanden ist (vgl. E. 2.1 und 2.3).

### 4.

**4.1** Uneinigkeit besteht unter den Verfahrensbeteiligten unter anderem hinsichtlich der Frage, ob die streitbetroffene Ausgabe von Aktien als Umstrukturierung von der Emissionsabgabe befreit ist:

Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, dass vorliegend der Ausnahmetatbestand von Art. 6 Abs. 1 Bst. a<sup>bis</sup> StG greife. Sie macht geltend, es liege eine Quasifusion im Sinne dieser Vorschrift vor, weil die fragliche Ausgabe von Aktien Teil der Umstrukturierung der Beschwerdeführerin in eine 100%-ige Tochtergesellschaft der C.\_\_\_\_\_ AG gebildet habe.

Demgegenüber schliesst die ESTV die Qualifikation der auf dem Generalversammlungsbeschluss vom 7. Mai 2015 beruhenden Ausgabe von Aktien als Quasifusion im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Bst. a<sup>bis</sup> StG aus. Ihrer Ansicht nach wäre nur dann von einer emissionsabgabeneutralen Quasifusion auszugehen, wenn entweder der ganze, (insbesondere) das Aktienumtauschangebot vom 29. September 2014 und die Ausgabe von Aktien im Mai 2015 umfassende Vorgang als einheitliche Handlung aufgefasst werden könnte oder diese Ausgabe von Aktien für sich allein die Tatbestandsmerkmale eines einer Fusion wirtschaftlich gleichkommenden Zusammenschlusses erfüllen würde. Beides sei – so die Vorinstanz – nicht der Fall (vgl. insbesondere E. 3.1.2.2 des Einspracheentscheids).

**4.2** Entsprechend der vorn in E. 2.2.1.4 genannten, sich an die bundesgerichtliche Rechtsprechung anlehrende Doktrin ist eine Qualifikation der Begründung neuer Beteiligungsrechte der Beschwerdeführerin im Mai 2015 als steuerbefreite Quasifusion unbestrittenermassen nicht von vornherein durch den Umstand ausgeschlossen, dass die C. \_\_\_\_\_ AG bereits zuvor über mehr als 50 % der Stimmrechte der Beschwerdeführerin verfügte. Freilich wäre nach dieser Doktrin – in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Praxis, wonach eine Quasifusion eine Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft sowie einen Austausch von Beteiligungsrechten bei den Gesellschaftern der übernommenen Gesellschaft erfordert (E. 2.2.1.3) – Voraussetzung für die entsprechende Steuerbefreiung, dass die C. \_\_\_\_\_ AG als übernehmende Gesellschaft für den Erwerb der neu geschaffenen Aktien der schon beherrschten Beschwerdeführerin überwiegend ihre eigenen Aktien (oder Aktien einer ihrer Gruppengesellschaften) eingesetzt hat. Dies hat die C. \_\_\_\_\_ AG aber nicht getan, da sie die Aktien der Beschwerdeführerin als Dividende bzw. gegenleistungslos erhalten hat.

**4.3** Unbestrittenermassen ist die Abwicklung des Umtauschangebotes gemäss dem Prospekt vom 29. September 2014 als Quasifusion zu qualifizieren. Fraglich und zu klären ist jedoch, ob die streitbetroffene Ausgabe neuer Aktien ebenfalls zu diesem Vorgang zu rechnen und damit steuerbefreit ist.

In der emissionsabgaberechtlichen Lehre betreffend die Aufstockung einer bereits bestehenden Beherrschung als Quasifusion (vgl. E. 2.2.1.4) wird eine derartige Zurechnung einer Kapitalerhöhung der übernommenen Gesellschaft (vorliegend der Beschwerdeführerin) zu einem einheitlichen, eine frühere Kapitalerhöhung der übernehmenden Gesellschaft (in casu der C. \_\_\_\_\_ AG) mitumfassenden steuerbefreiten Umstrukturierungsvorgang nicht vertreten. Wenn überhaupt, liesse sich vorliegend eine solche Zurechnung nur rechtfertigen, wenn ein hinreichend enger Konnex zwischen der Ausgabe der neuen Aktien im Mai 2015 und der Durchführung des früheren Umtauschangebotes aus dem Jahr 2014 bestünde. Ein solcher Konnex könnte dabei von vornherein einzig dann bejaht werden, wenn a) die Aktienaussgabe unter Ausblendung der Tatsache, dass sie formal betrachtet mit der Liberierung durch die E. \_\_\_\_\_ AG anlässlich eines blossen Aktienkaufes beendet war, als Aufstockung der Stimmrechtsbeteiligung der C. \_\_\_\_\_ AG zu qualifizieren wäre, und b) diese Aufstockung im Rahmen der ursprünglich mit dem Umtauschangebot beabsichtigten Transaktionen von Anbeginn als notwendiger Teilschritt auf

