Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-1552/2006
{T 0/2}

Urteil vom 22. Juni 2009

Besetzung

Richter Michael Beusch (Vorsitz), Richter Pascal Mollard,
Richter Thomas Stadelmann,
Gerichtsschreiberin Sonja Bossart.

Parteien

X._____ AG, ...
vertreten durch ...,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV),
Hauptabteilung Direkte Bundessteuer,
Verrechnungssteuer, Stempelabgaben, Eigerstrasse 65,
3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Emissionsabgabe

Sachverhalt:

A.
Die vorerst unter einer anderen Firma ... ins Handelsregister eingetragene X. AG (X.) bezweckt gemäss Handelsregisterauszug (...). Am ... schloss sie mit der Y. einen Vertrag ab, dessen Ziel die vollständige Übernahme der Y. durch die X. war. Der vereinbarte Übernahmepreis von Fr. ...-- war den Y.-Aktionären dabei je zur Hälfte in X.-Aktien und in bar zu leisten. Der Zusammenschluss wurde mittels einer so genannten Dreiecksfusion ("Triangular Merger") vollzogen: Eine eigens zu diesem Zweck gegründete 100 % Tochtergesellschaft der X. (...) wurde mit der Y. verschmolzen. Deren Aktionäre erhielten für die Hingabe ihrer Aktien von der X. (über einen treuhänderisch tätigen "Exchange Agent") X.-Aktien im Wert von Fr. ....-- sowie eine Barabgeltung in insgesamt gleicher Höhe. Die für diesen Zusammenschluss benötigten und verwendeten ... X.-Aktien (...) stammten aus vier Quellen, so aus einer zu diesem Zweck vorgenommenen Kapitalerhöhung von Fr. ... (...), aus einem Bestand von Vorratsaktien (...), aus zurückgekauften eigenen Aktien (...) sowie aus mittels Wertschriftenleihe beschafften Titeln (...).

B.
Die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) betrachtet diese Abwicklung (aus näher dargelegten Gründen) als einen der Emissionsabgabe unterliegenden Vorgang. Es liege kein fusionsähnlicher Zusammenschluss vor, weshalb die in Art. 6 Abs. 1 Bst. a^{bis} des Bundesgesetzes vom 27. Juni 1973 über die Stempelabgaben (StG; SR 641.10; in der Fassung vom 4. Oktober 1991, AS 1993 222 ff.) vorgesehene Ausnahme von der Abgabepflicht nicht greife. Nach geführter Korrespondenz hielt sie mit Verfügung vom 6. Oktober 2003 fest, die X. schulde eine Emissionsabgabe von Fr. ...-- sowie einen Zins seit Fälligkeit in der Höhe von 5%.

C.
Die hiergegen erhobene Einsprache wies die ESTV mit Entscheid vom 27. Januar 2006 ab. Wohl sei die Kapitalbeschaffung anlässlich einer Fusion oder eines der Fusion wirtschaftlich gleichkommenden Zusammenschlusses von der Emissionsabgabe ausgenommen. Ob ein solcher emissionsabgabebefreiter fusionsähnlicher Zusammenschluss vorliege und nicht ein steuerbares Veräusserungsgeschäft, sei aus dem Blickwinkel der grundsätzlich emissionsabgabepflichtigen Gesell-

schaft zu beurteilen. Da indessen lediglich im Umfang der Neuemission und der Hingabe der Vorratsaktien der "effektive Wert bzw. der Nettoaktivenüberschuss der [...] in das Eigenkapital der X." eingeflossen sei, seien die Vorgaben der einschlägigen Richtlinien der ESTV für einen emissionsabgabebefreiten fusionsähnlichen Zusammenschluss, nämlich das Eingehen von mindestens 50% des effektiven Werts der übernommenen Gesellschaft ins Eigenkapital der übernehmenden Gesellschaft, nicht erfüllt. Auf der dergestalt (unter Angabe der Berechnungsweise) resultierenden Kapitalerhöhung sei deshalb die Emissionsabgabe geschuldet.

D.
Gegen diesen Entscheid erhob die X. (Beschwerdeführerin) am 27. Februar 2006 Beschwerde bei der Eidgenössischen Steuerrekurskommission (SRK). Sie beantragte die Aufhebung des Einspracheentscheids, die Feststellung, dass die streitbetroffene Transaktion von der Emissionsabgabe ausgenommen sei sowie die Zusprechung einer angemessenen Parteientschädigung. Sie hielt dafür, nach der massgebenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung liege ein fusionsähnlicher Zusammenschluss vor. Abgesehen davon, dass das zusätzliche Kriterium gemäss Verwaltungspraxis, wonach mindestens 50% des Werts der übernommenen Gesellschaft ins Eigenkapital der übernehmenden Gesellschaft eingehen müsse, von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung abweiche, sei von der Sichtweise der andienenden Aktionäre auszugehen. Ob die von diesen erhaltenen Aktien der übernehmenden Gesellschaft neu geschaffen worden seien oder aus anderen Quellen stammen würden, sei irrelevant.

