

BGer 9C_41/2024 vom 26. März 2025

Bundesgericht, 2025-03-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_9C_41_2024

FR: TF 9C_41/2024 du 26 mars 2025

IT: TF 9C_41/2024 del 26 marzo 2025

Erwägungen

E. 1.1

Angefochten ist ein Endentscheid des Bundesverwaltungsgerichts in einem Streit über die Umsatzabgabe, mithin in einer Angelegenheit des öffentlichen Rechts (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. a und Art. 90 BGG). Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist zulässig, zumal keine Ausschlussgründe nach Art. 83 BGG vorliegen. Die Beschwerde wurde fristgerecht eingereicht (Art. 100 Abs. 1 BGG).

E. 1.2

Soweit die Stiftung 1 vom angefochtenen Urteil selbst betroffen ist, steht ihre Beschwerdelegitimation ausser Zweifel (Art. 89 Abs. 1 BGG). Sie ist als Rechtsnachfolgerin aber auch zur Beschwerdeführung befugt, soweit das angefochtene Urteil die Stiftung 2 betrifft. Anders als bei den direkten Steuern (vgl. dazu Art. 12 Abs. 1 DBG [SR 642.11]; BGE 144 II 352 E. 5.1) oder bei der Verrechnungssteuer (vgl. dazu Art. 57 VStV [SR 642.211]) fehlt im Recht der Stempelabgaben zwar eine ausdrückliche Vorschrift über die Steuer- und Verfahrenssukzession. Nach der Rechtsprechung tritt die absorbierende Rechtseinheit jedoch nach einer Fusion im bundesgerichtlichen Verfahren ohne Weiteres an die Stelle der untergegangenen Rechtseinheit, was sich aus Art. 71 BGG in Verbindung mit Art. 17 Abs. 3 BZP (SR 273) und Art. 83 Abs. 4 und Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (FusG; SR 221.301) ergibt (vgl. BGE 141 V 657 E. 1; 106 II 346 E. 1; Urteil 2C_895/2008 vom 9. Juni 2009 E. 1.1, in: RDAF 2009 II 522; YVES DONZALLAZ, in: Commentaire de la LTF, 3. Aufl. 2022, N. 23 zu Art. 89 BGG). Demgemäss ist die Stiftung 1 umfassend zur Beschwerde legitimiert. Unter Vorbehalt der Zulässigkeit der gestellten Anträge, die sogleich geprüft wird, ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 2

Die Parteien bezichtigen sich gegenseitig, vor Bundesgericht unzulässige Anträge und Rügen vorgetragen zu haben.

E. 2.1

Die ESTV führt in ihrer zweiten Stellungnahme vor Bundesgericht aus, die Eventualanträge der Stiftungen seien neu und daher unzulässig (Art. 99 Abs. 2 BGG). Die Stiftung 1 macht ihrerseits geltend, die ESTV sei nicht zu hören, soweit sie die Umsatzabgabepflicht der beiden Stiftungen aus Art. 13 Abs. 3 lit. b Ziff. 2 (statt Ziff. 1) StG ableite. Der Streitgegenstand sei nach dem Urteil der Vorinstanz auf die Frage beschränkt, ob die Stiftungen als professionelle Händler gemäss Ziff. 1 derselben Bestimmung abgabepflichtig gewesen seien. Die von der ESTV aufgeworfene Frage befinde sich ausserhalb des Streitgegenstands. Schliesslich hätten die Stiftungen nur als professionelle Händler

Anspruch auf die Befreiung nach Art. 14 Abs. 3 StG und würde die Qualifikation als Vermittler nach Art. 13 Abs. 3 lit. b Ziff. 2 StG für sie eine Verschlechterung bedeuten. Ausserdem verhalte sich die ESTV widersprüchlich, habe sie doch ihre Argumentation mehrmals geändert.

E. 2.2

Ob das Bundesgericht auf Anträge eintreten und sie materiell beurteilen kann, ist letztlich eine Frage der Zuständigkeit, die das Bundesgericht von Amtes wegen (Art. 29 Abs. 1 BGG) und mit freier Kognition (Art. 95 lit. a BGG) prüft (vgl. BGE 149 II 462 E. 1.1; 149 II 66 E. 1.3; 149 IV 9 E. 2). Die Frage, ob Anträge im bundesgerichtlichen Verfahren zulässig sind, richtet sich - soweit hier relevant - nach den folgenden Grundsätzen.

E. 2.2.1

Nach Art. 42 Abs. 1 BGG hat die Beschwerde ein oder mehrere Begehren zu enthalten. Da die Beschwerde an das Bundesgericht ein reformatorisches Rechtsmittel ist (Art. 107 Abs. 2 BGG), dürfen sich Beschwerdeführer grundsätzlich nicht darauf beschränken, die Aufhebung des angefochtenen Entscheids zu beantragen; sie müssen einen Antrag in der Sache stellen (BGE 147 I 89 E. 1.2.5; 137 II 313 E. 1.3; 136 V 131 E. 1.2). Ein rein kassatorischer Antrag kann jedoch genügen, wenn bereits die ersatzlose Aufhebung des angefochtenen Entscheids die Nachteile daraus für den Beschwerdeführer beseitigt (vgl. Urteile 2C_1006/2022 vom 28. November 2023 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 150 II 217 ; 2C_3/2022 vom 17. Mai 2022 E. 1.2.3; 2C_293/2021 vom 27. Juli 2021 E. 1.2; 2C_395/2021 vom 9. Mai 2021 E. 1.3; FLORENCE AUBRY GIRARDIN, in: Commentaire de la LTF, 3. Aufl. 2022, N. 23 zu Art. 42 BGG). Anträge in der Sache lauten primär auf Leistung oder Gestaltung. Feststellungsanträge sind im bundesgerichtlichen Verfahren dagegen nur zulässig, sofern an der Feststellung ein schutzwürdiges Interesse besteht und dieses nicht ebenso gut mit einem Leistungs- oder Gestaltungsbegehren gewahrt werden kann (vgl. BGE 126 II 300 E. 2c; Urteile 2C_494/2022 vom 12. Dezember 2023 E. 1.2; 2C_488/2020 vom 29. März 2023 E. 1.2.3, nicht publ. in: BGE 149 II 187 ; vgl. auch BGE 148 I 160 E. 1.6; 141 II 113 E. 1.7).

E. 2.2.2

In Zivilsachen verlangt das Bundesgericht, dass die Anträge bei Streitigkeiten um Geldbeträge beziffert werden (vgl. BGE 143 III 111 E. 1.2; 134 III 235 E. 2). In Steuersachen ist es demgegenüber jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen, reformatorische Anträge auf ihre rechtliche Begründung zu stützen, ohne sie exakt zu beziffern, zumal auch das Bundesgericht die rechnerische Umsetzung oft den unteren Instanzen überlässt (Urteil 9C_47/2024 / 9C_48/2024 vom 23. September 2024 E. 1.3.2). Ausserdem kann das Bundesgericht für die Auslegung der Rechtsbegehren die Begründung der Beschwerde heranziehen (BGE 136 V 131 E. 1.2; Urteile 5A_157/2023 vom 12. Oktober 2023 E. 2.1; 9C_710/2022 vom 17. August 2023 E. 1.4, nicht publ. in: BGE 149 II 354 , aber in: StE 2024 A 24.5 Nr. 12). Diese Erleichterungen ändern allerdings nichts daran, dass klare und präzise Rechtsbegehren generell ein wesentliches Element in einem gerichtlichen Verfahren sind (vgl. Urteile 5A_157/2023 vom 12. Oktober 2023 E. 2.1; 5A_950/2016 vom 5. April 2017 E. 1.2.1; 5A_64/2015 vom 2. April 2015 E. 1.2; AUBRY GIRARDIN, a.a.O., N. 21 zu Art. 42 BGG). Wenn also auch aus der Begründung der Beschwerde nicht klar wird, um welche konkreten Anordnungen die beschwerdeführende Partei das Bundesgericht ersucht, kann das Bundesgericht der Partei Gelegenheit zur

Verbesserung geben oder auf den betreffenden Antrag nicht eintreten. Bei diesem Ermessensentscheid ist auch zu berücksichtigen, ob die Partei anwaltlich vertreten ist (vgl. BGE 134 II 244 E. 2.4.2 und 2.4.3; Urteil 5A_695/2015 vom 1. Februar 2016 E. 2.2).

E. 2.2.3

Soweit die Anträge eines Beschwerdeführers zulässig sind, definieren sie den Streitgegenstand des bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahrens. Dieser entspricht also dem bzw. den aufgrund der Beschwerdebegehren tatsächlich angefochtenen, somit als Prozessthema vor das Bundesgericht gezogenen Rechtsverhältnis bzw. Rechtsverhältnissen (BGE 125 V 413 E. 2a; Urteil 9C_47/2024 / 9C_48/2024 vom 23. September 2024 E. 1.3.1; vgl. auch BGE 144 II 359 E. 4.3; 134 V 418 E. 5.2.1). Vom Streit- ist der Anfechtungsgegenstand des Beschwerdeverfahrens zu unterscheiden: Dieser bezeichnet in formeller Hinsicht den beim Bundesgericht angefochtenen Entscheid, in materieller Hinsicht die Gesamtheit der mit diesem Entscheid geregelten Rechtsverhältnisse (vgl. BGE 125 V 413 E. 2a; vgl. auch BGE 142 I 155 E. 4.4.2; 136 II 457 E. 4.2). Da ein Beschwerdeführer mittels Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten grundsätzlich nur Rechtsverhältnisse zum Prozessthema machen kann, die bereits von einer Vorinstanz gemäss Art. 86 BGG beurteilt worden sind, begrenzt der (materielle) Anfechtungsgegenstand den Streitgegenstand des Beschwerdeverfahrens: Der Beschwerdeführer kann vor Bundesgericht nicht mehr oder etwas anderes verlangen als vor der Vorinstanz (vgl. BGE 142 I 155 E. 4.4.2; 136 II 457 E. 4.2; 136 II 165 E. 5; vgl. zum analogen Verhältnis zwischen dem Verwaltungs- und dem erstinstanzlichen Verwaltungsgerichtsverfahren BGE 144 II 359 E. 4.3; 134 V 418 E. 5.2.1; 125 V 413 E. 1a; vgl. aber zu den diesbezüglichen Ausnahmen unten E. 4.1). Anträge, die den Streitgegenstand ausweiten (plus) oder ändern (aliud), gelten als neu und sind demnach gemäss Art. 99 Abs. 2 BGG im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren unzulässig (vgl. BGE 143 V 19 E. 1.1 ; 142 I 155 E. 4.4.2; 141 II 91 E. 1.2). Hingegen ist es einem Beschwerdeführer im Rahmen der Dispositionsmaxime (Art. 107 Abs. 1 BGG) unbenommen, seine Anträge so zu formulieren, dass der Streitgegenstand enger ausfällt als vor der Vorinstanz. Anträge, mit denen der Beschwerdeführer nichts anderes, sondern weniger (minus) verlangt als vor der Vorinstanz, gelten nicht als neu und sind also zulässig (vgl. BGE 141 II 91 E. 1.2; 136 V 362 E. 3.4.2).

