Urteilskopf

102 Ib 140

25. Urteil vom 14. Mai 1976 i.S. M. Holding AG gegen Eidg. Steuerverwaltung
Regeste (de):
Stempelabgaben: Emissionsabgaben auf Beteiligungsrechten, die in Durchführung von Beschlüssen über Fusionen wirtschaftlich gleichkommende Zusammenschlüsse begründet oder erhöht werden (Art. 5 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 9 Abs. 1 lit. a StG).

- Begriff des wirtschaftlich einer Fusion gleichkommenden Zusammenschlusses;

- Voraussetzungen für die Annahme fusionsgleicher Verhältnisse.

Regeste (fr):
Droit de timbre: Timbre d'émission prélevé sur des droits de participation qui sont créés ou augmentés en application de décisions de concentration équivalant économiquement à une fusion (art. 5 al. 1 lettre a, combiné avec l'art. 9 al. 1 lettre a LT).

- Notion de concentration équivalant économiquement à une fusion;

- Conditions pour l'admission de faits équivalant à une fusion.

Regesto (it):
Tasse di bollo: tassa d'emissione riscossa su diritti di partecipazione creati od aumentati in applicazione di decisioni relative a riunioni aventi economicamente carattere di fusione (art. 5 cpv. 1 lett. a, in relazione con l'art. 9 cpv. 1 lett. a LTB).

- Nozione di riunione avente economicamente carattere di fusione;

- Presupposti di tali riunioni.

Sachverhalt ab Seite 140

BGE 102 Ib 140 S. 140

M., seine Ehefrau und sein Sohn gründeten die M. Holding AG (Beschwerdeführerin) mit einem Aktienkapital von Fr. 50'000.–. Die AG bezweckt die Beteiligung an anderen Unternehmungen des In- und Auslandes, kann im In- und Ausland Grundstücke erwerben, belasten, verwalten und veräussern. Das Grundkapital war anfänglich in 45 Namenaktien A zu Fr. 1'000.– und 50 Namenaktien B zu Fr. 100.– Nennwert eingeteilt. Es wurde durch Barzahlung liberiert und auf ihm die Emissionsabgabe von 2% nach Art. 8 des Bundesgesetzes über die Stempelabgaben (StG) vom

27. Juni 1973 entrichtet. Die Namenaktien B und 43 Namenaktien A wurden von M. gezeichnet, der Rest von den beiden übrigen Gründern. Rund vier Monate später wurde das Aktienkapital durch Generalversammlungsbeschluss auf Fr. 600'000.– erhöht durch Ausgabe von 458 Namenaktien A und 920 Namenaktien B. Die neuen Aktien wurden von M. gezeichnet und von ihm durch Sacheinlagen liberiert, indem er folgende Aktien in die Holding einbrachte: a) 248 Aktien der M. & Sohn AG, nominal Fr. 1'000.–, Anrechnungswert Fr. 248'000.– b) 500 Aktien der M. & Sohn AG, nominal Fr. 100.–, Anrechnungswert Fr. 50'000.– c) 56 Aktien der N. AG, nominal Fr. 1'000.–, Anrechnungswert Fr. 56'000.– d) 392 Aktien der O. AG, nominal Fr. 500.–, Anrechnungswert Fr. 196'000.– Total Fr. 550'000.–
Von den Aktien der N. AG gehörten 63 1/3% und von der O. AG 98,25% M. Die Aktien der M. & Sohn AG, einer Gesellschaft, die zwei Wochen nach der M. Holding AG gegründet und deren Kapital von Fr. 300'000.– durch Einbringung der Firma M. & Sohn voll liberiert wurde, waren zu 99 1/3% in seinem Besitz. Im Einvernehmen mit der Eidg. Steuerverwaltung (EStV) wurde der Verkehrswert der Sacheinlagen bei der Kapitalerhöhung festgesetzt. Auf diesem Betrag, abzüglich Beurkundungs- und Handelsregistergebühren, entrichtete die Beschwerdeführerin eine Emissionsabgabe zum Satze von 1%. Sie war der Meinung, Anspruch auf eine Besteuerung nach dem in Art. 9 Abs. 1 lit. a StG vorgesehenen ermässigten Abgabesatz erheben zu können, da die Kapitalerhöhung durch das Einbringen der erwähnten Aktien einen der Fusion wirtschaftlich gleichkommenden Zusammenschluss darstelle. Die EStV dagegen hält dafür, es liege eine gewöhnliche Kapitalerhöhung mit Liberierung durch Sacheinlagen vor, für die eine Emissionsabgabe zum Satze von 2% geschuldet sei. Sie begründete ihre Ansicht in der Veranlagungsverfügung, die sie im Einspracheverfahren bestätigte. Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Die Beschwerdeführerin beantragt dessen Aufhebung unter Entschädigungsfolge.