Die ESTV schloss in ihrer Vernehmlassung vom 25. April 2006 auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Bis zum 31. Dezember 2006 unterlagen Einspracheentscheide der ESTV der Beschwerde an die SRK (Art. 39a StG, in der Fassung vom 4. Oktober 1991 [AS 1992 320], aufgehoben per 31. Dezember 2006). Das Bundesverwaltungsgericht übernimmt, sofern es zuständig ist, die Ende 2006 bei der SRK hängigen Rechtsmittel. Die Beurteilung erfolgt nach neuem Verfahrensrecht (Art. 53 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom

17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht [Verwaltungsgerichtsgesetz; VGG, SR 173.32]). Soweit das VGG nichts anderes bestimmt, richtet sich gemäss dessen Art. 37 das Verfahren nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021). Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Behandlung der Beschwerde sachlich wie funktionell zuständig (Art. 31 und 33 Bst. d VGG).

2.

2.1 Nach dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit bedarf jedes staatliche Handeln einer gesetzlichen Grundlage (Art. 5 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]). Inhaltlich gebietet das Gesetzmässigkeitsprinzip, dass staatliches Handeln insbesondere auf einem Rechtssatz (generell-abstrakter Struktur) von genügender Normstufe und genügender Bestimmtheit zu beruhen hat (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, S. 120; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich et al. 2006, N. 381, 386, 396).

2.2 Im Schweizer Steuerrecht kommt dem Legalitätsprinzip herausragende Bedeutung zu. Bereits auf Verfassungsebene ist festgehalten, dass die Ausgestaltung der Steuern, namentlich der Kreis der Steuerpflichtigen, der Gegenstand der Steuer und deren Bemessung in den Grundzügen im Gesetz selbst zu regeln sind (Art. 127 Abs. 1 BV), wobei unter dem Terminus "Gesetz" das sog. Gesetz im formellen Sinn zu verstehen ist (vgl. auch anstelle vieler BGE 128 II 112 E. 5). Wenngleich das Gesetz genügend bestimmt sein muss, so dass die den Rechtsunterworfenen treffenden (Steuer-)Pflichten hinreichend voraussehbar sind, so ist es unmöglich, Gesetze zu erlassen, aus denen die Lösung für jede denkbare Konstellation logisch zwingend abgeleitet werden könnte. Die Konkretisierung einer Norm im Hinblick auf einzelne Lebenssachverhalte als Teil der Gesetzesanwendung geschieht alsdann durch Auslegung. Deren Ziel ist die Ermittlung des Sinngehalts der Bestimmung. Ausgangspunkt jeder Auslegung ist dabei der Wortlaut, doch kann dieser nicht allein massgebend sein. Vom Wortlaut kann abgewichen werden, wenn triftige Gründe für die Annahme bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Vorschrift wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte, aus Sinn und Zweck der Norm oder aus dem Zusammenhang mit anderen Gesetzesbestimmungen ergeben. Das Bundesgericht hat sich bei der

Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen (vgl. anstelle vieler BGE 131 II 13 E. 7.1 S. 31 mit Hinweisen; vgl. auch [allgemein] THOMAS GÄCHTER, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, Zürich etc. 2005, 69 ff., 254 ff.; [steuerrechtsspezifisch] PETER LOCHER, Rechtsmissbrauchsüberlegungen im Recht der direkten Steuern der Schweiz, Archiv für Schweizerisches Abgaberecht [ASA] 75 S. 683 ff.). Sind mehrere Lösungen denkbar, ist jene zu wählen, die der Verfassung entspricht. Allerdings findet die verfassungskonforme Auslegung – selbst bei festgestellter Verfassungswidrigkeit – im klaren Wortlaut und Sinn einer Gesetzesbestimmung ihre Schranke (Art. 190 BV; BGE 131 II 710 E. 4.1; BVGE 2007/41 E. 4.2). Sodann besteht nachgelagert zum richtig ausgelegten Gesetz Raum für generell abstrakte Gesetzeskonkretisierungen in Form "exekutivisch-administrativen Ergänzungsrechts" (GIOVANNI BIAGGINI, Die vollzugslenkende Verwaltungsverordnung: Rechtsnorm oder Faktum?, Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 98/1997 S. 13).

2.3 Verwaltungsverordnungen (Merkblätter, Richtlinien, Kreisschreiben etc.) sind Meinungsäusserungen der Verwaltung über die Auslegung der anwendbaren Gesetzesbestimmungen. Sie dienen der Sicherstellung einer einheitlichen, gleichmässigen und sachrichtigen Praxis des Gesetzesvollzugs (BVGE 2007/41 E. 4.1; MICHAEL BEUSCH, Was Kreisschreiben dürfen und was nicht, veröffentlicht in Der Schweizer Treuhänder [ST] 2005 S. 613 ff.). Als solche sind sie für die als eigentliche Adressaten figurierenden Verwaltungsbehörden verbindlich, wenn sie nicht klarerweise einen verfassungs- oder gesetzeswidrigen Inhalt aufweist (MICHAEL BEUSCH, in: Martin Zweifel/Peter Athanas [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Teil I/Bd. 2b, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer [DBG], 2. Aufl., Basel 2008, ad Art. 102 Rz. 15 ff.). Nicht verbindlich sind Verwaltungsverordnungen, welche keine von der gesetzlichen Ordnung abweichenden Bestimmungen enthalten dürfen, dagegen für die Justizbehörden, deren Aufgabe es ist, die Einhaltung von Verfassung und Gesetz im Einzelfall zu überprüfen (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.173 f.). Die Gerichtsbehörden sollen Verwaltungsverordnungen bei ihrer Entscheidung allerdings mitberücksichtigen, sofern diese eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Dies gilt um so mehr, als es nicht ihre Aufgabe ist, als Zweitinterpreten des der Verwaltungsverordnung zugrunde liegenden Erlasses eigene Zweckmässigkeitsüberlegungen

