

Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal



Abteilung I
A-6020/2007
{T 0/2}

Urteil vom 11. Mai 2009

Besetzung

Richter Daniel Riedo (Vorsitz), Richter Markus Metz,
Richter Pascal Mollard,
Gerichtsschreiber Urban Broger.

Parteien

A._____,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössische Steuerverwaltung ESTV,
Hauptabteilung Direkte Bundessteuer,
Verrechnungssteuer, Stempelabgaben,
3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Stempelsteuer; Umsatzabgabe.

Sachverhalt:

A.

Die A. _____ (Bank) ist eine im Handelsregister des Kantons Genf eingetragene Kommanditgesellschaft; sie bezweckt den Betrieb einer Bank. Die B. _____ hat ihren Sitz in Tortola auf den Britischen Jungferninseln und ist Eigentümerin von Anteilen am C. _____ (Fonds), dessen Sitz sich in Curaçao auf den Niederländischen Antillen befindet.

B.

Infolge des Erlasses strengerer Vorschriften durch die *United States National Association of Securities Dealers* (NASD), einer Standes- bzw. Selbstregulierungsorganisation, machte der Fonds seinen Anteilseignern und damit auch der B. _____ mit Schreiben vom 23. November 2005 davon Mitteilung, dass die Fondsanteile künftig in zwei Kategorien eingeteilt würden. Dies erlaube es dem Fonds, sich weiterhin an US-amerikanischen Aktienemissionen, sogenannten *Initial Public Offerings* (IPOs), zu beteiligen.

C.

Mit den neuen Vorschriften setzte die NASD die verschärften Insiderregelungen der US-amerikanischen Aufsichtsbehörde um. Ziel dieser Vorschriften und Regelungen ist zu verhindern, dass Personen, die über kursrelevante Informationen verfügen, daraus einen Nutzen ziehen könnten. Entsprechend mussten die Anteilseigner einen Fragebogen ausfüllen und diesen der Fondsleitung bis am 16. Dezember 2005 retournieren. Anteilseigner, welche die neuen Auflagen der NASD zu erfüllen glaubten, konnten einen Antrag auf Einteilung in die Kategorie der «*unrestricted shareholders*» stellen. Anteilseigner, die die Anforderungen der NASD nicht erfüllten oder auf das Beantworten der Fragen verzichteten, wurden der Kategorie der «*restricted shareholders*» zugeordnet («*If you do not wish to participate in profits and losses from New Equity Issues, you do not need to respond to this letter or take any other actions: All currently outstanding shares will automatically be designated as belonging to the Restricted Series*»). Die neuen Vorschriften der NASD enthielten sodann eine wichtige Bagatellausnahmebestimmung. Danach war ein kollektiver Anlagefonds weiterhin auch dann berechtigt, Neuemissionen zu erwerben, wenn 10% seiner Anteilseigner – aber nicht mehr – in der Kategorie der «*restricted shareholders*» verblieben.

D.

Da die B._____ die Voraussetzungen für eine Zuweisung zur Kategorie der «*unrestricted shareholders*» zu erfüllen glaubte, stellte sie fristgerecht Antrag auf Einteilung in diese Kategorie. Ihre Fondsanteile, die sich im Depot der Bank befanden, wurden per 26. Januar 2006 in die neue Kategorie umbucht. Hierfür stellte die Bank der B._____ einstweilen eine Umsatzgabe in Rechnung.

E.

Anlässlich einer Kontrolle kam die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) zum Schluss, dass auf Grund der von der Bank vorgenommenen Umbuchung tatsächlich eine Umsatzabgabe geschuldet sei. Gegen die entsprechende Verfügung der ESTV vom 23. Juni 2006 erhob die Bank am 17. August 2006 Einsprache, woraufhin die ESTV ihren Standpunkt im Einspracheentscheid vom 11. Juli 2007 bestätigte und sinngemäss verfügte, die Bank habe zu Recht Umsatzabgaben in der Höhe von CHF 285'193.-- bezahlt.

E.a Die ESTV erblickte in der Umbuchung ein der Umsatzabgabe unterliegendes *Tauschgeschäft*. Im Falle eines Tausches von steuerbaren Urkunden gegen andere steuerbare Urkunden lägen zwei gegenläufige Geschäfte vor, wobei der Wert der preisgegebenen Urkunden das Entgelt für die erhaltenen darstelle. Die Umsatzabgabe berechne sich auf dem Verkehrswert der beim Tausch preisgegebenen Urkunden. Auch die Emission steuerbarer Urkunden sei ein entgeltlicher Vorgang. Entweder würden die neuen Urkunden in bar liberiert oder – wie beim Tausch – durch die Hingabe anderer, bereits bestehender Urkunden. Nach Art. 13 Abs. 2 Bst. b des Bundesgesetzes vom 27. Juni 1973 über die Stempelabgaben (StG, SR 641.10) gelte dies grundsätzlich auch für die Ausgabe ausländischer Urkunden. Damit sei eine Umsatzabgabe geschuldet, wenn ein inländischer Effekthändler in die Emission ausländischer Fondsanteile involviert sei, die in Form eines Tausches gegen bereits bestehende Fondsanteile liberiert würden.

E.b Die Umsatzabgabe im Umfang von 3 Promille bemesse sich auf dem Gegenwert, welcher für die neuen Fondsanteile *aufgegeben* werde, mithin auf dem Verkehrswert der zur Liberierung der neuen Anteile verwendeten bisherigen Anteile. Nach Auffassung der ESTV schuldete die Bank für die neu emittierten Urkunden folglich eine Umsatzabgabe, welche sich am Wert der bisherigen Titel bemass. Als Vermittlerin, die mit ihrem Auftraggeber, der B._____, zu Originalbedingungen ab-

rechne, habe die Bank jedoch nur für die Seite der B._____ eine (halbe) Abgabe zu entrichten. Der Fonds sei gemäss Art. 17a Abs. 1 Bst. c StG ein von der Umsatzabgabe ausgenommener Anleger. Der Umtausch von bisherigen Anteilen gegen neue «*unrestricted shares*» habe gemäss dem von der Bank beigebrachten Antragsformular per 1. Januar 2006 auf der Basis des Nettoverkehrswertes bei Geschäftsabschluss vom 31. Dezember 2005 stattgefunden. Tatsächlich habe die B._____ die neuen Fondsanteile erst am 26. Januar 2006 erhalten und zwar zum Kurs von EUR 27.839 pro Titel, was gesamthaft und unter Berücksichtigung eines Umrechnungskurses von 1.546 dem Betrag von EUR 122'981'427.-- oder CHF 190'129'286.-- entspreche. Die auf die B._____ entfallende (halbe) Umsatzabgabe von 1.5 Promille betrage demnach EUR 184'472.-- bzw. CHF 285'193.--.

F.

Gegen den Einspracheentscheid der ESTV vom 11. Juli 2007 erhebt die Bank (ab hier auch Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 10. September 2007 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt sinngemäss die Aufhebung des Einspracheentscheides und die Feststellung, dass die Umbuchung der Anteilscheine in die Kategorie der «*unrestricted shareholders*» keine Umsatzabgabe auslöse; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Staates.

Grundsätzlich sei festzuhalten, so die Argumentation der Beschwerdeführerin, dass die Rückgabe der bisherigen Fondsanteile unter die Ausnahmebestimmung des Art. 14 Abs. 1 Bst. e StG falle, denn die Urkunden seien zur Tilgung an den Fonds zurückgegeben worden. Die Umbuchung bei der Bank sei *unentgeltlich* und ohne Tausch von Anteilscheinen erfolgt, denn der Fonds habe der B._____ automatisch Titel der neuen Kategorie zugeordnet. Mit der Einführung einer zweiten Valorenummer habe man die bereits bestehenden Anteilscheine lediglich *markiert*. Die Transaktion sei einzig wegen der Verschärfung der amerikanischen Insiderregelungen erfolgt. Der Grund dafür, dass die Kategorie der «*unrestricted shareholders*» und nicht jene der «*restricted shareholders*» eine neue Valorenummer erhalten habe, sei praktischer Natur gewesen und habe in der Erreichbarkeit der Anteilseigner gelegen; jene, die nicht reagierten, konnten in der angestammten Kategorie verbleiben.

G.

Die ESTV schliesst in ihrer Vernehmlassung vom 26. Oktober 2007 auf die kostenfällige Abweisung der Beschwerde.

H.

Auf die weiteren Eingaben und Vorbringen der Parteien wird, soweit entscheidwesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Angefochten ist ein Einspracheentscheid der ESTV. Damit richtet sich die vorliegende Beschwerde gegen eine Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständige Beschwerdeinstanz (vgl. Art. 31, Art. 32 *e contrario* und Art. 33 Bst. d des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht [Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32]). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

1.2 Das Bundesverwaltungsgericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest. An die von den Parteien oder der Vorinstanz vorgebrachten Begründungen ist es nicht gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Es kann eine Beschwerde aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen (BVGE 2007/41 E. 2; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 1.54 und 3.197).

1.3 Am 1. Januar 2007 ist das Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz, KAG, SR 951.31) in Kraft getreten. Ziffer II/4 dessen Anhangs bewirkte Änderungen an einigen hier anwendbaren Artikeln des StG.

Der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt realisierte sich allerdings noch vor Inkrafttreten der neuen Bestimmungen des KAG und – damit verbunden – des StG. Auf Grund der intertemporalrechtlichen Regelung von Art. 53 Abs. 2 StG bleiben ausser Kraft gesetzte Bestimmungen des StG in Bezug auf *Abgabeforderungen*, *Tatsachen* und *Rechtsverhältnisse*, die vor Inkrafttreten des StG entstanden oder eingetreten sind, auch nach diesem Zeitpunkt anwendbar. Der Sachverhalt ist mit anderen Worten nach den Normen zu beurteilen, die im Zeitpunkt sei-

ner Realisierung galten. Mag diese Übergangsbestimmung in erster Linie auf das Inkrafttreten des StG im Rahmen einer Totalrevision zugeschnitten sein und sind folglich angesichts des Zeitablaufs praktische Anwendungsfälle für diese Norm kaum mehr denkbar, so kommt ihr nach wie vor Bedeutung im Zusammenhang mit Teilrevisionen des StG zu, welche keine eigene Übergangsordnung vorsehen (BETTINA BÄRTSCHI, in: Martin Zweifel/Peter Athanas/Maja Bauer-Balmelli [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht II/3, Basel 2006, N. 10 zu Art. 53 StG). In solchen Fällen ist Art. 53 Abs. 2 StG analog anzuwenden (vgl. den Entscheid des Bundesrates vom 13. Juni 1994, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 59.60 E. 3; BÄRTSCHI, a.a.O., N. 10 zu Art. 53 StG).

Nach dem Gesagten sind die durch das neue Kollektivanlagengesetz am StG bewirkten Änderungen im vorliegenden Fall noch unbeachtlich. Gleiches gilt in die entgegengesetzte Richtung, das heisst für die Anwendbarkeit des KAG selber: Soweit das StG Begriffe verwendet, die sich auf das (alte) Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Anlagefonds (Anlagefondsgesetz, aAFG, AS 1994 2523) beziehen, sind – *als verwiesenes Recht* – nach wie vor die entsprechenden Bestimmungen des aAFG einschlägig und nicht bereits jene des KAG.

2.

Der Bund erhebt Stempelabgaben auf dem Umsatz gewisser in- und ausländischer Urkunden (Art. 1 Abs. 1 Bst. b StG). Gegenstand der Umsatzabgabe ist die entgeltliche Übertragung von Eigentum an steuerbaren Urkunden (Art. 13 Abs. 1 und 2 StG). Was unter den Begriff der steuerbaren Urkunden fällt, wird in Art. 13 Abs. 2 StG umschrieben. Weiter muss, damit eine Umsatzabgabe anfällt, eine der Vertragsparteien oder einer der Vermittler Effekthändler sein. Hierzu zählen nach Art. 13 Abs. 3 StG u.a. Banken und bankähnliche Finanzgesellschaften im Sinne des Bankengesetzes vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0) sowie die Schweizerische Nationalbank.

3.

Grundsätzlich kann der Steuergesetzgeber Rechtsvorgänge oder wirtschaftlich bedeutsame Sachverhalte zum Steuergegenstand erheben. Im ersten Fall spricht man von (privat-)rechtlicher und im zweiten Fall von wirtschaftlicher Anknüpfung (PETER LOCHER, Rechtsmissbrauchsüberlegungen im Recht der direkten Steuern der Schweiz, Archiv für Schweizerisches Abgaberecht [ASA] 75 S. 676).

3.1 Der Bundesrat hat in seiner Botschaft vom 11. Dezember 1916 betreffend die Einführung der Kompetenzartikel zur «Erhebung von Stempelabgaben» (BBl 1916 IV 554 ff.) festgehalten, dass es der steuerrechtlichen Terminologie zweifellos besser entspräche, an Stelle des Begriffs «Stempelabgaben von Geschäftsurkunden» den Begriff «Verkehrssteuern» zu setzen. Es waren indes praktische Erwägungen, insbesondere die fehlende Durchsetzung im allgemeinen Sprachgebrauch, die den Bundesrat von der Verwendung des Begriffs «Verkehrssteuern» abhielten (vgl. dazu auch: CONRAD STOCKAR, in: Martin Zweifel/Peter Athanas/Maja Bauer-Balmelli [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht II/3, Basel 2006, N. 26 zu Vorbemerkungen StG; FILIPPO LURÀ, in: Xavier Oberson/Pascal Hinny [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über die Stempelabgaben, Zürich/Basel/Genf 2006, N. 10 ff. zu Art. 13 StG).

3.2 Auch der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Folge handelt es sich bei den Stempelabgaben eindeutig um *Rechtsverkehrssteuern*. Angeknüpft wird an bestimmte Vorgänge des Rechtsverkehrs. Die Stempelabgaben sind geschuldet, wenn der im Gesetz beschriebene Tatbestand verwirklicht ist, wobei auf den wirklichen Inhalt der Urkunden oder der Rechtsvorgänge abzustellen ist. Dem formalen Charakter der Stempelabgaben entsprechend ist die rechtliche Gestaltung des zu beurteilenden Geschäfts massgebend und nicht dessen wirtschaftlicher Zweck (Urteile des Bundesgerichts vom 26. November 1993, publiziert in ASA 63 S. 65 ff. E. 3a; 2C_349/2008 vom 14. November 2008 E. 2.4; vgl. auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1592/2006 vom 15. April 2009 E. 4.4.3).

3.3 Anlass und Grund der Belastung mit Umsatzabgaben ist mit anderen Worten – und im Gegensatz etwa zum Mehrwertsteuerrecht – nicht ein wirtschaftlicher Tatbestand, sondern ein vom Gesetz bezeichneter *Verkehrsakt* (BGE 108 Ib 450 E. 5; BGE 61 I 285 E. 1a). Damit haben es die Beteiligten grundsätzlich denn auch in der Hand, durch überlegte Wahl der Mittel, die sie zur Erreichung des Enderfolgs verwenden, die Belastung (und deren Mass) selbst zu bestimmen. Nur dort, wo bereits das Gesetz wirtschaftlich geprägte Begriffe und Umschreibungen verwendet, kann naturgemäss nicht auf die formale Gestaltung eines Geschäfts abgestellt werden; der betreffende Rechtsvorgang ist diesfalls in seinem wirtschaftlichen Gehalt zu würdigen (Urteile des Bundesgerichts 2C_349/2008 vom 14. November 2008 E. 2.4 und vom 26. November 1993, a.a.O., E. 3a mit weiteren Hinwei-

sen; ROLF GEIER/MARKUS WEBER, in: Martin Zweifel/Peter Athanas/Maja Bauer-Balmelli [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht II/3, Basel 2006, N. 43 zu Art. 13 StG). Demzufolge darf sich die Verwaltung im Bereich der Stempelabgaben nicht von einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise leiten lassen, es sei denn, das Gesetz verwende – wie erwähnt – selber wirtschaftlich geprägte Begriffe und Umschreibungen (Urteil des Bundesgerichts 2C_349/2008 vom 14. November 2008 E. 2.4).

3.4 Eine wirtschaftlich geprägte Umschreibung enthält das Gesetz etwa in Art. 13 Abs. 2 Bst. b StG. Demnach gelten als steuerbare Urkunden auch die von einem Ausländer ausgegebenen Urkunden, die in ihrer wirtschaftlichen Funktion den steuerbaren schweizerischen Urkunden gleichstehen. Da zu den steuerbaren schweizerischen Urkunden unter anderem Anteilscheine an Anlagefonds gehören (vgl. Art. 13 Abs. 2 Bst. a StG in der vorliegend anwendbaren Fassung vom 27. Juni 1973 [AS 1974 11]), bedeutet dies, dass Anteile an ausländischen Anlagefonds für Zwecke der Stempelsteuern inländischen Anteilen gleichgestellt werden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kommt es bei der Beurteilung, ob der ausländische Titel mit dem inländischen korrespondiert nicht darauf an, ob eine ausländische Urkunde in exakt der gleichen Form wie eine vergleichbare schweizerische Urkunde ausgestellt wird und ob sie juristisch unter dem sie beherrschenden ausländischen Recht gleich zu qualifizieren ist wie eine entsprechende schweizerische Urkunde; insbesondere ist unerheblich, ob die betreffenden Urkunden als eigentliche Wertpapiere im Rechtssinn anerkannt sind oder bloss Schuldkunden darstellen. Entscheidend ist auch nicht, welche Funktion der ausländischen Urkunde im zu beurteilenden konkreten Fall zukommt. Entscheidend ist vielmehr, worin *normalerweise* deren Funktion besteht (Urteil des Bundesgerichts vom 26. November 1993, a.a.O., E. 3b mit weiteren Hinweisen).

3.5 Die im Gesetz bezeichneten Rechtsvorgänge lösen auch dann die Stempelabgabepflicht aus, wenn keine Urkunden ausgestellt oder umgesetzt werden (BGE 105 Ib 175 E. 2a). Auch dies ist eine Folge der vom Verfassungs- und Gesetzgeber gewählten Konzeption, wonach Gegenstand der Belastung durch die Stempelabgabe nicht die Urkunde (das Papier) an sich, sondern das dahinter stehende materielle Rechtsverhältnis ist. Die Stempelabgaben sind im Gegensatz zu den kantonalen Stempelabgaben keine Urkunden- oder «Papierverbrauchssteuern», sondern – wie eingangs bereits dargestellt –

Rechtsverkehrssteuern (PETER LOCHER, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1996, N. 15 zu Art. 41^{bis} aBV; CONRAD STOCKAR, a.a.O., N. 3 f. zu Art. 1 StG und N. 24 und N. 31 ff. zu Vorbemerkungen StG mit Hinweisen; MICHAEL BEUSCH, in: Zweifel/Athanas/Bauer-Balmelli [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht II/3, Basel 2006, N. 9 zu Art. 3 StG; siehe auch: MARCO DUSS/JULIA VON AH/ROMAN SIEBER, in: Zweifel/Athanas/Bauer-Balmelli [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht II/3, Basel 2006, N. 6 ff. und N. 94 zu Art. 5 StG). Der Begriff der «Stempelabgabe» wird in der Lehre denn auch als irreführend bezeichnet, weil die Steuer nichts mehr mit einem Stempel zu tun habe und nicht die Urkunde besteuert werde, sondern das hinter ihr stehende materielle Rechtsverhältnis (URS R. BEHNISCH, in: Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2008, N. 7 zu Art. 132 BV; siehe auch LURÀ, a.a.O., N. 10 zu Art. 13 StG: «Le droit de timbre de négociation impose le transfert de la propriété, il n'impose pas le document qui est l'objet de la transaction»).

4.

4.1 Nach Art. 23 Abs. 1 des bis Ende 2006 gültigen Anlagefondsgesetzes (aAFG) erwarb der Anleger durch seine Einzahlung Forderungen gegen die Fondsleitung auf Beteiligung am Vermögen und am Ertrag des Anlagefonds. Der Anleger konnte die Aushändigung eines Anteilscheins verlangen (Art. 23 Abs. 1 aAFG). Die Anteilscheine waren in einem *Wertpapier* ohne Nennwert zu verurkunden. Sie konnten dabei entweder auf den Inhaber oder auf den Namen lauten (vgl. dazu: SHELBY DU PASQUIER/FRANÇOIS RAYROUX, in: Nedim Peter Vogt/Rolf Watter, Kommentar zum Schweizerischen Kapitalmarktrecht, Basel 1999, N. 18 zu Art. 23 aAFG). Der Anteilschein verbriefte keinerlei Mitgliedschaftsrechte, sondern lediglich ein Forderungsrecht gegenüber der Fondsleitung. Der Umfang des Rechts war nicht durch den Anteilschein, sondern durch das Gesetz sowie das Fondsreglement bestimmt (DU PASQUIER/RAYROUX, a.a.O., N. 20 zu Art. 23 aAFG).

4.2 Die Entstehung eines Wertpapiers öffentlichen Glaubens, also eines Inhaber- oder Ordrepapiers, setzt die formell einwandfreie Ausstellung der Urkunde und die Übergabe derselben an den Rechtszuständigen im Rahmen eines gültigen *Begebungsvertrages* voraus (ARTHUR MEIER-HAYOZ/HANS CASPAR VON DER CRONE, Wertpapierrecht, 2. Aufl., Bern 2000, S. 64). Der Begebungsvertrag ist eine im Gesetz nicht nä-

her geregelte Vereinbarung (Innominatkontrakt). Mit einem deklarativen Begebungsvertrag verbriefen die Parteien ein bestehendes Recht in einem Wertpapier. Berechtigt soll in Zukunft derjenige sein, der sich durch die Urkunde ausweist (MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, a.a.O., S. 66). Gemäss Art. 965 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) kann das in einem Wertpapier verkündete Recht ohne die Urkunde weder geltend gemacht noch auf andere übertragen werden. Recht und Urkunde sind durch die Urkundenklausel miteinander verknüpft. Berechtigter und Verpflichteter weisen dem Papier eine besondere Funktion im Zusammenhang mit der Geltendmachung zu (MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, a.a.O., S. 7).

4.3 Wenn der Gesetzgeber in Art. 13 Abs. 1 StG von einer Übertragung des Eigentums *an Urkunden* spricht, ist somit vor Augen zu halten, dass mit der Übertragung des Eigentums an der Urkunde bzw. am Anteilschein auch eine Übertragung des Eigentums am materiellen Rechtsverhältnis stattfindet. Ein als Wertpapier ausgestalteter Anteilschein kann definitionsgemäss nicht übertragen werden, ohne dass nicht auch das ihm zugrunde liegende materielle Rechtsverhältnis übertragen wird. Eine Urkunde aber ist nur ein Hilfsmittel des Rechtsverkehrs; die materielle Rechtslage verdient Vorrang vor dem Schicksal der Urkunde (grundlegend: BGE 83 II 445 E. 4 mit weiteren Hinweisen). Insofern ist es unproblematisch und führt es zu keinen Missverständnissen, wenn in Art. 13 Abs. 1 StG von der Übertragung von Eigentum an den *Urkunden* die Rede ist, nicht aber auch auf das darin verbrieft materielle Recht hingewiesen wird. Sobald jedoch Urkunde und Recht getrennt werden oder gar keine Urkunden ausgestellt sind, darf nicht auf die Urkunde, sondern muss auf das materielle Recht fokussiert werden (siehe Punkt 3.1 und 3.2 bezüglich der Ausgestaltung der Stempelabgaben als Rechtsverkehrssteuern). Andernfalls würde der Anfall einer Umsatzabgabe von der Verbriefung des Rechtes in einer Urkunde abhängen. Viele Emittenten verzichten heute ohnehin auf die physische Verbriefung in Kapitalmarktpapieren und geben stattdessen so genannte *Wertrechte* aus (Botschaft des Bundesrates vom 15. November 2006 zum Bucheffektengesetz sowie zum Haager Wertpapierübereinkommen [BBI 2006 9316]).

4.4 Kündigt nun die Fondsleitung oder der Anteilseigner den Begebungsvertrag, also den Vertrag, der insbesondere das materielle Recht mit der Urkunde (dem Papier) verknüpft, oder wird dieser Vertrag in gegenseitigem Einverständnis aufgelöst oder durch einen an-

deren Vertrag ersetzt, so bewirkt dies allein auf Grund des eben Gesagten noch keine Übertragung des materiellen Rechtsverhältnisses. Der Vorgang ist jenem nicht unähnlich, der im Rahmen einer Umwandlung von Stamm- in Vorzugsaktien (sofern sie ohne Zuzahlung erfolgt) oder bei der Ausgabe neuer Urkunden aufgrund einer Firmenänderung passiert (Duss/von Ah/Sieber, a.a.O., N. 35 zu Art. 5 StG).

5.

Im vorliegenden Fall liegt die rein rechnerische Festlegung der Umsatzabgabe nicht im Streit. Nicht strittig ist auch, dass es sich bei der Bank um eine Effekthändlerin im Sinne von Art. 13 Abs. 3 StG handelt und dass sich die fraglichen, ausländischen Fondsanteile als steuerbare *Urkunden* im Sinne von Art. 13 Abs. 2 Bst. a StG in der vorliegend anwendbaren Fassung vom 27. Juni 1973 [AS 1974 11] qualifizieren, dass es sich bei ihnen also um von einem Ausländer ausgegebene Urkunden handelt, die in ihrer wirtschaftlichen Funktion Anteilsscheinen an einem inländischen Anlagefonds auf Grund von Art. 13 Abs. 2 Bst. b StG gleichstehen. Damit bleibt noch zu klären, ob in concreto eine *entgeltliche Übertragung von Eigentum* vorliegt.

5.1 Mit Schreiben der Fondsleitung vom 23. November 2005 wurden die Anteilseigner unter Hinweis auf die neuen Regeln der NASD aufgefordert, einen dem Schreiben beiliegenden Fragebogen auszufüllen und mitzuteilen, ob sie die Anforderungen erfüllten, um in die Kategorie der «*unrestricted shareholders*» eingeteilt zu werden. In die andere Kategorie der «*restricted shareholders*» fiel, wer gewisse Fragen bejahen musste (etwa folgende: «*The Shareholder is an officer, director, general partner, associated person or employee of any securities broker or dealer; the Shareholder is an agent of any securities broker or dealer that is engaged in the investment banking or securities business*» etc.). Bei all den Fragen ging es letztlich darum, herauszufinden, ob der Anteilseigner bzw. der Fonds Gefahr laufe, gegen die verschärften Insiderregelungen zu verstossen. Wenn auf den Anteilseigner keine der im Fragebogen aufgeführten Eigenschaften zutraf, konnte er im zweiten Abschnitt des Fragebogens bestätigen, dass er berechtigt sei, weiterhin auch an Gewinn und Verlust von Neuemissionen, an denen sich der Fonds beteiligte, zu profitieren («*is eligible to fully participate in profits and losses from investments in New Equity Issues*»). Die Titel jener Anteilseigner, die sich für die Kategorie der

«*unrestricted shareholders*» qualifizierten, erhielten eine neue Valorennummer.

5.2 Mit der Zustellung des Schreibens vom 23. November 2005 sowie des dazugehörigen Fragebogens stellte die Fondsleitung ihren Anteilseigner einen Antrag auf Abschluss eines neuen Begebungsvertrages bzw. zur Änderung des bestehenden Begebungsvertrages. Eine Übertragung des Eigentums des im Papier verbrieften Rechtes hingegen fand nicht statt. Die Berechtigung am materiellen Recht blieb vollumfänglich bestehen, das Recht wurde weder übertragen noch getilgt. Das Vorgehen der Fondsleitung zum Zwecke der Einteilung der Titel in zwei Kategorien war ähnlich jenem bei Vornahme einer Firmenänderung. Statt der Firma wurde die Valorennummer geändert; ein Tausch fand zwar statt, jedoch einzig auf der Ebene des Papiers, sofern solche denn überhaupt ausgegeben worden waren. Am materiellen Rechtsverhältnis änderte sich nichts.

5.3 Wenn die ESTV geltend macht, es wären letztlich alte Anteile gegen neue «getauscht» worden, so wäre dies nur dann korrekt, wenn auf eine allenfalls ausgegebene Urkunde und damit auf das Papier fokussiert würde. Die Umsatzabgabe wird aber nicht durch die Übertragung eines Papiers, sondern des materiellen Rechts ausgelöst (siehe hievon Punkt 3.5). Nur um auf der Urkunde oder in den Büchern die Firma oder die Valorennummer zu ändern, braucht das materielle Rechtsverhältnis nicht auf den Fonds und von diesem wieder zurück auf den Anteilseigner übertragen zu werden. Eine solche Gestaltung wäre zwar möglich, wurde aber im konkreten Fall und entgegen der offenen Ansicht der ESTV nicht gewählt. Nach der gleichen Logik müsste immer dann, wenn die Parzellennummer eines Grundstücks geändert würde, eine Handänderungssteuer erhoben werden mit der Begründung, das Grundstück sei an den Staat bzw. das Grundbuchamt übertragen worden und nach erfolgter Neunummerierung wieder an den Eigentümer zurückgefallen. Eine solche rechtliche Gestaltung wäre zwar ebenfalls denkbar, aber kaum sinnvoll. Im vorliegenden Fall erfolgte, wie dargestellt, keine Änderung und auch keine Übertragung des Eigentums am materiellen Rechtsverhältnis; es wurde nur das Papier oder allenfalls das Register, in welchem dieses Recht eingetragen war, geändert. Gleichzeitig wurde ein neuer Begebungsvertrag abgeschlossen, der das neue Papier wiederum mit dem alten Recht verband.

5.4 Nicht entscheidend ist deshalb auch das Vorbringen der ESTV, die Ausgabe der neuen Titel sei keine Frage der Praktikabilität, sondern eine *rechtliche Notwendigkeit* gewesen; dies zum einen, weil die Anteile von den bisherigen, nun als «*restricted*» bezeichneten Anteile unterschieden werden mussten; zum andern, weil die Anteile auch neue, weitergehende Rechte, nämlich den Anspruch auf die Teilnahme an zusätzlichen Investitionsmöglichkeiten in den USA, vermittelt hätten.

Es ist notorisch, dass jede Änderung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen, der Statuten, Weisungen oder Reglemente einer Gesellschaft oder eines Fonds auch eine Rückwirkung auf die Gesellschaftsanteile bzw. Fondsanteile haben kann. Schreibt der Gesetzgeber zum Beispiel vor, dass sich ein Fonds zukünftig nicht mehr an gewissen Gesellschaften beteiligen dürfe oder werden die Vinkulierungsbestimmungen einer Aktiengesellschaft geändert, hat dies – selbstredend – auch eine Wirkung auf die Anteilsrechte; sie verkörpern – untechnisch ausgedrückt – nicht mehr das Recht an der «gleichen» Gesellschaft; diese darf jetzt mehr oder weniger, als dass sie vor der Rechtsänderung durfte. Insofern werden die Titel tatsächlich «ausgetauscht». Solche Änderungen bedeuten, wie erwähnt, aber nicht zwingend eine für die Umsatzabgabe relevante Eigentumsübertragung. Würde bei jeder Gesetzes- oder Statutenänderung auf Stufe der Anteilsrechte eine Eigentumsübertragung angenommen, würde der Begriff in einer Weise verstanden, wie es weder vom Gesetz- noch Verfassungsgeber vorgesehen war.

5.5 Im vorliegenden Fall hat sich der Fonds lediglich den neuen staatlichen und standesrechtlichen Vorschriften angepasst und gleichzeitig haben die ausgegebenen Urkunden (also die Papiere) bzw. die Registereinträge zwecks Markierung geändert. Ob die Vornahme dieser Markierung eine rechtliche Notwendigkeit war oder nur einem Praxisbedürfnis entsprach, ist für Zwecke der Umsatzabgabe schlicht nicht entscheidend. Entscheidend ist allein, dass weder durch das Einführen strengerer Insiderbestimmungen noch durch die Markierung und Neugebung der Papiere eine Eigentumsübertragung stattfand.

6.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen. Die Beschwerdeführerin hat als obsiegende Partei keine Verfahrenskosten zu tragen. Der ESTV sind ebenfalls keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Der dem Bundesverwaltungsgericht einbezahlte

Kostenvorschuss in der Höhe von CHF 8'000.-- ist der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheides zurückzuerstatten. Die ESTV hat der obsiegenden Beschwerdeführerin die ihr erwachsenen notwendigen Kosten zu entschädigen (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 detaillierter Kostennote vom 25. April 2009 hat der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin für das vorliegende Beschwerdeverfahren CHF 10'839.95 (inkl. MWST) in Rechnung gestellt. Unter Berücksichtigung der Komplexität des Sachverhalts und der Schwierigkeit der Rechtsfragen erachtet das Bundesverwaltungsgericht die Höhe dieses Betrags als angemessen. Die Vorinstanz hat der obsiegenden Beschwerdeführerin demnach eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 10'839.95 (inkl. MWST) auszurichten.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird im Sinn der Erwägungen gutgeheissen und der vorinstanzliche Einspracheentscheid aufgehoben.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss von CHF 8'000.-- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils erstattet.

3.

Die Eidgenössische Steuerverwaltung hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von CHF 10'839.95 zu entrichten.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. _____; Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Daniel Riedo

Urban Broger

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 am 12. Mai 2009