

BGE 151 II 11

Bundesgericht (BGE), 2024-06-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_151_II_11

FR: ATF 151 II 11

IT: DTF 151 II 11

Regeste

Regeste Art. 58 Abs. 1 und 3 DBG; Art. 24 Abs. 1 und 5 StHG; Ermittlung des hypothetischen Fremdvergleichspreises im Bereich der Besteuerung der Partnerwerke. Wesen der Partnerwerke und Grundlagen von deren Besteuerung (E. 2). Die zur Ermittlung des hypothetischen Fremdvergleichspreises heranzuziehende Kostenaufschlagsmethode beruht auf den Vollkosten. Diese umfassen namentlich auch die verbuchten Steuern und einen kalkulatorischen Zins auf dem gesamten offenen Eigenkapital. Aufgrund der "breiten" Kostenbasis ist ein eher geringer Kostenzuschlag vorzunehmen. Ergibt sich bei der Gegenüberstellung von hypothetischem Fremdvergleichspreis und tatsächlich von den Partnerwerken übernommenen Kosten eine Unterdeckung, ist diese unter dem Gesichtspunkt der Erkennbarkeit zu würdigen (E. 3 und 4). Im Bereich der harmonisierten Steuern von Kantonen und Gemeinden gilt dasselbe (E. 5).

Regeste Art. 58 al. 1 et 3 LIFD; art. 24 al. 1 et 5 LHID; détermination du prix de pleine concurrence hypothétique dans le domaine de l'imposition des entreprises partenaires. Nature des entreprises partenaires et bases de leur imposition (consid. 2). La méthode du coût majoré à utiliser pour déterminer le prix de pleine concurrence hypothétique se fonde sur les charges d'exploitation. Celles-ci comprennent notamment aussi les impôts comptabilisés et un intérêt calculé sur l'ensemble du capital propre ouvert. En raison de la "large" base de coûts, il convient de procéder à une majoration des coûts plutôt faible. Si la comparaison entre le prix de pleine concurrence hypothétique et les coûts effectivement encourus par les entreprises partenaires fait apparaître une sous-couverture, celle-ci doit être appréciée sous l'angle du caractère reconnaissable (consid. 3 et 4). Il en va de même dans le domaine des impôts harmonisés des cantons et des communes (consid. 5).

Regesto Art. 58 cpv. 1 e 3 LIFD; art. 24 cpv. 1 e 5 LAID; determinazione del prezzo ipotetico di libera concorrenza nell'ambito dell'imposizione delle imprese partner. Natura delle imprese partner e principi per la loro imposizione (consid. 2). Il metodo del costo aumentato di un margine adeguato per determinare il prezzo ipotetico di libera concorrenza si basa sui costi totali. Questi includono in particolare anche le imposte contabilizzate e un interesse calcolato sull'intero capitale proprio aperto. A causa dell' "ampia" base dei costi, è opportuno applicare un supplemento dei costi piuttosto ridotto. Se il confronto tra il prezzo ipotetico di libera concorrenza e i costi effettivamente sostenuti dalle imprese partner rivela una sottocopertura, questa deve essere valutata dal punto di vista della riconoscibilità (consid. 3 e 4). Lo stesso vale nell'ambito delle imposte armonizzate dei Cantoni e dei Comuni (consid. 5).

Erwägungen

E. 2.1

Streitig und zu prüfen ist, ob die Steuerpflichtige ihre Leistungen an die Partner in den Steuerperioden 2009, 2010 und 2011 fakturiert hat, als ob es sich bei den Partnern um unabhängige Dritte handeln würde ("Drittvergleich" oder "Fremdvergleich"; "principe de pleine concurrence" bzw. "dealing at arm's length"). Hierzu ist in einem ersten Schritt der hypothetische Fremdvergleichspreis zu ermitteln, wie er sich aufgrund der von der Steuerpflichtigen an ihre Aktionäre (Partner) erbrachten Stromlieferungen in den drei Steuerperioden 2009, 2010 und 2011 ergibt (hinten E. 3). In einem zweiten Schritt ist der hypothetische Fremdvergleichspreis den tatsächlichen "Jahreskosten zugunsten der Partner" gegenüberzustellen, für welche die Aktionäre in den drei Steuerperioden aufgekomen sind (hinten BGE 151 II 11 S. 25 E. 4). Sollte sich zeigen, dass die tatsächlich übernommenen Jahreskosten geringer ausfallen als der hypothetische Vergleichspreis, bestünde eine verdeckte Gewinnausschüttung seitens der Steuerpflichtigen an ihr Aktionariat.

E. 2.2.1

Der Begriff der "verdeckten Gewinnausschüttung" ("distribution dissimulée de bénéfice") betrifft die Stufe der Gesellschaft (Art. 58 Abs. 1 lit. b Lemma 5 DBG [SR 642.11]), während auf Ebene des Aktionariats zumeist von einer "geldwerten Leistung" gesprochen wird (Art. 20 Abs. 1 lit. b DBG ; Urteil 2C_548/2020 / 2C_551/2020 vom 3. Mai 2021 E. 2.1). Eine verdeckte Gewinnausschüttung besteht, wenn erstens die leistende Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft für ihre Leistung keine oder keine gleichwertige Gegenleistung erhält; zweitens die Anteilsinhaberin oder der Anteilsinhaber der Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft direkt oder indirekt (zum Beispiel über eine nahestehende Person oder Unternehmung) einen Vorteil erlangt; drittens die Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft diesen Vorteil einer nicht nahestehenden, also fernstehenden Person unter gleichen Bedingungen nicht zugestanden hätte, weshalb die Leistung insofern ungewöhnlich ist; und viertens der Charakter dieser Leistung für die Organe der Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft erkennbar war, sodass angenommen werden kann, es sei eine Begünstigung beabsichtigt gewesen (BGE 144 II 427 E. 6.1; BGE 143 IV 228 E. 4.1; BGE 140 II 88 E. 4.1; BGE 138 II 57 E. 2.2, BGE 138 II 545 E. 3.2; grundlegend: BGE 82 I 288 E. 1).