an die Stelle des Vollzugskonzepts der zuständigen Behörde zu setzen (zum Ganzen statt vieler: BGE 126 II 275 E. 4, BGE 123 II 16 E. 7a; BVGE 2007/41 E. 3.3, Entscheid der SRK vom 28. Juni 2005, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 69.125 E. 3b mit Hinweisen). Von selbst versteht sich angesichts der herausragenden Bedeutung, welche dem Legalitätsprinzip im Schweizer Steuerrecht zukommt, bei alledem, dass eine Verwaltungsverordnung unter keinen Umständen alleinige Grundlage für die wie auch immer ausgestaltete steuerliche Erfassung eines Sachverhalts darstellen kann (BVGE 2007/41 E. 4.1).

3.

Der Bund erhebt Stempelabgaben u.a. auf der entgeltlichen und unentgeltlichen Begründung und Erhöhung des Nennwerts von Beteiligungsrechten in Form von Aktien inländischer Aktiengesellschaften (Art. 5 Abs. 1 Bst. a StG). Die Abgabeforderung entsteht bei Aktien im Zeitpunkt der Eintragung der Begründung oder der Erhöhung der Beteiligungsrechte im Handelsregister (Art. 7 Abs. 1 Bst. a StG), bei Beteiligungsrechten, die im Verfahren der bedingten Kapitalerhöhung begründet werden, im Zeitpunkt ihrer Ausgabe (Art. 7 Abs. 1 Bst. a^{bis} StG). Die Abgabe auf Beteiligungsrechten beträgt ein Prozent und wird bei deren Begründung und Erhöhung berechnet vom Betrag, welcher der Gesellschaft als Gegenleistung für die Beteiligungsrechte zufliesst, mindestens aber vom Nennwert (Art. 8 Abs. 1 Bst. a StG). Bei Einlagen von Sachgütern ist der Verkehrswert im Zeitpunkt ihrer Einbringung massgebend (Art. 8 Abs. 3 StG). Erfolgt der Zufluss über pari, also über dem Nennwert, sind dabei Emissionsspesen und Abgabe selbst abzugsfähig (Jean-Blaise Eckert/Jérôme Piguet, in Oberson/Hinny, Kommentar Stempelabgaben, Zürich 2006 [Kommentar StG], ad Art. 8 N 2 ff.). Abgabesubjekt ist u.a. die zur Begründung oder Erhöhung von Beteiligungsrechten in Form von Aktien schreitende inländische Aktiengesellschaft (Art. 10 Abs. 1 StG), u.a. also diejenige, welche im Inland statutarischen Sitz hat oder als Unternehmen im inländischen Handelsregister eingetragen ist (Art. 4 Abs. 1 StG).

Ausgenommen von der Emissionsabgabe sind Beteiligungsrechte, die in Durchführung von Beschlüssen über Fusionen oder diesen wirtschaftlich gleichkommende Zusammenschlüsse, Umwandlungen und (Auf-)Spaltungen insbesondere von Aktiengesellschaften, begründet oder erhöht werden (Art. 6 Abs. 1 Bst. a^{bis} StG). Konkretisiert wird diese Regelung durch die von der ESTV herausgegebenen "Richtlinien

für die Anwendung von Art. 6 Abs. 1 Bst. a^{bis} StG" vom April 1997 (veröffentlicht in ASA 66 S. 210 ff.; nachfolgend: Richtlinien 1997) sowie – als Präzisierung der bisherigen Praxis bezeichnet – im "Merkblatt betreffend Anwendung von Art. 6 Abs. 1 Bst. a^{bis} des Bundesgesetzes über die Stempelabgaben (StG)" vom Mai 2001 (veröffentlicht in ASA 70 S. 83; nachfolgend: Merkblatt 2001). Schliesslich finden sich Ausführungen im dieses ablösenden Kreisschreiben Nr. 5 "Umstrukturierungen" der ESTV vom 1. Juni 2004 (vgl. den Hinweis in ASA 73 S. 203; nachfolgend: Kreisschreiben 2004).

4.

4.1 Im Streit liegt zwischen den Parteien, ob überhaupt eine Emissionsabgabeforderung entstanden ist. Zu Recht unumstritten ist dabei, dass die von der X. vorgenommene Emission von ... Namenaktien à nominal Fr. ...-- zum Kurswert von Fr. ... sowie die Schaffung von ... Vorratsaktien à nominal Fr. ....-- zum Kurswert von Fr. ... an sich der Emissionsabgabe unterliegt. Fraglich ist indessen, ob die objektive Steuerbefreiung von Art. 6 Abs. 1 Bst. a^{bis} StG greift, wonach von der Emissionsabgabe diejenigen Beteiligungsrechte ausgenommen sind, die in Durchführung von Beschlüssen über Fusionen oder diesen wirtschaftlich gleichkommende Zusammenschlüsse begründet oder erhöht werden.

