



Entscheid

26. März 2019

Mitwirkend:

Abteilungspräsident Walter Balsiger, Steuerrichter Michael Ochsner, Ersatzrichter
Oliver Untersander und Gerichtsschreiber Hans Heinrich Knüsli

In Sachen

A AG

vormals B AG,
Steuergemeinde C,

vertreten durch RA Dr.iur. D,
E und RA lic.iur. F,

**Beschwerdeführerin/
Rekurrentin,**

gegen

1. **Schweizerische Eidgenossenschaft,**

2. **Staat Zürich,**

Beschwerdegegnerin,

Rekursgegner,

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

betreffend

**Direkte Bundessteuer 1.1. - 31.12.2006, 1.1. - 31.12.2007, 1.1. - 31.12.2008 und
1.1. - 31.12.2009 sowie Staats- und Gemeindesteuern 1.1. - 31.12.2006,
1.1. - 31.12.2007, 1.1. - 31.12.2008 und 1.1. - 31.12.2009**

hat sich ergeben:

A. A AG, vormals B AG (nachfolgend die Pflichtige), bezweckte gemäss Handelsregistereintrag der streitbetroffenen Jahre (2006 bis 2009) die Vermögensverwaltung, Anlageberatung und damit zusammenhängende administrative Dienstleistungen sowie die Beteiligung an Unternehmen ähnlicher Art. Im Jahr 2016 firmierte sich die Pflichtige in A um. In der streitbetroffenen Periode hatte die Pflichtige ihren Sitz in C. Die Mehrheit der Aktien an der Pflichtigen wurde damals indirekt über Holdinggesellschaften (G AG bzw. H AG) von I und J gehalten (je 46.15%), die auch während der fraglichen Zeit dem Verwaltungsrat angehörten bzw. Mitglieder der Geschäftsleitung waren. Beide verfügen über langjährige und ausgewiesene Erfahrung in der Vermögensverwaltung.

Während der streitbetroffenen Jahre erbrachte die Pflichtige praktisch ausschliesslich Beratungsdienstleistungen für die K Ltd. (Guernsey), eine zu 100% beherrschte Tochtergesellschaft der Pflichtigen, die als Fondleitungsgesellschaft der Eigen-Fonds der damaligen B-Gruppe operierte. Daneben erbrachte sie auch Dritten Beratungsdienstleistungen, nämlich der Bank L (Guernsey). Letztere war eine 100%-ige Tochtergesellschaft der Bank M AG, die am 26. Januar 2007 mit der N AG fusionierte, welche im Zuge der Fusion ihre Firma in O AG änderte. Ebenso wurde die Bank L im Zuge dieser Fusion umfirmiert in P (Guernsey) Ltd. Diese Gesellschaft operierte wie die K als Fondleitungsgesellschaft der ursprünglich von der Bank M aufgesetzten Fonds. Sowohl die Eigenfonds der B-Gruppe sowie diejenigen der Bank M sind sog. Umbrella-Fonds, d.h. Anlagefonds, die ihrerseits in erster Linie in Anlagefonds investieren (Funds-of-Funds-Strukturen). Sowohl die Eigen-Fonds als auch die Fonds der Bank M investieren dabei insbesondere in Hedge Fonds, die sog. alternative Investments tätigen und aufgrund ihrer Finanzierungsstruktur besonderen Risiken unterliegen. In den jeweiligen Prospekten wird denn auch jeweils auf die Möglichkeit eines Totalverlusts hingewiesen. Die Fonds selber sind nach dem Recht von Guernsey als sog. "Unit Trusts" organisiert.

Die Beratungstätigkeit der Pflichtigen gegenüber der K sind in "Investment Adviser's Agreements" für die jeweiligen Eigenfonds geregelt, wobei diese im Herbst 2007 mit Wirkung ab dem 1. Oktober 2007 durch neue "Investment Adviser's Agree-

ments" ersetzt wurden. Die Pflichtige erhielt für ihre Beratungstätigkeit gemäss den bis zum 30. September 2007 gültigen Vereinbarungen eine Beratungsgebühr ("Advisory Fee") in Höhe von 0.4% von den "Assets under Management" ("AuM"). Eine Performance-Gebühr war nicht vorgesehen. Ab dem 1. Oktober 2007 setzte sich die Entschädigung aus einer Beratungsgebühr von 0.3% (Advisory Fee) sowie einer Performance-Gebühr von 5% zusammen, wobei sich die "Hurdle Rate" je nach Anlagefonds zwischen 0% und 4% bewegte. Die K ihrerseits erhielt von den jeweiligen Fonds eine Vermögensverwaltungsgebühr zwischen 1.5% und 1.8% und Performance-Gebühren von 10%, bei gleichen Hurdle Rates.

Gegenüber der Bank L war die Beratungstätigkeit der Pflichtigen ebenfalls in "Investment Adviser's Agreements" geregelt, die mit den Vereinbarungen mit der K in Wortlaut praktisch identisch sind. In den jeweiligen Verträgen sind Beratungsgebühren von 0.3% und Performance-Gebühren von 5%, bei Hurdle Rates zwischen 0% und 2%, vorgesehen. Die Bank L ihrerseits erhielt von den Fonds Vermögensverwaltungsgebühren zwischen 1.5% und 1.8% sowie Performance-Gebühren von 10%, bei gleichen Hurdle Rates.

B. Für die Jahre 2006 bis 2009 führte das Kantonale Steueramt vom 13. - 15. Juni 2012 eine Buchprüfung bei der Pflichtigen durch. Anlässlich dieser Prüfung führte das Kantonale Steueramt eine Funktions- und Risikoanalyse durch und kam zum Schluss, dass die K lediglich Routinefunktionen im Bereich der Fondsadministration ausübe, zumal die K lokal über kein qualifiziertes Personal verfüge, welches tatsächlich Anlageentscheide treffe bzw. die entsprechende Verantwortung dafür tragen könne. Es erachtete deshalb die vereinbarten Entschädigungen für die Beratungsdienstleistungen als zu tief und nahm substantielle Korrekturen am Transferpreis vor. Für die Ermittlung des Transferpreises ging es dabei dergestalt vor, dass es zunächst den konsolidierten Betriebsgewinn der Pflichtigen und der K ermittelte und den Gewinnanteil der K mit 20% der eigenen Kosten festsetzte (zuzüglich Finanzergebnis). Daraus ergab sich umgekehrt der (verbliebene) Gewinnanteil, den die Pflichtige hätte erzielen müssen, und nahm eine entsprechende Korrektur des Verrechnungspreises vor (Erhöhung Verrechnungspreis um Fr. 27'121'580.- [2006], Fr. 21'422'006.- [2007], Fr. 11'033'695.- [2008] und Fr. 6'100'593.- [2009]). Diese Form der Ermittlung des Verrechnungspreises bezeichnete das Steueramt als Restgewinnaufteilungsmethode (re-

sidual profit split-Methode). Die Korrektur der Steuer-Faktoren ihrerseits erfolgte technisch dadurch, dass die Dividenden der K nicht als Dividenden (mit Berechtigung zum Beteiligungsabzugs), sondern als ordentliches Geschäftseinkommen umqualifiziert wurden. Beispielhaft sei die Steuerperiode 2006 angeführt: Hier vereinnahmte die Pflichtige eine Dividende von Fr. 30 Mio., wovon das Steueramt – basierend auf der beschriebenen Methodik – lediglich Fr. 2'878'420.- als Dividende (mit Berechtigung zum Beteiligungsabzug) qualifizierte; der Rest wurde in betriebliches Einkommen umqualifiziert. Mit Verfügungen vom 29. April 2012 wurde die Pflichtige für die Perioden 2006 bis 2009 für die direkte Bundessteuer und die Staats- und Gemeindesteuern entsprechend veranlagt bzw. eingeschätzt.

C. Die hiergegen erhobenen Einsprachen, mit welchen die Pflichtige die Rückgängigmachung der Korrekturen verlangte, wurden vom Kantonalen Steueramt mit Entscheiden vom 8. Juli 2015 insoweit gutheissen, als es im Umfang der Aufrechnungen die Steuerrückstellungen der Pflichtigen in der Steuerbilanz entsprechend erhöhte (mit iterativer Berechnung) und dadurch die durch die Aufrechnungen ausgelösten Steuern bei Gewinn und Kapital steuermindernd berücksichtigte.

Die Steuerfaktoren lauteten wie folgt:

Direkte Bundessteuer

Steuerperiode 01.01.2006 - 31.12.2006

Steuerbarer Reingewinn	Fr.	21'652'400.-
Beteiligungsabzug		12.629%
Eigenkapital per 31.12.2006	Fr.	0
Steuerbetrag	Fr.	1'608'023.-

Steuerperiode 01.01.2007 - 31.12.2007

Steuerbarer Reingewinn	Fr.	15'823'000.-
Beteiligungsabzug		0.000%
Eigenkapital per 31.12.2007	Fr.	0
Steuerbetrag	Fr.	1'344'955.-

Steuerperiode 01.01.2008 - 31.12.2008

Steuerbarer Reingewinn	Fr.	7'669'900.-
Beteiligungsabzug		29.412%
Eigenkapital per 31.12.2008	Fr.	0
Steuerbetrag	Fr.	460'192.-

Steuerperiode 01.01.2009 - 31.12.2009

Steuerbarer Reingewinn	Fr.	2'598'500.-
Beteiligungsabzug		10.946%
Eigenkapital per 31.12.2009	Fr.	0
Steuerbetrag	Fr.	196'695.-

Staats- und Gemeindesteuern

Steuerperiode 01.01.2006 - 31.12.2006

Steuerbarer Reingewinn	Fr.	21'652'400.-
Beteiligungsabzug		12.629%
Steuerbares Kapital	Fr.	400'000.-

Steuerperiode 01.01.2007 - 31.12.2007

Steuerbarer Reingewinn	Fr.	15'823'000.-
Beteiligungsabzug		0.000%
Steuerbares Kapital	Fr.	400'000.-

Steuerperiode 01.01.2008 - 31.12.2008

Steuerbarer Reingewinn	Fr.	7'669'900.-
Beteiligungsabzug		29.412%
Steuerbares Kapital	Fr.	400'000.-

Steuerperiode 01.01.2009 - 31.12.2009

Steuerbarer Reingewinn	Fr.	2'598'500.-
Beteiligungsabzug		10.946%
Steuerbares Kapital	Fr.	400'000.-

D. Hiergegen erhob die Pflichtige am 7. August 2015 Rekurs bzw. Beschwerde und wiederholte im Wesentlichen die Begehren in der Einspracheschrift. Inhaltlich verlangte die Pflichtige, die Entschädigungen gegenüber Bank L seien als (interne) Vergleichspreise anzuerkennen, weshalb sich nur für die Perioden 2006 und 2007 eine Korrektur ergebe. In diesen Perioden wurden 0.4% verrechnet (anstatt 0.3%), aber ohne Beteiligung an den Performance-Gebühren (5% gemäss Vereinbarungen mit Bank L). Das kantonale Steueramt und die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) schlossen mit Vernehmlassungen vom 11. September 2015 bzw. 18. November 2015 auf Abweisung der Rechtsmittel.

Im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels hielten die Parteien an ihren Standpunkten fest.

Mit Präsidialverfügung vom 26. April 2016 wurde die Einholung eines Gutachtens zur Bestimmung der im Streit liegenden Verrechnungspreise angeordnet. Mit weiterer Präsidialverfügung vom 16. Mai 2018 wurde die Anordnung widerrufen bzw. als gegenstandslos erklärt, nachdem der eingesetzte Experte kurz zuvor wegen eines Interessenskonflikts in den Ausstand getreten war.

Mit Auflage vom 2. August 2018 wurde die Pflichtige zur Einreichung weiterer Unterlagen aufgefordert. Dem kam sie mit Eingabe vom 19. September 2018 nach. Das kantonale Steueramt liess sich dazu nicht vernehmen.

Auf die Parteivorbringen und die Ergebnisse der Untersuchungen wird – soweit rechtserheblich – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Die Kammer zieht in Erwägung:

1. a) Streitpunkt ist vorliegend die Höhe des Verrechnungspreises, den die Pflichtige für ihre Leistungen an ihre Tochtergesellschaft in Rechnung gestellt hat. Nach Ansicht des Steueramts ist dieser substantiell zu tief, woraus auch ersichtlich ist, dass vorliegend nicht eine eigentliche verdeckte Gewinnausschüttung (in Form einer Gewinnvorwegnahme) im Raum steht, sondern verdeckte Kapitaleinlagen: Sollte die Sichtweise des Steueramts zutreffen, erbrachte die Pflichtige ihrer Tochtergesellschaft verdeckte Kapitaleinlagen durch Gewinnverzicht, d.h. durch zu tiefe Rechnungsstellung für von ihr erbrachte Dienstleistungen.

Darüber, wie es sich bei verdeckten Kapitaleinlagen gewinnsteuerrechtlich und beteiligungsabzugsrechtlich verhält, bestehen verschiedene Lehrmeinungen; auch die Praxis hierzu ist nicht restlos geklärt. Diese Fragen müssen vorliegend indes nicht abschliessend beurteilt werden, da das Vorgehen des Steueramts – sollte dessen Standpunkt betreffend Korrektur des Verrechnungspreises zutreffen – im Ergebnis

nicht zu beanstanden ist. In den Steuerperioden 2006, 2008 und 2009 überstieg die jeweils aus der Tochtergesellschaft vereinnahmte Dividende die Verrechnungspreis-Korrektur, und im Betrag der Korrektur erfolgte eine Umqualifikation der Dividende in Betriebsgewinn. Der überschüssende Teil wurde als Dividende behandelt mit Berechtigung zum Beteiligungsabzug. Im Steuerjahr 2007 hingegen war die Dividende um Fr. 1'522'006.- tiefer als die Verrechnungspreis-Korrektur. Das Steueramt qualifizierte in diesem Jahr die gesamte Dividende als Betriebsgewinn, im Umfang von Fr. 1'522'006.- nahm es eine weitere Aufrechnung unter dem Titel "verdeckte Kapitaleinlage" vor. Es hat dadurch mit anderen Worten die verdeckte Kapitaleinlage gewinnsteuerlich abgerechnet, gleichzeitig hat es in diesem Betrag die Gewinnsteuerwerte erhöht und im Kapital eine versteuerte stille Reserve erfasst. Es folgte dadurch im Ergebnis der Sichtweise von Brühlsauer/Mühlemann (in Zweifel/Beusch/Matteoti (Hg.): Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, 3.A., Basel 2017, Art. 58 Rz. 490), wonach bei verdeckten Kapitaleinlagen in ausländische Tochtergesellschaften eine gewinnsteuerliche Abrechnung zu erfolgen hat. Dies im Gegensatz zur "Gestehungskosten-Lösung", die von der Lehre zumindest im innerstaatlichen Verhältnis überwiegend vertreten wird. Ob eine gewinnsteuerliche Abrechnung verdeckter Einlagen in ausländische Tochtergesellschaften in jedem Fall zu erfolgen hat, muss hier wie erwähnt nicht abschliessend geklärt werden. Das Vorgehen des Steueramts ist zumindest im vorliegenden Fall nicht zu beanstanden: Das Steueramt hat letztlich die Korrekturen konsistent vorgenommen, und durch die Erhöhung des Gewinnsteuerwerts ist auch sichergestellt, dass es nicht zu einer "Überbesteuerung" von Betriebsgewinnen kommen kann. Zudem hat auch die Pflichtige die Methodik an sich nicht in Frage gestellt. Ob die Rechtsgrundlage hierfür – nach Ansicht der ESTV – im Umstrukturierungs-Kreisschreiben vom 1. Juni 2004, Ziffer 4.4.1.2.1 - Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG bzw. § 64 Abs. 3 StG ist, kann schliesslich ebenfalls offen bleiben: Auch die beiden genannten Bestimmungen bemessen die Realisationsgewinne nach den Methodiken wie für die verdeckten Gewinnausschüttungen, nämlich nach dem Drittvergleichsprinzip. Mithin ist vorliegend zu prüfen, ob, und wenn ja, in welchem Umfang eine Verrechnungspreis-Korrektur zu erfolgen hat.

b) Die Schweizer Steuergesetze enthalten kein explizites Verrechnungspreis-Recht, wie dies mittlerweile viele Steuerordnungen kennen. Die Verrechnungspreis-Problematik wird in der Schweiz über das Rechtsinstitut der verdeckten Gewinnausschüttung (oder wie hier: der verdeckten Kapitaleinlage) erfasst, in Form eigentlicher

verdeckter Gewinnausschüttungen (z.B. Bezahlung überhöhter Preise an einen Nahestehenden) sowie Gewinnvorwegnahmen (Verzicht auf Gewinn/Einnahmen gegenüber Nahestehenden). Es kommen mithin die allgemeinen Normen des Unternehmenssteuerrechts, insbesondere Art. 58 Abs. 1 Ziff. 2 lit. b des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (DBG) bzw. § 64 Abs. 1 Ziff. 2 lit. e des Steuergesetzes vom 8. Juni 1997 (StG) zur Anwendung, wonach "verdeckte Gewinnausschüttungen" dem Saldo der Erfolgsrechnung hinzugerechnet werden.

c) In seiner Rechtsprechung zu den verdeckten Gewinnausschüttungen folgt das Bundesgericht seit jeher dem sog. "at arm's length-Standard", d.h. dem Drittvergleichsprinzip. Spätestens seit seinem Bellatrix-Entscheid ist es eine Rechtsprechung, die dem Drittvergleichs-Konzept folgt, verstanden als einem Ist-Konzept (keine Soll-Besteuerung). Gefragt wird danach, welchen Preis unabhängige Dritte in einer Marktsituation vereinbart hätten. Auf die verdeckten Gewinnausschüttungen übersetzt, liegen solche nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts vor, wenn ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht, dieses Missverhältnis in der Aktionärsstellung begründet ist und das Missverhältnis den Organen erkennbar war (BGer, 29. Mai 2012 = StE 2012 B 72.22 Nr. 17 = StR 2012, 600).

d) In der Grundkonzeption – nämlich der Anwendung des Drittvergleichsprinzips – entspricht die bundesgerichtliche Rechtsprechung praktisch vollständig den Grundsätzen, wie sie in den Verrechnungspreis-Richtlinien der OECD seit ihrer Entstehung im Jahr 1995 enthalten sind. Schon das Musterabkommen 1977 folgte seit jeher streng dem Drittvergleichsprinzip, im Gegensatz etwa zum UN-Musterabkommen und dessen Richtlinien, welche teilweise Regelungen vorsehen, die klar dem Drittvergleichsprinzip widersprechen.

Die OECD-Verrechnungspreis-Richtlinien sind vom Rang her identisch mit dem OECD-Kommentar zum Musterabkommen, von dessen Kommentierung zu Art. 9 sie sozusagen der ausgegliederte Verrechnungspreis-Teil sind. Sie haben, wie der Kommentar selber, keine direkte normative Kraft in der Schweiz, können aber als Auslegungshilfen herangezogen werden, was das Bundesgericht bei der Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen regelmässig macht (siehe die Verweise bei Matteotti/Krenger, in Zweifel/Beusch/Matteotti (Hg.): Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Internationales Steuerrecht, Basel 2015, Einleitung Rz. 163 ff.). Sie können aber

auch als Auslegungshilfe für das unilaterale Aussensteuerrecht der Schweiz herangezogen werden, hier für die Auslegung von Art. 58 DBG und § 64 StG. Es spricht viel dafür, auch im vorliegenden Fall die OECD-Verrechnungspreis-Richtlinien für die streitige Frage heranzuziehen, sind es doch vor allem technische Regeln, die das Drittvergleichsprinzip für Steuerpflichtige und Behörden vollziehbar machen sollen. Die vorliegende Verrechnungspreis-Frage ist deshalb – wie es beide Parteien verlangen – nach den OECD-Richtlinien und den darin vorgesehenen Methodiken zu entscheiden.

e) Die Parteien sind sich zwar im Grundsatz einig, nämlich dass die OECD-Richtlinien anzuwenden sind, die Pflichtige verfährt aber, es seien ausschliesslich die Richtlinien des Jahres 1995 anzuwenden, was aus ihrer Sicht Auswirkungen auf die anzuwendende Methode habe. Zur zeitlichen Komponente der Richtlinien sowie deren Verhältnis zum innerstaatlichen Recht sei das sei Folgendes festgehalten:

aa) Vorliegend geht es um die Anwendung des innerstaatlichen Aussensteuerrechts, und die OECD-Richtlinien, egal welchen Jahrgangs, schreiben dem Rechtsanwender, letztlich den Steuergerichten, nicht vor, wie der Inhalt dieser Normen sein soll. Für die innerstaatlichen Regeln sind vielmehr nur diejenigen OECD-Regeln zu übernehmen (im Sinne einer "Auslegungshilfe"), die auch und vor allem den "Schweizer Drittvergleichs-Test" bestehen. So sind z.B. die Regeln zu "Location Savings" der Kommentars-Änderung aus dem Jahr 2015 (OECD-Verrechnungspreis-Richtlinien 2017, Rz. 1.139 ff.) Regeln, die dem Drittvergleichsprinzip eher widersprechen und man sich fragen kann, ob sie ohne weiteres übernommen werden sollen. Dies bedeutet nicht, dass die Regeln gerade zu den "Location Savings" nicht auch in der Schweiz verbindlich sein können: In einem Abkommenskontext kann sich ein steuerpflichtiges Unternehmen darauf berufen. Die Grundlage dafür ist dann aber das (den Steueranspruch der Schweiz eingrenzende) Staatsvertragsrecht. Umgekehrt ist es wie erwähnt sachgerecht, die OECD-Richtlinien so umfassend wie möglich auch für die Auslegung des unilateralen Aussensteuerrecht heranzuziehen, da diese Regeln eine konsistente Methodenlehre enthalten, wie Verrechnungspreise zwischen verbundenen Unternehmen zu bestimmen sind, wenn dem Drittvergleichsprinzip gefolgt werden soll.

bb) An diesem Umstand ändert auch das Kreisschreiben Nr. 4 der ESTV vom 19. März 2004 betreffend Besteuerung von Dienstleistungsgesellschaften nichts. Das Kreisschreiben ist lediglich eine behördliche Verlautbarung, wie die Behörde das Ge-

setz bzw. dessen Inhalt verstanden wissen will, ohne dass dies die Steuergerichte binden würde. Es kann deshalb auch entgegen der Ansicht der Pflichtigen offen bleiben, ob dieser "Verweis" der ESTV auf die (damaligen) OECD-Richtlinien ein statischer oder dynamischer Verweis ist. Zuzustimmen ist dem Ansatz der ESTV wie erwähnt durchaus: Die "Implementierung" abkommensrechtlicher Regeln in das innerstaatliche Aussensteuerrecht verhindert – sozusagen durch Gleichschaltung – unnötige Unterschiede zwischen innerstaatlichem Recht und Abkommensrecht.

2. a) Die Verrechnungspreis-Methodik der OECD-Richtlinien ist im Wesentlichen ein zweistufiger Prozess. In einem ersten Schritt wird die Transaktion ermittelt ("establishing the transaction"), im zweiten Schritt wird die Transaktion bewertet ("pricing the transaction"). Der erste Schritt betrifft alleine den Sachverhalt, welcher über die sog. Funktionsanalyse ermittelt wird. Hierzu werden die ausgeübten Funktionen ("functions performed", die übernommenen Risiken ("risk assumed") und die hierzu eingesetzten Wirtschaftsgüter ("assets used") lokalisiert und den involvierten Unternehmen zugeordnet. Diese Zuordnung ermöglicht in der Folge zu bestimmen, welches Unternehmen welchem Unternehmen welche Leistung erbringt. Denn nur wenn feststeht, welche Leistung erbracht wurde, kann der zweite Schritt, das Ermitteln des Verrechnungspreises, erfolgen ("Bepreisung"). Die Funktionsanalyse ermittelt und lokalisiert mithin die Funktionen (nicht-Routine- und Routine Funktionen), was bei Produktionsbetrieben einfach ist (Ort der Fabrik). Bei vielen wertschöpfenden Funktionen aber, bei denen eine lokale Zuordnung nicht offensichtlich ist (z.B. das Erschaffen von Immaterialgüterrechten), erfolgt die Zuordnung über die natürliche Person: Funktionen werden dort zugeordnet, wo die natürlichen Personen, welche die entsprechenden Funktionen ausüben, physisch anwesend sind. Der gleiche Anknüpfungspunkt, nämlich über die natürliche Person, besteht bei der Zuordnung der Risiken. Risiken werden dort lokalisiert, wo die Personen, welche die entsprechenden Entscheide treffen, anwesend sind. Denn es sind immer Entscheide von Personen, welche Risiken begründen ("risk follows function"). Es sind die Entscheidungsträger ("risk-taking persons") bzw. der Ort, wo sich diese Personen aufhalten, wo die Risiken lokalisiert werden.

Die einzelnen Schritte der Funktions- und Risikoanalyse hat die OECD im Jahr 2015 überarbeitet und detailliert(er) geregelt. Unter dem Titel "accurately delineating the actual transaction" (OECD-Verrechnungspreis-Richtlinien 2017, Rz. 1.33 ff.)

hat die OECD die Regeln verfeinert, wie man die *tatsächliche* Transaktion ermittelt. Oder anders ausgedrückt: Die OECD will die Verrechnungspreise anhand von Leistungen, wie sie tatsächlich erbracht wurden ("actual transaction"), bewerten, und nicht wie Leistungen in schriftlichen Verträgen der verbundenen Parteien zum Ausdruck kommen. Diese Regeln sind zwar erst in der Überarbeitung 2015 detaillierter formuliert worden, sind aber schon in den Richtlinien von 1995 angelegt. Auf jeden Fall entsprechen diese neu ausformulierten Regeln seit jeher den Grundsätzen, wie sie das Bundesgericht innerstaatlich anwendet. Klarer Ausdruck hiervon ist die doppelbesteuerungsrechtliche Rechtsprechung zu Briefkastengesellschaften. Hier teilt das Bundesgericht seit jeher die Besteuerungsbefugnis demjenigen Kanton zu, wo die Gesellschaft über tatsächliche Substanz verfügt (zuletzt BGr, 1. Februar 2019, 2C_627/2017, E. 2.3.6). Nichts anderes erfolgt in der Funktionsanalyse: Es wird ermittelt, wo die Funktionen tatsächlich ausgeübt werden, wer welche Risiken tatsächlich trägt und wer welche betrieblichen Vermögenswerte tatsächlich einsetzt.

Der zweite Schritt betrifft die "Bepreisung". Auch dieser Schritt ist letztlich eine Sachverhaltsfrage (Bestimmung des Preises), der Prozess ist aber mit zahlreichen Wertungen durchsetzt, die in den Methodologien der Richtlinien zum Ausdruck kommen. Es müssen die angemessenste Methode ermittelt ("most appropriate method"), allenfalls die "tested party" bestimmt, die Vergleichspreise ("comparables") definiert (intern/extern) sowie ermittelt und schliesslich die gewählte Methode korrekt umgesetzt werden.

b) Das Steueramt hat das Geschäftsmodell der Pflichtigen richtig wiedergegeben: Im Vermögensverwaltungsgeschäft, wie es die Pflichtige betreibt, sind die werttreibenden Funktionen zum einen die Mittelbeschaffung (Akquisition von Investoren, die gewillt sind, in den entsprechenden Fonds zu investieren). Die Beschaffung von Investoren-Gelder schafft erst die Grundlage für Einkommen für die Pflichtige. Zum anderen ist es das eigentliche Portfolio-Management, d.h. die Evaluierung und Auswahl der Investments sowie schliesslich der Entscheid, ein Investment zu machen. Mit dem Portfolio-Management untrennbar verbunden ist die laufende Überwachung der Investments, denn nur diese erlaubt zu entscheiden, ob, und wenn ja, wann ein Investment abgestossen werden soll (Exit).

c) Das Steueramt hat eine Bücherrevision durchgeführt, es wurden zahlreiche Unterlagen (Protokolle, Offering Memorandum und dgl.) zu den Akten gegeben. Aufлагeweise wurden zusätzliche Unterlagen eingefordert und es wurden Verhandlungen zwischen Steueramt und der Pflichtigen durchgeführt. Nach diesen Abklärungen kam das Steueramt in seiner Funktions- und Risikoanalyse zum Ergebnis, dass sämtliche wertschöpfenden Funktionen in der Schweiz ausgeübt wurden, nämlich durch die beiden Schweizer Fonds-Promotoren J und I sowie die Angestellten der Pflichtigen, dass die Risiken ebenfalls bei der Pflichtigen zu lokalisieren sind und dass die K lediglich Routine-Funktionen im Zusammenhang mit der Fonds-Administration ausgeübt hat.

Diesen sachverhaltsmässigen Feststellungen kann sich das Steuerrekursgericht vollumfänglich anschliessen. Auch für das Steuerrekursgericht ist sachverhaltsmässig erstellt, dass sämtliche wertschöpfenden Funktionen von der Pflichtigen ausgeübt wurden und dass die entsprechenden Risiken ebenfalls bei der Pflichtigen zu lokalisieren sind, während die K lediglich Administrations-Aufgaben im Zusammenhang mit der Fonds-Administration und dem "Unterhalt" der Investitionsgefässe (Stellen von Board-Mitgliedern/Directors, Verantwortung für gesellschaftsrechtliche Compliance und dgl.) wahrgenommen hat. Der Sachverhalt ist diesbezüglich praktisch identisch mit dem im Entscheid des Steuerrekursgerichts vom 21. August 2018 (1 DB 2014.208 und 1 ST.2014.262). Zu den einzelnen Vorbringen:

aa) Zusammengefasst bringt das Steueramt vor, das Investment Committee in Q habe die Anlageentscheide nur formal-zivilrechtlich gefällt, während die Pflichtige diese "faktisch-tatsächlich" getroffen habe; eigentliche Entscheidträger seien die Personen der Pflichtigen vor Ort gewesen, welche die Anlageentscheide gefällt hätten. Hauptargument des Steueramts ist, dass auf Guernsey keine natürlichen Personen arbeiten, welche die entsprechenden Fachkenntnisse als Vermögensverwalter im Hedge-Fonds-bereich haben. Diese Sicht teilt das Gericht. Das Investment Committee ist zu keinem Zeitpunkt mit Personen besetzt gewesen, welche die Fähigkeiten eines Vermögensverwalters gehabt hätten. Das Investment Committee war nach Angaben der Pflichtigen bis Ende 2009 zunächst ein "externes", welches aus Personen von R bestand (u.a. S und T). Wie den Lebensläufen in den Prospekten entnommen werden kann, sind dies Mitarbeiter verschiedener Stufen von R, ein auf Fondsdienstleistungen spezialisierter Service Provider vor Ort. Dass diese Personen die Endverantwortung über die Anlageentscheide getragen haben sollen, wirkt nicht nur abwegig, sondern

widerspricht letztlich auch den in den Prospekten dargestellten Zuständigkeiten: Es sind die Eigentümer und Angestellten der Pflichtigen, welche als board of directors der K, der formellen Fondsleitung bzw. "Managerin", und als Investment Advisors der Managerin die Geschicke der Anlagen lenken und bestimmen. Dem entspricht, dass für die gesamte Zeit dieses externen Investment Committees keinerlei Dokumentation zu den angeblich gefassten Anlageentscheiden vorliegt.

bb) Im September 2009 wurde das externe durch ein internes Investment Committee ersetzt, welches mit den Herren T und U besetzt wurde. U war auch Verwaltungsrat (director) der K und arbeitete hauptberuflich als Anwalt bei der Kanzlei V in Guernsey. Das "Standing" dieser Person ist zwar gegenüber den Personen des Service Providers durchaus höher einzustufen, ändert aber am Grundsachverhalt nichts: Auch er ist kein Umbrellafonds-Vermögensverwalter mit Spezialisierung in asiatischen Märkten, sondern ein Anwalt, der anwaltliche Dienstleistungen gegenüber seinen Klienten aus der Fondsbranche erbringt.

cc) Nichts anderes lässt sich aus den eingereichten Protokollen und Rückfragen der Committee-Mitglieder ableiten: Offenbar wurden die Entscheidbeschlüsse ab Herbst 2009 des Investment Committees erstmals protokolliert. Die Pflichtige hat zudem Emailverkehr für die Zeit ab Herbst 2009 eingereicht, worin Rückfragen/Stellungnahmen der Committee Mitglieder erfolgten. Für die Zeit vor dem Herbst 2009 bestehen weder protokollierte Beschlüsse noch entsprechender Email-Austausch. Dass keinerlei Dokumentation vorliegt, räumt die Pflichtige selbst ein, sie will den ab Herbst 2009 dokumentierten Zustand "generell" aber auch als Zustand von 2006 bis 2009 verstanden wissen. Dass eine derartige Kommunikation in der Zeit des "externen" Investment Committee stattgefunden haben soll, scheint unwahrscheinlich, kann letztlich aber offenbleiben: Selbst wenn Committee Mitglieder – neben der formellen Beschlussfassung – aktiv an der Diskussion teilnehmen und Fragen zu Investmentvorschlägen stellen, macht sie dies nicht zum Entscheidträger, unabhängig davon, wie kritisch oder fundiert solche Fragen sind. Die Entscheidverantwortung verbleibt bei der Pflichtigen, aus einem einfachen Grund. Nur sie hat die Kenntnisse und Fähigkeiten, Anlage-Entscheide dieser Art zu treffen. So sind denn auch keine Beschlüsse dokumentiert, die einen Vorschlag definitiv ablehnen würden. Ebenso musste sich das "Investment Committee" nie eigenständig für einen aus mehreren Anlagevorschlägen entscheiden. Was die konkreten Stellungnahmen und Rückfragen betrifft (welche aber

erst ab Herbst 2009 vorliegen), so hält das Steueramt zu Recht fest, dass diese weitgehend formaler oder allgemeiner Natur waren. Es sind letztlich Diskussionsbeiträge, die – in der Verrechnungspreis-Terminologie – keinen werttreibenden Charakter haben.

dd) Das eben Gesagte gilt gleichsam für die Marketing- und Vertriebsfunktionen, was hier vor allem Pflege der bestehenden Investoren und die Gewinnung von Neuinvestoren bedeutet. Wie den im Recht liegenden Stellenbeschreibungen entnommen werden kann, wurden die Vertriebsfunktionen ausschliesslich durch Mitarbeiter der Pflichtigen wahrgenommen; die Pflichtige selber spricht von 180 bis 200 Stellenprozenten, welche den Bereich Marketing/Vertrieb abdecken. Sie macht in diesem Zusammenhang denn auch lediglich geltend, dass im vorliegenden Fall die Funktionen Marketing und Vertrieb nicht von Bedeutung gewesen seien, da die W nicht im Privatkundengeschäft vertrieben werden, sondern mehrheitlich über Bankinstitute sowie andere Finanzintermediäre, wo persönliche Beziehung nicht besonders wichtig seien. Ob dies tatsächlich zutrifft, kann hier offen bleiben. Ob die Anstrengungen für den Vertrieb (bzw. Mittelbeschaffung im weitesten Sinne) aufwendig sind oder nicht, ändert nichts an der werttreibenden Funktion der Mittelbeschaffung für einen Vermögensverwalter: Sie schafft erst die Grundlage seines Geschäftsmodells. Schliesslich bringt die Pflichtige vor, die Marketing- und Vertriebsfunktionen oblagen stets K, welche mit den Finanzinstituten und anderen Finanzintermediären zusammenarbeitete und diesen zur Förderung des Fondsvolumens Bestandespflegekommissionen und Retrozessionen auszahlte. Dies ist, soweit ersichtlich, die einzige Beschreibung der Pflichtigen zu den Marketing- und Vertriebsfunktionen, welche in Guernsey wahrgenommen worden sein sollen, ändert am Befund aber nichts: Dass Personen in Guernsey mit bestehenden oder potentiellen Investoren Gespräche führten, deren Fragen zur Anlagestrategie oder dgl. beantworteten etc., wird selbst von der Pflichtigen nicht vorgebracht.

ee) Weiter bringt die Pflichtige vor, dass die beiden Committee Mitglieder bzw. deren Arbeitgeber (die Anwaltskanzlei V bzw. R) erhebliche Entschädigungen erhalten hätten, die dem Fond direkt belastet wurden. Diesbezüglich hält das Steueramt zu Recht fest, dass durch anderweitige Dienstleistungen der Unternehmen der Committee Mitglieder, deren Kosten zudem direkt den Fonds (und damit letztlich den Anlegern) belastet werden, keine Substanz zugunsten K begründet wird. Schliesslich hinterfragt die Pflichtige die operativen Ergebnisse der beiden Gesellschaften, welche das Steu-

eramt ermittelt hat und woraus sich für die Pflichtige operative Verluste in Millionenhöhe ergeben. Hier wird im Wesentlichen vorgebracht, diese seien auf die ausserordentlichen Boni der beiden Eigentümer J und I entfallen, welche herauszurechnen seien. Was die Pflichtige mit diesen Ausführungen bezweckt, ist nicht ersichtlich. Sie behauptet zu Recht nicht, die Saläre seien nicht marktkonform gewesen, sondern sie führt aus, die Boni seien aufgrund des Gesamtergebnisses, insbesondere einschliesslich der Dividenden der K, ermittelt worden. Diese Dividenden sind aber nichts anderes als der buchmässige Zufluss des operativen Ergebnisses der K. Wenn die B-Gruppe die Boni aufgrund des Gesamtergebnisses bemisst, wie es auch gemacht wurde, bedeutet dies nichts anderes, als dass die Pflichtige Lohnaufwand zugunsten der Tochtergesellschaft getragen hat, ohne diesen der K (zumindest anteilig) weiter zu belasten.

ff) Gegen die Risiko-Allokation des Steueramts bringt die Pflichtige vor, dass die Prämien für die Haftpflichtversicherung, welche die Risiken sowohl für die Pflichtige als auch für die K abdeckten, zu 95% durch die K getragen wurden. Folglich habe die K auch erheblich grössere Risiken getragen als die Pflichtige. Diese Vorbringen verkennen, dass die steuerrechtliche Risiko-Allokation den Funktionen bzw. den Personen, welche diese Funktionen tatsächlich ausüben, folgt. Massgebend ist nicht, wie ein allfälliges Risiko formal-vertraglich zugeteilt wird oder wie sich ein Risiko in den Büchern abbildet (z.B. durch höhere oder tiefere Einnahmen). Dass der grösste Teil der Prämien letztlich in den Büchern der K verbucht wurde, d.h. von ihr "getragen" wurde, ist nur das Abbild (bzw. die Fortsetzung) des vertraglichen Konstrukts, welches die Pflichtige gewählt hat. Da der grösste Teil der Einnahmen formal von der K vereinahmt wurde, ist eine Aufteilung der Prämien, welche sich an den jeweiligen Einnahmen orientiert, formal und buchhalterisch praktisch vorgegeben. Es ist aber wie erwähnt nicht das buchhalterische Abbild von Kosten, welches die Risiken zuteilt, sondern der Ort, wo sich die "risk-taker" aufhalten. Gleich verhält es sich mit den Ausführungen der Pflichtigen zum Eigenkapital der K. Dieses ist – unter Ausklammerung der jeweiligen Dividenden – beachtlich, weil sie den Hauptteil der Vermögensverwaltungsgebühren in ihren Büchern hatte. Sie hatte also durchaus die "financial capacity to bear the risk", nicht aber die "capacity to control the risk" (OECD-Verrechnungspreis-Richtlinien 2017 Rz. 1.86 ff.). Beide Voraussetzungen müssen aber erfüllt sein, damit steuerrechtlich eine entsprechende Risikoallokation gemacht wird. Von der Grundkonstellation entspricht der vorliegende Fall dem Beispiel 2 im Anhang zu Kapitel VI der

OECD-Verrechnungspreis-Richtlinien 2017, worin dieselbe Risikoallokation wie vorliegend gemacht wird.

gg) Weiter stellt die Pflichtige in Abrede, dass der Kundenstamm der Pflichtigen zuzuordnen wäre. Der Kundenstamm oder Goodwill ist, das wird auch von der Pflichtigen nicht in Abrede gestellt, das bedeutendste Wirtschaftsgut, welche die B-Gruppe in ihrem Geschäftsmodell "einsetzt" ("assets used"). Materielle Wirtschaftsgüter werden ebenfalls eingesetzt (Büroinfrastruktur), als reiner Dienstleister ist der immaterielle Goodwill aber das eigentliche Haupt-Wirtschaftsgut, welches der Tätigkeit der Pflichtigen unterliegt. Weshalb dieser der K zuzuordnen sein soll, ist dabei nicht ersichtlich. Was für Immaterialgüterrechte ("intellectual property") gilt, gilt gleichsam für den Goodwill: Er ist derjenigen Gruppengesellschaft zuzuordnen, welche diesen erschaffen hat. Und dies ist ausschliesslich die Pflichtige, welche diesen mit den Eigentümern der B-Gruppe als deren Angestellten sowie den übrigen Mitarbeitern erschaffen hat.

hh) Zusammenfassend ergibt sich: Die Funktionsanalyse (samt Risikoanalyse und Zuordnung der eingesetzten Wirtschaftsgüter) hat das Steueramt korrekt vorgenommen und die richtigen Schlüsse gezogen: Die Pflichtige ist nicht bloss Investment Adviser, sondern der eigentliche Investment-Manager, der alle wertschöpfenden Funktionen ausübt und die entsprechenden Risiken trägt, während K lediglich als formelles Vollzugsorgan der von der Pflichtigen getroffenen Anlage-Entscheide wirkte und daneben Routinefunktionen im Bereich der Fondsadministration wahrnahm. In die Sprache der Verrechnungspreis-Richtlinien übersetzt, bedeutet dies: Die Pflichtige ist der Entrepreneur, und nicht K, wie es die Investment Adviser's Agreements dem Wortlaut nach vorgeben.

Wenn vorliegend abweichend vom vertraglichen Wortlaut die Vertragsbeziehung aufgrund des tatsächlich gelebten Vertragsinhalts gewürdigt wird, ist dies nicht eine Anwendung des Instituts der Steuerumgehung. Bei einer Steuerumgehung wird ein tatsächlich erfolgter und in ein bestimmtes zivilrechtliches Rechtskleid gegossener Vorgang die steuerliche Anerkennung verweigert und die Steuerfolgen anhand eines fingierten, steuerlich „korrekten“ Sachverhalts bestimmt. Hier verhält es sich anders: Das zivile Rechtskleid bildet nicht den tatsächlichen Vorgang ab, sondern Rechtskleid und Sachverhalt klaffen auseinander.

3. a) Ist die Funktions- und Risikoanalyse erstellt, folgt in einem zweiten Schritt die Bestimmung des Verrechnungspreises. Aufgrund der Funktionsanalyse steht auf sachverhältnismässiger Ebene auch fest, welche Leistungen zu bepreisen sind: Es sind umfassende Vermögensverwaltungs-Leistungen und nicht bloss *Vermögensberatungs*-Leistungen, welche die Pflichtige der K erbracht hat und angemessen zu entschädigen sind. Man kann das Resultat der Funktionsanalyse auch umgekehrt formulieren: Die Pflichtige als Vermögensverwalterin hätte die volle Vermögensverwaltungs-Gebühren von den Fonds erhalten sollen, während K ihre Routine-Dienstleistung der Pflichtigen entsprechend hätte verrechnen müssen. Es sind dies spiegelbildliche Sichtweisen, die letztlich durch den von der Pflichtigen vorgenommen Set-Up verursacht wurden: Anstatt dass der Entrepreneur, hier die Pflichtige, die Gebühren vom Fonds erhält und K Rechnung stellt für ihre Administrations-Dienstleistungen, wurde die Sache umgedreht: K wurde formell zum Entrepreneur und die Pflichtige zum risiko-armen Dienstleister gemacht.

b) Die Pflichtige verlangt, die Preisbestimmung sei nach der sog. Preisvergleichsmethode vorzunehmen ("comparable uncontrolled price method", CUP-Methode) und begründet dies unter anderem damit, dass die OECD-Verrechnungspreisrichtlinien aus dem Jahre 1995 anzuwenden seien, welche zudem die Preisvergleichsmethode klar favorisiere. Sie will insbesondere neuere Versionen der Richtlinien nicht berücksichtigt wissen, da diese aus Jahren stammen, die nach den hier streitbetroffenen Jahren liegen.

Es ist zutreffend, dass die Richtlinien die Preisvergleichsmethode favorisieren, und zwar nicht nur die Richtlinien aus dem Jahr 1995, sondern auch diejenige aus dem Jahr 2010. Dies gilt – zumindest im Grundsatz – auch unter den aktuellsten Richtlinien (OECD-Verrechnungspreis-Richtlinien 2017 Rz. 2.1 ff., insbesondere Rz. 2.3), wobei aber die Gewinnmethoden aufgewertet wurden. Es ist aber keine feste Hierarchie, sondern auch die Richtlinien lassen andere Methoden zu, wenn diese ein Ergebnis produzieren, welches "more reliable" ist. Es kommt hierin ein jeder Verrechnungspreis-Analyse zugrunde liegendes Prinzip zum Ausdruck: Es ist jeweils die angemessenste Methode ("most appropriate method") auszuwählen, welche die verlässlichsten Ergebnisse hervorbringt. Als weiteres Prinzip für die Methodenwahl gilt, dass nach Möglichkeit die Verrechnungspreis-Bestimmung bei demjenigen Unternehmen anknüpfen soll-

te, welches am wenigsten komplex ("least complex") ist. Für die hier vorliegende Frage der Methodenwahl ist es mithin unerheblich, welche Richtlinien zugrunde zu legen sind: Die entsprechenden Methoden und Prinzipien für die Bewertungen haben sich im Grundsatz nicht geändert, und auch schon die Richtlinien aus dem Jahre 1995 gaben der Vergleichspreismethode nur dann den Vorrang, wenn diese verlässlich angewendet werden kann. Nichts anderes halten im Ergebnis die von der Pflichtigen mit Duplik eingereichten Rechtsgutachten fest. Auch diese wiederholen im Ergebnis nur die eben gemachten Ausführungen: Die Preisvergleichsmethode wird zwar grundsätzlich favorisiert, kommt aber nur zur Anwendung, wenn sie verlässliche Ergebnisse produziert.

c) Die Pflichtige verlangt die Anwendung der Preisvergleichsmethode basierend auf internen Vergleichspreisen ("internal comparable"). Dies im Gegensatz zum Entscheid des Steuerrekursgerichts vom 21. August 2018 (1 DB 2014.208 und 1 ST.2014.262), in welchem die Anwendung der Preisvergleichsmethode aufgrund von externen Vergleichspreisen verlangt wurde. In jenem Entscheid wurde erörtert (E. 3d), ob die Preisvergleichsmethode, basierend auf *externen* Vergleichspreisen, für Konstellationen wie die vorliegende überhaupt in Frage kommen kann. Die Frage konnte jedoch offen gelassen werden. Die grundsätzliche Problematik bleibt aber bestehen, auch bei der Anwendung mittels *interner* Vergleichspreise: Zu bewerten sind vorliegend komplexe Tätigkeiten, für welche die Vergleichspreismethode tendenziell schwierig(er) anzuwenden ist. Soll sie mittels interner Vergleichspreise angewendet werden, setzt dies in jedem Fall voraus, dass der Vergleichspreis tatsächlich vergleichbar ist (d.h. den Preis für die gleiche oder zumindest vergleichbare Leistung abbildet) oder, wenn Unterschiede zwischen den zu vergleichenden Leistungen bestehen, diese nur unwesentlich sind. Die Richtlinien drücken es so aus: Bestehen Unterschiede zwischen den zu vergleichenden Leistungen, darf die Preisvergleichsmethode nur angewendet werden, wenn "*reasonably accurate adjustments can be made to eliminate the material effects of such differences*" (OECD-Verrechnungspreis-Richtlinien 2017, 2.15). In anderen Worten: Die Preisvergleichsmethode lässt nur solche Unterschiede zur Vergleichstransaktion zu, die bewertungstechnisch mit verlässlicher Genauigkeit behoben werden können.

d) Die Pflichtige führt als Vergleichstransaktionen die Entschädigungsvereinbarungen mit der Bank M an. Hierzu legt die Pflichtige die entsprechenden Investment Adviser's Agreements betreffend die Fonds "Y" und "Z" ins Recht. Im Wesentlichen

führt die Pflichtige aus, dass gegenüber Bank L die gleichen Vereinbarungen/Verträge bestehen (ebenfalls reine *Anlageberatung*) und dass die gleichen Tätigkeiten und Funktionen ausgeübt wurden, weshalb die dort vorgesehene Entschädigungen (0.4% Grundgebühr, 5% Performance-Gebühr) als Vergleichspreise zu übernehmen seien. Daraus ergebe sich, dass nur für die Perioden 2006 und 2007 Korrekturen vorzunehmen seien, da nachher die Preise gemäss den Vergleichstransaktionen verrechnet wurden.

Es trifft zwar zu, dass die Vereinbarungen zwischen Bank L einerseits und K andererseits im Wortlaut praktisch identisch sind. Ebenso trifft zu, dass die jeweiligen Investitionsgefässe durchaus vergleichbar sind: Auch die Bank M-Fonds sind Umbrella-Fonds, die in ähnliche Regionen investieren. Dennoch sind die Entschädigungsvereinbarungen mit Bank L als Vergleichstransaktionen untauglich, aus mehreren Gründen:

aa) Wie die Funktionsanalyse gezeigt hat, ist ein Vergleichspreis für *Vermögensverwaltung* gesucht. Vertraglich präsentiert sich zwar die Beziehung zu K als *Vermögensberatung*, tatsächlich war die Pflichtige aber die Vermögensverwalterin, welche die Anlageentscheide selber traf. Die Vergleichstransaktion mit Bank L ist dagegen eine solche für *Vermögensberatung*. Dass zwischen Vermögensverwaltung und -beratung ein wesentlicher Unterschied besteht, zeigt dieser Fall, der sich ja nur um diese Frage dreht: Blosser Vermögensberatung wird tiefer entschädigt als Vermögensverwaltung. Dass gegenüber Bank L blosser Vermögensberatung (und nicht Vermögensverwaltung) erbracht wurde, steht ausser Frage: Es ist eine Transaktion mit einem Dritten, dem lediglich Anlageempfehlungen gemacht werden, die der Dritte dann in eigener Verantwortung umsetzt oder nicht. So führt selbst die Pflichtige aus: "Es ist davon auszugehen, dass die Bank M über die Anlagevorschläge ebenfalls via kompetente Personen befunden hat, vermutlich ebenfalls durch ein Investment Committee. Hierzu hat die Pflichtige keine Unterlagen, da sie aus nachvollziehbaren Gründen keine Einsicht in die Prozesse hat." Es ist tatsächlich davon auszugehen, dass darüber kompetente Personen entschieden haben. Letztlich braucht aber nicht zu interessieren, wie Bank L die Anlageentscheide intern getroffen und umgesetzt hat. Entscheidend ist einzig, dass Bank L (und nicht die Pflichtige) diese Entscheide getroffen hat, ja treffen musste, weil sie von der der Pflichtigen lediglich Anlageberatung in Form von Anlagevorschlägen eingekauft hat. Daraus ergibt sich zweierlei: (1) Die Vergleichstransaktion

mit Bank L betrifft Vermögens*beratung* und ist deshalb die falsche Vergleichstransaktion, denn die zu bepreisende Transaktion ist Vermögens*verwaltung*. (2) Die Vergleichstransaktion kann auch nicht als Ausgangspunkt genommen werden, um mittels Anpassungen den Transferpreis zu ermitteln: Die Unterschiede zwischen Beratung und Verwaltung sind zu gross, als dass sie mit verlässlich genauen Anpassungen ("reasonably accurate adjustments") überbrückt werden könnten.

bb) Was die Pflichtige hierzu vorbringt, sticht nicht. Ihre Ausführungen beschränken sich im Wesentlichen darauf, die Verträge und Prospekte im Wortlaut gegenüber zu stellen, um zu folgern, dass die Transaktion mit Bank L vergleichbar ist. Dass die vertraglichen Dokumente und der ganze Set-Up praktisch identisch sind, wird nicht in Frage gestellt. Dies bedeutet aber nicht, dass dadurch die Vergleichbarkeit automatisch gegeben ist: Sachverhaltsmässig steht fest, dass gegenüber K Vermögensverwaltung erbracht wurde. Ebenso steht fest, dass gegenüber Bank M – einer unabhängigen Drittperson – blossе Vermögensberatung erbracht wurde. Das vorliegende Resultat ist dabei kein Widerspruch: Auch wenn die formal-vertragliche Ausgestaltung praktisch identisch ist, schliesst dies nicht aus, dass die Transaktion mit der nahestehenden Person steuerrechtlich anders qualifiziert wird, nämlich aufgrund des tatsächlich gelebten Vertrags. Dass umgekehrt die Transaktion mit der Bank M reine Vermögensberatung ist, steht wie erwähnt ausser Frage: Es ist eine Dritttransaktion, und die Pflichtige bringt selbst vor, dass die Anlageentscheide von der Bank M getroffen wurden.

cc) Gleiches gilt für das Memorandum vom 3. September 2014 von, welches die Pflichtige als Gutachten bezeichnet. Dieses trägt den Titel "Funktionsvergleich W" und äussert sich zur Vergleichbarkeit der Eigen- und Dritttransaktionen. Dieses Memorandum ist letztlich ohne Aussagekraft. X selber hat nämlich keine Funktionsanalyse gemacht, hat also nicht untersucht, welche Funktionen tatsächlich ausgeübt wurden, sondern die Funktionen wurden "nach Massgabe der vertraglichen Regelung" verglichen, also so, wie sie in den Verträgen abgebildet wurden. Bezeichnend ist die Aufstellung auf Seite 2 des Memorandums, wo das Kreuz für "Investitionsentscheid" bei beiden Fonds-Gruppen in der Spalte der Guernsey-Fondsleitung steht. Dies ist richtig für die Drittfonds – dort trifft tatsächlich Bank L (bzw. letztlich eine Person der Bank M-Gruppe) den Anlageentscheid –, nicht aber für die Eigenfonds. Wie die Funktionsana-

lyse ergeben hat, hätte hier das Kreuz in der anderen Spalte stehen sollen. Weitere Ausführungen zu diesem Memorandum erübrigen sich deshalb.

dd) Schliesslich weicht das Agreement des "Y" in einem nicht unbedeutenden Punkt von allen übrigen Agreements ab. Dort sind für von der Pflichtigen akquirierte Kundenvermögen eine Grundentschädigung von 1.5% und die volle Performancegebühr (10%) geschuldet. Das Gutachten der X diskutiert dies unter dem Titel "Vertriebsentschädigung" (wobei aber die daraus gezogenen Schlüsse unklar sind), in der Beschwerdeschrift wird dies damit begründet, dass man hier der Pflichtigen die Möglichkeit einräumen wollte, selber Marketing zu betreiben. Die Ausführungen der Pflichtigen können den Widerspruch nicht auflösen: Durch diese Regelung fliesst der Pflichtigen die volle Vermögensverwaltungsgebühr zu, obwohl sie nur Berater ist. Wie es sich damit verhält, kann offen bleiben. Es bestätigt sich daraus nur zusätzlich, dass die Dritt-Transaktionen nicht vergleichbar sind. Daraus folgt, dass die Preisvergleichsmethode vorliegend nicht angewendet werden kann.

e) Wie schon im Entscheid vom 21. August 2018 (1 DB.2014.208 und 1 ST.2014.262) festgehalten, kann die Vergleichspreismethode im vorliegenden Fall aber durchaus angewendet werden, denn es liegt ein "halbinterner" Vergleichspreis vor: Die den Fonds belasteten Gebühren sind der Preis, den unabhängige Dritte (die Investoren) für Vermögensverwaltung einschliesslich Fondsadministration zahlen. Es ist wie erwähnt ein "halbinterner" Vergleichspreis, denn es ist der Preis, den nicht die Pflichtige, sondern K gegenüber den Dritten vereinnahmt hat. Dennoch kann dieser Vergleichspreis als Ausgangspunkt genommen werden: Es ist wie erwähnt der vertragliche Set-Up, der K als Entrepreneur auftreten lässt, der die Gebühren als Vermögensverwalter vereinnahmt und in der Folge einen Teil an die Pflichtige auf "Beraterbasis" weiterleitet. Dieser Vergleichspreis muss lediglich angepasst werden ("adjusted") für die Routine-Funktionen, welche auf Stufe K erbracht werden. Im Ergebnis hat das kantonale Steueramt genau dies gemacht: Es hat den Wert der Leistungen der K für die von ihr ausgeübten Tätigkeiten mittels "Kosten plus 20%" ermittelt und von diesem Preis ausgehend die Vermögensverwaltungsgebühr der Pflichtigen abgeleitet, welche diese der K hätte in Rechnung stellen sollen. Das Vorgehen des Steueramts führt im Ergebnis dazu, dass von den durch K vereinnahmten Gebühren derjenige Teil bei ihr verbleibt, der sie für die von ihr erbrachten Tätigkeiten entschädigt.

f) Das Steueramt bezeichnet seine Methode im Buchprüfungsbericht als Cost plus-Methode, im Einspracheentscheid als residuale Gewinnaufteilungsmethode. Die genannte Cost plus 20%-Methode entspricht dabei nicht der Kostenaufschlagsmethode gemäss OECD-Richtlinien. Diese Methode operiert mit Bruttomargen, macht also den Aufschlag von den "Cost of goods sold/services rendered", während das Steueramt als Kostenbasis sämtliche Kosten (unter Ausklammerung des Finanzergebnisses) berücksichtigt, also auch die operativen Kosten. Hält man sich dies vor Augen, erkennt man, dass das Steueramt eigentlich die sog. Nettomargen-Methode ("Transactional Net Margin-Method," TNMM) anwendet, mit K als "tested party" und dem Gewinnlevel-Indikator "Nettogewinn zu totalen Kosten (ohne Finanzergebnis)", welchen es mit 20% bemisst. Diese beiden Methoden – Kostenaufschlag plus 20% auf den vollen operativen Kosten einerseits, Nettomargen-Methode mit einem Gewinnlevel-Indikator über volle Kosten mit 20% andererseits – führen zum selben Ergebnis. Das Vorgehen des Steueramts bezüglich der Methoden ist wie erwähnt nicht zu beanstanden. Es hat letztlich gemacht, was die Richtlinien verlangen: Es hat diejenige Leistung bewertet, die am wenigsten komplex ist, und dies sind die Routine-Leistungen der K. Davon ausgehend hat es dann den Transferpreis für die von der K bezogenen "Beratungsleistungen" ermittelt. Es ist dies nichts anderes als das, was die TNN-Methode macht: Diese knüpft am wenig(er) komplexen Unternehmen an (der tested party), bewertet dessen Leistung und leitet daraus den Verrechnungspreis ab für die komplexe Leistung (hier die eingekaufte Vermögensverwaltungs-Leistungen, für die vorliegend der Verrechnungspreis gesucht wird). Daraus erhellt auch, dass der Vorwurf der Pflichtigen, das Steueramt verletze die Grundsätze des Kreisschreibens Nr. 4 vom 19. März 2004 betreffend Besteuerung von Dienstleistungsgesellschaften, fehl geht. Dort wird tatsächlich festgehalten, dass für die Bewertung von Finanzdienstleistungen die Cost plus-Methode nicht "adäquat" ist. Diesen Grundsatz verletze das Steueramt – so die Pflichtige –, wenn es die Cost plus-Methode anwende. Diese Argumentation verkennt, dass das Steueramt gerade nicht die komplexe Finanzdienstleistung bewertet hat; hierfür ist die Kostenaufschlagsmethode tatsächlich nicht die richtige Methode. Das Steueramt hat vielmehr die nicht-komplexen Routine-Dienstleistungen bewertet, und hierfür ist die Kostenaufschlagsmethode die richtige Methode. Wie die Methode des Steueramts letztlich bezeichnet wird, ist dabei unerheblich. Es hat die Grundsätze der Richtlinien richtig umgesetzt.

g) Während im Entscheid vom August 2018 das Steueramt einen Aufschlag von 10% vornahm, machte es vorliegend einen solchen von 20%. Mit einem solchen Aufschlag sind die Risiken von K ohne weiteres abgedeckt und erscheint, mehr noch als im Entscheid vom August 2018, als grosszügig bemessen. Angesichts der Tatsache, dass die Fälle im Sachverhalt praktisch identisch sind, erscheint der Aufschlag von 20% sogar als zu hoch. Das Steueramt mag bewogen haben, dass im vorliegenden Fall die laufenden Kosten K einiges höher waren als in jenem Fall und dass das Investment Committee etwas "aktiver" war. Hierzu ist aber festzuhalten, dass in jenem Fall die Fondsleitungsgesellschaft nur einen Fonds leitete, während es hier mehrere Fonds waren. Was die "Aktivität" angeht, so hat diese erst im Herbst 2009 begonnen, als das Investment Committee vom Service Provider auf ein "internes" Committee gewechselt hat; für die Zeit davor ist nichts dokumentiert. Wie dem auch sei, das Steuerrekursgericht hat keine Veranlassung, den vom Steueramt festgelegten Aufschlag zu korrigieren. Er ist auf jeden Fall nicht zu tief angesichts des Umstands, dass die OECD für wenig wertschöpfende Tätigkeiten ("low value-adding intra-group services") als Safe Harbour-Regel 5% postuliert (OECD-Verrechnungspreis-Richtlinien 2017 Rz. 7.61). Bei dieser Lage der Dinge kann deshalb auch auf die ursprünglich vorgesehene Einholung eines Gutachtens verzichtet werden.

h) Zusammenfassend folgt daraus: Die Preisvergleichsmethode mit den von der Pflichtigen verfochtenen internen Vergleichspreise ist nicht anzuwenden, weil die Vergleichspreise nicht vergleichbar sind. Das Steueramt hat im Ergebnis die Nettomargen-Methode angewendet, welche sich zugleich auch als eine vertretbare Ableitung der Vergleichspreismethode darstellt, die auf "halbinternen" Vergleichspreisen basiert und Korrekturen für die von K erbrachten Tätigkeiten vornimmt. Dabei ist sowohl die Methodenwahl als auch deren Umsetzung auf den vorliegenden Fall nicht zu beanstanden. Wie man die angewendete Methode letztlich bezeichnet, ist ohne Bedeutung. Was auf jeden Fall zutrifft, ist, dass das Vorgehen des Steueramts "richtlinienkonform" ist, und zwar auch unter den damals geltenden Richtlinien des Jahres 1995: Auch die Richtlinien 1995 lassen ein Abweichen von der Vergleichspreismethode vor, und die angewendete Nettomargen-Methode ist dort ebenfalls vorgesehen für Konstellationen wie die Vorliegende. Dass das Steueramt kein Benchmarking für den Nettogewinn durchgeführt hat, sondern diesen mit 20% schätzt, ist ebenfalls nicht zu beanstanden, da dieser grosszügig, sicher nicht zu tief ist.

i) Daraus folgt, dass die Verrechnungspreis-Korrektur des Steueramts rechtsbeständig ist. Ebenso hat es die dadurch ausgelösten Steuern richtig ermittelt und berücksichtigt.

4. Dies führt zur Abweisung der Rechtsmittel. Die Kosten des Verfahrens sind ausgangsgemäss von der Pflichtigen zu tragen und ist ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Der Rekurs wird abgewiesen.

[...]