E. 2.2.2

Der Nachweis einer verdeckten Gewinnausschüttung obliegt der Veranlagungsbehörde. Auch im öffentlichen Recht gilt der Grundsatz, dass diejenige Person die (objektive) Beweislast trägt, die aus dem Vorhandensein der behaupteten Tatsache Rechte für sich ableitet (Art. 8 ZGB analog; BGE 150 II 26 E. 3.6). Im Abgaberecht hat die Praxis dies dahingehend konkretisiert, dass abgabebegründende und abgabehörende Tatsachen von der Steuerbehörde, abgabemindernde und abgabeausschliessende Tatsachen von der abgabepflichtigen Person nachzuweisen sind (sog. Normentheorie; BGE 149 II 27 E. 4.6; BGE 148 II 285 E. 3.1.3; BGE 144 II 427 E. 8.3.1; BGE 143 II 661 E. 7.2; so schon BGE 92 I 253 E. 2; BGE 99 Ib 356 E. 2).

E. 2.2.3

Im vorliegenden Fall hat die Veranlagungsbehörde die ihres Erachtens eingetretenen verdeckten Gewinnausschüttungen, soweit hier noch interessierend, zunächst auf Fr. 2'455'000.- (2009), Fr. 2'269'000.- (2010) bzw. Fr. 2'523'000.- (2011) beziffert (Sachverhalt BGE 151 II 11 S. 26 Bst. C.a). Nachdem das Verwaltungsgericht, anders als die Veranlagungsbehörde, keine verdeckte Gewinnausschüttungen zu erblicken vermochte

(Sachverhalt Bst. C.g), macht die Veranlagungsbehörde nun vor Bundesgericht solche von Fr. 3'552'000.-, Fr. 3'189'000.- bzw. Fr. 3'360'000.- geltend (Sachverhalt Bst. D.c). Die Steuerpflichtige bestreitet dies auch weiterhin. Selbst wenn das Bundesgericht motivsubstituierend zur Gutheissung der Beschwerde käme und es sich etwa auf eine andere Methode stützen würde, bildeten die Beträge von Fr. 3'552'000.- (2009), Fr. 3'189'000.- (2010) bzw. Fr. 3'360'000.- (2011) die betragsmässige Obergrenze (nicht publ. E. 1.6). Höhere Aufrechnungen scheiterten daran, dass die Veranlagungsbehörde im bundesgerichtlichen Verfahren keine darüber hinausgehenden Aufrechnungen beantragt hat.

E. 2.3.1

Gemäss Art. 58 Abs. 3 DBG gilt in den drei gleichwertigen Sprachfassungen (Art. 14 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 18. Juni 2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt [PublG; SR 170.512] ; BGE 149 II 147 E. 3.2.2): "Leistungen, welche gemischtwirtschaftliche, im öffentlichen Interesse tätige Unternehmen überwiegend an nahestehende Personen erbringen, sind zum jeweiligen Marktpreis, zu den jeweiligen Gestehungskosten zuzüglich eines angemessenen Aufschlages oder zum jeweiligen Endverkaufspreis abzüglich einer angemessenen Gewinnmarge zu bewerten; das Ergebnis eines jeden Unternehmens ist entsprechend zu berichtigen." "Les prestations que des entreprises d'économie mixte remplissant une tâche d'intérêt public fournissent, de manière prépondérante, à des entreprises qui leur sont proches sont évaluées au prix actuel du marché, à leur coût actuel de production majoré d'une marge appropriée ou à leur prix de vente final actuel diminué d'une marge de bénéfice; le résultat de chaque entreprise est ajusté en conséquence." "Le prestazioni che imprese miste di interesse pubblico procurano in modo preponderante a persone a loro vicine devono essere stimate al valore di mercato, al loro prezzo di costo aumentato di un margine adeguato o al loro prezzo di vendita finale diminuito di un margine di utile adeguato; il risultato di ciascuna impresa è adattato di conseguenza."

E. 2.3.2

Die Steuerpflichtige betreibt ein Elektrizitätswerk und veräussert die gewonnene Energie auf Grundlage eines langfristigen Vertrages ausschliesslich bzw. zumindest weitestgehend an ihre Aktionäre. Bei den Partnern handelt es sich unmittelbar oder mittelbar um öffentlich-rechtliche Körperschaften. Die Steuerpflichtige wird als Aktiengesellschaft (Art. 620 ff. OR) zwar rein BGE 151 II 11 S. 27 privatwirtschaftlich, aber - mit Blick auf ihr Aktionariat und ihr Tätigkeitsgebiet - im öffentlichen Interesse tätig (dazu auch Art. 762 OR ; LOCHER/ GIGER/PEDROLI, Kommentar zum Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, Bd. II, 2. Aufl. 2022, N. 196 zu Art. 58 DBG ; näher dazu PHILIP WALTER, Die steuerliche Gewinnberichtigung bei den Partnerwerken der Elektrizitätswirtschaft nach Art. 58 Abs. 3 DBG , 1996, S. 17 ff.). Sie unterliegt damit der Sondernorm von Art. 58 Abs. 3 DBG (siehe Urteil 2C_495/2017 / 2C_512/2017 vom 27. Mai 2019 E. 7.1) und fällt unter den im Gesetz nicht verwendeten, aber in Praxis und Doktrin gängigen Begriff des Partnerwerks ("entreprise partenaire"; ROBERT DANON, in: Commentaire romand, Impôt fédéral direct, Noël/Aubry Girardin [Hrsg.], 2. Aufl. 2017, N. 287 zu Art. 58 DBG ; OESTERHELT/MÜHLEMANN/BERTSCHINGER, in: Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, Zweifel/Beusch [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, 4. Aufl. 2022, N. 242 und 244 zu Art. 58 DBG ; LOCHER/GIGER/PEDROLI, a.a.O., N. 193 zu Art. 58 DBG).

E. 2.3.3

Der Gesetzgeber nennt in Art. 58 Abs. 3 DBG die drei allgemein anerkannten Herangehensweisen, die im internationalen Kontext unter dem Begriff "geschäftsfallbezogene Standardmethoden" geläufig sind (Urteil 2C_548/2020 / 2C_551/2020 vom 3. Mai 2021 E. 3.2.2; Ziff. 2.13 ff. OECD-Verrechnungspreisleitlinien für multinationale Unternehmen und Steuerverwaltungen, zurzeit in der Fassung von 2022 [nachfolgend: OECD-VPLL]; PATRICK SCHERRER, Der Grundsatz des "dealing at arm's length" im interkantonalen Steuerrecht der Schweiz, 2023, Rz. 279; HARBEKE/HUG/SCHERRER, Verrechnungspreisrecht der Schweiz, 2022, Rz. 561; OESTERHELT/MÜHLEMANN/ BERTSCHINGER, a.a.O., N. 249 zu Art. 58 DBG ; STOCKER/SCHMID, in: Internationales Steuerrecht der Schweiz, Stocker/Oesterhelt [Hrsg.], 2023, § 17 Rz. 44 f.; LOCHER/MARANTELLI/OPEL, Einführung in das internationale Steuerrecht der Schweiz, 4. Aufl. 2019, S. 466 ff.; dazu insbesondere auch: HUBERTUS BAUMHOFF, in: Verrechnungspreise international verbundener Unternehmen, Wassermeyer/Baumhoff/Ditz [Hrsg.], 2. Aufl. 2022, Rz. 5.1 ff.). Die Aufzählung in Art. 58 Abs. 3 DBG ist abschliessender Natur; anders als die drei Standardmethoden sind die geschäftsfallbezogenen Gewinnmethoden hier nicht einschlägig (Urteil 2C_495/2017 / 2C_512/2017 vom 27. Mai 2019 E. 8.1 und 11.1 mit Hinweisen).