Unbestritten ist im Rahmen dieser Fragestellung, dass im hier zu beurteilenden Sachverhalt keine Fusion stattgefunden hat. Ebenfalls unbestritten ist sodann, dass der Fusion wirtschaftlich gleichkommende Zusammenschlüsse (fusionsähnliche Zusamenschlüsse) grundsätzlich auch in Dreieckskonstellationen gegeben sein könnten. Umstritten ist indessen, ob der vorliegende Fall in seiner konkreten Ausgestaltung als von der Abgabepflicht ausgenommener fusionsähnlicher Zusammenschluss im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Bst. a^{bis} StG zu betrachten sei.

Ob dies der Fall ist, beurteilt sich nach dem zum Zeitpunkt des (umstrittenen) Entstehens der Emissionsabgabeforderung geltenden Recht, also nach demjenigen, das am 8. Dezember 2000 in Kraft stand. Gleiches gilt für das gesetzeskonkretisierende Ergänzungsrecht und grundsätzlich auch für die (schriftlich in Form von Verwaltungsverordnungen zusammengefasste) Praxis der Steuerbehörden.

4.2 Die ESTV hält dafür, ein fusionsähnlicher Zusammenschluss sei nur zu bejahen, wenn ein Teil der wirtschaftlich übernommenen Beteiligungsrechte in das Eigenkapital der übernehmenden Gesellschaft ein-

fliesse, da ansonsten ein Kaufgeschäft vorliege. Was das konkret bedeute, sei in den Richtlinien 1997 dargelegt. So seien kumulativ vier Voraussetzungen zu erfüllen, darunter diejenige, wonach die veräussernden Gesellschafter oder Genossenschafter der übernommenen Gesellschaft mit Beteiligungsrechten der übernehmenden Gesellschaft oder Genossenschaft abgegolten werden müssten. Den Veräusserern dürfe dabei maximal 50% des effektiven Werts der in die aufnehmende Gesellschaft oder Genossenschaft überführten Beteiligungsrechte gutgeschrieben oder ausbezahlt werden. Dies bedeute nach dem präzisierenden Merkblatt 2001, dass mindestens 50% des effektiven Werts der Sacheinlage bzw. Sachübernahme ins Eigenkapital der übernehmenden Gesellschaft eingehen müsse, sei dies in Form von Kapital oder von (offenen oder stillen) Reserven. Dies sei vorliegend nicht geschehen. Betrachte man nämlich den Sachverhalt aus der einzig massgebenden Optik der Kapital schaffenden, übernehmenden Gesellschaft, so erkenne man, dass nur im Umfang der Neuemission und der Hingabe der Vorratsaktien der effektive Wert bzw. der Nettoaktivenüberschuss der übernommenen Gesellschaft indirekt in das Eigenkapital der Beschwerdeführerin als übernehmender Gesellschaft geflossen sei. Im Halte der übrigen, auf dem Markt durch Rückkauf eigener Aktien oder mittels Wertschriftenleihe beschaffter Titel dagegen, sei dem Wertzufluss ein vorgängiger Abfluss an bestehenden Mitteln in gleicher Höhe gegenübergestanden. Damit habe es sich aus der (wie erwähnt einzig massgebenden) Optik der Beschwerdeführerin diesbezüglich um einen Barerwerb gehandelt, und da dieser Anteil insgesamt (aufgrund näher dargelegten Berechnungen) 83,91% und so mehr als 50% betrage, greife die in den Richtlinien statuierte "safe haven rule" nicht. Die Kapitalerhöhung der Beschwerdeführerin aus Emission von Aktien und die Hingabe von Vorratsaktien könnten damit nicht als im Rahmen eines fusionsähnlichen Zusammenschlusses erfolgt gelten, weshalb die Ausnahmebestimmung von Art. 6 Abs. 1 Bst. a^{bis} StG nicht zur Anwendung gelange.

4.3 Demgegenüber vertritt die Beschwerdeführerin die Auffassung, es liege ein von der Emissionsabgabe ausgeschlossener fusionsähnlicher Zusammenschluss im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Bst. a^{bis} StG vor. Dies ergebe sich vorab bereits aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Was sodann das in Bezug auf die einschlägigen Richtlinien und Merkblätter der ESTV einzig umstrittene Kriterium der Abfindung der Aktionäre der übernommenen Gesellschaft betreffe, welche zu mindestens 50% mit Beteiligungsrechten der übernehmenden Gesellschaft erfol-

gen müsse, sei dieses Kriterium offensichtlich auf die Sichtweise der andienenden Aktionäre ausgerichtet und vorliegend erfüllt. Nicht zulässig sei dabei das durch die ESTV zusätzlich eingeführte Kriterium, vom Wert der übernommenen Gesellschaft müssten mindestens 50% in das Eigenkapital der übernehmenden Gesellschaft eingehen. Selbst wenn indes darauf abzustellen wäre, so wäre das entsprechende Kriterium erfüllt, da sich das Eigenkapital der Beschwerdeführerin im Ausmass von 50% der übernommenen Gesellschaft erhöht habe. Was sodann das von der ESTV aufgestellte Erfordernis, wonach der Nettoaktivenüberschuss der übernommenen Gesellschaft in das Eigenkapital der übernehmenden Gesellschaft einfliessen müsse, bedeuten solle, sei weder ersichtlich noch begründet. Unter diesen Umständen könne offen bleiben, ob sich die Verwaltungspraxis zwischen dem Zeitpunkt der Publikation der Richtlinien 1997 und dem Erlass des Merkblattes 2001 geändert habe. Immerhin sei darauf hingewiesen, dass sowohl die Richtlinien 1997 wie auch das Merkblatt 2001 gegenüber der diesen vorangehenden Praxis zusätzliche, einschränkende Kriterien geschaffen hätten, welche – sofern nicht in Einklang mit Gesetz und bundesgerichtlicher Rechtsprechung – nicht gesetzmässig seien. Dies wäre nicht zu beanstanden, wenn die Richtlinien 1997 tatsächlich auch heute noch als so genannte "safe haven rules" verstanden würden; dies sei indessen nicht der Fall.