dem Weg zur Zielstruktur der vollständigen Beherrschung der Beschwerdeführerin mit eingeplant war. Denn eine weitergehende Zuerkennung der Steuerbefreiung liesse sich nicht mit dem Zweck von Art. 6 Abs. 1 Bst. a<sup>bis</sup> StG rechtfertigen, Kapitalbeschaffungen im Zusammenhang mit Umstrukturierungen steuerlich zu entlasten (vgl. Urteil des BGer 2C\_976/2014 vom 10. Juni 2015 E. 3.1) und die wirtschaftliche Doppelbelastung bei Aktienemissionen zu verhindern (vgl. BGE 102 Ib 140 E. 3b; HINNY, a.a.O., Art. 6 N. 62). Dies gilt selbst unter Berücksichtigung des Umstandes, dass zu Beginn einer Umstrukturierung – wie in der Beschwerde geltend gemacht wird (Beschwerde, S. 11) – regelmässig Ungewissheiten in Bezug auf Einzelheiten ihrer Durchführung bestehen.

Vorliegend kann keine Rede davon sein, dass die Ausgabe von Aktien im Mai 2015 bereits von Anfang an in der erwähnten Art und Weise als notwendiger Schritt zum Erreichen der Zielstruktur einer vollständigen Beherrschung der Beschwerdeführerin durch die C.\_\_\_\_\_ AG eingeplant war. Bezeichnenderweise ist nämlich weder im Angebotsprospekt vom 29. September 2014 noch in diesem Zusammenhang von der Beschwerdeführerin angerufenen Ruling vom 16. September 2014 davon die Rede, dass die Beschwerdeführerin im Falle, dass im Rahmen des Umtauschangebotes eine Stimmrechtsbeteiligung der C.\_\_\_\_\_ AG von nicht mehr als 98 % erzielt wird, einen Dividendenbeschluss in der Art desjenigen vom 7. Mai 2015 fassen wird. Vielmehr wurde seinerzeit für diese Konstellation eine Fusion der Beschwerdeführerin mit der G.\_\_\_\_\_ beabsichtigt (vgl. vorn Bst. A.b sowie Beschwerdebeilage 3, S. 4). Daran kann der von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Umstand, dass im einleitenden Abschnitt des Rulings ohne nähere Konkretisierung von Massnahmen zum Ausschluss der verbleibenden Minderheitsaktionäre die Rede ist (vgl. Beschwerdebeilage 3, S. 2; Beschwerde, S. 11), nichts ändern (dies gilt umso mehr, als die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit diesem Ruling indirekt bestätigt hat, dass einzig ein Squeeze-out via Fusion mit der G.\_\_\_\_\_ angestrebt werde. Seinerzeit erklärte sie nämlich, dass sie sich – «sollte eine andere Variante [des Squeeze-out] in Erwägung Betracht gezogen werden» – die Unterbreitung eines weiteren Rulingantrages vorbehalte [vgl. Beschwerdebeilage 3, S. 4 Fn. 3]).

Vor diesem Hintergrund lässt sich der erforderliche Zusammenhang zwischen der Ausgabe der Aktien im Mai 2015 und dem Umtauschangebot vom 29. September 2014 insbesondere nicht unter Verweisung auf den Umstand bejahen, dass mit aArt. 33 BEHG bereits im Zeitpunkt des Umtauschangebotes vom 29. September 2014 eine Rechtsgrundlage für den

in der Folge verwirklichten börsenrechtlichen Squeeze-out bestand (so jedoch sinngemäss Beschwerde, S. 9). Auch ist unerheblich, dass nicht nur das Umtauschangebot, sondern auch die Ausgabe der Aktien im Mai 2015 letztlich der Erzielung einer vollständigen Beherrschung durch die C.\_\_\_\_\_ AG diene. Mit Blick auf das Gesagte von vornherein nichts zu Gunsten der Beschwerdeführerin ableiten lässt sich sodann aus der nicht näher substantiierten Behauptung in der Beschwerde, die vorliegende Konstellation unterscheide sich nicht rechtswesentlich von der Konzernübertragung eines Teilbetriebes auf eine Schwestergesellschaft, bei welcher ein erst nachträglich erfolgender Transfer einzelner Umlaufvermögenswerte – wie die Betriebsübertragung als solche – steuerneutral sei (vgl. Beschwerde, S. 10).