E. 2.3.4

Art. 58 Abs. 3 DBG legt unter den drei kodifizierten Standardmethoden keine bestimmte Hierarchie fest (Urteil 2C_548/2020 / BGE 151 II 11 S. 28 2C_551/2020 vom 3. Mai 2021 E. 3.2.3). Die Veranlagungsbehörden verfügen bei Anwendung von Art. 58 Abs. 3 DBG über einen Beurteilungsspielraum (ebenda E. 3.2.3; Urteil 2C_495/2017 / 2C_512/ 2017 vom 27. Mai 2019 E. 10.1). Nach Praxis und Doktrin steht aber die Kostenaufschlagsmethode ("méthode du coût majoré", "cost-plus method") im Vordergrund. Hauptsächliche Anwendungsgebiete der Kostenaufschlagsmethode sind die Auftrags- und die Lohnfertigung unter verbundenen Unternehmen, die oft auf langfristiger vertraglicher Bindung beruhen (Ziff. 2.45 OECD-VPLL; dieser Ansicht insbesondere auch XAVIER OBERSON, Précis de droit fiscal international, 5. Aufl. 2022, Rz. 971; OLIVER BARTHOLET, Transferpreisberichtigung und ihre Sekundäraspekte im schweizerischen Steuerrecht, 1995, S. 66; SCHERRER, a.a.O., Rz. 533; HARBEKE/HUG/ SCHERRER, a.a.O., Rz. 626; STOCKER/SCHMID, a.a.O., § 17 Rz. 57; OESTERHELT/MÜHLEMANN/BERTSCHINGER, a.a.O., N. 252 zu Art. 58 DBG ; LOCHER/MARANTELLI/OPEL, a.a.O., S. 478; BAUMHOFF, a.a.O., Rz. 5.39). Die Eignung der Kostenaufschlagsmethode ist auch im vorliegenden Fall unbestritten. Sie darf als "most appropriate method" (Ziff. 2.2 OECD-VPLL) gelten, da die erzeugte Elektrizität einzig bzw. weitestgehend an das Aktionariat geliefert wird (vorne E. 2.3.2). Dementsprechend ist für die Beurteilung, ob eine drittpreiskonforme Fakturierung vorliege, ein hypothetischer Vergleich anzustellen, der auch auf kalkulatorischen Annahmen beruht (HARBEKE/HUG/SCHERRER, a.a.O., Rz. 564; ferner STOCKER/SCHMID, a.a.O., § 17 Rz. 45).

E. 2.3.5

Ausgangspunkt zur Ermittlung des steuerbaren Gewinns bilden auch im Fall der Partnerwerke die allgemeinen Bestimmungen, wie sie insbesondere aus Art. 58 Abs. 1 lit. b Lemma 5 DBG hervorgehen (Urteil 2C_495/2017 / 2C_512/2017 vom 27. Mai 2019 E. 7.2.2 und 8.1), der seinerseits auf das Handelsrecht verweist (DANON, a.a.O., N. 287 zu

Art. 58 DBG ; OESTERHELT/MÜHLEMANN/ BERTSCHINGER, a.a.O., N. 247 zu Art. 58 DBG). Das Handelsrecht stellt in Fragen der Buchführung und Rechnungslegung das "Leitrecht" dar und beruht seinerseits auf der Betriebswirtschaftslehre (so etwa BGE 149 II 290 E. 3.3.4.1 [zum Mehrwertsteuerrecht]; LOCHER/GIGER/PEDROLI, a.a.O., N. 11 zu Art. 58 DBG). Zur Beantwortung der Frage, ob eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliege, ist nach dem hypothetischen Preis zu fragen, den ein unabhängiger Dritter für die gelieferte Elektrizität aufgewendet hätte. Liegt der tatsächlich bezahlte Preis unter dem in Anwendung von Art. 58 Abs. 3 DBG BGE 151 II 11 S. 29 ermittelten Wert, ist die Bemessungsgrundlage auf Ebene des Partnerwerks entsprechend anzuheben ("Primärberichtigung", "ajustement initial", "primary adjustment"). Mittelbar ergibt sich daraus die Minderung der Bemessungsgrundlage auf Ebene der Partner ("Gegenberichtigung", "ajustement corrélatif" bzw. "corresponding adjustment"; näher dazu: DANON, a.a.O., N. 288 zu Art. 58 DBG ; LOCHER/GIGER/PEDROLI, a.a.O., N. 206 ff. zu Art. 58 DBG ; OESTERHELT/MÜHLEMANN/BERTSCHINGER, a.a.O., N. 261 ff. zu Art. 58 DBG).

E. 2.3.6

Die Nennung der drei Standardmethoden in Art. 58 Abs. 3 DBG erinnert an Art. 9 Abs. 1 des Musterabkommens der OECD zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen (OECD-MA). Dessen ungeachtet handelt es sich bei Art. 58 Abs. 3 DBG um eine Norm des rein unilateralen Rechts (Urteil 2C_495/2017 / 2C_512/2017 vom 27. Mai 2019 E. 7.2.2), die auch gar nicht auf internationale Sachverhalte angelegt ist. Eine Auslegung im Lichte von Art. 9 Abs. 1 OECD-MA ist folglich nicht geboten, insbesondere auch keine dynamische (vgl. BGE 149 II 400 E. 9.4.3). Was namentlich die hier besonders interessierenden OECD-VPLL angeht, liegt bereits einschlägige bundesgerichtliche Rechtsprechung vor: Danach gilt, dass bei Auslegung und Anwendung von Art. 58 Abs. 3 DBG zwar nichts dagegen spricht, einen Blick auf die OECD-VPLL zu werfen, dass aber keinerlei Verpflichtung besteht, die Sichtweise der OECD-VPLL dynamisch zu übernehmen (Urteil 2C_495/2017 / 2C_512/2017 vom 27. Mai 2019 E. 11.1 und 11.2). Folglich sind die in der OECD-VPLL niedergelegten Grundsätze, wie sie in den streitigen Steuerperioden 2009 bis 2011 bestanden (statisch), höchstens hilfswiese heranzuziehen (weiterführend hierzu: HARBEKE/SCHERRER, Innerstaatliche Anwendung der OECD-Verrechnungspreisrichtlinien, StR 78/2023 S. 700 ff.). Denn beim hypothetischen Fremdvergleichspreis gemäss Art. 58 Abs. 3 DBG geht es um einen Aspekt aus dem Bereich des unilateralen Bundesgesetzesrechts, der nach den auf ein Bundesgesetz anwendbaren Regeln auszulegen und anzuwenden ist (BGE 150 III 113 E. 6.2.1.6). Das Bundesgericht kann die vorinstanzliche Auslegung und/oder Anwendung dieser Norm mit unbeschränkter, von den Auffassungen der OECD unberührter Kognition nachgehen (nicht publ. E. 1.2).

E. 2.3.7

Eine umfassende Auslegung der Norm gebietet sich umso mehr, als sich Art. 58 Abs. 3 DBG aus verschiedenen unbestimmten Rechtsbegriffen zusammensetzt. Das Bundesgericht hat im Urteil 2C_495/ BGE 151 II 11 S. 30 2017 / 2C_512/2017 vom 27. Mai 2019 den Behörden einen Handlungsspielraum ("pouvoir d'appréciation") zugestanden (dortige E. 10.1 und 12.4.2) und dies unter anderem damit begründet, dass Art. 58 Abs. 3 DBG keine methodischen Vorgaben mache. Anders als im Urteil 2C_495/2017 / 2C_512/2017 vom 27.

Mai 2019 geht es im vorliegenden Verfahren gerade darum, die scheinbare Offenheit von Art. 58 Abs. 3 DBG über den konkreten Einzelfall hinaus mit Konturen zu versehen, sodass in allen vergleichbaren Fällen eine einheitliche Rechtsanwendung sichergestellt ist. Ein Gestaltungsspielraum besteht mit anderen Worten weniger in methodischer als vielmehr in bewertungstechnischer Hinsicht, ansonsten Art. 58 Abs. 3 DBG zwangsläufig zur blossen Richtschnur verkäme. Dadurch würde der Normsinn ins Gegenteil verkehrt, bezweckt Art. 58 Abs. 3 DBG doch - im Verbund mit dem gleichgelagerten Art. 24 Abs. 5 StHG (SR 642.14; hinten E. 5) - eine schweizweit einheitliche Besteuerung der Partnerwerke. Aus diesem Grund findet es im Bundesgesetzrecht keine Grundlage, wenn die Steuerpflichtige von einer weitreichenden Handlungsfreiheit ausgeht und der Vorinstanz eine willkürliche Verengung des Gestaltungsspielraums unterstellt.

E. 2.3.8

Um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt es sich namentlich bei den "Gestehungskosten" ("coût actuel de production", "prezzo di costo"), wie das Bundesgericht schon im Urteil 2C_495/2017 / 2C_512/2017 vom 27. Mai 2019 E. 12.1 ausgeführt hat. Das Bundesgericht hat in diesem Urteil die Kostenaufschlagsmethode näher betrachtet und erwogen, dass grundsätzlich sämtliche Betriebskosten ("charges d'exploitation") in die Kostenbasis einzubeziehen seien (ebenda E. 12.4.1.4). Zu berücksichtigen seien auch die Finanzierungskosten ("frais financiers"), worunter im damaligen Fall die Fremdkapitalkosten ("intérêts passifs") verstanden wurden (ebenda E. 12.4.1.1). Demgegenüber seien die eidgenössischen, kantonalen und kommunalen Steuern von der Kostenbasis auszunehmen, was mit der aus Art. 59 Abs. 1 lit. a DBG fliessenden Abzugsfähigkeit begründet wurde (ebenda E. 12.3).

E. 2.3.9

Ausgehend von den "sämtlichen Betriebskosten" bzw. Vollkosten hielt das Bundesgericht im damaligen Urteil unter dem Aspekt des Kostenzuschlags fest, dass in der Literatur von einer eigentlichen Bandbreite gesprochen werde. BAUMHOFF nenne eine Spanne von 5,0 bis 10,0 Prozent und betone die Bedeutung der Prüfung des konkreten Einzelfalls (ebenda E. 12.1). Im seinerzeitigen Fall hatte die Steuerrekurskommission des Kantons Wallis als BGE 151 II 11 S. 31 Fremdvergleichsmarge einen Aufschlag von 5,0 Prozent für angemessen erachtet und sich dabei auf das seinerzeitige Rundschreiben der ESTV vom 17. September 1997 betreffend Besteuerung von Dienstleistungsgesellschaften (ASA 66 S. 299 f.) gestützt. Ob der Ansatz von 5,0 Prozent im konkreten Fall tatsächlich angemessen sei, konnte das Bundesgericht damals offenlassen, da mit Blick auf die deklarierten steuerbaren Gewinne ohnehin keine verdeckten Gewinnausschüttungen vorlagen (ebenda E. 13).

E. 3.1

Im vorliegenden Fall stellen sich methodisch-praktische Fragen, die über das hinausgehen, was das Bundesgericht im Urteil 2C_495/2017 / 2C_512/2017 vom 27. Mai 2019 zu entscheiden hatte. Die Methode zur Ermittlung des hypothetischen Fremdvergleichspreises erfordert im vorliegenden Zusammenhang eine nähere Untersuchung, namentlich was die Bildung der Kostenbasis ("Gestehungskosten" vor Vornahme des Kostenzuschlags) anbelangt.