Die EStV schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Nach dem Bundesgesetz über die Stempelabgaben (StG) vom 27. Juni 1973 erhebt der Bund u.a. Stempelabgaben auf der Ausgabe von inländischen Aktien, Anteilscheinen von GmbH, Genossenschaft und Anlagefonds. Gegenstand der Emissionsabgabe ist nach Art. 5 Abs. 1 lit. a StG die entgeltliche oder unentgeltliche Begründung und Erhöhung des Nennwertes der Beteiligungen in Form von Aktien inländischer Aktiengesellschaften usw. Die Abgabe beträgt in der Regel 2% des Betrages, welcher der Gesellschaft als Gegenwert zukommt, mindestens aber 2% vom Nennwert der ausgegebenen Aktien usw. (Art. 8 StG). Sie beträgt nur 1% bei Beteiligungsrechten, die in Durchführung von Beschlüssen über Fusionen oder diesen wirtschaftlich gleichkommenden Zusammenschlüssen, Umwandlungen und Spaltungen von Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaften begründet oder erhöht werden (Art. 9 Abs. 1 lit. a StG).

2. Der im vorliegenden Streitfall der Besteuerung unterliegende Rechtsvorgang ist keine Fusion. Da das Gesetz zwischen Fusionen und wirtschaftlich fusionsgleichen Zusammenschlüssen unterscheidet, darf davon ausgegangen werden, dass unter Fusion ein Zusammenschluss zweier oder mehrerer Unternehmen im Sinne von Art. 748 bis 750, 770 Abs. 3 und 914 OR zu verstehen ist (BÜRGI, Kommentar zum Aktienrecht, Vorbemerkungen zu Art. 748 bis 750 OR). Die Fusion setzt voraus, dass eine oder mehrere oder alle an der Fusion

beteiligten Gesellschaften in einer einzigen, bereits bestehenden oder neugegründeten Gesellschaft aufgehen. Die Gesellschaften, deren Aktien M. in die Holding einbrachte, bestehen aber auch nach der Kapitalerhöhung der Holding rechtlich selbständig weiter. Rechtlich liegt beim Vorgang, der die Emissionsabgabepflicht auslöst, eine Kapitalerhöhung einer Holding vor, wobei das neue Kapital durch Sacheinlagen, bestehend in Aktien dreier Gesellschaften, aufgebracht worden ist. Als solche einfache Kapitalerhöhung mittels Apport von Aktien will die EStV den Vorgang auch

BGE 102 Ib 140 S. 143

aufgefasst wissen. Für diese Auffassung spricht vor allem, dass die Holding nach ihren Statuten keine Produktions-, sondern eine reine Beteiligungsgesellschaft ist.