Unzutreffend ist im Übrigen die Behauptung der Beschwerdeführerin, «das Erreichen der für einen Squeeze-Out notwendigen Schwellen [...] [sei] gar die erste Bedingung für das gesamte Umtauschangebot gewesen» (Beschwerde, S. 8), wurde doch das Umtauschangebot nach dem Angebotsprospekt lediglich vom Erreichen einer Schwelle von mindestens 90 % der Aktien der Beschwerdeführerin, nicht aber vom Überschreiten der 98 %-Schwelle abhängig gemacht (vgl. Beschwerdebeilage 4, S. 18).

Ob Art. 6 Abs. 1 Bst. a<sup>bis</sup> StG von vornherein und generell nur bei Beteiligungsrechten greifen kann, welche von der *übernehmenden* Gesellschaft (vorliegend also der C.\_\_\_\_\_ AG) neu geschaffen werden, braucht nach dem Gesagten vorliegend nicht weiter erörtert zu werden.

Es erweist sich somit, dass die ESTV zu Recht die Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 1 Bst. a<sup>bis</sup> StG verneint hat.

**4.4** Die Vorinstanz nimmt an, dass vorliegend emissionsabgaberechtlich statt von einer Ausgabe von Aktien an die E.\_\_\_\_\_ AG von einer solchen an die Aktionäre der Beschwerdeführerin auszugehen ist. So erklärt sie im angefochtenen Einspracheentscheid, die Emission der durch die bedingte Kapitalerhöhung geschaffenen Aktien sei «mit der Übergabe an die Aktionäre vollendet» worden, weshalb sich die Steuerbemessungsgrundlage nach den Verhältnissen in diesem Zeitpunkt richte (E. 2.2.3 des Einspracheentscheids). In diesem Zusammenhang verweist die ESTV auf eine Lehrmeinung, wonach bei einer sog. Festübernahme – also dann, wenn die zu emittierenden Aktien zunächst von einem Dritten zu einem bestimmten Preis übernommen und alsdann in eigenem Namen sowie auf eigene Rechnung bei den Anlegern am Markt platziert werden (Urteil des

BVGer B-5274/2015 vom 22. Mai 2018 E. 7.4; DIETER ZOBL/STEFAN KRAMER, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, 2004, N. 1078) – die Ausgabe bzw. Emission erst mit der Unterbringung der Aktientitel im Zielpublikum auf dem Kapitalmarkt beendet ist (E. 1.3 des Einspracheentscheids, mit Hinweis auf ROLF GEIER/MARKUS WEBER, in: Kommentar Steuerrecht II/3, Art. 13 N. 22).

**4.5** Die Auffassung der ESTV, dass bei der hier zu beurteilenden Konstellation nicht nur die Liberierung der neu geschaffenen Aktien durch die E.\_\_\_\_\_ AG, sondern auch die Übertragung dieser Beteiligungsrechte an Aktionäre der Beschwerdeführerin zur Emissionsphase zu rechnen ist, scheint in Einklang mit einer Lehrmeinung zu stehen, wonach bei einer Festübernahme «die Emissionsabgabe [...] in jedem Fall auf dem Zufluss für die Gesellschaft geschuldet und daher ausgehend vom Platzierungs- oder Bezugspreis zu berechnen» ist (vgl. WOLFGANG MÜLLER, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüb [Hrsg.], CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung Art. 530-771 OR – VegüV, 3. Aufl. 2016, Art. 650 OR N. 36). Ob diese Auffassung der ESTV zutrifft, braucht hier aber nicht abschliessend entschieden zu werden. Denn wie im Folgenden ersichtlich wird, wirkt sich die Übertragung der Aktien auf die Aktionäre der Beschwerdeführerin so oder anders nicht zu Ungunsten dieser Steuerpflichtigen aus.