E. 2.2.4

Von den Beschwerdeanträgen zu unterscheiden sind die rechtlichen Argumente, mit denen ein Beschwerdeführer seine Anträge begründet und eine Rechtsverletzung nach Art. 95 ff. BGG geltend macht (sog. Rügen). Praxisgemäss prüft das Bundesgericht auch neue Rügen des Beschwerdeführers, soweit sie im Rahmen des Anfechtungsgegenstands bleiben, d.h. keine Ausweitung oder Änderung der Beschwerdeanträge bedingen und im massgeblichen Sachverhalt eine Stütze finden (vgl. BGE 142 I 155 E. 4.4.3; vgl. auch BGE 147 II 421 E. 7.4; 144 II 41 E. 5.3; vgl. aber zur Beschwerde in Zivilsachen BGE 143 III 290 E. 1.1; Urteil 5A_336/2023 vom 17. Juli 2024 E. 4.4.3, zur Publikation vorgesehen). Massgeblich ist grundsätzlich der von der Vorinstanz festgestellte Sachverhalt (Art. 105 Abs. 1 BGG), wenn nicht die Voraussetzungen für eine Sachverhaltsergänzung nach Art. 105 Abs. 2 BGG oder für eine Ausnahme vom Novenverbot nach Art. 99 Abs. 1 BGG erfüllt sind (vgl. BGE 142 I 155 E. 4.4.3; 136 V 362 E. 4.1).

E. 2.2.5

Auch andere Verfahrensbeteiligte, insbesondere die vor der Vorinstanz obsiegenden Gegenparteien (Beschwerdegegner), können im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht Anträge stellen, wenn sie zur Vernehmlassung eingeladen werden (Art. 102 Abs. 1 BGG). Diese Anträge können aber nur auf Nichteintreten, auf Gutheissung oder auf Abweisung der Beschwerde oder von Teilen davon und nicht auf Änderung des angefochtenen Entscheids zu ihren Gunsten lauten, da die anderen Verfahrensbeteiligten dafür selbst rechtzeitig Beschwerde erheben müssten (Art. 100 Abs. 1 BGG); die Anschlussbeschwerde ist ausgeschlossen (BGE 145 V 57 E. 10.2; 138 V 106 E. 2.1). Für den Fall, dass der Beschwerdeführer mit seinen Argumenten durchdringen sollte, dürfen Beschwerdegegner auch eigene Rügen formulieren und Erwägungen der Vorinstanz kritisieren, namentlich in Bezug auf Argumente, welche die Vorinstanz verworfen hat, und so den angefochtenen Entscheid in der Begründung angreifen, um ihn im Ergebnis zu beschützen (vgl. BGE 142 IV 129 E. 4.1; 136 III 502 E. 6.2; 135 IV 56 E. 4.2 ; 122 I 253 E. 6c; Urteil 4A_6/2019 vom 19. September 2019 E. 2). Gleich wie die Rügen des Beschwerdeführers haben Rügen der Beschwerdegegner nur dann Aussicht auf Erfolg, wenn sie sich im Rahmen des Streitgegenstandes des Beschwerdeverfahrens vor Bundesgericht halten (vgl. Urteile 9C_153/2022 vom 26. April 2022 E. 1.3; 2C_880/2020 vom 15. Juni 2021 E. 2.1; 4A_6/2019 vom 19. September 2019 E. 2; 4A_54/2018 vom 11. Juli 2018 E. 1.3).

E. 2.3

Wendet man diese Grundsätze auf die verschiedenen Anträge der Stiftungen und der ESTV an, zeigt sich folgendes Bild:

E. 2.3.1

Die Hauptanträge der Stiftungen lauten auf Aufhebung des angefochtenen Urteils, auf (negative) Feststellung, dass die Stiftungen keine professionellen Händler im Sinne von Art. 13 Abs. 3 lit. b Ziff. 1 StG seien, und auf Rückerstattung der bereits bezahlten Beträge. Dass die Stiftung 1 - in ihrer eigenen Sache und als Rechtsnachfolgerin der Stiftung 2 - ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Urteils und der Rückerstattung der bezahlten Beträge hat, liegt auf der Hand. Auf diese Anträge ist einzutreten. Demgegenüber erklärt die Stiftung 1 nicht und ist für das Bundesgericht auch nicht ersichtlich, welchen zusätzlichen Nutzen sie davon hätte, wenn festgestellt würde, dass sie und die Stiftung 2 im Zeitraum vom 1. Januar 2011 bis zum 31. Dezember 2016 keine professionellen Händler gewesen seien. Es fehlt in diesem Umfang an einem Rechtsschutzinteresse. Soweit spätere Zeiträume betroffen sind, gehen die Feststellungsanträge der Stiftungen über den Anfechtungsgegenstand hinaus, denn darüber hat die Vorinstanz nicht entschieden. Auf die Feststellungsanträge ist demgemäss nicht einzutreten.

E. 2.3.2

Die Eventualanträge der anwaltlich vertretenen Stiftungen sind wenig präzise formuliert. Sie scheinen damit einerseits vom Bundesgericht eine Reduktion der von der Vorinstanz festgesetzten Umsatzabgaben zu verlangen. Andererseits scheinen sie aber davon auszugehen, dass das Bundesgericht diese Kürzung nicht selbst anordnen könnte, ersuchen sie doch zugleich darum, die Vorinstanz oder die ESTV hätten die Nettobeträge der geschuldeten Umsatzabgaben neu festzustellen. Das ist wohl so zu verstehen, dass das Bundesgericht das Verfahren zur ergänzenden Sachverhaltsfeststellung an eine dieser Instanzen zurückweisen soll. Des Weiteren sind die Eventualanträge mit rechtlichen

Argumenten für die Reduktion der Umsatzabgabe angereichert, die eher zur Begründung der Beschwerde gehört hätten. Selbst unter Berücksichtigung der Begründung wird nicht recht klar, ob die Stiftung 1 vom Bundesgericht einen reformatorischen Entscheid oder die Rückweisung an eine der unteren Instanzen erwartet. Es ist zweifelhaft, ob die Eventualanträge den Anforderungen gerecht werden, die das Bundesgericht an die Klarheit und Präzision von Rechtsbegehren stellt (vgl. oben E. 2.2.2). Die Frage kann indessen offenbleiben, zumal die Stiftungen mit der Beschwerde beim Bundesgericht ohnehin nicht mehr und nichts anderes als vor der Vorinstanz verlangen können (vgl. oben E. 2.2.3). Eine Reduktion der Umsatzabgabe oder die Rückweisung an die Vorinstanz oder die ESTV zur Umsetzung einer solchen Reduktion wären von den beiden zulässigen Hauptanträgen umfasst und könnten vom Bundesgericht auch ohne entsprechende Anträge angeordnet werden (vgl. auch Art. 107 Abs. 2 BGG), jedenfalls soweit die tatsächlichen Grundlagen dafür im materiellen Anfechtungsgegenstand enthalten sind, sie mithin von der Vorinstanz beurteilt wurden oder hätten beurteilt werden müssen (vgl. dazu unten E. 4.3). Soweit die Eventualanträge also zulässig sein sollten, wären sie redundant.

E. 2.3.3

Der Antrag der ESTV lautet auf Abweisung der Beschwerde und ist zulässig, wenn auch für die Bestimmung des Streitgegenstands des bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahrens irrelevant (vgl. oben E. 2.2.5). Für sich genommen ist auch nicht zu beanstanden, wenn die ESTV die rechtliche Argumentation der Vorinstanz kritisiert und auf ihrer eigenen, ursprünglichen Begründung beharrt. Entgegen den Stiftungen lässt sich dem angefochtenen Urteil nämlich nicht entnehmen, dass sich der Streit vor der Vorinstanz auf die Frage beschränkt hätte, ob die Stiftungen als Händler gemäss Art. 13 Abs. 3 lit. b Ziff. 1 StG einzustufen waren. Vielmehr prüfte - und bejahte - die Vorinstanz die weiter gefasste Frage, ob die Stiftungen aufgrund ihrer Tätigkeiten im Zusammenhang mit den beiden Plänen zur Beteiligung von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Gruppe B. _____ in den Jahren 2011 bis 2016 Umsatzabgaben schuldeten. Unter der Voraussetzung, dass die Vorinstanz damit ihre funktionelle Zuständigkeit nicht überschritten hat (vgl. dazu sogleich E. 3), kann und muss das Bundesgericht diese Frage des Bundesrechts ebenfalls frei prüfen (Art. 95 lit. a und Art. 106 Abs. 1 BGG). Es kann die Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen (Motivsubstitution; BGE 148 II 73 E. 8.3.1; 148 V 366 E. 3.1; 146 IV 88 E. 1.3.2).

II. Zuständigkeit der Vorinstanz und der Unterinstanz

E. 3

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition nicht nur seine eigene Zuständigkeit, sondern auch, ob die Vorinstanz im Rahmen ihrer Zuständigkeit entschieden hat (vgl. BGE 145 V 57 E. 1; 141 V 206 E. 1.1; 140 V 22 E. 4; vgl. auch BGE 142 V 67 E. 2.1; Urteil 1C_573/2019 vom 29. September 2020 E. 1).

E. 3.1

Es ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn eine Behörde als Partei die rechtliche Begründung für ihren Standpunkt im Laufe des Verfahrens ändert. Davon zu unterscheiden sind jedoch Änderungen am Streitgegenstand, die eine Behörde als Rechtsmittelinstanz vornimmt, wenn sie über etwas anderes als den materiellen Anfechtungsgegenstand - d.h. über den Streitgegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens - entscheidet oder wenn sie über die relevanten Parteibehgehren - d.h. über den Streitgegenstand des Rechtsmittelverfahrens -

hinausgeht. Konkret stellt sich hier die Frage, ob die ESTV und die Vorinstanz im Einsprache- und im Beschwerdeverfahren überhaupt noch prüfen durften, ob die Stiftungen als Händler nach Art. 13 Abs. 3 lit. b Ziff. 1 StG zu betrachten waren, oder sie damit ihre Zuständigkeit überschritten haben.

E. 3.2

In der jeweiligen Dispositivziffer 1 der Entscheide vom 25. Februar 2019 erkannte die ESTV, die Stiftungen würden "ab dem 1. Januar 2011 als Effektenhändlerin gemäss Art. 13 Abs. 3 lit. b Ziff. 2 StG (Vermittler) der Umsatzabgabepflicht unterstellt". In den Dispositivziffern 2 setzte die ESTV die Umsatzabgaben fest, welche die Stiftungen für den Zeitraum vom 1. Januar 2011 bis zum 31. Dezember 2016 schuldeten. Mit den Dispositivziffern 3 bestätigte die ESTV schliesslich, dass die Stiftungen die unter Vorbehalt bezahlten Beträge "zu Recht" entrichtet hätten.

E. 3.2.1

Die subjektive Abgabepflicht des Effektenhändlers entsteht von Gesetzes wegen (Art. 17 Abs. 1 StG ; Art. 18 Abs. 1 StV [641.101]). Es ist weder erforderlich, noch liegt es in der Kompetenz der ESTV, eine Person mittels Verfügung der Umsatzabgabepflicht zu unterstellen. Die jeweilige Dispositivziffer 1 der Entscheide vom 25. Februar 2019 muss deshalb nach Treu und Glauben als Feststellung gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. b und Art. 25 Abs. 1 VwVG (SR 172.021) verstanden werden, dass die Tätigkeiten der Stiftungen sie zu Vermittlern gemäss Art. 13 Abs. 3 lit. b Ziff. 2 StG machten und sie demnach abgabepflichtige Effektenhändler seien. Denn wenn eine Behörde eine rechtliche Qualifizierung - hier die Vermittlereigenschaft der Stiftungen - in das Dispositiv ihrer Verfügung aufnimmt, kann dies in guten Treuen nur so verstanden werden, dass diese Rechtsfrage verbindlich entschieden werden soll.

