

# **BVGer A-7028/2018 vom 18. September 2020**

Bundesverwaltungsgericht, 2020-09-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-7028\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-7028_2018)

FR: TAF A-7028/2018 du 18 septembre 2020

IT: TAF A-7028/2018 del 18 settembre 2020

## **Regeste**

Mehrwertsteuer

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, sofern sie von einer Behörde im Sinn von Art. 33 VGG erlassen wurden und in sachlicher Hinsicht keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Einspracheentscheide der ESTV auf dem Gebiet der Mehrwertsteuer erfüllen diese Voraussetzungen. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde sachlich und funktionell zuständig. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG). Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin des angefochtenen Entscheids zur Beschwerdeführung berechtigt (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG) eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 1.2**

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid grundsätzlich in vollem Umfang. Die Beschwerdeführerin kann neben der Verletzung von Bundesrecht und der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts auch die Rüge der Unangemessenheit erheben (Art. 49 Bst. a bis c VwVG).

### **E. 1.3**

Im Streit liegen Vorsteuerrückbelastungen betreffend die Steuerperioden 2012 bis 2015. In materieller Hinsicht findet daher das am 1. Januar 2010 in Kraft getretene MWSTG (SR 641.20) bzw. die dazugehörige MWSTV (SR 641.201) Anwendung. Massgebend ist die im Zeitpunkt der Verwirklichung des zu beurteilenden Sachverhalts geltende Fassung, auf die nachfolgend auch referenziert wird. Nicht zu berücksichtigen sind hier insbesondere die per 1. Januar 2018 in Kraft getretenen Änderungen des MWSTG.

### **E. 2.1**

Nach Art. 10 Abs. 1 MWSTG ist steuerpflichtig, wer unabhängig von Rechtsform, Zweck und Gewinnabsicht ein Unternehmen betreibt und nicht nach Art. 10 Abs. 2 MWSTG von der Steuerpflicht befreit ist. Ein Unternehmen in diesem Sinne betreibt, wer eine auf die nachhaltige Erzielung von Einnahmen aus Leistungen ausgerichtete berufliche oder gewerbliche Tätigkeit selbstständig ausübt und unter eigenem Namen nach aussen auftritt. Von der Steuerpflicht ist - unter anderem - befreit, wer im Inland innerhalb eines Jahres weniger als CHF 100'000.- Umsatz aus steuerbaren Leistungen erzielt (Art. 10 Abs. 2 Bst. a MWSTG). Das Erwerben, Halten und Veräussern von Beteiligungen im Sinn von Art. 29

Abs. 2 und 3 MWSTG stellt eine unternehmerische Tätigkeit im Sinn von Art. 10 Abs. 1 MWSTG dar (Art. 9 MWSTV). Beteiligungen im Sinn von Art. 29 Abs. 2 MWSTG sind Anteile am Kapital anderer Unternehmen, die mit der Absicht dauernder Anlage gehalten werden und einen massgeblichen Einfluss vermitteln. Anteile von mindestens 10 Prozent am Kapital gelten als Beteiligung (Art. 29 Abs. 3 MWSTG).

## **E. 2.2**

Der Mehrwertsteuer unterliegen u.a. die im Inland von steuerpflichtigen Personen gegen Entgelt erbrachten Leistungen, soweit das MWSTG keine Ausnahme vorsieht (Inlandsteuer; Art. 18 Abs. 1 MWSTG). Als Leistung gilt die Einräumung eines verbrauchsfähigen wirtschaftlichen Wertes an eine Drittperson in Erwartung eines Entgelts (Art. 3 Bst. c MWSTG). Die Leistung umfasst als Oberbegriff sowohl Lieferungen (vgl. Art. 3 Bst. d MWSTG) als auch Dienstleistungen (vgl. Art. 3 Bst. e MWSTG). Steuerobjekt der Inlandsteuer bildet ein mehrwertsteuerliches Leistungsverhältnis. Ein Leistungsverhältnis ist charakterisiert durch folgende Tatbestandsmerkmale, die kumulativ erfüllt sein müssen (vgl. Botschaft des Bundesrats zur Vereinfachung der Mehrwertsteuer vom 25. Juni 2008 [nachfolgend: Botschaft zum MWSTG], BBl 2008 6885, 6939; ferner Urteil des BGer 2C\_833/2016 vom 20. Februar 2019 E. 3.2; Urteil des BVGer A-6671/2015 und A-6674/2015 vom 9. August 2016 E. 2.2 mit weiteren Hinweisen): Es bedarf einer Leistung zwischen zwei Beteiligten (Leistungserbringer und Leistungsempfänger; dazu nachfolgende E. 2.2.1); der erbrachten Leistung muss ein Entgelt als Gegenleistung gegenüberstehen (dazu nachfolgende E. 2.2.2); die Leistung und das Entgelt müssen miteinander innerlich wirtschaftlich verknüpft sein (dazu nachfolgende E. 2.2.3).

### **E. 2.2.1**

Während das bis zum 31. Dezember 2009 in Kraft stehende Mehrwertsteuergesetz vom 2. September 1999 (nachfolgend: aMWSTG, AS 2000 1300) abgesehen von der Unterscheidung der Leistung in Lieferung und Dienstleistung, keine nähere Umschreibung des Leistungsbegriffs enthielt, definiert Art. 3 Bst. c MWSTG die Leistung als «Einräumung eines verbrauchsfähigen wirtschaftlichen Wertes an eine Drittperson in Erwartung eines Entgelts, auch wenn sie von Gesetzes wegen oder aufgrund behördlicher Anordnung erfolgt». Demnach besteht eine Leistung aus den folgenden drei Komponenten: 1) Einräumung eines verbrauchsfähigen wirtschaftlichen Wertes, 2) an einen Empfänger, 3) in Erwartung eines Entgelts. Aus den Begriffen «Einräumung» und «Erwartung eines Entgelts» ergibt sich, dass der Leistungserbringer die Leistung grundsätzlich willentlich erbringen muss (Urteil des BVGer A-1383/2015 vom 4. März 2016 E. 3.1; Claudio Fischer/Claude Grosjean, Der Leistungsbegriff, ASA 78 S. 701 ff., S. 707; Camenzind et al., Handbuch zum Mehrwertsteuergesetz, 3. Aufl. 2012, S. 256 Rz. 603; vgl. Felix Geiger, in: Geiger/Schluckebier [Hrsg.], MWSTG Kommentar, 2. Aufl. 2019, Art. 3 N. 15). Das Vorliegen einer Leistung ist grundsätzlich aus der Sicht des Leistungserbringers zu beurteilen (Urteile des BVGer A-5934/2018 und A-5937/2018 vom 4. Februar 2020 E. 2.2.1, A-6671/2015 und 6674/2015 vom 9. August 2016 E. 2.2.1.2, A-1383/2015 vom 4. März 2016 E. 3.1; Sonja Bossart/Diego Clavadetscher, in: Zweifel/Beusch/Glauser/Robinson [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer, 2015, Art. 18 N. 45).

### **E. 2.2.2**

Das Vorliegen eines Entgelts stellt ein weiteres unabdingbares Tatbestandsmerkmal eines Leistungsverhältnisses dar. Art. 3 Bst. f MWSTG umschreibt das Entgelt als «Vermögenswert, den der Empfänger oder die Empfängerin oder an seiner oder ihrer Stelle eine Drittperson für den Erhalt einer Leistung aufwendet». Die Frage, ob einem Mittelfluss der Charakter eines Entgelts zukommt, ist aus Sicht des Leistungsempfängers zu beurteilen (BGE 140 I 153 E. 2.5.2 und E. 3.5; zum aMWSTG: Urteil des BGer 2C\_928/2010 vom 28. Juni 2011 E. 3; zum Ganzen auch: Bossart/Clavadetscher, a.a.O., Art. 18 N. 74 ff.; Camenzind et al., a.a.O., S. 262 Rz. 630).

### **E. 2.2.3**

Schliesslich setzt die Annahme eines Leistungsverhältnisses voraus, dass zwischen Leistung und Entgelt ein hinreichender Konnex besteht (statt vieler: BGE 140 II 80 E. 2.1 mit Hinweisen). Dabei genügt es, dass Leistung und Entgelt innerlich derart verknüpft sind, dass die Leistung das Entgelt auslöst. Zwischen Leistung und Entgelt muss damit ein kausaler, wirtschaftlicher Zusammenhang gegeben sein (BGE 141 II 182 E. 3.3, BGE 132 II 353 E. 4.1; Urteile des BVGer A-4118/2015 vom 10. November 2015 E. 2.2.2, A-3931/2013 vom 15. Juli 2014 E. 2.3). Für die Beantwortung der Frage, ob zwischen Leistung und Entgelt ein wirtschaftlicher Zusammenhang besteht, ist (alt- wie neurechtlich) grundsätzlich auf die Sicht des Leistungsempfängers abzustellen. Dies entspricht namentlich der Konzeption der Mehrwertsteuer als Verbrauchsteuer (statt vieler: BVGE 2009/34 E. 2.2.1; Urteil des BVGer A-3497/2015 vom 25. Februar 2016 E. 2.2; Baumgartner/Clavadetscher/Kocher, Vom alten zum neuen Mehrwertsteuergesetz, 2010, S. 121 f.; Fischer/Grosjean, a.a.O., S. 711 f.; Daniel Riedo, Vom Wesen der Mehrwertsteuer als allgemeine Verbrauchsteuer und von den entsprechenden Wirkungen auf das schweizerische Recht, 1999, S. 230 ff.).

### **E. 2.3**

Vom Anwendungsbereich der Mehrwertsteuer aufgrund des Vorliegens eines Leistungsverhältnisses grundsätzlich erfasst, aber von der Mehrwertsteuer ausgenommen (und damit nicht steuerbar) sind bestimmte Umsätze im Bereich des Geld- oder Kapitalverkehrs (Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 MWSTG). Dazu gehören namentlich die Umsätze (Kassa- und Termingeschäfte), einschliesslich Vermittlung, von Wertpapieren, Wertrechten und Derivaten sowie von Anteilen an Gesellschaften und anderen Vereinigungen; steuerbar sind jedoch die Verwahrung und die Verwaltung von Wertpapieren, Wertrechten und Derivaten sowie von Anteilen (namentlich Depotgeschäft) einschliesslich Treuhandanlagen (Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 Bst. e MWSTG).

### **E. 2.4**

Besteht kein Austausch- bzw. Leistungsverhältnis im erwähnten Sinn (E. 2.2), ist die Aktivität mehrwertsteuerlich irrelevant und fällt nicht in den Geltungsbereich der Mehrwertsteuer (BGE 132 II 353 E. 4.3; BVGE 2010/6 E. 3.1, Urteile des BVGer A-975/2015 und A-987/2015 vom 17. Dezember 2015 E. 2.2.1; Botschaft zum MWSTG, BBl 2008 6885, 6939). Ausserhalb des Anwendungsbereichs der Mehrwertsteuer stehen die in Art. 18 Abs. 2 MWSTG genannten Mittelflüsse, welche mangels Leistung nicht als Entgelte qualifizieren (sog. «Nicht-Entgelte»). Dazu zählen auch Einlagen in Unternehmen, insbesondere zinslose Darlehen, Sanierungsleistungen und Forderungsverzichte (Art. 18 Abs. 2 Bst. e MWSTG). Der Begriff der Einlage ist nach dem Willen des Gesetzgebers weit zu verstehen. Darunter fallen zum Beispiel Gesellschafterbeiträge, wie Kapitaleinlagen,

Aufgelder, Zuschüsse und Beiträge à-fonds-perdu, Forderungsverzichte im Zusammenhang mit Darlehen, Zinsverzichte und Zinsreduktionen auf gewährten Darlehen und die Einräumung von Baurechten ohne oder mit reduziertem Baurechtszins. Bereits aus der Definition des Leistungsbegriffs geht hervor, dass diese Einlagen nicht der Mehrwertsteuer unterliegen können (ausführlich dazu: Botschaft zum MWSTG, BBl 2008 6885, 6960). Als Einlage gilt zum Beispiel auch die Kapitaleinlage durch die Gesellschafter bei der Ausgabe von neuen Aktien im Rahmen einer ordentlichen Kapitalerhöhung (Geiger, a.a.O., Art. 18 Abs. 2 Bst. e, N. 27).

## **E. 2.5**

Die Unterscheidung zwischen Umsätzen, die von der Steuer ausgenommen sind, und Mittelflässen, die ausserhalb des Anwendungsbereichs der Mehrwertsteuer liegen («Nicht-Entgelte»), ist namentlich für die Berechtigung zum Vorsteuerabzug von entscheidender Bedeutung.

### **E. 2.5.1**

Grundsätzlich gilt, dass die steuerpflichtige Person im Rahmen ihrer unternehmerischen Tätigkeit u.a. die ihr in Rechnung gestellte Inlandsteuer als Vorsteuer abziehen kann (Art. 28 Abs. 1 Bst. a MWSTG). Sodann führen andererseits Mittelflässe, die nicht als Entgelte qualifizieren - wie namentlich die hier interessierenden Einlagen in Unternehmen - nach Art. 18 Abs. 2 Bst. e MWSTG, gemäss Art. 33 MWSTG nicht zu einer Kürzung des Vorsteuerabzugs. Ebensovien führen Nicht-Entgelte zu einer Korrektur des Vorsteuerabzugs; d.h. dass Vorsteuern auf Eingangsleistungen, welche für die Erzielung von Nicht-Entgelten verwendet werden, im Gegensatz zur altrechtlichen Regelung (vgl. Art. 38 Abs. 4 aMWSTG) abziehbar sind.

### **E. 2.5.2**

Kein Anspruch auf Vorsteuerabzug besteht demgegenüber grundsätzlich bei Eingangsleistungen, die für die Erbringung von Leistungen, die von der Steuer ausgenommen sind - wie dem vorliegend zur Diskussion stehenden Wertpapierhandel nach Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 Bst. e MWSTG - verwendet werden (vgl. Art. 29 Abs. 1 MWSTG).

## **E. 2.6**

Die mehrwertsteuerliche Qualifikation von Vorgängen hat nicht in erster Linie aus einer zivil- bzw. vertragsrechtlichen Sicht, sondern nach wirtschaftlichen, tatsächlichen Kriterien zu erfolgen (sog. wirtschaftliche Betrachtungsweise). Die zivil- bzw. vertragsrechtliche Sicht ist demnach nicht entscheidend, hat aber immerhin Indizwirkung (statt vieler: Urteil des BGer 2C\_969/2015 vom 24. Mai 2016 E. 2.3.1; BVGE 2007/23 E. 2.3.2 mit Hinweisen, Urteil des BVer A-5431/2015 vom 28. April 2016 E. 2.2.4; wohl noch weitergehend: Urteil des BGer 2C\_487/2011 vom 13. Februar 2013 E. 2.8 mit Hinweisen). Auch die buchhalterische Erfassung von Leistungen kann nach konstanter Rechtsprechung lediglich ein Indiz für eine mehrwertsteuerrechtliche Qualifikation sein, vermag jedoch die wirtschaftliche Realität nicht zu ändern (Urteile des BVer A-3437/2015 vom 2. Mai 2016 E. 2.2.2, A-2464/2015 vom 11. November 2015 E. 2.2.3, A-6898/2014 vom 21. Mai 2015 E. 2.4 mit Hinweisen).

## **E. 3.1**

Im vorliegenden Fall ist in tatsächlicher Hinsicht unbestritten, dass die Beschwerdeführerin in den hier relevanten Jahren von 2012 bis 2015 eigene Aktien verkauft hat, welche sie

zuvor auf zwei verschiedenen Wegen «erworben» hatte. Zum Einen hatte sie im Zuge von zwei Kapitalerhöhungen (Jahre 2012 und 2015) neu ausgegebene Aktien teilweise selbst gezeichnet und aus Eigenmitteln liberiert (originärer Erwerb eigener Aktien). Zum Anderen hatte sie (in kleinerem Umfang) aufgrund von entsprechenden Rückkaufverpflichtungen eigene Aktien von ihren Aktionären zurückgekauft (derivativer Erwerb eigener Aktien). Rechtlich geht es um die Frage, ob die Beschwerdeführerin die im Zusammenhang mit dem Verkauf dieser originär bzw. derivativ erworbenen eigenen Aktien angefallenen Vorsteuern zu Recht abgezogen hat oder nicht. Zu entscheiden ist, ob die Beschwerdeführerin durch den Verkauf eigener Aktien - entsprechend der vorinstanzlichen Auffassung - einen von der Steuer ausgenommenen Umsatz (Wertpapierhandel nach Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 Bst. e MWSTG; vorne E. 2.3) erzielt hat oder ob das anlässlich der Veräusserung der eigenen Aktien erzielte Kaufentgelt - wie die Beschwerdeführerin vertritt - eine Kapitaleinlage in ein Unternehmen nach Art. 18 Abs. 2 Bst. e MWSTG (vorne E. 2.4) darstellt.

### **E. 3.2**

Die Annahme eines (von der Steuer ausgenommenen) Wertpapierhandels setzt das Vorliegen eines mehrwertsteuerlichen Leistungsverhältnisses voraus (E. 2.3 und E. 2.2), welches seinerseits das Vorliegen einer mehrwertsteuerlichen Leistung (E. 2.2.1) bedingt. Demgegenüber fehlt es bei einer Kapitaleinlage als Nicht-Entgelt an einem solchen Leistungsverhältnis und namentlich an einer Leistung (E. 2.4). Es ist also in einem ersten Schritt zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin mit dem Verkauf ihrer eigenen Aktien den Käufern eine Leistung im mehrwertsteuerlichen Sinn erbracht hat. Diese Frage ist aus Sicht der Beschwerdeführerin als mögliche Leistungserbringerin zu beantworten. Zu beachten ist, dass bei der mehrwertsteuerlichen Qualifikation von Vorgängen bzw. der konkreten Sachverhaltsanalyse auf tatsächliche, wirtschaftliche Kriterien abzustellen ist (E. 2.6). Immerhin stellen die zivil- bzw. vertragsrechtliche Sicht sowie die buchhalterische Erfassung von Leistungen rechtsprechungsgemäss ein Indiz für die mehrwertsteuerliche Qualifikation dar (E. 2.6 in fine).

#### **E. 3.2.1**

Die Beschwerdeführerin, auf deren Sichtweise es im Zusammenhang mit dem Vorliegen einer Leistung ankommt, bringt vor (Beschwerde, Rz. 2.12), wirtschaftlich betrachtet habe sie mit dem originären Erwerb eigener Aktien anlässlich von Kapitalerhöhungen ihr Eigenkapital verwässert und damit ihr Ziel, nämlich die Kapitalbeschaffung zu Gunsten ihrer wirtschaftlichen Gesamttätigkeit, noch nicht erreicht. Dieser Zweck werde erst mit dem Weiterverkauf der eigenen Aktien erfüllt, weshalb es sich dabei wirtschaftlich betrachtet um eine Kapitaleinlage handle. Auch der Verkauf von derivativen eigenen Aktien stelle nichts Anderes dar, als die Ausstattung der Gesellschaft mit Eigenkapital. Die derivativen eigenen Aktien seien ursprünglich aus Kapitaleinlagen entstanden und zu einem späteren Zeitpunkt zurückgekauft worden. Die Käufer der derivativen eigenen Aktien würden wiederum zu Aktionären der Beschwerdeführerin und nicht einer Drittgesellschaft. Wirtschaftlich betrachtet würden sie sich am Kapital der Beschwerdeführerin beteiligen (Beschwerde, Rz. 2.14).

#### **E. 3.2.2**

Die Auffassung der Beschwerdeführerin vermag sich auf eine herrschende finanz- und betriebswirtschaftliche Betrachtung zu stützen, wonach der Erwerb eigener Aktien (primär) als Rückzahlung von Eigenkapital verstanden wird (vgl. Max Boemle/Hanspeter Frank, Die

eigenen Aktien in der schweizerischen Rechnungslegungspraxis; Wachsende Bedeutung der Transaktionen mit eigenen Aktien, Der Schweizer Treuhänder 10/01 S. 941 f; Lukas Handschin, Erwerb eigener börsenkotierter Aktien, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht [SWZ] 2017, S. 291). Diese finanz- bzw. betriebswirtschaftliche Sichtweise in Bezug auf eigene Aktien wurde in der schweizerischen Rechtsordnung mit Inkrafttreten der Revision des neuen Rechnungslegungsrechts per 1. Januar 2013 verankert. Im Gegensatz zum vorrevidierten Art. 659a Abs. 2 OR, der die Bilanzierung eigener Aktien als Vermögenswert unter den Aktiven sowie die Bildung einer separaten Reserve auf der Passivseite vorsah, schreibt Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. e OR nunmehr die Bildung eines negativen Eigenkapitalpostens in der Höhe der Anschaffungskosten vor, während eine Aktivierung der eigenen Aktien nicht mehr vorzunehmen ist (vgl. Fabian Duss/Michael Felber, Paradigmenwechsel beim Rückkauf eigener Beteiligungsrechte, Steuerrevue 3/2020 S. 200 f.; Pascal Montavon/Monique Schnell Luchsinger, Der Erwerb eigener Anteile durch die AG und die GmbH - 1. Teil: Gesellschaftsrecht, Rechnungslegungsrecht, Revisionsentwurf des Aktienrechts, Der Treuhanderxperte 2018 S. 228 ff., S. 232; ferner: Urteil des BGer 2C\_119/2018 vom 14. November 2019 E. 3.2). Nach diesem Konzept wird der Rückkauf eigener Beteiligungsrechte wirtschaftlich einer Kapitalherabsetzung bzw. Ausschüttung an die Anteilhaber gleichgesetzt (Duss/Felber, a.a.O., S. 200; Lukas Handschin, Zürcher Kommentar zum OR, 2016, Art. 659-659b, N 1, 3, 9, 15 ff. [auch zum Ganzen]). In seiner Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007 bezeichnete der Bundesrat die im vorrevidierten Rechnungslegungsrecht vorgesehene Aufstellung der eigenen Aktien als separate Reserve als irreführend, weil die aus der Gesellschaft abgeflossenen Mittel immer noch im vollen Umfang bilanziert würden (BBl 2008 1589, S. 1660). Er sprach sich daher für eine damals auf internationaler Ebene bereits übliche Darstellung aus, die «das wirtschaftliche Ergebnis des Erwerbs eigener Aktien besser wiedergibt». Demnach sollten die eigenen Aktien im Umfang ihres Anschaffungswerts vom Eigenkapital abgezogen werden. Begründet wurde dies damit, dass eigene Aktien keine Vermögenswerte darstellten, die wie Forderungen oder Waren im normalen Geschäftsverkehr veräussert werden können, was grundsätzlich auch für kotierte Aktien gelte (BBl 2008 1589, S. 1660). Die Darstellung der bisherigen Reserve für eigene Aktien neu als Minusposten beim Eigenkapital vermittelt gemäss Bundesrat den wirtschaftlichen Sachverhalt transparenter: Die für den Erwerb verwendeten Mittel sind bis zur Weiterveräussderung der eigenen Aktien weder für Ausschüttungen an die Aktionärinnen und Aktionäre noch als Haftungssubstrat für die Gläubigerinnen und Gläubiger greifbar (BBl 2008 1589, S. 1660). Wird der Kauf eigener Aktien nicht mit dem Erwerb eines Aktivums gleichgesetzt, sondern als Reduktion des Eigenkapitals betrachtet, so liegt folglich auch beim Verkauf eigener Aktien keine Übertragung eines Vermögenswerts, sondern vielmehr eine Erhöhung des Eigenkapitals vor (Handschin, Zürcher Kommentar, N 5 f., 17, 19; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, Zürich, 4. Aufl. 2009, S. 556). Buchhalterisch wird die entsprechende Minusposition beim Eigenkapital aufgelöst. Ein allfälliger Gewinn oder Verlust ist (nach der herrschenden Lehre) direkt dem Eigenkapital gutzuschreiben oder zu belasten, also erfolgsneutral zu verbuchen (Montavon/Schnell Luchsinger, a.a.O., S. 232; Duss/Felber, a.a.O., S. 207 f.; Handschin, Zürcher Kommentar, N 19). Das wirtschaftliche Ergebnis des Verkaufs eigener Aktien gleicht damit dem

Vorgang der Ausgabe eigener Aktien. Beide Vorgänge (Aktienausgabe und Verkauf eigener Aktien) führen zu einer Erhöhung des Eigenkapitals. Unter finanz- und betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten ist der Verkauf eigener Aktien (und zwar sowohl der originär als auch der derivativ erworbenen) damit grundsätzlich als Finanzierungsvorgang aufzufassen.

### **E. 3.2.3**

Zwar handelt es sich beim erwähnten finanz- und betriebswirtschaftlichen Verständnis, welches im neuen Rechnungslegungsrecht zum Ausdruck kommt, gewissermassen um eine abstrakte Sichtweise, die nicht zwangsläufig mit der im Mehrwertsteuerrecht massgebenden tatsächlichen, wirtschaftlichen Betrachtung übereinstimmen muss (E. 2.6). Einer «finanz- bzw. betriebswirtschaftlichen» Betrachtung eigen ist, dass sie primär auf die Wahrnehmung, d.h. die Sicht der Gesellschaft bzw. der an ihr beteiligten Aktionäre abstellt. Der Sicht des Leistungsempfängers wird demgegenüber bei einer solchen Betrachtung nicht zwangsläufig Rechnung getragen. Da im Zusammenhang mit dem Leistungsbegriff jedoch - wie erwähnt - die Sichtweise der Leistungserbringerin, hier der beschwerdeführenden Gesellschaft, massgebend ist, erscheint die im Aktien- bzw. Rechnungslegungsrecht zum Ausdruck kommende abstrakte, betriebswirtschaftliche Betrachtung vorliegend durchaus relevant und muss als starkes Indiz für die Qualifikation des Verkaufs eigener Aktien als Finanzierungsvorgang bzw. als mehrwertsteuerliche Kapitaleinlage gewertet werden.

### **E. 3.3**

Es bleibt also weiter der konkreten Frage nachzugehen, ob aufgrund der vorliegenden Sachverhaltskonstellation nach tatsächlichen, wirtschaftlichen Kriterien dennoch von einer mehrwertsteuerlichen Leistung auszugehen ist. Dies wäre zu bejahen, wenn die Beschwerdeführerin mit dem Verkauf ihrer eigenen Aktien tatsächlich nicht eine Beschaffung von Eigenkapital beabsichtigt hat, sondern - und im Widerspruch zur abstrakten betriebswirtschaftlichen Betrachtung und den entsprechenden Rechnungslegungsvorschriften - den Aktienkäufern einen Vermögenswert in Erwartung eines Entgelts einräumen wollte.

#### **E. 3.3.1**

Die Vorinstanz vertritt im angefochtenen Einspracheentscheid, dass sich der Verkauf originärer eigener Aktien wirtschaftlich von der Zeichnung der Aktien unterscheide (s. Einspracheentscheid [nachfolgend: EE] S. 7 f.). Namentlich zeige sich dies daran, dass das Halten eigener Aktien zu einer im Vergleich zu ordentlichen Kapitalerhöhungen erhöhten Flexibilität hinsichtlich der Investorensuche führe (Ziff. 2.2.2.1 EE). Die sich auf die originären Aktien beziehenden Begründungen in Ziff. 2.2.2 des Einspracheentscheids gelten gemäss Ziff. 2.3 desselben offenbar auch für die derivativen eigenen Aktien. Die Vorinstanz betont damit insbesondere die unterschiedliche Vorgehensweise bei formellen Kapitalerhöhungen und beim Verkauf eigener Aktien und führt in erster Linie ein nicht ausschlaggebendes zivilrechtliches bzw. auf reine Formalien abstellendes Argument ins Feld. Entscheidend sind jedoch die wirtschaftlichen Auswirkungen der unterschiedlichen Vorgehensweisen (vgl. E. 2.6). Zudem ist der Begriff der Einlage weit zu verstehen und angesichts der in der Botschaft aufgeführten Beispiele offenkundig nicht auf Kapitaleinlagen anlässlich formeller Kapitalerhöhungen beschränkt (E. 2.4). Die Beschwerdeführerin macht hinsichtlich der originär erworbenen eigenen Aktien geltend, es habe sich dabei um solche gehandelt, die sie anlässlich der Aktienausgabe nicht sofort habe

platzieren können (Beschwerde Rz. 2.6). In dieser Aussage kommt ihre Absicht, sich mit dem Verkauf eigener Aktien finanzieren zu wollen, klar zum Ausdruck. Auch die Akten (dazu ausführlich: E. 3.3.3.1) ergeben kein anderes Bild. In diesem Sinn räumt selbst die Vorinstanz ein, dass «mit der Ausgabe der Aktien an Investoren sowie dem Verkauf originärer eigener Aktien derselbe Zweck verfolgt werde» (EE S. 7). Sowohl bei der Aktienaussgabe als auch beim Verkauf eigener Aktien wird aus Sicht der Beschwerdeführerin Eigenkapital beschafft. Das wirtschaftliche Ergebnis der (erstmaligen) Aktienaussgabe und des zeitlich gestaffelten Vorgehens der Schaffung und des Verkaufs originärer eigener Aktien erweist sich insofern als identisch. Der Verkauf originär erworbener eigener Aktien ist damit aus Sicht der Beschwerdeführerin grundsätzlich als Finanzierungsvorgang zu verstehen. Auch die derivativ erworbenen eigenen Aktien stellen nach Angaben in der Beschwerde (Rz. 2.14) nichts Anderes als die Ausstattung der Beschwerdeführerin mit Eigenkapital dar. Der Handel von solchen eigenen Aktien habe auch keinen Geschäftszweck der Beschwerdeführerin dargestellt (Rz. 2.15). Auch bei den derivativ erworbenen eigenen Aktien war das wirtschaftliche Resultat der Verkäufe aus Sicht der Beschwerdeführerin also die Beschaffung von Eigenkapital (vgl. dazu auch die in E. 3.3.3.1 f. näher geschilderte Aktenlage).

### **E. 3.3.2**

Die Vorinstanz begründet die Qualifikation des Verkaufs eigener Aktien als Wertpapierhandel im vorliegenden Fall sodann damit, dass die Beschwerdeführerin teilweise Gewinne erzielt habe, die sie erfolgswirksam verbucht und nicht wie bei Aufgeldern (sog. Agios) üblich den Kapitalreserven zugewiesen habe (EE S. 8). Dies wirft die Frage auf, ob auch dann noch von einem Finanzierungsvorgang auszugehen ist, wenn mit dem Verkauf eigener Aktien - wie im vorliegenden Fall zumindest bei einigen Verkäufen - «Gewinne» (Differenz zwischen Anschaffungskosten der Aktien und Verkaufspreis) erzielt wurden.

#### **E. 3.3.2.1**

Vorab ist auch in diesem Kontext daran zu erinnern, dass die Art der Verbuchung lediglich ein Indiz für einen bestimmten, wirtschaftlichen Sachverhalt darstellt (E. 2.6). Mit anderen Worten genügt allein der Umstand, dass die Beschwerdeführerin solche «Gewinne» erfolgswirksam verbucht und bilanztechnisch nicht wie sog. Agios behandelt hat, für die Annahme eines Wertschriftenhandels nicht. Diese Art der Verbuchung war unter dem früheren Rechnungslegungsrecht vorgesehen, während unter dem revidierten Rechnungslegungsrecht die Gewinne im Zusammenhang mit der Veräusserung eigener Beteiligungsrechte erfolgsneutral über das Eigenkapital zu verbuchen sind (vorn E. 3.2.2). Dem Argument der Vorinstanz, wonach der Verkauf eigener Aktien wirtschaftlich dem Verkauf fremder Aktien entspreche, kann insofern nicht gefolgt werden.

#### **E. 3.3.2.2**

Sodann ist der mehrwertsteuerliche Begriff der Einlage in ein Unternehmen nach dem Willen des Gesetzgebers weit zu verstehen (E. 2.4). Es fallen darunter Gesellschafterbeiträge, wie Kapitaleinlagen, Aufgelder (sog. Agios), aber auch sonstige Zuschüsse und Beiträge à-fonds-perdu. Der Begriff der Einlage ist somit nicht auf anlässlich einer formalen Kapitalerhöhung ausgerichtete Aufgelder (Agios) beschränkt, sondern umfasst auch «sonstige Zuschüsse», die nicht an einen bestimmten Zeitpunkt oder einen bestimmten formalen Vorgang gebunden sind. Somit ist die mehrwertsteuerliche

Behandlung solcher beim Verkauf eigener Aktien erzielter «Gewinne» (gleich wie bei Aufgeldern/Agios anlässlich ordentlicher Kapitalerhöhungen) als Einlage in das Eigenkapital keinesfalls ausgeschlossen.

#### **E. 3.3.2.3**

Die blossе Tatsache, dass «Gewinn» erzielt worden ist, schliesst somit eine Kapitaleinlage nicht aus bzw. auch dieser Teil des Mittelzuflusses kann als mehrwertsteuerliche Einlage angesehen werden.

#### **E. 3.3.3**

In diesem Kontext würde sich die weitere Frage stellen, ob die Situation anders zu beurteilen wäre, wenn ein Unternehmen einen eigentlichen, systematischen Handel mit den eigenen Aktien betreiben würde, der geradezu auf eine Ertrags- bzw. Gewinnerzielung ausgerichtet wäre.

#### **E. 3.3.3.1**

Im vorliegenden Fall stützen jedoch die Akten die Annahme (vgl. dazu bereits E. 3.3.1), dass für die Beschwerdeführerin bei der Veräusserung ihrer Aktien (und zwar sowohl der originär erworbenen als auch der derivativ erworbenen) die Beschaffung von Eigenkapital und nicht die Gewinnerzielung im Vordergrund stand. Wie sich namentlich den Geschäftsberichten entnehmen lässt, befand sich die Gesellschaft bzw. die von ihr gehaltenen Tochtergesellschaften als «Start-ups» in den Jahren 2012 bis 2015 im Wachstum. Es wurden neue Projekte, u. a. ein grösserer Neubau, realisiert und in die Umsetzung neuer Geschäftsideen investiert (s. Berichterstattung in den erwähnten Geschäftsberichten [Anhang zur E-Mail vom 2. September 2018; act. 2 der Vorakten]). Es ist naheliegend, dass solche Investitionen die Beschaffung von Eigenkapital erfordern. Entsprechend orientierte der Vorsitzende anlässlich der ausserordentlichen Generalversammlung vom (...) darüber, «dass sich die Gesellschaft weiterhin im Wachstum befindet. Damit sie ihr Wertpotential weiter steigern kann, beabsichtigt der Verwaltungsrat eine genehmigte Kapitalerhöhung durchzuführen...» (Ziff. IV des Protokolls; Beschwerdebeilage 3). An anderer Stelle ist vom Schliessen einer Finanzierungslücke die Rede (Vorwort zum Geschäftsbericht 2014 [Anhang zur E-Mail vom 2. September 2018; act. 2 der Vorakten]). Auch in den Jahresrechnungen 2012 und 2013 ist zu lesen, dass es sich bei den originär erworbenen Aktien um solche handelte, die noch nicht platziert werden konnten (s. Anhänge zu den Jahresrechnungen 2012 und 2013, «Ziff. 2.6 [...]» [Beilagen zur Einsprache vom 10. April 2018, act. 4 der Vorakten]). Zudem geht es bei der vorliegend als Eingangsleistung angesehenen Dienstleistung eines Beratungsunternehmens im Wesentlichen darum, «Investoren» zu akquirieren und zu überprüfen (Art. 3 und 4 des Consulting- und Dienstleistungsvertrags vom [...] [Anhang zur E-Mail vom 3. Oktober 2017, act. 10 der Vorakten]; vgl. ferner entsprechende Honorarrechnungen [act. 13 der Vorakten]).

#### **E. 3.3.3.2**

Auch wenn die Beschwerdeführerin selbst in diversen Dokumenten, namentlich den Jahresrechnungen, den Begriff «Handel mit eigenen Aktien» verwendet, fehlen hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass es sich bei der Ertragserzielung durch Handel mit eigenen Aktien in den hier relevanten Jahren 2012 bis 2015 um den primären Zweck der Verkäufe handelte, der die beabsichtigte Finanzierung in den Hintergrund gedrängt hätte. Daran ändert auch nichts, dass im Vorwort zum Geschäftsbericht 2013 davon die Rede ist,

dass mit Hochdruck daran gearbeitet werde die Handelbarkeit der eigenen Aktien zum richtigen Zeitpunkt zu gewährleisten und in diesem Zusammenhang berichtet wird, es sei der Gang auf eine elektronische ausserbörsliche Handelsplattform geplant (Geschäftsbericht 2013, S. 4 [Anhang zur E-Mail vom 2. September 2018; act. 2 der Vorakten]; vgl. auch öffentliche Urkunde über die Beschlüsse der ordentlichen Generalversammlung vom (...), Ziff. IX «Handelbarkeit der Aktien» [Beilage zur Einsprache vom 10. April 2018; act. 4 der Vorakten]). Soweit aus den Akten ersichtlich, wurde dieser Plan im hier relevanten Zeitraum bis Ende 2015 nicht umgesetzt. Es kann damit im vorliegenden Fall offenbleiben, ob ein eigentlicher, systematischer Handel mit eigenen Aktien zwecks Umsatz- und Gewinnerzielung zu einer mehrwertsteuerlichen Qualifikation als Wertpapierhandel führen müsste. Zumindest im vorliegenden Fall ist nämlich keine solche Konstellation gegeben.

#### **E. 3.3.4**

Bei der soeben dargelegten Sachlage ist beim hier zu beurteilenden Verkauf - sowohl originär als auch derivativ erworbener - eigener Aktien mehrwertsteuerlich von einem Finanzierungsvorgang, d.h. einer Einlage nach Art. 18 Abs. 2 Bst. e MWSTG, auszugehen.

#### **E. 3.3.5**

Es bleibt auf die weiteren Vorbringen der Vorinstanz einzugehen.

##### **E. 3.3.5.1**

Der von der Vorinstanz im angefochtenen Einspracheentscheid (S. 8) vertretenen Auffassung, dass Rücknahmeverpflichtungen, wie sie die Beschwerdeführerin vorgesehen habe, bei Gesellschaftereinlagen nicht möglich seien, kann nicht gefolgt werden. Selbst wenn die (erstmalige und förmliche) Aktienaussgabe zivilrechtlich nicht mit Rücknahmeverpflichtungen verknüpft werden darf, so steht dies einer mehrwertsteuerlichen Qualifikation als Einlage nicht im Weg. Denn der Begriff der Einlage ist weit zu verstehen und nicht auf Kapitaleinlagen anlässlich von Aktienaussgaben beschränkt (E. 2.4). Auch die Vereinbarung einer Rücknahmeverpflichtung vermag das tatsächliche, wirtschaftliche Ergebnis, nämlich dass beim Verkauf der eigenen Aktien aus Sicht der Beschwerdeführerin Eigenkapital beschafft wird, nicht zu ändern (s. E. 3.3.1).

##### **E. 3.3.5.2**

Soweit die Vorinstanz im Zusammenhang mit der Qualifikation des Verkaufs von derivativ erworbenen eigenen Aktien als Wertpapierhandel auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6854/2008 vom 25. November 2010 E. 5.3 verweist, ist Folgendes festzuhalten: In jenem Entscheid hat das Bundesverwaltungsgericht einen Wertschriftenhandel bejaht. Zu beurteilen war eine Konstellation, in der eine Gesellschaft eigene (bestehende) Aktien verkauft hat, wobei der Käufer mit den Aktien auch ein Recht zur begünstigten Benutzung von Ferienanlagen erwarb. Das Gericht ging mehrwertsteuerlich von zwei separaten Leistungsverhältnissen aus. Es unterschied zwischen dem Verkauf der Aktien (von der Steuer ausgenommener Wertpapierhandel) und dem (steuerbaren) Einräumen des Ferienrechts. Einerseits erscheint der - doch eher aussergewöhnliche - Sachverhalt, der dem erwähnten Urteil A-6854/2008 zugrunde lag, nicht ohne Weiteres mit der vorliegenden Ausgangslage vergleichbar. Andererseits war jener Sachverhalt - anders als der vorliegende - nach dem aMWSTG zu beurteilen. Dies ist insofern von Bedeutung, als das MWSTG eine neue Definition des Leistungsverhältnisses, namentlich des Leistungsbegriffs enthält, und das Vorliegen einer Leistung neu aus Sicht des Leistungserbringers zu prüfen ist (vgl. vorne E. 2.2.1). Demgegenüber war nach dem

aMWSTG das Vorliegen eines Leistungsaustauschs ausschliesslich aus der Sicht des Leistungsempfängers zu beurteilen. Im Gegensatz zum vorliegenden Fall war also die Sicht der Gesellschaft, die ihre eigenen Aktien verkauft, nicht massgebend. Auch hatte das betriebswirtschaftliche Verständnis des Verkaufs eigener Aktien als Eigenkapitalbeschaffung damals noch keinen Eingang in das Aktienrecht gefunden, sondern eigene Aktien galten als Aktivum. Schliesslich ist anzumerken, dass im fraglichen Urteil die Qualifikation des Verkaufs eigener Aktien als Wertpapierhandel im Zusammenhang mit der Beurteilung einer Leistungsmehrheit und insofern nur am Rande erfolgte. Namentlich fand keine ausführliche Auseinandersetzung mit der Abgrenzung zur Kapitaleinlage statt. Das Urteil A-6854/2008 vom 25. November 2010 vermag somit am vorstehenden Ergebnis nichts zu ändern.

#### **E. 3.4**

Nach dem Gesagten qualifizieren die vorliegend strittigen Verkäufe eigener Aktien als Einlagen nach Art. 18 Abs. 2 Bst. e MWSTG. Solche Nicht-Entgelte hindern die Beschwerdeführerin nicht am Vorsteuerabzugsrecht (E. 2.5.1). Die Beschwerde erweist sich als begründet und ist gutzuheissen. Der vorinstanzliche Entscheid ist aufzuheben.

#### **E. 4.1**

Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin als obsiegende Partei keine Verfahrenskosten zu tragen. Der Vorinstanz sind ebenfalls keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Der geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 8'500.-- ist der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückzuerstatten. Die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin hat gemäss Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) Anspruch auf eine Parteientschädigung zulasten der Vorinstanz. Diese ist aufgrund der Akten und praxisgemäss auf Fr. 12'750.-- festzusetzen.

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