E. 3.2

Vor dem Hintergrund der unbestrittenen Kostenaufschlagsmethode stimmen die Parteien darin überein, dass die Vollkosten zum Ausgangspunkt genommen werden sollen. Streitig

ist hingegen, auf welche Weise die Vollkosten zu ermitteln seien bzw. was positiv darin einzufließen habe oder negativ davon auszunehmen sei (hinten E. 3.4). Bundesgerichtlich zu klären ist insbesondere auch die umstrittene Verzinsung des Eigenkapitals (hinten E. 3.5), sowohl bezüglich der Basis (Bemessungsgrundlage) als auch der Höhe nach (Zinssatz; Sachverhalt Bst. C.e). Die Steuerpflichtige erachtet den Einbezug kalkulatorischer Eigenkapitalzinsen von vornherein als willkürlich. Insofern einer Meinung, halten Vorinstanz und Veranlagungsbehörde einen Kostenaufschlag bzw. Gewinnzuschlag von 10,0 Prozent für angemessen (Sachverhalt Bst. C.d und C.f). Die Steuerpflichtige erhebt auch in diesem Zusammenhang den Vorwurf des willkürlichen Eingriffs in die unternehmerische Handlungsfreiheit (hinten E. 3.6).

E. 3.3.1

Unter den Vollkosten ("charges d'exploitation") ist die Gesamtheit jener Kosten zu verstehen, die einer leistungserbringenden Person aufgrund der von ihr erbrachten Lieferungen und Leistungen erwachsen. Die Vollkosten zum Ausgangspunkt zu nehmen (dazu WALTER, a.a.O., S. 211; SCHERRER, a.a.O., Rz. 527), ist bundesrechtlich einwandfrei, müssen die Umsatzerlöse doch alle durch die Leistung BGE 151 II 11 S. 32 verursachten Kosten decken, um überhaupt einen Ertragsüberschuss bewirken zu können (COENENBERG/FISCHER/GÜNTHER, Kostenrechnung und Kostenanalyse, 9. Aufl. 2016, S. 73). Bei langfristiger Betrachtung sollen mindestens die gesamten Durchschnittskosten pro Leistungseinheit gedeckt sein (BAUMHOFF, a.a.O., Rz. 5.42). Die Doktrin spricht anstelle von den "Vollkosten" mitunter von den "Selbstkosten" (so namentlich BAUMHOFF, a.a.O., Rz. 5.39; SCHERRER, a.a.O., Rz. 527). Beide Begriffe stehen für die Summe jener leistungsbedingten Kosten, die entweder tatsächlich angefallen und/oder zumindest kalkulatorisch zu berücksichtigen sind. Der grundsätzlich wertmässige Kostenbegriff - in Abgrenzung zum rein pagatorischen Ansatz - beruht auf betriebswirtschaftlichen Grundsätzen (BAUMHOFF, a.a.O., Rz. 5.39 und insb. 5.41). Als Kostenbasis stehen daher die Kosten im Vordergrund, die gemäss der betriebswirtschaftlichen Kostenlehre ermittelt werden (SCHERRER, a.a.O., Rz. 528).

E. 3.3.2

Der Begriff der Kosten stimmt inhaltlich nicht vollständig mit jenem des Aufwands überein (dazu etwa CONRAD MEYER, Betriebswirtschaftliches Rechnungswesen, 3. Aufl. 2012, S. 183 f.; aus der älteren Literatur: LEO NADIG, Betriebsabrechnung und Kalkulation, Bd. I, 2. Aufl. 1979, S. 5). In zeitlicher Hinsicht kann auf die Kosten abgestellt werden, wie sie im zurückliegenden Geschäftsjahr angefallen ("Istkosten" bzw. Ansatz "ex post"), durchschnittlich eingetreten ("Normalkosten") oder zumindest budgetiert sind ("Plankosten" bzw. Ansatz "ex ante"). Bei aller Wahlfreiheit hat über einen längeren Zeitraum dieselbe Methode zu herrschen, um Vergleichbarkeit herbeizuführen. Zu suchen ist, wie von der Betriebswirtschaftslehre vorgegeben und vom Handelsrecht als "Leitrecht" übernommen (vorne E. 2.3.5), nach den massgebenden Kosten der betrieblichen Leistungserstellung. Sie bestehen - hier vereinfachend dargestellt - aus den direkten Kosten (Einzelkosten) gemäss Kostenartenrechnung und den indirekten Kosten (Gemeinkosten) gemäss Kostenstellenrechnung, die insgesamt in der Kostenträgerrechnung einfließen (BAUMHOFF, a.a.O., Rz. 5.45 ff.; MEYER, a.a.O., S. 193 ff.).

E. 3.3.3

Die Vorinstanz (Sachverhalt Bst. C.g) und die Veranlagungsbehörde (Sachverhalt Bst. D.c) nehmen den verbuchten (pagatorischen) Betriebsaufwand zum Ausgangspunkt. Dieser setzt sich zusammen aus Material und Fremdleistungen, Netznutzung und Systemdienstleistungen, Personalaufwand, Abschreibungen, Wasserrechtsabgaben, regulatorisch verfügbaren Abgaben, übrigem BGE 151 II 11 S. 33 Betriebsaufwand sowie Kapital- und Liegenschaftssteuern. Dies geht aus den Jahresrechnungen hervor, die das Bundesgericht auch in diesem Zusammenhang sachverhaltsergänzend heranziehen darf (Art. 105 Abs. 2 BGG). Vorinstanz und Veranlagungsbehörde neutralisieren übereinstimmend die Kapital- und Liegenschaftssteuern, sie eliminieren die Kosten für Leistungen an unabhängige Dritte und fügen das Finanzergebnis hinzu. Dies führt sie zu Kosten (vor der Verzinsung des Eigenkapitals) von Fr. 25'176'000.- (2009), Fr. 16'591'000.- (2010) und Fr. 19'116'000.- (2011). Die Steuerpflichtige spricht sich demgegenüber für eine "minimale Kostenbasis" (bei gleichzeitig "minimalem Kostenaufschlag") aus. Sie kritisiert, dass die Vorinstanz in willkürlicher Weise von einer "Kontrollrechnung mit breiter Kostenbasis und hohem Kostenaufschlag" ausgegangen sei. Richtigerweise, meint sie, sei nicht nach einem bestimmten Wert, sondern nach einer "Bandbreite" zu suchen.

E. 3.4.1

Wie zu zeigen ist, vermag keiner der vertretenen Ansätze vollauf zu überzeugen. Die Kritik setzt einerseits bei der Behandlung des Steueraufwandes (nachfolgende E. 3.4.2 ff.) und andererseits bei den kalkulatorischen Kosten des Eigenkapitals an (hinten E. 3.5).