3. a) Streitig ist, ob die Kapitalerhöhung der Holding einen wirtschaftlich einer Fusion gleichkommenden Zusammenschluss von Aktiengesellschaften darstellt. Der Begriff des Zusammenschlusses von Gesellschaften, der wirtschaftlich einer Fusion gleichkommt, wird vom Gesetz nicht näher umschrieben. Sein Inhalt ist durch Auslegung zu gewinnen. Wirtschaftlich kommt der Zusammenschluss von Aktiengesellschaften einer Fusion gleich, wenn er zwar aus irgendwelchen Gründen nicht in einer der Formen nach Art. 748 ff. OR erfolgt, aber wirtschaftlich die gleichen Wirkungen hat wie eine Fusion und ausserdem die Gründe, die zur steuerlichen Privilegierung der Fusion führen, auch auf einen solchen Zusammenschluss zutreffen. Ist eine Fusion im gesetzlichen Sinne erfolgt, wird das Steuerprivileg wirksam, gleichgültig aus welchen Motiven der Zusammenschluss erfolgt und ob der Zweck, der mit der Privilegierung erreicht werden will, tatsächlich auch erreicht wird. Es ist in einem solchen Falle nicht von Bedeutung, ob die Gesellschaften, die sich zusammenschliessen, vorher schon wirtschaftlich zusammengearbeitet haben oder nicht oder ob sie sich wirtschaftlich konkurrenzierten. Das folgt aus dem Prinzip der gesetzmässigen Besteuerung und ist auch von der EStV anerkannt. Die Fusion ist häufig nur der letzte Schritt des Zusammenschlusses von Unternehmungen, die vorher schon in mehr oder weniger enger Verbindung standen. Erfolgt der Zusammenschluss von Gesellschaften auf andere Weise, will die EStV ihn als fusionsgleich nur gelten lassen, wenn vorher voneinander unabhängig arbeitende Gesellschaften ihn vollziehen. Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass eine solche Voraussetzung vom Gesetz gefordert sei und behauptet überdies, dass die drei Gesellschaften, deren Aktien zum überwiegenden Teil in die Holding eingebracht wurden, vorher nicht miteinander verbunden waren, und bietet dafür Beweis an.
Es mag zutreffen, dass die M. & Sohn AG, die N. AG und die O. AG, die sich alle in der Baubranche, vor allem im Spengler- und Installationsgeschäft betätigen, vor der Einbringung der Aktien in die Holding betriebswirtschaftlich voneinander getrennt waren und verschiedene Ziele verfolgten.

BGE 102 Ib 140 S. 144

Kapitalmässig waren sie aber von M. beherrscht, der auch Verwaltungspräsident der drei Gesellschaften war. Sie standen deshalb unter einer einheitlichen unternehmerischen Leitung und ihre Tätigkeiten konnten ohne weiteres aufeinander abgestimmt werden. Durch die Einbringung der Aktienmehrheit in die Holding mag diese unternehmerische Zusammenfassung verstärkt werden; das ändert aber nichts daran, dass sie vor dem steuerlich massgebenden Vorgang schon bestand. Es erübrigt sich deshalb, die angerufenen Zeugen abzuhören, da sie nicht nachzuweisen vermöchten, dass die drei Unternehmen vor der Übernahme ihrer Aktien durch die Holding völlig unabhängig voneinander waren. b) Der Sinn eines Gesetzesbegriffs ergibt sich nicht immer eindeutig aus seinem Wortlaut und aus der systematischen Stellung der Norm innerhalb des Gesetzes und der Rechtsordnung. Der unbestimmt gebliebene Begriff lässt sich aber oft von der Zielsetzung der Norm her konkretisieren, wobei die gesetzgeberischen Vorarbeiten hierüber Aufschluss geben können. Das ist vor allem der Fall bei Gesetzen,

die wirtschaftspolitische Ziele anstreben und Ausnahmeregelungen enthalten, deren Tragweite nicht von vorneherein offensichtlich ist. In einem Motivenbericht der EStV vom Oktober 1971 hat sich die Verwaltung über den Zweck der Halbierung des Abgabesatzes und über die wirtschaftlich den Fusionen gleichzustellenden Zusammenschlüsse ausgesprochen. Dieser Bericht ist von Bedeutung, soweit er vom Bundesrat übernommen und damit dem Gesetzgeber zugänglich gemacht worden ist. In seiner Botschaft zur Revision des StG vom 25. Oktober 1972 (BBl 1972 II 1294 ff.) bezeichnet der Bundesrat den Vorschlag auf Halbierung des Abgabesatzes als einen der wichtigsten Revisionspunkte des neuen Gesetzes. Sie soll Fusionen von Unternehmen erleichtern, um ihre Wettbewerbsfähigkeit, vor allem gegenüber der ausländischen Konkurrenz, zu verbessern und zu erhalten, indem sie eine kostensparende Zusammenlegung sonst getrennter Tätigkeitsbereiche fördert. Da eine zu weit gehende Konzentration staatspolitisch aber auch unerwünschte Nebenfolgen zeitigen kann, soll sie auch nicht zu sehr erleichtert werden. Deshalb wird die Besteuerung von Fusionen nicht gänzlich unterdrückt, sondern nur gemässigt; dies auch, um eine wirtschaftliche Doppelbelastung bei den Aktienemissionen zu verhindern.

Da von der Fusion von Gesellschaften eine wirtschaftlich und damit auch steuerlich erhöhte Leistungsfähigkeit der Unternehmung erhofft wird, werde der durch die Privilegierung zu erwartende Steuerausfall nicht zu sehr ins Gewicht fallen. Die fusionsgleichen Sachverhalte werden in der Botschaft mit Beispielen umschrieben: Eine Aktiengesellschaft übernimmt gemäss Art. 181 OR Aktiven und Passiven einer Genossenschaft oder GmbH gegen Ausgabe neuer Beteiligungsrechte, wobei die übernommenen Unternehmen liquidiert werden; Tausch von Beteiligungsrechten aufgrund eines Zusammenschlussvertrages zwischen den beteiligten Gesellschaften. Das letztere Beispiel knüpft an Zusammenschlüsse an, wie sie seinerzeit zwischen den Firmen Sandoz und Wander, Suchard und Tobler vollzogen wurden (VUILLEMIN, Zur Revision des Bundesgesetzes über die Stempelabgaben, in ASA 42, 114 f.). Es handelt sich aber bei diesen Beispielen keineswegs um eine abschliessende Aufzählung; neben diesen sind nämlich noch andere Formen des Zusammenschlusses denkbar, die wirtschaftlich fusionsähnliche Wirkungen erzielen und auch häufig vorkommen. Die eigentliche Fusion ist denn auch öfters nur die Endphase eines mehr oder weniger langen Konzentrationsprozesses (vgl. BÜRGI, a.a.O., N. 1). In den parlamentarischen Beratungen wurde auf den Begriff der wirtschaftlich einer Fusion gleichkommenden Zusammenschlüsse nicht eingegangen; umstritten war dagegen der Grundsatz der Privilegierung der Zusammenschlüsse überhaupt (vgl. Sten.Bull. 1973 N S. 602 ff., S S. 239). Da aber grundsätzlich durch die vom Gesetz getroffene Lösung die Fusionen begünstigt werden sollen, ist davon auszugehen, dass in gleicher Weise auch der wirtschaftlich einer Fusion gleichkommende Zusammenschluss zu privilegieren ist. Es rechtfertigt sich daher zwar, an die aus einem solchen Zusammenschluss zu erwartenden Wirkungen keinen strengeren Massstab anzulegen als gegenüber den eigentlichen Fusionen; indes setzt aber die Annahme eines fusionsgleichen Zusammenschlusses doch stets voraus, dass die Intensität der Verbindung rechtlich und tatsächlich nicht völlig integrierter Gesellschaften jener einer eigentlichen Fusion praktisch gleichkommt.

4. Die Fälle, in denen eine Fusion von Aktiengesellschaften zwar wünschbar ist und ihre wirtschaftlichen Auswirkungen erreicht werden sollen, bei denen aber eine Fusion unterbleibt und es nur zu einem wirtschaftlich fusionsgleichen Zusammenschluss kommt, können verschiedene Hintergründe haben. Rechtliche Hindernisse bestehen etwa, wenn die Gesellschaften, deren Zusammenschluss angestrebt wird, nicht alle Aktiengesellschaften sind. Dann muss, wenn das nicht in Form einer Aktiengesellschaft organisierte Unternehmen nicht zuerst in eine Aktiengesellschaft umgewandelt wird, eine andere Rechtsform gesucht werden, um den auf dem Wege der Fusion nicht erreichbaren Zweck zu verwirklichen (z.B. die Übernahme des nicht in Form einer Aktiengesellschaft konstituierten Unternehmens mit Aktiven und Passiven durch die Aktiengesellschaft im Sinne von Art.

181 OR). Die eigentliche Fusion im Rechtssinne kann auch aus andern Gründen nicht erwünscht sein, beispielsweise wegen der steuerlichen Folgen des Zusammenschlusses, der Erhaltung des Goodwills, aus regional- oder andern meist absatzpolitischen Überlegungen. KÄNZIG (N. 146 zu Art. 49 WStB) nennt als fusionsähnliche Tatbestände die Übernahme von Aktiven und Passiven einer juristischen Person durch eine andere sowie die Vereinigung mehrerer juristischer Personen, die nach OR in einem Liquidationsverfahren durchgeführt werden müssen (vgl. auch dessen Abhandlung: Unternehmenskonzentrationen, Bern 1971). PFUND (N. 22 zu Art. 5 Abs. 1 lit. a VStG) erklärt, fusionsähnliche Tatbestände seien die Übernahme eines Geschäftes mit Aktiven und Passiven sowie die Vereinigung eines Geschäftes durch wechselseitige Übernahme von Aktiven und Passiven. Eine fusionsähnliche Wirkung kann aber auch erzielt werden durch einen gegenseitigen Aktienaustausch oder durch Übertragung des Vermögens von einer Gesellschaft auf die andere gegen Übernahme von Aktien der übernehmenden Gesellschaft (vgl. E. IRMINGER, Die fusionsähnliche Vermögensübertragung bei Aktiengesellschaften, Diss. Zürich 1952, S. 10 ff.). Daneben sind weitere Formen denkbar, so der Zusammenschluss durch einseitige Beteiligungsübernahme, wo die übernehmende Gesellschaft Mitglied der übernommenen wird (vgl. NIKLAUS C. STUDER, Die Quasifusion, Diss. Bern 1974, S. 22 f., der angibt, die meisten Zusammenschlüsse erfolgten auf diese Weise, während die

eigentlichen Fusionen eher selten seien). DALLEVES (Problèmes de droit privés relatifs à la coopération et la concentration des entreprises, in ZSR 92/1973 II S. 528) weist darauf hin, dass dieses Vorgehen deshalb am meisten gewählt werde, weil es Sicherheit und Stabilität biete. Eine fusionsgleiche Wirkung kann somit 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 Gesellschaft beschränkt sich nicht darauf, Beteiligungsrechte innezuhaben und Dividenden zu beziehen; sie richtet ihre Tätigkeit so aus, dass die integrierten, 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 werden, 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. Das Gesetz will in diesem Falle den Zusammenschluss des Privilegs teilhaftig werden lassen ohne Rücksicht auf die rechtliche Form, in der die Wirtschaftskonzentration erreicht wird.

5. Die Beschwerdeführerin vertritt die Auffassung, dass wirtschaftliche Gründe, die eine effektive Geschäftsführung ermöglichen, für die Kapitalerhöhung und die Übernahme der Aktienmehrheiten der drei Gesellschaften bestimmend waren; sie führt diesbezüglich den Aufbau einer obersten einheitlichen Geschäftsleitung, die bessere Darstellbarkeit als einheitliches Unternehmen gegenüber den kreditgebenden Banken und den Aufbau eines zentralisierten Verwaltungs- und Rechnungswesens an. Das stellen in der Tat Massnahmen dar,

