



SRK 2005-114

Der Präsident: Pascal Mollard
Die Richter: Barbara Merz Wipfli; Thomas Stadelmann
Die Gerichtsschreiberin: Sonja Bossart

Entscheid vom 8. Juni 2006

in Sachen

X. GmbH, Beschwerdeführerin, vertreten durch ...

gegen

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

betreffend

Verrechnungssteuer;
verdeckte Gewinnausschüttung; Verrechnungspreise innerhalb Konzern

Sachverhalt (gekürzt):

A.- Die X. GmbH (nachfolgend X. CH oder „Gesellschaft“) wurde am 5. März 1997 ... gegründet. (...) Gesellschafterinnen sind die X. Inc. (USA) und die X. GmbH (D) Die Gesellschaft übernahm auf dem Wege der Fusion die Y. (Switzerland) GmbH (nachfolgend auch Y. CH). Aktiven von Fr. 3'725'894.-- und Passiven von Fr. 3'301'740.-- gingen gemäss Fusionsbilanz ... durch Universalsukzession auf die Gesellschaft über. Da die X. GmbH einzige Gesellschafterin der Y. CH war, blieb ihr Stammkapital unverändert.

B.- (...)

C.- Mit Brief vom 5. Juli 2000 unterbreitete die Vertreterin der Gesellschaft (...) der ESTV folgenden Sachverhalt zur steuerlichen Beurteilung (...): Per 31. März 1999 habe die in den USA domizilierte X. Inc. die ebenfalls in den USA ansässige Y. Inc. übernommen. Beide Unternehmen (...) verfügten über diverse Tochtergesellschaften in verschiedenen Ländern. Im Rahmen des weltweiten Zusammenschlusses der beiden Gruppen sei unter anderem beschlossen worden, die Struktur der europäischen Gesellschaften neu zu ordnen. So sei beschlossen worden, dass die in den Niederlanden domizilierte X. Holding BV per 31. März 1999 100% ihrer Anteile an der Y. CH der X. CH gegen ein Darlehen verkaufe. Die X. Holding BV habe die Beteiligung an der Y. CH zuvor von der in Irland ansässigen X. Ireland erworben. Im Rahmen der von der X. Inc. durchgeführten grenzüberschreitenden Umstrukturierung sei festgelegt worden, dass zur Ermittlung des Verkehrswertes der einzelnen Gesellschaften generell die so genannte „discounted cash flow method“ (DCF-Methode) zur Anwendung komme. Aus dem Bewertungsgutachten ergebe sich auf den Zeitpunkt des Verkaufs hin ein Verkehrswert der Y. CH von minimal US\$ 6,7 Mio. und maximal US\$ 7,5 Mio. Dementsprechend seien die Anteile der Y. CH zum Preis von US\$ 7,1 Mio. an die X. CH gegen Gewährung eines Darlehens von Seiten der X. Holding BV verkauft worden. In einem zweiten Schritt habe die X. CH die Y. CH im Rahmen einer Absorptionsfusion per 30. Juli 1999 übernommen. Die Absorption sei zu Buchwerten erfolgt. (...)

D.- Am 22. November 2000 führte das Kantonale Steueramt (...) mit Vertretern der X. CH eine Besprechung betreffend die Steuereinschätzungen 1997 bis 1999 durch. Diskutiert wurde dabei einerseits die Abrechnungsmodalität mit der Muttergesellschaft (X. Inc.), andererseits der Kaufpreis der Y. CH (...). Aufgrund dieser Besprechung erstellte das Kantonale Steueramt (...) am 23. November 2000 einen Bericht zu den Steuereinschätzungen 1997 bis 1999 (vi. Bel. 18m). (...) Im Rahmen der Verhandlung vom 22. November 2000 habe man sich für die Jahre 1997 bis 2000 auf eine Bruttogewinnmarge von 47% geeinigt. Bezüglich des Kaufpreises für die Y. CH wurde u.a. festgehalten, unter Berücksichtigung der Margenreduktion habe man den Kaufpreis auf Fr. 7'500'000.-- vereinbart. In der Folge eröffnete das Kantonale Steueramt (...) der X. CH bzw. ihrer Vertreterin entsprechende Einschätzungsvorschläge für die Steuerperioden 1997/98, 1998/99 und 1999/2000 (direkte Bundessteuer, Staats- und Gemeindesteuern), zu welchen die Gesellschaft ihre Zustimmungserklärung abgab (...). Mit Schreiben vom 16. Juli 2001 stellte das Kantonale Steueramt (...) der ESTV die diversen Steuererklärungen und Einschätzungsvorschläge für die Jahre 1997 bis 2000 zu (...).

E.- (...) Am 16./17. Oktober 2002 nahm die ESTV bei der X. CH eine Buchprüfung vor. Gestützt darauf teilte sie der Gesellschaft am 30. Oktober 2002 im Wesentlichen mit, durch die zuständige kantonale Steuerbehörde seien Aufrechnungen bzw. geldwerte Leistungen von Fr. 3'600'299.-- (1998/99) und Fr. 1'809'831.-- (1999/00) im Zusammenhang mit der Geschäftstätigkeit, sowie von Fr. 3'100'300.-- im Zusammenhang mit dem Kauf der Y. CH ermittelt worden, welche von der Gesellschaft akzeptiert worden seien. Auf diesen

geldwerten Leistungen von total Fr. 8'510'430.-- seien Verrechnungssteuern von Fr. 2'978'650.-- geschuldet; hievon seien am 8. Juli 2002 bezahlte Verrechnungssteuern (Form. 102) von Fr. 156'257.-- in Abzug zu bringen, so dass die geschuldeten Verrechnungssteuern noch Fr. 2'822'393.-- betragen würden. Die Gesellschaft wurde aufgefordert, die geschuldete Verrechnungssteuer im Laufe der nächsten 30 Tage zu überweisen oder begründete Einwendungen zu erheben. Ferner wurde sie aufgefordert, die Verrechnungssteuer auf die Begünstigten der Leistungen zu überwälzen (vi. Bel. 26). Mit Schreiben vom 3. Dezember 2002 berichtigte die ESTV gestützt auf eine telefonische Besprechung mit dem Steuervertreter der Gesellschaft ihre Berechnung insofern, als sie die Abschreibung des Goodwills im Zusammenhang mit dem Kauf der Y. CH nicht als geldwerte Leistung qualifiziere. Die geldwerten Leistung 1999/00 belief sich daher neu auf Fr. 497'831.-, das total der geldwerten Leistungen somit auf Fr. 7'198'430.-- und die geschuldete Verrechnungssteuer (nach Abzug der bereits entrichteten Steuer) auf Fr. 2'363'193.-- (vi. Bel. 27).

Mit Schreiben vom 23. Dezember 2002 liess die Vertreterin der Gesellschaft der ESTV das Bewertungsgutachten betreffend den Kaufpreis der Aktien der Y. CH zukommen. Ferner äusserte sie sich zur Anwendung des Kurzschlussverfahrens und zum anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) sowie zu den Auswirkungen des DBA mit den Niederlanden auf die Quellenbesteuerung von geldwerten Leistungen (vi. Bel. 28).

Nach telefonischen Diskussionen und internen Abklärungen der ESTV - insbesondere deren Abteilung Internationales Steuerrecht - forderte diese die Gesellschaft am 31. Oktober 2003 nochmals auf, den geschuldeten Betrag von Fr. 2'363'193.-- zu überweisen (vi. Bel. 33). Am 8. Dezember 2003 erliess die ESTV eine weitere Mahnung und am 4. Februar 2004 stellte sie beim Betreibungsamt K. das Betreibungsbegehren für den Forderungsbetrag von Fr. 2'363'193.-- nebst Zins zu 5% seit 6. Februar 2004 sowie den Verzugszins von Fr. 585'289.30 für die Zeit vom 2. Juni 1999 bis 5. Februar 2004 (vi. Bel. 34 und 35). Gegen den Zahlungsbefehl vom 9. Februar 2004 erhob die Gesellschaft am 11. Februar 2004 Rechtsvorschlag (vi. bel. 37).

F.- Am 18. Februar 2004 eröffnete die ESTV der X. CH den Entscheid, dass sie der ESTV Verrechnungssteuern von Fr. 2'363'193.-- schulde, Verzugszins von Fr. 585'289.30 sowie die Betreibungskosten von Fr. 410.--. Weiter schulde die Gesellschaft einen Verzugszins von 5% auf dem Steuerbetrag für die Zeit vom 6. Februar 2004 bis zum Tage der Steuerentrichtung. Schliesslich hielt die ESTV fest, der erhobene Rechtsvorschlag werde beseitigt (vi. Bel. 38). Zur Begründung verwies sie auf die Steuerrechnung vom 3. Dezember 2002. In der Folge vereinbarten die Vertreterin der Gesellschaft und die ESTV, dass die Gesellschaft vorläufig und unpräjudizierlich die in Betreibung gesetzte Forderung sowie die Betreibungskosten bezahlen werden und die ESTV ihrerseits die die Betreibung zurückziehen werde (vi. Bel. 39 und 40).

G.- Gegen den Entscheid vom 18. Februar 2004 liess die X. CH am 22. März 2004 Einsprache erheben. (...) Zur Begründung machte die Vertreterin der Gesellschaft im Wesentlichen Ausführungen dazu, dass aufgrund des DBA mit den Niederlanden im vorliegenden Fall die Verrechnungssteuer nicht erhoben werden könne. Ferner äusserte sie

sich zur Berechnung der allfälligen geldwerten Leistungen. Sodann legte sie dar, weshalb allenfalls das DBA mit den USA zur Anwendung komme (vi. Bel. 41).

Mit Schreiben vom 29. April 2004 teilte die ESTV dem Betreibungsamt K. mit, in der Betreibung Nr. 40059 gegen die X. CH sei ihr der Forderungsbetrag inklusive Betreibungskosten und Zinsen überwiesen worden und sie ersuche daher darum, die Betreibung im Register zu löschen (vi. Bel. 43).

Mit Brief vom 4. August 2005 teilte die Vertreterin der Gesellschaft der ESTV mit, die X. D. BV sowie die X. Holding BV hätten am 29. Juli 2005 mittels Versand der Formulare 81 an die zuständige niederländische Steuerbehörde fristgerecht Antrag auf Rückerstattung der Verrechnungssteuer gestellt. Diese Anträge seien einzig zur Wahrung des Rückerstattungsanspruches gestellt worden. Die bestrittenen geldwerten Leistungen würden weder im Bestand noch in der Höhe anerkannt.

H.- Mit Einspracheentscheid vom 1. Juni 2005 wies die ESTV die Einsprache der X. CH vollumfänglich ab und stellte fest, diese habe die Verrechnungssteuer von insgesamt Fr. 2'519'450.-- sowie den Verzugszins von Fr. 585'289.30 zu Recht entrichtet. Die Verrechnungssteuer im Umfange von Fr. 1'085'105.-- sei auf die X. Holding BV (NL) zu überwälzen. Die Verrechnungssteuer im Umfange von Fr. 1'434'345.-- sei auf die X. D. BV (NL) zu überwälzen.

I.- Gegen diesen Entscheid erhebt die X. CH mit Eingabe vom 1. Juli 2005 Beschwerde an die Eidgenössische Steuerrekurskommission (SRK) mit folgenden Anträgen:

1. Es sei der angefochtene Entscheid mangels Vorliegen einer steuerbaren Leistung vollumfänglich aufzuheben und die bereits bezahlte Verrechnungssteuer und Verzugszinsen zurückzuzahlen, zuzüglich Zinsen aufgrund der zu Unrecht erhobenen Steuer;
2. Eventualiter sei der angefochtene Entscheid vollumfänglich aufzuheben und es sei infolge Anwendung des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika über das bereits im April 2002 der Eidgenössischen Steuerverwaltung eingereichte Gesuch gemäss Formular 823 zu entscheiden. Somit sei die Verrechnungssteuer auf 5% der allfälligen geldwerten Leistungen festzusetzen und die Differenz zur bereits bezahlten Verrechnungssteuer (inkl. Verzugszinsen) zurückzuzahlen, zuzüglich Zinsen aufgrund der zu Unrecht erhobenen Steuer;
3. Eventualiter sei der angefochtene Entscheid vollumfänglich aufzuheben und es sei infolge des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und den Niederlanden keine Verrechnungssteuer zu erheben und die bereits bezahlte Verrechnungssteuer, inklusive Verzugszinsen in der Höhe von insgesamt Fr. 2'948'482.30 zurückzuzahlen, zuzüglich Zinsen aufgrund der zu Unrecht erhobenen Steuer;
4. Eventualiter sei der angefochtene Entscheid vollumfänglich aufzuheben und es sei infolge Anwendung des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und den Niederlanden betreffend der auf allfälligen geldwerten Leistungen erhobenen Verrechnungssteuer die Möglichkeit der vollständigen Rückerstattung zu statuieren, respektive die Differenz zur bereits bezahlten Verrechnungssteuer (inkl. Verzugszinsen) zurückzuzahlen, zuzüglich Zinsen aufgrund der zu Unrecht erhobenen Steuer;
5. Eventualiter sei der angefochtene Entscheid vollumfänglich aufzuheben und es sei infolge Anwendung des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und den Niederlanden in Verbindung mit dem Doppelbesteuerungsabkommen zwischen der

Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika betreffend die auf allfälligen geldwerten Leistungen erhobene Verrechnungssteuer die Möglichkeit einer Rückerstattung mit verbleibender Sockelsteuer von 5% zu statuieren, respektive die Differenz zur bereits bezahlten Verrechnungssteuer (inkl. Verzugszinsen) zurückzuzahlen, zuzüglich Zinsen aufgrund der zu Unrecht erhobenen Steuer;

6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Eidgenössischen Steuerverwaltung.

In ihrer Vernehmlassung vom 12. September 2005 schliesst die ESTV auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde.

Auf die Begründung der Eingaben an die SRK wird - soweit entscheidungswesentlich - in den Erwägungen eingegangen.

Erwägungen:

1.- a) Auf dem Gebiet der Verrechnungssteuer unterliegen die Einspracheentscheide der ESTV der Beschwerde an die SRK (Art. 71a Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 [VwVG; SR 172.021] in Verbindung mit Art. 42a des Bundesgesetzes über die Verrechnungssteuer vom 13. Oktober 1965 [VStG; SR 642.21]). Der angefochtene Einspracheentscheid datiert vom 1. Juni 2005. Die am 1. Juli 2005 zu Händen der SRK der schweizerischen Post übergebene Beschwerde ist fristgerecht erhoben worden (Art. 21 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 50 VwVG). Die Beschwerdeführerin hat sodann den gestützt auf Art. 63 Abs. 4 VwVG einverlangten Kostenvorschuss von Fr. 9'000.-- fristgerecht bezahlt. Sie ist durch den angefochtenen Einspracheentscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung (Art. 48 Bst. a VwVG). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 ff. VwVG) ist daher einzutreten. Das Verfahren vor der SRK bestimmt sich gemäss Art. 71a Abs. 2 VwVG grundsätzlich nach diesem Gesetz.

b) Nach Art. 49 VwVG kann mit der Beschwerde die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (Bst. a), die unrichtige bzw. unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Bst. b) sowie die Unangemessenheit des angefochtenen Entscheides (Bst. c) gerügt werden. Die SRK stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest und sie ist an die von den Parteien vorgebrachte Begründung nicht gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG).

2.- a) Der Bund erhebt u.a. eine Verrechnungssteuer auf dem Ertrag beweglichen Kapitalvermögens (Art. 1 Abs. 1 VStG). Gegenstand der Steuer auf dem Ertrag beweglichen Kapitalvermögens sind die Zinsen, Renten, Gewinnanteile und sonstigen Erträge der von einem Inländer ausgegebenen Obligationen, Serienschuldbriefe, Seriengülden und Schuldbuchguthaben sowie Aktien, Anteile an Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Genossen-

schaftsanteile, Partizipationsscheine und Genusscheine, der von einem Inländer oder von einem Ausländer in Verbindung mit einem Inländer ausgegebenen Anteile an einem Anlagefonds oder an einem Vermögen ähnlicher Art sowie der Kundenguthaben bei inländischen Banken und Sparkassen (Art. 4 Abs. 1 VStG). Steuerpflichtig ist nach Art. 10 Abs. 1 VStG der Schuldner der steuerbaren Leistung. Diese ist bei der Auszahlung, Überweisung, Gutschrift oder Verrechnung ohne Rücksicht auf die Person des Gläubigers um den Steuerbetrag zu kürzen (Art. 14 Abs. 1 VStG).

b) Nach Art. 20 Abs. 1 der Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer vom 19. Dezember 1966 (VStV; SR 642.211) gilt als steuerbarer Ertrag von Aktien im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Bst. b VStG jede geldwerte Leistung der Gesellschaft an die Inhaber gesellschaftlicher Beteiligungsrechte oder ihnen nahestehende Dritte, die sich nicht als Rückzahlung der im Zeitpunkt der Leistung bestehenden Anteile am einbezahlten Grundkapital darstellt. Gegenstand der Verrechnungssteuer sind somit nicht bloss Leistungen aus dem zivilrechtlich verteilungsfähigen Reingewinn der Aktiengesellschaft usw., sondern massgebend ist einzig und allein, ob eine auf dem Beteiligungsrecht beruhende, aus ihm fliessende geldwerte Leistung vorliegt. Was das Beteiligungsrecht an geldwerten Leistungen abwirft, ist verrechnungssteuerlich Ertrag, unbekümmert um die Form oder Bezeichnung und ohne Rücksicht auf die Herkunft der Mittel (W. Robert Pfund, Die Eidgenössische Verrechnungssteuer, I. Teil, Basel 1971, Rz. 3.12 zu Art. 4 Abs. 1 Bst. b VStG; Ernst Höhn/Robert Waldburger, Steuerrecht, Band I, 8. Auflage, Bern 1997, § 21 Rz. 9 ff.).

Zu den geldwerten Leistungen in diesem Sinne gehören bei Aktiengesellschaften neben den auf Grund eines entsprechenden Gewinnverteilungsbeschlusses ausgerichteten Dividenden, allfälligen ausserordentlichen Ausschüttungen (Bonus etc.), den Bauzinsen, dem Liquidationsüberschuss anlässlich der Auflösung der Gesellschaft (soweit nicht in einer Rückzahlung der Anteile am einbezahlten Aktienkapital bestehend), der Ausgabe von Gratisaktien und dergleichen, insbesondere auch die üblicherweise (namentlich im Recht der direkten Steuern der Kantone und neu auch des Bundes; vgl. Art. 58 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 [DBG; SR 642.11]) als „verdeckte Gewinnausschüttungen“ bezeichneten Leistungen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. insbesondere Archiv für Schweizerisches Abgaberecht [ASA] 68 S. 742 E. 2a, 68 S. 599 f. E. 2, 61 S. 540 f. E. 2; BGE 119 Ib 435 E. 2b; BGE 115 Ib 279 f. E. 9b und c) gehören ohne Rücksicht auf Form und Bezeichnung solche freiwilligen Zuwendungen der Gesellschaft zu den geldwerten Leistungen, die den Aktionären oder diesen nahe stehenden Personen ausgerichtet werden und ihren Rechtsgrund im Beteiligungsverhältnis haben, mithin einem Dritten nicht oder zumindest nicht in gleichem Masse gewährt würden. Es handelt sich dabei mithin um Leistungen, die nicht geschäftsmässig begründeten Aufwand darstellen. Als Geschäftsaufwand verbuchte Leistungen hingegen, die gestützt auf einen vertraglich vereinbarten Leistungsaustausch entweder an unabhängige Dritte oder aber zu Konditionen erfolgen, wie sie auch unter unabhängigen Dritten vereinbart worden wären, gelten als geschäftsmässig begründet und stellen keine steuerbaren Kapitalerträge im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Bst. b VStG und Art. 20 VStV dar (ASA 68 S. 250 E. 3a, 60 S. 561 E. 1b, je mit Hinweisen). Dies gilt auch dann,

wenn sich eine Massnahme, die an sich im Interesse der Unternehmung getroffen wurde, nachträglich als Fehldisposition erweist, welche sich zu Gunsten eines Gesellschafters (bzw. einer einem solchen nahe stehenden Person) auswirkt (Anton Pestalozzi-Henggeler, Die verdeckte Gewinnausschüttung im Steuerrecht, Diss. Zürich 1947, S. 22; Max Imboden, Die gesetzmässigen Voraussetzungen einer Besteuerung verdeckter Gewinnausschüttungen, in ASA 31 S. 182 ff.).

c) Im Einzelnen setzt die Annahme einer geldwerten Leistung in Form einer verdeckten Gewinnausschüttung voraus, dass die folgenden Voraussetzungen (kumulativ) erfüllt sind (Urteile des Bundesgerichts vom 29. Januar 1999, veröffentlicht in ASA 68 S. 249 f. E. 3a; vom 5. März 1999 i.S. P. AG [2A.192/1996/bmt], E. 2; Entscheide der SRK vom 26. Februar 1996 i.S. P. AG [SRK 1995-003], E. 2a; vom 17. November 2000 i.S. O. AG [SRK 1999-140], E. 2c und vom 5. September 2001 i.S. L. SA [SRK 2000-112], E. 2a/bb; vgl. ASA 68 S. 599 f. E. 2, mit Hinweisen; Höhn/Waldburger, a.a.O., § 21 Rz. 13 ff.; Pfund, a.a.O., S. 117 ff., Rz. 3.53 ff. zu Art. 4 Abs. 1 Bst. b VStG; Jean-Marc Rivier, La fiscalité de l'entreprise constituée sous forme de société anonyme, Lausanne 1994, S. 265 ff.; zum Begriff „geldwerte Leistung“ vgl. Francis Cagianut/Ernst Höhn, Unternehmenssteuerrecht, 3. Auflage, Bern 1993, § 12 Rz. 50 ff. und zum Begriff „verdeckte Gewinnausschüttung“: § 12 Rz. 63 f.):

1. Eine Leistung, die keine Rückzahlung des einbezahlten Grundkapitals darstellt, wird ohne entsprechende, gleichwertige Gegenleistung erbracht, was eine Entreichung der Gesellschaft zur Folge hat (vgl. dazu Imboden, a.a.O., S. 181; Pestalozzi-Henggeler, a.a.O., S. 37 ff.). Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn beim Abschluss eines zweiseitig verpflichtenden (synallagmatischen) Vertrages die beiden Leistungen in einem wirtschaftlichen Missverhältnis stehen.
2. Die Leistung wird einem Inhaber gesellschaftlicher Beteiligungsrechte direkt oder indirekt (z.B. über eine ihm nahe stehende Person oder Unternehmung) zugewendet und sie hat ihren Rechtsgrund im Beteiligungsverhältnis, d.h. sie wäre - eben weil die Gesellschaft keine oder keine gleichwertige Gegenleistung erhält - unter den gleichen Verhältnissen einem unbeteiligten Dritten nicht erbracht worden. Insoweit erscheint die Leistung als ungewöhnlich (vgl. ASA 68 S. 599 f. E. 2, mit Hinweisen). Bei den nahe stehenden Personen handelt es sich häufig um dem Aktionär verwandtschaftlich verbundene natürliche Personen oder um vom gleichen Aktionär beherrschte juristische Personen. Nach der Rechtsprechung gelten aber auch Personen als nahe stehend, zu denen der Aktionär wirtschaftliche oder persönliche Beziehungen unterhält, welche nach den gesamten Umständen als eigentlicher Grund für die Leistung an den Dritten betrachtet werden müssen sowie Personen, denen der Aktionär seine Gesellschaft zur Abwicklung von Geschäften zur Verfügung stellt (ASA 68 S. 599 f. E. 2, 64 S. 496 E. 2b, 60 S. 560 f. E. 1a, 56 S. 436 E. 3b; Conrad Stockar/Hans Peter Hochreutener, Die Praxis der Bundessteuern, II. Teil: Stempelabgaben und Verrechnungssteuer, Bd. 2, Loseblatt, Basel, Nr. 155 zu Art. 4 Abs. 1 Bst. b VStG).
3. Der ungewöhnliche Charakter der Leistung, insbesondere das Missverhältnis zwischen der gewährten Leistung und der erhaltenen Gegenleistung, muss für die handelnden Gesell-

schaftsorgane erkennbar gewesen sein (ASA 68 S. 742 E. 2a, mit Hinweisen; vgl. zum Ganzen Pfund, a.a.O., N 3.53 zu Art. 4 Abs. 1 Bst. b VStG, mit weiteren Hinweisen; Fred Vuillemin, Zum Begriff des steuerbaren Ertrages im Verrechnungssteuer-Recht, in *Der Schweizer Treuhänder [ST]* 1981 S. 22 f.). Das Missverhältnis zwischen der Leistung der Gesellschaft und der Gegenleistung muss indessen offensichtlich sein; eine bloss geringfügige Differenz genügt nicht (Cagianut/Höhn, a.a.O., § 12 Rz. 64).

d) Eine steuerbare geldwerte Leistung liegt unter anderem dann vor, wenn die Gesellschaft Vermögenswerte zu einem wesentlich über dem Verkehrswert liegenden Preis von Aktionären oder ihnen nahe stehenden Personen erwirbt (vgl. BGE 113 Ib 23; vgl. Höhn/Waldburger, a.a.O., § 21 N 15). Der Steuer unterliegt diesfalls die Differenz zwischen dem Verkehrswert des übertragenen Vermögensgegenstandes und dem entrichteten Preis (vgl. dazu Cagianut/Höhn, a.a.O., § 12 Rz. 68 f.). Eine steuerbare geldwerte Leistung liegt sodann vor, wenn die Gesellschaft vom Anteilsinhaber oder von einer diesem nahestehenden Person für erbrachte Leistungen weniger Ertrag fordert, als sie von einem unabhängigen Dritten in jedem Fall fordern und auch erhalten würde (sog. Gewinnvorwegnahme; vgl. Höhn/Waldburger, a.a.O., § 21 N 16; vgl. auch Barbara Desax, Die Behandlung von Leistungsbeziehungen zu unangemessenen Bedingungen [geldwerte Leistungen und verdeckte Kapitaleinlagen] im Rahmen der risikoorientierten Abschlussprüfung, Zürich 2000, S. 50 ff.; vgl. Reto Heuberger, Die verdeckte Gewinnausschüttung aus Sicht des Aktienrechts und des Gewinnsteuerrechts, Bern 2001, S. 268 ff.).

Ein zentrales Element der steuerlichen Erfassung einer verdeckten Gewinnausschüttung liegt somit - wie bereits erwähnt - in der Bestimmung der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung. Den Normen des Steuerrechts kann jedoch nicht im Detail entnommen werden, anhand welcher Kriterien diese Angemessenheit zu überprüfen sei. Einzig der Grundsatz der „Geschäftsmässigen Begründetheit“ (Art. 58 Ab. 1 DBG) gibt Anhaltspunkte (Markus Neuhaus, Verdeckte Gewinnausschüttungen aus steuerrechtlicher Sicht, in: Neuhaus/Zumoffen Fruttero/Voyame/Raemy/Javet/Scherrer/Watter/Marti, Verdeckte Gewinnausschüttungen, Zürich 1997, S. 38, auch zum Folgenden; vgl. auch Heuberger, a.a.O., S. 182 ff.). Danach gilt, dass sich eine Gesellschaft auch im Verhältnis zu ihren Aktionären oder diesen nahestehenden Personen so zu verhalten hat, wie dies ein vorsichtiger Kaufmann tun würde und wie dies im Verhältnis mit Dritten eben geschäftlich sinnvoll und im Interesse der Gesellschaft ist. Die Gesellschaft, welche mit einem Aktionär oder einer nahestehenden Person ein Rechtsgeschäft abschliesst, muss dies somit zu den Konditionen tun, zu welchen sie es auch mit einem unabhängigen Dritten tun würde. Die Gesellschaft hat sich demnach bei solchen Transaktionen die Frage zu stellen, ob sie dasselbe Rechtsgeschäft zu denselben Konditionen auch mit einem unabhängigen Dritten abschliessen würde oder warum sie beim unabhängigen Dritten, nach objektiven Kriterien bemessen, andere Konditionen durchsetzen würde. Es gibt verschiedenste Methoden, um im Einzelfall den „richtigen“ Preis zu fixieren. In der Schweizer Steuerpraxis besteht kein Numerus clausus an Methoden. Entscheidend ist vielmehr, dass ein wirtschaftlich vertretbares und vernünftiges Resultat erreicht wird. Dem Fiskus steht es bei der Beurteilung der Frage, ob eine Ausgabe einen geschäftsmässig begründeten Aufwand darstellt, nicht zu, das eigene Ermessen an die

Stelle desjenigen der Geschäftsführung der Gesellschaft zu setzen. Die Steuerbehörde darf nicht in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit eingreifen und Unternehmenspolitik betreiben oder durch korrigierende Aufrechnung die Geschäftspolitik eines Unternehmens beeinflussen. Sie hat sich an der objektivierten Sorgfaltspflicht des ordentlichen Geschäftsführers der leistenden Gesellschaft zu orientieren (vgl. Heuberger, a.a.O., S. 184 f., mit Hinweisen). Das Bundesgericht stellt diesbezüglich auf „sachgemässes Geschäftsgebaren“ oder auf „die kaufmännische Auffassung nach guten Treuen“ ab (vgl. ASA 51 S. 541; StE 1986 B 72.13.22 Nr. 5; ASA 66 S. 463 ff.).

e) Im Steuerveranlagungsverfahren herrscht grundsätzlich die Untersuchungsmaxime (ASA 55 S. 627 E. 3a; Roman Truog, Die natürliche Vermutung im Steuerrecht, in ASA 49 S. 99). Diese wird allerdings modifiziert durch die in Art. 39 VStG geregelte Mitwirkungspflicht des Steuerpflichtigen. Diese Bestimmung sieht vor, dass der Steuerpflichtige der ESTV über alle Tatsachen, die für die Steuerpflicht oder für die Steuerbemessung von Bedeutung sein könnten, nach bestem Wissen und Gewissen Auskunft erteilen und insbesondere seine Geschäftsbücher ordnungsgemäss führen muss. Er hat diese, die Belege und andere Urkunden auf Verlangen beizubringen (vgl. Entscheid der SRK vom 26. Februar 1996 i.S. P. AG [SRK 1995-003], E. 3). Indem die Steuerbehörde den Untersuchungsgrundsatz anwendet und der Steuerpflichtige seine Mitwirkungspflicht erfüllt, werden die tatsächlichen Voraussetzungen für eine richtige und vollständige Veranlagung geschaffen.

Die Beweiswürdigung ist dann erfolgreich, wenn der Sachverhalt schlüssig ermittelt werden kann und jede Ungewissheit über die tatsächlichen Verhältnisse ausgeräumt ist. Bei der Würdigung der Untersuchung darf die SRK auch die Sorgfalt berücksichtigen, welche die Steuerbehörde bei der Abklärung der tatsächlichen Verhältnisse angewandt hat, aber auch die Art und das Mass der Mitwirkung des Steuerpflichtigen werten. Im Rahmen der Beweiswürdigung wirken sich im Weiteren auch natürliche Vermutungen aus. Das heisst, die SRK kann sich auf Wahrscheinlichkeitsfolgerungen stützen, die nach ihrer Auffassung aufgrund der individuellen Gegebenheiten des konkreten Einzelfalles gezogen werden können. Dabei ist abzuwägen, ob eine Sachbehauptung durch bewiesene umliegende Sachumstände so wahrscheinlich gemacht ist, dass sie sich zur richterlichen Überzeugung verdichtet (vgl. zum ganzen Max Kummer, Berner Kommentar, N 362 ff. zu Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB; SR 210]). Erst wenn aufgrund einer umfassenden Würdigung der Beweismittel, unter Berücksichtigung des Verhaltens der Parteien, eine Entscheidung nicht möglich ist, stellt sich die Frage nach der Beweislosigkeit und danach, wer allenfalls deren Folgen zu tragen hat. Kann die SRK nach Ausschöpfen aller Untersuchungsmittel und auch nach Abnahme der angebotenen Beweismittel den Sachverhalt nicht schlüssig ermitteln, muss sie nach den Regeln der objektiven Beweislast entscheiden. Diese Regeln legen fest, ob die Steuerbehörde oder der Steuerpflichtige das Risiko trägt, wenn ein Beweis nicht erbracht werden kann. Nach allgemeiner Beweislastverteilung, die sich aus einer umfassenden Anwendung von Art. 8 ZGB herleitet, trägt die Steuerbehörde die Beweislast für die steuerbegründenden und steuererhöhenden Tatsachen, während der Steuerpflichtige für die steueraufhebenden und steuermindernden Tatsachen die Beweislast trägt (statt vieler: Martin Zweifel, Die Sachverhaltsermittlung im Steuerveran-

lagungsverfahren, Zürich 1989, S. 110). Die weit reichende Untersuchungspflicht der Steuerbehörde und - als Korrelat - die umfassende Mitwirkungspflicht des Steuerpflichtigen können jedoch unter besonderen Umständen zu einer Abweichung von der schematischen und zwingenden Risikoverteilung führen. Die Lehre spricht in diesem Zusammenhang von der sogenannten mitwirkungsorientierten Beweislastverteilung (zum Ganzen: Daniel Schär, Grundsätze der Beweislastverteilung im Steuerrecht, Bern 1998, S. 303 f.).

Ist bezüglich einer allfälligen verdeckten Gewinnausschüttung streitig, ob einer Leistung der steuerpflichtigen Gesellschaft überhaupt eine Gegenleistung des Aktionärs bzw. Gesellschafters gegenübersteht, trägt nach der vorstehenden Grundregel die Gesellschaft die Beweislast für das Vorhandensein einer solchen Gegenleistung, ist doch diese Leistung nur dann geschäftsmässig begründet und damit steuermindernd, wenn ihr eine Gegenleistung entspricht (Zweifel, a.a.O., S. 111 f.). Liegt bei Vorhandensein einer Gegenleistung der Verdacht auf eine verdeckte Gewinnausschüttung vor, hat grundsätzlich die Veranlagungsbehörde aufgrund ihrer Untersuchungen aufzuzeigen, dass zwischen den gegenseitigen Leistungen ein offensichtliches Missverhältnis besteht und mithin die Leistungen der Gesellschaft ganz oder teilweise nicht geschäftsmässig begründet sein können (vgl. SteuerEntscheid [StE] 1991 B 72.13.22 Nr. 21 E. 3a und b). Hat die Steuerbehörde den Beweis für das Vorliegen eines offensichtlichen Missverhältnisses erbracht, spricht eine natürliche Vermutung für die Bejahung einer verdeckten Gewinnausschüttung. Alsdann trägt grundsätzlich die steuerpflichtige Gesellschaft die Beweislast dafür, dass gleichwohl keine verdeckte Gewinnausschüttung anzunehmen ist (Zweifel, a.a.O., S. 112). Diese im Recht der direkten Bundessteuer entwickelten Grundsätze über die Beweislastverteilung sind auch bei der Verrechnungssteuer sinngemäss anwendbar (vgl. Entscheid der SRK vom 21. Mai 1999 i.S. I. [SRK 1998-061], E. 4a). Dies bedeutet, dass die Steuerbehörden nicht über die Zweckmässigkeit von Aufwandpositionen der steuerpflichtigen Unternehmung zu entscheiden und so ihr eigenes Ermessen anstelle desjenigen der Geschäftsleitung zu stellen haben. Dennoch hat die steuerpflichtige Gesellschaft nachzuweisen, dass die in Frage stehenden Leistungen geschäftsmässig begründet sind. So können sich die Steuerbehörden vergewissern, dass geschäftliche Gründe und nicht die engen persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen zwischen Gesellschaft und Leistungsempfänger für die geldwerte Leistung ausschlaggebend waren (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 29. Januar 1999, veröffentlicht in ASA 68 S. 250 f. E. 3b, auch zum Folgenden).

3.- Im vorliegenden Fall ist die verrechnungssteuerliche Qualifizierung von zwei Sachverhalten streitig.

a) Die Vorinstanz erblickte eine geldwerte Leistung im Umstand, dass die Beschwerdeführerin am 7. August 1999 von der X. Holding BV (NL) die Beteiligung der Y. CH zum Preis von Fr. 10'600'300.-- erwarb.

aa) Die Vorinstanz begründete Ihre Auffassung damit, der Kaufpreis für diese Beteiligung halte einem Drittvergleich nicht stand. Als Basis für die Preisfestsetzung habe ein

„Valuation Report“ gedient, welcher durch die A. erstellt worden sei. Gemäss diesem Bericht sei die Discounted Cash Flow Methode angewendet worden, welche für das Geschäftsjahr 1999/2000 von einem Free Cash Flow von US\$ 372'632, für 2000/01 von US\$ 622'455, für 2001/02 von US\$ 846'212 und einer ewigen Rente von US\$ 802'074 ausgegangen sei. Der so ermittelte Wert habe US\$ 7'545'134 betragen und sei alsdann auf US\$ 7'450'000 bzw. Fr. 10'600'300 festgelegt worden. Der Bewertung sei somit eine Bruttogewinnmarge zwischen 63,25% und 65,68% zugrunde gelegt worden. Eine entsprechende Bruttogewinnmarge sei sehr hoch und wäre von einem Dritten auf Grund der Buchwerte der Y. CH nicht vergütet worden. Es müssten daher andere Kriterien für die Festlegung des Drittvergleichs herangezogen werden. Es könne für den Kaufpreis auf die mit dem kantonalen Steueramt für die direkten Bundes-, Kantons- und Gemeindesteuern ausgehandelte Lösung zurückgegriffen werden. Dies führte die ESTV zum Schluss, ein Anteil von Fr. 3'100'300.-- auf dem Kaufpreis sei übersetzt.

bb) Die Beschwerdeführerin bringt hierzu im Wesentlichen vor, anlässlich des Integrationsprozesses („post merger integration“) habe die X. Group A. beauftragt, eine Marktwertbestimmung für die einzelnen betroffenen Gesellschaften vorzunehmen. Solche Bewertungen seien auch für weitere Y. Gesellschaften vorgenommen worden, um den gesamten Erwerbspreis der Y. Group von rund US\$ 686 Millionen adäquat den einzelnen Gesellschaften zuzuweisen. Die Preisfindung im Integrationsprozess pro Y.-Ländergesellschaft sei aufgrund dieser Unternehmensbewertung vorgenommen worden. Der „Valuation Report Y.“ basiere auf einer DCF-Unternehmensbewertung, d.h. auf der Discounted-Cash-Flow-Methode. Daraus sei ein marktgerechter Unternehmenswert betreffend Y. CH zwischen US\$ 6,7 und US\$ 7,5 Millionen berechnet worden. Basierend auf diesen Bewertungen habe X. Europe (Irland) eine Kapitaleinlage in die neu gegründete Y. Holding BV, Niederlande, vorgenommen, indem sie mehrere Gruppengesellschaften als Sacheinlage einbrachte. Anschliessend zur Kapitaleinlage habe X. CH per 7. August 1999 von ihrer Schwestergesellschaft X. Holding BV, Niederlande, sämtliche Aktien von Y. CH gekauft. Der Kaufpreis sei entsprechend dem für die erwähnte Kapitaleinlage verwendeten Marktwert auf US\$ 7,1 Millionen festgelegt worden, was damals rund Fr. 10'600'300.-- entsprochen habe. Aufgrund des Umstandes, dass der gesamte Erwerbspreis der Y. Group von rund 686 Millionen adäquat den einzelnen Gesellschaften zugewiesen worden sei, sei ersichtlich, dass der Transaktionswert der Y. CH, welcher die Beschwerdeführerin für den Kauf von Y. CH entrichtet habe, demjenigen Wert entspreche, welcher X. Group gegenüber einem unabhängigen Dritten, den Aktionären der Y. Group bezahlt habe (Beschwerde Ziff. 9 und 42).

cc) Der steuerrechtliche Begriff der geldwerten Leistung verlangt - wie bereits ausgeführt wurde - die Erkennbarkeit der Begünstigung für die handelnden Organe. Damit wird eine bewusste Vorteilszuwendung seitens der Gesellschaft vorausgesetzt (Desax, a.a.O., S. 12). Das subjektive Begriffselement der Erkennbarkeit soll grundsätzlich vermeiden, dass dann, wenn die Parteien mitnichten von einer Begünstigung einer Partei ausgingen, der Fiskus trotzdem eine verdeckte Gewinnausschüttung annimmt. Es soll auch vermeiden, dass dort, wo die Parteien geschäftsmässig vernünftige Prinzipien anwenden, ein Rechtsgeschäft zwischen

Gesellschaft und Gesellschafter aus steuerlicher Sicht in eine Gewinnausschüttung umqualifiziert wird, und es soll überdies vermeiden, dass geschäftlich ungeschickte Dispositionen als verdeckte Gewinnausschüttungen qualifiziert werden (vgl. Neuhaus, a.a.O., S. 26; vgl. auch Heuberger, a.a.O., S. 222 f., sowie Thomas Gehrig, Der Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung an einen nahestehenden Dritten, Bern 1998). Entscheidend ist dabei wiederum, dass der Fiskus nicht anstelle der Gesellschaft unternehmerische Entscheide fällen darf.

Vorliegend ist mit Blick auf das Kriterium der Erkennbarkeit einer allfälligen geldwerten Leistung wesentlich, dass die Vertragsparteien eine unabhängige, sachverständige Drittgesellschaft (die A.) damit beauftragten, den Verkehrswert der zu übertragenden Y. CH zu schätzen. Der Valuation Report Y. der A. vom 14. Oktober 1999 zeigt im Detail auf, welche Grundlagen für die Schätzung des Unternehmenswertes zur Verfügung standen. Er setzt sich mit diesen Grundlagen im Einzelnen auseinander und bewertet sie ausführlich. Insbesondere bewertet er die konkrete Marktsituation und die konkrete Tätigkeit der bewerteten Gesellschaft. Der Report zeigt im Weiteren auf, welche Methoden zur Bewertung der Gesellschaft in Erwägung gezogen wurden und begründet, warum zur Bewertung die Discounted Cash Flow Method (DFC) gewählt wurde. Die Grundlagen der Berechnung und die Berechnung selber sind sodann im Report im Detail dokumentiert. Die A. kommt aufgrund ihrer ausführlichen Untersuchung zum Schluss, der Wert der Y. CH belaufe sich auf 6,7 bis 7,5 Mio. US\$. Insbesondere aufgrund der klar offen gelegten Überlegungen, welche zur genannten Schätzung führten, konnte und durfte die Beschwerdeführerin sich auf den Valuation Report abstützen und den darin festgelegten Wert als massgeblich für die Festlegung des Verkehrswertes erachten. Dies gilt insbesondere auch deswegen, weil die ESTV nicht aufzeigt, in welchen Punkten die Grundlagen der Schätzung durch die A. offensichtlich, d.h. im speziellen für die Beschwerdeführerin klar erkennbar, falsch sein sollten. Die ESTV beschränkt sich bezüglich der Bewertung darauf festzustellen, der Bewertung liege eine Bruttogewinnmarge zwischen 63,25 und 65,68% zugrunde, was sehr hoch sei und von einem Dritten aufgrund der Buchwerte der Y. CH nicht vergütet worden wäre. Dieses Vorbringen vermag angesichts der detaillierten Überlegungen und Berechnungen, die dem Valuation Report zugrunde liegen, nicht zu genügen. Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin unwidersprochen ausführt, anlässlich des Integrationsprozesses nach der Übernahme der Y. Group seien solche Bewertungen auch für weitere Y. Gesellschaften vorgenommen worden, um den gesamten Erwerbspreis der Y. Group von rund US\$ 686 Mio. adäquat den einzelnen Gesellschaften zuzuweisen. Dieses Vorbringen wird gestützt durch das aufgelegte „Agreement for Confirmation of Valuation“ zwischen X. Inc., USA und Y. Inc., USA vom 20. Oktober 1999 (bf. Bel. 5c). Danach haben die genannten Vertragsparteien den Preis für die einzelnen übertragenen Gesellschaften festgelegt (a.a.O. S. 3), und u.a. für die Y. CH festgehalten, der Preis betrage US\$ 7,1 Mio. (a.a.O., Annex B). Die Beschwerdeführerin schliesst aus diesem Umstand zu Recht, der Transaktionswert der Y. CH, welchen sie für deren Kauf entrichtet habe, entspreche demjenigen Wert, welchen die X. Group gegenüber einem unabhängigen Dritten (den Aktionären der Y. Group) bezahlt habe.

Aufgrund der gesamten Umstände ist daher festzuhalten, dass für die handelnden Organe keineswegs eine Begünstigung der verkaufenden Gesellschaft ersichtlich war. Im Gegenteil konnten sie davon ausgehen, das fragliche Geschäft zu Marktkonditionen abgewickelt zu haben. Damit fehlt eines der für die Annahme einer geldwerten Leistung erforderlichen Elemente.

dd) An dieser Schlussfolgerung ändert entgegen der Meinung der ESTV nichts, dass die Beschwerdeführerin die Berechnungen des kantonalen Steueramtes (...) betreffend die geldwerten Leistungen bzw. die Einschätzung für die direkten Steuern anerkannt hat. Zum Einen können die Feststellungen im Verfahren der direkten Steuern nicht unbesehen auf das vorliegende Verfahren übertragen werden, insbesondere nicht, wenn sich eine Steuerpflichtige - wie vorliegend - ab Beginn des Verfahrens stets auf den Standpunkt gestellt hat, es liege keine verrechnungssteuerrechtlich relevante geldwerte Leistung vor. Speziell massgebend ist jedoch, dass aufgrund der vorliegenden Akten nicht ersichtlich ist, welche genauen Überlegungen zur vorgenommenen Aufrechnung betreffend direkte Steuern führten, insbesondere ist nicht ersichtlich, dass sich die Steuerbehörden im fraglichen Verfahren im Einzelnen mit dem - nach dem vorstehend Ausgeführten hier relevanten - Valuation Report der A. auseinandergesetzt haben. Nicht ausser acht zu lassen ist im Weiteren, dass die fraglichen Aufrechnungen betreffend direkte Steuern lediglich im Veranlagungsverfahren, also durch die Steuerbehörden, und nicht etwa im Rahmen eines Justizverfahrens vorgenommen wurden, währenddem vorliegend die Frage erstmals einem Gericht unterbreitet wird. Bereits aus diesen Gründen kann nicht ohne weitere Auseinandersetzung mit der Sachlage auf die Aufrechnungen durch die kantonale Steuerverwaltung (...) abgestellt werden. Dass die Beschwerdeführerin im Verfahren betreffend direkte Steuern die Einschätzung - und damit implizit auch die vorgenommene Aufrechnung - akzeptiert hat, ändert daran nichts. Zum einen kann ihr nicht vorgeworfen werden, sie verhalte sich widersprüchlich, nachdem sie sich gegenüber der ESTV konstant auf den Standpunkt stellte, es liege keine geldwerte Leistung vor (vgl. vi. Bel. 14, 16). Zudem macht die Beschwerdeführerin geltend, sie habe die Einschätzung nur aufgrund einer Notsituation (Managementmangel bzw. Managementwechsel und unzureichendem Zugriff auf die einschlägigen Dokumente) akzeptiert und einen pragmatischen Abschluss der vergangenen Steuerperioden gesucht. Dieses Vorbringen ist nachvollziehbar. Wesentlich erscheint sodann der Hinweis der Beschwerdeführerin auf das amerikanische Tax Credit System, welcher von der ESTV nicht in Zweifel gezogen wird. Danach ist es für US-Konzerne unerheblich, wo ein allfälliger Gewinn aus Geschäftstätigkeit von Tochtergesellschaften im Ausland durch direkte Steuern erfasst wird. Die entsprechenden direkten Steuern werden spätestens im Zeitpunkt der Repatriierung an die Einkommenssteuern der Vereinigten Staaten angerechnet. Diese Ausführungen werden gestützt durch die Bestimmung von Art. 23 Ziff. 2 des Abkommens vom 2. Oktober 1996 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen (SR 0.672.933.61). Es ergibt sich daraus, dass eine Besteuerung im Rahmen der direkten Steuern insofern von weniger gewichtiger Bedeutung ist, als allfällige Schweizer Steuern schliesslich an die US-Steuern angerechnet werden können. Es ist nachvollziehbar, dass dieser Umstand eine Rolle spielt, wenn zu entscheiden ist, ob gegen eine Veranlagung

Rechtsmittel ergriffen werden sollen. Schliesslich ist auch der Hinweis der Beschwerdeführerin zutreffend, wonach es der Unternehmungsführung erlaubt sein muss, als falsch erkannte Entscheidungen im Rahmen des einen Steuerverfahrens im Rahmen eines anderen Verfahrens wieder aufzugreifen und zu versuchen, dort eine andere Beurteilung zu erreichen. Zwar können Zugeständnisse in einem Verfahren durchaus eine Bedeutung für andere Verfahren haben, wenn es darum geht, Sachverhalte zu würdigen. Solange eine Steuerpflichtige aber aus unterschiedlichen Verhaltensweisen nicht ungerechtfertigte Vorteile zu ziehen versucht, kann es ihr nicht verwehrt sein, in einem unabhängigen anderen Steuerverfahren andere - neue oder abweichende - Standpunkte vorzutragen und zu vertreten.

b) Die Vorinstanz erblickte im Weiteren eine geldwerte Leistung im Umstand, dass die Beschwerdeführerin der ihr nahestehenden Auftraggeberin X. D. BV (NL) Leistungen gegen Vergütungen erbracht habe, welche einem Drittvergleich nicht standhalten würden.

aa) Die Vorinstanz verwirft im angefochtenen Einspracheentscheid die von der Beschwerdeführerin angewandten Preisvergleichsmethoden und begründet ihre eigene Qualifikation im Wesentlichen wie folgt: Da die Beschwerdeführerin für die Verrechnungssteuer vom gleichen Begriff der geldwerten Leistung ausgehe wie für die direkten Steuern, dürfe für die Berechnung der Verrechnungssteuer behelfsweise von der gleichen Berechnungsbasis ausgegangen werden. Die Beschwerdeführerin habe im Rahmen einer Einigung mit der Steuerverwaltung des Kantons (...) für 1998/99 einem Soll-Bruttogewinn von Fr. 11'958'136.-- und für 1999/2000 einem solchen von Fr. 18'529'031.-- zugestimmt. Die ESTV sei nicht an die kantonale Beurteilung gebunden. Im vorliegenden Fall bestehe jedoch kein Grund von der direkt-steuerlichen Behandlung abzuweichen, da es um den gleichen Sachverhalt im Lichte desselben Ertragsbegriffs gehe, die Beurteilung durch den Kanton nachvollziehbar sei und die Beschwerdeführerin sie bereits akzeptiert habe.

bb) Die Beschwerdeführerin bringt hierzu im Wesentlichen vor, die mittels des „Cost plus 5%“-Systems gesetzten Transferpreise für die Vermittlungstätigkeit der Beschwerdeführerin in den Geschäftsjahren 97/98 bis 99/00 hätten zu einer gewichteten durchschnittlichen operativen Gewinnmarge der Beschwerdeführerin von 3,04% geführt. Damit bewege sich die operative Gewinnmarge klar innerhalb der im Rahmen der Verrechnungspreisstudie von B. zur Vermittlungstätigkeit der Beschwerdeführerin ermittelten „at arm's length“-Bandbreite von 0,3% bis 7,0%. Selbst unter Berücksichtigung eines konservativeren Ansatzes im Rahmen einer stochastischen Verprobung der Ergebnisse liege das Ergebnis der Beschwerdeführerin innerhalb der „interquartilen arm's length-Bandbreite“ von 1,5% bis 5,6% (für die Jahre 1994-1998) resp. von 1% bis 7,5% (für die Jahre 1997-2001). Die Gewinnmarge der Beschwerdeführerin von durchschnittlich 3,04% liege mithin in den relevanten Jahren 1997 bis 2000 im Median-Bereich des massgeblichen Vergleichsset (3,2%). Diese Schlussfolgerung gelte zudem nicht nur im Rahmen einer Durchschnittsbetrachtung über die massgeblichen Jahre - wie in den OECD-Richtlinien empfohlen werde - sondern ebenso für jedes einzelne der zur Beurteilung stehenden Geschäftsjahre. Damit sei nachgewiesen, dass die Transferpreise nach Massgabe der einschlägigen schweizerischen steuerrechtlichen Bestimmungen und den anwendbaren OECD

Normen korrekt festgelegt worden seien und insbesondere keine Gewinnverschiebungen (geldwerte Leistungen) durch die Beschwerdeführerin erbracht worden seien. Eine von den Steuerbehörden des Kantons (...) anvisierte Bruttogewinnmarge von 47% - welche nur mittels eines Kostenaufschlages von 14,5% erreicht würde - sei demgegenüber klar nicht „at arm's length“.

cc) Massgebend ist vorliegend auch im Hinblick auf die Bestimmung der Verrechnungspreise - wie bereits in Bezug auf die Bestimmung des Aktienkaufpreises ausgeführt -, ob die Gesellschaft bzw. deren Organe bewusst Vorteilszuwendungen an Nahestehende vorgenommen haben. Entscheidend ist somit wiederum, ob die allfällige Vorteilszuwendung für die Gesellschaftsorgane erkennbar war. Diesbezüglich ist wesentlich, dass die Beschwerdeführerin die Angemessenheit der von ihr angewendeten Verrechnungspreise gestützt auf die „X. Transfer Pricing Analysis for European Distributors October 1999“, erstellt durch die B. (bf. Bel. 3a), begründet. Diese Analyse wurde durch eine unabhängige, sachverständige Drittgeseellschaft erstellt. Im Rahmen dieser Studie wurde eine Analyse des Marktes betreffend die u.a. von der Beschwerdeführerin vorgenommene Geschäftstätigkeit vorgenommen (a.a.O. S. 9 ff.). Ferner wurde eine detaillierte Analyse der von den europäischen Vermittlungsagenten, darunter auch der Beschwerdeführerin, vollzogenen Transaktionen und der dabei übernommenen Funktionen und Risiken vorgenommen (a.a.O., S. 12 ff.). Sodann wurde aufgezeigt, welche Methoden zur Bestimmung der „at arm's length“-Verrechnungspreise grundsätzlich zur Verfügung stehen und geeignet sind und es wurde detailliert ausgeführt und begründet, weshalb für die X. Group die geschäftsfallbezogene Nettomargenmethode (TNMM) die geeignete Methode zur Bestimmung der Verrechnungspreise sei (a.a.O. S 20 ff., insb. S. 26). Schliesslich wurde im Rahmen dieser Studie ein sog. „Comparable Search“ nach mit der zu beurteilenden Tätigkeit u.a. der Beschwerdeführerin vergleichbaren Transaktionen zwischen unabhängigen Dritten bzw. nach mit den Vermittlungsagenten der X. Group vergleichbaren unabhängigen Unternehmen durchgeführt. Im Rahmen dieser „Comparable Search“ wurde festgestellt, dass sich der „Capital-adjusted Return on Sales“ (adjusted ROS) der beigezogenen Vergleichsunternehmen zwischen 0.3% und 7,0% bewegte, dass der Median 5,1% betrug, das 1. Quartil 1,5% sowie das 3. Quartil 5,6%. Der „unadjusted ROS“ (= NetIncomeBeforeTaxes / Sales) betrug zwischen 0.5% und 7,4%, wobei der Median 5.0% betrug, das 1. Quartil 1.8% und das 2. Quartil 6.1%. (a.a.O., Appendix B, S. B4). Die gefundenen Resultate wurden auf ihre Zuverlässigkeit überprüft, indem eine analoge Untersuchung für den US-amerikanischen Markt gemacht wurde, welche Resultate zwischen 1,4% und 3,8% bei einem Median von 3,1% ergab. Die ESTV setzt sich mit der fraglichen „Transfer Pricing Analysis“ nicht näher auseinander und trägt insbesondere nicht vor, diese beruhe auf falschen Grundlagen oder ziehe falsche Schlussfolgerungen.

Die Beschwerdeführerin hat ihren Transferpreisen gemäss „Exclusive Sales Agreement“ vom 17. April 1997 eine „Cost plus 5%“ Berechnung zugrunde gelegt (bf. Bel. 4a). Mit den rechnerischen bzw. statistischen Ausführungen der Beschwerdeführerin gemäss E. 3b/bb vorstehend hat sich die ESTV nicht auseinandergesetzt. Aufgrund der Akten ergibt sich, abweichend von den Darstellungen der Beschwerdeführerin in Ziff. 74 ihrer

Beschwerde, dass sie in den vorliegend massgeblichen Jahren folgenden „Return on sales“ erzielte: 1998/99 4,76% und 1999/2000 1,5%, bzw. im Durchschnitt 3,13%. Wird die Vorperiode 1997/98 hinzugezogen, so ergibt sich ein Durchschnitt von 3,68%, werden auch die Folgeperioden 2000/01 bis 2002/03 berücksichtigt, so beträgt der Durchschnitt 3,14% (vgl. vi. Bel. 2 -7).

Damit ergibt sich, dass der „Return on Sales“ der Beschwerdeführerin im Durchschnitt in einem Bereich lag, welcher in einer umfassenden, gut dokumentierten und plausibel begründeten unabhängigen Studie für den vergleichbaren europäischen Markt festgestellt wurde. Der durchschnittliche „Return on Sales“ der Beschwerdeführerin liegt deutlich über dem 1. Quartil gemäss der Studie. Bei dieser Sachlage kann nicht angenommen werden, die von der Beschwerdeführerin angewandten Verrechnungspreise seien nicht marktkonform gewesen; auf jeden Fall besteht keine Grundlage dafür, der Beschwerdeführerin vorzuhalten, sie habe bewusst Vorteilszuwendungen an Nahestehende vornehmen wollen.

Wenn die ESTV sinngemäss vorträgt, der Verweis auf die „Transfer Pricing Analysis“ sei nicht relevant, weil aufgrund der erheblichen Spannweite der operativen Gewinnmarge von 0,3% bis 7% die geschäftsfallbezogene Nettomargenmethode (TNMM) nicht angewendet werden könne, geht ihre Argumentation an der Sache vorbei. Dies ist auch der Fall, wenn sie geltend macht, die von der Beschwerdeführerin der Verrechnungspreisbestimmung zugrunde gelegte cost-plus 5 Prozent-Methode könne nicht angewendet werden, weil es sich bei der Beschwerdeführerin nicht um eine Dienstleistungsgesellschaft handle. Die ESTV übersieht bei dieser Argumentation, dass es vorliegend nicht darum geht, im Nachhinein den idealen Verrechnungspreis zu bestimmen, sondern dass zu beurteilen ist, ob sich die von der Beschwerdeführerin festgelegten Verrechnungspreise in einem Rahmen hielten, welcher als marktüblich bezeichnet werden kann. Diesbezüglich kann nun jedoch nicht zweifelhaft sein, dass auf jeden Fall Werten, welche sich zwischen dem 1. und dem 3. Quartil bewegen, die Marktüblichkeit nicht abgesprochen werden kann. Vorliegend kommt hinzu, dass der durchschnittliche ROS der Beschwerdeführerin deutlich über dem 1. Quartil, d.h. ungefähr zwischen 1. Quartil und Median lag, somit auf jeden Fall als marktüblich zu bezeichnen ist. Ergänzend zur Feststellung, dass es vorliegend nicht darum geht, nachträglich den idealen Verrechnungspreis zu eruieren, ist schliesslich festzuhalten, dass die von der ESTV bzw. vom kantonalen Steueramt (...) zugrunde gelegten Verrechnungspreise bzw. die zugrunde gelegten Bruttogewinnmargen für die Tätigkeit der Beschwerdeführerin - abgesehen vom Verweis auf die Bewertung der Y. (vgl. vi. Bel. 18I) - nicht näher begründet wurden. In diesem Zusammenhang erscheint denn auch als signifikant, dass sich die Steuerbehörden bereit erklärten, sogar einen Abrechnungsmodus Cost-plus 2% anzuerkennen, sofern die anderen Länder, insbesondere Deutschland, diesem Modus zustimmen würden (vgl. vi. Bel. 18 I).

Zusammenfassend ergibt sich damit, dass die ESTV der Beschwerdeführerin zu Unrecht vorgeworfen hat, sie habe durch zu tiefe Verrechnungspreise steuerbare geldwerte Leistungen erbracht.

dd) Wie bereits mit Bezug auf die allfällige geldwerte Leistung betreffend Kauf der Y. CH ausgeführt, ändert an dieser Schlussfolgerung nichts, dass die Beschwerdeführerin im Verfahren betreffend direkte Steuern die Berechnungen des kantonalen Steueramtes anerkannt hat. Es kann vollumfänglich auf die diesbezüglichen Ausführungen unter E. 3a/dd verwiesen werden.

c) Steht somit fest, dass die Beschwerdeführerin weder im Zusammenhang mit dem Kauf der Y. CH noch im Zusammenhang mit den festgelegten Verrechnungspreisen geldwerte Leistungen erbracht hat, so erübrigt es sich, auf die von der Beschwerdeführerin und der ESTV aufgeworfene Frage einzugehen, wer gegebenenfalls Empfänger allfälliger geldwerter Leistungen war und welches Doppelbesteuerungsabkommen demzufolge anwendbar wäre. Ebenso braucht nicht zur von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen Frage, in welcher Weise allfällige geldwerte Leistungen nach dem Doppelbesteuerungsabkommen mit den Niederlanden zu behandeln sind bzw. ob die Schweiz überhaupt berechtigt wäre, im vorliegenden Fall diese Leistungen zu besteuern, Stellung genommen zu werden. Schliesslich erübrigt es sich, auf die verschiedenen Eventualbegehren der Beschwerdeführerin einzugehen.

4.- Die Beschwerdeführerin beantragt die Rückerstattung der bereits bezahlten Verrechnungssteuern und Verzugszinsen, zuzüglich Zinsen aufgrund der zu Unrecht erhobenen Steuer. Die Beschwerdeführerin hat der ESTV unbestrittenermassen gestützt auf die Rechnungsstellung der ESTV vom 3. Dezember 2002 (vi. Bel. 27) sowie das Betreibungsbegehren vom 4. Februar 2004 (vi. Bel. 35) bzw. den Zahlungsbefehl vom 9. Februar 2004 (vi. Bel. 37) den geforderten Abgabebetrag von Fr. 2'948'482.30.-- (inkl. geforderte Verzugszinsen) mit Valuta 20. April 2004 überwiesen, ohne Anerkennung einer Rechtspflicht. Gemäss den vorstehenden Feststellungen hat die ESTV den Abgabebetrag von Fr. 2'948'482.30.- (inkl. geforderte Verzugszinsen) zu Unrecht gefordert. Sie hat daher der Beschwerdeführerin den entrichteten Betrag zurück zu erstatten.

Der zurückzuerstattende Betrag ist von der ESTV zu verzinsen. In analoger Anwendung von Art. 1 Abs. 1 der Verordnung vom 29. November 1996 über die Verzinsung ausstehender Verrechnungssteuern (SR 642.212) ist der Vergütungszins auf der zu Unrecht erhobenen Steuer auf 5% jährlich festzusetzen (BGE 108 Ib 18 E. 3; vgl. auch Urteile des Bundesgerichts vom 25. November 1983, in ASA 53 S. 95, sowie vom 13. Oktober 1978, in Steuer Revue [StR] 1979 S. 178 und Entscheid der Eidgenössischen Steuerrekurskommission vom 28. Juni 2005, VPB 69.125).

5.- Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen und der Entscheid der Vorinstanz aufzuheben. Bei diesem Verfahrensausgang sind der Beschwerdeführerin keine Kosten aufzuerlegen. Die Beschwerdeinstanz hat den bezahlten Kostenvorschuss von Fr. 9'000.-- zurückzuerstatten (Art. 63 Abs. 1 VwVG; Art. 1 ff., insbesondere Art. 5 Abs. 3 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren [VKV; SR 172.041.0]).

In Anwendung von Art. 64 Abs. 1 VwVG kann die SRK der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen; diese ist vorliegend in Anwendung von Art. 64 Abs. 5 VwVG i.V.m. Art. 8 VKV und Art. 8 der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren [SR 172.041.0] in Verbindung mit Art. 6 des Tarifs vom 9. November 1978 über die Entschädigung an die Gegenpartei für das Verfahren vor dem Bundesgericht (SR 173.119.1) auf Fr. 9'000.-- festzusetzen.

Aus diesen Gründen hat die Eidgenössische Steuerrekurskommission nach Art. 23 Abs. 1 der Verordnung vom 3. Februar 1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen (VRSK; SR 173.31) auf dem Zirkulationsweg

erkannt:

- 1.- Die Beschwerde der X. GmbH vom 1. Juli 2005 wird gutgeheissen und der angefochtene Einspracheentscheid der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 1. Juni 2005 wird aufgehoben.
 - 2.- Die Eidgenössische Steuerverwaltung hat der Beschwerdeführerin bereits bezahlte Verrechnungssteuern und Verzugszins von Fr. 2'948'482.30, inklusive Zins von 5% ab dem Tag der Zahlung, zurückzuerstatten.
 - 3.- Für das Verfahren vor der Eidgenössischen Steuerrekurskommission werden keine Kosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 9'000.-- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheides zurückerstattet.
 - 4.- Die Eidgenössische Steuerverwaltung hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 9'000.-- zu entrichten.
 - 5.- Dieser Entscheid wird der Vertreterin der Beschwerdeführerin und der Eidgenössischen Steuerverwaltung schriftlich eröffnet.
-

Rechtsmittelbelehrung

Die Entscheide der Eidgenössischen Steuerrekurskommission können mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Art. 97 ff. des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege [OG; SR 173.110]) beim Schweizerischen Bundesgericht angefochten werden; **ausgenommen sind Entscheide über Erlass oder Stundung geschuldeter Abgaben** (Art. 99 Abs. 1 Bst. g OG). Die Beschwerdeschrift ist der zweiten öffentlichrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes, 1000 Lausanne 14, innert 30 Tagen seit Eröffnung des Entscheides in drei Ausfertigungen einzureichen. Sie hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder dessen Vertreters zu enthalten; die Ausfertigung der angefochtenen Verfügung und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit der Beschwerdeführer sie in Händen hat (Art. 106 Abs. 1 und Art. 108 Abs. 1 und 2 OG). Die Beschwerdefrist steht still (Art. 34 Abs. 1 OG):

- a) vom siebten Tage vor Ostern bis und mit dem siebten Tage nach Ostern;
- b) vom 15. Juli bis und mit dem 15. August;
- c) vom 18. Dezember bis und mit dem 1. Januar.

Eidgenössische Steuerrekurskommission

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Pascal Mollard

Sonja Bossart