

Steuerrekursgericht
des Kantons Zürich



1. Abteilung

1 DB.2014.208

1 ST.2014.262

Entscheid

21. August 2018

Mitwirkend:

Abteilungspräsident Walter Balsiger, Steuerrichter Michael Ochsner, Ersatzrichter
Oliver Untersander und Gerichtsschreiberin Andrea Schmid

In Sachen

A AG,

vertreten durch B AG,

**Beschwerdeführerin/
Rekurrentin,**

gegen

1. **Schweizerische Eidgenossenschaft,**

2. **Staat Zürich,**

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

Beschwerdegegnerin,

Rekursgegner,

betreffend

**Direkte Bundessteuer 1.1.2008 - 31.12.2008 und 1.1.2009 - 31.12.2009 sowie
Staats- und Gemeindesteuern 1.1.2008 - 31.12.2008 und 1.1.2009 - 31.12.2009**

hat sich ergeben:

A. 1. A AG (nachfolgend die Pflichtige) erbringt Beratungsdienstleistungen im "Private Equity"-Bereich. Sie wird je zu 50% von C und D gehalten, beides Vermögensverwalter mit langjähriger Erfahrung im Private Equity-Geschäft. Die Gesellschaft erbrachte in den streitbetroffenen Jahren 2008 und 2009 praktisch ausschliesslich Beratungsdienstleistungen gegenüber der E Ltd., einer Körperschaft nach dem Recht von F (nachfolgend E). E ist der General Partner der "G", einer Limited Partnership nach dem Recht von F, welche als Anlagegefäss für Investoren dient (nachfolgend G oder der Fonds). Sie ist eine geschlossene kollektive Kapitalanlage, die in mittelständische Unternehmen in der Schweiz und im angrenzenden deutschsprachigen Ausland investiert. E wird ebenfalls je zur Hälfte von den Herren C und D gehalten, jeweils indirekt über ihnen zu 100% gehörende, im Kanton H domizilierte Aktiengesellschaften (I AG bzw. J AG).

Die Beratungstätigkeit der Pflichtigen gegenüber E ist in einem "Investment Advisory Agreement" geregelt, welches eine Beratungsgebühr von 1.5% ("Advisory Fee") des zugesagten Kapitals ("committed capital") vorsieht. Vom Fonds, d.h. von G, erhält E als General Partner eine Vermögensverwaltungs-Gebühr von 2.25% ("Management Fee"), neben einer allfälligen zusätzlichen Performance-Gebühr von 20% (bei einer Hurdle-Rate von 8%).

2. Für die Steuerperioden 2008 und 2009 führte das kantonale Steueramt eine Buchprüfung bei der Pflichtigen durch. Nach weiteren Abklärungen und Besprechungen mit den Vertretern der Pflichtigen wurden doppelt verbuchte Konsumationsaufwendungen von total Fr. 8'264.- (2008) sowie private Lebenshaltungskosten von Fr. 3'314.- (2008) und Fr. 1'944.- (2009) aufgerechnet. Die Hauptaufrechnungen betrafen indes solche für eine Gewinnvorwegnahme im Betrag von Fr. 46'950.- (2008) und Fr. 601'165.- (2009). Das Steueramt stellte sich auf den Standpunkt, die Advisory Fees seien zu tief und die entsprechenden Beträge zu korrigieren. Es kam aufgrund einer Funktionsanalyse zum Schluss, dass sämtliche werttreibenden Funktionen (Kapitalbeschaffung/Investorensuche, Portfoliomanagement, Exitentscheidung) und Risiken der Pflichtigen zuzuordnen seien, während E lediglich Routinefunktionen ausübe und keine Risiken trage. Es ging bei der Korrektur dergestalt vor, dass es den operativen Gesamtgewinn der Pflichtigen und E ermittelte, den Gewinnanteil von E mit 10% der

(gesamten eigenen) Kosten festsetzte und in der Folge den Restgewinn der Pflichtigen zuteilte (Details der Berechnung). Es veranlagte die Pflichtige am 7. März 2014 mit steuerbaren Erträgen von Fr. 61'300.- (2008) und Fr. 603'400.- (2009) und mit steuerbaren Eigenkapitalien von Fr. 102'000.- (2008) und Fr. 103'000.- (2009) für die Staats- und Gemeindesteuern.

B. Die hiergegen erhobene Einsprache wies das kantonale Steueramt am 23. September 2014 ab. Es wies dabei auch den Eventualantrag der Pflichtigen ab, die Steuern, die aus der Aufrechnung resultieren, zu berücksichtigen.

C. Hiergegen erhob die Pflichtige am 23. Oktober 2014 Rekurs bzw. Beschwerde und wiederholte im Wesentlichen ihre Einsprachebegehren. Zudem wurde weiterhin im Eventualstandpunkt beantragt, die durch die Aufrechnung ausgelösten Steuern gewinnmindernd zu berücksichtigen. Sodann beantragte sie die Zusprechung einer Parteientschädigung.

Das kantonale Steueramt und die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) schlossen mit Vernehmlassungen vom 19. November 2014 bzw. 9. März 2015 auf Abweisung der Rechtsmittel.

Nach zwischenzeitlicher Verfahrenssistierung wurde mit Präsidialverfügung vom 7. März 2016 die Einholung eines Gutachtens zur Bestimmung der im Streit liegenden Verrechnungspreise angeordnet. Mit weiterer Präsidialverfügung vom 16. Mai 2018 wurde diese Anordnung widerrufen bzw. als gegenstandslos erklärt, nachdem der eingesetzte Experte kurz zuvor wegen eines Interessenskonflikts in den Ausstand getreten war.

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

Die Kammer zieht in Erwägung:

1. a) Die Pflichtige und E sind Schwestergesellschaften (E wird indirekt gehalten). Hauptstreitpunkt ist vorliegend, ob eine Gewinnvorwegnahme anzunehmen ist, wie es das Steueramt verfiht. Es stellt sich auf den Standpunkt, der Verrechnungspreis für die von der Pflichtigen erbrachten Leistungen – die Advisory Fee – sei substantziell zu erhöhen und steuerlich zu korrigieren. Dadurch, dass die Pflichtige nur eine Beratungsgebühr von 1.5% erhielt (und E die Differenz zu 2.25%), sei eine Gewinnvorwegnahme erfolgt. Die entsprechende Korrektur des Verrechnungspreises nimmt das Steueramt in der Folge mit einer von beiden Parteien als residuale Gewinnaufteilungsmethode bezeichneten Methode vor.

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 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 dem "Bellatrix-Entscheid" (BGE 107 1b 325) ist es eine Rechtsprechung, die dem Drittvergleichskonzept folgt, verstanden als ein 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 (BGr, 29. Mai 2012, StE 2012 B 72.22 Nr. 17 = StR 2012, 600).

d) Von 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 OECD-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: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Internationales Steuerrecht, 2015, Einleitung N 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 (trotz Fehlen eines Doppelbesteuerungsabkommens) 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 letztlich verlangen – nach den OECD-Richtlinien und den darin vorgesehenen Methoden zu entscheiden.

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

zer 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 Gesetz bzw. dessen Inhalt verstanden wissen will, ohne dass dies die Steuergerichte binden würde. Es kann deshalb auch 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 lokali-

siert 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 Immaterialgütern), 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. Es sind die Entscheidsträger ("risk-taking persons") bzw. der Ort, wo sich diese Personen aufhalten, wo die Risiken lokalisiert werden.

Die einzelnen Schritte der Funktionsanalyse 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. 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 Methoden 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: Für eine Private Equity-Gesellschaft wie die Pflichtige 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 Zielgesellschaften, der Entscheid, ein Investment in eine entsprechende Zielgesellschaft zu machen, und die Nachbetreuung der Zielgesellschaft, was schliesslich in einen erfolgreichen Exit münden soll. Bei Private Equity-Investments sind die Portfolio-Tätigkeiten weitaus intensiver als bei Investments in leicht verwertbare bzw. liquide Titel. Im Auswahlprozess müssen – neben dem eigentlichen Due Diligence-Prozess – Gespräche/Verhandlungen mit Eigentümern und Management geführt werden, nach dem Anlage-Entscheid wird oftmals im Verwaltungsrat Einsitz genommen oder das Management in anderer Weise begleitet, um dann im richtigen Zeitpunkt den Exit zu entscheiden. Gleiches gilt auch für die Investoren-Suche: Für geschlossene Fonds wie dem vorliegenden, mit Investments in massgebliche Beteiligungen mittelständischer Unternehmen, kommen nur qualifizierte Investoren mit einem gewissen Risiko-Appetit in Frage.

c) Das Steueramt hat eine Bücherrevision durchgeführt, es wurden zahlreiche Unterlagen (Protokolle, Offering Memorandum und dgl.) zu den Akten gegeben und es wurden Verhandlungen zwischen dem 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 Fonds-Promotoren sowie die Angestellten der Pflichtigen, dass die Risiken ebenfalls bei der Pflichtigen zu lokalisieren sind und dass die E lediglich Routine-Funktionen im Zusammenhang mit der Fonds-Administration ausgeübt hat. Diesen sachverhältnismässigen Feststellungen kann sich das Steuerrekursgericht vollumfänglich anschliessen. Auch für das Steuerrekursgericht ist sachverhältnismässig erstellt, dass sämtliche wertschöpfenden Funktionen von der Pflichtigen ausgeübt wurden und dass die entsprechenden Risiken ebenfalls bei der Pflichtigen zu lokalisieren sind, während die E 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. Im Einzelnen:

aa) Das Steueramt bringt zu Recht vor, dass in F keine natürlichen Personen arbeiten, welche die entsprechenden Fachkenntnisse als Private Equity-Vermögensverwalter haben. Dem ist zuzustimmen: Das Private Placement Memorandum präsentiert das Investment-Team mit den beiden Eigentümern und Promotoren des Fonds als erfahrene Private-Equity-Manager an vorderster Stelle. Die Personen in F, welche nach Darstellung der Pflichtigen mindestens 31% zur Wertschöpfung beigetragen und die Investmententscheide getroffen haben sollen, sind dort nicht aufgeführt. Es wirkt zudem realitätsfremd anzunehmen, dass die beiden Directors, welche von lokalen Service-Providern angestellt sind, Verhandlungen mit Investoren und Stakeholdern von Zielgesellschaften geführt und schliesslich den Investment-Entscheid getroffen haben sollen. Zudem verfügte die E über keine Büroräumlichkeiten. Wie es sich mit dem Umstand verhält, dass im Jahr 2011 die beiden Directors formell mit einem Jahreslöhrlar von je GBP 15'000.- angestellt wurden und E im Jahr 2012 für monatlich GBP 475.- ein Büro gemietet hat, kann hier offen bleiben.

bb) Sodann führt das Steueramt zu Recht das Missverhältnis der operativen Ergebnisse an. Beispielhaft ist das Jahr 2009, in welchem E einen Gewinn von Fr. 600'865.- bei Kosten von Fr. 16'782.- erzielte, während der Pflichtigen bei Kosten von Fr. 1'625'519.- ein Gewinn von Fr. 385.- verblieb.

cc) Welche Tätigkeiten die Personen in F neben der Fondsadministration und dem "Unterhalt der Investitionsgefässe" tatsächlich wahrgenommen haben sollen, führt die Pflichtige nicht aus. Sie bleibt pauschal ("Die Mittelbeschaffung umfasst die Kapitalbeschaffung, die Akquise von Investoren sowie die Investorenpflege. Diese Tätigkeiten werden vorwiegend durch die E durchgeführt."), ohne zu substantiieren, geschweige denn nachzuweisen, welche Personen in F tatsächlich z.B. "Investorenpflege" betrieben haben sollen. Sie verweist vielmehr zur Hauptsache auf das "Investment Advisory Agreement" vom ... 2010, welches eine drittkonforme Regelung sei und die Beziehung zwischen der Pflichtigen und E regle. Nach diesem Vertrag sei die Pflichtige lediglich "Investment-Adviser" (Vermögensberater), während E der "Investment-Manager" (Vermögensverwalter) sei. Nach dieser Vereinbarung verpflichtet sich die Pflichtige, praktisch sämtliche Aufgaben, welche das Vermögensverwaltungsgeschäft nach sich zieht, auf Mandatsbasis gegenüber E zu erbringen (z.B. Evaluation und Identifizierung von Investment-Möglichkeiten, fortlaufendes Risiko-Management/Überwachung der Anlagen/Performance). Schlüsselstelle der Vereinbarung ist aus Sicht der Pflichtigen wohl Art. 4.1 lit. c: "During the continuance of this Agreement the

Investment Adviser shall perform the following investment advisory duties in respect of the Partnership: (c) recommend to the General Partner the acquisition and/or realisation of Investments." Die Pflichtige macht folglich nur *Anlage-Vorschläge*, welche dann – so die Darstellung der Pflichtigen – von E unter deren Verantwortung entschieden und umgesetzt würden. Zudem wurden entsprechende Protokolle von Board-Meetings eingereicht, worin es z.B. heisst: "Consider and subsequent approval of an investment proposal in K S.A. [...]". Auch wenn der Vertrag dem Buchstaben nachgelebt wurde, so gilt das oben Gesagte gleichsam: Dass die von Service Providern angestellten Personen, die als Directors von E die Investment-Entscheide tatsächlich und "in letzter Instanz" getroffen haben sollen, wirkt abwegig. So ist denn auch kein einziger Vorschlag abgewiesen worden, sondern die Vorschläge wurden jeweils immer "approved" und sind dann nur noch formalisiert worden. Hätte E einen Vorschlag abgewiesen oder sich geweigert, einen solchen umzusetzen, wären diese Personen einfach ausgewechselt worden. Dass die beiden Promotoren des Fonds die Endverantwortung für ihre Investitionsentscheide tatsächlich abgetreten haben – wie dies nach dem Wortlaut der Vereinbarung geschehen sein soll –, wirkt nicht nur künstlich, sondern steht in klarem Widerspruch zum Private Placement Memorandum: Die beiden Promotoren und ihr Team sind das eigentliche Verkaufsargument des Fonds. Daraus folgt, dass das Steueramt zu Recht die Zuständigkeit und die entsprechende Endverantwortung über die Anlageentscheide, und damit auch das damit verbundene Risiko, bei der Pflichtigen lokalisiert.

dd) Das Steueramt hat die Funktionsanalyse mithin 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 E lediglich als formelles Vollzugsorgan der von den Fondspromotoren getroffenen Anlage-Entscheide wirkte. In die Sprache der Verrechnungspreis-Richtlinien übersetzt, bedeutet dies: Die Pflichtige ist der Entrepreneur, und nicht die E, wie es das Investment Advisory Agreement dem Wortlaut nach vorgibt.

Das Steueramt bezeichnet sein Vorgehen als "Substance-over-Form"-Ansatz, was das Vorgehen methodisch korrekt einfängt. Es ist insbesondere keine Form der Steuerumgehungs doktrin, welche hier anzuwenden ist. 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 Funktionsanalyse erstellt, folgt der zweite Schritt, die Bestimmung des Verrechnungspreises. Aufgrund der Funktionsanalyse steht auch fest, welche Leistungen zu bepreisen sind: Es sind umfassende Vermögensverwaltungs-Leistungen (und nicht bloss *Vermögensberatungs*-Leistungen), welche die Pflichtige der E 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 vom Fonds erhalten sollen, während E ihre 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 E Rechnung stellt für ihre Administrations-Dienstleistungen, wird die Sache umgedreht: E wurde formell zum Entrepreneur und die Pflichtige zum risikoarmen Dienstleister gemacht.

b) Die Pflichtige stellt sich auf den Standpunkt, die Preisbestimmung sei nach der sog. Preisvergleichsmethode vorzunehmen ("comparable uncontrolled price method", CUP-Methode), wie dies die OECD-Verrechnungspreis-Richtlinien aus dem Jahre 1995 vorschreiben, "welche die Preisvergleichsmethode ausdrücklich favorisiert." Sie reicht hierzu eine Übersicht von 32 Schweizer Private Equity-Fonds ins Recht, woraus sich durchschnittlich eine Grundvermögensverwaltungs-Gebühr (Management Fee) von 1% ergebe. Demnach sei die Beratungsgebühr, welche die Pflichtige erhalten habe (rund 1.5%), sogar über diesem Durchschnitt und – so sinngemäss die Pflichtige – deshalb drittkonform. Des Weiteren reichte die Pflichtige einen Transfer Pricing Review von K ins Recht, der zum selben Ergebnis kommt. Im Wesentlichen wehrt sich die Pflichtige gegen die Anwendung der residualen Gewinnaufteilungsmethode, wie sie das Steueramt vorgenommen hat.

c) Es ist zutreffend, dass die Richtlinien die CUP-Methode 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 eine andere Methode zu, wenn diese ein Ergebnis produzieren, welches "more reliable" ist (Rz. 2.2.). 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 sollte, welches am wenigsten komplex ("least complex") ist.

d) Die Pflichtige verlangt im Ergebnis eine Preisvergleichsmethode, die auf externen Vergleichspreisen basiert und listet 32 Fonds mit Angabe der Grundvermögensverwaltungs-Gebühr auf. Diese Vergleichspreise sind untauglich, abgesehen davon, dass die Vorbringen der Pflichtigen nicht konsistent sind: Sie stellt sich auf den Standpunkt, es liege lediglich *Vermögensberatung* vor, führt als Vergleichspreise aber Gebühren für *Vermögensverwaltung* ins Recht. Diese Vergleichspreise beschränken sich zudem jeweils auf die Grundvermögensverwaltungs-Gebühren (Management Fee), ohne allfällige Performance-Gebühren und ohne Angaben über die Höhe der verwalteten Vermögen, Anlagestrategie und dgl. Eine Preisbestimmung basierend auf diesen externen "Vergleichspreisen" kommt deshalb von vornherein nicht in Betracht, ist eine Überprüfung der Vergleichbarkeit doch in keiner Weise gegeben.

Darüber hinaus stellt sich allgemein die Frage, ob in Fällen wie dem vorliegenden die Preisvergleichsmethode, angewendet mit externen Vergleichspreisen, überhaupt als Methode in Frage kommen kann: Wie die Funktionsanalyse gezeigt hat, ist die Pflichtige die komplexe Gesellschaft, die sämtliche wertschöpfenden Tätigkeiten ausübt, während E reine Routinefunktionen erbringt. Eine Methode, die in einer solchen Konstellation die komplexen Leistungen mit externen Vergleichspreisen ermitteln will, führt in der Regel zu weniger verlässlichen Ergebnissen als Methoden, die bei der nicht-komplexen Gesellschaft anknüpfen. Die ins Recht gelegte Übersicht ist ein gutes Beispiel für diesen Befund: Die "Vergleichspreise" für die Grundvermögensverwaltungs-Gebühren bewegen sich zwischen 1% und 1.8%, während vorliegend die Grundvermögensverwaltungs-Gebühr, welche dem Fonds belastet wird, zwischen 2% (ab Fr. 200 Mio.) und 2.25% (bis Fr. 200 Mio.) beträgt. Diese erheblichen Differenzen dürften im Wesentlichen in der unterschiedlichen Ausgestaltung der Performance-Gebühren und der Höhe der verwalteten Vermögen liegen, was die Vergleichbarkeit externer Vergleichspreise noch zusätzlich erschwert. Was dies letztlich zeigt: Komplexe und einzigartige ("unique") Leistungen mittels externen Vergleichspreisen zu be-

preisen, ist mit erheblichen Schwierigkeiten und Unsicherheiten verbunden. Dass in solchen Fällen in der Regel eine andere Methode zu wählen ist, ist schon in den Richtlinien aus dem Jahr 1995 angelegt (OECD-Verrechnungspreis-Richtlinien 1995, Rz. 2.49): "In those exceptional situations, where there are no data available or the available data are not of sufficient quality to rely solely or at all on the traditional transaction methods, it may become necessary to address whether and under what conditions other methods may be used."

e) Die Vergleichspreis-Methode kann im vorliegenden Fall aber durchaus angewendet werden, denn es liegt ein interner Vergleichspreis vor: Die dem Fonds belasteten Gebühren sind der Preis, den unabhängige Dritte (die Investoren) für Vermögensverwaltung einschliesslich Fondsadministration zahlen. Es ist ein "halbinterner" Vergleichspreis, denn es ist der Preis, den nicht die Pflichtige, sondern E gegenüber den Dritten vereinnahmt hat. Dennoch kann dieser Vergleichspreis als Ausgangspunkt genommen werden: Es ist wie erwähnt der vertragliche Set-Up, der E 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 E erbracht werden. Im Ergebnis hat das kantonale Steueramt genau dies gemacht: Es hat den Wert der Leistungen der E für die von ihr ausgeübten Tätigkeiten mittels "Kosten plus 10%" ermittelt und von diesem Preis ausgehend die Vermögensverwaltungs-Gebühr der Pflichtigen abgeleitet, welche diese der E hätte in Rechnung stellen sollen. Das Vorgehen des Steueramts führt im Ergebnis dazu, dass von den durch E 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 10%, im Einspracheentscheid als residuale Gewinnaufteilungsmethode. Die genannte Cost plus 10%-Methode entspricht nicht der Kostenaufschlagsmethode gemäss 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 E als "tested party" und dem Gewinnlevel-Indikator "Nettogewinn zu totalen Kosten (ohne Finanzergebnis)", welchen es mit 10% bemisst.

Diese beiden Methoden – Kostenaufschlag plus 10% auf den vollen operativen Kosten einerseits, Nettomargen-Methode mit einem Gewinnlevel-Indikator über volle Kosten mit 10% andererseits – führen zum selben Ergebnis. Der Aufschlag von 10% über die vollen Kosten, und damit die Annahme eines Nettogewinns von 10%, erscheint dabei angemessen. Der vom Steueramt vorgenommene Aufschlag von 10% deckt die Risiken von E ohne weiteres ab und ist eher grosszügig bemessen; er ist auf keinen Fall zu tief angesichts des Umstands, dass die OECD für wenig wertschöpfende Tätigkeiten ("low value-adding intra-group services") als Safe Harbour-Regel 5% postuliert (Verrechnungspreis-Richtlinien 2017, Rz. 7.61). Bei dieser Lage der Dinge kann auf die ursprünglich vorgesehene Einholung eines Gutachtens zur Bestimmung des (exakten) Verrechnungspreises verzichtet werden.

g) Zusammenfassend folgt daraus: Die Preisvergleichsmethode mittels externer Vergleichspreise ist nicht anzuwenden, weil die Vergleichspreise untauglich sind und keinerlei Vergleichbarkeit zulassen. Ob eine solche Methode in Situationen, in welchen komplexe Leistungen an ein Routineunternehmen erbracht werden, überhaupt in Frage kommen kann, kann letztlich offen bleiben. Das Steueramt hat im Ergebnis die Nettomargen-Methode angewendet, welche sich zugleich auch als eine vertretbare Ableitung der Vergleichspreismethode darstellt, die auf internen Vergleichspreisen basiert und Korrekturen für die von E 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 10% schätzt, ist ebenfalls nicht zu beanstanden, da dieser grosszügig, sicher nicht zu tief ist.

h) Daraus folgt, dass die Verrechnungspreis-Korrektur des Steueramts rechtsbeständig ist.

4. a) Schliesslich beantragt die Pflichtige die Korrektur von aufgerechneten Konsumationsleistungen und die Berücksichtigung der Steuern auf den geldwerten

Leistungen. Was den ersten Punkt angeht: Die Aufrechnung betrifft eine Doppelbuchung, d.h., die entsprechenden Aufwendungen sind doppelt verbucht worden, was die Treuhänderin der Pflichtigen schon während der Bücherrevision eingeräumt hat. Zu diesem Umstand bringt die Pflichtige nichts Neues vor. Mangels Substantiierung hat es bei dieser Korrektur zu bleiben.

b) Hingegen ist der Antrag, die Steuern zu berücksichtigen, gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGr, 19. Dezember 2014, 2C_1218/2013 + 2C_1219/2013) begründet. Die Steuern sind dabei iterativ zu berechnen, woraus sich neu folgende Steuerfaktoren ergeben:

		2008	2009
geldwerte Leistungen, total		58'528.-	603'109.-
direkte Bundessteuer	8.5%	-3'910.-	-40'409.-
Staats- und Gemeindesteuern	18.4%	-8'600.-	-87'296.-
geldwerte Leistungen, nach Steuern		46'018.-	475'404.-
Gewinn gemäss Steuererklärung		42'849.-	385.-
Vorjahrsverluste		-40'044.-	0.-
total, vor geldwerten Leistungen		2'805.-	385.-
geldwerte Leistung, netto		46'018.-	475'404.-
steuerbarer Ertrag		48'823.-	475'789.-
Steuerbarer Ertrag, Bund und Kanton (in Fr.)		48'800.-	475'700.-
		2008	2009
steuerbares Eigenkapital gem. Vorentscheid		102'805.-	103'190.-
Steuerrückstellung Steuerbilanz		-12'510.-	-127'705.-
Eigenkapital für Bundessteuer (in Fr.)		90'295.-	0.-
Eigenkapital Staat und Gemeinde (in Fr.)		100'000.-	100'000.-

5. Dies führt zur teilweisen Gutheissung der Rechtsmittel. Die Kosten des Verfahrens sind den Parteien nach Massgabe des Obsiegens aufzuerlegen (Art. 144 Abs. 1 DBG, § 151 Abs. 1 StG). Da die Pflichtige zur Hauptsache unterliegt, kann ihr keine Parteientschädigung zugesprochen werden (Art. 144 Abs. 4 DBG i.V.m. Art. 64 Abs. 1–3 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968, § 152 StG i.V.m. § 17 Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959).

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Die Beschwerdeführerin wird für die direkte Bundessteuer wie folgt veranlagt:

Steuerperiode	steuerbarer Reingewinn	Satz	massgebendes Eigenkapital
	Fr.	%	Fr.
1.1. - 31.12.2008	48'800.-	8,5	90'295.-
1.1. - 31.12.2009	475'700.-	8,5	0.-

2. Der Rekurs wird teilweise gutgeheissen. Die Rekurrentin wird für die Staats- und Gemeindesteuern wie folgt eingeschätzt:

Steuerperiode	steuerbarer Reingewinn	Satz	steuerbares Eigenkapital	Satz
	Fr.	%	Fr.	‰
1.1. - 31.12.2008	48'800.-	8,0	100'000.-	0,75
1.1. - 31.12.2009	475'700.-	8,0	100'000.-	0,75.

[...]