E. 3.4.2

Eine erste Prüfung ist im Bereich der Kostenbasis anzustellen. Bei der Methode, wie die Vorinstanz und die Veranlagungsbehörde sie bevorzugen, bleiben sämtliche Steuern von der Kostenbasis ausgenommen: Während die verbuchten Kapital- und Liegenschaftssteuern eliminiert werden, fließen die Gewinnsteuern gar nicht erst in die Basis ein. Diese Vorgehensweise liegt nicht zwingend auf der Hand. In der Literatur finden sich verschiedene Meinungen. Teils wird vorgebracht, die Steuern hätten in die Kostenbasis nicht einzufließen (was der Meinung von Vorinstanz und Veranlagungsbehörde entspricht). Der Einbezug der Steuern soll demnach einen Widerspruch zu Ziff. 2.37 OECD-VPLL in der seinerzeitigen Fassung von 1995 begründen. Es wird dahingehend argumentiert, dass "Kosten, die nicht in Zusammenhang mit der zu verprobenden Funktion (...) stehen, von der massgebenden Bemessungsgrundlage zur Ermittlung des Kostenaufschlags" auszunehmen seien (STOCKER/STUDER, Bestimmungen von Verrechnungspreisen - Ausgewählte Aspekte der schweizerischen Praxis, Der Schweizer Treuhänder 83/2009 S. 386 ff., insb. 389 f.; ähnlich SCHERRER, a.a.O., Rz. 530). BGE 151 II 11 S. 34 Teils vertritt die Doktrin die gegensätzliche Auffassung, wobei auf eine nicht näher umrissene "schweizerische Praxis" Bezug genommen wird (ZUCKSCHWERDT/MEUTER, Verrechnung von Konzerndienstleistungen [Teil 2], Zürcher Steuerpraxis [ZStP] 2/2013 S. 95 ff., insb. 101). Nähere Hinweise auf diese "schweizerische Praxis" finden sich immerhin in der älteren Literatur (namentlich bei HEINZ MASSHARDT, Kommentar zur direkten Bundessteuer, 2. Aufl. 1985, N. 5 zu Art. 55 BdBst). Darin wird auf das seinerzeitige Kreisschreiben der ESTV vom 29. Juni 1959 über "die Besteuerung von inländischen Gesellschaften verwiesen, die ihre Geschäftstätigkeit zur Hauptsache im Ausland ausüben" (ASA 28 S. 43). Im zeitgenössischen deutschen Schrifttum wird - im Sinne der "schweizerischen Praxis" - betont, dass von den "vollen Selbstkosten einschliesslich der Verwaltungs- und

Vertriebsgemeinkosten" auszugehen sei, was bedeute, dass "Steuern in der Kostenbasis enthalten" sein müssten (ALEXANDRA DOLEZEL, in: Verrechnungspreise, Vögele/Borstell/van der Ham [Hrsg.], 6. Aufl. 2024, Kap. 44 Rz. 231). Differenzierend äussert sich etwa eine ältere betriebswirtschaftliche Stimme, die geltend macht, der Aufwand für Vermögens- und Kapitalsteuern sei in jedem Fall als Kostenbestandteil zu berücksichtigen, nicht aber der Gewinnsteueraufwand. Dieser sei aus dem Gewinn zu decken und daher nicht als Kostenbestandteil zu behandeln (NADIG, a.a.O., S. 31). Liegenschaftssteuern fallen nach dieser Sichtweise wohl unter die "Vermögenssteuern" und sind in die Kostenbasis einzuschliessen. Zu eliminieren ist dieser Ansicht zufolge (nur) der Gewinnteueraufwand.

E. 3.4.3

Das Bundesgericht konnte sich, soweit ersichtlich, mit der Streitfrage erst einmal beschäftigen, wobei es sich diesem Aspekt eher beiläufig widmete. Im Urteil 2C_495/2017 / 2C_512/2017 vom 27. Mai 2019 E. 12.3 erwo es, dass die eidgenössischen, kantonalen und kommunalen Steuern zu eliminieren, mithin in ihrer Gesamtheit aus der Kostenbasis zu entfernen bzw. nicht einzubeziehen seien. Es hat dies damit begründet, dass die Steuern von Gesetzes wegen abzugsfähig seien (gemäss Art. 59 Abs. 1 lit. a DBG ; vorne E. 2.3.8). Dazu ist vorzuschicken, dass Partnerwerke im Sinne von Art. 58 Abs. 3 DBG zwar im öffentlichen Interesse tätig werden (vorne E. 2.3.1), ohne aber steuerbefreit zu sein. Sie gelten nicht als juristische Personen, die öffentliche oder gemeinnützige Zwecke im Sinne von Art. 56 lit. g DBG verfolgen und daher steuerbefreit werden können. Wie alle übrigen steuerpflichtigen juristischen Personen sind sie BGE 151 II 11 S. 35 folglich berechtigt, die von ihnen getragenen eidgenössischen, kantonalen und kommunalen Steuern als geschäftsmässig begründeten Aufwand zu behandeln (Art. 59 Abs. 1 lit. a DBG ; ebenso Art. 25 Abs. 1 lit. a StHG). Der Steueraufwand als solcher ist abzugsfähig (BGE 143 II 674 E. 3.4.1). Bemessungsgrundlage der harmonisierten Gewinnsteuern bildet das Ergebnis nach Steuern.

E. 3.4.4

Bei aller Abzugsfähigkeit bleibt es dabei, dass tatsächlich Steuern anfallen und vom Partnerwerk zulasten der Erfolgsrechnung zu tragen sind. Wie aus den Jahresrechnungen hervorgeht, hat die Steuerpflichtige in den drei Steuerperioden Gewinnsteuern von Fr. 4'288'000.- (2009), Fr. 3'186'000.- (2010) und Fr. 2'220'000.- (2011) verbucht (Sachverhalt Bst. A.d). Ein grundlegender Unterschied zu anderen Aufwänden oder Kosten - etwa den Fremdkapitalzinsen - ist nicht ersichtlich. Folgerichtig geht aus Art. 6 Abs. 2 lit. b des Partnervertrags vom 17. März 2008 hervor, dass auch die Steuern als Bestandteil der "Jahreskosten zulasten der Partner" gelten. Soll der gesamte Aufwand gedeckt werden, hat dies auch die Steuern zu umfassen. Nicht nur aus der Betriebswirtschaftslehre, auch aus dem Urteil 2C_495/2017 / 2C_512/2017 vom 27. Mai 2019 geht hervor, dass die Vollkosten zu suchen sind. Denn die Kostenbasis gemäss Art. 58 Abs. 3 DBG setzt sich aus den "jeweiligen Gestehungskosten" ("coût actuel de production", "prezzo di costo"; vorne E. 2.3.1) zusammen. Diese beruhen auf einem klaren betriebswirtschaftlichen Konzept, das die "Selbstkosten" oder "Vollkosten" ins Zentrum stellt. Dadurch zeigt der Gesetzgeber an, dass sämtliche Positionen in die Kostenbasis einfließen sollen, die im Zusammenhang mit der Erzeugung der Elektrizität stehen, also auch die Steuern. Dasselbe ergibt sich, wie dargelegt, bereits aus dem Partnervertrag vom 17. März 2008, worauf die Steuerpflichtige sich behaften lassen muss.

E. 3.4.5

Zusammenfassend ergibt die Auslegung von Art. 58 Abs. 3 DBG, dass die verbuchten und abgegrenzten Steuern in die Kostenbasis einzubeziehen sind. Die bislang eher unklare "schweizerische Praxis" (vorne E. 3.4.2) ist zu bestätigen.

E. 3.4.6

Der betriebsfremde Aufwand und der ausserordentliche betriebliche Aufwand finden demgegenüber keinen Eingang in die Kostenbasis (NADIG, a.a.O., S. 5; dortiger Fall 4).

E. 3.5.1

Der Streit dreht sich schwergewichtig um die Kapitalkosten. Die Vorinstanz stützt sich für beide streitigen Elemente (Bemessungsgrundlage des Eigenkapitals und Zinssatz) auf die VAEFJP. Die BGE 151 II 11 S. 36 Veranlagungsbehörde hält dem entgegen, dass die in der VAEFJP verankerten Regeln ungeeignet seien, um eine angemessene Verzinsung des Eigenkapitals herbeizuführen. Zum einen sei der Verordnung zufolge nur das Sicherheitseigenkapital zu verzinsen, zum anderen wäre aufgrund der Verordnung auf die Rendite von Bundesobligationen abzustellen. Beides sei ungenügend bzw. nicht angebracht, rügt die Veranlagungsbehörde (Sachverhalt Bst. D.b). Die Steuerpflichtige macht ihrerseits geltend, der Einbezug eines Eigenkapitalzinses in die Kostenbasis greife "rechtswidrig in den Ermessensspielraum" ein und verstosse gegen das allgemeine Willkürverbot. Sie erklärt sinngemäss, dass es sich bei der Verzinsung des Eigenkapitals richtigerweise um kein Kosten-, sondern um ein Gewinnelement handle. Sie sieht die Gefahr, dass es zur doppelten Berücksichtigung eines Gewinnelements käme (einmal in der Kostenbasis, einmal im Kostenzuschlag) und die Finanzierungsneutralität verletzt wäre. Im Sinne eines Eventualstandpunkts sei eine Verzinsung auf Basis der VAEFJP immerhin "unter bestimmten Voraussetzungen" hinzunehmen.

E. 3.5.2

Die Bedenken der Steuerpflichtigen sind nicht völlig unbegründet. Denn es kann durchaus fraglich sein, ob die Eigenkapitalverzinsung als Kosten- oder als Gewinnelement zu betrachten sei. Die Fragestellung erinnert an die Behandlung der Gewinnsteuern, die nach der zitierten betriebswirtschaftlichen Lehrmeinung aus dem Gewinn zu bestreiten sein sollen (vorne E. 3.4.2). Wie schon im Fall der Steuern ist wiederum vom gesetzgeberischen Konzept der "Gestehungskosten" auszugehen, worunter die Vollkosten zu verstehen sind (vorne E. 2.3.8 und 3.3.1). Dies hat Auswirkungen auf die Bemessung des Kostenzuschlags: Nachdem die "Vollkosten" in einem umfassenden Sinne zu verstehen sind, muss dies zwangsläufig zur Folge haben, dass ein eher geringer Kostenzuschlag vorzunehmen ist. Um mit den Worten der Steuerpflichtigen zu sprechen: Bei "breiter Kostenbasis" ist ein "(eher) geringer Kostenzuschlag" am Platz. Der Kostenzuschlag hat diesfalls - im Sinne eines Nettogewinnzuschlags (dazu BARTHOLET, a.a.O., S. 66) - an sich nur die Gewinnkomponente zu decken, welche das Partnerwerk benötigt, um Neuinvestitionen zu tätigen und/oder das Ergebnis im Rahmen des handelsrechtlich Zulässigen an die Partner auszurichten (siehe auch BERT KAMINSKI, Verrechnungspreisbestimmung bei fehlendem Fremdvergleichspreis, 2001, S. 101). Auf die Höhe des Kostenzuschlags ist zurückzukommen (hinten E. 3.6). BGE 151 II 11 S. 37

E. 3.5.3

Bei allem methodischem Dissens stimmen die Vorinstanz und die Veranlagungsbehörde darin überein, dass die Verzinsung des (Eigen-)Kapitals einen Bestandteil der Kostenbasis bildet. Dies entspricht der herrschenden Lehre (anstatt aller: BAUMHOFF, a.a.O., Rz. 5.42). Der tatsächlich verbuchte Zinsaufwand, wie er aus der Erfolgsrechnung hervorgeht, umfasst die bezahlten oder abgegrenzten Zinsen, welche auf dem verzinslichen Fremdkapital zu leisten sind bzw. waren. Die Zinskosten sind demgegenüber Gegenstand der Betriebsbuchhaltung und erstrecken sich grundsätzlich auf das gesamte Kapital, also das Fremd- ebenso wie das Eigenkapital. Dadurch wird das Gebot der Finanzierungsneutralität ins Blickfeld gerückt, das die Steuerpflichtige anruft. Soweit hier interessierend, kennt die Betriebswirtschaftslehre zwei Methoden (WINIGER/PROCHINIG, Kostenrechnung, 6. Aufl. 2023, S. 24). Der erste Ansatz besteht darin, dass vom tatsächlich verbuchten Zinsaufwand ausgegangen wird und zusätzlich das Eigenkapital kalkulatorisch verzinst wird. Der Eigenkapitalzins entspricht dabei den Opportunitätskosten (dazu anschliessend). Dieser Vorgehensweise folgen die Veranlagungsbehörde und die Vorinstanz. Im zweiten Fall steht das verzinsliche betriebsnotwendige Kapital in seiner Gesamtheit im Mittelpunkt (hinten E. 3.5.7).