E. 3.2.2

Für den Erlass von Feststellungsverfügungen ist die ESTV jedenfalls dann kompetent, wenn sie für einen bestimmten Fall vorsorglich um die amtliche Feststellung der Abgabepflicht oder der Grundlagen der Abgabebemessung ersucht wird (Art. 38 lit. b StG). Diese Voraussetzung war hier erfüllt. Wie sich aus den Akten ergibt, hatten die Stiftungen die ESTV um den Erlass von anfechtbaren Verfügungen über ihren Effektenhändlerstatus ersucht (Art. 105 Abs. 2 BGG). Sodann bestand an dieser Feststellung ein praktisches Interesse, zumal sie sich nicht nur auf den vergangenen Zeitraum vom 1. Januar 2011 bis zum 31. Dezember 2016 bezog, für den die ESTV die Stiftungen in Dispositivziffer 2 zur Leistung von Umsatzabgaben verpflichtete, sondern unbefristet war. Hätte die Feststellung der Vermittlereigenschaft Bestand, wäre damit nämlich verbindlich entschieden, dass die Stiftungen nicht nur für den Zeitraum vom 1. Januar 2011 bis zum 31. Dezember 2016, sondern auch für spätere Zeiträume als Vermittler gemäss Art. 13 Abs. 3 lit. b Ziff. 2 StG und damit als Effektenhändler zu qualifizieren sind.

E. 3.2.3

Mit der Feststellung des Vermittlerstatus beurteilte die ESTV im Übrigen nicht nur die Abgabepflicht, sondern auch die Grundlagen der Abgabebemessung. Denn Vermittler gemäss Art. 13 Abs. 3 lit. b Ziff. 2 StG haben - im Unterschied zu gewerbsmässigen Händlern - keinen Anspruch auf die Befreiung des Handelsbestands nach Art. 14 Abs. 3 StG (i.V.m. Art. 25a Abs. 2 StV). Zugleich bedeutete die Qualifikation als Vermittler für die Stiftungen, dass sie die Abgabepflicht bzw. die Abrechnung der Umsatzabgabe an die

am selben Geschäft beteiligten Banken oder Händler delegieren könnten, was Händlern nicht möglich ist (Art. 21 Abs. 8 StV). Der verbindlich festgestellte Vermittlerstatus wirkte sich auf diese Weise direkt auf die Beträge aus, die die Stiftungen an Umsatzabgaben für den Zeitraum vom 1. Januar 2011 bis zum 31. Dezember 2016 zu bezahlen hatten und die die ESTV mit der jeweiligen Dispositivziffer 2 festsetzte.

E. 3.2.4

Die Dispositivziffern 3 betreffend die bereits bezahlten Beträge hat die ESTV in die Form einer Feststellung gekleidet ("Die Stiftung [...] hat der ESTV den Betrag [...] zu Recht entrichtet"). Wenngleich die ESTV solche Formulierungen bei den von ihr erhobenen Steuern notorischerweise oft verwendet, so ist deren Zulässigkeit angesichts der Voraussetzungen für den Erlass von Feststellungsverfügungen fraglich. Die Frage kann hier aber offenbleiben. Denn gemeint war damit offensichtlich die Verweigerung der Rückerstattung, mithin die Abweisung der Rückerstattungsanträge der Stiftungen.

E. 3.3

Mit ihren Verfügungen fixierte die ESTV den materiellen Anfechtungsgegenstand für das Einspracheverfahren auf die Frage, ob die Stiftungen Vermittlerstatus hatten. Die übrigen Dispositivziffern (Festsetzung der Umsatzabgaben für den Zeitraum vom 1. Januar 2011 bis zum 31. Dezember 2016; Verweigerung der Rückerstattung) waren damit eng verknüpft. Es ist zu prüfen, ob sich im Einspracheverfahren etwas hieran geändert hat.

E. 3.3.1

Mit ihren Einsprachen vom 27. März 2019 beantragten die Stiftungen die "vollumfängliche Aufhebung" der Entscheide vom 25. Februar 2019, namentlich also die Aufhebung der Feststellung der Vermittlereigenschaft sowie die Rückerstattung der bezahlten Beträge. Eingedenk des Gegenstands der Verfügungen vom 25. Februar 2019 äusserten sich die Stiftungen in ihren Einsprachen nur zum Vermittler- und nicht zu einem allfälligen Händlerstatus (Art. 13 Abs. 3 lit. b Ziff. 1 StG).

E. 3.3.2

In den Dispositiven der Einspracheentscheide vom 26. Januar 2021 wiederholte die ESTV die Feststellung des Vermittlerstatus zwar nicht mehr ausdrücklich, aber doch implizit, indem sie die Einsprachen vollständig abwies. Im Vergleich zu den angefochtenen Verfügungen ergänzte die ESTV ihre Begründung nun allerdings um den Eventualstandpunkt, dass die Stiftungen als Händler nach Art. 13 Abs. 3 lit. b Ziff. 1 StG zu qualifizieren seien, falls sie keine Vermittler wären, und diesfalls ebenfalls Umsatzabgaben schulden würden.

E. 3.3.3

Es fragt sich, ob die ESTV damit den materiellen Anfechtungsgegenstand überschritt. Zwar kann nur das Dispositiv eines Entscheids Bindungswirkung entfalten und angefochten werden (vgl. BGE 150 II 409 E. 2.2.2 ; 140 I 114 E. 2.4.2), sodass das Dispositiv auch für die Bestimmung des materiellen Anfechtungsgegenstands massgebend ist. Die Erwägungen sind aber zur Auslegung heranzuziehen, ergibt sich die Tragweite eines Entscheids doch oft erst aus seiner Begründung (vgl. BGE 131 II 13 E. 2.3; vgl. zum Zivilrecht auch BGE 148 III 1 E. 2.4.3; 147 III 345 E. 6.4.1; 121 III 474 E. 4a), gerade wenn das Dispositiv wie hier lediglich auf Abweisung des Rechtsmittels lautet. Es spricht nichts dagegen, auch Eventualbegründungen in diesem Sinne zu berücksichtigen (vgl. zum prozessualen

Stellenwert von Alternativ- und Eventualbegründungen BGE 143 IV 40 E. 3.4; 142 III 364 E. 2.4 ; 138 I 97 E. 4.1.4; 133 IV 119 E. 6.3). Aus der Eventualbegründung ergibt sich hier, dass die ESTV zwar an der Feststellung des Vermittlerstatus ab dem 1. Januar 2011 festhielt. Sie trennte nun aber die Festsetzung der Umsatzabgaben für den Zeitraum vom 1. Januar 2011 bis zum 31. Dezember 2016 von der Feststellung des Vermittlerstatus. Damit wurde der Festsetzung der Umsatzabgaben verfahrensrechtlich eine eigene Tragweite verliehen, die sie in den angefochtenen Verfügungen noch nicht hatte (vgl. zur Frage der Zulässigkeit dieser Ausweitung des Streitgegenstands unten E. 4.1).

E. 3.4

Der Gegenstand der Einspracheentscheide und damit der materielle Anfechtungsgegenstand für das Verfahren vor der Vorinstanz umfasste nach dem Gesagten die folgenden Glieder: Einerseits die Feststellung des Vermittlerstatus nach Art. 13 Abs. 3 lit. b Ziff. 2 StG, andererseits - davon nunmehr getrennt - die Leistung von Umsatzabgaben für den Zeitraum vom 1. Januar 2011 bis zum 31. Dezember 2016 sowie die Verweigerung der Rückerstattung der bereits geleisteten Zahlungen.

E. 3.4.1

Vor der Vorinstanz beantragten die Stiftungen wiederum die ersatzlose Aufhebung der Einspracheentscheide sowie die Rückerstattung der bereits bezahlten Beträge. Das Dispositiv des Urteils der Vorinstanz lautet wie schon die Einspracheentscheide auf Abweisung des Rechtsmittels, ohne dass zwischen den verschiedenen Gliedern des Streitgegenstands unterschieden worden wäre. Aus den Erwägungen der Vorinstanz ergibt sich aber unmissverständlich, dass die Vorinstanz die Stiftungen nicht für Vermittler hielt und die Leistung von Umsatzabgaben für den Zeitraum vom 1. Januar 2011 bis zum 31. Dezember 2016 aus einem anderen Rechtsgrund - nämlich weil die Stiftungen Händler gemäss Art. 13 Abs. 3 lit. b Ziff. 1 StG gewesen seien - anordnete.

E. 3.4.2

Indem sich die Vorinstanz der Eventualbegründung der ESTV anschloss, gestützt darauf Umsatzabgaben für den Zeitraum vom 1. Januar 2011 bis zum 31. Dezember 2016 festsetzte und die Rückerstattung der bereits geleisteten Zahlungen verweigerte, bewegte sie sich innerhalb des Anfechtungs- und auch des Streitgegenstands, wie er sich aus den Anträgen und der Begründung der Stiftungen ergab. Die Vorinstanz überschritt ihre funktionelle Zuständigkeit folglich nicht. Immerhin muss man sich aber die Frage stellen, ob die Vorinstanz auf der Grundlage ihrer Begründung die Beschwerde nicht teilweise - nämlich in Bezug auf die Feststellung des Vermittlerstatus - hätte gutheissen müssen, wenn sie diese Feststellung doch für unzutreffend hielt. Die Abweisung des Rechtsmittels scheint sich also nur auf die übrigen Teile des Streitgegenstands zu beziehen (Festsetzung der Umsatzabgaben für den Zeitraum vom 1. Januar 2011 bis zum 31. Dezember 2016 sowie Verweigerung der Rückerstattung). Damit hat die Vorinstanz den Antrag der Stiftungen auf Aufhebung der Feststellung des Vermittlerstatus, der im Antrag auf Aufhebung des Einspracheentscheids enthalten war, letztlich unbeantwortet gelassen. Das ist unter dem Gesichtspunkt des Rechtsverweigerungsverbots (Art. 29 Abs. 1 BV) zwar nicht völlig unbedenklich, wird aber vor Bundesgericht nicht beanstandet, weshalb sich Weiterungen hierzu erübrigen (Art. 106 Abs. 2 BGG).

E. 4

Das Bundesgericht kann grundsätzlich auch einschreiten, wenn nicht die unmittelbare Vorinstanz, sondern die Unterinstanz ihre Zuständigkeit überschritten hat, die Vorinstanz diesen Mangel nicht erkannt hat und so das Bundesrecht verletzt worden ist (Art. 95 lit. a BGG).

E. 4.1

Mit ihren Einspracheentscheiden verliess die ESTV den Rahmen, den sie mit den Verfügungen als Anfechtungsgegenstände gesetzt hatte. Dass dies zulässig war, ist indessen zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen (vgl. die primär sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung, wonach eine Rechtsmittelbehörde unter bestimmten Voraussetzungen aus Gründen der Prozessökonomie ausnahmsweise den Streitgegenstand über den Verfügungsgegenstand ausweiten darf: BGE 130 V 501 E. 1.2; 125 V 413 E. 2a; 122 V 34 E. 2a; 110 V 48 E. 3b; 98 V 33 E. 1a; Urteile 8C_736/2023 vom 2. Oktober 2024 E. 6.2.3; 9C_665/2019 vom 25. Juni 2020 E. 2.1; vgl. ferner auch BGE 150 II 244 E. 4.5). Die ESTV war also funktionell zumindest nicht offensichtlich unzuständig und ihre Einspracheentscheide demgemäss jedenfalls nicht (teil-) nichtig (vgl. dazu Urteil 9C_673/2023 vom 19. August 2024 E. 5.1 und 5.2 mit Hinweisen, zur Publikation vorgesehen; BGE 150 II 244 E. 4.2.2).

E. 4.2

Wenn der mögliche Zuständigkeitsmangel die Einspracheentscheide bloss anfechtbar machte, können sich die Stiftungen vor Bundesgericht darauf nicht mehr berufen.

E. 4.2.1

Wer sich auf das Verfahren einlässt, ohne einen Verfahrensmangel bei erster Gelegenheit vorzubringen, verwirkt in der Regel den Anspruch auf spätere Anrufung der vermeintlich verletzten Verfahrensvorschrift (BGE 143 V 66 E. 4.3; 135 III 334 E. 2.2 ; 134 I 20 E. 4.3.1). Dieser Grundsatz, den das Bundesgericht aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) ableitet, gilt auch für nicht leicht erkennbare Zuständigkeitsmängel. Rügen der örtlichen oder funktionellen Unzuständigkeit hört das Bundesgericht deshalb in der Regel nicht, wenn sie von einer anwaltlich vertretenen Person nicht umgehend vorgebracht worden sind (vgl. BGE 143 V 66 E. 4.3 [örtliche Unzuständigkeit]: Urteil 8C_616/2022 vom 15. März 2023 E. 5.1, nicht publ. in: BGE 149 V 91 , aber in: SVR 2023 UV Nr. 50 S. 175 [funktionelle Unzuständigkeit]).

E. 4.2.2

Ausweislich ihrer Rechtsschriften hatten die anwaltlich vertretenen Stiftungen aufgrund der Einspracheentscheide erkannt, dass sie im Beschwerdeverfahren Gefahr liefen, selbst dann zur Leistung von Umsatzabgaben für den Zeitraum vom 1. Januar 2011 bis zum 31. Dezember 2016 verpflichtet zu werden, wenn die Feststellung des Vermittlerstatus aufgehoben werden würde. Schliesslich wehrten sie sich nunmehr ausdrücklich auch gegen die Qualifikation als Händler. Sie hätten zu diesem Zeitpunkt auch erkennen und umgehend rügen können, dass die ESTV mit ihrer Eventualbegründung möglicherweise ihre funktionelle Zuständigkeit als Einsprachebehörde überschritten hatte. Gleichwohl haben die Stiftungen das Verhalten der ESTV erst im bundesgerichtlichen Verfahren beanstandet. Abgesehen davon, dass die Beanstandungen der Stiftungen in dieser Hinsicht auch vor Bundesgericht eher unbestimmt ausgefallen sind, wären sie nach dem Gesagten ohnehin verspätet. Es gibt folglich für das Bundesgericht keinen Grund, von der vorgenannten Rechtsprechung abzuweichen und die Frage der funktionellen Zuständigkeit der ESTV

vertieft zu prüfen.

E. 4.3

Zu weit führen würde es an dieser Stelle aber, den Stiftungen vorzuwerfen, sie hätten es versäumt, im vorinstanzlichen Beschwerdeverfahren von sich aus die Befreiung des Handelsbestands gemäss Art. 14 Abs. 3 StG geltend zu machen und mit Beweismitteln zu substantiieren. Das scheint zumindest im Ansatz selbst die ESTV anzuerkennen. Nach der Untersuchungsmaxime, die ungeachtet Art. 2 Abs. 1 VwVG auch das stempelabgabenrechtliche Verfahren beherrscht (vgl. Urteil 2C_749/2017 / 2C_753/2017 vom 20. März 2019 E. 9.4), hätten die Stiftungen aufgefordert werden müssen, sich zum Handelsbestand gemäss Art. 14 Abs. 3 StG zu äussern und Beweismittel beizubringen, bevor die Umsatzabgabeschuld neu gestützt auf Art. 13 Abs. 3 lit. b Ziff. 1 StG festgesetzt werden durfte. Das ist jedoch weder im Einsprache- noch im Beschwerdeverfahren vor der Vorinstanz geschehen. Falls sich die Begründung der Vorinstanz als korrekt erweisen sollte und die Stiftungen als Händler gemäss Art. 13 Abs. 3 lit. b Ziff. 1 StG anzusehen wären, müsste das angefochtene Urteil also aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz oder die ESTV zurückgewiesen werden, sofern nicht bereits die Akten die erforderlichen Angaben zu den Handelsbeständen enthalten (Art. 105 Abs. 2 und Art. 107 Abs. 2 BGG ; vgl. BGE 142 II 243 E. 2.4; 133 IV 293 E. 3.4.2).

III. Abgabepflicht der Stiftungen

E. 5

In materieller Hinsicht bestreiten die Stiftungen hauptsächlich, dass sie für den Zeitraum vom 1. Januar 2011 bis zum 31. Dezember 2016 als Effekthändler Umsatzabgaben schuldeten.

E. 5.1

Der Bund erhebt Stempelabgaben auf dem Umsatz gewisser in- und ausländischer Urkunden (Art. 1 Abs. 1 lit. b StG). Gegenstand der Umsatzabgabe ist die entgeltliche Übertragung von Eigentum an steuerbaren Urkunden (u.a. Aktien und ihnen wirtschaftlich entsprechende Urkunden ausländischer Emittenten, vgl. Art. 13 Abs. 2 lit. a und b StG), sofern ein Effekthändler Vertragspartei oder Vermittler ist (Art. 13 Abs. 1 StG).

E. 5.2

Nach den grundsätzlich verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz (Art. 105 Abs. 1 BGG) waren die Stiftungen im Zusammenhang mit den beiden Mitarbeiterbeteiligungsplänen an diversen Käufen und Verkäufen von steuerbaren Urkunden als Partei beteiligt. Falls die Stiftungen als Effekthändler zu qualifizieren wären, hätten diese Geschäfte nach Art. 13 Abs. 1 StG also grundsätzlich der Umsatzabgabe unterlegen.

E. 5.3

Das Gesetz definiert den Begriff des Effekthändlers in Art. 13 Abs. 3 StG wie folgt:

"3 Effekthändler sind:

- a. die Banken, die bankähnlichen Finanzgesellschaften im Sinne des Bankengesetzes vom 8. November 1934, die Schweizerische Nationalbank sowie die zentralen Gegenparteien im Sinne des Finanzmarktinfrastukturgesetzes vom 19. Juni 2015;

b. die nicht unter Buchstabe a fallenden inländischen natürlichen und juristischen Personen und Personengesellschaften, inländischen Anstalten und Zweigniederlassungen ausländischer Unternehmen, deren Tätigkeit ausschliesslich oder zu einem wesentlichen Teil darin besteht,

1. für Dritte den Handel mit steuerbaren Urkunden zu betreiben (Händler), oder
2. als Anlageberater oder Vermögensverwalter Kauf und Verkauf von steuerbaren Urkunden zu vermitteln (Vermittler);

c....

d. die nicht unter die Buchstaben a und b fallenden inländischen Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaften sowie inländischen Einrichtungen der beruflichen Vorsorge und der gebundenen Vorsorge, deren Aktiven nach Massgabe der letzten Bilanz zu mehr als 10 Millionen Franken aus steuerbaren Urkunden nach Absatz 2 bestehen;

e....

f. der Bund, die Kantone und die politischen Gemeinden samt ihren Anstalten, sofern sie in ihrer Rechnung für mehr als 10 Millionen Franken steuerbare Urkunden nach Absatz 2 ausweisen, sowie die inländischen Einrichtungen der Sozialversicherung."

E. 5.4

Von besonderem Interesse ist hier Art. 13 Abs. 3 lit. b StG . Diese Norm ist deshalb auch noch in den anderen beiden Sprachfassungen wiederzugeben:

"3 Sont des commerçants de titres:

[...]

b. les personnes physiques et morales et les sociétés de personnes suisses, ainsi que les établissements et les succursales suisses d'entreprises étrangères qui ne tombent pas sous le coup de la let. a, et dont l'activité consiste exclusivement, ou pour une part essentielle,

1. à exercer pour le compte de tiers le commerce de documents imposables (commerçants), ou
2. à s'entremettre en tant que conseiller en placement ou gérant de fortune dans l'achat et la vente de documents imposables (intermédiaires) "

"3 Sono negozianti di titoli:

[...]

b. le persone fisiche e giuridiche e le società di persone svizzere, gli stabilimenti e succursali svizzeri di imprese straniere che non rientrano nella definizione della lettera a e la cui attività consiste esclusivamente o essenzialmente:

1. nell'esercizio del commercio di documenti imponibili per il conto di terzi (negoziatori), oppure
2. nella mediazione della compravendita di documenti imponibili come consulenti in investimenti o gerenti di patrimoni (mediatori) "

E. 5.5

Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Stiftungen aufgrund ihrer Tätigkeiten im Zusammenhang mit den beiden Mitarbeiterbeteiligungsplänen (vgl. oben Sachverhalt A.b) als Effektenhändler nach Art. 13 Abs. 3 StG und insbesondere als Händler (Art. 13 Abs. 3 lit. b Ziff. 1 StG) oder als Vermittler (Art. 13 Abs. 3 lit. b Ziff. 2 StG) zu qualifizieren sind. Zu diesem Zweck muss zunächst Art. 13 Abs. 3 lit. b StG ausgelegt werden.

E. 6.1

Gesetzesbestimmungen sind in erster Linie nach ihrem Wortlaut auszulegen. An einen klaren Gesetzeswortlaut ist die rechtsanwendende Behörde grundsätzlich gebunden. Abweichungen vom klaren Wortlaut sind indessen zulässig oder sogar geboten, wenn triftige Gründe zur Annahme bestehen, dass er nicht dem wahren Sinn der Bestimmung entspricht. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Norm, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben. Vom klaren Wortlaut kann ferner abgewichen werden, wenn die grammatikalische Auslegung zu einem Ergebnis führt, das der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann. Im Übrigen sind bei der Auslegung alle herkömmlichen Auslegungselemente zu berücksichtigen, wobei das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus befolgt und es ablehnt, die einzelnen Auslegungselemente einer Prioritätsordnung zu unterstellen (Urteil 9E_1/2023 vom 12. August 2024 E. 1.5.1, zur Publikation vorgesehen; BGE 149 IV 376 E. 6.6; 149 II 442 E. 4.3.3).

E. 6.2

Ausgangspunkt der Auslegung ist der Wortlaut von Art. 13 Abs. 3 lit. b StG .

E. 6.2.1

Charakteristische Tätigkeit des Händlers nach Art. 13 Abs. 3 lit. b Ziff. 1 StG ist der "Handel mit steuerbaren Urkunden" (frz. "le commerce de documents imposables"; ital. "commercio di documenti imponibili"). Nach gewöhnlichem Sprachgebrauch betreibt Handel mit Waren und Wirtschaftsgütern, wer sie kauft und verkauft (vgl. Duden ["das Kaufen und Verkaufen, Handeln mit Waren, Wirtschaftsgütern"], Le Robert ["Opération qui a pour objet la vente d'une marchandise, d'une valeur ou l'achat de celle-ci pour la revendre après l'avoir transformée ou non."] oder Treccani ["Attività economica che, attraverso operazioni di compravendita, mira a trasferire, nel tempo e nello spazio, beni dal produttore al consumatore, sia direttamente sia soprattutto attraverso l'opera d'intermediari."]). Der Wortlaut vor allem der französischen und italienischen Fassungen von Art. 13 Abs. 3 lit. b Ziff. 1 StG besagt, dass Händler nur sein kann, wer in eigenem Namen, aber auf fremde Rechnung steuerbare Urkunden kauft oder verkauft (frz. "pour le compte de tiers"; ital. "per il conto di terzi"). Damit wird die Tätigkeit der Händler einerseits abgegrenzt von derjenigen einer Person, die in eigenem Namen und auf eigene Rechnung solche Geschäfte abschliesst. Andererseits wird dadurch auch ein Unterschied zu den "Vermittlern" (frz. "intermédiaires"; ital. "mediatori") gemäss Art. 13 Abs. 3 lit. b Ziff. 2 StG geschaffen, deren Tätigkeit das Gesetz mit dem Verb "vermitteln" (frz. "s'entremettre"; ital. "nella mediazione") umschreibt. Denn wie das Bundesgericht erwogen hat, führt ein Vermittler nach allgemeinem Sprachgebrauch - beispielsweise mit Blick auf den Abschluss eines Vertrages - verschiedene Personen zueinander, handelt jedoch nicht stellvertretend für diese Personen (BGE 145 II 270 E. 4.2; Urteil 2C_638/2020 vom 25. Februar 2021 E. 3.4).

E. 6.2.2

Dass Vermittler begriffstypisch keine abgabeauslösenden Verträge in eigenem Namen abschliessen, deutet im Übrigen auch die Begrenzung auf Anlageberater und Vermögensverwalter an. Denn solange sie nicht zugleich als Bank oder Wertpapierhaus (Art. 41 des Bundesgesetzes vom 15. Juni 2018 über die Finanzinstitute [FINIG; SR 954.1]) die Wertschriftendepots ihrer Kunden führen (vgl. zu dieser Konstellation BGE 147 III 463 E. 4.1; 144 III 155 E. 2.1 und 2.1.1), bestehen die typischen Tätigkeiten der Anlageberater und Vermögensverwalter gerade nicht darin, in eigenem Namen steuerbare Urkunden zu kaufen oder zu verkaufen. Vielmehr geben (selbständige bzw. externe) Anlageberater typischerweise bloss Empfehlungen ab, während Vermögensverwalter im Rahmen der Verwaltung über die Vermögenswerte ihrer Kunden in deren Namen verfügen bzw. verfügen können (vgl. Art. 3 lit. c Ziff. 3 und 4 des Bundesgesetzes vom 15. Juni 2018 über die Finanzdienstleistungen [FIDLEG; SR 950.1]; Art. 17 Abs. 1 FINIG ; SETHE/AGGTELEKY, in: Kommentar zum Finanzdienstleistungsgesetz FIDLEG, Schulthess Kommentar, 2021, N. 126 und 129 zu Art. 3 lit. c FIDLEG).

E. 6.2.3

Für Händler wie Vermittler gilt nach dem Wortlaut sodann, dass der Handel bzw. die Vermittlung die ganze ("ausschliesslich") oder wenigstens einen wesentlichen Teil der gesamten Tätigkeit einer Person ausmachen muss, damit diese gestützt auf Art. 13 Abs. 3 lit. b StG zum Effektenhändler wird. Demgegenüber lässt sich dem Wortlaut von Art. 13 Abs. 3 lit. b StG nicht entnehmen, dass die Händler- oder Vermittlertätigkeit gewerbsmässig sein müsste, wie dies das alte Recht noch ausdrücklich vorausgesetzt hatte (vgl. Art. 13 Abs. 3 lit. a aStG i.d.F. bis zum 31. März 1993 ["Effektenhändler sind: a) natürliche und juristische Personen und Personengesellschaften, die gewerbsmässig den An- und Verkauf von Urkunden im Sinne von Absatz 2 für eigene oder fremde Rechnung betreiben"]).

E. 6.3

Der Wortlaut gibt nach dem Gesagten also gewisse Hinweise auf die Bedeutung von Art. 13 Abs. 3 lit. b StG . Er ist aber jedenfalls nicht so klar, dass andere Auslegungselemente gar nicht erst berücksichtigt werden dürften. Zu diesen anderen Auslegungselementen gehört der Zusammenhang der auszulegenden Bestimmung mit anderen Vorschriften desselben sowie übriger Gesetze.

E. 6.3.1

Das Gesetz verwendet die Begriffe "vermittelt" und "Vermittler" an mehreren weiteren Stellen, nämlich in Art. 13 Abs. 1 StG ("Vermittler"; "intermédiaires"; "mediatori"), in Art. 17 Abs. 2 lit. a StG ("vermittelt"; "intermédiaire"; "mediatore") und in Art. 17 Abs. 3 StG ("Vermittler"; "intermédiaire"; "mediatore"). Unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte hat das Bundesgericht erkannt, dass die Tätigkeit des Vermittlers nach Art. 13 Abs. 1 StG anhand des Begriffsverständnisses der Vermittlung zu definieren ist, wie es im Mäklervertragsrecht vorherrscht (Urteil 2C_638/2020 vom 25. Februar 2021 E. 3.3 und 3.4). Ein Effektenhändler, der ein Geschäft als Kommissionär in eigenem Namen, aber auf fremde Rechnung abschliesst, ist deshalb für die Zwecke von Art. 13 Abs. 1 StG nicht Vermittler, sondern Vertragspartei des Geschäfts. Daran ändert nichts, dass Art. 17 Abs. 3 lit. a und c StG den Effektenhändler unter gewissen Voraussetzungen für den Zweck der Bestimmung des Abgabepflichtigen als bzw. wie einen Vermittler behandelt (vgl. Urteil 2C_638/2020 vom 25. Februar 2021 E. 3.5.2).

E. 6.3.2

Während das Merkmal der Gewerbsmässigkeit in Art. 13 Abs. 3 lit. b StG nicht erwähnt wird, befreit Art. 14 Abs. 3 StG den "gewerbsmässige[n] Effekthändler gemäss Artikel 13 Absatz 3 Buchstabe a und b Ziffer 1" von dem auf ihn selbst entfallenden Teil der Umsatzabgaben für Geschäfte über steuerbare Urkunden in seinem Handelsbestand. Diese Bestimmung kann als Hinweis darauf gesehen werden, dass die Tätigkeit gewerbsmässiger Natur sein muss, damit jemand Händler nach Art. 13 Abs. 3 lit. b Ziff. 1 StG sein kann. Sie kann aber auch so verstanden werden, dass die Abgabebefreiung nur denjenigen unter den Händlern nach Art. 13 Abs. 3 lit. b Ziff. 1 StG zukommen soll, die gewerbsmässig tätig sind. Von diesem zweiten Verständnis scheint der Verordnungsgeber auszugehen, wenn er in Art. 25a Abs. 2 StV vorschreibt, dass Effekthändler nach Art. 13 Abs. 3 lit. b Ziff. 1 StG die Befreiung erst beanspruchen können, wenn sie der ESTV den Nachweis erbracht haben, dass sie den Handel mit steuerbaren Urkunden gewerbsmässig betreiben. Damit besteht ein Unterschied zu den Effekthändlern nach Art. 13 Abs. 3 lit. a StG (Banken etc.), die der Verordnungsgeber in Art. 25a Abs. 1 StV per se als gewerbsmässige Händler behandelt.

E. 6.3.3

Keinen unmittelbaren Erkenntnisgewinn verschafft das Aufsichtsrecht (vgl. auch angefochtenes Urteil E. 3.2.3.4). Dieses verwendete bis zum Ende des Jahres 2019 zwar ebenfalls den Begriff des Effekthändlers. Dieser war allerdings mit jenem des Stempelabgabenrechts nicht identisch (vgl. die Definition in Art. 2 lit. d des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel [BEHG; aufgehoben per 1. Januar 2020 durch AS 2018 5247]). Inzwischen wurde der Begriff des Effekthändlers im Aufsichtsrecht durch jenen des Wertpapierhauses ersetzt (Art. 41 FINIG ; vgl. Botschaft vom 4. November 2015 zum Finanzdienstleistungsgesetz [FIDLEG] und zum Finanzinstitutsgesetz [FINIG], BBl 2015 8928).

E. 6.4

Die Entstehungsgeschichte gibt einige Hinweise auf die mögliche Bedeutung von Art. 13 Abs. 3 lit. b StG sowie auf den Zweck, den der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung verfolgte (vgl. auch angefochtenes Urteil E. 3.2.3.1).

E. 6.4.1

Seit jeher, d.h. seit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1917 über die Stempelabgaben (StG 1917; BBl 1917 IV 225) am 1. April 1918, hat der Gesetzgeber die Umsatzabgabe auf Rechtsgeschäfte begrenzt, bei denen ein Effekthändler als Vertragspartei oder Vermittler involviert ist (Art. 33 StG 1917; vgl. zu den Gründen hierfür Botschaft vom 16. Mai 1917 betreffend den Erlass eines Ausführungsgesetzes zu Art. 41 der Bundesverfassung [Bundesgesetz uüber die Stempelabgaben; nachfolgend: Botschaft StG 1917], BBl 1917 III 119 f.; vgl. auch Botschaft vom 28. Mai 1926 über den Erlass eines Bundesgesetzes betreffend die Abänderung der Bundesgesetze vom 4. Oktober 1917 über die Stempelabgaben und vom 25. Juni 1921 betreffend die Stempelabgabe auf Coupons [nachfolgend: Botschaft Änderung StG 1917], BBl 1926 I 743 f.). Um zu gewährleisten, dass die Umsatzabgabe den Charakter einer Umsatz- und nicht einer Gewerbesteuer auf den Ergebnissen der Effekthändler haben würde, sollte bei "vermittelten Geschäften" der Vermittler nicht als Vertragspartei gelten, mithin von der Abgabe befreit werden (vgl. Art. 34 Abs. 3 StG 1917; Botschaft StG 1917, BBl 1917 III 121). Es sollte keine Rolle spielen,

ob der Vermittler, der durch seine Tätigkeit eine Willenseinigung zwischen zwei Kontrahenten herbeiführte, als Kommissionär, Agent oder Makler auftrat (vgl. Botschaft StG 1917, BBl 1917 III 121; AMSTUTZ/WYSS, Das eidgenössische Stempelsteuerrecht, 1930, N. 8 zu Art. 33 StG 1917).

E. 6.4.2

Zehn Jahre später erfuhr Art. 33 StG 1917 zwei wichtige Änderungen. Erstens wurde ergänzt, dass Effektenhändler nicht nur ist, wer den An- und Verkauf von Wertpapieren gewerbsmässig betreibt, sondern auch, wer ihn gewerbsmässig vermittelt. Zweitens stellte der Gesetzgeber in einem neuen Absatz Beteiligungsgesellschaften den Effektenhändlern gleich (vgl. Art. 33 Abs. 1 und 2 StG 1917 i.d.F. vom 22. Dezember 1927 [BS 6 101]). Gemäss der bundesrätlichen Botschaft hatte das Merkmal der Gewerbsmässigkeit bei diesen Gesellschaften in der Praxis Probleme bereitet. Es sei nämlich nicht leicht zu bestimmen, "ob die Titel zum Zwecke der blossen Anlage oder zum Zwecke der Wiederveräusserung mit Gewinn erworben werden". Ausserdem seien die Umsätze bei diesen Gesellschaften anders als bei anderen Privaten leicht kontrollierbar (Botschaft Änderung StG 1917, BBl 1926 I 744; vgl. auch Urteil 9C_168/2023 vom 25. November 2024 E. 10.1.3, zur Publikation vorgesehen).