4.4

4.4.1 Vorliegend umstritten ist damit die Frage, ob die Beteiligungsrechte geschaffen wurden, um einen im Sinn von Art. 6 Abs. 1 Bst. a^{bis} StG befreiten fusionsähnlichen Zusammenschluss zu vollziehen. Wann von einem solchen auszugehen ist, lässt sich grundsätzlich bereits der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum damaligen (inhaltlich für die vorliegend interessierenden Fragen dem ab 1. April 1993 in Kraft stehenden Art. 6 Abs. 1 Bst. a^{bis} StG entsprechenden) Art. 9 Abs. 1 Bst. a StG entnehmen. Eine fusionsgleiche Wirkung kann etwa erzielt werden durch das Einbringen von Aktien bestehender Gesellschaften in eine aufnehmende Gesellschaft, beispielsweise eine Holdinggesellschaft. Dabei wird der Aktionär, der die gesamte oder die beherrschende Beteiligung an seiner Gesellschaft in die aufnehmende Gesellschaft einbringt, mit Aktien der aufnehmenden Gesellschaft entschädigt. Die Tätigkeit der Gesellschaft anderseits wird derart organisiert, dass fusionsgleiche Wirkungen erzielt werden. Die aufnehmende Gesellschaft beschränkt sich nicht darauf, Beteiligungsrechte innezuhaben und Dividenden zu beziehen; sie richtet ihre Tätigkeit so aus, dass die inte-

grierten, aber selbständig gebliebenen Gesellschaften einheitlich gelenkt werden. Massgebend für den Eintritt einer wirtschaftlich der Fusion gleichkommenden Vereinigung ist, dass die Gesellschaften, die bei echter Fusion in die aufnehmende Gesellschaft überführt würden, zwar rechtlich als solche bestehen bleiben, aber wirtschaftlich von einer einzigen Stelle aus geleitet werden und sich die aus der Fusion erwarteten günstigen wirtschaftlichen Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit, die den Grund der Privilegierung bildet, ergeben, wie effektivere Leitung, Ersparnis von Verwaltungskosten, leichtere Kreditbeschaffung u.a.m. Sind diese Wirkungen beabsichtigt oder zu erwarten, hat der Zusammenschluss wirtschaftlich grundsätzlich die gleichen Wirkungen wie eine Fusion. Sodann muss die übernehmende Gesellschaft in der Lage sein, die integrierten Gesellschaften in absoluter Weise zu beherrschen, was eine Mehrheit von mindestens zwei Drittel der Stimmrechte voraussetzt. Schliesslich müssen die betroffenen Gesellschaften wirtschaftlich aktiv sein (BGE 102 Ib 140; Entscheid der SRK vom 26. August 2004, veröffentlicht in VPB 69.5 E. 3a [zu Art. 6 Abs. 1 Bst. a^{bis} StG], mit weiteren Hinweisen). Auf die Motive des Zusammenschlusses kommt es dabei nicht an (FRANÇOIS IMBACH, Traitement des fusions et opérations assimilées en matière de droit de timbre fédéral d'émission, ASA 51 S. 10). Zentrales Abgrenzungskriterium zum Unternehmenskauf ist bei alledem, dass die das Wesen eines fusionsähnlichen Zusammenschlusses ausmachende kapitalmässige Bindung der Aktionäre der übernommenen Gesellschaft bestehen bleibt, weshalb diese mit Aktien der übernommenen Gesellschaft abzufinden sind (MAX KRAMER, Fusionen und fusionsähnliche Zusammenschlüsse im Bereich der Emissionsabgabe, ASA 57 S. 15, 19).

4.4.2 Nichts der bisherigen Rechtsprechung und den von den Parteien angerufenen Präjudizien entnommen werden kann indessen zur Frage, wie gross der Anteil der Entschädigung mit Aktien der aufnehmenden Gesellschaft sein muss, damit noch ein fusionsähnlicher Zusammenschluss vorliegt und der dergestalt emissionsabgaberechtlich privilegierte Sachverhalt nicht zum schlichten Unternehmenskauf mutiert, und diejenige, ob es eine Rolle spiele, aus welcher Quelle die den Gesellschaftern der übernommenen Gesellschaft angedienten Aktien der übernehmenden Gesellschaft stammen. Bei den Präjudizien wurden nämlich immer nur ausschliesslich zu diesem Zweck geschaffene Aktien der übernehmenden Gesellschaft abgegeben, welche von den Aktionären der übernommenen Gesellschaft durch Sacheinlage der Aktien der übernommenen Gesellschaft liberiert wurden.