**4.6** Zur Frage, ob und gegebenenfalls welche Gegenleistung der Beschwerdeführerin für die Ausgabe der Aktien zugeflossen ist, erklärt die ESTV – unter der erwähnten Annahme, dass die Aktienübertragung auf die Aktionäre zum Vorgang der Ausgabe bzw. Emission gehört – Folgendes (E. 2.2.3 des Einspracheentscheids):

«Die Einsprecherin hat die Aktien an ihre Aktionäre emittiert. Als Gegenleistung hierfür haben die Aktionäre auf ihren Anspruch auf die Bardividendenaus-schüttung aus Kapitaleinlagereserven, welcher ihnen gestützt auf den Generalversammlungsbeschluss vom 7. Mai 2015 zustand, verzichtet. Die Einsprecherin musste daher ihre Schuld aufgrund des Dividendenbeschlusses gegenüber den Aktionären, welche für die Stockdividende optiert haben, nicht tilgen, sie durfte statt dessen den Anspruch durch Hingabe der streitbetreffenden Aktien erfüllen. Aus Sicht der Einsprecherin ist ihr – als Gegenleistung für die Hingabe dieser Aktien – somit zwar kein Betrag im wörtlichen Sinne zugeflossen, jedoch ist ihr dadurch insofern ein geldwerter Vorteil zugefallen, als ihr eine Leistungsschuld erlassen wurde. Damit entspricht der Betrag, welcher der Einsprecherin im Sinne von Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe a StG für die Emission der Aktien zugeflossen ist, der Höhe desjenigen Teils der am 7. Mai 2015 beschlossenen Dividende, welcher auf die gewählten Stockdividenden entfiel, nämlich CHF 282'490'081.00.»



Diesen Ausführungen der Vorinstanz kann aus den nachstehend genannten Gründen nicht gefolgt werden.

Mit dem Generalversammlungsbeschluss vom 7. Mai 2015 hat die Beschwerdeführerin eine Wahlobligation im Sinne von Art. 72 OR mit ihr als Schuldnerin und ihren Aktionären als Gläubigern begründet: Eine Wahlobligation gemäss dieser Vorschrift bildet einen Anspruch des Gläubigers, welcher auf zwei oder mehrere Leistungen nebeneinander lautet, wobei nur die eine von ihnen zu erfüllen ist (BERNHARD BERGER, Allgemeines Schuldrecht, 2008, N. 1207). Der erwähnte Generalversammlungsbeschluss räumt den einzelnen Aktionären einen solchen Anspruch ein, indem der Aktionär, je nachdem wofür er sich entscheidet, entweder die Bar- oder die Titeldividende fordern kann.

Bei einer Wahlobligation übt die wahlberechtigte Partei durch die Auswahl einer der Leistungen ein Gestaltungsrecht aus (BERGER, a.a.O., N. 1210). Durch die vom Berechtigten getroffene Wahl wird die Wahlobligation «auf die gewählte Alternative konzentriert, d.h. der gewählte Schuldgegenstand als Inhalt des Schuldverhältnisses bestimmt, und es erlischt damit das Schuldverhältnis in Hinsicht auf die nicht gewählte Alternative» (BGE 50 II 40 E. 1). Nach getroffener Wahl besteht damit nur noch eine «einfache Obligation, gerichtet auf den durch die Wahlerklärung bestimmten Leistungsgegenstand» (BGE 50 II 40 E. 1). Die Folge dieser Verwandlung der «obligatio alternativa» in eine «obligatio simplex» besteht darin, dass die gewählte Leistung als die von Anfang an allein geschuldete gilt (vgl. – freilich zum deutschen Recht – § 263 Abs. 2 des [deutschen] Bürgerlichen Gesetzbuches), also «jede Erinnerung daran, dass das Schuldverhältnis einstens ein Wahlschuldverhältnis gewesen ist, erlischt» (so schon – allerdings ebenfalls zum deutschen Recht – HEINRICH TITZE, Bürgerliches Recht. Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl. Berlin/Heidelberg 1926, S. 23).

Aus dem hiervor Gesagten erhellt, dass diejenigen Aktionäre, welche vorliegend die Titeldividende gewählt haben, so zu behandeln sind, als hätten sie gegenüber der Beschwerdeführerin von Anfang an nur Anspruch auf die Titeldividende, nicht aber Anspruch auf Ausrichtung der Bardividende gehabt. Bei dieser Sachlage besteht jedoch kein Raum, mit der Vorinstanz anzunehmen, dass diese Aktionäre auf ihren Anspruch auf die Bardividendenausschüttung aus Kapitaleinlagerereserven verzichtet haben. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Übertragung der neuen Aktien auf diesen

Aktionärskreis keine Leistung zugunsten der Beschwerdeführerin gegenüberstand und dieser Gesellschaft damit im Ergebnis im Rahmen der Ausgabe der Aktien nur der von ihr als Darlehen der E.\_\_\_\_\_ AG zur Verfügung gestellte Betrag als Kaufpreis zufluss. Daran ändert auch die «Default-Regelung» der Bardividende nichts.

**4.7** Es fragt sich, ob es mit dem hier gezogenen Schluss auch unter Berücksichtigung des Steuerumgehungsverbotes (vgl. E. 2.5) sein Bewenden hat.

#### **4.7.1**

**4.7.1.1** Eine allfällige Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit der in Frage stehenden, unter Einbezug der E.\_\_\_\_\_ AG abgewickelten Rechtsgeschäfte im Rahmen der bedingten Kapitalerhöhung ist steuerrechtlich an sich unbeachtlich, zumal die Beteiligten die Folgen dieser Rechtsgeschäfte bestehen liessen (vgl. KÖNIG, a.a.O., Art. 7 N. 17, mit Hinweisen; zur wertfreien Betrachtungsweise im Steuerrecht, wonach eine Besteuerung eines steuerbaren Tatbestandes auch bei dessen Rechts- oder Sittenwidrigkeit erfolgt, siehe auch MICHAEL BEUSCH, in: Martin Zweifel et al. [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer [VStG], 2. Aufl. 2012, Art. 12 N. 11). Falls das von der Beschwerdeführerin gewählte Vorgehen für die Ausgabe der Aktien an ihre Aktionäre handelsrechtlich unzulässig wäre, könnte dies jedoch für eine ungewöhnliche, sachwidrige oder absonderliche bzw. jedenfalls den wirtschaftlichen Gegebenheiten völlig unangemessen erscheinende Rechtsgestaltung im Sinne der Praxis zur Steuerumgehung sprechen.

**4.7.1.2** Gemäss Art. 653 Abs. 1 OR kann die Generalversammlung eine bedingte Kapitalerhöhung beschliessen, «indem sie in den Statuten den Gläubigern von neuen Anlehens- oder ähnlichen Obligationen gegenüber der Gesellschaft oder ihren Konzerngesellschaften sowie den Arbeitnehmern Rechte auf den Bezug neuer Aktien (Wandel- oder Optionsrechte) einräumt». Nach der herrschenden handelsrechtlichen Doktrin wird angenommen, dass diese Vorschrift entgegen ihrem Wortlaut auch erlaubt, bedingtes Kapital zur Zuteilung von Optionen auf den Bezug neuer Aktien an *Aktionäre* zu verwenden. Es wird dazu ausgeführt, in der Praxis erfolge die Zuteilung solcher Bezugsrechte namentlich in Form einer sog. Wahldividende, welche den Aktionären das Recht einräume, statt einer Bardividende zusätzlich Aktien zu erwerben (PETER BÖCKLI, Schweizer Aktien-

recht, 4. Aufl. 2009, § 2 N. 199 ff.; PETER FORSTMOSER et al., Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 52 N. 330 f.; CHRISTOPH HEIZ, in: Roberto/Trüb [Hrsg.], a.a.O., Art. 653 OR N. 9, mit Hinweis).

Mit der genannten Praxis nicht vergleichbar ist die vorliegende Konstellation freilich insofern, als die Bezugsrechte nicht direkt den Aktionären der Beschwerdeführerin, sondern der E. \_\_\_\_\_ AG eingeräumt wurden. Schon dieser Punkt lässt gewisse Zweifel daran aufkommen, ob vorliegend (im Sinne einer gewöhnlichen Rechtsgestaltung) in Übereinstimmung mit dem Aktienrecht und der handelsrechtlichen Praxis verfahren wurde (vgl. dazu auch HEIZ, a.a.O., Art. 653 OR N. 9, wonach bei einer bedingten Kapitalerhöhung nur Obligationäre, Arbeitnehmer sowie bisherige Aktionäre bezugsberechtigt sein können). Nichts daran zu ändern vermag der von der Beschwerdeführerin angerufene Umstand, dass mit dem von ihr gewählten Vorgehen «im Ergebnis» jedem Aktionär ein Bezugsrecht zugestanden wurde (vgl. Beschwerde, S. 12).