E. 6.4.3

Das totalrevidierte StG vom 27. Juni 1973 umschrieb die Effektenhändler ähnlich wie das alte Gesetz an erster Stelle als "natürliche und juristische Personen und Personengesellschaften, die gewerbsmässig den An- und Verkauf von Urkunden [...] für eigene oder fremde Rechnung betreiben" (Art. 13 Abs. 3 lit. a StG i.d.F. vom 27. Juni 1973 [AS 1974 11]). Obschon im Unterschied zum alten Gesetz (i.d.F. vom 22. Dezember 1927) die gewerbsmässige Vermittlung des An- und Verkaufs nicht mehr ausdrücklich erwähnt wurde, erkannte das Bundesgericht, dass auch der gewerbsmässige Vermittler, der keine Käufe oder Verkäufe in eigenem Namen abschloss, als Effektenhändler gemäss Art. 13 Abs. 3 lit. a StG 1973 anzusehen war (Urteil A.45/1984 vom 4. März 1985 E. 1c, in: ASA 54 S. 599). Als weitere Kategorie von Effektenhändlern nannte der Gesetzgeber in Art. 13 Abs. 3 StG (i.d.F. vom 27. Juni 1973) - neben Fondsleitungen und Depotbanken (lit. b) - die Beteiligungsgesellschaften (lit. c). Die Abgabepflicht dieser übrigen Effektenhändler wurde jedoch an betragsmässige Mindestschwellen geknüpft, um ihre Zahl zu reduzieren (vgl. Botschaft vom 25. Oktober 1972 zu einem neuen Bundesgesetz über die Stempelabgaben [nachfolgend: Botschaft StG], BBl 1972 II 1298; vgl. auch Urteil 9C_168/2023 vom 25. November 2024 E. 10.1.2, zur Publikation vorgesehen).

E. 6.4.4

Während die Materialien zum StG 1917 Hinweise darauf enthalten, dass die Käufe und Verkäufe zwischen Effektenhändlern, die beide auf fremde Rechnung tätig waren, gar nicht erst Objekt der Umsatzabgabe hätten sein sollen (vgl. oben E. 6.4.1), wurden diese Geschäfte in der Praxis gleichwohl der (hälftigen) Umsatzabgabe unterworfen (vgl. Art. 49 Abs. 1 der Vollziehungsverordnung vom 7. Juni 1928 zu den Bundesgesetzen über die Stempelabgaben [aStV; BS 6 134]). Das hatte zur Konsequenz, dass bei Kettengeschäften (Kauf und Verkauf von steuerbaren Urkunden via mehrere Effektenhändler) auf jedem Glied die (hälftige) Umsatzabgabe anfiel (vgl. die Grafik in Botschaft StG, BBl 1972 II 1303). Der Bundesrat anerkannte, dass eine Vereinfachung dieses komplizierten Erhebungsverfahrens geboten sei. Anders als in den Fällen von Art. 14 Abs. 1 StG nahm

der Gesetzgeber die Geschäfte zwischen Effekthändlern aber nicht vom Tatbestand der Umsatzabgabe (objektiv) aus. Vielmehr modifizierte er die subjektive Abgabepflicht der Effekthändler dergestalt, dass er sie für die auf fremde Rechnung abgeschlossenen Käufe und Verkäufe als Vermittler behandelte, womit für diese an sich objektiv abgabepflichtigen Geschäfte niemand mehr die Umsatzabgabe zu entrichten hatte und nur noch auf dem ersten und dem letzten Übertragungsgeschäft in der Kette die Umsatzabgabe effektiv anfiel (Art. 17 Abs. 2 lit. a und Abs. 3 lit. a StG; vgl. Botschaft StG, BBl 1972 II 1301 ff.). Diese Behandlung dehnte er sodann "im allseitigen Interesse" und zur Vereinfachung auf Effekthändler aus, welche die erworbenen steuerbaren Urkunden anschliessend am selben Tag zu anderen Bedingungen ihren Kunden (sog. Selbsteintritt) oder Dritten weiterveräusserten, etwa um so einen Veräusserungsgewinn (sog. Kursschnitt) zu erzielen (Art. 17 Abs. 3 lit. c StG ; Botschaft StG, BBl 1972 II 1302; vgl. auch die alte, weniger günstige Regelung in Art. 49 Abs. 2 aStV).

E. 6.4.5

Die heutige gültige Fassung von Art. 13 Abs. 3 lit. b StG beruht auf der Gesetzesnovelle vom 4. Oktober 1991 (in Kraft seit dem 1. April 1993; AS 1993 222). Damit wurde einerseits die Kategorie der gewerbsmässigen Effekthändler in Banken (und die inzwischen obsolet gewordenen bankähnlichen Finanzgesellschaften sowie die Schweizerische Nationalbank; lit. a) und die übrigen Händler und Vermittler (lit. b) unterteilt. Andererseits verwendet das Gesetz für die Kategorie der übrigen Effekthändler (lit. d) nunmehr ein ausschliesslich quantitatives Kriterium (steuerbare Urkunden gemäss letzter Bilanz von mind. Fr. 10 Mio.), das nur noch Kapitalgesellschaften und Genossenschaften von einiger Grösse, aber dafür nicht nur reine Beteiligungsgesellschaften erfasst. Wie sich aus den Materialien ergibt (vgl. Parlamentarische Initiative, Bundesgesetz über die Stempelabgaben. Änderung, Bericht der Kommission des Nationalrates vom 16. September 1991 [nachfolgend: Bericht Nationalratskommission StG, BBl 1991 IV 497 i.V.m. Botschaft vom 5. Juni 1989 zur Neuordnung der Bundesfinanzen und zur Änderung des Bundesgesetzes über die Stempelabgaben [nachfolgend: Botschaft Neuordnung], BBl 1989 III 50 und 69 f.), sollte die neue Definition der übrigen Effekthändler deren Zahl (weiter) senken, zugleich aber gewisse kapitalkräftige Investoren erfassen, die bislang der Umsatzabgabepflicht entgangen waren. Demgegenüber sollte der Kreis der Personen, die wegen der Ausübung einer gewerbsmässigen Tätigkeit abgabepflichtig sind, mit der Aufgliederung der gewerbsmässigen Effekthändler in Banken sowie Händler und Vermittler nicht ausgedehnt werden. Die neue Umschreibung der gewerbsmässigen Effekthändler sollte lediglich Gewähr dafür leisten, dass weder Holding- und Industriegesellschaften noch Anlageberater und Vermögensverwalter sich als gewerbsmässige Händler bezeichnen konnten, um die Befreiung des Handelsbestands (Art. 14 Abs. 3 StG) zu beanspruchen (vgl. Botschaft Neuordnung, BBl 1989 III 69, mit Hinweis auf das Urteil A.45/1984 vom 4. März 1985, in: ASA 54 S. 599). Die Befreiung des Handelsbestands war als ergänzende Entlastung für die gewerbsmässigen Händler gedacht, falls sie steuerbare Urkunden zwar innert kurzer Frist, aber nicht gleichentags kaufen und verkaufen und deshalb nicht nach Art. 17 Abs. 3 lit. c StG als Vermittler nur einmal oder gar nie, sondern als Vertragspartei über Kauf und Verkauf gesondert Umsatzabgaben abrechnen und abliefern müssen (Botschaft Neuordnung, BBl 1989 III 48; vgl. zur Funktion von Art. 17 Abs. 3 lit. c StG Botschaft StG, BBl 1972 II 1302 f.; GEIER/GULER, in: Bundesgesetz über die Stempelabgaben, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, 2. Aufl. 2019, N. 41 zu Art. 17 StG).

E. 6.4.6

Sowohl Art. 14 Abs. 3 als auch Art. 17 Abs. 3 lit. c StG zielen nicht auf die Vermittlung im herkömmlichen Wortsinn (vgl. oben E. 6.2.1) oder den Handel auf fremde Rechnung, bei dem der Händler mit seinem Kunden zu Originalbedingungen abrechnet. Denn insoweit gelten die Effektenhändler für die Verlegung der Abgabepflichten ohnehin schon als Vermittler (vgl. Art. 17 Abs. 3 lit. a und b StG). Im Visier stehen vielmehr die Eigengeschäfte, welche die Effektenhändler auf eigene Rechnung und eigenes Risiko - mithin als Anleger - abschliessen. Für diese Geschäfte behandelt der Gesetzgeber die Effektenhändler und vor allem die gewerbsmässigen Händler besser als (andere) Anleger, die steuerbare Urkunden zum Zweck der kurzfristigen Weiterveräusserung erwerben und denen dafür von den beteiligten Effektenhändlern - unter dem Vorbehalt von Art. 17a Abs. 1 und Art. 19 Abs. 1 StG - regelmässig eine halbe Umsatzabgabe überwältzt wird. Diese Privilegierung hat der Gesetzgeber im Kontext von Art. 17 Abs. 3 lit. c StG zur Vereinfachung zumindest in Kauf genommen (vgl. Botschaft StG, BBl 1972 II 1302: "im allseitigen Interesse") und in Bezug auf Art. 14 Abs. 3 StG konkret beabsichtigt, damit "das internationale Arbitragegeschäft und das Stellen von Marktkursen (market making) als typische Eigenschaft der Wertschriftenhändler erneut von der Schweiz aus getätigt werden" können (Bericht Nationalratskommission StG, BBl 1991 IV 513 f.; vgl. auch Botschaft Neuordnung, BBl 1989 III 48).

E. 6.5

Aus dem Vorstehenden lassen sich für die Auslegung der Begriffe der Vermittler (vgl. unten E. 6.5.1), der Händler (vgl. unten E. 6.5.2) sowie der Gewerbsmässigkeit (vgl. unten E. 6.5.3) folgende Schlüsse ziehen.

E. 6.5.1

Ursprünglich - und in der Verwaltungspraxis zum Teil auch noch nach Inkrafttreten des StG (vgl. FISLER/DESAX, Die Praxis der Bundessteuern, II. Teil, Stempelabgaben und Verrechnungssteuer, Band 1, Loseblattsammlung, Art. 13 Abs. 1 und 2, Ziff. 2, Nr. 16) - herrschte die Vorstellung vor, dass Effektenhändler auch dann "vermittelten" und nicht als Vertragsparteien kauften oder verkauften ("handelten"), wenn sie Geschäfte in eigenem Namen und auf fremde Rechnung abschlossen (vgl. oben E. 6.4.1). Diese Auffassung steht aber in Widerspruch zum Wortlaut und zur Systematik von Art. 13 StG. Das gilt nicht nur für Abs. 1 (vgl. dazu Urteil 2C_638/2020 vom 25. Februar 2021 E. 3.3.3 und 3.4), sondern noch verstärkt für Abs. 3 lit. b Ziff. 2. Würde der Vermittlerbegriff nämlich dergestalt extensiv verstanden, würde er sich mit jenem der Händler in Art. 13 Abs. 3 lit. b Ziff. 1 StG überschneiden oder diesen sogar obsolet machen, ist doch der Kauf und Verkauf von steuerbaren Urkunden in eigenem Namen und auf fremde Rechnung ("für Dritte"; vgl. oben E. 6.2.1) nach dem geltenden Gesetz gerade die typische Tätigkeit der Händler. Neben dem Wortlaut und der Begrenzung auf Anlageberater und Vermögensverwalter (vgl. oben E. 6.2.1 und 6.2.2) spricht also die Systematik des heutigen Gesetzes entscheidend dagegen, den Vermittlerbegriff in Art. 13 Abs. 3 lit. b Ziff. 2 StG auf Personen auszudehnen, die steuerbare Urkunden in eigenem Namen kaufen. Als Vermittler nach Art. 13 Abs. 3 lit. b Ziff. 2 StG kommt folglich nur in Betracht, wer als Anlageberater oder Vermögensverwalter kausal auf den Kauf oder Verkauf von steuerbaren Urkunden hinwirkt, ohne selbst Vertragspartei der steuerbaren Transaktion zu sein. Daran ändern die gesetzlichen Fiktionen betreffend die subjektiven Abgabepflichten der Effektenhändler in Art. 17 Abs. 3 lit. a und c StG nichts.

E. 6.5.2

Art. 13 Abs. 3 lit. b Ziff. 1 StG bezweckt, die Händler von den Vermittlern und den übrigen Effekthändlern (Art. 13 Abs. 3 lit. d StG) abzugrenzen, damit - neben den Banken - nur sie vom Handelsbestandsprivileg nach Art. 14 Abs. 3 StG profitieren. Diese Privilegierung der Händler ist verfassungsrechtlich (Art. 8 Abs. 1 und Art. 127 Abs. 2 BV) nicht verboten, wenn dafür sachliche Gründe bestehen (vgl. BGE 150 I 1 E. 4.4.2). Selbst wenn in der Förderung des "market making" und der Arbitragegeschäfte (vgl. oben E. 6.4.5 und 6.4.6) kein sachlicher Grund gesehen werden könnte, hätte das Bundesgericht das bundesgesetzlich angeordnete Steuerprivileg anzuwenden (Art. 190 BV ; vgl. BGE 149 II 385 E. 5.2 ; 136 I 65 E. 3.2 ; 136 I 49 E. 3.1). Immerhin sind die verfassungsmässigen Besteuerungsgrundsätze in der Auslegung des Gesetzes soweit als möglich zu berücksichtigen (vgl. zur verfassungskonformen Gesetzesauslegung Urteile 9C_334/2024 vom 16. Dezember 2024 E. 4.2, zur Publikation vorgesehen; 9C_42/2024 vom 5. Dezember 2024 E. 4.1, zur Publikation vorgesehen; BGE 147 V 312 E. 6.3.1). Die Postulate der Allgemeinheit und der Gleichmässigkeit der Besteuerung (Art. 127 Abs. 1 BV ; vgl. BGE 136 I 49 E. 5.2) sind Argumente dafür, den Kreis der gewerbsmässigen Händler gemäss Art. 13 Abs. 3 lit. b Ziff. 1 und Art. 14 Abs. 3 StG möglichst eng und das Ausmass der Benachteiligung der anderen Effekthändler für ihre Eigengeschäfte sowie der Anleger im Allgemeinen möglichst gering zu halten.

Diesem Anliegen trägt der Gesetzestext insoweit Rechnung, als er als Händler nach Art. 13 Abs. 3 lit. b Ziff. 1 StG nur Personen erfasst, die ausschliesslich oder zu einem wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit den Handel "für Dritte" (frz. "pour le compte de tiers"; ital. "per il conto di terzi"; vgl. oben E. 6.2.1) betreiben. Eigenhändler, die steuerbare Urkunden kaufen und verkaufen, um Veräusserungsgewinne zu erzielen (z.B. Arbitrage), sind also nur Händler im Sinne von Art. 13 Abs. 3 lit. b Ziff. 1 StG und profitieren nur von Art. 14 Abs. 3 StG , wenn sie in wesentlichem Umfang auch Geschäfte auf Rechnung Dritter abschliessen. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zur gesetzlichen Regelung vor der Gesetzesnovelle von 1991, die auch Personen, die keine Banken waren und ausschliesslich Eigenhandel betrieben, als gewerbsmässige Effekthändler betrachtete (vgl. Art. 13 Abs. 3 lit. a StG i.d.F. vom 27. Juni 1973: "für eigene oder fremde Rechnung"; vgl. auch FILIPPO LURÀ, in: StG Kommentar Stempelabgaben, 2006, N. 64 zu Art. 13 StG).

E. 6.5.3

Obschon der heutige Wortlaut von Art. 13 Abs. 3 lit. b StG das Merkmal der Gewerbsmässigkeit im Unterschied zu den früheren Gesetzestexten (vgl. insbesondere Art. 33 Abs. 1 StG 1917 i.d.F. vom 22. Dezember 1927; vgl. ferner Art. 13 Abs. 3 lit. a StG i.d.F. vom 27. Juni 1973; Art. 33 Abs. 1 StG 1917, wo nur der gewerbsmässige Handel erwähnt wurde) nicht mehr reflektiert, zeigen die Entstehungsgeschichte und die Gesetzssystematik, dass der Gesetzgeber von 1991 diese Voraussetzung nicht aufgeben, sondern weiterhin nur gewerbsmässige (bzw. professionelle) Händler und Vermittler als Effekthändler erfassen wollte (vgl. auch JAEGER/ADANK, in: Bundesgesetz über die Stempelabgaben, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, 2. Aufl. 2019, N. 60 zu Art. 13 StG ; LURÀ, a.a.O., N. 64 zu Art. 13 StG ; CONRAD STOCKAR, Übersicht und Fallbeispiele zu den Stempelabgaben und zur Verrechnungssteuer, 4. Aufl. 2006 S. 55). Gewerbsmässig (frz. "professionnel"; ital. "professionale") ist die Tätigkeit des Händlers oder Vermittlers, wenn sie gewinnstrebig, wirtschaftlich unabhängig und fortgesetzt betrieben wird ("intention de lucre, indépendance dans cette activité économique et

répétition voulue de l'opération"; Urteil vom 4. Juli 1958 E. 2, in: ASA 28 S. 60; vgl. auch Urteil A.45/1984 vom 4. März 1985 E. 1c, in: ASA 54 S. 599; AMSTUTZ/ WYSS, a.a.O., N. 7 zu Art. 33 StG 1917, nach denen die Absicht darauf gerichtet sein muss, sich eine Quelle dauernden Erwerbs zu verschaffen). Beim Handel auf fremde Rechnung nährt sich der angestrebte Gewinn typischerweise aus dem Honorar, das der Händler oder der Vermittler für das abgeschlossene oder vermittelte Geschäft erhält bzw. erwartet (vgl. Urteil vom 4. Juli 1958 E. 3, in: ASA 28 S. 60; vgl. aber auch Urteil A.45/1984 vom 4. März 1985 E. 1c, in: ASA 54 S. 599, wo das Bundesgericht eine Vermögensverwalterin als gewerbsmässige Effektenhändlerin qualifiziert hat, die für die Verfolgung des vom Kunden vertraglich festgelegten Anlagezieles und nicht besonders für die Erteilung von Börsenaufträgen honoriert worden war). Der Gewinn aus der Handelstätigkeit braucht nicht die einzige oder hauptsächliche Einnahmequelle des gewerbsmässigen Effektenhändlers zu sein; eine gewerbsmässige Tätigkeit kann also auch bloss in der Art eines Nebenberufs ausgeübt werden (vgl. Urteil vom 4. Juli 1958 E. 3, in: ASA 28 S. 60; vgl. auch die Rechtsprechung in anderen Rechtsgebieten zum Begriff der Gewerbsmässigkeit: BGE 147 IV 176 E. 2.2.1; 129 IV 188 E. 3.1.2; sowie ferner zum verwandten Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit Urteil 7B_958/2024 vom 27. November 2024 E. 2.2.4, zur Publikation vorgesehen; BGE 141 V 234 E. 6.3.3; 125 II 113 E. 5b).

E. 7

Die Vorinstanz hat im Lichte der vorstehenden Erwägungen zumindest im Ergebnis zu Recht erkannt, dass die Stiftungen nicht als gewerbsmässige Vermittler eingestuft werden können (vgl. unten E. 7.1). Nicht zu folgen ist der Vorinstanz dagegen, soweit sie die Stiftungen als gewerbsmässige Händler qualifiziert (vgl. unten E. 7.2-7.5).

E. 7.1

Die Stiftungen waren an den streitbetroffenen Geschäften (Stiftung 1: Käufe am Markt und Verkäufe an Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter; Stiftung 2: Käufe von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern und Verkäufe am Markt oder an Konzerngesellschaften; vgl. oben Sachverhalt A.b) durchwegs als Vertragsparteien und nicht bloss als Vermittler beteiligt. Die Vorinstanz hat auch keine anderen Geschäfte über steuerbare Urkunden festgestellt, an denen die Stiftungen nicht als Vertragsparteien, sondern als Vermittler mitgewirkt hätten. Sie tragen folglich nicht die Merkmale von gewerbsmässigen Vermittlern gemäss Art. 13 Abs. 3 lit. b Ziff. 2 StG. Ob die Stiftungen als Anlageberater oder Vermögensverwalter qualifiziert werden könnten, was die Vorinstanz verneint hat, kann unter diesen Umständen offenbleiben.

E. 7.2

Die Vorinstanz hat die Stiftungen als gewerbsmässige Händler eingestuft, weil sie Käufe und Verkäufe für Dritte und mit einem grösseren Personenkreis (Konzerngesellschaften und -mitarbeitende) abwickelten. Sie hielt für irrelevant, dass der Personenkreis der Vertragspartner geschlossen war und die Stiftungen nicht regelmässig Geld- und Briefkurse stellten. Betreffend die Gewerbsmässigkeit hat die Vorinstanz festgestellt, dass die Stiftungen den Handel "nicht in erster Linie dazu betreiben, um einen Gewinn zu erzielen". Gewinnstrebigkeit werde jedoch unter dem Titel der Gewerbsmässigkeit nicht verlangt. Es genüge, dass die Geschäfte für die Stiftungen eine Erwerbsquelle darstellen müssten, damit sie weiterbestehen könnten, ohne auf Zuschüsse von aussen angewiesen zu sein. Die Handelstätigkeit habe einen wesentlichen Teil der Tätigkeit der Stiftungen ausgemacht.

E. 7.3

Die Stiftungen haben in eigenem Namen Aktien an der B._____ Holding gekauft und verkauft, mithin Handel mit steuerbaren Urkunden gemäss Art. 13 Abs. 2 lit. a Ziff. 2 StG betrieben. Der Vorinstanz ist grundsätzlich zuzustimmen, dass die Qualifikation als Händler nicht von der Zahl der Personen abhängt, mit denen bzw. für die der Händler den Handel mit steuerbaren Urkunden betreibt (vgl. aber immerhin zur wirtschaftlichen Unabhängigkeit als Teil der Gewerbsmässigkeit oben E. 6.5.3).

Keinen Handel im Sinne von Art. 13 Abs. 3 lit. b Ziff. 1 StG betrieb die Stiftung 2 dagegen, indem sie den Planteilnehmern Put-Optionen schrieb und von ihnen Call-Optionen erwarb. Diese Optionen beruhten zwar auf der Aktie an der B._____ Holding AG und damit auf einer steuerbaren Urkunde als Basiswert, waren aber selbst keine steuerbaren Urkunden (Art. 13 Abs. 2 StG e contrario; ESTV, Kreisschreiben Nr. 15 vom 3. Oktober 2017 "Obligationen und derivative Finanzinstrumente als Gegenstand der direkten Bundessteuer, der Verrechnungssteuer sowie der Stempelabgaben" [ESTV-KS Nr. 15], Ziff. 3.3 und Anhang III Ziff. 4a). Als steuerbare Transaktionen nach Art. 13 Abs. 1 StG kamen erst die Geschäfte über die physische Titellieferung bei Ausübung der Option in Betracht (vgl. WEBER/WAEBER, in: Bundesgesetz über die Stempelabgaben, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, 2. Aufl. 2019, N. 46b zu Art. 13 StG).

E. 7.4

Entgegen den Ausführungen der ESTV hat die Vorinstanz auch zu Recht erwogen, dass die Qualifikation als Händler nach Art. 13 Abs. 3 lit. b Ziff. 1 StG nicht davon abhängt, ob jemand als "market maker" regelmässig eigene Geld- und Briefkurse stellt. Es trifft zwar zu, dass die Befreiung der Handelsbestände der gewerbsmässigen Händler (Art. 14 Abs. 3 StG) den Banken ermöglichen sollte, das "market making" steuergünstig von der Schweiz aus betreiben zu können (vgl. zum "market making" auch Art. 41 lit. c FINIG). Das war aber nicht der einzige Zweck, der mit dieser Erleichterung verfolgt wurde (vgl. oben E. 6.4.6: Förderung von Arbitragegeschäften). Ausserdem hat dieser Aspekt im Gesetzestext nicht den geringsten Niederschlag gefunden, was auch die Vorinstanz zu Recht angemerkt hat. Im Gegenteil definiert das Gesetz die gewerbsmässigen Händler gerade nicht in Anknüpfung an derartige Eigengeschäfte. Vielmehr wird als gewerbsmässiger Händler nach Art. 13 Abs. 3 lit. b Ziff. 1 StG nur erfasst und profitiert vom Privileg nach Art. 14 Abs. 3 StG einzig, wer den Handel mit steuerbaren Urkunden ausschliesslich oder wenigstens zu einem wesentlichen Teil auf Rechnung Dritter betreibt (vgl. oben E. 6.5.2).

E. 7.5

Was die übrigen Merkmale des gewerbsmässigen Händlers angeht, kann der Vorinstanz dagegen nicht gefolgt werden.

E. 7.5.1

Aus ihren Ausführungen wird nicht klar, für wen bzw. auf wessen Rechnung die Stiftungen ihrer Meinung nach den Handel mit steuerbaren Urkunden betrieben haben sollen. Die in den Akten liegende Korrespondenz und die Betriebsrechnungen der Stiftungen der Jahre 2013 und 2014 (Stiftung 1) bzw. 2014 und 2015 (Stiftung 2) zeigen im Gegenteil, dass die Stiftungen auf eigene Rechnung gehandelt haben (Art. 105 Abs. 2 BGG) : Hätten sie die steuerbaren Urkunden auf fremde Rechnung gekauft und verkauft, hätten sie nicht Erträge aus Dividenden auf den Aktien (Stiftung 1) oder Kursgewinne auf den Aktien und Gewinne aus der Ausübung der Call-Optionen (Stiftung 2) verbuchen können.

E. 7.5.2

Weiter fehlt es auch an der Gewinnstrebigkeit des Handels, die entgegen der Vorinstanz eine Voraussetzung für die Gewerbsmässigkeit einer Tätigkeit ist (vgl. oben E. 6.5.3). Die Stiftungen wiesen in ihren Betriebsrechnungen zwar in gewissen Jahren Gewinne aus, doch waren diese keine direkte Folge der eigentlichen Handelstätigkeit, d.h. des Kaufs der Aktien am Markt und ihres Verkaufs an die Planteilnehmer (Stiftung 1) oder umgekehrt (Stiftung 2). Wahrscheinlich weil die Stiftung 1 die Aktien den Planteilnehmern - im Einklang mit dem Stiftungszweck - zu vergünstigten Preisen verkaufte, erlitt sie aus der eigentlichen Handelstätigkeit sogar signifikante Verluste (2013: rund Fr. 2.9 Mio.; 2014: rund Fr. 3.4 Mio.). Die Dividendenerträge, die diese Verluste in den Jahren 2013 und 2014 wettmachten (2013: rund Fr. 4 Mio.; 2014: rund Fr. 4.1 Mio.), sowie allfällige nicht realisierte Kursgewinne erzielte die Stiftung 1 nicht aus dem Handel mit steuerbaren Urkunden, sondern weil sie als Vermögensanlage über längere Zeit ein Vielfaches der Anzahl Aktien hielt (per Ende 2013: 827'415 Stück mit Buchwert [durchschnittliche Anschaffungskosten] rund Fr. 59.2 Mio. und Kurswert rund Fr. 94 Mio.; per Ende 2014: 820'350 Stück mit Buchwert rund Fr. 64.1 Mio. und Kurswert rund Fr. 104.8 Mio.), die sie jährlich an die Planteilnehmer verkaufte (per 1. September 2013 an Planteilnehmer verkauft: 167'147 Stück; per 1. September 2014 an Planteilnehmer verkauft: 174'810 Stück). Es ist daher verfehlt, diese Erträge der Handelstätigkeit zuzurechnen, wie dies die Vorinstanz getan hat. Im Übrigen verzeichnete die Stiftung 1 in den Jahren 2011, 2012 und 2016 selbst unter Berücksichtigung der Dividendenerträge noch Verluste.

E. 7.5.3

Die Stiftung 2 erzielte derweil in gewissen Jahren erhebliche Gewinne aus der Ausübung von Call-Optionen (im Jahr 2015: rund Fr. 9 Mio.). Aufgrund der Akten ist jedoch anzunehmen (Art. 105 Abs. 2 BGG), dass diese Gewinne zu einem erheblichen Teil aus Ausgleichszahlungen stammten, welche die Planteilnehmer der Stiftung 2 bezahlten, statt ihre Aktien zum Ausübungspreis verkaufen zu müssen. Der Kauf und Verkauf von steuerbaren Urkunden war also jedenfalls keine notwendige Bedingung für die Erzielung dieser Gewinne, welche die Wertentwicklung auf den Call-Optionen bis zum Ausübungszeitpunkt abbildeten. Soweit der Stiftung 2 also die Absicht unterstellt werden kann, dass sie Gewinne habe erzielen wollen, hätten diese Gewinne mit der eigentlichen Handelstätigkeit nicht in einem hinreichend engen Zusammenhang gestanden. Ohnehin bargen die Put-Optionen für die Stiftung 2 erhebliche Verlustrisiken, die sich laut den Angaben der Stiftungen in den Jahren 2010 und 2011 auch effektiv realisierten. Es liegt deshalb zumindest nicht auf der Hand, dass die Stiftung 2 die Optionsgeschäfte objektiv betrachtet auf Dauer profitabel hätte betreiben und sie somit eine Quelle dauernden Erwerbs hätten sein können. Davon scheint auch die ESTV auszugehen, wenn sie in ihrer Vernehmlassung ausführt, dass ein Dritter "die fraglichen Transaktionen für die B. _____-Konzerngesellschaften unter den vorliegenden Gesamtumständen jedenfalls nicht auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko (d.h. ohne Übernahme des Risikos durch die Auftraggeber) vornehmen" würde.

E. 7.6

Nach dem Gesagten sind die Stiftungen nicht als gewerbsmässige Vermittler gemäss Art. 13 Abs. 3 lit. b Ziff. 2 StG zu qualifizieren, weil sie die fraglichen Geschäfte in eigenem Namen abgeschlossen haben und auch sonst keine Geschäfte ersichtlich sind, die sie vermittelt hätten. Entgegen der Vorinstanz können die Stiftungen aber auch nicht als

gewerbsmässige Händler gemäss Art. 13 Abs. 3 lit. b Ziff. 1 StG charakterisiert werden, weil sie die steuerbaren Urkunden auf eigene Rechnung kauften und verkauften und zudem diese Tätigkeit nicht gewerbsmässig ausübten.

E. 8

Wenn die Stiftungen keine gewerbsmässigen Effektenhändler nach Art. 13 Abs. 3 lit. b StG sind bzw. waren, könnten sie nur noch unter den Bedingungen von Art. 13 Abs. 3 lit. d StG als übrige Effektenhändler abgabepflichtig gewesen sein. Doch auch diese Voraussetzungen erfüllten die Stiftungen nicht.

E. 8.1

Die Stiftungen führten in ihren Bilanzen zwar zumindest in gewissen Jahren steuerbare Urkunden mit einem Buchwert von mehr als Fr. 10 Mio. Der Gesetzgeber hat den Kreis der übrigen Effektenhändler jedoch beschränkt auf Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaften sowie inländische Einrichtungen der beruflichen Vorsorge und der gebundenen Vorsorge. Die Stiftungen fallen unter keine dieser Kategorien.

E. 8.2

Man könnte sich zwar die Frage stellen, ob der Zweck und die Tätigkeiten der Stiftungen noch wirtschaftlich angemessen sind oder die Grenze zur absonderlichen Rechtsgestaltung überschritten ist, wenn Konzerngesellschaften Betrieb und Pflege von Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen teilweise an Stiftungen auslagern. Eine Steuerumgehung läge indessen erst vor, wenn zudem anzunehmen wäre, dass die gewählte Rechtsgestaltung missbräuchlich lediglich deshalb getroffen wurde, um Steuern einzusparen, die bei sachgemässer Ordnung der Verhältnisse geschuldet wären (sog. subjektives Element), und wenn das gewählte Vorgehen tatsächlich zu einer erheblichen Steuerersparnis führen würde, sofern es von der Steuerbehörde hingenommen würde (sog. effektives Element; vgl. Urteil 9C_635/2023 vom 3. Oktober 2024 E. 16.2, zur Publikation vorgesehen; BGE 149 II 53 E. 5.2.1; 148 II 233 E. 5.2). Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt. Es steht nicht fest, dass die gewählte Gestaltung steuerlich motiviert war. Zudem ist ungewiss, ob die Gestaltung überhaupt geeignet ist, die Umsatzabgabebelastung für die Konzerngesellschaften effektiv zu schmälern. Denn es ist jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass die Käufe und Verkäufe im Rahmen der beiden Mitarbeiterbeteiligungspläne von Konzerngesellschaften vermittelt worden waren, die ihrerseits - anders als die Stiftungen - die Voraussetzungen von Art. 13 Abs. 3 lit. b Ziff. 2 oder lit. d StG erfüllten.

IV. Verfahrensausgang, Kosten und Entschädigungen

E. 9

Die Beschwerde erweist sich als begründet. Sie ist gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben und die ESTV zu verpflichten, der Stiftung 1 die bereits bezahlten Beträge zurückzuerstatten. Der Klarheit halber ist an dieser Stelle festzuhalten, dass mit der vollständigen Aufhebung des angefochtenen Urteils auch die Feststellung des Vermittlerstatus der Stiftungen dahinfällt, welche die Vorinstanz im Dispositiv ihres Urteils - aber nicht in der Begründung - bestätigt hat (vgl. oben E. 3.4.2). Da die Anträge der Stiftungen teilweise unzulässig sind, sie bzw. die Stiftung 1 aber insgesamt doch stark überwiegend obsiegen, rechtfertigt es sich, der Stiftung 1 für sich

selbst und als Rechtsnachfolgerin der Stiftung 2 einen Fünftel der Gerichtskosten aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Im Übrigen sind die Gerichtskosten der ESTV aufzuerlegen, da sie Vermögensinteressen verfolgt (Art. 66 Abs. 1 und 4 BGG). Die ESTV schuldet der Stiftung 1 eine reduzierte Parteientschädigung, ohne selbst Anspruch auf Parteientschädigung zu haben (Art. 68 Abs. 1 und 3 BGG). Zur neuen Verlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 67 e contrario und Art. 68 Abs. 5 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.