4.4.3 Keine abschliessende Klärung der zu beantwortenden Fragen bringt die ursprüngliche ratio legis der auszulegenden Bestimmung von Art. 6 Abs. 1 Bst. a^{bis} StG, wonach Fusionen und fusionsähnliche Zusammenschlüsse begünstigt werden und die mehrfache Belastung durch die schweizerische Emissionsabgabe vermieden werden sollen (BGE 102 Ib 140 E. 3b; bestätigt etwa in ASA 72 S. 170 E. 4.1). Keine weiteren Hinweise lassen sich auch aus dem Umstand gewinnen, dass verschiedenen späteren Gesetzesänderungen das letztgenannte Ziel, Mehrfachbelastungen mit der Emissionsabgabe zu verhindern, nicht mehr zugrunde lag, sondern dass es nur noch darum ging, Umstrukturierungen – auch mit Auslandsbezug – als solche nicht durch Abgaben zu behindern (vgl. etwa André Serge Wirz, Die Quasifusion von Aktiengesellschaften im schweizerischen Steuerrecht, Diss. St. Gallen, Hallstadt 1997, S. 244). Den Materialien dagegen kann immerhin entnommen werden, dass als Beispiel für einen fusionsähnlichen Sachverhalt der Fall genannt wird, wonach eine Aktiengesellschaft gemäss (dem damaligen) Art. 181 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) Aktiven und Passiven einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder einer Genossenschaft gegen Ausgabe neuer Beteiligungsrechte übernehme (BBl 1972 II 1294; vgl. auch BGE 112 Ib E. 3b). Weiter wird ausgeführt, die emissionsabgaberechtliche Privilegierung (durch den damaligen Art. 9 Abs. 1 Bst. a StG) solle "natürlich nur für Beteiligungsrechte gelten, die von der aufnehmenden Gesellschaft beim Zusammenschluss neu geschaffen und den Gesellschaftern der aufgenommenen Unternehmung zugeteilt werden, dagegen nicht auch für nebenhergehende Kapitalerhöhungen der aufnehmenden Gesellschaft für ihre alten Aktionäre" (BBl 1972 II 1294).

4.4.4 Uneinheitlich beantwortet werden die massgebenden Fragen auch in der nach dem Leitentscheid BGE 102 Ib 140 erschienenen Literatur, soweit sich diese dazu äussert. Die von der Vorinstanz herangezogenen Literaturstellen befassen sich zwar nicht alle ausdrücklich mit der vorliegend interessierenden emissionsabgabrechtlichen Frage. Ihnen kann indessen – nur, aber immerhin – entnommen werden, dass bei einem fusionsähnlichen Zusammenschluss die übernehmende Gesellschaft zum Zweck der Übernahme Aktien schafft, welche den Aktionären der übernommenen Gesellschaft zur Abgeltung von deren Aktien übertragen werden (Urs R. Behnisch, Die Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften, Basel 1996, S. 214 f.). Behnisch weist a.a.O. sodann (unter einkommenssteuerrechtlichen Gesichtspunkten) darauf hin, bei einer Abfindung der Aktionäre der übernommenen Gesell-

schaft in bar liege eine echte Realisierung und keine Quasifusion vor. Auch REICH hält dafür, ein fusionsähnlicher Zusammenschluss werde "meistens derart abgewickelt, dass die aufnehmende Gesellschaft eine Kapitalerhöhung unter Verzicht auf das Bezugsrecht ihrer Aktionäre" vornehme (MARKUS REICH, in Reich/Duss, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996, S. 288). REICH führt weiters aus, wie die Absorption von Parallelgesellschaften müsse "sich auch der fusionsgleiche Zusammenschluss im Sinne des Art. 6 Abs. 1 Bst. a^{bis} StG deutlich vom schlichten Unternehmenskauf abheben. Die Übernahme muss auf dem Weg der Sacheinlage vollzogen werden", wobei höchstens 50% des Werts der übernommenen Beteiligungsrechte in anderer Form als mit Aktien der aufnehmenden Gesellschaft abgefunden werden dürften (REICH, a.a.O., S. 295). Auf diese 50% Grenze nimmt auch das von den Parteien nicht herangezogene Werk von WIRZ Bezug, der ausführt, die Praxis der ESTV, wonach Barabfindungen bis zu 50% des Verkehrswertes der in die aufnehmende Gesellschaft eingebrachten Aktien betragen dürften, sei als grosszügig zu bewerten (WIRZ, a.a.O., S. 16 f., 245).

Zur Frage, ob es eine Rolle spiele, aus welcher Quelle die den Gesellschaftern der übernommenen Gesellschaft angedienten Aktien der übernehmenden Gesellschaft stammten, äussert sich als einziger der vorerwähnten Autoren WIRZ, der festhält, die Schaffung neuer Anteile der übernehmenden Gesellschaft mittels Kapitalerhöhung sei dann notwendig, wenn diese nicht bereits über genügende Bestände an eigenen Aktien verfüge (WIRZ, a.a.O., S. 25, 31 f.). In die gleiche Richtung – wenn auch an sich nicht auf den vorliegend interessierenden Zeitraum bezogen – gehen sodann die Aussagen von HINNY. Ausgehend vom Kreisschreiben 2004 nennt auch dieser Autor das Erfordernis, dass höchstens 50% des effektiven Werts der übernommenen Beteiligungsrechte gutgeschrieben oder ausbezahlt werden darf. Das – so HINNY – im Kreisschreiben 2004 ebenfalls enthaltene Erfordernis, wonach die übernehmende Gesellschaft die auszugebenden Beteiligungsrechte (ausschliesslich) im Rahmen einer Kapitalerhöhung unter Ausschluss der Bezugsrechte der bisherigen Aktionäre schaffen müsse, finde indessen weder im Gesetz noch in den Materialien eine Stütze. Es müsste "durchaus auch möglich sein, dass dazu eigene Aktien verwendet werden, die sich bereits vorher im Besitz der übernehmenden Gesellschaft befanden" (PASCAL HINNY, Kommentar StG, a.a.O., N 90 f. zu Art. 6). In diesem grundsätzlichen Sinn – wenngleich ebensowenig den vorliegend interessierenden Zeitraum betreffend und