**4.7.1.3** Würde man vorliegend davon ausgehen, dass das neu geschaffene Aktienkapital – wie die Beschwerdeführerin geltend macht (Beschwerde, S. 12) – «durch Reduktion der Kapitaleinlagereserven geschaffen wurde», und würde man zugleich annehmen, dass dies für die Frage, wie liberiert wurde, massgebend ist, stünde das Vorgehen der Beschwerdeführerin auf jeden Fall im Widerspruch zur herrschenden aktienrechtlichen Doktrin. Denn danach ist eine Liberierung aus frei verwendbarem Eigenkapital der Aktiengesellschaft bei der bedingten Kapitalerhöhung (jedenfalls soweit hier interessierend) ausgeschlossen (siehe dazu BÖCKLI, a.a.O., § 2 N. 205; HEIZ, a.a.O., Art. 653 OR N. 10, mit weiteren Hinweisen).

**4.7.2** Selbst wenn mit Blick auf das Dargelegte angenommen würde, dass das Vorgehen der Beschwerdeführerin aus handelsrechtlicher Sicht zumindest fragwürdig, wenn nicht gar unzulässig war, und man gestützt darauf (oder aus anderen Gründen) auf eine ungewöhnliche Rechtsgestaltung schliessen würde, fehlte es vorliegend jedenfalls an der Steuerumgebungsvoraussetzung, dass diese Rechtsgestaltung einzig in der Absicht gewählt wurde, Steuern zu sparen. Wie bei einer gewöhnlichen bedingten Kapitalerhöhung mit Einräumung der Bezugsrechte an die bisherigen Aktionäre erlaubte es nämlich die streitbetroffene bedingte Kapitalerhöhung, neue Aktien «tropfenweise», «nach Massgabe der ausgeübten Bezugsrechte» zu schaffen (vgl. HEIZ, a.a.O., Art. 653 OR N. 9). Damit wurde die Beschwerdeführerin der Bürde enthoben, gleich von Beginn an, als noch

ungewiss war, für welche Form der Dividende sich ihre Aktionäre im Einzelnen entscheiden werden, zur Sicherstellung der Ausschüttung der Titeldividende so viele Aktien endgültig zu schaffen, wie bei ausschliesslicher Wahl der Titeldividende nötig gewesen wären (vgl. BÖCKLI, a.a.O., § 2 N. 200). Bei dieser Sachlage muss davon ausgegangen werden, dass andere als blosse Steuerersparnisgründe für das gewählte Vorgehen eine relevante Rolle spielten. Infolgedessen ist vorliegend eine Steuerumgehung (ohne Rücksicht darauf, ob die gewählte Rechtsgestaltung bei Duldung durch die ESTV zu einer erheblichen Steuerersparnis führen würde), zu verneinen.

## 5.

Nach dem Gesagten bleibt es dabei, dass der Beschwerdeführerin im Rahmen der Ausgabe der neu geschaffenen Aktien nur der von ihr als Darlehen der E.\_\_\_\_\_ AG zur Verfügung gestellte Betrag zugeflossen ist. Anders als die Beschwerdeführerin behauptet, kann dabei nicht davon ausgegangen werden, dass diese Aktien im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Bst. d StG «unter Verwendung früherer Aufgelder und Zuschüsse der Gesellschafter» begründet wurden. Denn die Liberierung der Aktien erfolgte nicht durch die Beschwerdeführerin selbst, sondern durch die E.\_\_\_\_\_ AG unter Verwendung eigener Mittel der letzteren Gesellschaft. Nichts daran ändert der Umstand, dass diese Mittel allein aufgrund eines zuvor von der Beschwerdeführerin gewährten Darlehens bei der E.\_\_\_\_\_ AG vorhanden waren. Aufgrund des formalen Charakters der Emissionsabgabe (vgl. E. 2.5.3) rechtfertigt es sich nicht, in wirtschaftlicher Betrachtungsweise darauf abzustellen, dass die Mittel für die Aktienliberierung vorliegend letztlich den Kapitaleinlagereserven der Beschwerdeführerin belastet wurden. Mit anderen Worten wäre eine Anwendung von Art. 6 Abs. 1 Bst. d StG im vorliegenden Fall von vornherein nur in Betracht gekommen, wenn die Beschwerdeführerin selbst direkt eine Liberierung aus frei verwendbarem Eigenkapital vorgenommen hätte.

## 6.

**6.1** Angesichts des Umstandes, dass die E.\_\_\_\_\_ AG die neu geschaffenen Aktien liberiert hat (vgl. E. 5), lässt sich vorliegend – jedenfalls für die Zwecke der Emissionsabgabe – weder von einer Ausgabe von Gratisaktien noch von einer Gratisnennwerterhöhung sprechen. Vielmehr ist der Beschwerdeführerin emissionsabgaberechtlich gesehen – wie ausgeführt – nur, aber immerhin der Nennwert der neuen Aktien als Gegenleistung zugeflossen. Unter diesen Umständen greift der Freibetrag von Art. 6 Abs. 1 Bst. h StG, soweit der von der E.\_\_\_\_\_ AG geleistete Betrag von

Fr. 1'384'755.- den Betrag von Fr. 1'000'000.- übersteigt (vgl. E. 2.2.3). Da zudem der Nominalwert nicht unterschritten werden darf und folglich kein Abzug von Emissionsspesen zulässig ist (vgl. E. 2.4), beträgt die Steuerbemessungsgrundlage Fr. 384'755.-. Dementsprechend ist ein Steuerbetrag von 1 % von Fr. 384'755.-, also ein Betrag von Fr. 3'847.55 geschuldet (vgl. E. 2.4). Lediglich diesen Betrag hat die Beschwerdeführerin zu Recht entrichtet.

**6.2** Die Beschwerde ist somit teilweise gutzuheissen und das Dispositiv des angefochtenen Einspracheentscheids dahingehend abzuändern, dass die Beschwerdeführerin der ESTV zu Recht einen Emissionsabgabebetrag von Fr. 3'847.55 entrichtet hat. Ferner ist die Vorinstanz zu verpflichten, der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils die Differenz zwischen dem tatsächlich entrichteten Betrag von Fr. 2'796'028.- und dem geschuldeten Abgabebetrag von Fr. 3'847.55, also einen Betrag von Fr. 2'792'180.45 zurückzuerstatten sowie einen allfälligen Vergütungszins auszurichten.

Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

## 7.

**7.1** Die Verfahrenskosten von hier Fr. 20'000.- werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt; unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Der Vorinstanz können als Bundesbehörde keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Die Beschwerdeführerin erscheint vorliegend im Umfang des ihr zurückzuerstattenden Betrages von Fr. 2'792'180.45, also gemessen am gesamten streitbetroffenen Abgabebetrag von Fr. 2'796'028.- im Umfang von mehr als 99 % als obsiegend. Da die Beschwerdeführerin dementsprechend nur in einem sehr geringfügigen Umfang unterliegt, rechtfertigt es sich, ihr keine Kosten aufzuerlegen (vgl. auch Urteil des BVGer A-5777/2016 vom 15. Dezember 2016 E. 5.1).

**7.2** Angesichts des nur äusserst geringfügigen Unterliegens der Beschwerdeführerin drängt es sich auf, ihr eine volle Parteientschädigung zuzusprechen. Diese Entschädigung ist mangels Kostennote aufgrund der Akten festzusetzen (vgl. zum Ganzen Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 8 ff. sowie Art. 13 f. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Unter Berücksichtigung der Komplexität des Falles, der eingereichten Rechtsschriften, des notwendigen Aufwandes sowie eines durchschnittlichen Stundenansatzes erachtet das Bundesverwaltungsgericht eine Entschädigung von Fr. 15'000.- als angemessen.

Der Vorinstanz steht von vornherein keine Parteientschädigung zu (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

*(Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)*

## **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

### **1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Das Dispositiv des angefochtenen Einspracheentscheids vom 26. Oktober 2017 wird in dem Sinne abgeändert, dass die Beschwerdeführerin der ESTV zu Recht einen Emissionsabgabebetrag von Fr. 3'847.55 entrichtet hat.

Die Vorinstanz wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils den zu Unrecht entrichteten Betrag von Fr. 2'792'180.45 zurückzuerstatten und einen allfälligen Vergütungszins zu bezahlen.

### **2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 20'000.- wird ihr nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

### **3.**

Die Vorinstanz wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung in der Höhe von insgesamt Fr. 15'000.- zu bezahlen.

### **4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde;  
Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Daniel Riedo

Beat König

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: