

Steuerrekursgericht
des Kantons Zürich

1. Abteilung



1 ST.2014.153

Entscheid

26. November 2014

Mitwirkend:

Abteilungsvicepräsident Walter Balsiger, Steuerrichter Anton Tobler, Steuerrichter Michael Ochsner und Gerichtsschreiber Hans Heinrich Knüsli

In Sachen

A AG,

vertreten durch Ernst & Young AG,
Belpstrasse 23, Postfach, 3001 Bern,

Rekurrentin,

gegen

Staat Zürich,

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

Rekursgegner,

betreffend

Staats- und Gemeindesteuern 1.1. - 31.12.2011

hat sich ergeben:

A. Die A AG (nachfolgend die Pflichtige) ist eine Tochtergesellschaft der im Ausland domizilierten B AG und bezweckt die Entwicklung von Software sowie deren Nutzungsüberlassung an Dritte auf dem Schweizer Markt, verbunden mit der Organisations- und Einsatzberatung; bezweckt wird zudem der Vertrieb, die Verpachtung, die Vermietung und sonstige Nutzungsmöglichkeiten von EDV-Anlagen. Der Sitz der Gesellschaft befindet sich im Kanton Bern; im Kanton Zürich, Waadt und Thurgau bestehen Betriebsstätten sowie in Grossbritannien ein Liegenschaftsbezug. Die Betriebsstätte im Kanton Thurgau fungierte unter der Firma C AG bis zum 1. Juli 2011 als eigenständige Schwestergesellschaft der Pflichtigen; per letzterem Datum war die C AG von der Pflichtigen im Rahmen einer von der ausländischen Konzernmutter vorgegebenen Fusion absorbiert worden. Aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung der hiesigen Betriebsstätte im Kanton Zürich steht dem Kanton Zürich im Rahmen der interkantonalen Steuerauscheidung jeweils der Hauptteil des sogenannten Vorausanteils zu, nämlich 15% von 20%; die Kompetenz zur Veranlagung der direkten Bundessteuer liegt gleichwohl beim Sitzkanton Bern.

Am 17./18. Dezember 2012 führte das Revisoriat des kantonalen Steueramts am Ort der Zweigniederlassung im Kanton Zürich eine Buchprüfung betreffend das Geschäftsjahr 2011 durch. Näher untersucht wurden dabei einerseits die augenfällig tiefe Verzinsung von Darlehen, welche die Pflichtige im Rahmen eines "Cashpooling-Systems" via Muttergesellschaft den Konzerngesellschaften zur Verfügung gestellt hatte. Andererseits richtete der steueramtliche Revisor sein Augenmerk insbesondere auf die interkantonale Gewinnsteuerauscheidung; dies im Zusammenhang mit der vorerwähnten Fusion. In letzterem Zusammenhang stellte er fest, von der C AG erschaffene Immaterialgüterrechte seien per 31. Dezember 2011 (und damit nach dem Fusionsstichtag 30. Juni 2011) für rund Fr. 25 Mio. an eine weitere Konzerngesellschaft verkauft worden. Ohne Absprache mit dem Kanton Zürich habe die Pflichtige kurz zuvor per Ruling mit dem Kanton Thurgau vereinbart, den Veräusserungserlös noch der per 30. Juni 2011 endenden Steuerperiode der C AG zur Besteuerung zuzuweisen, obwohl Letztere den Ertrag nicht in ihren Büchern ausgewiesen habe; zudem sei vereinbart worden, dass der an sich steuerbare Verkaufsgewinn von netto Fr. 20'566'265.- zulasten des Steuersubstrats der Pflichtigen entsteuert werden könne,

obwohl die Thurgauer Steuerverwaltung letztlich nur Fr. 12'370'612.- als Gewinn besteuert habe.

In der Folge ortete der steueramtliche Revisor erheblichen Korrekturbedarf gegenüber der Selbstdeklaration der Pflichtigen, was zu mehreren Gesprächs- und Verhandlungsrunden zwischen Vertretern der Pflichtigen und dem kantonalen Steueramt führte. Die beidseitigen Bemühungen der Parteien um eine Einigung blieben indes insbesondere aufgrund gegensätzlicher Auffassungen betreffend die Besteuerung des Gewinns aus dem Immaterialgüterverkauf erfolglos, so dass der Steuerkommissär am 10. Januar 2014 den Einschätzungsentscheid für die Steuerperiode 1.1. - 31.12.2011 erliess. Den Vorgaben des steueramtlichen Revisors in dessen Revisionsbericht folgend rechnete er dabei eine verdeckte Gewinnausschüttung in der Höhe von Fr. 3'240'753.- infolge zu niedriger Darlehensverzinsung auf. Zur Begründung führte er an, dass die Guthaben, welche der Konzernmutter zur Verfügung gestellt würden, entgegen dem Dafürhalten der Pflichtigen nicht kurzfristigen, sondern langfristigen Charakter hätten, denn diese bestünden schon mehrere Jahre und würden auch noch mehrere Jahre weiter bestehen. Infolgedessen seien für deren Verzinsung die von der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) publizierten Zinssätze von 2.25% (Frankendarlehen) bzw. 3% (EURdarlehen) massgebend, was ausgehend vom verbuchten Zins von lediglich Fr. 100'247.- zur besagten Aufrechnung führe. Als weitere Korrektur erfasste der Steuerkommissär den Gewinn von Fr. 20'566'265.- aus dem Verkauf von Immaterialgüterrechten bei der Pflichtigen (anstatt bei der C AG gemäss Thurgauer Ruling) bzw. verweigerte er die in diesem Betrag deklarierte Entsteuerung von im Kanton Thurgau versteuerten stillen Reserven. Schliesslich rechnete er auch noch eine geschäftsmässig nicht begründete Rückstellung "embedded derivative" im Betrag von Fr. 1'778'707.- auf; gleiche Rückstellungen hatte das Steueramt im Einvernehmen mit der Pflichtigen schon in den Vorjahren aufgerechnet. Unter Berücksichtigung der quotenmässigen indirekten Steuerausscheidungsmethode (nach Umsätzen) resultierte dergestalt im Kanton Zürich ein steuerbarer Gewinn von Fr. 80'303'200.- (Beteiligungsabzug 0.711%) und ein steuerbares Kapital von Fr. 5'105'000.-.

B. Mit Einsprache 3. Februar 2014 wandte sich die Pflichtige gegen die Aufrechnungen im Zusammenhang mit der Verzinsung ihrer Guthaben bei der Konzernmutter und dem Gewinn aus dem Verkauf von Immaterialgütern. Rechnerisch umgesetzt führte dies zum Antrag, den im Kanton Zürich steuerbaren Gewinn auf Fr. 62'192'600.- (Beteiligungsabzug 0.897%) festzusetzen; die gewinnseitige Aufrech-

nung der Rückstellung (embedded derivative) sowie das hierorts steuerbare Kapital blieben unbestritten.

Im Rahmen einer detaillierten Begründung liess die Pflichtige zunächst ihre schon im Einschätzungsverfahren geäusserte Auffassung wiederholen, wonach ihre dem Konzern-Cashpool zur Verfügung gestellten Guthaben als kurzfristige Anlage qualifizierten, weshalb die auf die langfristige Verzinsung ausgerichteten ESTV-Richtsätze nicht massgebend seien bzw. ihre deklarierten Zinseinnahmen dem gebotenen Drittvergleich durchaus stand hielten. Weiter liess sie vertreten, den Kapitalgewinn aus dem Verkauf von Immaterialgüterrechten von netto Fr. 22'566'265.- dem Kanton Thurgau zur Besteuerung zuzuweisen, dies nach folgender Methode: Im Rahmen der interkantonalen Steuerauscheidung sei dieser ausserordentliche Gewinn auf Basis der separaten Buchhaltung der (neuen) Betriebsstätte im Kanton Thurgau nach der direkten Methode dem Kanton Thurgau zuzuweisen; das restliche Buchungsergebnis sei alsdann wie bis anhin nach Umsatz auf die verschiedenen Kantone aufzuteilen.

Im Anschluss an eine Auflage der Einsprachebehörde vom 19. März 2014 liess die Pflichtige mit Eingabe vom 16. April 2014 verschiedene Fragen beantworten und weitere Unterlagen einreichen. Mit Entscheid vom 23. Mai 2014 wies das kantonale Steueramt daraufhin die Einsprache ab.

C. Hiergegen liess die Pflichtige am 24. Juni 2014 Rekurs erheben und den Antrag der Einsprache mit vertiefter Begründung erneuern.

Das kantonale Steueramt schloss mit ausführlich begründeter Vernehmlassung vom 24. Juli 2014 auf Rekursabweisung.

Dazu liess sich die Pflichtige (ausserhalb eines angeordneten 2. Schriftwechsels) mit Replik vom 15. August 2014 erneut vernehmen. Das kantonale Steueramt verzichtete in der Folge auf die Eingabe einer Duplik.

Auf die Parteivorbringen wird, soweit rechtserheblich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Die Kammer zieht in Erwägung:

1. Im Streit liegt zunächst die Frage, ob die Pflichtige ihrer ausländischen Konzernmutter Guthaben unter zu günstigen bzw. nicht fremdvergleichskonformen Zinskonditionen zur Verfügung gestellt hat, was sich entsprechend auf den steuerbaren Gesamtgewinn auswirkte (Aufrechnung einer verdeckten Gewinnausschüttung).

Was alsdann den im Kanton Thurgau bereits versteuerten Kapitalgewinn aus dem Verkauf von Immaterialgütern anbelangt, ist streitig, ob diesbezüglich im Rahmen der interkantonalen Steuerausscheidung auch dem Kanton Zürich ein anteiliges Besteuerungsrecht zusteht.

2. Guthabenverzinsung:

a) Der steuerbare Reingewinn der juristischen Personen setzt sich gemäss § 64 Abs. 1 des Steuergesetzes vom 8. Juni 1997 (StG) zusammen aus dem Saldo der Erfolgsrechnung unter Berücksichtigung des Saldovortrags des Vorjahres (Ziff. 1) sowie allen vor Berechnung des Saldos der Erfolgsrechnung ausgeschiedenen Teilen des Geschäftsergebnisses, die nicht zur Deckung von geschäftsmässig begründetem Aufwand verwendet werden (Ziff. 2). Zum steuerbaren Reingewinn gehören namentlich offene und verdeckte Gewinnausschüttungen an die Anteilhaber oder ihnen nahestehende Dritte, die einem Aussenstehenden nicht oder zumindest nicht im gleichen Masse gewährt würden (Ziff. 2 lit. e).

b) Verdeckte Gewinnausschüttungen sind nach der Rechtsprechung immer dann anzunehmen, wenn (kumulativ) die Gesellschaft keine oder keine gleichwertige Gegenleistung erhält, der Aktionär direkt oder indirekt (z.B. über eine ihm nahe stehende Person oder Unternehmung) einen Vorteil erhält, der einem Dritten unter gleichen Bedingungen nicht zugebilligt worden wäre, die Leistung also insofern ungewöhnlich ist, und der Charakter dieser Leistung für die Gesellschaftsorgane erkennbar war (BGr, 1. September 2009, 2C_265/2009; BGE 131 II 593; BGr, 22. Juni 2007, 2A.204/2006; 19. November 2003, 2A.204/2006, auch zum Folgenden). Als geldwerte

Leistungen gelten insbesondere Ertragsverzichte zugunsten des Aktionärs oder einer ihm nahe stehenden Person. Diese Form der geldwerten Leistung wird als "Gewinnvorwegnahme" bezeichnet und liegt vor, wenn die Gesellschaft auf ihr zustehende Einnahmen ganz oder teilweise verzichtet und die entsprechenden Erträge direkt dem Aktionär oder diesem nahestehenden Personen zufließen bzw. wenn diese nicht jene Gegenleistung erbringen, welche die Gesellschaft von einem unbeteiligten Dritten fordern würde (BGr, 13. Oktober 2008, 2C_335/2008).

c) Ob eine Leistung der Gesellschaft an den Inhaber von Beteiligungsrechten gerade wegen seiner Eigenschaft als Beteiligter erfolgt ist und einem Dritten nicht erbracht worden wäre, sodass sie als eine für jenen steuerbare Zuwendung gelten muss, bestimmt sich anhand eines Drittvergleichs. Dabei sind alle konkreten Umstände des zwischen der Gesellschaft und dem Anteilseigner abgeschlossenen Geschäfts zu berücksichtigen, und es muss davon ausgehend bestimmt werden, ob das Geschäft in gleicher Weise mit einem der Gesellschaft nicht Verbundenen auch abgeschlossen worden wäre (BGr, 10. November 2000 = StE 2001 B 24.4 Nr. 58 sowie ASA 66, 554 und 559). Rechtsgeschäfte zwischen Gesellschafter und Gesellschaft führen in der Regel nur dann zu einer verdeckten Gewinnausschüttung, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung ein offenkundiges Missverhältnis zugunsten des Gesellschafters und zulasten der Gesellschaft besteht. Bloss ungeschickte Dispositionen, denen das Merkmal der bewussten Vorteilszuwendung fehlt, können zwar für die Unternehmung nachteilig sein, ja eine Entreicherung derselben darstellen. Sie sind indessen steuerlich nicht zu erfassen, denn die Gesellschaft darf nur für wirklich erzielte Gewinne und nicht für geschäftliche Ungeschicktheiten ihrer Leitung besteuert werden (Reimann/Zuppinger/Schärrer, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, Band 3, 1969, § 45 N 75). Die Gegenleistung muss der Leistung der Gesellschaft in einem solchen Ausmass nicht entsprechen, dass die Gesellschaft von unbeteiligten Dritten in jedem Fall eine höhere Gegenleistung verlangen würde und dies nach den Marktverhältnissen auch tun könnte (Brülisauer/Poltera, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Band I/2a, 2. A., 2008, Art. 58 N 99 DBG mit Hinweis auf BGr, 26. November 1981 = ASA 51, 538 = StR 1983, 285).

d) Eine geldwerte Leistung im vorstehenden Sinn liegt nach dem Gesagten also auch vor, wenn die Pflichtige einer nahestehenden Gesellschaft ein Darlehen gewährt hat, ohne dabei eine im Drittvergleich übliche und damit marktgerechte Verzinsung zu verlangen.

e) Zur Vereinfachung des Drittvergleichs hat die ESTV in verschiedenen Bereichen Richtlinien aufgestellt, so auch in Bezug auf Zinsen für Darlehen an Beteiligte und von Beteiligten. Diesbezüglich publiziert sie alljährlich anfangs Jahr ein Rundschreiben betreffend steuerlich anerkannter Zinssätze für Darlehen in Schweizer Franken und Mitte Jahr auch ein solches für Darlehen in Fremdwährungen.

aa) Beide Rundschreiben unterscheiden zwischen Darlehen an Beteiligte sowie Darlehen von Beteiligten. Während das Rundschreiben betreffend Zinssätze für Darlehen in Schweizer Franken zwischen Mindest- und Höchstzinssätzen unterscheidet, verwendet das Rundschreiben bei den Zinssätzen im Zusammenhang mit Darlehen in Fremdwährungen lediglich die Formulierung, dass die publizierten Zinssätze unter dem Aspekt einer "angemessenen Verzinsung" anzusehen seien. Weitere materielle Unterschiede zwischen den beiden Rundschreiben bestehen darin, dass nur im Rundschreiben für Darlehen in Fremdwährungen explizit darauf hingewiesen wird, dass es sich bei den Zinssätzen um eine "Save Haven"-Lösung handle und der entsprechende Nachweis des Drittvergleichs durch den Steuerpflichtigen vorbehalten bleibe.

bb) Diese jährlichen Rundschreiben der ESTV haben keinen Gesetzescharakter, sondern gelten als Verwaltungsverordnungen bzw. administrative Weisung an die kantonalen Steuerverwaltungen für die Veranlagung der direkten Bundessteuer. In der Einschätzungspraxis betreffend die Staats- und Gemeindesteuern stellen die Steuerbehörden ebenfalls darauf ab (vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Handkommentar zum DBG, 2. A., 2009, Art. 58 N 124 DBG und Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 3. A., 2013, § 64 N 217 StG).

Für die im vorliegenden Fall betroffenen Darlehen schreiben die ESTV-Rundschreiben 2011 einen Mindestzins von 2.25% (CHF) bzw. 3% (EUR) vor, soweit die darlehensgebende Gesellschaft die Darlehen aus Eigenkapital finanziert. Bei aus Fremdkapital finanzierten Darlehen gelten diese Zinssätze als Mindestansatz; im Übrigen errechnen sich die Mindestzinssätze aus den Selbstkosten und einem Zuschlag von 0.50% (Darlehen bis Fr. 10 Mio.) bzw. 0.25% (Darlehen über Fr. 10 Mio.).

cc) Wird die von der ESTV vorgegebene Verzinsung von Darlehen an Beteiligte unterschritten, qualifiziert gemäss Rundschreiben die Differenz zwischen dem effektiven Zinsertrag und dem höheren Minimalzinsertrag als geldwerte Leistung.

Wie bereits erwähnt, lässt dabei lediglich das Rundschreiben zu den Darlehen in Fremdwährungen die Möglichkeit des Nachweises eines anders lautenden Drittvergleichs explizit zu; gelingt der Nachweis, sind abweichende Zinssätze möglich. Das Rundschreiben zu den Darlehen in Schweizer Franken äussert sich demgegenüber zur Möglichkeit des Drittvergleichs bzw. der Abweichung von den publizierten Zinssätzen nicht. Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden ging jedoch in einem Entscheid vom 28. August 2002 (GRU A 02 38, publiziert in ZGRG 22, 2003, H.1, 32-34) generell davon aus, dass beide Rundschreiben nicht schematisch angewendet werden dürfen, sondern dass eine einzelfallbezogene Anwendung der Richtlinie zu erfolgen hat, d.h. dass im konkreten Fall ein individueller Drittvergleich vorgenommen werden soll, sofern sich eine zu überprüfende Leistung nicht innerhalb der Richtlinien bewege. Dabei unterschied das Gericht nicht zwischen Darlehen in Fremdwährungen und solchen in Schweizer Franken. Ähnlich argumentierte das Bundesgericht in einem Entscheid vom 20. Juni 2005 (2A.355/2004), in welchem es generell auf den Drittvergleich im Rahmen von Konzernverhältnissen pochte und dabei die Anwendung der publizierten Zinssätze zwar keiner Würdigung unterzog, indes auch darauf hinwies, dass einer gewissen Bandbreite bei der Festlegung der Verzinsung (allein schon aufgrund des Spreads zwischen Aktiv- und Passivzinssätzen) Rechnung zu tragen sei. Auch in der Lehre wird unter Verweis auf die vorerwähnten Urteile die Ansicht vertreten, dass eine einzelfallbezogene Anwendung der ESTV-Richtlinien zu erfolgen hat; wenn sich also eine zu überprüfende Leistung nicht innerhalb der ESTV-Richtlinien bewegt, muss im konkreten Fall ein individueller Drittvergleich vorgenommen werden (vgl. zum Ganzen; Vock/Nef, Die Problematik der Bestimmungen von Zinssätzen im Konzernverhältnis – national und international; StR 2008, 269; Brülisauer/Poltera, Art. 58 N 104).

Insgesamt ist mithin davon auszugehen, dass der Nachweis eines marktmässigen Verhaltens auch im Fall von Darlehen an Beteiligte in Schweizer Franken zulässig ist. Demzufolge handelt es sich bei den diesbezüglich von der ESTV vorgegebenen Mindest- bzw. Höchstzinssätzen ebenfalls um "Save Haven"-Zinssätze (so schon: StRK I, 21. Dezember 2012, 1 DB.2012.238 + 1 ST.2012.263/264, bestätigt mit VGr, 25. Juni 2014, SB.2013.00008; beide auch zum Folgenden)

dd) Damit stellt sich die Frage, wie der Nachweis des Steuerpflichtigen einer gegenüber den ESTV-Zinssätzen abweichenden Festlegung der Zinssätze auszusehen hat.

Mit Blick auf das Fehlen von entsprechenden Hinweisen in den Gesetzesnormen und den Verwaltungsanweisungen der ESTV werden in der Praxis die von der OECD aufgestellten allgemeinen Grundsätze des Drittvergleichs entsprechend angewendet (Brülisauer/Poltera, Art. 58 N 98). Geht es dabei um Zinsen, kann der Drittvergleich beispielsweise mittels einer unabhängigen und konkreten Bankofferte erbracht werden (Vock/Nef, 270 f. mit Hinweisen, auch zum Folgenden). Beim Nachweis der Marktkonformität der angewandten Zinssätze kann sodann die Höhe der Zinssätze nicht losgelöst bzw. ohne Einbezug der Darlehensgewährung als solche betrachtet werden. Regelmässig stellt sich im Zeitpunkt der Darlehensgewährung zwischen beteiligten Gesellschaften eine ganze Reihe von Fragen – etwa ob die Darlehensgewährung durch den statutarischen Zweck abgedeckt ist, ob die Gesellschaft ein zu grosses Klumpenrisiko eingeht oder ob die Darlehenshingabe im Zusammenhang mit der Verwendung des Darlehens in einem weiteren Sinn im Interesse der Gesellschaft liegt, die Bonität des Schuldners wie auch die Rückzahlung (Liquidität, Laufzeit des Darlehens) gewährleistet ist, und weitere mehr. Die Beantwortung dieser Fragen und einhergehend der Darlehensentscheid der Gesellschaft an sich stellt aus Sicht der gewährenden Gesellschaft immer auch einen unternehmerischen Entscheid dar, der von den Steuerbehörden mit Zurückhaltung zu überprüfen ist (VGr, 10. Mai 2006, SB.2006.00008; Brülisauer/Poltera, Art 58 N 51).

Greift man im Drittvergleich auf die Prozesse der Kreditgewährung bei Banken zurück, erfolgt eine erste Triage über die Laufzeit (kurzfristige Kredite zur Finanzierung des Umlaufvermögens/langfristige Investitionskredite zur Finanzierung des Anlagevermögens), was sich sodann ebenfalls in der Zinshöhe der Angebote niederschlägt (BGr, 20. Juni 2005, 2A.355/2004). Die Höhe des Zinssatzes hängt sodann vom zugrunde liegenden Marktzins zur Refinanzierung risikoarmer Kredite ab, so etwa von den LIBOR-Sätzen (LIBOR = London Interbank Offered Rate = Marktzinssatz, zu dem sich erstklassige Banken in London gegenseitig kurzfristige Gelder ausleihen) für Laufzeiten unter 12 Monaten oder von Swap-Sätzen (Interbanken-Zinssatz) für Laufzeiten von mehr als 1 Jahr (Vock/Nef, 272, auch zum Folgenden). Das Bundesgericht stellte im vorgenannten Entscheid vom 20. Juni 2005 bei der Festlegung des Zinssatzes für langfristige Darlehen in USD auf die Zinssätze von US-Obligationen ab. Für die Be-

stimmung des von ihm angewendeten Zinssatzes für die Berechnung der geldwerten Leistung im zu beurteilenden Fall stützte es sich auf die im Wall Street Journal publizierten Zinssätze zu Beginn des Jahres. Aus letzterem Entscheid leiten Vock/Nef ab, dass einerseits an den Nachweis des Drittvergleichs keine allzu grossen Anforderungen gestellt werden dürften und andererseits bei der Zinssatzbestimmung durchaus auf die allgemein publizierten Finanzinformationen von renommierten Fachzeitschriften/zeitschriften abgestellt werden dürfe; mitunter reichten solche Referenzierungen für den Drittvergleich demnach bereits aus.

Banken kalkulieren bei der Kreditvergabe an Unternehmen auf den Marktzinssatz (LIBOR/Swap) einen Zuschlag für Risiko-, Eigenkapital- und Betriebskosten sowie die Gewinnmarge. Dieser Zuschlag wird in Basispunkten (1 Basispunkt = 0,01%) oder landläufig in Prozenten angegeben. Er hängt primär vom Risiko des Schuldners (Bonitätsrating), der Kredithöhe und von den gebotenen Sicherheiten ab. Als Basis nehmen die Banken dazu finanzielle und nichtfinanzielle Faktoren des Unternehmens und stufen die Risiken danach mittels Rating ab (Vock/Nef, 272).

f) Die Pflichtige gehört als Schweizer Niederlassung zum einen weltweit tätigen Konzern. Das ausländische Mutterhaus stellt den Gruppenmitgliedern einen sogenannten Cashpool für das Finanzmanagement zur Verfügung. Der "Zero Balancing Cashpool" wird dabei in EUR geführt; für Fremdwährungen wie CHF (aus Sicht des ausländischen Mutterhauses) wird sodann ein "manueller Cashpool" geführt. Die Pflichtige ist gemäss den vorgelegten Agreements beiden Cashpools beigetreten (vgl. Treasury Inter Company Dealing Agreement sowie Treasury Management Agreement).

aa) Der steueramtliche Revisor stellte fest, die Pflichtige habe per 2011 in den beiden Cashpools durchschnittliche Guthabenbestände von Fr. 16'206'220.- (Euro-Cashpool) bzw. Fr. 126'902'374.- (Franken-Cashpool) aufgewiesen, wobei deren interne Revisionsstelle insoweit von kurzfristigen Forderungen ausgehe. Gemäss Praxis der ESTV könne indes nur dann von kurzfristigen Forderungen ausgegangen werden, wenn der Forderungsbestand innerhalb eines Jahres mindestens einmal auf null gesetzt werde; bleibe dieser konstant oder wachse er stetig an, sei auf ein langfristiges Darlehen zu schliessen. Vorliegend habe die Buchprüfung ergeben, dass die Cashpool-Forderungen der Pflichtigen nie auf null gesetzt worden seien; entgegen der Bilanzierung sei deshalb von einer langfristigen Forderung auszugehen und seien als

Konsequenz die Zinssätze gemäss Rundschreiben der ESTV anzuwenden. Dies führe zu folgender Aufrechnung:

	Fr.	Fr.
Durchschnittliche Forderung in EUR	16'206'229.-	
Zins 3% gem. ESTV-Richtsatz		486'187.-
Durchschnittliche Forderung in CHF	126'902'374.-	
Zins 2.25% gemäss ESTV-Richtsatz		2'855'303.-
<u>Zins verbucht</u>		<u>-100'247.-</u>
Aufrechnung		3'240'753.-

bb) In quantitativer Hinsicht bestreitet die Pflichtige diese Berechnung nicht, jedoch hält sie im Sinn der nachfolgenden Begründung dafür, dass die von ihr verbuchten Zinsen dem Drittvergleich durchaus standhielten und die Aufrechnung deshalb nicht gerechtfertigt sei.

aaa) Nach ihren Sachverhaltsangaben handelt es sich beim Cashpool um das "Treasury Center" des Konzerns, welches als "in house bank" agiere und als solche konzerninterne Finanzierungdienstleistungen erbringe; primäres Ziel sei es, innerhalb des Konzerns die Liquidität sowie die operative und strategische finanzielle Flexibilität sicherzustellen. Aufgrund dieser Zielsetzung verfolge das Treasury Center eine kurzfristige (in der Regel höchstens auf 3 Monate ausgerichtete) Anlagestrategie, sei doch die Zahlungsfähigkeit jederzeit zu gewährleisten. Gemäss Agreement könne das Guthaben der Pflichtigen im manuellen Cashpool innerhalb von zwei Arbeitstagen zurückgezogen werden. Beim Zero Balancing Cashpool sei sogar jederzeit ein Rückzug möglich, wobei eine tägliche Bezugsgrenze von EUR 20 Mio. bestehe; die Letztere könnte dabei auch erhöht werden. In letzterem Pool verfüge die Pflichtige sodann neben der Möglichkeit des Rückzugs eines allfälligen Guthabens über eine Kreditlimite von EUR 1 Mio.; im manuellen Pool verfüge sie aufgrund des aktuellen Guthabens über keine Kreditlimite, doch könnte sie jederzeit eine solche beantragen. Die Agreements seien auf unbestimmte Zeit abgeschlossen, könnten aber grundsätzlich innerhalb von 30 Tagen gekündigt werden. Ein Mittelbezug im Umfang des Guthabens zuzüglich einer allfälligen Kreditlimite führe nicht zu einer Kündigung des Agreements; für solche Bezüge müssten demzufolge auch keine Kündigungsfristen beachtet werden.

Das Treasury Center werde von den Gruppengesellschaften für die erbrachten Finanzdienstleistungen marktgerecht entschädigt. Der Marktwert der Dienstleistungen werde dabei nach der CPU-Methode (Comparable Uncontrolled Price Method)

bestimmt. So werde beim EUR-Cashpooling vom EONIA (Monatsdurchschnitt) und beim CHF-Cashpooling vom 1-Monats-LIBOR oder (bei Geldanlagen der Tochtergesellschaften > 12 Monate) 12-Monats-LIBOR ausgegangen. Die Marge des Treasury Centers betrage 0.15% und werde bei Guthabenzinsen in dieser Höhe aber nur verrechnet, wenn die erwähnten Zinssätze darüber lägen. Die diesbezüglichen Verrechnungspreise würden als Basis für alle gruppeninternen Verrechnungen gelten.

Der EONIA (= EUR Overnight Index Average) habe sich per 2011 in einer Bandbreite von 0.618% - 1.116% bewegt. Die CHF-LIBOR-Zinssätze seien per 2011 zwischen 0.097% (overnight) und 0.517 (12 month) gelegen. Schweizer Banken würden die Verzinsung von Deposit-Guthaben in der Regel nicht an einen Leitindex wie den EONIA oder den LIBOR knüpfen; gleichwohl hätten die diesbezüglichen Zinssätze aber in einem ähnlichen Rahmen gelegen. So seien etwa die Zinssätze für Kundenguthaben bei der UBS AG im Verlauf des Jahres 2011 von anfänglich 0.4% zunächst auf 0% gesenkt worden und danach sogar in den negativen Bereich gefallen. Auch die Credit Suisse (CS) habe die Kundenguthaben in den meisten Fällen per 2011 mit 0% verzinst. Zu bemerken sei in diesem Zusammenhang, dass – gemessen am Kreditausfallrisiko gemäss Bewertung der Ratingagentur Bloomberg – die Geldanlage beim Cashpool des Konzerns weitaus sicherer sei, als dies bei einer Schweizer Grossbank der Fall wäre.

Mit Blick auf die steuerbehördlich vertretene Langfristigkeit der Anlagen im Cashpool sei sodann festzuhalten, dass die Zinssätze für zwei bzw. fünfjährige Bundesobligationen im Jahr 2011 mit rund 0.35% bzw. 0.64% nur geringfügig höher gewesen seien. Gleiches gelte in Bezug auf die Zinssätze für langfristige Bankguthaben; diesbezüglich seien per 2011 für fünfjährige Anlagen Zinsen von 0.1 bis 1.4% bezahlt worden.

Schliesslich sei darauf hinzuweisen, dass der Zinsmechanismus des konzerninternen Cashpools in anderen Ländern (z.B. in Belgien und den Niederlanden) auch schon steuerbehördlich untersucht worden sei; in keinem Land sei es danach zu Korrekturen oder Aufrechnungen gekommen.

bbb) In rechtlicher Hinsicht stellt die Pflichtige mit Blick auf die Frage, ob die von ihr verbuchten Guthabenzinsen dem gebotenen Drittvergleich standhalten, das grundsätzliche Abstellen auf die Zins-Richtsätze der ESTV nicht in Abrede. Dabei weist

sie (nach dem Gesagten zu Recht) darauf hin, dass diese Richtsätze aber nur im Sinn von "Save Haven Rates" zu verstehen seien; sollten sich im Einzelfall höhere Schuld- oder tiefere Guthabenzinsen als die von der ESTV publizierten als Drittpreis herausstellen, seien vom Rundschreiben abweichende Zinsen steuerlich massgebend. Letzteres sei in Bezug auf kurzfristige Guthaben gegenüber dem Aktionär aufgrund der im Jahr 2011 kritischen Zinssituation der Fall; bei fehlender Verzinsung solcher Guthaben könne von vornherein keine geldwerte Leistung vorliegen.

Um solche kurzfristigen Anlagen gehe es aus den folgenden Gründen auch bei den streitigen Cashpool-Guthaben: Nach der Schweizer Rechnungslegungspraxis werde die Abgrenzung der Fristigkeit bei einem Jahr angesetzt. Kurzfristige Vermögenswerte seien entsprechend im Umlaufvermögen und langfristige im Anlagevermögen zu bilanzieren. Zu Unrecht negiere das Steueramt, dass die streitbetroffenen Cashpool-Guthaben handelsrechtskonform im Umlaufvermögen ausgewiesen würden und deshalb kurzfristiger Natur seien. Entscheidend für die Zuordnung zum Umlaufvermögen sei, dass die Guthaben rasch bezogen werden könnten, was bei beiden Cashpools gemäss den Bestimmungen in den Agreements der Fall sei. Ein allfälliger Mittelbezug der Pflichtigen – etwa zur Finanzierung von Akquisitionen oder Investitionen – läge im Übrigen auch im Konzerninteresse. Nötigenfalls könnte die Pflichtige bei Liquiditätsbedarf die Guthaben deshalb innert zwei Tagen abrufen.

Das Vorliegen einer kurzfristigen Anlage, die zwingend im Umlaufvermögen auszuweisen sei, werde dadurch bestärkt, dass nach der goldenen Bilanzregel in der Bilanz zwischen der Aktiv- und Passivseite die Fristenkongruenz zu wahren sei; kurzfristige Verbindlichkeiten einer Unternehmung sollten demnach ausschliesslich mit kurzfristig verfügbaren Anlagen beglichen werden können. Dieser Regel entsprechend weise die Pflichtige per Ende 2011 ein (effektives) Fremdkapital von rund Fr. 443 Mio. aus, was in etwa dem bilanzierten Umlaufvermögen von knapp Fr. 434 Mio. entspreche. Das Steueramt gehe in diesem Zusammenhang zu Unrecht davon aus, dass es sich bei den im Fremdkapital ausgewiesenen Steuerrückstellungen von rund Fr. 36 Mio. sowie den Rückstellungen für Währungsrisiken ("embedded derivatives") von rund Fr. 111 Mio. um langfristige Rückstellungen handle. Beide Rückstellungen seien zur Zeit der Bilanzerstellung als kurzfristig zu betrachten gewesen. Daraus folge, dass aufgrund des bei der Finanzplanung zu berücksichtigenden Grundsatzes der fristengerechten Finanzierung ausschliesslich eine kurzfristige Anlage in Frage gekommen wäre, auch wenn die liquiden Mittel nicht konzernintern mittels Cashpooling,

sondern bei einer Drittpartei angelegt worden wären. Damit stehe fest, dass die Handelsbilanz zivilrechtskonform sei, was von der Revisionsstelle denn auch bestätigt worden sei. Das Steueramt könnte von dieser folglich nur abweichen, wenn eine steuerliche Korrekturvorschrift existierte, was hier jedoch nicht der Fall sei. Folglich seien die Cashpool-Guthaben auch aus steuerlicher Sicht als kurzfristig zu behandeln.

Kurzfristige Anlagen wären per 2011 von Drittparteien kaum verzinst worden; bei der UBS AG und der CS hätten sich die kurzfristigen Zinssätze um 0% bewegt. Ein Aufschlag gegenüber diesen Bankzinsen sei nicht begründbar, verfüge doch das Treasury Center über eine wesentlich bessere Bonität als die beiden Grossbanken. Soweit das Steueramt den Vergleich mit dem Bankkonto hinterfrage, weil die Bank die Liquidität nach Weisung des Kontoinhabers anzulegen habe, treffe Letzteres allenfalls bei Anlageprodukten zu, nicht aber bei gewöhnlichen Kontobeziehungen, wo kein Weisungsrecht des Kontoinhabers bestehe. Auch mit Bezug auf Kündigungsfristen bzw. den Rückruf der Gelder sei die Pflichtige keinem höheren Risiko ausgesetzt, als bei einer gewöhnlichen Anlage bei einer Bank. Gegen die kurzfristige Anlage der (momentan) überschüssigen Liquidität spreche sodann auch nicht, dass die Pflichtige in der Vergangenheit regelmässig Jahresgewinne von rund Fr. 100 Mio. erzielt und deshalb ihren Finanzbedarf problemlos aus dem Geschäftsgang habe decken können. Es liege in der Natur der Sache, dass die künftige Gewinnentwicklung nicht verlässlich vorausgesagt werden könne. Von daher sei nicht zu beanstanden, wenn die Geschäftsleitung der Pflichtigen vorhandene Liquidität nicht ohne weiteres langfristig binden wolle, um bei künftigen Investitionen oder einem unerfreulichen Geschäftsgang nicht auf Fremdmittel angewiesen zu sein.

Das Treasury Center verfolge schliesslich absichtlich eine zurückhaltende und kurzfristige Anlagestrategie, um die nötige Liquidität jederzeit sicherstellen zu können. Die Gefahr, dass die Mittel des Cashpools mit langfristigen Anlagen gebunden würden, was bei Bezügen der Tochtergesellschaften zu Liquiditätsengpässen beim Treasury Center führen könnte, bestehe folglich nicht.

Zu Unrecht gehe schliesslich das Steueramt davon aus, dass es sich beim Cashpool um eine Beziehung handle, aus welcher sie, die Pflichtige, keinen Nutzen ziehe, weil sie gegenüber dem Cashpool keine Verbindlichkeiten eingehen dürfe. Zwar habe sie tatsächlich im manuellen Cashpool über keine Kreditlimite verfügt, doch sei dies aufgrund der zu diesem Zeitpunkt überschüssigen Liquidität auch nicht nötig ge-

wesen. Im Übrigen sei es ihr unbenommen, beim Treasury Center eine Kreditlimite zu beantragen, wobei ein solcher Antrag gemäss Agreement nur abgelehnt werden könnte, wenn der Kredit gegen zwingende gesetzliche Bestimmungen verstossen würde. Zudem verfüge sie im Zero Balancing Cashpool bereits über ein Kreditlimite von EUR 1 Mio. und könnte sie sich bei Bedarf – auch kurzfristig – über diesen Pool finanzieren. Beim Cashpool handle es sich mithin nicht um eine einseitige Geldanlage, sondern um ein Mittel, die Liquidität sowie die operative und strategische finanzielle Flexibilität der Konzerngesellschaften sicherzustellen, was wiederum auch im Interesse der einzelnen Gesellschaften sei.

Aus all diesen Gründen sei ersichtlich, dass für die Verzinsung der Cashpool Guthaben die von Grossbanken gewährten Zinsen auf Einlagen durchaus einen vergleichbaren Drittpreis darstellten. Weil sich dieser Zins bei 0% bewegt habe, bestehe folglich weder ein Anlass noch eine rechtliche Grundlage zur Aufrechnung eines fiktiven Zinseinkommens.

Die Zinsaufrechnung wäre im Übrigen selbst dann unzulässig, wenn nach Auffassung des Steueramts nicht von einem kurzfristigen Guthaben ausgegangen würde, weil das Guthaben über längere Zeit bzw. seit 2009 nicht bezogen worden sei. Den Steuerbehörden stehe es nicht zu, vom Steuersubjekt eine möglichst gewinnbringende Anlage der Vermögenswerte zu fordern. Vielmehr liege es in der Kompetenz der lokalen Geschäftsleitung zu entscheiden, wie die Mittel eingesetzt und allfällige Liquidität angelegt werden solle. Entscheide sich diese – aus welchen Gründen auch immer – für eine kurzfristige Anlage mit tiefer Rendite, sei dieser Entscheid auch für die Steuerbehörden massgebend. Der Fiskus dürfe keine Zielrendite vorschreiben; das Besteuern einer Minimalrendite unabhängig vom Geschäftsgang widerspräche dem Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Schliesslich erschienen die vom Steueramt angewandten Zinsen für langfristige Anlage aber auch als überraschen, hätten doch die Zinssätze von zwei- bzw. fünfjährigen Bundesobligationen per 2011 lediglich bei rund 0.35% bzw. 0.65% gelegen. Die angefochtene Zinsaufrechnung wäre damit auch aufzuheben, wenn entgegen der Auffassung der Pflichtigen bei den Cashpool-Guthaben von einer langfristigen Anlage ausgegangen würde.

g) Der Begriff "Cashpooling" (auch Liquiditätsbündelung genannt) bezeichnet allgemein einen konzerninternen Liquiditätsausgleich durch ein zentrales, meist von der Konzernobergesellschaft übernommenes Finanzmanagement, das den Konzernun-

ternehmen überschüssige Liquidität entzieht bzw. Liquiditätsunterdeckungen durch Kredite ausgleicht. Es handelt sich damit um ein Element des Cash Managements. Wegen des Fremdvergleichsgrundsatzes ("Arm's-length"-Prinzip) werden für die konzerninternen Geldanlagen bzw. Kreditaufnahmen geldmarktangenehme Zinsen (allerdings ohne die Gewinnmargen der Banken) berechnet. Technisch wird hierzu bei der Obergesellschaft ein zentraler "Master Account" geführt, der sowohl die Geldanlagen als auch die Kreditaufnahmen der Tochtergesellschaften verwaltet. Erst wenn der konzerninterne Liquiditätsausgleich zur Erhaltung der Zahlungsfähigkeit nicht ausreicht, erfolgt ein Zugriff auf externe Geld- und Kapitalmärkte etwa bei Banken (vgl. <http://de.wikipedia.org/wiki/Cashpooling>).

Das besondere "Cashpooling im Konzern" wurde von Lukas Handschin unter handelsrechtlichen bzw. rechnungslegungsbezogenen Gesichtspunkten näher ausgeleuchtet (Lukas Handschin: Einige Überlegungen zum Cashpooling im Konzern, in: Bohnet/Wessner [Hrsg.]: *Droit des sociétés, Mélanges en l'honneur de Roland Ruedin*, 2006, S. 273 ff.). Zum besseren Verständnis des konzernbezogenen Cashpoolings im vorliegenden steuerrechtlichen Zusammenhang ist dieser Aufsatz nachfolgend leicht gekürzt wiederzugeben:

aa) Ein Cashpool bewirkt, dass rechnerisch oder effektiv die Liquiditätsguthaben der Konzerngesellschaften regelmässig, in der Regel täglich, saldiert und zentral verwaltet werden. Betrieben wird er in zwei Formen:

Beim "Notional Cashpool" verbleiben die Guthaben der einzelnen Gesellschaften auf den eigenen Bankkonten und die Soll- und Habenbestände werden lediglich rechnerisch zusammengeführt. Die teilnehmenden Gesellschaften bleiben direkt gegenüber der Bank berechtigt. Sie geben ihre Liquidität nicht weg, sondern behalten sie. Im Falle des Konkurses einzelner Konzerngesellschaften verbleibt die Liquidität bei der überlebenden Konzerngesellschaft oder ihrer Konkursmasse. Beim sogenannten "Zero Balancing" werden die Mittel auf ein zentrales Konto überführt, das auf den Namen derjenigen Gesellschaft lautet, welche im Cashpool die Rolle des Pool Leaders übernimmt. Das kann die Konzernmutter sein oder auch eine speziell zu diesem Zweck gegründete Finanzgesellschaft. In der praktischen Handhabung wird der Notional Cashpool mittels Sicherungen und Verpfändungen dem Zero Balancing in seiner Wirkung oft angeglichen.

bb) Der Zweck des Cashpools liegt darin, im Konzern generierte Liquiditätsüberschüsse einzelner Konzernglieder zugunsten der Liquiditätsbedürfnisse anderer Konzernmitglieder zu nutzen und damit die Finanzierungskosten des Konzerns insgesamt zu senken. Statt dass sich einzelne Konzerngesellschaften ihre Liquidität durch Banken beschaffen, wenden sie sich an den Cashpool respektive an diejenigen Konzernmitglieder, die Liquiditätsüberschüsse in den Cashpool einzahlen.

Für die teilnehmenden Konzernmitglieder wirkt sich der Cashpool je nachdem positiv und negativ aus; er kann ihnen Liquidität verschaffen oder entziehen. Solange der Konzern fortgeführt und die dem Cashpool überlassene Liquidität schliesslich zurückgeführt wird, wirkt sich der Cashpool durch die Senkung der Finanzierungskosten meistens positiv aus. Ein ganz anderes Bild ergibt sich demgegenüber, wenn einzelne oder alle Konzernmitglieder zwangsvollstreckt werden. In diesem Falle sind die im Cashpool gebundenen Liquiditätsreserven der einzelnen Gesellschaften in der Regel verloren.

cc) Es stellt sich (handelsrechtlich) die Frage, ob die laufende Übertragung der Liquidität auf den Cashpool respektive auf die Konzerngesellschaft, auf deren Namen der Cashpool geführt wird, als verdeckte Gewinnausschüttung zu qualifizieren ist. Dabei fragt sich insbesondere auch, inwieweit die diesbezüglichen Grundsätze im Konzernverhältnis unter zu 100% beherrschten Konzerngesellschaften gelten; dies insbesondere, wenn die unausgewogene Leistung an den Aktionär durch den Gesellschaftszweck gefordert oder zugelassen ist, also wenn die Gesellschaft ihre Gewinnstrebigkeit zu Gunsten einer anderen Konzerngesellschaft aufgegeben hat.

dd) Die Leistung von Liquidität an einen Cashpool ist formal keine einseitige Leistung der einen an die andere Gesellschaft, denn mit der Leistung in den Cashpool entsteht ein Gegenanspruch in gleicher Höhe: An die Stelle des Aktivums "liquide Mittel" tritt das Aktivum "Forderung gegenüber anderer Konzerngesellschaft". Soweit feststeht, dass der Aktionär respektive die den Cash Pool führende andere Konzerngesellschaft fähig und willens ist, das Darlehen jederzeit zurückzubezahlen, und wenn aufgrund der Konditionen anzunehmen ist, dass auch Dritte dem Aktionär im Umfang der übergebenen Beträge ungesicherte Darlehen gewährt hätten, ist der Vorgang grundsätzlich unbedenklich.

Sind die in Frage stehenden Beträge im Vergleich zur wirtschaftlichen Leistungskraft der zur Rückzahlung verpflichteten Konzerngesellschaft verhältnismässig gering und steht aufgrund der Struktur des Darlehens fest, dass dieses grundsätzlich zurückbezahlt werden soll und kann, bereitet die Einrichtung eines Cashpools aus der Sicht des Verbots der verdeckten Gewinnausschüttung keine besonderen Probleme. Heikel wird dieses Vorgehen unter dem Aspekt des Verbotes verdeckter Gewinnausschüttungen aber dann, wenn aufgrund der Grösse der in Frage stehenden Beträge und der Bonität der anderen Konzerngesellschaft anzunehmen ist, dass Dritte ungesicherte Darlehen in gleicher Höhe nicht gewährt hätten, wenn also der sogenannte Drittmannstest misslingt. Hier fehlt es an der Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung, allerdings betragsmässig nicht im Umfang der gewährten Darlehen, sondern im Umfang der Kosten, die der Aktionär dadurch erspart hat, dass er sich das Geld billig aus dem Konzern hat borgen können und nicht risikogerecht teurer auf dem Kapitalmarkt. Erst wenn feststeht, dass entsprechende Summen bei Dritten gar nicht mehr erhältlich gewesen wären, kann der Umfang der Unausgewogenheit in ihrer Höhe dem Umfang der gewährten Darlehen entsprechen.

ee) Massstab für das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung ist die fehlende Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung. Die Frage stellt sich zweifach: Zum einen ist zu prüfen, ob in Bezug auf den Cashpool selber Leistung und Gegenleistung in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen. Das ist der Fall, wenn der Regress- oder Ausgleichsanspruch werthaltig ist oder wenn die gegenüber der Liquidität zwangsläufigen Nachteile dieses Regressanspruchs durch die Vorteile des Cashpools aufgewogen werden. Zum anderen stellt sich im Konzern die Frage der Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung nicht nur transaktions- oder cashpoolbezogen, sondern ganz generell. Bei der Würdigung der Frage, ob Leistung und Gegenleistung in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen, sind nicht nur die Vorschriften und die Umsetzung des Cashpools zu prüfen, sondern die Beziehung der betroffenen Konzerngesellschaft zum Konzern ganz allgemein. Konzernvorteile, die unmittelbar mit dem Cashpool nichts zu tun haben, können im Rahmen dieser Gesamtschau von Leistung und Gegenleistung ebenfalls berücksichtigt werden. Günstige Mieten oder gesicherte Absatzmöglichkeiten für Produkte können beispielsweise Konzernvorteile darstellen, die bei der Prüfung der Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung im Zusammenhang mit einem Cashpool ebenso relevant sein können, wie die unmittelbaren Vorteile aus dem Cashpool selber. Dem Klumpenrisiko, das darin liegt, dass die Gesellschaft beispielsweise nur einen Kunden hat oder eben von einem

Cashpool abhängig ist, kann eine "Klumpenchance" gegenüberstehen, welche die Nachteile ausgleichen kann. Die Berücksichtigung von Konzernvorteilen bei der Beurteilung der Pflichtwidrigkeit einer Vertragsbeziehung oder einer Vermögensverschiebung unter Konzerngliedern ist nach herrschender Auffassung in Lehre und Rechtsprechung zulässig.

Art. 678 Abs. 2 OR beschreibt nicht jede Leistung an einen Aktionär, die unausgewogen ist, als verdeckte Gewinnausschüttung, sondern nur diejenigen Leistungen der Gesellschaft, die zur Gegenleistung in einem offensichtlichen Missverhältnis stehen. Ferner liegt nach dem Wortlaut des Gesetzes eine verdeckte Gewinnausschüttung nur vor, wenn diese auch zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft in einem offensichtlichen Missverhältnis steht. Bei der Frage der Offensichtlichkeit des Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung muss damit auch die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft geprüft werden. Ist diese gut, sind die Voraussetzungen an die Annahme der Unausgewogenheit eher streng, ist die wirtschaftliche Lage des Unternehmens aber schlecht, dürfte die Offensichtlichkeit der Unausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung eher anzunehmen sein.

Das Erfordernis der Offensichtlichkeit der Unausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung soll ferner bewirken, dass nicht jede im Nachhinein feststellbare Unausgewogenheit automatisch als verdeckte Gewinnausschüttung qualifiziert wird, sondern dass unter Vermeidung einer kleinlichen Betrachtungsweise nur klare Fälle erfasst werden. Das Zusammenspiel der Faktoren Unausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung, Offensichtlichkeit und wirtschaftliche Lage der Gesellschaft führt im Ergebnis zu einem grossen Handlungsspielraum der betroffenen Gesellschaften respektive im Streitfall zu einem grossen Ermessen des Richters, der prüfen muss, ob im Cashpool eine verdeckte Gewinnausschüttung liegt. Die Frage der Unausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung ist im Zeitpunkt der Einrichtung des Cashpools zu prüfen und in der Folge fortlaufend zu überwachen.

ff) Durch den Cashpool geraten die beteiligten Gesellschaften in eine Abhängigkeit von der zentralen Liquiditätsversorgung, so dass Zahlungsschwierigkeiten im Konzern auf sie durchschlagen können. Bei der Überwachung der finanziellen Lage im Cashpool muss der Verwaltungsrat jeder beteiligten Gesellschaft regelmässig sowohl die Zahlungsfähigkeit der eigenen Gesellschaft als auch die Zahlungsfähigkeit des Konzerns überwachen. Der Verwaltungsrat muss einschätzen können, ob die Forde-

rung gegenüber dem Cashpool sicher ist. Mit der Pflicht zur fortdauernden Überwachung der Beziehung von Leistung und Gegenleistung eng verbunden ist die Pflicht, den Cashpool so auszugestalten, dass die einzelnen Konzernmitglieder auch die Möglichkeit haben, bei veränderten Umständen effektiv aus dem Cashpool auszusteigen, oder dass der Konzern insgesamt den Cashpool beenden kann.

Beim Zero Balancing liegt die Umsetzung und die Beendigung des Cashpools ausschliesslich in den Händen des Konzerns. Der Konzern kann jederzeit den Cashpool beenden und die Cashsaldi vollständig oder teilweise an die beteiligten Konzernunternehmen ausschütten. Strukturell (ob auch faktisch ist wegen der Leistungsmacht der Muttergesellschaft eine andere Frage) ist auch jedes einzelne Konzernmitglied in der Lage, den Liquiditätsabfluss in den Cashpool einzustellen und die Liquidität selber zu verwalten. Beim Notional Cashpool mit gegenseitiger Besicherung ist eine solche Konzernautonome Beendigung oft nicht möglich, sondern nur dann, wenn alle Negativsaldi vorerst ausgeglichen werden.

gg) Der Zweck des Cashpools ist die Versorgung der Konzerngesellschaften mit Liquidität zur Finanzierung der laufenden Kosten. Cashpool-Geld ist damit Umlaufvermögen und nicht Anlagevermögen. Die Grösse des Pools und damit auch die Höhe der Beiträge der einzelnen Gesellschaften richten sich nach den Liquiditätsbedürfnissen des Konzerns und der Gesellschaften, welche die Einzahlungen in den Cashpool vornehmen. Das führt dazu, dass die Mittel des Cashpools nur zur Finanzierung der laufenden Geschäftstätigkeit verwendet werden sollten, nicht aber zur Finanzierung von Investitionen und schon gar nicht zur Ablösung von alten Finanzierungen oder zum Ausgleichen von Verlusten. Die Verwendung von Cashpoolvermögen für Investitionen im Anlagevermögen ist nur zulässig, wenn dadurch die Erfüllung der Pflichten aus dem Cashpool nicht vereitelt wird. Das ist freilich meistens der Fall, da Anlagevermögen in der Regel nicht kurzfristig liquidiert werden kann und die Liquidität dann nicht mehr vorhanden ist, um die nötigen Zahlungen an andere Cashpool-Gesellschaften vorzunehmen.

hh) Verwendet eine Gesellschaft Cashpool-Vermögen sachwidrig, liegt darin eine Pflichtverletzung der Gesellschaft gegenüber den anderen Teilnehmern des Cashpools. Erkennt demgegenüber eine Konzerngesellschaft, dass eine andere Konzerngesellschaft Cashpool-Vermögen zum Erwerb von Anlagevermögen braucht und dadurch die Rückführungsfähigkeit beeinträchtigt wird, darf sie den Cashpool nicht

mehr fortführen oder muss wenigstens sicherstellen, dass zukünftige Liquiditätsabflüsse in den Cashpool nicht mehr für die Finanzierung von Anlagevermögen verwendet werden.

ii) Es wird teilweise vertreten, den Zweck der Tochtergesellschaft auf das Konzerninteresse auszurichten mit der Folge, dass die im Interesse des Konzerns vorgenommenen Geschäfte auch im Interesse der Tochtergesellschaft sind. Es stellt sich deshalb die Frage, inwieweit solche Zweckänderungen auf der Ebene der Tochtergesellschaft unausgewogene Leistungen an die Muttergesellschaft rechtfertigen können. Dabei ist wie folgt zu differenzieren:

Richtet sich der Zweck der Tochter nur auf die Verfolgung des Konzerninteresses, dann ändert dieser an der Frage nichts, ob verdeckte Gewinnausschüttungen zulässig sind. Eine Zweckbestimmung in den Statuten der Tochtergesellschaft, den Konzernzweck zu verfolgen, kann verdeckte Gewinnausschüttungen nicht zulässig machen. Immerhin können solche Zweckbestimmungen bei der Frage der Beurteilung von Leistung und Gegenleistung relevant sein. Ist die Tochtergesellschaft verpflichtet, den Konzernzweck zu verfolgen, ist eine Berücksichtigung von Konzernvorteilen, die mit dem Cashpool unmittelbar nichts zu tun haben, eher gerechtfertigt.

Handelsrechtlich (nicht aber steuerrechtlich) denkbar ist aber auch, dass der Zweck der Tochtergesellschaft nicht nur die Verfolgung des Konzerninteresses vorsieht, sondern ausdrücklich auch die Aufgabe der Gewinnstrebigkeit zu Gunsten anderer Konzerngesellschaften oder der Konzernmutter. Leistungen, die im Rahmen einer solchen Zweckverfolgung stattfinden, sind, auch wenn sie unausgewogen sind, zweckkonform und zulässig.

kk) Die Liquidität ist das Blut in den Adern jeder Gesellschaft. Es stellt sich die Frage, ob die Konzerngesellschaft, welche ihre Liquidität in fremde Hände legt, ihre Pflicht zur Finanzplanung und -kontrolle verletzt, ganz allgemein, ob in der Aufgabe der Verfügungsmacht über die Liquidität eine unzulässige Preisgabe der unternehmerischen Handlungsfähigkeit liegt. Diese Frage stellt sich auch dann, wenn keine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegt, wenn also die Prüfung von Leistung und Gegenleistung eine ausgewogene Vertragsbeziehung zeigt.

Auf den ersten Blick unterscheidet sich die Liquidität, die als Forderung gegenüber einem Cashpool besteht, nicht von der Liquidität, die sich aus der Forderung gegenüber einer Bank ergibt, welche das Kontokorrent führt. Liquidität besteht praktisch immer aus obligatorischen Ansprüchen. Steht aufgrund der vertraglichen Vereinbarungen im Rahmen des Cashpools fest, dass die Konzerngesellschaften auf die Liquidität im Cashpool greifen können wie auf ein Kontokorrent einer Bank, besteht zwischen dem Bankkonto und dem Cashpool kein struktureller Unterschied und es sieht so aus, dass in der Begründung des Cashpools keine Pflichtverletzung liegt, wenn gestützt auf die Überlegungen zur verdeckten Gewinnausschüttung von einer Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung ausgegangen werden kann.

Es gibt aber Unterschiede: Besteht der Anspruch auf Liquidität gegenüber einer Bank (ohne das Vorliegen eines Cashpools), ist jene durch vertragliche und gesetzliche Vorschriften verpflichtet, die Liquidität nach Weisung des Unternehmens zu verwenden. Besteht demgegenüber der Anspruch gegenüber einem anderen Konzernunternehmen oder dem Mutterunternehmen, besteht die Gefahr, dass dieses die Weisungen der Tochter entgegen deren vertraglichen Rechte an der Liquidität nicht befolgt und der berechtigten Tochter die Liquidität nicht zur Verfügung stellt. Die Weggabe der Liquidität an eine Bank ist daher nicht das Gleiche, wie die Weggabe der Liquidität an eine andere Konzerngesellschaft.

Juristische Personen haben keinen Kernbereich der Persönlichkeit: Massgebend für die Beurteilung, ob eine bestimmte Bindung zulässig ist, ist allein der Gesellschaftszweck. Eine Tochtergesellschaft kann sich dem Mutterunternehmen unterordnen, wenn sie dies durch ihren Zweck zum Ausdruck bringt. Sie darf deshalb an einem Cashpool teilnehmen, auch wenn dieser zu einer Beschränkung oder Aufhebung ihrer unternehmerischen Entscheidungsspielräume und zu einer Unterwerfung unter den Konzernzweck führt, wenn diese Unterwerfung unter den Konzernzweck ihrem eigenen Zweck entspricht. Solche Abhängigkeitsverhältnisse von Tochtergesellschaften gegenüber dem Konzern gibt es übrigens auch in vielfältiger Art ausserhalb von Cashpool-Konstellationen, ohne dass die Frage nach ihrer Zulässigkeit gestellt wird. Zu denken ist die Ausgliederung bestimmter Unternehmensfunktionen an den Konzern oder andere Konzerngesellschaften, wie beispielsweise Vertrieb, Informatik, Marketing etc. Auch in diesen Fällen gliedert das Unternehmen eine überlebenswichtige Funktion an den Konzern aus und beraubt sich dadurch ihrer Fähigkeit, als selbständiges Unternehmen unabhängig vom Konzern zu bestehen. Solche Eingliederungen in den Konzern re-

spektive faktische Unterwerfungen unter den Konzernzweck sind unter den genannten Voraussetzungen zulässig.

II) Zusammenfassend gelten bei der Beurteilung der Zulässigkeit eines Cashpools die gleichen Überlegungen wie bei der Beurteilung von Vermögensverschiebungen innerhalb eines Konzerns ganz allgemein. Die Vielfalt der in der Praxis anzutreffenden Strukturen ist gross und folgerichtig ist es nicht einfach, in Bezug auf den konzerninternen Vorteilsausgleich klare Kriterien zu formulieren. Sicherlich ist falsch, Konzerngesellschaften so zu behandeln, wie wenn sie nicht in den Konzern eingebunden wären. Eine "at-arm's-length"-Betrachtung, welche die Konzerntatsache ignoriert, führt nicht weiter. Die Frage lautet also nicht, ob die Tatsache, dass ein Unternehmen in einen Konzern eingebunden ist, relevant ist, sondern wie weit eine solche "Konzernprivilegierung" geht. Ist die Konzerntochtergesellschaft gewinnstrebig, ist die Teilnahme an einem Cashpool nur zulässig, wenn darin keine verdeckte Gewinnausschüttung liegt, wenn also der nach der Einbezahlung der Liquidität entstehende Rückforderungsanspruch werthaltig ist. Die Werthaltigkeit des Rückforderungsanspruchs muss dabei regelmässig überwacht werden: geht sie verloren, darf der Cashpool nicht fortgeführt werden. Zur pflichtgemässen Ausgestaltung eines Cashpools gehört daher auch die Sicherstellung der strukturellen Möglichkeit, die Gefährdung des Rückforderungsanspruchs zu erkennen und den Cashpool nötigenfalls zu beenden. Das setzt in der Regel auch voraus, dass die in den Cashpool einbezahlte Liquidität ausschliesslich für das Umlaufvermögen verwendet wird, nicht aber für Anlagevermögen und schon gar nicht für die Bezahlung alter Schulden, da durch diese Vorgänge die Rückzahlungsfähigkeit gefährdet wird.

h) aa) Aus dieser rein handelsrechtlichen (nicht steuerrechtlichen!) Betrachtungsweise folgt zunächst, dass die Pflichtige ihre Cash Pool-Guthaben grundsätzlich zu Recht im Umlaufvermögen bilanziert hat, denn bei Cash Pool-Guthaben steht mit Blick auf die jederzeit zu gewährende Liquidität der Teilnehmer der (sehr) kurzfristige Anlagehorizont im Vordergrund. Daraus leitet sich ab, dass mit Bezug auf Cash Pool-Guthaben die Zinsrichtsätze der ESTV in ihren jährlichen Rundschreiben von vornherein keine taugliche Referenzgrösse sein können, basieren diese doch auf den 5-jährigen SWAP-Sätzen und der Rendite von langfristigen Anlagen wie Industrieobligationen; zumindest gilt dies dann, wenn die kurz- und langfristigen Zinssätze erheblich auseinanderklaffen. Wenn sich nach den vorgelegten Agreements die Verzinsung der Guthaben in den Cash Pools am EONIA und dem CH-Libor orientieren, ist dage-

gen steuerlich nichts einzuwenden, qualifizieren doch diese Zinssätze für kurzfristige Anlagen als geeignete Referenzgrössen. Im Kalenderjahr 2011 tendierten diese Zinssätze sodann tatsächlich gegen null (vgl. die von der Pflichtigen eingereichten Zinstabellen oder auch im Internet allgemein zugängliche Informationen zu den historischen Zinssätzen), womit tatsächlich kein Raum für verdeckte Gewinnausschüttungen als Folge zu niedriger Guthabenverzinsung verbleibt. Fragen liesse sich höchstens, ob ausgehend von den gegen null tendierenden Referenzzinsen auch bei kurzfristigen Anlagen noch eine Gewinnmarge zu berücksichtigen sei. Gemäss den von den Pflichtigen vorgelegten Schreiben der UBS AG und CS, tendierte allerdings die Verzinsung von Guthaben auf entsprechenden Depositenkonti ebenfalls gegen null, womit im Fall der Parkierung der Guthaben bei der Muttergesellschaft im Drittvergleich auch keine höhere Rendite verlangt werden kann. In den Agreements wird die Marktkonformität der Verzinsung denn auch ausdrücklich vorgegeben. Hinzu kommt, dass nach dem Gesagten mit Blick auf die Konzernsituation sämtliche Vor- und Nachteile des Zuführens der Liquidität in den Cash Pool abzuwägen wären und von daher ein Gewinnmargenaufschlag als kompensierbar erscheint. Zu bemerken ist in diesem Zusammenhang etwa, dass das "treasury inter company dealing agreement" auch den Handel von Fremdwährungen unter den Konzerngesellschaften regelt.

bb) Mit Bezug auf diese Vor- und Nachteile im Rahmen der Konzernbetrachtung geht die Vorinstanz in ihren Erwägungen vom Gegenteil aus, indem sie ausführt, aus Sicht der Pflichtigen habe es sich bei deren Eintritt in den Cash Pool nicht um eine homogene, wechselseitige Beziehung gehandelt. Letztlich habe sie daraus keinen Nutzen gezogen; dies insbesondere, weil die Guthaben trotz eines erheblichen Klumpenrisikos sehr tief verzinst worden seien. Für die Pflichtige seien mit dem Cashpool im Gegenteil Nachteile entstanden, indem sie höhere Risiken eingegangen sei als andere Teilnehmer, weil sie nur als Gläubigerin und nie als Schuldnerin gegenüber der Konzernmutter aufgetreten sei. Auch habe sie verschiedene Risiken in Kauf genommen und habe die Gefahr bestanden, dass die Konzernmutter die vertraglichen Rechte an der Liquidität nicht befolge oder dass die 30tägige Kündigungsfrist einem rechtzeitigen Reagieren bei finanziellen Engpässen der Mutter entgegengestanden hätte.

cc) Die vorgelegten Agreements und Geschäftsunterlagen betreffend die finanzielle Situation der Muttergesellschaft stützen diese Bedenken der Vorinstanz nicht. Es ist unbestritten, dass einerseits das ausländische Mutterhaus bzw. der ganze internationale Konzern über eine erstklassige Bonität verfügt und andererseits die Pflichtige

ihre Cash Pool-Guthaben jederzeit zurückrufen kann. An Letzterem ändert auch die Tageslimite von EUR 20 Mio. im Zero-Balancing-Cashpool nichts, zumal der durchschnittliche diesbezügliche Forderungsbestand der Pflichtigen unter dieser Limite lag. Damit ist auch glaubhaft, wenn die Pflichtige anführt, dass ausländische Steuerbehörden das Cash Pool-System im Konzern schon geprüft und nicht beanstandet hätten. Auch wenn Letzteres die hiesigen Steuerbehörden in keiner Art und Weise zu binden vermöchte, fehlen in den Akten Hinweise darauf, dass dieses System – als solches – unter dem Aspekt des marktkonformen Leistungsaustausches dem Drittvergleich nicht standhält.

dd) Eine noch tiefere Auseinandersetzung mit der Frage, ob das Anlegen von liquiden Mitteln der Pflichtigen im Cashpool der Konzernmutter unter Berücksichtigung der konkreten Agreements und der Bonität der ganzen SAP-Gruppe dem Drittvergleich standhält, erübrigt sich indes aus den folgenden Gründen:

Das soeben Gesagte kann nur unter dem Vorbehalt gelten, dass es sich bei den streitbetroffenen Guthaben um solche handelt, welche dem dargelegten Sinn und Zweck eines Cashpools (Liquiditätsbündelung, Liquiditätsausgleich etc.) überhaupt entsprechen. Naheliegend ist von daher zunächst, dass etwa die Liquidität aus dem Tagesgeschäft im Cashpool "parkiert" wird. Von der anderen Seite her betrachtet ist sodann davon auszugehen, dass Gesellschaften nicht benötigte Liquidität an die Aktionäre ausschütten. Im Cashpool "parkiert" verbleiben damit letztlich nur die Geldmittel, welche im Rahmen der Liquidität kurzfristig auch wieder benötigt werden. Die Agreements enthalten denn auch keinerlei Hinweise darauf, dass die beiden Cash Pools auch für langfristige Anlagen gedacht sind; die Vorgabe der marktkonformen Verzinsung in Verbindung mit den vereinbarten Zinssätzen (EONIA, CH-LIBOR) spricht im Gegenteil klar für Kurzfristigkeit.

Im Einklang mit der von der Pflichtigen zu Recht ins Feld geführten "goldenen Bilanzregel", ist damit aber zu prüfen, ob die von ihr im Umlaufvermögen verbuchten Cashpool-Guthaben, also ihre kurzfristigen Aktiven, den verbuchten kurzfristigen Passiven (d.h. dem kurzfristigen Bedarf an liquiden Mitteln) entsprechen.

ee) Die Pflichtige ist zu Unrecht der Auffassung, Letzteres sei bei ihr der Fall. Deren vergangenheitsbezogenen Bilanzen zeigen nämlich folgendes Bild bei den kurzfristigen Aktiven (Forderungen gegenüber Aktionär = Cash Pool-Guthaben):

	CHF in Mio.
2006	2
2007	100
2008	113
2009	153
2010	151
2011	253
2012	251

Bei solchen Zahlen in dreistelliger Millionenhöhe stellt sich allein schon aufgrund der Beträge die Frage, welche Gründe hier die kurzfristige Anlage in einem Cash Pool ohne Zinsertrag als geschäftsmässig begründet erscheinen lassen könnten. Schlüssig erklären liesse sich dies nur mit dem Bedarf an entsprechender kurzfristiger Liquidität. Es liegt damit an der Pflichtigen, das Pendant in den kurzfristigen Passiven nachzuweisen, was sie indes nicht getan hat. Rein rechnerisch ist bei ihr die goldene Bilanzregel zwar eingehalten. Der steueramtliche Revisor ermittelte jedoch zwei Positionen innerhalb der kurzfristigen Passiven, welchen er den Charakter der Kurzfristigkeit zu Recht abgesprochen hat:

aaa) Zum einen sind dies Rückstellungen von Fr. 36 Mio. im Zusammenhang mit Steuererleichterungen, welche der Pflichtigen mit Regierungsratsbeschluss vom Januar 2000 mit Blick auf die Erweiterung der zürcherischen Betriebsstätte für die Zeit von 1999 bis 2009 gewährt worden sind. In diesem Beschluss wurde die Pflichtige angehalten, wegen der Möglichkeit von Nachzahlungen insbesondere infolge Wegzugs im Umfang der Steuererleichterung eine Rückstellung zu bilden; dabei wurde auch statuiert, dass die nicht bezogenen Steuern vollständig nachzuzahlen seien, wenn die Steuerpflicht im Kanton während oder fünf Jahre nach Ablauf der gewährten Steuererleichterung endet. Aus Letzterem leitet sich ab, dass die Rückstellung, umfassend die Steuereinsparung aus 10 Steuerperioden, mindestens bis Ende 2014 aufrecht zu erhalten ist bzw. die (versteuerte) Rückstellung erst am 1. Januar 2015 steuerneutral aufgelöst werden kann. Damit sind aber keine Gründe ersichtlich, welche dafür sprächen, das immerhin den Betrag von 36 Mio. erreichende Guthaben aus Steuerersparnissen einem Cash Pool mit Tages- oder Monatsverzinsung zuzuführen. Wenn die Pflichtige geltend macht, dass Steuernachzahlungen per 2011 nicht auszuschliessen gewesen seien, genügt dies nicht zur Begründung der Erforderlichkeit, den eingesparten, jedoch noch nicht ausschüttbaren Betrag von Fr. 36 Mio. über Jahre hinweg statt

langfristig mit guter Rendite anzulegen, lediglich in einem konzerninternen Cash Pool zu parkieren. Im hier streitbetroffenen Kalenderjahr 2011 war die Pflichtige bereits über 10 Jahre im Kanton Zürich steuerpflichtig und hatte sie hier die weitaus umsatzstärkste Betriebsstätte in der Schweiz aufgebaut. Auch betonte sie im Einschätzungsverfahren verschiedentlich die Wichtigkeit des hiesigen Standorts. Dass sie per 2011 Wegzugsgedanken hegte, machte sie denn auch nicht geltend und selbst wenn solche vorhanden gewesen wären, ist davon auszugehen, dass sie zumindest mit der vollständigen Aufgabe der hiesigen Betriebsstätte diesfalls noch bis Ende 2014 zugewartet hätte, um den stattlichen Betrag von Fr. 36 Mio. nicht zu verlieren. Im Umfang dieser Steuerrückstellungen, welche wirtschaftlich als versteuerte, aber erst 2015 als ausschüttbare Reserven qualifizieren, ist auf der Aktivseite mithin von langfristigem Anlagevermögen auszugehen.

bbb) Langfristigen Charakter spricht das Steueramt sodann auch der Rückstellung "embedded derivative" zu; diese erreichte per Ende 2011 einen Stand von Fr. 111'066'448.- (Vorjahre Fr. 109'287'741.- [2010] bzw. Fr. 38'881'135.- [2009]). Hintergrund dieser Rückstellung bildete folgender im Revisionsbericht festgehaltener (unbestrittener) Sachverhalt:

Im Dezember 2007 hatte die Pflichtige mit einem schweizerischen Drittkonzern einen mehrjährigen Wartungs- und Softwarevertrag abgeschlossen, welcher die Pflichtige berechtigte, bis 2020 total EUR 481 Mio. verteilt auf 12 Jahre bzw. in 24 Raten in Rechnung zu stellen. Der Umstand, dass der Vertrag von zwei CH-Parteien in einer fremden Währung abgeschlossen worden war, hatte zur Folge, dass der Geldfluss Währungsschwankungen ausgesetzt ist. Gemäss Analyse der Pflichtigen qualifizierte sich der Vertrag deshalb so, wie wenn zwei Einzelverträge mit dem schweizerischen Drittkonzern abgeschlossen worden wären, nämlich einerseits als Verpflichtung zur Lieferung von Software und Wartung, wobei die Vergütung fiktiv in CHF erfolgt, und andererseits als Vorgabe, jede einzelne Rechnung als Devisentermingeschäft zu behandeln, um die fiktiven CHF-Vergütungen in EUR zu tauschen. Soweit sich der EUR-Kurs inskünftig zwischen Fr. 1.25 und 1.30 bewege, bleibe die gebildete Rückstellung für nicht realisierte Währungsverluste im selben Umfang wie heute bestehen. Falls der EUR-Kurs bis 2020 linear auf ein Niveau zwischen Fr. 1.50 bis 1.60 ansteige, sei vorgesehen, die Rückstellung für nicht realisierte Währungsverluste erfolgswirksam aufzulösen.

Der Revisor stellte in der Folge fest, dass die Pflichtige gemäss Transferpreisdokumentation keinen signifikanten Fremdwährungsrisiken exponiert sein dürfe, weshalb die Rückstellung – wie in den Vorjahren – steuerlich nicht zu akzeptieren sei; die Pflichtige hat die Aufrechnung dieser Rückstellung (bzw. des Anstiegs von Fr. 109'287'741.- auf Fr. 111'066'448.-) im Rahmen der Zürcher Veranlagung akzeptiert.

Die Vorinstanz erwog, sofern sich der EUR-Kurs im Jahr 2020 zwischen Fr. 1.25 und 1.30 bewege, gelte der Verlust als eingetreten. Dass der Kurs gegenüber dem CHF weitersinke, mithin die Rückstellung noch signifikant erhöht werden müsste, sei aufgrund der von der Nationalbank verteidigten Kursuntergrenze von Fr. 1.20 wohl auszuschliessen. Andererseits sei auch eine Kurs-Erholung und damit eine Reduktion der Rückstellung aufgrund der faktischen Frankenbindung an den Euro und der expansiven Geldpolitik der Europäischen Zentralbank auszuschliessen. Daraus folge, dass die Rückstellung noch längerfristig Bestand haben werde. Ferner sei sie gar nicht geldwirksam; wenn sie nämlich im Jahr 2020 aufgelöst werden müsste, hätte dies auf den tatsächlichen Geldbestand der Pflichtigen keinen Einfluss, denn der tatsächliche Mittelabfluss sei bereits im Zeitpunkt der Begleichung der Rechnung durch die Kunden effektiv eingetreten. Würde das Fremdwährungsrisiko wegfallen, wäre die Pflichtige nicht gezwungen, sofort erhebliche liquide Mittel abzurufen. Indem die Pflichtige einer Grosskundin Rechnung in EUR gestellt habe, habe sie gegen die Konzernvorgaben verstossen. Wenn sie aufgrund des Fremdwährungsrisikos alsdann gehalten gewesen sei, erfolgswirksam eine Rückstellung zu verbuchen, welche sie nun verpflichte, längerfristig Geldanlagen zur Verfügung zu halten, könne sie deswegen die zurückgestellte Liquidität nicht im Sinn der Konzernvorgabe an die Muttergesellschaft ausschütten.

Die Pflichtige lässt bestreiten, mit dem Vertragsabschluss in EUR gegen die Konzernvorgaben verstossen zu haben; diesbezügliche klare Anhaltspunkte sind in den Akten tatsächlich nicht auszumachen. Weiter hält sie – und dies ebenfalls zu Recht – dafür, dass per Bilanzabschluss 2011 nicht mit ausreichender Sicherheit voraussehbar gewesen sei, wie sich die Wechselkurse entwickeln würden; auf die heutigen diesbezüglichen Kenntnisse habe man sich am Bilanzstichtag nicht abstützen können. Nicht gefolgt werden kann der Pflichtigen indes, wenn sie daran anknüpfend ausführen lässt, dass die kurzfristige Verwendung der gebildeten Rückstellung vertretbarer gewesen sei als deren langfristiger Bestand:

Wie erwähnt hat die Steuerbehörde diese Rückstellung für Fremdwährungsrisiken (welche die Pflichtige nach eigenen Angaben mit Blick auf die Regeln des internationalen Rechnungslegungsstandards IFRS aufgrund zu erwartender Mindererträge habe bilden müssen) steuerlich gar nicht zugelassen, wogegen die Pflichtige auch nicht opponiert hat. Nachvollziehbar ist dies aus folgenden Gründen: Sind die Entgelte für jahrelange Leistungen aus einem Wartungsvertrag in EUR abgemacht, liegt auf der Hand, dass die danach über die Jahre in CHF zu verbuchenden Einnahmen schwanken werden. Wenn diese Einnahmen – nachdem der Vertrag per 2009 abgeschlossen wurde – aufgrund der Eurokursentwicklung ab 2010 rückläufig waren, wirkte sich dies ertragsseitig sofort aus (Mindereinnahmen); würde der Eurokurs wieder ansteigen, stiegen auch die Erträge (in CHF) sofort wieder an. Wenn sodann der Eurokurs bei Vertragsablauf 2020 wieder den Ausgangskurs per Vertragsabschluss 2009 erreichte, folgte daraus keineswegs, dass damit die besagten Mindererträge während der Vertragslaufzeit wieder ausgeglichen sind. Soweit also die Pflichtige – ausgehend vom Eurokurs bei Vertragsabschluss – mit den streitbetroffenen Rückstellungen gewissermassen den Ausgleich für Mindererträge zufolge Kursschwankungen über die ganze Vertragsdauer hinweg bereit halten will (bzw. nach ihren intern zu beachtenden internationalen Rechnungslegungsstandards offenbar "muss"), so ändert dies nichts daran, dass es sich hierbei nicht um eine Rückstellung im eigentlichen Sinn handelt (= Rückstellung für eine möglicherweise kurzfristig zu begleichende Forderung), sondern um aus Gewinn gebildete Reserven, welche im Kanton Zürich bereits versteuert sind, nachdem das Steueramt die Rückstellungen stets aufgerechnet hat. Die nach diesem Verständnis dergestalt gebildeten versteuerten Reserven kann die Pflichtige folglich jederzeit steuerneutral wieder auflösen und alsdann ihren Aktionären ausschütten. Wenn sie dies mit Blick auf die für sie als international ausgerichteten Konzern geltenden Rechnungslegungsstandards über Jahre hinweg nicht tut, sondern die Reserven über Jahre hinweg beibehält, so ist kein Grund ersichtlich, in diesem Umfang liquide Mittel bereizuhalten, welche sich nur für die kurzfristige Anlage in einem tages- oder monatsverzinsten Cash Pool eignen. Im Drittvergleich würde eine Gesellschaft solche Mittel im dreistelligen Millionenbereich der langfristigen Anlage mit bestmöglicher Rendite zuführen.

ff) Insgesamt sind damit in den von der Pflichtigen bilanzierten Passiven Rückstellungen von Fr. 147 Mio. enthalten, welche als versteuerte Reserven qualifizieren und welche sich mit Blick auf die für Jahre blockierte Ausschüttung im Drittver-

gleich nur für die langfristige Anlage eignen bzw. die Bereitstellung von entsprechenden liquiden Mitteln auf der Aktivseite nicht zu begründen vermögen.

gg) Als Zwischenergebnis steht damit fest, dass für die von der Steuerbehörde per 2011 ermittelten durchschnittlichen Cash Pool-Guthaben von rund Fr. 143 Mio. die "Save Haven"-Zinssätze der ESTV grundsätzlich anwendbar sind, weil insoweit von langfristigen Darlehen an die Konzernmutter (d.h. die Aktionärin) auszugehen ist. Der Einwand der Pflichtigen, dass die Steuerbehörde die Anlagepolitik einer steuerpflichtigen Gesellschaft nicht zu hinterfragen habe und steuerliche Korrekturvorschriften betreffend die bilanzierte Fristigkeit fehlten, sticht nicht. Legt eine Gesellschaft nicht benötigte bzw. nicht ausschüttbare liquide Mittel in dreistelliger Millionenhöhe über Jahre hinweg in Form eines Cashpool-Guthabens bei der Konzernmutter an, so sind die auf längerfristige Anlagen ausgerichteten "Save Haven"-Zinssätze der ESTV grundsätzlich die geeignete Referenzgrösse für den Drittvergleich. Für den Nachweis, dass im konkreten Einzelfall gleichwohl an den kurzfristigen Marktzinsen Mass zu nehmen war, hätten die Gründe für das im Drittvergleich nicht übliche jahrelangen Parkieren der hohen Liquidität in kaum verzinsten Cashpools offengelegt werden müssen. Solche Gründe wurden indes nicht vorgebracht und sind auch aus den Akten nicht ersichtlich.

i) Zu prüfen bleibt damit noch der Eventualantrag der Pflichtigen, welcher dahin geht, dass die sich an den Zinsrichtsätzen der ESTV von 2.25% (CHF) bzw. 3% (EUR) orientierende Aufrechnung einer verdeckten Gewinnausschüttung an die Aktionärin zu reduzieren sei, weil die effektiven Zinssätze per 2011 auch für langfristige Anlagen viel tiefer gelegen hätten; für zwei- bzw. fünfjährige Obligationen der Eidgenossenschaft beispielsweise bei lediglich rund 0.35% bzw. 0.6%.

aa) Wie bereits ausgeführt, bilden im Rahmen des Drittvergleichs die Marktzinsen zur Refinanzierung risikoarmer Kredite, wie etwa der SWAP für Laufzeiten von mehr als 1 Jahr durchaus sachgerechte Referenzgrössen, dient letzterer Satz bekanntermassen doch auch als Basis für langfristige Hypotheken, welche mit Blick auf die Grundpfandverschreibung ebenfalls dem risikoarmen Anlagebereich zuzuordnen sind. Die ESTV weist im Rundschreiben betreffend die Zinssätze für Darlehen an Beteiligte in Fremdwährungen denn auch explizit darauf hin, dass die publizierten Zinssätze auf den 5-jährigen SWAP-Sätzen sowie den Renditen von langfristigen Anlagen wie Industrieobligationen basierten. Im knapper gefassten, auf die Darlehen in Schweizer

Franken bezogenen Rundschreiben fehlt ein entsprechender expliziter Hinweis, doch ist evident, dass auch die diesbezüglich publizierten Zinssätze die gleiche Basis haben.

Gemäss einem im Internet zugänglichen Zins-Chart bewegte sich der 5-Jahres-CHF-Swapsatz per 2011 in einer Bandbreite von rund 1.3% bis 2% und der 5-Jahres-EUR-Swapsatz in einer solchen von rund 2.5% bis 3.6%. Die Schweizerische Steuerkonferenz hat sodann in ihrer Wegleitung zur Bewertung von Wertpapieren ohne Kurswert für die Vermögenssteuer (vgl. Kreisschreiben Nr. 28 vom 28. August 2008, Kommentar 2012) im Zusammenhang mit der sich dort stellenden Drittvergleichsfrage, was unter einer "angemessenen Dividende" zu verstehen ist, die vergangenheitsbezogenen durchschnittlichen 5-Jahres-Swapsätze (welche für diese Frage ebenfalls den Referenzzins bilden) ebenfalls publiziert; danach betragen per 2011 die gerundeten 5-Jahres-SWAP-Sätze 1.5% (CHF) bzw. 3% (EUR).

Lagen die Referenzsätze der ESTV für Darlehen an Beteiligte per 2011 bei 2.25% (CHF) und bzw. 3% (EUR), so zeigt sich, dass dies in letzterem Fall dem durchschnittlichen 5-Jahres-SWAP-Satz entspricht, während beim CHF-Satz ein Zuschlag von 0.75% (= 2,25% statt die gerundeten 1,5%) auszumachen ist.

bb) Daraus folgt zunächst, dass, soweit es wie vorliegend um den längerfristigen Geldverleih unter Beteiligten geht, der Fremdwährung-Referenzzinssatz der ESTV nicht mit dem Verweis auf langfristig ausgerichtete Marktzinssätze umgestossen werden kann, denn der Zinsvergleich zeigt, dass der ESTV-Referenzsatz exakt dem im Geschäft unter Banken massgeblichen Marktzins entspricht. Die von der Pflichtigen ins Feld geführte Rendite von Schweizer Bundesobligationen ist mit Blick auf den Fremdwährungszinssatz von vornherein keine taugliche Vergleichsbasis. Damit ergibt sich, dass die Vorinstanz in Bezug auf das durchschnittliche Guthaben im EUR-Cashpool von (umgerechnet) Fr. 16'206'229.- zurecht nach Massgabe des ESTV-Zinsrichtsatzes von 3% einen drittvergleichskonformen Zinsertrag von Fr. 486'187.- ermittelt hat.

cc) Leicht anders präsentiert sich die Lage beim Guthaben im CHF-Cashpool. Diesbezüglich liegt der Richtzinssatz der ESTV mit 2.25% rund 0.9% höher als der exakte 5-Jahres-SWAP-Satz von 1.36% (gerundet = 1,5%) und sogar gut 1.25% höher als die Rendite, welche per 2011 mit den von der Pflichtigen vergleichsweise beigezogenen Obligationen der Eidgenossenschaft mit fünfjähriger Laufzeit zu erzielen war (diese betrug gemäss der von der Pflichtigen vorgelegten Zinstabelle 0.84% und nicht

wie behauptet 0.66%, wobei die weitere Tabelle im Anhang zeigt, dass Industrielanleihen deutlich höher rendierten [bei 8 jähriger Laufzeit mit 2.29% gegenüber 1.28% bei Anleihen der Eidgenossenschaft]).

Im bereits erwähnten Fall, welchen das Rekursgericht am 21. Dezember 2012 beurteilt hatte, ging es um die diesbezüglichen ESTV-Richtsätze per 2008 und 2009, welche rund 0.25% über den SWAP-Sätzen lagen. Das Rekursgericht stellte fest, dass sich ein solcher Aufschlag gegenüber den bankinternen Marktzinssätzen vorab damit erklären lasse, dass im Drittvergleich die Bank das Geld ihren Kunden nicht zu Marktzinsen abgebe, sondern einen Zuschlag berechne. Bei einer Bank hätte die Gruppenfinanzierungsgesellschaft das Darlehen mithin nicht zum SWAP-Zinssatz beschaffen können; wenn eine nahestehende Gesellschaft die Rolle der Bank übernommen habe, hätte diese im Drittvergleich – sofern auf den Swap-Zinssatz abstellend – ebenfalls einen Aufschlag einkalkulieren müssen; das Verwaltungsgericht schützte diese Auffassung im anschliessenden Rechtsmittelverfahren. Im vorliegenden, das Jahr 2011 betreffenden Fall, liegt der Richtzinssatz der ESTV nun aber nicht mehr 0.25%, sondern um beinahe 1% über dem besagten SWAP-Referenzzinssatz. Dies lässt sich im Rahmen des anzustellenden Drittvergleichs nicht mehr begründen, weshalb am (auf)gerundeten 5-Jahres-SWAP-Satz von 1.5% Mass zu nehmen ist, welchen Referenzzins die ESTV und die Schweizerische Steuerkonferenz (SSK) nach dem vorstehend Gesagten denn auch als Vergleichsbasis im Zusammenhang mit der angemessenen Rendite aus Beteiligungen verwendet.

Damit ist der von der Vorinstanz in Bezug auf das durchschnittliche Guthaben im CHF-Cashpool von Fr. 126'902'374.- ermittelte Zinsertrag von Fr. 2'855'303.- (Zins 2.25%) auf Fr. 1'903'535.- (Zins 1.5%) zu reduzieren.

k) Nach alledem ist die angefochtene Zinsaufrechnung wie folgt zu korrigieren:

	Fr.	Fr.
Durchschnittliche Forderung in EUR	16'206'229.-	
Drittvergleichszins 3%		486'187.-
Durchschnittliche Forderung in CHF	126'902'374.-	
Drittvergleichszins 1.5%		1'903'535.-
<u>Zins verbucht</u>		<u>-100'247.-</u>
Aufrechnung		2'289'475.-

3. Steuerauscheidung

a) Mit Fusionsvertrag vom 24. August 2011 absorbierte die Pflichtige rückwirkend auf den 1. Juli 2011 ihre im Kanton Thurgau domizilierte Schwestergesellschaft C AG. Als Folge dieser Fusion entstand im Kanton Thurgau eine neue Betriebsstätte.

aa) In der Fusionsbilanz der C AG per 30. Juni 2011 waren "Immaterielle Vermögensgegenstände" mit einem Buchwert von Fr. 2'322'605.82 aktiviert. Am 31. Dezember 2011, also 6 Monate nach der Fusion, veräusserte die Pflichtige diese Immaterialgüterrechte für Fr. 25'271'037.- an die ausländische Konzernmutter. Kurz zuvor hatte sie sich im Rahmen eines Rulings mit der Thurgauer Steuerbehörde dahingehend geeinigt, dass der (ausserordentliche) Gewinn aus diesem Immaterialgüterverkauf per 2011 noch durch die C AG zu versteuern sei; der besteuerte Nettokapitalgewinn könne danach als versteuerte stille Reserve in der fusionierten C AG ausgewiesen werden. Die Thurgauer Steuerbehörde besteuerte in der Folge den Kapitalgewinn im Rahmen einer "Sondersteuer" für die Steuerperiode 1.1. - 30.6.2011 im Nettoumfang von Fr. 12'370'612.-, wobei sie gewinnmindernd millionenschwere "Differenzen aus funktionalen Währungsumrechnungen 2010 und 2011" berücksichtigte. Derweil brachte die Pflichtige im Rahmen ihrer hiesigen Gewinndeklaration 2011 den besagten Kapitalgewinn in der Höhe von Fr. 20'566'265.- unter dem Titel "Auflösung versteuerte Reserven aus Verkauf IP Kt. TG (netto)" in Abzug (vgl. zum Ganzen das von der Thurgauer Steuerverwaltung am 23. Dezember 2011 unterzeichnete Ruling mit Anhängen sowie Steuererklärung ZH 2011).

bb) Der steueramtliche Revisor stellte im Revisionsbericht zunächst fest, dass Verluste aus funktionalen Währungsumrechnungen nach der bundesgerichtlichen

Rechtsprechung steuerlich nicht abzugsfähig seien. Habe der Kanton Thurgau solche Verluste unrechtmässig zum Abzug zugelassen und in der Folge nur Fr. 12'370'612.- besteuert, könne die Pflichtige nicht im Kanton Zürich versteuerte stille Reserven von Fr. 20'566'265.- auflösen. Indes sei die Auflösung von versteuerten Reserven ohnehin ganz zu verweigern. Der Kanton Thurgau habe nämlich den Kapitalgewinn per 30. Juni 2011, also vor der Fusion, besteuert, obwohl dieser im handelsrechtlichen Abschluss der C AG per 30. Juni 2011 nicht enthalten gewesen sei; aufgrund des Verkaufs erst per 31. Dezember 2011, also nach der Fusion, werde der Gewinn in der Erfolgsrechnung 2011 der Pflichtigen ausgewiesen. Faktisch habe der Kanton Thurgau damit eine unzulässige Wegzugsbesteuerung vorgenommen. Im Ergebnis kam der Revisor zum Schluss, der Kapitalgewinn sei im ausgewiesenen Reingewinn der Pflichtigen zu belassen und alsdann sei dieser im Rahmen der interkantonalen Steuerauscheidung in Anwendung der indirekten Methode nach Umsätzen auf die verschiedenen Betriebsstätten zu verteilen; eine objektmässige Ausscheidung des Kapitalgewinns zugunsten des Kantons Thurgau komme nicht in Frage. Im Ergebnis errechne sich damit ein im Kanton Zürich steuerbarer Reingewinn von Fr. 80'303'231.- (statt deklariert Fr. 62'192'623.-; vgl. Revisionsbericht S. 9).

Im Einschätzungsentscheid folgte der Steuerkommissär diesen Vorgaben des Revisors; ebenso die Vorinstanz im Einspracheentscheid.

b) Die Pflichtige lässt rekursweise zunächst geltend machen, die Gewinnaufrechnung im Kanton Zürich führe zu einem unzulässigen Verstoss gegen das Verbot aktueller Doppelbesteuerung, nachdem der Kanton Thurgau den streitbetroffenen Kapitalgewinn im Rahmen der letzten eigenständigen Veranlagung der C AG bereits besteuert habe.

Dem ist Folgendes entgegenzuhalten: Es ist unbestritten, dass der Verkauf der Immaterialgüterrechte (auch IP-Rechte; IP = "intellectual property") erst Monate nach der Fusion erfolgte und deshalb der dabei erzielte Kapitalgewinn handelsrechtlich korrekterweise nicht mehr in den Büchern der zum Verkaufszeitpunkt bereits aufgelösten C AG, sondern in denjenigen der Pflichtigen ausgewiesen worden ist; letzteres ausdrücklich unter dem Titel eines "ausserordentlichen Gewinns". Die Thurgauer Steuerbehörde hätte demzufolge nicht dazu Hand bieten dürfen, im Rahmen eines nach der Fusion abgeschlossenen Rulings den Ende 2011 realisierten Kapitalgewinn nachträglich noch dem Steuersubjekt C AG zuzuweisen, um dergestalt die Besteuerung im Ein-

vernehmen mit der Pflichtigen vornehmen zu können bzw. ohne Steuerausscheidung zum entsprechenden Steuersubstrat zu gelangen. Die Steuerpflicht der C AG endete per 30. Juni 2011. Damit hatte die Thurgauer Steuerbehörde eine "letzte Veranlagung" der C AG für die Steuerperiode 1.1. - 30.6.2011 (180 Tage) vorzunehmen und zwar gestützt auf das entsprechende handelsrechtliche Ergebnis, welches den Kapitalgewinn aus dem Immaterialgüterrechtsverkauf noch nicht enthielt. Letzteres hat sie zwar getan, jedoch hat sie – dem besagten Ruling folgend – zusätzlich den Kapitalgewinn im Rahmen einer "Sondersteuer" für die Steuerperiode 1.1. - 30.6.2011 besteuert (vgl. die Veranlagungen 2011 im Anhang zum erwähnten Ruling). Dies war nicht gesetzmässig, denn stille Reserven (hier enthalten in den IP-Rechten der C AG von rund Fr. 2,3 Mio. per Fusionsbilanz) werden bei Umstrukturierungen gemäss § 67 Abs. 1 StG (bzw. § 79 Abs. 1 des Thurgauer Gesetzes über die Staats- und Gemeindesteuern vom 14. September 1992) nicht besteuert, soweit die Steuerpflicht in der Schweiz fortbesteht und die bisher für die Gewinnsteuer massgeblichen Werte übernommen werden, welche letzteren Bedingungen hier unbestrittenermassen erfüllt sind. Diese Umstrukturierungsregel ist sodann an keinerlei Sperrfristen gebunden, weshalb die Realisation steuerneutral übertragener stiller Reserven nach der Umstrukturierung (hier Verkauf der IP-Rechte für rund Fr. 25 Mio.) auch keine Nachbesteuerung im Rahmen einer "Sondersteuer" nach sich ziehen kann (vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, § 67 N 45 f. StG). Selbstredend hat der Kanton Zürich in interkantonalen Besteuerungskonstellationen nur Rulings zu beachten, welchen er selber die Zustimmung erteilt hat; ansonsten hat er die Besteuerung für seine Belange nach den steuergesetzlichen Vorgaben und Regeln der interkantonalen Ausscheidungsregeln vorzunehmen. Kommt es in diesem Zusammenhang zur Doppelbesteuerung, löst sich der Konflikt nicht dadurch, indem der zweitveranlagende Kanton auf sein Besteuerungsrecht verzichtet, sondern hat gegebenenfalls letztlich das Bundesgericht zu entscheiden, wem dieses Recht zusteht.

c) Ist der Kapitalgewinn aus dem Verkauf von IP-Rechten nach Auflösung der C AG von der Pflichtigen (als Steuersubjekt mit Betriebsstätten in den Kantonen BE, ZH, VD und neu TG) erzielt worden, kann sich im Rahmen der durchzuführenden interkantonalen Steuerausscheidung gleichwohl die Frage stellen, ob Gründe dafür sprechen, diesen dem Kanton Thurgau zuzuweisen.

d) Nach einem feststehenden Grundsatz des interkantonalen Doppelbesteuerungsrechts sind bei interkantonalen Unternehmungen stets der Gesamtgewinn und das Gesamtkapital nach Quoten auf die Betriebsstättenkantone und den Hauptsitzkan-

ton aufzuteilen. Das bedeutet, dass die beteiligten Kantone insgesamt nicht mehr als 100% des Gesamtgewinns und -kapitals besteuern dürfen (Höhn/Mäusli, Interkantona-les Steuerrecht, 4. A., 2000, § 26 N 3 mit Hinweisen).

aa) Die den einzelnen Kantonen zustehenden Quoten können aufgrund der Buchhaltungen der einzelnen Betriebsstätten (direkte Methode) oder aufgrund von Hilfskriterien (indirekte Methode), d.h. nach Massgabe äusserer betrieblicher Merkmale wie Umsatz, Erwerbsfaktoren etc., bestimmt werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts verdient die direkt-quotenmässige Ermittlung aufgrund der Buchhaltungsergebnisse grundsätzlich den Vorzug gegenüber den indirekten Aufteilungsme-then. Die direkte Methode muss immer dann angewandt werden, wenn sie "in bes-serer und sicherer Weise als jene das Mass anzeigt, in welchem eine Betriebsstätte an der Erzielung des Gesamtgewinns mitgewirkt hat" (vgl. Höhn/Mäusli, § 26 N 12 mit Hinweisen). Notwendige Voraussetzung für die Anwendung der direkten Methode ist das Vorhandensein von getrennten Buchhaltungen der einzelnen Betriebsstätten. Sie verdient nach der Rechtsprechung dann den Vorzug, wenn die einzelnen Betriebe wie unabhängige Geschäfte arbeiten und der Erfolg der Betriebsstätten weniger von der Zentraleitung als von der örtlichen Leitung und den örtlichen Verhältnissen abhängt (vgl. etwa: BGr, 31. August 2004, StE 2005 A 24.44.3 Nr. 1 = StR 2005, 107). Diese letzteren Voraussetzungen sind häufig nicht erfüllt, weshalb in der Praxis die (subsidiä-re) Quotenermittlung nach Hilfsfaktoren sehr oft zur Anwendung kommt. Diese muss jedenfalls immer dann angewandt werden, wenn keine getrennten Buchhaltungen ge-führt werden, die als Grundlage für die direkte Methode geeignet sind. Ferner ist sie – auch bei vorhandenen getrennten Buchhaltungen – dann zu wählen, wenn die Be-triebsstätten nicht wie selbstständige Geschäfte arbeiten oder ihr Erfolg massgeblich durch die Tätigkeit der Zentraleitung beeinflusst wird (vgl. Höhn/Mäusli, § 26 N 13).

bb) Die Grundregel der Gewinnausscheidung geht dahin, den Gesamtgewinn der Unternehmung nach der Bedeutung, welche den einzelnen Betriebsstätten (inkl. Hauptsitz) für die Erzielung dieses Gewinns zukommt, auf die Betriebsstätten (inkl. Hauptsitz) aufzuteilen (Höhn/Mäusli, § 26 N 23). Ziel ist, unter Berücksichtigung der Verhältnisse des Einzelfalls einen Massstab zu finden, welcher die Bedeutung der Betriebsstätten im Rahmen des Gesamtunternehmens, d.h. ihren Anteil an der Erzie-lung des Gesamtertrags, am zuverlässigsten zum Ausdruck bringt (BGE 93 I 422 = Pra 57 Nr. 25 = StR 1968, 273).

cc) Wird die Bedeutung der einzelnen Betriebsstätten nach der indirekten Methode ermittelt, so kommen je nach Unternehmensart unterschiedliche Hilfsfaktoren zur Anwendung. Die am meisten verbreiteten Hilfsfaktoren sind der Umsatz und die Erwerbsfaktoren. Bei bestimmten Unternehmensarten sind andere Hilfsfaktoren massgebend, welche der Bedeutung der Betriebsstätten besser Rechnung tragen (Höhn/Mäusli, § 26 N 25).

aaa) Bei Handels- und Dienstleistungsunternehmen dient der in den Betriebsstätten und am Hauptsitz erzielte Umsatz als Schlüssel für die Ermittlung der Gewinnsteuerquoten (Höhn/Mäusli, § 26 N 35).

bbb) Bei Fabrikationsunternehmen wird der Gesamtgewinn im Verhältnis der Erwerbsfaktoren (Produktionsfaktoren) auf die Betriebsstätten aufgeteilt. Die Erwerbsfaktoren sind die Summe der Faktoren Kapital und Arbeit. Dabei besteht der Erwerbsfaktor Kapital aus den Betriebsstätten bei der Kapitalausscheidung zugewiesenen Aktiven (einschliesslich Beteiligungen) zuzüglich der mit 6% kapitalisierten Miete für gemietete Anlagen. Der Produktionsfaktor Arbeit ergibt sich daraus, dass die Saläre und Löhne für die in den einzelnen Betriebsstätten verrichtete Arbeit mit 10% kapitalisiert werden (Höhn/Mäusli, § 26 N 25 ff.).

ccc) Bei gemischten Unternehmen (Handel/Dienstleistungen sowie Fabrikation; z.B. Kleiderfabrik mit Detailhandelsgeschäften) ist dem Gesagten entsprechend auch bei der Gewinnaufteilung grundsätzlich eine Mischform anzuwenden und beispielsweise sowohl den Erwerbsfaktoren als auch dem Umsatz Rechnung zu tragen (vgl. Höhn/Mäusli, § 26 N 76 ff.).

ddd) Die Quotenermittlung nach der direkten oder indirekten Methode kann zu einem Ergebnis führen, welches der Tätigkeit der Zentraleitung und deren Einfluss auf das Geschäftsergebnis zu wenig Rechnung trägt, indem die für den Hauptsitz rechnerisch ermittelte Quote, gemessen an dessen Bedeutung für das Gesamtunternehmen, zu niedrig ausfällt. Das trifft namentlich bei der (indirekten) Aufteilung nach Umsätzen zu, weniger dagegen bei der Ausscheidung nach Erwerbsfaktoren. In den Fällen, in denen die Bedeutung des Hauptsitzes bei der Quotenermittlung zu wenig Berücksichtigung findet, ist dieser Bedeutung nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung durch Zuweisung eines Vorausanteils (Präzipuums) am Gewinn an den Hauptsitz Rechnung zu tragen. Der Vorausanteil ist somit "ein Korrekturfaktor, der dazu bestimmt ist, einen

Ausgleich zu schaffen, wo besondere Verhältnisse bei der ordentlichen Ausscheidung nicht genügend zur Geltung kommen" (BGr, 23. März 1955, in Locher/Locher, Die Praxis der Bundessteuern, III. Teil: Das interkantonale Doppelbesteuerungsrecht, Systematische Entscheidungssammlung, § 8, II C, 6 Nr. 27). Daraus folgt, dass die Zuweisung eines Vorausanteils stets eine Ermessensfrage ist, die nach Ermittlung der Quoten zu entscheiden ist, wobei das Ermessen in zweierlei Hinsicht zu betätigen ist. Erstens ist zu entscheiden, ob überhaupt ein Vorausanteil gerechtfertigt ist; zweitens ist die Höhe des Vorausanteils zu bestimmen.

e) aa) Die Pflichtige lässt rekursweise ausführen, die Besteuerung des Kapitalgewinns aus dem Verkauf von IP-Rechten durch den Kanton Zürich laufe dem Grundsatz, wonach die interkantonale Steuerauscheidung so vorzunehmen sei, dass die Bedeutung der Nebensteuerdomizile im Rahmen des Gesamtunternehmens möglichst zuverlässig abgebildet werde, diametral entgegen. Entscheidend sei in diesem Zusammenhang, dass sämtliche Aufwendungen, wie z.B. Personal- und Entwicklungskosten, welche sich im Verkehrswert der veräusserten IP-Rechte niedergeschlagen hätten, einzig im Kanton Thurgau angefallen seien. Es sei deshalb nicht nachvollziehbar, weshalb der nun angefallene Kapitalgewinn quotaal nach Umsätzen auch auf die übrigen Kantone ausgeschieden werden sollte, obwohl an den dortigen Standorten für die besagten IP-Rechte keine Mehrwerte erwirtschaftet worden seien. Damit würde die wirtschaftliche Bedeutung der Betriebsstätte der Pflichtigen im Kanton Thurgau nur ungenügend berücksichtigt, während den übrigen Steuerdomizilen überproportional viel Steuersubstrat zugewiesen würde. Ein sachgerechtes Ergebnis könne nur erzielt werden, wenn im Rahmen der Quotenermittlung zunächst der Kapitalgewinn aus der Veräusserung der IP-Rechte nach der direkten Methode der (neuen) Betriebsstätte im Kanton Thurgau zugeordnet werde und alsdann das restliche Betriebsergebnis – wie bis anhin – nach der indirekten Methode umsatzproportional auf die verschiedenen Kantone aufgeteilt werde. Im Ergebnis entspreche eine solche "gemischte Methode" denn auch ihrer Deklaration.

bb) Das kantonale Steueramt hält dem in der Rekursantwort entgegen, dass die Pflichtige seit ihrer Gründung bis und mit Steuerperiode 2010 immer den Gewinnausscheidungsmechanismus nach Umsatzanteilen gewählt habe. Auch in der Steuerperiode 2012 wolle sie diese Methode nach eigenen Angaben wieder anwenden. Wenn sie demzufolge einzig für die hier betroffene Steuerperiode 2011 die bisherige Methode "sistieren" wolle, sei dies systematisch kaum erklärbar. Unberücksichtigt bliebe etwa,

dass die C AG im letzten Geschäftsjahr vor der Fusion einen betrieblichen Verlust von 2,5 Mio. erwirtschaftet habe. Bei gleichbleibenden Umsatzzahlen werde aber der Kanton Thurgau aufgrund der aus der C AG hervorgegangenen Betriebsstätte künftig mit einem erheblichen Gewinn abgegolten (so mit rund Fr. 1 Mio. per 2012 bzw. 2,3 Mio. per 2013) und erhalte damit mehr Steuersubstrat als in früheren Jahren. Über die Zeit betrachtet sei die Anwendung der bisherigen Ausscheidungsmodalitäten für den Kanton Thurgau also durchaus vorteilhaft. Eine steuerpflichtige Person, welche eine Methodik selbst vorgeschlagen habe, müsse sich im Übrigen bei dieser Wahl behaften lassen. Ein ständiger Wechsel zwischen zwei Methoden, der offensichtlich nur darin gründe, Steuersubstrat zu verkürzen, lasse sich nicht rechtfertigen.

Die Anwendung der von der Pflichtigen verfochtenen gemischten Methode scheitere schliesslich auch daran, dass die Betriebsstätte im Kanton Thurgau nicht eine derartig andere Tätigkeit betreibe als die anderen Betriebsstandorte. In allen Geschäftsstellen würden letztlich Dienstleistungen erbracht, die – abstellend auf die aktenskundigen Erfolgsrechnungen 2011 – bezüglich ihrer Wertschöpfungsfaktoren (Arbeit und Kapital) absolut vergleichbar seien. Auch aus dieser Optik rechtfertige sich die Anwendung der "gemischten Ausscheidungsmethode" nur ein einziges Jahr nicht. Eine andere Betrachtung würde den Kanton Zürich benachteiligen. Der verfochtene Methodenwechsel beruhe im Übrigen nicht auf einer bewusst geplanten Massnahme, sondern stelle einen Versuch der Pflichtigen dar, nachträglich die nicht korrekte Zuteilung eines Steuerobjekts in den Kanton Thurgau zu rechtfertigen. Der Pflichtigen sei denn auch bekannt, dass ein Wechsel der Steuerausscheidungsmodalitäten – auch wenn nur für ein Jahr – mit den involvierten Kantonen abzusprechen gewesen wäre.

cc) Die Pflichtige lässt dazu replicando ausführen, es treffe zu, dass in der Vergangenheit die Steuerausscheidung im Einvernehmen mit allen beteiligten Kantonen basierend auf der indirekten Methode nach Umsätzen vorgenommen worden sei. Die Integration der C AG habe indes zu einem Sondereffekt geführt, welchem im Rahmen der Steuerdeklaration 2011 bzw. der Steuerausscheidung 2011 mit Blick auf die Herbeiführung einer sachgerechten Steuerteilung Rechnung zu tragen sei. Von einem ständigen Methodenwechsel könne nicht die Rede sein, denn bei der gemischten Methode handle es sich gar nicht um eine eigenständige Methode; vielmehr gehe es dabei um ein zweistufiges Vorgehen bei der Gewinnermittlung. Nicht haltbar sei sodann, der Anwendung der gemischten Methode entgegenzuhalten, dass die Betriebsstätte im Kanton Thurgau nicht eine derartig andere Tätigkeit wie die anderen Betriebsstätten

betreiben würde. Im vorinstanzlichen Auflageverfahren sei bereits dargelegt worden, dass die Thurgauer Betriebsstätte eine andere Geschäftstätigkeit als die übrigen Betriebsstätten ausübe. Namentlich sei im Schreiben vom 16. April 2014 ausgeführt worden, dass sich der Standort im Kanton Thurgau nach der Fusion der C AG mit der Pflichtigen vornehmlich zu einem Software Forschungs- und Entwicklungszentrum entwickelt habe, welcher für den internationalen Konzern gruppeninterne Dienstleistungen erbringe, womit ein von der Pflichtigen in weiten Teilen unabhängiger Standort vorliege. Eine Benachteiligung des Kantons Zürich sei nicht erkennbar.

f) aa) Unbestritten ist zunächst, dass die interkantonale Steuerauscheidung hier nicht über alle Betriebsstätten hinweg nach der direkten Methode vorgenommen werden kann, weil die Pflichtige nicht für alle Betriebsstätten eine separate Buchhaltung geführt hat. Allerdings erstellte sie für den Betriebsstandort im Kanton Thurgau sowie für den Gesamtbetrieb ohne diesen Betriebsstandort jeweils eine separate Jahresrechnung 2011.

bb) Unbestritten ist weiter, dass bis und mit Steuerperiode 2010 stets die indirekte Ausscheidungsmethode nach Umsätzen angewandt worden ist; dies offenbar im Einvernehmen mit den beteiligten Kantonen, wobei das Einvernehmen auch dahin ging, dass dem Sitzkanton Bern ein Präzipium von 5% und dem umsatzstärksten Kanton Zürich ein solches von 15% zugewiesen wird. Die Anwendung dieser Ausscheidungsmethode leuchtet (vergangenheitsbezogen) ein, weil die Pflichtige offenbar an den verschiedenen Standorten die gleiche Geschäftstätigkeit ausübte, welche schwerwiegend im Bereich IT-Dienstleistungen und IT-Vertrieb einzuordnen ist (gemäss ihrer Zweckbestimmung: Entwicklung von Software und deren Nutzungsüberlassung an Dritte auf dem Schweizer Markt, verbunden mit der Organisations- und Einsatzberatung sowie Vertrieb, Verpachtung und Vermietung von EDV-Anlagen), wobei sie letztlich als CH-Niederlassung der ausländischen Konzernmutter vorab deren eigene Softwarelösungen in der Schweiz implementiert, vertrieben und gewartet hat (vgl. nachfolgend lit. dd.ccc).

Tatsächlich ist nun per 2011 durch die Absorption der C AG aber eine Änderung der bestehenden Verhältnisse eingetreten, weshalb ohne weiteres auch die Frage nach der Änderung der Ausscheidungsmodalitäten gestellt werden darf. Wenn auch der Kapitalgewinn aus dem Verkauf von (aus der C AG stammenden) IP-Rechten durch den Kanton Thurgau zu Unrecht noch bei der C AG besteuert worden ist, so liegt

es gleichwohl auf der Hand, dass die Pflichtige die interkantonale Steuerausscheidung aufgrund der aufzulösenden versteuerten Reserven im Ergebnis auf den Restgewinn beschränkte, womit kein Raum für die Anwendung der von ihr nunmehr verfochtenen "gemischten Methode" verblieb. Ergab sich alsdann im Einschätzungsverfahren, dass der Kapitalgewinn im aufzuteilenden Gesamtgewinn der Pflichtigen zu verbleiben hat, kann der Letzteren nicht entgegengehalten werden, sie sei bei der gewählten Methode der Umsatzausscheidungsmethode zu behaften, betraf diese in der deklarierten Konstellation doch nur den besagten Restgewinn.

cc) Klarzustellen ist weiter, dass es sich bei der von der Pflichtigen verfochtenen "gemischten Ausscheidungsmethode" tatsächlich nicht um eine eigenständige Methode handelt, sondern um ein mehrstufiges oder mehrgleisiges Vorgehen, indem bei der Gewinnausscheidung verschiedene Methoden oder verschiedene Hilfsfaktoren zur Anwendung kommen. Gerechtfertigt ist ein solches Vorgehen seit jeher bei interkantonalen Unternehmungen, deren Steuerausscheidung nicht nach einem einzigen der üblichen Hilfskriterien erfolgen kann, weil etwa die einzelnen Betriebsteile einen wesentlich verschiedenen Charakter aufweisen. Ein typischer Anwendungsfall ist die gemischte Fabrikations- und Handelsunternehmung, welche die selbsthergestellten Produkte der gleichen Branche in Detailverkaufsstellen absetzt. In der (schon etwas älteren Literatur) werden in diesem Zusammenhang etwa die Beispiele der Kleiderfabrik mit Bekleidungsverkaufsgeschäften, der Schuhfabrik mit Schuhverkaufsläden oder der Möbelfabrik mit Möbelverkaufsgeschäften genannt (vgl. Höhn/Mäusli, § 26 N 71). Heutzutage sind Beispiele aus dem IT-Bereich ebenso naheliegend. Zu denken ist etwa an ein IT-Unternehmen, welches Software entwickelt, vertreibt und zudem wartet. Es liegt auf der Hand, dass – soweit diese Bereiche auf verschiedene Standorte verteilt sind (z.B. Entwicklungszentrum am Sitz, Vertrieb über Verkaufsfilialen, Wartung an einem Hotline-Standort) – eine Ausscheidung nicht allein nach dem Umsatz vorgenommen werden kann, wenn ein solcher nur an den Vertriebsstandorten generiert wird. Zu beurteilen hatte das Rekursgericht sodann auch schon ein Handelsunternehmen mit zahlreichen umsatzgenerierenden Verkaufsstellen und weiteren nicht umsatzgenerierenden Betriebseinheiten wie Produktionsstätten und Lager-/Logistikzentralen; dabei wurde ein gemischter Ausscheidungsschlüssel, welcher (nach der indirekten Methode) einerseits auf die Erwerbsfaktoren (Kapital und Arbeit) und andererseits auf den Umsatz abstellt, als sachgerecht eingestuft (vgl. StRK I, 31. August 2007, 1 ST.2007.161 + 162 = StE 2008 A 24.4 Nr. 2 = ZStP 2008, 1).

In der Praxis oft angewandt wird auch das Mischen der direkten und indirekten Methode, wenn beispielsweise Betriebsstätten in verschiedenen Sparten tätig sind und deshalb zunächst auf Basis der Betriebsstättenbuchhaltungen die Gewinne im Rahmen einer Grobausscheidung spartenmässig verteilt werden, ehe danach auf Basis der indirekten Methode eine weitere Verteilung der Spartengewinne z.B. nach Umsatz auf die spartenspezifischen Betriebsstätten erfolgt. Das Bundesgericht hat die Zulässigkeit einer solchen "gemischten Methode" schon mehrfach bestätigt; dies allerdings unter der Bedingung, dass im Rahmen der ersten Grobausscheidung nicht eine Betriebsstätte mit Verlust erfasst wird (vgl. zusammenfassend: BGer, 31. August 2004, StE 2005 A 24.44.3 Nr. 1, StR 2005 107).

Zu beantworten ist damit die Frage, ob in der hier streitigen Steuerperiode 2011 aufgrund der aus einer Umstrukturierung hervorgegangenen neuen Betriebsstätte im Kanton Thurgau Verhältnisse geschaffen worden sind, welche im soeben beschriebenen Sinn die Abkehr vom bisher rein umsatzbezogenen Ausscheidungsmodus nahelegen und wie – bejahendenfalls – eine sachgerechte Ausscheidung auszugestalten ist.

dd) Hervorgegangen ist die Betriebsstätte im Kanton Thurgau aus der C AG, deren statutarischer Zweck wie folgt lautete:

Entwicklung, Vertrieb und Wartung von Verfahrenskonzepten und Software, insbesondere zum Zwecke der Automatisierung und Optimierung der Nachschubplanung für Handel, Industrie- und Dienstleistungsunternehmen und generell zum Zwecke der Prognostizierung im Hinblick auf die Bedarfsplanung, sowie Erbringung von damit zusammenhängenden Dienstleistungen.

Allzu grosse Unterschiede zum bereits dargelegten statutarischen Zweck der Pflichtigen sind damit nicht auszumachen.

aaa) Im vorinstanzlichen Auflageverfahren, in welchem die Einsprachebehörde die verschiedenen Tätigkeiten der Betriebsstätte untersuchte, liess die Pflichtige im erwähnten Schreiben vom 16. April 2014 ausführen, dass die C AG zur Erfüllung des statutarischen Zwecks nicht nur über eine eigenständige Rechtsform (Aktiengesellschaft) verfügt habe, sondern ebenso über ein eigenes Management. Mit der Übernahme der C AG durch die Pflichtige seien alsdann die Managementfunktionen im

Kanton Thurgau sukzessive abgebaut worden. Nach der Fusion habe sich der Standort im Kanton Thurgau vornehmlich zu einem Forschungs- und Entwicklungszentrum entwickelt, welches nun für den internationalen Konzern gruppeninterne Dienstleistungen erbringe. Die Geschäftstätigkeit im Kanton Thurgau unterscheide sich damit von denjenigen der übrigen Standorte. Basierend auf diesem "Business Case" verfüge der thurgauer Standort über eine vom schweizerischen Stammhaus mehr oder weniger losgelöste Organisation. Dementsprechend rapportiere der Standort auch nicht an das schweizerische Stammhaus, sondern an die globale Konzern-Organisation, wobei die Rapportierungslinie von der konkreten Aufgabe abhängig sei. Selbstverständlich würden die Umsätze aus den Dienstleistungen an die globale Konzern-Organisation sowie die entsprechenden Kosten in das Jahresergebnis der Pflichtigen einfließen. Telefonisch liess die Pflichtige im Rahmen der Auflagebeantwortung der Steuerbehörde sodann noch mitteilen, dass die aus der C AG hervorgegangene Betriebsstätte im Kanton Thurgau nicht in ihrem Interesse betrieben werde; diese erbringe Dienstleistungen für ausländische Kunden und für Konzerngesellschaften. Mit der Fusion sei der Mutterkonzern einer Richtlinie gefolgt, welche besage, dass es in einem Land jeweils nur eine Ländergesellschaft geben dürfe. Die Betriebsstätte im Kanton Thurgau entwickle im Übrigen Software-Produkte, welche mit dem schweizerischen Stammhaus nichts gemein hätten. Der Einfluss der Geschäftsleitung der Pflichtigen auf den thurgauer Standort sei aus all diesen Gründen nur marginal (vgl. Telefonnotiz vom 20. März 2014).

bbb) Etwas mehr Angaben zur Geschäftstätigkeit der früheren C AG finden sich in der aktenkundigen C AG-Unternehmensbewertung, welche im Zusammenhang mit der Fusion erstellt worden ist (vgl. Anhang zum Software/IP Purchasing Agreement zwischen der Pflichtigen und der ausländischen Konzernmutter). In dieser wird festgehalten, dass die 1996 gegründete und seit 2006 an der Frankfurter Wertpapierbörse kotierte C AG, welche mit Tochter- bzw. Vertriebsgesellschaften in Deutschland, in der Slowakei und in den Vereinigten Staaten über 100 Mitarbeitende beschäftige, auf die Entwicklung von Bestell- und Prognosesoftware spezialisiert sei. Als Technologieführer entwickle sie innovative Softwaresysteme für ein hocheffizientes IT-gesteuertes Warennachschubmanagement in Handel und Industrie. Mit automatischen Prognose- und Bestellsystemen würden Lagerbestände optimiert und somit Lagerkosten gesenkt; weiter würden Präsenzlücken nach kurzer Zeit verringert und der Umsatz gesteigert. Der Unternehmensbewertung lässt sich weiter entnehmen, dass die C AG ihre Umsätze in

den Sparten Lizenzen (30.6%), Wartung (57.1%) und Dienstleistungen (12.3%) erzielte (Prozentangaben per 2010).

ccc) Ein weiteres im Zusammenhang mit der Fusion erstelltes aktenkundiges Dokument betreffend die Bewertung der C AG-Aktien enthält sodann aufschlussreiche Aussagen zur von der ausländischen Konzernmutter vorgegebenen Eingliederung der C AG in die schweizerischen bzw. internationale Konzernstruktur ("Report prepared by corporate development on the evaluation of the assets of former C AG AG in the context of their transfer from A AG, Switzerland to various companies of the Group as of December 31, 2011 and January 1, 2012").

Einleitend wird darin erwähnt, die C AG entwickle, verkaufe und implementiere Softwarelösungen im Bereich des automatisierten Bestellwesens ("software solutions for automated ordering that optimize a wider range of logistics processes"). Daran anschliessend wird auf die Besonderheit der C AG-Softwarelösungen sowie insbesondere auch des diesbezüglichen Vertriebs hingewiesen, indem die C AG einerseits Dauerlizenzen (perpetual licenses) selber verkaufe und andererseits zwischen C AG und dem ausländischen Mutterhaus ein weltweites OEM-Agreement (Original – Equipment – Manufacturer – Agreement) bestehe, welches dem Mutterhaus das Recht gebe, die C AG-Produkte und C AG-IP-Rechte gegen entsprechende Nutzungshonorare (royalty fees) in die hauseigenen Softwarelösungen zu integrieren.

Weiter wird festgehalten, dass die Eingliederung der C AG in den internationalen Konzern den Verkauf der drei ausländischen (C AG-)Tochtergesellschaften an die entsprechenden Ländergesellschaften des internationalen Konzerns, den Verkauf von (C AG-)Support-Verträgen an verschiedene Konzerngesellschaften sowie den Verkauf von (C AG-)IP-Rechten und des (C AG-)OEM-Vertrags an die ausländische Konzernmutter umfasse. Der Wert der IP-Rechte und des OEM-Vertrags wird dabei gesamthaft auf Fr. 25'271'037.- beziffert; es handelt sich dabei also um den hier streitigen Erlös aus Immaterialgüterrechtsverkauf.

Dem Dokument lässt sich schliesslich auch entnehmen, dass die ausländische Konzernmutter ihre hauseigenen Software-Produkte über das weltweite Netzwerk von lokalen Tochtergesellschaften (wie also die Pflichtige) vertreibt. Dabei wird auch darauf hingewiesen, dass die ausländische Konzernmutter Eigentümerin der Software-

technologie und des geistigen Eigentums bleibe und verantwortlich dafür sei, bestehende Software zu erweitern/verbessern und neue Software zu entwickeln.

ddd) Aus alledem lässt sich für den vorliegenden Fall Folgendes ableiten:

aaaa) Das Geschäftsjahr 2011 war für die Pflichtige ein spezielles Jahr, indem sie im Rahmen der von der ausländischen Konzernmutter vorgegebenen Zielvorgabe (nur eine Tochtergesellschaft pro Land; vollständige Eingliederung der seit 2009 beherrschten C AG) die C AG zu absorbieren hatte. Weil jene Tochtergesellschaft eigenständige hochspezialisierte Softwarelösungen im Bereich Warennachschubmanagement entwickelt hatte und für deren Produkte auch eine eigene Vertriebslösung galt, beabsichtigte das ausländische Mutterhaus diese "Besonderheiten" (IP-Rechte an der C AG-Software und Wert des OEM-Agreements) mit Blick auf die vollständige Eingliederung dieser ehemaligen Schweizer Gesellschaft in den internationalen Konzern käuflich zu erwerben. All dies deutet darauf hin, dass nach Umsetzung dieser Absichten per Ende 2011 (also nach dem Verkauf der Immaterialgüterrechte an das ausländische Mutterhaus) dem Standort im Kanton Thurgau in Bezug auf die von der C AG entwickelte Software im Spezialbereich des Warennachschubmanagement und den damit in Zusammenhang stehenden Einnahmequellen (Verkauf von Dauerlizenzen und Nutzungshonorare aus dem OEM-Agreement) kaum mehr Bedeutung zukam; mit dem Verkauf wurden die besagten C AG-Besonderheiten gewissermassen ins ausländische Mutterhaus bzw. in deren Software-Umgebung überführt. Im Internet finden sich denn auch Berichte aus dem Zeitraum Ende 2011/Anfang 2012, wonach die der ausländische Konzern die thurgauer C AG nach dem Kauf der Aktienmehrheit per 2009 nunmehr ganz übernommen habe und das gesamte Spektrum der ehemaligen C AG-Lösungen in ihre hauseigene Software einbinden wolle. Auszugehen ist deshalb zunächst davon, dass die Betriebsstätte im Kanton Thurgau ab 2012 nicht mehr die gleiche Geschäftstätigkeit ausübte wie zuvor die C AG.

bbbb) Den Details der Geschäftstätigkeit der Betriebsstätte im Kanton Thurgau nach dem Verkauf der aus der C AG stammenden IP-Rechte an das ausländische Mutterhaus per 31. Dezember 2011 ist hier allerdings nicht weiter nachzugehen, denn hier geht es allein um das Fusionsjahr 2011; die Frage, ob die neue Geschäftstätigkeit inskünftig im Rahmen der interkantonalen Steuerauscheidung mit der indirekten Auscheidungsmethode über den Umsatz vereinbar ist, wovon die Pflichtige ausgeht (dies

wohl zu Recht; vgl. nachfolgend lit. eeee), wird in der Steuerperiode 2012 zu beantworten sein.

cccc) Die IP-Rechte (einschliesslich Wert des OEM-Vertrags), welche das ausländische Mutterhaus per Ende 2011 von der Pflichtigen erworben hat, entstammen nach dem Gesagten der C AG bzw. den von dieser bei der Fusion in die Pflichtige übertragenen immateriellen Vermögenswerten. Ein Bezug der Pflichtigen zu diesen Vermögenswerten besteht unter dem Aspekt der Wertschöpfung folglich nicht; ihr Bezug ist letztlich allein buchhalterischer Natur. So hat die Pflichtige die (C AG)-Vermögenswerte im Rahmen der Fusion zum Buchwert von rund Fr. 2,3 Mio. in ihre Bilanz gestellt; beim Verkauf per Ende Jahr für rund Fr. 25 Mio. wurden damit von der C AG steuerneutral in die Pflichtige übertragene stille Reserven von rund Fr. 23 Mio. realisiert.

Die frühere Geschäftstätigkeit der C AG wurde im Kanton Thurgau in jedem Fall bis Ende August 2011 aufrecht erhalten, wurde doch der Fusionsvertrag erst zu diesem Zeitpunkt abgeschlossen (rückwirkend auf den 30. Juni). Naheliegend ist sodann, dass auch nach Abschluss des Fusionsvertrags am neuen Betriebsstandort im Kanton Thurgau die C AG-Geschäfte noch bis Ende Jahr fortgeführt worden sind, d.h. bis zur Übertragung der IP-Rechte an das ausländische Mutterhaus; dies unter Beibehaltung der C AG-Infrastruktur und mit dem von der C AG übernommenen Personal. Letztlich ging es bei dieser Geschäftstätigkeit bis Ende Jahr vorab um die Umsetzung der vollständigen Eingliederung des ehemaligen Thurgauer Technologieunternehmens C AG in den internationalen Konzern, welche mit dem Verkauf der IP-Rechte an das ausländische Mutterhaus ihren Abschluss fand (vgl. Organigramm "Situation after IP transfer" auf Seite 5 des erwähnten Reports).

Damit ergibt sich, dass sich die Geschäftstätigkeit der Betriebsstätte im Kanton Thurgau im hier allein massgeblichen 2. Halbjahr 2011 von der angestammten, auf die hauseigene Software des ausländischen Mutterhauses ausgerichteten Geschäftstätigkeit der Pflichtigen unterschieden hat. Mit der Letzteren hatte die Betriebsstätte im Kanton Thurgau zu dieser Zeit kaum noch etwas zu tun. Umgekehrt übernahm die Pflichtige auch nicht die angestammten Geschäftstätigkeiten der C AG; diese sind – diktiert vom ausländischen Mutterhaus und begleitet durch die Betriebsstätte im Kanton Thurgau – vielmehr ausgelaufen, bis schliesslich Ende Jahr der IP-Transfer vollzogen wurde.

dddd) Bei dieser Sachlage sprechen tatsächlich gute Gründe dafür, im speziellen Geschäftsjahr 2011 den ausserordentlichen Kapitalgewinn aus dem IP-Transfer von der Betriebsstätte im Kanton Thurgau zur ausländischen Konzernmutter dem Kanton Thurgau zuzuweisen. Dabei geht es nicht um eine objektmässige Ausscheidung, sondern vielmehr darum, dass die verkauften C AG-spezifischen IP-Rechte allein mit der Geschäftstätigkeit am thurgauer Standort in Zusammenhang stehen und dort auch generiert worden sind. Wären diese IP-Rechte nicht an das ausländische Mutterhaus verkauft worden, wären sie in den kommenden Jahren wohl weiterhin im Kanton Thurgau genutzt worden, womit dort auch weiterhin entsprechende Einnahmen (ausserhalb der angestammten Geschäftstätigkeit der Pflichtigen) generiert worden wären; gewissermassen wurde der künftige Nutzwert der von der C AG erschaffenen IP-Rechte nun mit einer Einmalentschädigung des ausländischen Mutterhauses abgegolten, weshalb es nicht sachgerecht erscheint, die übrigen Betriebsstättenstandorte im Rahmen der Steuerauscheidung im Fusionsjahr an diesem "ausserordentlichen Gewinn" partizipieren zu lassen.

Sachgerecht erscheint damit zunächst eine Ausscheidung, bei welcher der Gesamtgewinn der Pflichtigen vorab in den (ausserordentlichen) Gewinn aus dem Verkauf der IP-Rechte und den Restgewinn aus dem üblichen Geschäftsgang unterteilt wird. Damit gilt es noch den gerechten Verteilschlüssel für die beiden Teilgewinne zu finden.

eeee) Der Kapitalgewinn aus dem Verkauf der C AG-spezifischen IP-Rechte ist nach dem Gesagten allein dem Kanton Thurgau zuzuteilen; weil die Betriebsstandorte in Bern, Waadt und Zürich mit diesem nichts zu tun haben, sind die entsprechenden Betriebsstättenkantone daran nicht zu beteiligen und zwar auch nicht im Rahmen des Präzipuums.

ffff) Was den Restgewinn betrifft, will die Pflichtige diesen nach dem Umsatz der einzelnen Betriebsstätten auf alle Betriebsstättenkantone verteilt wissen; dies unter Zuweisung eines 5%-Präzipuums an den Sitzkanton Bern und eines 15%-Präzipuums an den Kanton Zürich. Diese Methode gelangte vor dem Hintergrund der angestammten Geschäftstätigkeit der Pflichtigen (also ohne C AG-Bereich) im Einvernehmen mit den beteiligten Kantonen schon bisher zur Anwendung.

Hiergegen lässt sich nun einwenden, dass nach dem Gesagten der Standort im Kanton Thurgau mit dem angestammten Geschäft der Schweizer Niederlassung des internationalen Konzerns zumindest im 2. Halbjahr ebenfalls noch kaum etwas zu tun hatte und er mithin aus Gründen der Konsequenz am Restgewinn auch nicht partizipieren sollte.

In diese Richtung geht zumindest teilweise auch das Argument der Vorinstanz, wonach der Kanton Thurgau inskünftig nunmehr auch am Gewinn der Pflichtigen partizipiere, nachdem am thurgauer Standort in der Vergangenheit vorab Verluste geschrieben worden seien. Was freilich den Ausgleich dieser vergangenheitsbezogenen Verluste am Standort Thurgau anbelangt, erfolgt dieser mit der gefundenen Lösung durch Belassen des Kapitalgewinns aus dem IP-Rechte-Verkauf im Kanton Thurgau; dieser Verkauf brachte nachträglich den Ertrag der in den Verlustjahren erarbeiteten, jedoch noch nicht realisierten IP-Rechte und gehört infolgedessen sachgerecht zum Standort im Kanton Thurgau. Nichts damit zu tun hat demgegenüber die Frage, ob es sich ausscheidungsrechtlich rechtfertigen lässt, den thurgauer Standort schon per 2011 (und in den Folgejahren) umsatzproportional am Gesamtgewinn der Pflichtigen aus herkömmlichem Geschäftsgang partizipieren zu lassen. In Bezug auf die Folgejahre ist – wie erwähnt – hier darüber nicht zu befinden, wenngleich erkennbar ist, dass in der thurgauer Betriebsstätte auch Dienstleistungsertrag erzielt wird (gemäss der Pflichtigen für konzernintern erbrachte Leistungen) und von daher prima vista gute Gründe für eine umsatzproportionale Ausscheidung sprechen. Das hier streitige Fusionsjahr 2011 ist jedoch auch unter diesem Blickwinkel ein spezielles:

Der allein für den thurgauer Standort erstellten separaten Betriebsstätten-Jahresrechnung 2011 ist zu entnehmen, dass dort im Rahmen von ordentlichen Erträgen (also ohne die ausserordentlichen Erträge insb. aus dem Verkauf der IP-Rechte) Nettoverkaufserlöse von rund Fr. 12 Mio. verbucht worden sind; mit diesem Umsatz bzw. dem daraus resultierenden Ausscheidungsschlüssel (entsprechend 1.73% des Gesamtumsatzes der Pflichtigen) will die Pflichtige den Kanton Thurgau am Restgewinn beteiligt wissen, was mit einem Gewinnanteil von gut Fr. 1 Mio. verbunden wäre. Der Blick in die separate Jahresrechnung zeigt nun aber, dass am Standort Thurgau der ordentliche Aufwand den ordentlichen Ertrag überstiegen hat; ohne die ausserordentlichen Erträge (insb. aus dem Verkauf der IP-Rechte) resultierte im Geschäftsjahr 2011 (Halbjahr) ein Betriebsverlust von gegen Fr. 1 Mio. Dies ist bei den übrigen Standorten nicht der Fall, indem dort dem ordentlichen Betriebsertrag von rund

Fr. 694 Mio. ein ordentlicher Betriebsaufwand von rund Fr. 555 Mio. gegenübersteht und so ein Betriebsgewinn von rund Fr. 130 Mio. verbleibt. Dass am thurgauer Standort per 2011 aus dem ordentlichen Geschäft ein Betriebsverlust resultiert, hängt nahe-liegenderweise damit zusammen, dass nach dem Gesagten dort vorab noch der aus-laufenden Geschäftstätigkeit der C AG bzw. der Umsetzung der Eingliederung der C AG in den internationalen Konzern nachzugehen war und der diesbezügliche Ertrag dann eben ausserordentlicher Natur war. Aus diesem Grund erscheint es aber gerech-tfertigt, den thurgauer Standort nicht umsatzproportional am Restgewinn partizipieren zu lassen, würde doch dabei dem Aufwand dieses Steuerorts nicht Rechnung getra-gen, welcher diesen Umsatz überstiegen hat und sachlogisch aber grösstenteils den ausserordentlichen Erträgen zuzuordnen ist. Im Restgewinn sind damit konsequenter-weise aber auch die Nettoerträge der Betriebsstätte im Kanton Thurgau ausserhalb des streitigen Kapitalgewinns zu eliminieren bzw. ist letztlich das gesamte im Kanton Thurgau ausgewiesene Jahresergebnis (Verlust aus ordentlichem Geschäft von rund Fr. 800'000.- + Finanzertrag rund 1,7 Mio. + Gewinne aus Verkauf von Anlagevermö- gen, Beteiligungen und IP-Rechten von rund Fr. 26 Mio. = Gewinn von rund Fr. 22,6 Mio.) im Kanton Thurgau zu belassen.

Im Ergebnis führt dies dazu, dass der von der Pflichtigen ausgewiesene Ge- samtgewinn zunächst nach der direkten Methode auf den Standortkanton Thurgau einerseits und die Standortkantone Bern, Waadt und Zürich andererseits aufzuteilen ist; abzustellen ist dabei auf die separaten Jahresrechnungen 2011 für den Standort im Kanton Thurgau und die Standorte in der Restschweiz. Der Gewinnanteil der Kantone Bern, Waadt und Zürich ist alsdann nach der indirekten Methode auf Basis des Stand- ortumsatzes zu bestimmen.

4. a) Unter Berücksichtigung der anzupassenden Gewinnaufrechnung wegen ungenügender Darlehensverzinsung (Ziff. 2) sowie der anzupassenden interkantonalen Gewinnausscheidung (Ziff. 3), errechnet sich der im Kanton Zürich steuerbare Gewinn wie folgt:

	(Fr.)
Gewinn gemäss Erfolgsrechnung ohne TG	79'722'728.-
Aufrechnung "embedded derivative" (unbestritten)	1'778'707.-
Aufrechnung Zinserträge korrigiert	2'289'475.-
Gewinn ohne TG korrigiert	83'790'911.-
ImmobilienGewinn UK (unbestritten)	-1'853'185.-
Gewinn BE/VD/ZH	81'937'726.-
Präzipuum ZH 15%	-12'290'659.-
Präzipuum BE 5%	-4'096'886.-
Gewinn ohne Präzipuum	65'550'181.-
Anteil ZH (77.6896%)	50'925'675.-
Präzipuum ZH	12'290'659.-
steuerbarer Gewinn ZH	63'216'332.-
Steuersatz	8%

b) Ein Beteiligungsabzug im Sinn von § 72 StG ist der Pflichtigen bei diesem Ergebnis nicht zuzugestehen. Der deklarierte Beteiligungsertrag von Fr. 750'310.- entstammt den C AG-Tochtergesellschaften im Ausland, welche im Rahmen der Eingliederung der C AG in den internationalen Konzern per Ende 2011 an die entsprechenden Ländergesellschaften veräussert worden sind (vgl. Steuererklärung BE 2011, Einlageblatt 13). Die diesbezüglich per 2011 noch vereinnahmten Beteiligungserträge sind dementsprechend der Betriebsstätte im Kanton Thurgau zuzurechnen, weshalb ein Beteiligungsabzug in Bezug auf die Besteuerung des Restgewinns durch die Kantone Bern, Waadt und Zürich nicht in Frage kommt bzw. der Kanton Thurgau den Beteiligungsabzug zu berücksichtigen hat.

5. Nach alledem ist der Rekurs teilweise gutzuheissen. Ausgangsgemäss sind die Verfahrenskosten den Parteien anteilmässig aufzuerlegen (§ 151 Abs. 1 StG). Eine Parteientschädigung wurde von der Pflichtigen nicht verlangt.

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. Der Rekurs wird teilweise gutgeheissen. Die Rekurrentin wird für die Steuerperiode 1.1.2011 - 31.12.2011 mit einem steuerbaren Reingewinn von Fr. 63'216'300.- (Gewinnsteuersatz 8%) und einem steuerbaren Eigenkapital von Fr. 5'105'000.- (Kapitalsteuersatz 0,75‰) eingeschätzt.

[...]