die geeignet sein können, die Wettbewerbsfähigkeit der zusammengeschlossenen Gesellschaften zu verstärken und damit Wirkungen zu erzielen, wie sie von einer Fusion erwartet werden. Dass der Rationalisierungseffekt anscheinend verhältnismässig bescheiden bleibt, ist nicht entscheidend für die Frage, ob das Privileg zu gewähren oder zu verweigern ist. Allerdings muss im Effekt die Intensität der Verbindung zwischen den Gesellschaften auch bezüglich der Aktienmehrheiten jener einer eigentlichen Fusion gleichgeachtet werden können. Rechtlich wäre eine Fusion der drei Gesellschaften mit der Holding möglich gewesen, nachdem die Firma M. & Sohn in eine Aktiengesellschaft umgewandelt worden war. Diese Umwandlung lässt auch die Behauptung der Holding als glaubwürdig erscheinen, dass ursprünglich eine eigentliche Fusion geplant gewesen war, diese aber dann aus besondern Gründen, wie der Erhaltung der Konkurrenzfähigkeit bei Submissionen, der Vermeidung der Zahlung der Handänderungsabgaben, unterblieben sei. Der weitere Grund, dass bei der O. AG die Absorption habe vermieden werden wollen, weil dort die Risikoverhältnisse besonders gross seien, überzeugt weniger. Doch sind die Gründe, weshalb die Fusion unterbleibt und die Beteiligten sich für einen wirtschaftlich fusionsgleichen Zusammenschluss entscheiden, hinsichtlich der steuerlichen Behandlung des Zusammenschlusses nicht ausschlaggebend. Es kommt vielmehr auf die tatsächliche Intensität der Verbindung an, die sich an den Beherrschungsverhältnissen misst. Hinsichtlich der Übernahme der Aktienmehrheiten der M. & Sohn AG und der O. AG lassen die Beteiligungsverhältnisse erkennen, dass eine beinahe 100%ige Beherrschung dieser beiden Gesellschaften durch die Holding besteht. Dies erlaubt die Annahme, dass die Einbringung dieser Gesellschaften in die Holding wirtschaftlich fusionsgleiche Wirkungen erzielt. Anders liegen die Verhältnisse bei der Übernahme der Aktienmehrheit der N. AG. Von dieser Gesellschaft mit einem Aktienkapital von Fr. 90'000.– wurden 56 Aktien à nom. Fr. 1'000.–, also 62,2% des Aktienkapitals in die Holding eingebracht. Die Holding verfügt demgemäss bei dieser Gesellschaft nicht über die Zweidrittelsmehrheit. Wohl verkörpert eine die Hälfte übersteigende Beteiligung am Kapital in

der Regel eine beherrschende Stellung in einer Kapitalgesellschaft, doch ist diese bei Fehlen der Zweidrittelsmehrheit nicht derart gross, dass aus der kapitalmässigen Beherrschung auf das Vorliegen fusionsgleicher Verhältnisse geschlossen werden dürfte. Dies verdeutlicht unter anderem ein Blick auf die einschlägigen Bestimmungen des Aktienrechts. So kann, wer mit mehr als einem Drittel am Aktienbesitz beteiligt ist, verhindern, dass die Gesellschaft Beschlüsse fasst, für welche das Obligationenrecht eine qualifizierte Mehrheit von 2/3 aller Stimmen verlangt. Diese Mehrheit erheischt Art. 636 OR für Beschlüsse über Statutenänderungen betreffend Sacheinlagen, Übernahme von Vermögenswerten und Gründervorteile. Die gleiche Mehrheit verlangt auch Art. 648 Abs. 1 OR für die Umwandlung des Gesellschaftszwecks, für die Beseitigung statutarischer Bestimmungen über die Erschwerung der Beschlussfassung sowie für die Einführung von Stimmrechtsaktien. Für eine weitere Gruppe von Beschlüssen der Generalversammlung sieht das Obligationenrecht vor, dass sie nicht gefasst werden können, wenn weniger als 2/3 der Aktien in der Generalversammlung vertreten sind. Dazu gehören Beschlüsse über die Erweiterung des Geschäftsbereiches im Rahmen des Gesellschaftszweckes durch Aufnahme verwandter Gegenstände, eine Verengung, eine Fusion, die Fortsetzung der Gesellschaft über die in den Statuten festgesetzte Zeit hinaus oder deren Auflösung vor dem in den Statuten festgesetzten Termin (Art. 649 Abs. 1 OR). Laut Art. 655 OR können ferner auch Beschlüsse über die Ausgabe von Vorzugsaktien und über die Abänderung oder Aufhebung der den Vorzugsaktien eingeräumten Vorrechte, sofern die Statuten nichts anderes bestimmen, nur in der Generalversammlung beschlossen werden, in der 2/3 der Aktien vertreten sind; ein Gleiches gilt nach Art. 658 OR für Beschlüsse über die Ausstellung von Genussscheinen. Die Tragweite dieser Sperrbefugnis darf allerdings nicht überschätzt werden, da solche Beschlüsse in einer zweiten Generalversammlung mit einfacher Mehrheit gefasst werden können, und zwar sogar dann, wenn nur 1/3 der Aktien vertreten ist (Art. 649 Abs. 2 OR und die Verweise in Art. 655 und 658 OR). Daraus erhellt, dass jedenfalls beim Fehlen der Zweidrittelsmehrheit die Beherrschung keine absolute ist, die Intensität der Verbindung somit einer eigentlichen Fusion nicht gleichgeachtet werden kann. Für die Integrierung

der N. AG in die Holding kann das Privileg des halben Abgabesatzes nach Art. 9 Abs. 1 lit. a StG daher nicht beansprucht werden.

6. Die EStV vertritt die Auffassung, es könne von einem wirtschaftlich fusionsgleichen Zusammenschluss auch dann nicht die Rede sein, wenn der Zusammenschluss schon vorher bestanden habe, es also nichts mehr zusammenzuschliessen gebe. In der Tat bestand schon vor der Kapitalerhöhung der Holding eine Verbindung zwischen den Gesellschaften, weil M. sie beherrschte und ihr Verwaltungsratspräsident war. Diese Struktur ist anlässlich der Erhöhung des Kapitals der Holding mittels Liberierung durch Aktienapport gefestigt worden. Die nun rechtlich stabilere Konzentration ist aktienrechtlich gesichert, während sie es vorher nur aufgrund der persönlichen Stellung des beherrschenden Aktionärs war. Weder der Motivenbericht noch die bundesrätliche Botschaft oder die parlamentarischen Verhandlungen geben Hinweise, dass in jenen Fällen, da vor dem Zusammenschluss schon eine mehr oder weniger enge Verbindung zwischen den beteiligten Gesellschaften vorhanden war, das Steuerprivileg nicht gewährt werden dürfe, wenn es sich beim Zusammenschluss nicht um eine eigentliche Fusion handelt. In der Botschaft (vgl. a.a.O., S. 1294) wird einzig hervorgehoben, dass das Privileg nicht soll in Anspruch genommen werden dürfen "für nebenhergehende Kapitalerhöhungen der aufnehmenden Gesellschaft für ihre alten Aktionäre". Es kann denn auch durchaus vorkommen, dass bei einer Fusion im Rechtssinn vor dem Zusammenschluss unter den fusionierenden Gesellschaften bereits mehr oder weniger enge Verbindungen bestanden haben. Ein Grund, hinsichtlich vorbestehender Bindungen die wirtschaftlich fusionsgleichen Zusammenschlüsse anders zu behandeln als die eigentlichen Fusionen, ergibt sich aus dem Gesetz nicht.
Die Steuerverwaltung wendet weiter ein, wenn der zu beurteilende Sachverhalt als wirtschaftlich fusionsgleicher Zusammenschluss anerkannt werde, sei eine saubere Abgrenzung zwischen fusionsähnlichen Tatbeständen und gewöhnlichen Apportgründungen nicht mehr möglich. Es mag zutreffen, dass sich in der Zukunft gewisse Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben, doch ist jeder Einzelfall gesondert nach den bei ihm gegebenen speziellen Merkmalen zu behandeln. Bei Apportgründungen,

wobei Aktien anderer Unternehmungen eingebracht werden, ohne dass die aufnehmende Gesellschaft die anderen beherrscht, werden sich keine Schwierigkeiten ergeben, da dann die Wirkungen, die von der Fusion im allgemeinen erwartet werden, nicht eintreten werden. Schwieriger werden sich die Verhältnisse bei Holdinggesellschaften gestalten. Dort wird es darauf ankommen, ob der Weg über die Holding gewählt wird, um eine fusionsähnliche Wirkung mit zentraler wirtschaftlicher Lenkung zu erreichen. Sobald die fusionsgleichen Wirkungen Ziel des Zusammenschlusses sind und dieses Ziel durch die entsprechenden Beherrschungsverhältnisse auch erreicht werden kann, ist das Steuerprivileg zu gewähren.

7. Zusammenfassend ist demnach festzustellen, dass die Voraussetzungen für die Zuerkennung des Steuerprivilegs nach Art. 9 Abs. 1 lit. a StG hinsichtlich der Einbringung der Aktien der M. & Sohn AG sowie der O. AG in die M. Holding AG erfüllt sind, nicht aber soweit die 56 Aktien der N. AG in die M. Holding AG eingebracht worden sind. Das führt zur teilweisen Gutheissung der Beschwerde und zur Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Neubeurteilung und Entscheidung im Sinne der eben angestellten Erwägungen.