auch nicht ausdrücklich auf das Emissionsabgaberecht Bezug nehmend – äussert sich schliesslich auch JUNG. Es sei unerheblich, ob der Anteilsinhaber der übernommenen Gesellschaft "seine bisherige Investition mit neuen (Primary Shares) oder alten (Secondary Shares) Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten an der erwerbenden Gesellschaft" fortsetze (MARCEL R. JUNG, Steuerneutrale Unternehmens-Umstrukturierungen im harmonisierten Steuerrecht, Basel etc. 2004, Rz. 366).

4.5

4.5.1 Angesichts des Umstands, dass weder der einschlägigen Rechtsprechung (BGE 102 Ib 140) noch den Gesetzesmaterialien bzw. der ratio legis von Art. 6 Abs. 1 Bst. a^{bis} StG klar die Antwort auf die Frage entnommen werden kann, wie gross der Anteil der Entschädigung mit Aktien der aufnehmenden Gesellschaft sein muss, damit noch ein fusionsähnlicher Zusammenschluss vorliegt und ob es eine Rolle spiele, aus welcher Quelle die den Gesellschaftern der übernommenen Gesellschaft angedienten Aktien der übernehmenden Gesellschaft stammen (vgl. oben E. 4.4.2 f.), war die ESTV ohne weiteres berechtigt, ihre Auffassung der relevanten Fragen in einer Verwaltungsverordnung kund zu tun. Diese grundsätzliche Befugnis der Verwaltungsbehörden entbindet das Gericht indessen selbstverständlich nicht davon, die Einhaltung von Verfassung und Gesetz im Einzelfall zu überprüfen (vgl. oben E. 2.2).

4.5.2 Ausgehend von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der zutreffenden und diesbezüglich einhelligen Auffassung der Lehre, wonach fusionsähnliche Zusammenschlüssen vom schlichten Unternehmenskauf abgegrenzt werden müssen, gelangt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, das in den Richtlinien 1997 enthaltene Erfordernis, wonach den Aktionären der übernommenen Gesellschaft höchstens 50% des effektiven Werts der übernommenen Beteiligungsrechte gutgeschrieben oder ausbezahlt werden dürfe, gebe den richtigen Sinn von Art. 6 Abs. 1 Bst. a^{bis} StG wieder (vgl. oben E. 4.4). Nur dergestalt kann nämlich die das Wesen eines fusionsähnlichen Zusammenschlusses ausmachende kapitalmässige Bindung der Aktionäre der übernommenen Gesellschaft noch hinreichend sichergestellt werden (KRAMER, a.a.O., S. 15, 19; WIRZ, a.a.O., S. 16 f.; bis 1987 betrug der von der Verwaltung höchstens zugelassen Bar-Anteil gar nur 25% des effektiven Werts der übernommenen Beteiligungsrechte; vgl. WIRZ, a.a.O., S. 245 Fn. 908). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin kann denn auch diesbezüglich von einem Widerspruch der

Richtlinien 1997 zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht gesprochen werden.

4.5.3 Zu prüfen bleibt damit, ob die Herkunft der hingegebenen Aktien eine Rolle spielt. Die ESTV leitet ihre Ansicht, die hingegebenen Aktien müssten mit einer Kapitalerhöhung geschaffen worden sein, aus dem im Merkblatt 2001 ausdrücklich enthaltenen Kriterium her, es müssten mindestens 50% des effektiven Werts der Sacheinlage bzw. der Sachübernahme "in das Eigenkapital der übernehmenden Gesellschaft eingehen, sei dies in Form von Kapital oder von (offenen oder stillen) Reserven". Hiezu ist vorab zu bemerken, dass allein diesem Wortlaut nicht entnommen werden kann, die den Aktionären der übernommenen Gesellschaft hingegebenen Aktien der übernehmenden Gesellschaft hätten eigens zu dem Zweck neu emittiert werden oder aus Vorratsaktien stammen müssen. Ob die im Einspracheentscheid vertretene Auffassung der ESTV bereits im Merkblatt enthalten ist oder nicht, ist indessen nicht massgeblich; sie findet jedenfalls im auszulegenden Art. 6 Abs. 1 Bst. a^{bis} StG keine hinreichende Stütze und kann weder dem Wortlaut der Bestimmung, den dessen Erlass vorangehenden Materialien noch der ratio legis der Privilegierung fusionsähnlicher Zusammenschlüsse entnommen werden. Klar ist – nur, aber immerhin – dass alle in Durchführung von Beschlüssen über Fusionen oder diesen wirtschaftlich gleichkommende Zusammenschlüsse begründeten Beteiligungsrechte den Aktionären der übernommenen Gesellschaft hingegeben werden müssen (vgl. BBl 1972 II 1274; vgl. oben E. 4.5). Daraus kann umgekehrt aber nicht geschlossen werden, alle Aktien, die hingegeben werden, müssten eigens hiefür geschaffen werden. Solches lässt sich denn auch den von der Vorinstanz erwähnten Literaturstellen nicht entnehmen. Entscheidend ist, dass für die Annahme eines fusionsähnlichen Zusammenschlusses und die hierfür nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zentrale notwendige Sicherstellung der kapitalmässigen Bindung der abgefundenen Aktionäre der übernommenen Gesellschaft die Herkunft der hingegebenen Aktien irrelevant ist und der Umfang des vorgängigen Abflusses von Barmitteln bei der übernehmenden Gesellschaft keine Rolle spielt.

Offen bleiben kann angesichts der mangelnden Relevanz der Herkunft der hingegebenen Aktien, ob – wie die Vorinstanz geltend macht – das entsprechende Kriterium im Merkblatt 2001 bzw. die daraus fliessende Auffassung der ESTV bloss eine Wiedergabe der ohnehin bereits vorher und damit auch im für den vorliegenden Fall massgebenden Zeit-

punkt geübten Praxis dargestellt habe. Angemerkt sei lediglich, dass zwar nicht ausgeschlossen ist, dass sich dies bereits aus dem relevanten Passus "durch Ausgabe neuer Beteiligungsrechte" im sacheinschlägigen Titel der Richtlinien 1997 ergeben könnte, dies angesichts der widersprüchlichen Ausführungen im Begleittext zum Merkblatt 2001 aber keineswegs restlos klar erscheint ("Seit der letzten Überarbeitung vom April 1997 hat sich die Praxis weiterentwickelt." bzw. "Das vorliegende Merkblatt über die Anwendung von Art. 6 Abs. 1 Bst. a^{bis} StG präzisiert lediglich die geltende Praxis und findet deshalb sofort Anwendung"). So oder anders ist nämlich wie aufgezeigt das Erfordernis der ESTV, die hingegebenen Aktien müssten eigens durch eine Kapitalerhöhung geschaffen worden sein, bundesrechtswidrig, womit sich Ausführungen zu den von der Beschwerdeführerin eventualiter gemachten weiteren Vorbringen ebenso wie solche zur "Rückwirkung" der Praxispräzisierung oder -änderung im Merkblatt 2001 erübrigen. Die Beschwerde ist vollumfänglich gutzuheissen.

5.

5.1 Bei diesem Verfahrensausgang sind der obsiegenden Beschwerdeführerin und der Vorinstanz keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 VwVG). Der einbezahlte Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 10'000.-- ist der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheides zurückzuerstatten.

5.2 Im Übrigen hat die Vorinstanz die obsiegende Beschwerdeführerin für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten zu entschädigen. Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung und allfällige weitere Auslagen der Partei, inklusive Mehrwertsteuer. Das Gericht setzt die Parteientschädigung aufgrund der eingereichten Kostennoten oder, mangels Einreichung einer solchen, aufgrund der Akten fest. Das Anwaltshonorar wird dabei nach dem notwendigen Zeitaufwand bemessen, wobei der Stundenansatz mindestens Fr. 200.-- und höchstens Fr. 400.-- beträgt. Die Auslagen der Vertretung werden aufgrund der tatsächlichen Kosten ausbezahlt (Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG; Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Mit Kostennote vom 31. Januar 2009 hat die Beschwerdeführerin für das vorliegende Beschwerdeverfahren einen Zeitaufwand von 39 Stunden, gemäss den aufgeführten Ansätzen einem Honorar von Fr. 30'210.-- entsprechend, geltend gemacht. Während die Anzahl der

geltend gemachten Stunden im Lichte der durch das Bundesverwaltungsgericht mit Zurückhaltung erfolgenden Überprüfung der Notwendigkeit nicht zu beanstanden sind (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., N. 4.86), ist trotz Vorliegen einer Streitigkeit mit Vermögensinteresse im Sinn von Art. 10 Abs. 3 VGKE in der vorliegenden Sache nicht ersichtlich, weshalb der grundsätzlich vorgesehene Maximalsatz von Fr. 400.-- pro Stunde zusätzlich erhöht werden sollte. Dementsprechend ist von einem zu entschädigenden Honorar von Fr. 15'600.-- auszugehen. Die geltend gemachten Auslagen in Höhe von Fr. 240.70 erscheinen als sodann als angemessen. Damit resultiert letztlich eine Parteientschädigung von Fr. 17'044.60 (inkl. Mehrwertsteuer).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Einspracheentscheid der ESTV vom 27. Januar 2006 wird aufgehoben und es wird festgestellt, dass die Beschwerdeführerin die ihr in diesem auferlegte Emissionsabgabe von Fr. ....-- nicht schuldet.

2.
Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 10'000.-- wird ihr nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids zurückerstattet.

3.
Die Vorinstanz wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 17'044.60 zu bezahlen.

4.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (...; Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter: Die Gerichtsschreiberin:

Michael Beusch Sonja Bossart

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: