

Steuerrekursgericht
des Kantons Zürich



1. Abteilung

1 DB.2011.50
1 ST.2011.77

Entscheid

29. Juni 2015

Mitwirkend:

Abteilungspräsident Anton Tobler, Steuerrichter Walter Balsiger, Steuerrichter Michael Ochsner und Gerichtsschreiberin Andrea Schmid

In Sachen

A AG,
vormals B AG,
Steuergemeinde Zürich,

vertreten durch ADB Altorfer Duss & Beilstein AG,
Walchestrasse 15, 8006 Zürich,

**Beschwerdeführerin/
Rekurrentin,**

gegen

1. **Schweizerische Eidgenossenschaft,**

2. **Staat Zürich,**

vertreten durch das kant. Steueramt,
Division Dienstleistungen,
Bändliweg 21, Postfach, 8090 Zürich,

Beschwerdegegnerin,

Rekursgegner,

betreffend

**Direkte Bundessteuer 1.10.2006 - 30.09.2007 sowie
Staats- und Gemeindesteuern 1.10.2006 - 30.09.2007**

hat sich ergeben:

A. 1. Die B AG (ab 13. Mai 2013 A AG, nachfolgend die Pflichtige) war bis zu ihrer Umfirmierung und Zweckänderung in der Vermögensverwaltung, Finanzberatung und Finanzanalyse tätig. Konkret betrieb sie das Fondsgeschäft und bewirtschaftete in der streitbetroffenen Steuerperiode 2006/07 verschiedene kollektive Anlagefonds liechtensteinischen Rechts mit einem Anlagevolumen von rund Fr. 2 Mrd. Diese Fonds verfolgten eine in der konventionellen Vermögensverwaltung verbreitete Anlagestrategie. Die Pflichtige war als Portfolio-Managerin der Fonds tätig, d.h. sie legte das Fondsvermögen an, überwachte es und nahm Anpassungen vor. Diese Tätigkeit übte sie im Auftragsverhältnis aus, wobei Auftraggeberin die in Vaduz/FL domizilierte C AG war. Letzteres Unternehmen nahm die Funktion der Fondsleitung wahr und ist gleichzeitig die Schwestergesellschaft der Pflichtigen. Gemeinsame 100%ige Aktionärin der Pflichtigen und der C AG ist die D AG mit Sitz im Kanton Zug bzw. ab Frühjahr 2007 im Kanton Schwyz. Die Aktionäre der Letzteren wiederum sind E, F und G. Die Pflichtige hatte ihren Sitz ursprünglich in Zürich, ab Herbst 2008 bzw. Frühling 2009 nacheinander in zwei Schwyzer Gemeinden.

Die Pflichtige erhielt von der C AG für ihre Tätigkeit als Portfolio-Managerin der drei Anlagefonds eine Entschädigung, die sich in Abhängigkeit der jeweiligen Fondsvermögen bemass. Auf dieser Grundlage erzielte sie im Geschäftsjahr 1.10.2006 - 30.9.2007 einen Dienstleistungsertrag von Fr. 15'530'445.30. Den steuerbaren Reingewinn gab sie in der Steuererklärung 2007 mit Fr. 5'719'900.- und das (steuerbare) Eigenkapital mit Fr. 383'000.- an.

2. Nachdem vorgängig durchgeführte umfangreiche Verhandlungen über ein Ruling hinsichtlich der ausgerichteten Vergütung für die Tätigkeit als Portfolio-Managerin gescheitert waren, führte das kantonale Steueramt im Veranlagungs-/Einschätzungsverfahren der Steuerperiode 1.10.2006 - 30.9.2007 eine diesbezügliche Untersuchung durch. Es verlangte mit Auflage und Mahnung vom 8. Mai bzw. 30. Juni 2009 detaillierte Angaben zu den Tätigkeiten der Pflichtigen und der C AG bei der Fondsverwaltung/-leitung, eine Darlegung der Kriterien und Grundlagen zur Festlegung der ausgerichteten Vergütung sowie eine Begründung zur vorgenommenen Gewinnaufteilung zwischen den beiden Gesellschaften. Die Pflichtige antwortete am 3. Juni und 31. Juli 2009. Weil das kantonale Steueramt der Auffassung war, die Pflicht-

tige sei damit Auflage und Mahnung nicht hinreichend nachgekommen, nahm es gewinnseitig eine "Transferpreis-Korrektur" vor und schätzte diese nach pflichtgemäßem Ermessen auf Fr. 9'620'427.-. Gestützt darauf setzte es den steuerbaren Reingewinn mit Hinweis bzw. Einschätzungsentscheid vom 11. Oktober 2010 sowohl für die direkte Bundessteuer als auch für die Staats- und Gemeindesteuern auf Fr. 15'340'300.- fest und übernahm das (steuerbare) Eigenkapital gemäss Steuererklärung mit Fr. 383'000.-. Die Veranlagung der direkten Bundessteuer wurde mit Steuerrechnung vom 1. November 2011 formell eröffnet.

B. Hiergegen liess die Pflichtige am 11. November 2010 Einsprache erheben und beantragen, sie unter ersatzloser Aufhebung der Ermessensschätzung gemäss Steuererklärung zu veranlagern bzw. einzuschätzen. Das kantonale Steueramt wies die Einsprache am 25. Februar 2011 ab, wobei es an der Aufrechnung der "Transferpreis-Korrektur" im Umfang von Fr. 9'620'427.- zwar festhielt, diese jedoch nicht mehr nach pflichtgemäßem Ermessen festsetzte, da sie die Voraussetzungen für eine solche Schätzung nun nicht mehr als erfüllt betrachtete.

C. Mit Beschwerde bzw. Rekurs vom 29. März 2011 liess die Pflichtige den Einspracheantrag wiederholen und die Zusprechung einer Parteienschädigung verlangen. Das kantonale Steueramt schloss am 20. April 2011 auf Abweisung der Rechtsmittel. Zudem sei der Pflichtigen keine Parteienschädigung zuzusprechen.

Am 17. Mai 2011 ordnete das Steuerrekursgericht die Einholung eines Gutachtens über die Verrechnungspreise der Pflichtigen gegenüber der C AG an und schlug den Parteien gleichzeitig einen Gutachter vor. Gegen Letzteren erhob das kantonale Steueramt am 10. Juni 2011 Einwendungen. Gleichzeitig beantragte es, auf ein Gutachten zu verzichten, da nur eine Rechtsfrage streitig sei. Mit Verfügung vom 29. Juni 2011 hielt das Steuerrekursgericht an der Gutachtenseinholung fest und erklärte die Einwendungen gegen den vorgeschlagenen Gutachter als unbegründet. In der Folge gelangte das kantonale Steueramt dagegen mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht. Dieses trat darauf am 2. November 2011 vorerst nicht ein, hob dann aber – nach vorgängiger Rückweisung der Sache durch das Bundesgericht am 18. Juli 2012 zur materiellen Beurteilung – die Bestellung des vorgeschlagenen Gutachters wegen Befangenheit am 14. August 2013 auf. Am 28. Januar 2014 schlug das Steuerrekurs-

gericht einen neuen Gutachter vor. Weil die Parteien gegen diesen keine Einwendungen erhoben, wurde er mit Verfügung vom 25. Februar 2014 definitiv ernannt (unter gleichzeitiger Zusendung sämtlicher Einschätzungsakten und der Akten des vorliegenden Verfahrens). Am 12. Mai 2014 wurden für die Erstellung des Gutachtens notwendige Unterlagen einverlangt und von der Pflichtigen am 2. Juni 2014 eingereicht. Das kantonale Steueramt nahm dazu am 27. Juni 2014 Stellung.

Der Gutachter lieferte die Expertise am 30. März/8. April 2015 ab. Die Pflichtige nahm dazu am 29. April 2015 fristgerecht und das kantonale Steueramt nach Ablauf der bis 20. Mai 2015 erstreckten Frist am 22. Mai 2015 (Eingang beim Steuerrekursgericht) Stellung. Das kantonale Steueramt beantragte dabei die Beantwortung von zusätzlichen Fragen durch den Gutachter und die Akteneinsicht in die gesamte "Steuerakte" durch diesen. Die Pflichtige wehrte sich am 5. Juni 2015 gegen dieses Ansinnen.

Die Kammer zieht in Erwägung:

1. a) Die Frist für eine Stellungnahme zum Gutachten wurde den Parteien bis 30. April 2015 angesetzt, dem kantonalen Steueramt jedoch auf Gesuch hin bis 20. Mai 2015 erstreckt (R-act. 61 und 62). Mithin ist fraglich, ob die Stellungnahme des Letzteren rechtzeitig erfolgte, da seine Eingabe dem Steuerrekursgericht vom Weibeldienst der Staatskanzlei mit interner Post erst am 22. Mai 2015 nach Ablauf der Frist überbracht wurde (Eingangsstempel auf R-act. 64).

b) Eine Frist gilt als eingehalten, wenn die Handlung innerhalb derselben vorgenommen wird (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Handkommentar zum DBG, 2. A., 2009, Art. 133 N 9 DBG sowie § 12 Abs. 3 der Verordnung zum Steuergesetz vom 1. April 1998 [VO StG], beide auch zum Folgenden). Schriftliche Eingaben müssen spätestens am letzten Tag der Frist an die Behörde gelangt oder der Post übergeben sein. Als Post im Sinn dieser Vorschrift gilt ausnahmslos nur die schweizerische Post. Die strikte Beachtung dieses Erfordernisses gilt nicht als überspitzter Formalismus (vgl. BGE 104 Ia 4).

Die Übergabe an die schweizerische Post ist vollzogen, wenn die Sendung von der Postverwaltung zur Beförderung entgegengenommen worden ist (ZBI 48, 356). Werden für die Einreichung private Zustelldienste in Anspruch genommen, so gilt erst das Datum der Übergabe durch den privaten Dienst an das Gericht als Datum der vorgenommenen Handlung. Der vom kantonalen Steueramt für die Einreichung seiner Stellungnahme benutzte kantonale Weibeldienst kann nicht der schweizerischen Post gleichgestellt werden. Mithin gilt bei Benützung dieses Dienstes eine Sendung an das Steuerrekursgericht erst mit deren Übergabe durch den Dienst als zugestellt (VG, 23. Mai 2012, SB.2011.00056, auch zum Folgenden). Daran ändert nichts, dass das Steuerrekursgericht für die Spedition seiner eigenen Sendungen diesen Weibeldienst ebenfalls benutzt, gehört es als von der Verwaltung vollständig unabhängige Justizbehörde doch nicht zum Verfügungsbereich des kantonalen Steueramts.

Mithin erweist sich die Stellungnahme des kantonalen Steueramts als verspätet, da sie dem Steuerrekursgericht vom Weibeldienst erst am 22. Mai 2015 überbracht wurde.

Selbst wenn aber der Weibeldienst der schweizerischen Post gleichgestellt würde und die Stellungnahme dem Steuerrekursgericht schon bei deren Übergabe an diesen als erfolgt gälte, läge Verspätung vor. So ergab eine Anfrage der Kanzlei des Steuerrekursgerichts beim Steuerkommissär, dass die Stellungnahme aufgrund von "gewissen Verzögerungen" in der zentralen Aktenkanzlei des kantonalen Steueramts erst am 21. Mai 2015, und damit einen Tag zu spät, "weitergeleitet", d.h. dem Weibeldienst übergeben wurde (E-Mail des Steuerkommissärs vom 22. Mai 2015, R-act. 66).

c) Erfolgte die Stellungnahme verspätet, ist androhungsgemäss Verzicht auf dieselbe anzunehmen. Die darin erhobenen Einwände und gestellten Anträge des kantonalen Steueramts gelten daher als nicht erfolgt, sodass darauf nicht einzugehen ist. Zwecks Vermeidung von Missverständnissen sei aber zumindest erwähnt, dass dem Gutachter sämtliche Einschätzungsakten und die Akten des vorliegenden Verfahrens zur Verfügung gestellt wurden (vgl. Begleitbrief an diesen, R-act. 41).

2. Mit den Einspracheentscheiden vom 25. Februar 2011 (T-act. 43 und 47) sind der Veranlagungs- sowie der Einschätzungsentscheid vom 11. Oktober bzw. 1. November 2010 (T-act. 34 und 45) aufgehoben bzw. ersetzt worden. Mithin ist der

Frage, ob die Voraussetzungen für eine ermessensweise Schätzung der streitbetreffenden "Transferpreis-Korrektur" erfüllt waren, wie im Veranlagungs-/Einschätzungsentscheid noch angenommen, nicht mehr nachzugehen, ist diese Schätzung von der Vorinstanz in den Einspracheentscheiden (S. 4) doch ausdrücklich aufgehoben worden. Demnach ist nurmehr die Gesetzmässigkeit der Aufrechnung selber zu prüfen, da diese weiterhin umstritten ist.

3. a) Die Pflichtige erhielt von der C AG den Auftrag für die Ausübung des Portfolio-Managements von drei Anlagefonds (vgl. Verwaltungsvertrag vom 27. November 1997, R-act. 56). Die dafür von der C AG ausgerichtete Entschädigung bemass sich in so genannten Basispunkten (BP) des jeweiligen Fondsvermögens und betrug je 60 BP für den "H Fund" und "I Fund" sowie 80 BP für den "J Fund". Bei der C AG handelt es sich um die Schwestergesellschaft der Pflichtigen, sodass sich mit Blick auf den so genannten Drittmannvergleich ertragssteuerlich die Frage nach dem Verhältnis der gegenseitig erbrachten Leistungen, insbesondere der von der Pflichtigen vereinnahmten Entschädigung, und der sich daraus allenfalls ergebenden Korrektur bei dieser Entschädigung (Aufrechnung) stellt:

b) aa) Der steuerbare Reingewinn einer Kapitalgesellschaft berechnet sich nach Art. 58 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (DBG) bzw. § 64 Abs. 1 des Steuergesetzes vom 8. Juni 1997 (StG) aufgrund des Saldos der Erfolgsrechnung, erhöht um die der Rechnung belasteten, geschäftsmässig nicht begründeten Aufwendungen, wie u.a. offene und verdeckte Gewinnausschüttungen sowie geschäftsmässig nicht begründete Zuwendungen an Dritte.

Geschäftsmässig unbegründeter Aufwand liegt vor, wenn dieser keine Grundlage in der geschäftlichen Aktivität findet, d.h. wenn ein sachlicher Zusammenhang zwischen Aufwendung und Geschäftsbetrieb fehlt (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Art. 58 N 74 DBG und Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 3. A., 2013, § 64 N 161 StG). Verdeckte Gewinnausschüttungen im Besonderen sind in Erfolgsrechnung und Bilanz nicht als Gewinn ausgewiesene Leistungen einer Gesellschaft, mit denen sie ihren Aktionären oder diesen nahestehenden Personen bewusst geldwerte Vorteile zuwendet, die sie unbeteiligten Dritten nicht einräumen würde (RB 1982 Nr. 72 mit Hinweisen; Markus Reich, Verdeckte Vorteilszuwendungen zwischen verbundenen

Unternehmen, ASA 54, 621 f.). Die Einräumung geldwerter Leistungen kann nicht nur in Form physischer Vermögenszuwendungen an die Aktionäre erfolgen. Vielmehr bildet jede Leistung der Gesellschaft ohne entsprechende Gegenleistung, die nicht im geschäftlichen Interesse, sondern im Interesse der Aktionäre erbracht wird, eine Gewinnausschüttung (Reich, ASA, 54, 635 und 639, auch zum Folgenden). Als Empfänger einer verdeckten Gewinnausschüttung kommen nicht nur die Anteilsinhaber, sondern auch diesen nahestehende Personen in Betracht (VGr, 27. Januar 1987, SB 51/1986, mit Hinweis auf BGr, 17. September 1976, ASA 45, 595). Eine Hauptform verdeckter Gewinnausschüttungen besteht darin, dass die Gesellschaft übersetzte Gewinnungs- und Anschaffungskosten aufwendet und so eine überhöhte Belastung eines Erfolgs- oder Bestandskontos bewirkt (Reich, ASA 54, 613 ff.). Möglich ist jedoch auch die Ausrichtung einer verdeckten Gewinnausschüttung durch Verzicht auf eine im Drittvergleich erbrachte Leistung. Diesfalls liegt eine Gewinnvorwegnahme vor (BGr, 19. November 2003 = StE 2004 B 72.13.22 Nr. 42).

Vorliegend ist eine Gewinnvorwegnahme streitig, behauptet das kantonale Steueramt doch, die Pflichtige habe bei der Ausübung ihres Portfolio-Auftrags gegenüber der Schwestergesellschaft C AG auf ein marktmässiges Entgelt verzichtet und sich dadurch entreichert.

bb) Vorteilszuwendungen an Schwestergesellschaften, d.h. zwischen Gesellschaften, die von denselben Aktionären beherrscht werden, sind (nach der so genannten Dreieckstheorie) einerseits als verdeckte Gewinnausschüttung der leistenden Gesellschaft an die Aktionäre und andererseits als verdeckte Kapitaleinlage der Aktionäre in die empfangende Gesellschaft zu würdigen (VGr, 3. Oktober 1989 = StE 1991 B 24.4 Nr. 27; VGr, 19. Dezember 1996, SB.96.00040). Ob eine Vorteilszuwendung geschäftsmässig begründet war, ist ausschliesslich vom Standpunkt der steuerpflichtigen juristischen Person aus zu beurteilen, nicht vom Standpunkt des Konzerns aus, dem sie angehört. Massgebend ist nach anerkannter schweizerischer Auffassung das so genannte "at arm's length"-Prinzip (RB 1985 Nr. 42 mit Verweisungen). Zu prüfen ist dabei, wie gegenüber einem unbeteiligten Dritten gehandelt worden wäre, d.h. es gilt der Drittvergleich.

cc) Ist streitig, ob einer Leistung der steuerpflichtigen Gesellschaft eine Gegenleistung des Aktionärs bzw. der Schwestergesellschaft gegenübersteht, trägt die Gesellschaft die Beweislast für das Vorhandensein einer solchen Gegenleistung

(VGr, 14. Juli 1999 = StE 1999 B 72.14.2 Nr. 23; Martin Zweifel, Die Sachverhaltsermittlung im Steuerveranlagungsverfahren, 1989, S. 111 f., auch zum Folgenden). Ist umstritten, ob zwischen den gegenseitigen Leistungen ein offensichtliches Missverhältnis bestehe und ob deshalb auf eine verdeckte Gewinnausschüttung geschlossen werden dürfe, hat die Steuerbehörde durch ihre Untersuchungen den steuerbegründenden Umstand des offensichtlichen Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung aufzuzeigen, mithin darzutun, dass eine Leistung der Gesellschaft ganz oder teilweise nicht geschäftsmässig begründet sein kann (vgl. StE 1990 B 24.4. Nr. 25). Darauf obliegt dem Steuerpflichtigen wiederum der Nachweis, dass trotz Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung keine verdeckte Gewinnausschüttung anzunehmen ist (vgl. StRK II, 26. Mai 1999, 2 ST.1999.194).

c) aa) Bei multinationalen Konzernen mit grenzüberschreitenden Transaktionen hat sich zur Überprüfung von gegenseitigen Leistungen bzw. von Verrechnungspreisen innerhalb des Konzerns in der Praxis die Anwendung des Drittvergleichsgrundsatzes gemäss den Richtlinien der OECD aus dem Jahr 1995 – in diesen Fremdvergleichsgrundsatz genannt – etabliert (Peter Eisenring, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Internationales Steuerrecht, 2015, Art. 9 N 7 ff. OECD-MA sowie Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, § 64 N 193 StG). Dieser Grundsatz gilt nicht nur für die Schweiz, die seit Gründung der OECD 1961 ihr Mitglied ist, sondern auch für Nichtmitgliedstaaten der OECD wie z.B. Liechtenstein.

Bei diesen Richtlinien der OECD handelt es sich allerdings weder um Staatsvertragsrecht noch um gesetzesvertretende Normen, sondern lediglich um eine Auslegungshilfe zu Art. 9 des OECD-Musterabkommens (OECD-MA). Letztere Bestimmung regelt die Zuordnung von Gewinnen verbundener Unternehmen nach dem Grundsatz des Dealing at arm's length bzw. des Fremdvergleichsgrundsatzes. Mit Hilfe der Richtlinien sollen die gegenseitigen Leistungen überprüft und die Grundlage geliefert werden können, ob eine Korrektur der Verrechnungspreise angezeigt ist und entsprechende, in Art. 9 OECD-MA grundsätzlich vorgesehene Gewinnaufrechnungen durch die Steuerbehörden im Einzelfall zuzulassen sind. Das OECD-MA stellt dabei bloss eine Empfehlung für ein Vertragsmuster eines Doppelbesteuerungsabkommens dar (Matteotti/Horn, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Internationales Steuerrecht, 2015, Einleitung N 4).

Grundlage für die steuerliche Korrektur von Verrechnungspreisen in der Schweiz bilden damit nach wie vor allein die entsprechenden Vorschriften in Art. 58 DBG und § 64 StG über die Aufrechnung von verdeckten Gewinnausschüttungen (Eisenring, Art. 9 N 56 ff. OECD-MA). Da sich jedoch die Anwendung der OECD-Richtlinien – wie erwähnt – international etabliert hat, ist es naheliegend und sachgerecht, diese bei Überprüfung von Verrechnungspreisen multinationaler Unternehmen und damit allfällig verbundener verdeckter Gewinnausschüttungen von einer Konzerngesellschaft zur andern im Rahmen der Korrekturvorschriften von DBG und StG zum Tragen zu bringen. Entsprechenden Sukturs leistet auch die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) in ihrem Kreisschreiben Nr. 4 vom 19. März 2004 betreffend Besteuerung von Dienstleistungsgesellschaften, indem sie darin in Erinnerung ruft, dass die Verrechnungspreisgrundsätze der OECD für multinationale Unternehmen und Steuerverwaltungen zu berücksichtigen seien.

Von der Anwendung der OECD-Richtlinien gehen vorliegend übereinstimmend denn auch die Parteien aus, sodass ihnen auch das Steuerrekursgericht folgt.

bb) Beim Fremdvergleichsgrundsatz der OECD-Richtlinien wird auf die Preise abgestellt, welche zwischen unabhängigen Unternehmen gelten. Zur Ermittlung dieser Preise kommen verschiedene Methoden zur Anwendung.

In der ursprünglichen Fassung der OECD-Richtlinien, die bis 2010 Geltung hatte und daher auf den vorliegend streitigen Sachverhalt des Geschäftsjahres 1.10.2006 – 30.9.2007 der Pflichtigen anzuwenden ist, wird zwischen "Geschäftsfallbezogenen Standardmethoden" und "Geschäftsfallbezogenen Gewinnmethoden" unterschieden (Kapitel II und III OECD-Richtlinien). Dabei genießt die erstere Kategorie Vorrang (OECD-Richtlinien, Randziffer [Rz] 2.5, 2.49 und 3.49). Innerhalb dieser Kategorie der Standardmethoden ist die Preisvergleichsmethode vor den andern Methoden anzuwenden. Voraussetzung ist allerdings, dass ausreichende Fremddaten vorliegen und diese verlässlich angewendet werden können. Diese Methode vergleicht den zwischen verbundenen Unternehmen vereinbarten Preis unmittelbar mit solchen Preisen, welche unabhängige Unternehmen bei vergleichbaren Verhältnissen vereinbaren (OECD-Richtlinien, Rz 2.5, 2.6, 2.49 und 3.49). Die weiteren Methoden dieser Kategorie sind die Wiederverkaufspreismethode und die Kostenaufschlagsmethode (OECD-Richtlinien, Rz 2.14 und 2.27). Zur zweiten Kategorie der "Geschäftsfallbezogenen

Gewinnmethoden", die erst in zweiter Linie heranzuziehen ist, zählt die Profit-Split Methode und die Nettomargenmethode (OECD-Richtlinien, Rz 3.9, 3.16, 3.19, 3.26).

cc) Vorliegend dreht sich der Streit zwischen den Parteien um die Frage, welche der erwähnten Methoden für die Überprüfung der von der C AG an die Pflichtige ausgerichteten Entschädigung anzuwenden ist. Während Letztere für die Preisvergleichsmethode plädiert, verfiht das kantonale Steueramt die Anwendung der Profit-Split Methode, allerdings ohne den grundsätzlichen Vorrang der Preisvergleichsmethode vor den andern Methoden in Frage zu stellen.

3. a) aa) Voraussetzung für die Anwendung der Preisvergleichsmethode bildet nach dem Gesagten, dass ausreichende Fremddaten vorliegen und diese verlässlich angewendet werden können.

bb) Das kantonale Steueramt bringt in den Einspracheentscheiden diesbezüglich vor, für die Pflichtige existierten keine solche Daten, da sie ein personenbezogenes Fondsmanagement ohne adäquate Vertriebsorganisation wie z.B. Geschäftsbanken betreibe, sodass ein Preisvergleich mit veröffentlichten Kennzahlen der Anlagefondsbranche mit vorwiegend grossen und institutionellen Fondsanbietern nicht in Frage komme. Zudem stünden die einzelnen Fondsgesellschaften regelmässig unter einheitlicher Leitung, weshalb ein Vergleich mit Preisen solcher Gesellschaften – weil nicht im freien Markt gebildet – nicht zulässig sei (T-act. 43 und 47, je S. 7).

Demgegenüber führt die Pflichtige in Beschwerde und Rekurs aus, der Markt für Vermögensverwaltungsmandate sei transparent und wettbewerbsintensiv, sodass sich die Bandbreite für marktgerechte Entschädigungen ohne weiteres feststellen lasse. Ihre Tätigkeit bestehe in der Anlage in kotierte Aktien und Obligationen im Rahmen von bestimmten Anlagerichtlinien und stelle eine Standarddienstleistung dar. Für diese beständen in der Finanzbranche statistisch breit abgestützte Marktdaten. Auch gebe es in der Schweiz mehrere Fonds, deren Anlagen von rechtlich unabhängigen Vermögensverwaltern bewirtschaftet würden, darunter zehn Fonds, die den gleichen Anlagestil wie der C AG verfolgten. Sie beantrage die Einholung eines Amtsberichts, worin Auskunft zu geben sei über die steuerliche massgebenden Konditionen, zu welchen diese unabhängigen Vermögensverwalter für die Fondsleitungen tätig seien und in

welcher Bandbreite sich die dafür ausgerichteten Entschädigungen bewegten (R-act. 2 und 5, je S. 13).

b) Die Frage, ob und inwiefern in der Finanzdienstleistungsbranche im freien Markt gebildete Preise für die Ausübung des Portfolio-Managements bei Anlagefonds existieren, ist eine solche tatsächlicher Natur und – entgegen der Auffassung des kantonalen Steueramts – keine Rechtsfrage. Gleiches gilt für die weitere Frage, ob diese Preise, soweit sie denn auch existieren, mit den der Pflichtigen zugeflossenen Vergütungen vergleichbar sind, was nur der Fall ist, wenn die Pflichtige ihr Fondsgeschäft auf vergleichbare Weise wie die zum Vergleich herangezogenen Fonds betreibt. Das Steuerrekursgericht verfügt nicht über die erforderlichen Branchenkenntnisse, um diese Fragen kompetent und sicher zu beantworten. Demnach kann es auch nicht darüber entscheiden, ob die gemäss den OECD-Richtlinien unstreitig primär anzuwendende Preisvergleichsmethode zur Überprüfung der fraglichen Entschädigung an die Pflichtige heranzuziehen ist oder nicht.

Verfügt die urteilende Steuerjustizbehörde nicht über die für die Beurteilung erforderliche Sachkenntnis, kann bzw. muss sie zur Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse einen Experten beiziehen (Art. 142 Abs. 4 i.V.m. Art. 123 Abs. 2 DBG und § 148 Abs. 3 i.V.m. § 132 Abs. 2 StG; Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Art. 123 N 31 DBG und § 132 N 30 StG). Demnach hat das Steuerrekursgericht vorliegend am 17. Mai 2011 zu Recht die Einholung eines Gutachtens angeordnet (R-act. 13). Ein Amtsbericht würde vom kantonalen Steueramt verfasst und vermöchte zudem nur über die im Kanton Zürich ansässigen Anlagefonds Auskunft zu geben, sodass auf einen solchen zu verzichten ist.

Die dem Gutachter gestellte Frage wurde derart formuliert, dass dieser die fremdvergleichskonformen Verrechnungspreise für die Dienstleistungen der Pflichtigen an die C AG im betroffenen Geschäftsjahr 1.10.2006 - 30.9.2007 losgelöst von einer bestimmten Methode darzulegen hat. Dies hat seinen Grund darin, dass bei Fehlen von Fremddaten die Preisvergleichsmethode nicht zum Zug kommen kann und daher auf eine andere Methode abzustellen ist. Die Wahl und Durchführung dieser andern Methode muss dem fachkundigen Gutachter überlassen sein, da hierfür allenfalls weitere branchenspezifische Kenntnisse erforderlich sind, so insbesondere bei der Wiederverkaufspreismethode, die sich an Drittpreisen beim Absatz der Produkte oder Leistungen orientiert, und bei der Kostenaufschlagsmethode, welcher Drittpreise von

Lohnkosten, Materialkosten etc. bei der Beschaffung zugrunde gelegt werden (Eisenring, Art. 9 N 33 OECD-MA). Über diese Kenntnisse verfügt das Steuerrekursgericht wiederum nicht. Damit wurde die Frage an den Gutachter mit gutem Grund allgemein formuliert und nicht nur darauf eingeschränkt, ob genügend Daten für die Anwendung der Preisvergleichsmethode existieren.

Zusätzlich zur Frage nach den fremdenvergleichskonformen Verrechnungspreisen wurden dem Gutachter die vom kantonalen Steueramt in seiner Eingabe vom 10. Juni 2011 (R-act. 18) eventualiter vorgeschlagenen Ergänzungsfragen zur Beantwortung übergeben (Verfügung vom 29. Juni 2011, R-act. 20 bzw. 38). Diese Zusatzfragen beschlagnahmten einerseits die vom Gutachter ohnehin vorab durchzuführende Funktions- (und Risiko-)analyse bei der Pflichtigen und der C AG, die von diesem zu erörternden Grundsätze bei Anwendung der Preisvergleichsmethode, sowie andererseits die vom kantonalen Steueramt verfochtene Profit-Split Methode. Ebenfalls zugelassen wurde die Ergänzungsfrage der Pflichtigen in der Eingabe vom 6. Juni 2011 (R-act. 15) nach der Bandbreite der marktkonformen Entschädigungen, die für die von ihr erbrachten Dienstleistungen in der Anlagefondsindustrie üblicherweise bezahlt werden. Damit wurde das rechtliche Gehör der Parteien zur Formulierung der Gutachterfrage gewahrt.

c) Das Gutachten wurde – nach Bestellung eines neuen Experten anstelle des abgelehnten – am 30. März/8. April 2015 abgeliefert (R-act. 60). Der Experte kommt darin zum Schluss, dass die von der C AG der Pflichtigen ausgerichtete Entschädigung fremdvergleichskonform ist.

4. a) Gutachten unterliegen der freien Beweiswürdigung. Dabei kann sich die Prüfung der Rechtsmittelbehörde jedoch darauf beschränken, ob das Gutachten auf zutreffender Rechtsgrundlage beruhe, vollständig, klar, gehörig begründet und widerspruchsfrei sei und ob der Gutachter hinreichende Sachkenntnis sowie die nötige Unbefangenheit bewiesen habe (RB 2004 Nr. 99, 1997 Nr. 9, 1985 Nr. 47). Richtig betrachtet darf sich die Prüfung der Rechtsmittelbehörde in der entscheidenden Frage nicht nur auf die genannten Punkte beschränken, sondern muss sie dies auch: Voraussetzung der Einholung eines Gutachtens ist die fehlende Sachkenntnis der Behörde. Es ist Letzterer somit gar nicht möglich, die Ausführungen des Sachverständigen materiell zu überprüfen, weshalb sich die Überprüfung auf die genannten Punkte be-

schränken muss (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Art. 123 N 39 DBG und § 132 N 42 StG). Widrigenfalls würde sich die Rechtsmittelbehörde selber als Gutachterin betätigen, obwohl sie nicht die erforderliche Sachkenntnis besitzt, was nicht zulässig ist (BGr, 21. Juli 2009, 2C_823/2008, www.bger.ch).

b) Der vom Steuerrekursgericht beauftragte Gutachter Achim Roeder ist Steuerberater und Partner im Bereich Global Transfer Pricing Services der KPMG AG in Frankfurt a.M./Deutschland. Er hat über zehn Jahre Berufs- und Projekterfahrung in der internationalen Steuer- sowie Verrechnungspreisberatung und ist Lehrbeauftragter an der Ruhr-Universität Bochum (Internetausdrucke vom 7. Januar 2014, R-act. 72). Er ist daher ohne Zweifel befähigt, die gestellten Fragen nach der Fremdvergleichskonformität der von der C AG an die Pflichtige entrichteten Entschädigung fachkundig zu beantworten. Dies wird denn auch weder vom kantonalen Steueramt noch von der Pflichtigen in Frage gestellt. Anhaltspunkte, wonach der Gutachter befangen sein könnte, sind – anders als beim zuerst vorgeschlagenen Gutachter – nicht ersichtlich, ist dieser doch bisher nicht in der Vertretung von Steuerpflichtigen vor dem kantonalen Steueramt tätig gewesen, sodass kein Vertretungsverhältnis zur Gegenpartei einer der Prozessparteien besteht (vgl. die diesbezüglichen Bedenken des Verwaltungsgerichts in seinem den ersten Gutachter betreffenden Entscheid vom 14. August 2013, R-act. 37). Zudem hat er bisher nicht einschlägig, d.h. die Verrechnungspreise von Anlagefonds betreffend publiziert und steht der Anlagefondsbranche nach Kenntnis des Steuerrekursgerichts nicht nahe. Daher gilt er nicht als befangen. Damit übereinstimmend machen denn auch die Parteien gegenüber ihm keinerlei Vorbehalte geltend.

c) aa) Im 37 Seiten umfassenden Gutachten führt der Experte sachgerecht vorerst eine detaillierte Funktions- und Risikoanalyse bei der Pflichtigen und der C AG durch (Ziff. 3, S. 5 - 15). Gemäss seinen Feststellungen wird dabei die Anlagestrategie, das Marketing, der Vertrieb sowie die Mandantenbetreuung von der C AG bestimmt und das operative Portfolio-Management von der Pflichtigen ausgeübt. Beiden Tätigkeiten misst er eine wichtige strategische Bedeutung zu, ohne jedoch einer Tätigkeit die grössere Bedeutung zuzuerkennen als der andern. Das Risiko gegenüber den Anlegern, d.h. das eigentliche Geschäftsrisiko, ordnet er jedoch hauptsächlich der C AG zu, ebenso anteilig das Investitions- und Marktrisiko. Zum andern Teil wird letzteres Risiko von der Pflichtigen getragen. Dieses somit auf die Seite der C AG neigende Risikoprofil sieht er nachvollziehbar im bilanzierten Eigenkapital der C AG von Fr. 1'374'000.- und der Pflichtigen von Fr. 383'000.- abgebildet.

bb) Bei Auswahl der anzuwendenden Verrechnungspreismethode (Gutachten S. 16 - 23) räumt er der Preisvergleichsmethode sowohl grundsätzlich als auch konkret den Vorrang ein. Dies deshalb, weil er die Dienstleistungen der Pflichtigen anhand der entsprechenden Kriterien der OECD-Richtlinien entgegen der Auffassung des kantonalen Steueramts in jeder Hinsicht als vergleichbar bzw. ähnlich mit den nämlichen Dienstleistungen unabhängiger Vermögensverwalter qualifiziert und keine erheblichen Unterschiede zu diesen feststellt (Gutachten, Tabelle auf S. 22). Einschränkungen bei einzelnen Vergleichskriterien will er allenfalls mit Anpassungsrechnungen oder einer Ermittlung einer Bandbreite aus eingeschränkt vergleichbaren Werten begegnen. Der vom kantonalen Steueramt vertretenen Profit-Split Methode erteilt er eine Absage, weil er bei den beteiligten Parteien – Pflichtige und C AG – keine einzigartigen (wertvollen) Beiträge zur Leistungserbringung ortet.

Hinsichtlich der zentralen Frage nach den für einen Vergleich zwingend erforderlichen Fremddaten führt der Gutachter eine mehrgliedrige Analyse potentiell vergleichbarer und verfügbarer Vergütungsdaten für Portfolio-Manager über mehrere Datenbanken durch. Er kommt überzeugend zum Schluss, dass diese Daten sowohl von der Menge als auch der Qualität her für einen Fremdvergleich ausreichen. Gestützt darauf ermittelt er zwei fremdübliche, keine Einschränkung aufweisende Bandbreiten von Vergütungen für die Tätigkeit eines Portfolio-Managers. Diese Bandbreiten führt er alsdann in eine einzige über und kommt dergestalt auf eine Bandbreite fremdüblicher Vergütungen von 13 BP - 70 BP.

Die bezüglich dem "H Fund" und dem "I Fund" ausgerichteten Entschädigungen von je 60 BP liegen damit innerhalb dieser Bandbreite und die hinsichtlich des "J Fund" bezahlte Entschädigung von 80 BP gar darüber. Der zusammengerechnete Betrag aller Entschädigungen ergibt gewichtet zum gesamten Vermögen aller drei Fonds ein in der Bandbreite liegender Wert von 61 BP (Gutachten S. 24 - 31).

cc) Dieses Ergebnis verprobt der Gutachter noch mit der vom kantonalen Steueramt favorisierten Profit-Split Methode. Die der Pflichtigen ausgerichtete (angepasste) Vergütung liegt danach etwa 15% höher, als es die durch Wertschöpfungsbeitragsanalyse durchgeführte Gewinnaufteilungsmethode nahelegen würde. Der Experte erachtet damit das Ergebnis der Preisvergleichsmethode als bestätigt und die streitige Vergütung insgesamt als fremdvergleichskonform (Gutachten S. 32 - 37).

dd) Insgesamt erweist sich das eingeholte Gutachten damit aber in jeder Beziehung als vollständig, nachvollziehbar bzw. widerspruchsfrei und ist gehörig begründet. Insbesondere wurden damit auch die von den Parteien gestellten Zusatzfragen direkt oder indirekt beantwortet. Eine weitergehende, d.h. materielle Überprüfung des Gutachtens ist nach dem Gesagten nicht zulässig. Festzuhalten ist daher lediglich, dass das vom Gutachter gefundene Resultat einer Überprüfung durch Anwendung der vom kantonalen Steueramt favorisierten Profit-Split Methode standhält und daher insofern als verlässlich erscheint. Die Pflichtige schliesst sich den Überlegungen des Gutachters – naheliegenderweise – an (R-act. 63). Das kantonale Steueramt hat sich dazu zwar geäußert, jedoch ist auf seine Stellungnahme vom 20. Mai 2015 (R-act. 64) – wie erwähnt – wegen Verspätung nicht einzugehen bzw. Verzicht auf Stellungnahme anzunehmen. Demnach ist auf das Gutachten als Beweismittel abzustellen.

5. Das vom Steuerrekursgericht durchgeführte Beweisverfahren hat damit ergeben, dass die der Pflichtigen von der C AG ausgerichtete Entschädigung im Dritt- oder Fremdvergleich insofern nicht zu beanstanden ist, als sie sich jedenfalls nicht als zu tief erweist. Eine Gewinnvorwegnahme im Sinn eines Einnahmeverzichts der Pflichtigen zugunsten der Schwestergesellschaft bzw. der gemeinsamen Holdinggesellschaft bzw. der diese beherrschenden drei natürlichen Personen als Folge einer zu tiefen Entschädigung für die Tätigkeit der Pflichtigen als Portfolio-Managerin liegt nicht vor.

6. Diese Erwägungen führen zur Gutheissung von Beschwerde und Rekurs.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens (inkl. Gutachterkosten) dem kantonalen Steueramt aufzuerlegen (Art. 144 Abs. 1 DBG, § 151 Abs. 1 StG).

Der Pflichtigen ist sodann eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 144 Abs. 4 DBG i.V.m. Art. 64 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968; § 152 StG i.V.m. § 17 Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959/8. Juni 1997). Warum von einer Parteientschädigung abgesehen werden soll, legt das kantonale Steueramt trotz entsprechendem Antrag nicht dar.

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Beschwerdeführerin wird für die Steuerperiode 1.10.2006 - 30.9.2007 mit einem steuerbaren Gewinn von Fr. 5'719'900.- (Steuersatz 8,5%) veranlagt.

Das steuerlich massgebende Eigenkapital der Steuerperiode 1.10.2006 - 30.9.2007 beträgt Fr. 383'000.- (Art. 131 Abs. 1 Satz 2 DBG).

2. Der Rekurs wird gutgeheissen. Die Rekurrentin wird für die Steuerperiode 1.10.2006 - 30.9.2007 mit einem steuerbaren Reingewinn von Fr. 5'719'900.- (Gewinnsteuersatz 8%) und einem steuerbaren Eigenkapital von Fr. 383'000.- (Kapitalsteuersatz 0,75‰) eingeschätzt.

[...]