



9C_610/2022

Urteil vom 7. September 2023

III. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung

Bundesrichter Parrino, Präsident,
Bundesrichter Stadelmann, Bundesrichterin Moser-Szeless, Bundesrichter Beusch, Bundesrichterin Scherrer Reber,
Gerichtsschreiber Kocher.

Verfahrensbeteiligte

Eidgenössische Steuerverwaltung, Hauptabteilung Direkte Bundessteuer, Verrechnungssteuer,
Stempelabgaben, Eigerstrasse 65, 3003 Bern,
Beschwerdeführerin,

gegen

A. _____ AG, vertreten durch Stefan Oesterhelt und Laetitia Fracheboud, Rechtsanwälte,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Emissionsabgabe, Abgabeperiode 2015,

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. November 2021 (A-5073/2020).

Sachverhalt:

A.

A.a. Die B. _____ GmbH (heute: A. _____ AG; nachfolgend: die Abgabepflichtige) hat seit dem 15. Februar 2007 zivilrechtlichen Sitz in U. _____/ZH. Ihren Statuten zufolge bezweckt sie Aktivitäten im Bereich von pharmazeutischen und verwandten Produkten. Sie gehört einem internationalen Konzern an und wird von einer ausländischen Gruppengesellschaft gehalten.

A.b. Die Abgabepflichtige legt ihre Bilanz jeweils für den Zeitraum vom 1. April des einen bis zum 31. März des folgenden Jahres vor. Seit dem Geschäftsjahr 2012/2013 erzielte sie operative Verluste. In ihrer Schlussbilanz vom 31. März 2015 zum Geschäftsjahr 2014/2015 wies sie Verluste aus der Laufperiode und den Vorperioden von insgesamt Fr. 783'164'863.- aus. Es ergab sich dadurch eine Überschuldung von rund Fr. 650'000'000.-, weshalb der Konzern ein Sanierungskonzept erarbeitete. Am 24. Juli 2015 gelangte die Abgabepflichtige mit einer Rulinganfrage an die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV). Sie erklärte, sie habe mit ihrer Grossmuttergesellschaft, der C. _____ A/S in D. _____ (DK), eine Rangrücktrittsvereinbarung über Passivdarlehen von bis zu Fr. 640'000'000.- geschlossen. Nun gehe es darum, eine Lösung zu finden, um die restliche Überschuldung zu beseitigen. Die Abgabepflichtige unterbreitete der ESTV ein mehrstufiges Programm, auf das hier, nachdem es später nicht in allen Teilen entsprechend der Rulinganfrage umgesetzt wurde, nicht weiter einzugehen ist. Entscheidend ist einzig, dass die ESTV der Rulinganfrage unter den damaligen Vorzeichen zustimmte, sich gleichzeitig aber eine spätere Kontrolle vorbehielt.

A.c. Am 21. September 2015 vollzog die Abgabepflichtige in einem ersten Schritt eine Kapitalerhöhung um Fr. 500'000.- (nebst Leistung eines erheblichen Aufgelds) und in einem zweiten Schritt eine

rechtsformändernde Umwandlung von einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung in eine Aktiengesellschaft (inklusive Umfirmierung, Zweckänderung, Übertragung der Stammanteile usw.). Die Alleingesellschafterin wurde für ihre bisherigen Stammanteile mit 200'000 neuen Aktien zu Fr. 10.- abgefunden. Im Handelsregister wurden die beiden Massnahmen wie folgt umschrieben:

"Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung hat das Stammkapital auf CHF 2'000'000.00 erhöht und wird gemäss Umwandlungsplan vom 21. September 2015 und Bilanz per 31. März 2015 mit Aktiven von CHF 280'242'808.00 und Passiven (Fremdkapital) von CHF 1'061'607'671.00 in eine Aktiengesellschaft umgewandelt. Die Überschuldung und Unterdeckung wurde anlässlich der Kapitalerhöhung beseitigt. Die Gesellschafterin erhält für ihre bisherigen Stammanteile 200'000 Aktien zu CHF 10.00." Die Erhöhung des Stammkapitals von Fr. 1'500'000.- um Fr. 500'000.- auf Fr. 2'000'000.- erfolgte durch Verrechnung mit Passivdarlehen, die zugunsten der Aktionärin bestanden hatten (Verrechnungsliberierung). Die Aktionärin leistete einen Zuschuss von Fr. 1'083'865'098.15. Das Aufgeld (Agio) wurde durch Verrechnung mit Passivdarlehen erbracht und den Reserven gutgeschrieben. Die Abgabepflichtige rechnete am 25. September 2015 mit dem Formular 3 über die Emissionsabgabe ab, wobei sie ausschliesslich die Anhebung des Nominalkapitals als steuerbar erachtete. Infolgedessen gelangte sie bei einem Satz von 1,0 Prozent zu einer Emissionsabgabe von Fr. 5'000.-.

A.d. In einem weiteren Schreiben an die ESTV, nun vom 21. Oktober 2015, legte die Abgabepflichtige dar, dass beabsichtigt sei, den empfangenen Zuschuss zur *Ausbuchung des Bilanzverlustes* zu verwenden. Ihrer Ansicht nach sei der Vorgang als Sanierungsmassnahme zu qualifizieren, weswegen sie den *Freibetrag von Fr. 10'000'000.-* beanspruchen könne. Was den weitergehenden Betrag betreffe, seien die Bedingungen für den *Erlass der Emissionsabgabe* - wiederum ihres Erachtens - dem Grundsatz nach erfüllt. Da das Stammkapital jedoch das erforderliche Mindestkapital unterschreite, scheidet ein Erlass insofern aus. Gemäss den testierten Jahresrechnungen zu den drei Geschäftsjahren 2012/2013, 2013/2014 und 2014/2015 habe am 31. März 2015 eine Unterkapitalisierung von Fr. 46'652'389 bestanden. Die in diesem Zusammenhang anfallende Emissionsabgabe betrage folglich Fr. 466'524 und werde mit dem Formular 4 deklariert. Auf dem verbleibenden Zuschuss werde um Abgabeerlass ersucht.

A.e. Am 3. Oktober 2017 gab die Abgabepflichtige der ESTV eine Veränderung ihrer Kapitaleinlagereserven bekannt. Dem Formular 170 zufolge hatte am 1. April 2015 noch keine Kapitaleinlagereserve vorgelegen. Bis zum Ablauf des Geschäftsjahres 2015/2016 ergab sich indes eine solche von Fr. 16'049'279'461.-. Den Beilagen konnte entnommen werden, dass die Kapitaleinlagen aufgrund von Aufgeldern anlässlich von insgesamt fünf Kapitalerhöhungen entstanden war. Im genannten Total von Fr. 16'049'279'461.- war auch das hier interessierende Agio von Fr. 1'083'865'098.15 enthalten, das im Zuge der Verrechnungsliberierung vom 21. September 2015 entstanden war.

A.f. Mit Schreiben vom 30. November 2017 kündigte die ESTV die vorbehaltenen Buchprüfung an. Anlässlich der externen Kontrolle stellte sie dann namentlich fest, dass - entgegen der seinerzeitigen Ankündigung - auch das *Agio von Fr. 1'083'865'098.15 der Kapitaleinlagereserve gutgeschrieben* und mithin *nicht zur Verlustausbuchung herangezogen* worden sei. Obwohl im Schreiben vom 21. Oktober 2015 angekündigt, habe die Abgabepflichtige das Agio nicht zur Verlustausbuchung verwendet und dies im Geschäftsjahr 2016/2017 nicht nachgeholt. Vielmehr wolle sie nun auch den Betrag von Fr. 1'083'865'098.15 als Kapitaleinlagereserve behandelt wissen. Mit Blick darauf sei, so die ESTV abschliessend, auf dem Betrag die Emissionsabgabe nachzuerheben.

A.g. Die Abgabepflichtige reagierte mit Schreiben vom 29. März 2018 und machte geltend, dass die ESTV am 14. August 2015 die Rulinganfrage vom 24. Juli 2015 ohne Einschränkung gutgeheissen habe. Zum Ablauf der Sanierung sei festzuhalten, dass die ausserordentliche Generalversammlung vom 26. März 2018 beschlossen habe, die Verluste auszubuchen. Das Agio aus der Sanierung vom 21. September 2015 sei "trotz vorgesehener Verrechnung, aber im Einklang mit der handelsrechtlichen Verbuchung" als Kapitaleinlage behandelt worden. Nachdem anlässlich der Kontrolle klar geworden sei, dass die ESTV einer "zeitnahen Verlustausbuchung grosse Bedeutung für die Emissionsabgabe" beimesse, habe die ausserordentliche Generalversammlung eine solche nun beschlossen.

A.h. Im Anschluss an weitere Korrespondenzen, die zu keiner Einigung führten, ersuchte die Abgabepflichtige am 3. Oktober 2018 die ESTV um Erlass einer einlässlich begründeten Verfügung. Gleichzeitig hielt sie fest, dass sie die offene Emissionsabgabe - unter Vorbehalt - beglichen habe. Die ESTV erliess die Verfügung am 22. März 2019 und bestätigte darin ihren bisherigen Standpunkt. Die Abgabepflichtige erhob am 9. Mai 2019 Einsprache, welche die ESTV mit Einspracheentscheid vom 9. September 2020 abwies. Die ESTV hielt sinngemäss fest, dass es einerseits eines formellen Beschlusses auf Verlustausbuchung und andererseits der tatsächlichen Verbuchung der Verlustausbuchung bedürft hätte, um den Vorgang als emissionsabgaberechtliche Sanierungsmassnahme betrachten zu können. Beides sei unterblieben. Die spätere Ausbuchung müsse unberücksichtigt bleiben.

B.

B.a. Gegen den Einspracheentscheid erhob die Abgabepflichtige am 9. Oktober 2020 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragte, in Aufhebung des Einspracheentscheids sei auf dem Zuschuss von Fr. 1'083'865'098.15 die Emissionsabgabe unter Gewährung des Emissionsabgabeerlasses auf Fr. 471'523.90 festzusetzen. Die ESTV sei anzuweisen, diesen - unter Vorbehalt - bereits bezahlten Betrag an die Abgabepflichtige zurückzuerstatten. Die ESTV beantragte die Abweisung der Beschwerde.

B.b. Mit Urteil A-5073/2020 vom 29. November 2021 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde teilweise gut. Es erwog, auf dem Zuschuss vom 21. September 2015 von Fr. 1'083'865'098.15 seien die Freigrenze von Fr. 10'000'000.- und der Erlass zu gewähren, was zu einer Emissionsabgabe von Fr. 471'523.90 führe. Darüber hinaus habe die ESTV die bereits entrichtete Abgabe zurückzuerstatten. Auf Fr. 100'000.- schulde die ESTV der Abgabepflichtigen einen Vergütungszins von 5,0 Prozent seit dem 26. September 2018.

In Auslegung von Art. 6 Abs. 1 lit. k des Bundesgesetzes vom 27. Juni 1973 über die Stempelabgaben (StG; SR 641.10) erkannte das Bundesverwaltungsgericht, der Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 lit. k StG sei, soweit er von der "Beseitigung der bestehenden Verluste" spreche, "schlicht unklar" (angefochtener Entscheid E. 3.2, insb. 3.2.5). Aus der Entstehungsgeschichte gehe nichts Näheres hervor. Bei Art. 6 Abs. 1 lit. k StG handle es sich um eine über Art. 12 StG hinausreichende zusätzliche Ausnahme. Die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 1 lit. k StG müssten daher mit jenen von Art. 12 StG vergleichbar sein. Die Auslegung von Art. 12 StG zeige nicht auf, dass diese Norm nach einer zwingenden tatsächlichen Ausbuchung rufe. Darüber hinaus sei zu berücksichtigen, dass im Verrechnungssteuerrecht ein Übergang vom Nennwertprinzip zum Kapitaleinlageprinzip erfolgt sei (angefochtener Entscheid E. 3.3). Sowohl Art. 6 Abs. 1 lit. k als auch Art. 12 StG fussten auf der Idee, dass eine sanierende Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft durch keine zusätzlichen Emissionsabgaben belastet werden soll. In welcher Weise die Verbuchung erfolge, liessen die beiden Bestimmungen offen (angefochtener Entscheid E. 3.4).

In umfassender systematischer Auseinandersetzung mit Art. 6 Abs. 1 lit. k StG, Art. 12 StG und Art. 5 Abs. 1bis des Bundesgesetzes vom 13. Oktober 1965 über die Verrechnungssteuer (VStG; SR 642.21) folgerte das Bundesverwaltungsgericht abschliessend, dass weder der Freibetrag noch der Abgabeerlass von einer Verlustausbuchung abhängen dürfe (angefochtener Entscheid E. 3.5). Auf dem Teilbetrag von Fr. 100'000.- habe die ESTV zudem einen Vergütungszins auszurichten (angefochtener Entscheid E. 4).

C.

Mit Eingabe vom 20. Januar 2022 erhebt die ESTV beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten. Sie beantragt, in Aufhebung des angefochtenen Entscheids und Bestätigung des Einspracheentscheids sei der Freibetrag von Fr. 10'000'000.- zu verweigern. Die ESTV vertritt die Meinung, Art. 6 Abs. 1 lit. k StG hänge - neben den weiteren Voraussetzungen - davon ab, dass erstens eine definitive Beseitigung der vorbestehenden Verluste eingetreten sei, was eine Ausbuchung erfordere, und zweitens die Ausbuchung im Zeitpunkt der Sanierung vorzunehmen sei. Die Vorinstanz beruft sich auf den angefochtenen Entscheid und sieht von Bemerkungen ab. Die Abgabepflichtige ersucht um Abweisung der Beschwerde und verweist auf ihre früheren Ausführungen.

Erwägungen:

1.

1.1. Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die weiteren Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 29 Abs. 1 BGG [SR 173.110]) und mit freier Kognition (Art. 95 lit. a BGG; **BGE 149 II 66 E. 1.3; 149 IV 9 E. 2 Ingress; 149 IV 97 E. 1 Ingress**).

1.2.

1.2.1. Die allgemeinen Voraussetzungen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. a, Art. 90 und Art. 100 Abs. 1 BGG) sind gegeben. Die ESTV ist zur Beschwerdeführung berechtigt (Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG in Verbindung mit Art. 1 der Verordnung vom 3. Dezember 1973 über die Stempelabgaben [StV; SR 641.101]).

1.2.2. Im Bereich des Abgaberechts ist die Einheitsbeschwerde (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) grundsätzlich ausnahmslos gegeben (Art. 83 BGG e contrario). Anders verhält es sich insbesondere im Fall von angefochtenen Entscheiden über die Stundung oder den Erlass von Abgaben. Liegt ein derartiger Entscheid vor, ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ausgeschlossen, es sei denn, es liege eine doppelte Voraussetzung vor. So ist zum einen zu verlangen, dass ein Entscheid über den Erlass der direkten Bundessteuer oder der kantonalen oder kommunalen Einkommens- und Gewinnsteuer vorliegt und zum andern, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder es sich aus anderen Gründen um einen besonders bedeutenden Fall handelt (Art. 83 lit. m BGG in der Fassung vom 20. Juni 2014, in Kraft seit 1. Januar 2016 [AS 2015 9]). Sind beide Voraussetzungen erfüllt, führt Art. 83 lit. m BGG im Sinne einer Gegenausnahme dazu, dass abgaberechtliche Erlass- und/oder Stundungsentscheide mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten anfechtbar sind. Diese verschafft, verglichen mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG), weitergehende Rügемöglichkeiten (Art. 95 ff. BGG). Fehlt es an der doppelten

Voraussetzung, ist zu prüfen, ob die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ergriffen werden könne. Diese findet indes nur Anwendung, soweit der Entscheid über die Stundung oder den Erlass von Abgaben von einer letzten *kantonalen* Instanz ausgeht (Art. 113 BGG). Daran fehlt es hier, nachdem ein Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts angefochten wird. Bei diesem handelt es sich um eine eidgenössische Instanz. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet insofern letztinstanzlich (Urteile 2C_374/2021 vom 14. Mai 2021 E. 2.3; 2C_621/2018 vom 10. August 2018 E. 1.3 und 3.3). Aus dem StG geht nichts hervor, was Art. 83 lit. m BGG zurückzudrängen vermöchte.

Das Bundesverwaltungsgericht hat den Erlass der Emissionsabgabe im Umfang von Fr. 10'165'447.- gewährt (hinten E. 2.1). Dies kann im bundesgerichtlichen Verfahren nicht mehr angefochten werden, weshalb das Bundesverwaltungsgericht in diesem Umfang letztinstanzlich entschieden hat. Der angefochtene Entscheid ist diesbezüglich in (Teil-) Rechtskraft erwachsen.

1.2.3. Ebenfalls nicht mehr streitig ist im bundesgerichtlichen Verfahren, ob die auf den Freibetrag von Fr. 10'000'000.- entfallende Emissionsabgabe im Betrag von Fr. 100'000.-, welche die Abgabepflichtige unter Vorbehalt entrichtet hatte, im Fall ihrer Rückerstattung zu einem Vergütungszins zu führen habe (was die Vorinstanz bejaht hat). Die ESTV hat diesen Aspekt nicht angefochten, sodass dies für das Bundesgericht verbindlich ist. Gemäss Art. 107 Abs. 1 BGG gilt, dass das Bundesgericht über die Anträge der Parteien nicht hinausgehen darf (*ne eat iudex ultra petita partium*; **BGE 149 V 2** E. 11.2; zur Dispositionsmaxime im Abgaberecht zuletzt Urteile 9C_32/2023 vom 12. Juli 2023 E. 2.1; 9C_698/2022 vom 21. Juni 2023 E. 3.2.1, zur Publ. vorgesehen, mit Hinweisen).

1.2.4. Auf die Beschwerde ist im Rahmen des Dargelegten einzutreten.

1.3. Das Bundesgericht wendet das Bundesgesetzesrecht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG) und prüft es mit uneingeschränkter (voller) Kognition (Art. 95 lit. a BGG; **BGE 148 V 209** E. 2.2; **148 V 366** E. 3.1). Dementsprechend ist das Bundesgericht weder an die in der Beschwerde vorgebrachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden. Es kann die Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen, und es kann eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen (Motivsubstitution; **BGE 148 V 366** E. 3.1).

1.4. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG; **BGE 149 IV 57** E. 2.2). Die vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen können von Amtes wegen oder auf Rüge hin berichtigt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen und wenn zudem die Behebung des Mangels für den Verfahrensausgang entscheidend sein kann (Art. 105 Abs. 2 und Art. 97 Abs. 1 BGG; **BGE 148 II 392** E. 1.4.1). "Offensichtlich unrichtig" ist mit "willkürlich" gleichzusetzen (**BGE 149 IV 57** E. 2.2).

2.

2.1. Dem besseren Verständnis halber ist vorab die Ausgangslage tabellarisch darzustellen, wobei die Sichtweisen von ESTV und Bundesverwaltungsgericht, wie diese im vorinstanzlichen Verfahren vertreten wurden, gegenübergestellt werden sollen:

Berechnung der Emissionsabgabe		Gemäss ESTV	Gemäss BVGer
Nennwert der ausgegebenen Aktien		500'000	500'000
Agio		1'083'865'098	1'083'865'098
Zwischentotal		1'084'365'098	1'084'365'098
Minus Gebühren (Beurkundung, Handelsregister)		-31'057	-31'057
Minus Freibetrag (max. 10'000'000)		0	-10'000'000
Zwischentotal	101.00%	1'084'334'041	1'074'334'041
Netto-Ausgabepreis (100/101)	100.00%	1'073'598'060	1'063'697'070
Zu entrichtende Emissionsabgabe	1.00%	10'735'981	10'636'971
Differenz		99'010	
Bereits entrichtete Emissionsabgabe			
Formular 4 vom 21. September 2015		466'524	466'524
Formular 3 vom 25. September 2015		5'000	5'000
Zwischentotal		471'524	471'524
Grundsätzlich noch zu entrichten		10'264'457	10'165'447

Erläss		0	-10'165'447
Verbleibt zu entrichten		10'264'457	0

Der Erlass der Emissionsabgabe ist vor Bundesgericht nicht mehr streitig (bzw. kann es aus prozessualen Gründen nicht mehr sein; vorne E. 1.2.2). Der Streitgegenstand im bundesgerichtlichen Verfahren beschränkt sich damit auf die Differenz von Fr. 99'010.-. Streitig und zu prüfen bleibt, ob die Abgabepflichtige den emissionsabgaberechtlichen Freibetrag im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. k StG in der Fassung vom 23. März 2007, in Kraft seit 1. Januar 2009 (AS 2008 2893), beanspruchen könne, dies insbesondere unter dem Aspekt der "Beseitigung" vorbestehender Verluste.

2.2.

2.2.1. Die auf die Ermächtigungsnorm von Art. 132 Abs. 1 BV gestützten eidgenössischen Stempelabgaben fallen unter die "Verkehrssteuern" (so bereits Paul Amstutz/Ernst Wyss, Das eidgenössische Stempelsteuerrecht, 1930, N. 1 zu Art. 1 des damaligen Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1917 über die Stempelabgaben [BBI 1917 IV 225; nachfolgend: StG 1917], in Kraft vom 1. April 1918 [AS 1918 59] bis zum 1. Januar 1975 [AS 1974 11]). Es handelt sich bei ihnen um *Rechtsverkehrssteuern* ("impôts sur les transactions juridiques"; **BGE 143 II 350** E. 2.2; **140 II 16** E. 3.4.1; **108 Ib 450** E. 5; **61 I 285** E. 1a; Peter Hongler, St. Galler Kommentar, BV, 4. Aufl. 2023, N. 5 zu Art. 132 BV; Madeleine Simonek, Basler Kommentar, BV, 2014, N. 10 zu Art. 132 BV; Maja Bauer-Balmelli/Markus Küpfer, in: Martin Zweifel/Michael Beusch/Maja Bauer-Balmelli [Hrsg.], StG, Kommentar, 2. Aufl. 2019 [nachfolgend: Komm. StG], N. 32 der Vorbemerkungen; Ernst Blumenstein/Peter Locher, System des schweizerischen Steuerrechts, 8. Aufl. 2023, S. 264 ff.; Xavier Oberson, in: Xavier Oberson/Pascal Hinny [Hrsg.], LT/StG, Kommentar, 2006, N. 25 zu Art. 1 StG; W. Robert Pfund, Bemerkungen zur Natur der eidg. Stempelabgaben und zur Umsatzabgabe, StR 22/1967, 104 ff., insb. 113 f.).

2.2.2. Als Rechtsverkehrssteuern knüpfen die Stempelabgaben formell an Urkunden an. Steuerobjekt im eigentlichen Sinn (materieller Bezugspunkt) bildet freilich seit jeher das der Urkunde unterliegende Rechtsverhältnis (Adolf Im Hof/Adolf Jöhr/Julius Landmann, Das Bundesgesetz über die Stempelabgaben, 1918, S. 119, 133, ferner N. 1 zu Art. 17, N. 1 zu Art. 33 sowie N. 1 zu Art. 42 StG 1917; Amstutz/Wyss, a.a.O., N. 1 zu Art. 1 StG 1917; Ernst Blumenstein, Kommentar zum Bundesgesetz über die Stempelabgaben, 1918, S. 3). Aus diesem Grund ist den Stempelabgaben ein ausgeprägter formaler Charakter eigen (Botschaft vom 16. Mai 1917 betreffend den Erlass eines Ausführungsgesetzes zu Art. 41bis der Bundesverfassung [BBI 1917 III 83, insb. 85 f.]; ähnlich Botschaft vom 25. Oktober 1972 zu einem neuen Bundesgesetz über die Stempelabgaben, BBI 1972 II 1278, insb. 1289 zu E-Art. 1).

2.2.3. Dieser formale Charakter ruft nach einer *formell-zivilrechtlichen Betrachtungsweise* (**BGE 143 II 350** E. 2.2; zum StG 1917: **BGE 61 I 285** E. 1a; **62 I 257** E. 2; **72 I 305** E. 1). Bei Auslegung und/oder Anwendung des Gesetzes ist davon nicht leichthin abzurücken (Urteile 2C_337/2012 vom 19. Dezember 2012 E. 3.3; 2A.319/1999 vom 29. September 2000 E. 2a; 2A.215/1990 vom 26. November 1993 E. 3a; Conrad Stockar, Übersicht und Fallbeispiele zu den Stempelabgaben und zur Verrechnungssteuer, 2. Aufl. 1993, 14; Bauer-Balmelli/Küpfer, Komm. StG, N. 37 der Vorbemerkungen). Für eine (betriebs-) wirtschaftlich geprägte Betrachtungsweise lässt das Stempelabgaberecht kaum Platz. Eine solche ist zum einen geboten, wenn und soweit das Stempelabgaberecht ökonomische Konzepte oder Definitionen verwendet (**BGE 143 II 350** E. 2.2; Urteile 2C_638/2020 vom 25. Februar 2021 E. 3.1; 2C_749/2017 / 2C_753/2017 vom 20. März 2019 E. 6.1). Das der Urkunde unterliegende Rechtsverhältnis, welches das Steuerobjekt bildet, ist diesfalls (betriebs-) wirtschaftlich zu würdigen (Urteil 2A.215/1990 vom 26. November 1993 E. 3a). Zu denken ist etwa an die in Art. 5 Abs. 2 lit. b StG verankerte Umschreibung des Mantelhandels (Bauer-Balmelli/Küpfer, Komm. StG, N. 37 der Vorbemerkungen). Die (betriebs-) wirtschaftliche Betrachtungsweise ist zum andern angezeigt, falls der gewählte Lebenssachverhalt den Tatbestand der Steuerumgehung erfüllt (Urteile 2C_1071/2018 vom 12. November 2019 E. 3.2; A.41/1982 vom 22. Dezember 1982 E. 4b; dazu schon **BGE 80 I 30** E. 3; Bauer-Balmelli/Küpfer, Komm. StG, N. 38 der Vorbemerkungen). Die Annahme einer solchen setzt das Vorliegen der bundesgerichtlich entwickelten Elemente voraus (**BGE 149 II 53** E. 5.2.1 mit Hinweisen).

2.2.4. Bei alledem folgt die Auslegung einer stempelabgaberechtlichen Norm den üblichen Auslegungsregeln (Art. 1 Abs. 1 ZGB per analogiam; **BGE 140 II 289** E. 3.1). In einem ersten Schritt ist vom Wortlaut der Bestimmung auszugehen (*grammatikalisches* Element; **BGE 149 I 91** E. 2.2; **149 IV 9** E. 6.3.2.1). Spezifisch stempelabgaberechtlich gilt, dass die Norm weder ausdehnend noch einschränkend auszulegen ist (**BGE 61 I 285** E. 1a; **62 I 257** E. 2; **72 I 305** E. 1; Bauer-Balmelli/Küpfer, Komm. StG, N. 34 der Vorbemerkungen). Nur für den Fall, dass der Wortlaut der Bestimmung unklar bzw. nicht restlos klar ist und verschiedene Interpretationen zulässt, muss in einem zweiten Schritt nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden. Dabei sind alle anerkannten Auslegungselemente zu berücksichtigen (pragmatischer Methodenpluralismus). Von Bedeutung sind insbesondere der Wille des Gesetzgebers, wie er sich namentlich aus den Gesetzesmaterialien erschliesst (*historisches* Element), der Zweck der Regelung und die dem Text zugrunde liegenden Wertungen (*teleologisches* Element) sowie der

Sinnzusammenhang, in dem die Norm steht (*systematisches* Element; zum Ganzen: **BGE 149 I 2** E. 3.2.1; **149 I 91** E. 2.2; **149 II 43** E. 3.2; **149 IV 9** E. 6.3.2.1; **149 V 21** E. 43).

2.3.

2.3.1. Gegenstand der Emissionsabgabe ist die entgeltliche oder unentgeltliche Begründung und Erhöhung des Nennwertes von Beteiligungsrechten (Art. 5 Abs. 1 lit. a StG). Abgabepflichtig für die Begründung der Beteiligungsrechte ist die inländische Gesellschaft (Art. 10 Abs. 1 StG). Die Abgabe beträgt 1,0 Prozent und wird vom Betrag berechnet, welcher der Gesellschaft als Gegenleistung für die Beteiligungsrechte zufließt, mindestens aber vom Nennwert (Art. 8 Abs. 1 lit. a StG).

2.3.2. Der Begründung von Beteiligungsrechten im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. a StG gleichgestellt sind die *Zuschüsse*, die die Gesellschafter oder Genossenschafter ohne entsprechende Gegenleistung an die Gesellschaft oder Genossenschaft erbringen, ohne dass das im Handelsregister eingetragene Gesellschaftskapital oder der einbezahlte Betrag der Genossenschaftsanteile erhöht wird (Art. 5 Abs. 2 lit. a StG). Ein Zuschuss lässt das nominelle Gesellschaftskapital unberührt, erhöht aber die Reserven. Der Zuschuss kann im Zuge der Schaffung oder Erhöhung des Gesellschaftskapitals erbracht werden, indem der Aktionär oder die Aktionärin neben dem Nominalwert ein Aufgeld (Agio; "prime d'émission") leistet. Das Agio besteht mithin im Differenzbetrag zwischen dem Nennwert und dem Ausgabebetrag der Aktien (**BGE 140 III 533** E. 6.2.1; Peter Böckli, OR-Rechnungslegung, 2. Aufl. 2019, § 1 N. 205). Die emissionsabgaberechtliche Abgabeforderung auf Zuschüssen entsteht im Zeitpunkt des Zuschusses (Art. 7 Abs. 1 lit. e StG) und beträgt, gleich wie im Fall der Begründung von Beteiligungsrechten, 1,0 Prozent vom Betrag des Zuschusses (Art. 8 Abs. 1 lit. b StG).

2.3.3. Die bei einer offenen Sanierung vorgenommene Begründung von Beteiligungsrechten oder die (Wieder-) Erhöhung deren Nennwerts bis zur Höhe vor der Sanierung sowie Zuschüsse von Gesellschaftern oder Genossenschafte rn bei stillen Sanierungen sind gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. k StG von der Emissionsabgabe ausgenommen, soweit

...a. bestehende Verluste beseitigt werden, und

...b. die Leistungen der Gesellschafter oder Genossenschafte rn gesamthaft zehn Millionen Franken nicht übersteigen.

Hier streitig ist einzig die "Beseitigung bestehender Verluste". Dazu liegt keine vertiefende bundesgerichtliche Rechtsprechung vor.

3.

3.1. Nach den Feststellungen der Vorinstanz, die weder offensichtlich unrichtig noch bestritten und daher für das Bundesgericht verbindlich sind (Art. 105 Abs. 1 BGG; vorne E. 1.4), erhöhte die Abgabepflichtige am 21. September 2015 ihr Stammkapital um Fr. 500'000.-. Dies geschah, indem die Muttergesellschaft ihre Forderungen gegenüber der Abgabepflichtigen von Fr. 1'084'365'098.15 zur Verrechnung brachte. Daraus ergab sich ein Agio von Fr. 1'083'865'098.15, das die Abgabepflichtige ihrer "allgemeinen Reserve" (so die Diktion gemäss Art. 671 OR in der Fassung vom 4. Oktober 1991, in Kraft seit 1. Juli 1992 [AS 1992 733; nachfolgend: OR 1991]) gutschrieb (Sachverhalt, lit. A.c).

3.2. Diese Form der Kapitalerhöhung wird allgemein als Verrechnungsliberierung bzw., spezifischer, als "Debt-Equity-Swap mit Agiobildung" bezeichnet (so Roman Aus der Au, Die Verrechnungsliberierung bei der AG, 2021, N. 365; ferner etwa Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, 2. Aufl. 2020, N. 2024; Peter Forstmoser/Hans-Ueli Vogt, Liberierung durch Verrechnung mit einer nicht werthaltigen Forderung: eine zulässige Form der Sanierung einer überschuldeten Gesellschaft, in: ZSR 122/2003, S. 531 ff., insb. 532; zum heutigen Aktienrecht: Art. 634a Abs. 1 OR 2020). Die Verrechnungsliberierung äussert sich folglich als Passiventausch. Ebenfalls vorinstanzlich festgestellt ist ferner, dass es zur Ausbuchung der Verluste nicht schon im Zeitpunkt der Verrechnungsliberierung kam, also am 21. September 2015, sondern erst rund zweieinhalb Jahre später (Sachverhalt, lit. A.g). Die ESTV schliesst aus dieser gestaffelten zeitlichen Abfolge, dass die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 1 lit. k StG fehlten. Sie macht geltend, die Norm bedinge namentlich, dass erstens eine definitive Beseitigung der vorbestehenden Verluste eingetreten sei, was eine Ausbuchung erfordere, und dass zweitens die Ausbuchung im Zeitpunkt der Sanierung vorzunehmen sei. Fehle es schon nur an einer dieser Voraussetzungen, habe es bei der Abgabepflicht zu bleiben. Da die Ausbuchung unterblieben bzw. erst mit einigem zeitlichem Abstand vorgenommen worden sei, könne die Abgabepflichtige den Freibetrag nicht beanspruchen (Sachverhalt, lit. C).

3.3.

3.3.1. Der Gesetzgeber knüpft den Freibetrag im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. k StG insbesondere daran, dass "bestehende Verluste *beseitigt* werden" ("*les pertes existantes soient éliminées*" bzw. "*le perdite esistenti siano eliminate*"). Dabei handelt es sich um ein unerlässliches Konstitutiverfordernis (vorne E. 2.3.3). Dieses ist nach den üblichen Regeln auszulegen, weder ausdehnend noch einschränkend (vorne E. 2.2.4). Vorauszuschicken ist, dass die Formulierung "Verlustbeseitigung" insgesamt einen unbestimmten Rechtsbegriff des Stempelabgaberechts darstellt, nachdem sich die Wendung weder im allgemeinen

Sprachgebrauch findet noch stempelabgaberechtlich auf Ebene des Gesetzes oder zumindest der Verordnung näher umrissen wird. Unbestimmt ist dabei weniger der "Verlust" als dessen "Beseitigung".

3.3.2.

3.3.2.1. Was den " *Verlust* " angeht, ist nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber mit diesem Teilbegriff ein eigenständiges Konzept verfolgen wollte. Seinem insofern klaren Wortlaut zufolge bedingt Art. 6 Abs. 1 lit. k StG das Vorliegen einer "Sanierung". Was darunter zu verstehen sei, geht aus Art. 6 bzw. Art. 12 StG oder Art. 17 StV nicht hervor, auch nicht ansatzweise (dazu Ivo P. Baumgartner, Komm. StG, a.a.O., N. 23 zu Art. 12 StG). Dies entspricht der Regel, wonach eine einheitliche Definition des Begriffs der Sanierung fehlt (Felix Schalcher, Die Sanierung von Kapitalgesellschaften im schweizerischen Steuerrecht, 2008, N. 12 und 347). Das Sanierungsrecht hat insgesamt nur eine bruchstückhafte gesetzliche Regelung erfahren, anders als etwa das umfassend geregelte Umstrukturierungsrecht. Der "Standardisierung der Umstrukturierungstatbestände" steht die in der Praxis zu beobachtende "Individualisierung der Sanierungstatbestände" gegenüber (Martin Kocher, Die "Corporate Governance"-Vorlage und der steuerrechtliche Sanierungsbegriff, ASA 77, 281 ff., insb. 288). Allgemein anerkannt ist aber, dass es sich betriebswirtschaftlich um Massnahmen handelt, die dazu dienen, die (angegriffene) Eigenkapitalbasis einer Unternehmung zu verstärken und sie möglichst ins Gleichgewicht zurückzusetzen (Kocher, a.a.O., 288).

3.3.2.2. Der "Verlust" ist in einem sanierungsrechtlichen Licht zu betrachten und zivilrechtlich auszulegen (vorne E. 2.2.3). Damit klingen die handelsrechtlichen Bestimmungen zu Kapitalverlust und Überschuldung an, die in Art. 725 ff. OR eine teilweise Regelung erfahren haben (Aus der Au, a.a.O., N. 258 Fn. 559; Lukas Müller, Sanierungsfusion und Rechnungslegung, 2008, 26 ff.). Ein sanierungsbedürftiger "Verlust" stellt sich handelsrechtlich als negative Grösse dar, aufgrund deren das in der Bilanz ausgewiesene Eigenkapital teilweise oder ganz aufgezehrt ist (Herbert Mattle/Markus Helbling/Dieter Pfaff, Schweizer Kontenrahmen KMU, 2. Aufl. 2023, S. 119; Ernst Bossard, Zürcher Kommentar, Die kaufmännische Buchführung, Band V/6/3b, 1984, N. 229 zu Art. 958 OR; näher zu Begriff und Systematisierung des Verlusts: Frank Lampert, Die Verlustverrechnung von juristischen Personen im Schweizer Steuerrecht, 2000, 41 ff.; Bernhard F. Schärer, Verlustverrechnung von Kapitalgesellschaften im interkantonalen Doppelbesteuerungsrecht, 1997, 6 ff.). Als Folge des Verlustes sind das Grundkapital einer Aktiengesellschaft und die gesetzlichen Reserven durch die Aktiven nicht mehr vollständig gedeckt (Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, 2. Aufl. 2020, N. 1995). Ein Verlustvortrag ist nach geltendem Recht als Minusposten auszuweisen (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 lit. f OR in der Fassung vom 19. Juni 2020 [nachfolgend: OR 2020, in Kraft seit 1. Januar 2023 [AS 2020 4005]; Böckli, a.a.O., § 6 N. 426).

3.3.3.

3.3.3.1. Ungewiss ist demgegenüber der Teilgehalt " *Beseitigung* " bzw. "beseitigen" bestehender Verluste. Der Blick auf die beiden anderen Sprachfassungen, die in gleicher Weise verbindlich sind (Art. 14 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 18. Juni 2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt [PublG; SR 170.512]; **BGE 148 II 243** E. 4.2.2; **148 II 556** E. 3.4.1), verschafft keinen zusätzlichen Erkenntnisgewinn. Was ein Verlust sei, erschliesst sich grundsätzlich aus sich heraus, nachdem ein allgemeiner Sprachgebrauch feststellbar ist, der sich weitgehend mit dem betriebswirtschaftlichen und handelsrechtlichen Ansatz deckt. Diese Klarheit geht dem Begriff der "Beseitigung" ab.

3.3.3.2. Die Unklarheit äussert sich bereits betriebswirtschaftlich: Ob ein Agio zur Ausbuchung des Verlustvortrages verwendet oder ob dieser stehengelassen werden soll, berührt den Substanzwert nicht: Das Kapital weist so oder anders "unter dem Strich" denselben Wert auf. Der unbestimmte Rechtsbegriff ist durch Heranziehen anderer Normen zu füllen. Näheren Aufschluss ermöglicht auch hier der Seitenblick auf das Handelsrecht. Im Zentrum steht dabei Art. 672 Abs. 1 OR 2020. Danach gilt: "Der gesetzlichen Gewinnreserve sind 5 Prozent des Jahresgewinns zuzuweisen. Liegt ein *Verlustvortrag* vor, so ist dieser vor der Zuweisung an die Reserve zu *beseitigen*." Satz 2 dieser Norm lässt Parallelen zu Art. 6 Abs. 1 lit. k StG erkennen. "Verlust" und "Verlustvortrag" dürfen im vorliegenden Fall gleichgesetzt und synonym verstanden werden. In beiden Fällen soll das Minuskapital "beseitigt" werden. Der Doktrin zum neuen Art. 672 Abs. 1 Satz 2 OR 2020 zufolge ist der Gesetzestext dahingehend zu lesen, dass der Verlustvortrag "vorrangig", d.h. vor einer Zuweisung der fünfprozentigen Pflichteinlage in die gesetzliche Gewinnreserve, "abzutragen" ist (Böckli, a.a.O., § 6 N. 452). "Abtragen" kann nichts anderes bedeuten als ein tatsächliches Ausbuchen. Blieben das Agio und der Verlustvortrag ungeschmälert bestehen, änderte dies betriebswirtschaftlich zwar nichts, doch wäre der Verlustvortrag diesfalls nicht "abgetragen". Er ginge auch weiterhin aus den Büchern hervor, was zumindest nach der zitierten Stimme im Fall von Art. 672 Abs. 1 Satz 2 OR 2020 unzulässig sein soll.

3.3.3.3. Es ist dabei allerdings nicht zu übersehen, dass der Gesetzgeber die Pflicht zum "Abtragen" nicht konsequent angeordnet hat. Zu verweisen ist auf Art. 725a Abs. 1 OR 2020, der folgenden Wortlaut trägt: "Zeigt die letzte Jahresrechnung, dass die Aktiven abzüglich der Verbindlichkeiten die Hälfte der Summe aus Aktienkapital, nicht an die Aktionäre zurückzahlbarer gesetzlicher Kapitalreserve und gesetzlicher Gewinnreserve nicht mehr decken, so ergreift der Verwaltungsrat Massnahmen zur *Beseitigung des Kapitalverlusts*. (...)." Anders als im Fall von Art. 672 Abs. 1 OR 2020 wird das neue Gesetz hierbei - was

aber offenbleiben kann - kein formelles Ausbuchen verlangen. Während dieser zivilrechtlich zu lesen ist, dürfte Art. 725a Abs. 1 OR 2020 betriebswirtschaftlich zu verstehen sein. In diese Richtung deutet Art. 725c Abs. 1 Satz 1 OR 2020, der die durch einen Kapitalverlust oder eine Überschuldung hervorgerufene Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen regelt und bestimmt, dass der Aufwertungsbeitrag "unter der gesetzlichen Gewinnreserve gesondert als Aufwertungsreserve auszuweisen" sei. Dies steht der Ausbuchung zwangsläufig entgegen.

3.3.3.4. Das grammatikalische Element erlaubt mithin, für sich allein genommen, auch unter Einbezug "verwandter Begriffe" keine abschliessende Beurteilung. Wollte man Art. 672 Abs. 1 OR 2020 als Auslegungshilfe heranziehen, hätte dies zur zwingenden Ausbuchung des vorbestehenden Verlustvortrages zu führen. Würde Art. 725a Abs. 1 OR 2020 als Anknüpfung genommen, bliebe auch eine Bruttoverbuchung zulässig. Im Fall von Art. 725c Abs. 1 Satz 1 OR 2020 wäre diese sogar Pflicht.

3.3.4. In der Entstehungsgeschichte der Norm steht die Botschaft vom 22. Juni 2005 zum Bundesgesetz über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (BBI 2005 4733; nachfolgend: Botschaft UStR II) im Vordergrund. Mit der Umsatzsteuerreform II hat der Bundesrat insgesamt die "Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen" angestrebt, konkrete Ergänzungen des Rechtsbestandes vorgeschlagen und namentlich auch den neuen Art. 6 Abs. 1 lit. k StG angeregt. Von einer ausdrücklichen oder zumindest gedanklichen inhaltlichen Verknüpfung mit anderen Teilen des Rechtsbestandes hat er aber abgesehen. Hingegen hat er zum Verhältnis zwischen Art. 6 Abs. 1 lit. k und Art. 12 im Gesetzgebungsprozess die Auffassung vertreten, dass die neuere Norm als eine *zusätzliche emissionsabgaberechtliche Ausnahme* zu verstehen sei (Botschaft UStR II, a.a.O., insb. 4839 Ziff. 6.2.2; ebenso Thomas Kunz/Fredy Brügger, StR 61/2006, 266 ff., insb. 277). In der Folge erfuhr die Norm in den Eidgenössischen Räten keine nennenswerte Beratung. Einen hinreichend klaren gesetzgeberischen Willen (historisches Auslegungselement) zur Frage, ob der Verlustvortrag zwingend auszubuchen sei, liessen weder Bundesrat noch Parlament erkennen.

3.3.5. Es ist zu prüfen, ob die Stellung der Norm innerhalb des Gesetzes einen Rückschluss zulässt (systematisches Auslegungselement). Dies ist zu verneinen. Es zeigt sich einzig, dass die Norm als zusätzliche, weitestgehend eigenständige Ausnahme von der Bemessungsgrundlage ausgebildet ist. Der Betrag von Fr. 10'000'000.- soll nicht von vornherein freigestellt sein, er wird von der Bemessung der Emissionsabgabe ausgenommen (Michael Nordin/Roland Wild, Komm. StG, a.a.O., N. 104j zu Art. 6 StG).

3.3.6. Sinn und Zweck der Norm (teleologisches Auslegungselement) erschliessen sich im Rahmen einer Gesamtbetrachtung. Mit der Norm verfolgt der Gesetzgeber die Absicht, die ansonsten anfallende Emissionsabgabe dann nicht entstehen zu lassen, wenn die Kapitalzufuhr anlässlich einer offenen oder stillen Sanierung erfolgt. Die Kapitalzufuhr dient insofern der Wiederherstellung eines Kapitals, das grundsätzlich schon einmal mit der Emissionsabgabe erfasst worden ist und soll verhindern, dass die sanierende Kapitalzufuhr unterlassen wird, um auf diese Weise die drohende Emissionsabgabe zu vermeiden. Die Rechtswohltat ist - ähnlich wie Art. 12 StG - an Bedingungen geknüpft. Während Art. 12 StG davon abhängt, dass die Erhebung der Emissionsabgabe eine "offenbare Härte" hervorriefe, erfordert Art. 6 Abs. 1 lit. k StG die "Beseitigung bestehender Verluste". Die Begrenzung auf Fr. 10'000'000.- stellt keine eigentliche Bedingung, viel eher eine Limitierung im Sinne einer "Deckelung" dar. Mit der "Beseitigung bestehender Verluste" hat der Gesetzgeber jedenfalls ein Kriterium geschaffen, das nur dann sinnhaft ist, wenn damit eine bestimmte Vorgehensweise zum Ausdruck gebracht werden soll. Wie dargelegt, ergibt sich "unter dem Strich" dasselbe Ergebnis, ob das Agio zur Ausbuchung des Verlustvortrags herangezogen oder "stehengelassen" wird. Indem der Gesetzgeber die Bedingung der "Verlustbeseitigung" schuf, hat er mit anderen Worten eine Erwartung verbunden. Diese geht dahin, dass der Verlustvortrag auch tatsächlich ausgebucht wird, ansonsten die Bedingung sinnlos bliebe.

3.3.7. Die Pflicht zur Verlustausbuchung entspricht im Ergebnis dem Modell, wie es Art. 672 Abs. 1 OR 2020 innewohnt, wenn diese Norm auch erst geschaffen wurde, als der streitbetroffene Sachverhalt bereits eingetreten war. Die neuere Norm konnte mithin nicht als Vorbild für Art. 6 Abs. 1 lit. k StG dienen, bringt aber ein gemeinsames (buchungstechnisches) Fundament zum Ausdruck. Diese Auslegung von Art. 6 Abs. 1 lit. k StG, der die Ausnahme von einer Rechtsverkehrssteuer anordnet (vorne E. 2.2.1), wird der gebotenen formell-zivilrechtlichen Betrachtungsweise gerecht (vorne E. 2.2.3) und trägt dem Umstand Rechnung, dass stempelabgaberechtliche Normen weder ausdehnend noch einschränkend auszulegen sind (vorne E. 2.2.4). Dass es betriebswirtschaftlich unerheblich bleibt, ob das Agio "stehengelassen" oder zur Ausbuchung des Verlustvortrags herangezogen wird, ändert nichts. Entscheidend ist einzig, dass der Gesetzgeber eine Bedingung geschaffen hat, die nur als Pflicht zur Ausbuchung des Verlustvortrags verstanden werden kann, ansonsten sie inhaltslos bliebe.

3.4.

3.4.1. Zusammenfassend zeigt sich, dass Art. 6 Abs. 1 lit. k StG - neben den beiden hier unstrittigen Elementen (Sanierung, Leistung von höchstens zehn Millionen Franken; vorne E. 2.3.3) in buchungstechnischer Hinsicht die tatsächliche Ausbuchung des Verlustvortrags erfordert. Soweit Literaturstellen vorliegen, scheint die Doktrin gleicher Auffassung zu sein (Nordin/Wild, Komm. StG, a.a.O., N. 104m zu Art. 6 StG; so im Grundsatz wohl auch Stefan Oesterhelt/Susanne Schreiber,

Forderungsverzichte und andere Debt-Equity-Swaps, StR 75/2020, 438 ff., insb. 452). Sachlogisch ergibt sich daraus, dass dies in zeitlicher Hinsicht in jenem Zeitpunkt zu geschehen hat, in welchem die Sanierungsmassnahme zu verbuchen ist. Daran fehlt es vorliegend: Die Abgabepflichtige hat das Agio den Kapitaleinlagereserven gutgeschrieben und es folglich unterlassen, den Verlustvortrag rechtzeitig auszubuchen. Dies tat sie erst später, womit sie den gesetzlichen Anforderungen nicht (mehr) genügen konnte. Darauf ist sie zu behaften, weshalb sie den Anspruch auf die Ausnahme von der Emissionsabgabe verwirkt hat.

3.4.2. Die Möglichkeit, Kapitaleinlagereserven zu bilden (Art. 5 Abs. 1 bis VStG), führt zu keinem anderen Schluss. Im Lichte der getroffenen Auslegung stellt sich Art. 6 Abs. 1 lit. k StG als das speziellere Recht dar. Dieses geht der allgemeineren Norm vor. Wie in der Literatur zutreffend vorgebracht wird, obliegt es daher den Organen der Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft, "zwischen Emissionsabgabesparsnis einerseits und Bildung von Reserven aus Kapitaleinlagen andererseits" zu entscheiden (Oesterheld/Schreiber, a.a.O., 452). Diesen Entscheid haben sie spätestens zu treffen, sobald die Kapitaleinlage erfolgt und diese in der einen oder anderen Weise zu verbuchen ist.

4.

4.1. Die Beschwerde erweist sich damit als begründet. Sie ist gutzuheissen und das angefochtene Urteil insoweit aufzuheben, als die Vorinstanz den Freibetrag im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. k StG zugelassen hat.

4.2. Nach dem Unterliegerprinzip sind die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Art. 65 und Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BGG). Die Abgabepflichtige unterliegt. Der Eidgenossenschaft, die in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegt, ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 68 Abs. 3 BGG).

4.3. Zur Neuregelung der Kosten und Entschädigungen des vorinstanzlichen Verfahrens ist die Sache an das Bundesverwaltungsgericht zurückzuweisen (Art. 67 und 68 Abs. 5 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wird gutgeheissen. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. November 2021 wird aufgehoben, insoweit ein Freibetrag gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. k StG gewährt worden ist.

2.

Die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens von Fr. 6'000.- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

3.

Zur Neuregelung der Kosten und Entschädigungen des vorinstanzlichen Verfahrens wird die Sache an das Bundesverwaltungsgericht zurückgewiesen.

4.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten mitgeteilt.

Luzern, 7. September 2023

Im Namen der III. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Parrino

Der Gerichtsschreiber: Kocher