E. 3.5.4

Geht man von der ersten Methode aus, ist vorab sicherzustellen, dass tatsächlich das gesamte Eigenkapital verzinst wird. Dieses erfasst das ganze offene Eigenkapital. Im vorliegenden Fall erreichte das handelsrechtliche Eigenkapital in den drei interessierenden Steuerperioden Fr. 59'890'000.-, Fr. 59'400'000.-bzw. Fr. 59'535'000.- (Sachverhalt Bst. A.d). Was den Eigenkapitalzins betrifft, hatte die Vorinstanz schon im Urteil A 15 49 vom 28. Oktober 2021 erwogen, dass dieser in Analogie zur VAEFJP zu berechnen sei (Sachverhalt Bst. B.b), was sie im zweiten Rechtsgang - nachdem die Veranlagungsbehörde der Weisung nicht gefolgt war (Sachverhalt Bst. C.a) - ausdrücklich bestätigte (Sachverhalt Bst. C.e). Hinsichtlich des Zinssatzes stellte sie auf die Rendite der zehnjährige Bundesobligationen ab (Sachverhalt Bst. C.g). Die Veranlagungsbehörde hat ihrerseits das durchschnittliche Eigenkapital (arithmetisches Mittel des offenen Eigenkapitals am Ende der Vorperiode bzw. am Ende der Laufperiode) ermittelt und einen "risikolosen" Zinssatz von 5,0 Prozent herangezogen (Sachverhalt Bst. D.c). Ursprünglich hatte sie vertreten, es sei ein Eigenkapitalkostensatz von 7,96 Prozent für die Steuerperiode 2009 und ein solcher von 6,86 Prozent für die Steuerperioden 2010 und 2011 zu verwenden (Sachverhalt Bst. B.c). BGE 151 II 11 S. 38

E. 3.5.5

Das von der Vorinstanz bevorzugte Modell vermag vor dem Hintergrund von Art. 58 Abs. 3 DBG nicht zu bestehen: Das handelsrechtliche Eigenkapital erreichte, wie aus den Geschäftsberichten hervorgeht, in den drei Steuerperioden Fr. 59'890'000.-, Fr. 59'400'000.- bzw. Fr. 59'535'000.- (Sachverhalt Bst. A.d). Dem ist das Sicherheitseigenkapital gegenüberzusetzen, wie die Vorinstanz es ermittelte (Fr. 2'674'000.- [2009], Fr. 2'030'000.- [2010] und Fr. 2'087'000.- [2011]; Sachverhalt Bst. C.g). Das Sicherheitseigenkapital bildet damit einen geringfügigen Ausschnitt, was daher rührt, dass das Sicherheitskapital begrifflich dem Teil des in der Schweiz steuerbaren Eigenkapitals [...] entspricht, der das für die Geschäftstätigkeit langfristig benötigte Eigenkapital übersteigt (Art. 25a bis Abs. 2 Satz 1 StHG). Der Fokus liegt damit auf dem überschüssenden Eigenkapital, während das hier hauptsächlich interessierende betriebsnotwendige Eigenkapital von vornherein ausser Acht gelassen wird. Für die Zwecke von Art. 58 Abs. 3 DBG liefert dies keine hinreichende

Bemessungsgrundlage.

E. 3.5.6

Eine weitere Schwäche liegt in der Bemessung des Zinssatzes des Sicherheitseigenkapitals: Dieser entspricht der Rendite von zehnjährigen Bundesobligationen am letzten Handelstag des dem Beginn der Steuerperiode vorangegangenen Kalenderjahres (Art. 25a bis Abs. 4 Satz 1 StHG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 VAEFJP). Mit Blick auf die eher statische Leistungserbringung im Bereich der Produktion von Elektrizität ist ein Eigenkapitalsatz heranzuziehen, der über längere Zeit massgebend ist. Das Abstellen auf die Rendite von zehnjährigen Bundesobligationen hat in der jüngsten Vergangenheit zu Ergebnissen geführt, die für die Zwecke der Kostenaufschlagsmethode offenkundig zu niedrig ausfallen. So hat die ESTV den kalkulatorischen Zinssatz mit 0,0 Prozent (2020, 2021, 2022), 1,565 Prozent (2023) und zuletzt 0,656 Prozent (2024; zum Ganzen: Website der ESTV) bemessen. Da Art. 25a bis StHG (erst) am 1. Januar 2020 in Kraft getreten ist (AS 2019 2395, 2413), liegen zu früheren Jahren keine kalkulatorischen Zinssätze vor.

E. 3.5.7

Damit fallen weder das Sicherheitseigenkapital als solches noch der veröffentlichte kalkulatorische Zinssatz in Betracht. Wie mehrfach dargelegt, ruft der Begriff der "Gestehungskosten" nach einer "breiten Kostenbasis", was unmittelbar aus Art. 58 Abs. 3 DBG hervorgeht. Der (unbestimmte) Begriff der Gestehungskosten ist vor dem Hintergrund seines klaren betriebswirtschaftlichen Konzepts zu sehen und verlangt nach dem Einbezug der kalkulatorischen Zinsen des BGE 151 II 11 S. 39 eingesetzten Kapitals (dazu wiederum BAUMHOFF, a.a.O., Rz. 5.42). Das "Ob" ergibt sich damit unmittelbar aus Art. 58 Abs. 3 DBG und äussert sich darin, dass das gesamte offene Eigenkapital zu verzinsen ist. Insoweit besteht kein Handlungsspielraum. Anders verhält es sich in Bezug auf das "Wie", indem die Methode und die Höhe des Zinssatzes (auch) aufgrund betriebsspezifischer Eigenheiten gewählt werden können. Im Sinne eines Zwischenfazit ist daher festzustellen, dass der von der Veranlagungsbehörde vertretene Ansatz (durchschnittliches offenes Eigenkapital) grundsätzlich zu überzeugen vermag. Damit ist den Erfordernissen von Art. 58 Abs. 3 DBG Genüge getan.

E. 3.5.8

Dies alles betrifft die erste Methode. Die zweite Methode ist anspruchsvoller, sie lässt aber ein betriebswirtschaftlich noch präziseres Ergebnis erwarten. Nur bei Anwendung der zweiten Methode ist gesichert, dass über das Eigenkapital hinaus das gesamte betriebsnotwendige Kapital zutreffend verzinst wird. Entsprechend hat der Gesetzgeber in einem anderen, aber verwandten Bereich bestimmt, dass zwar nicht die Energieproduzenten, aber die Energieverteiler nach der zweiten Methode vorzugehen haben. Dies geht aus Art. 13 ff. des Bundesgesetzes vom 23. März 2007 über die Stromversorgung (StromVG; SR 734.7) hervor. Dieses Gesetz ist unter anderem auch wettbewerbsrechtlich motiviert (BGE 138 I 454 E. 3.6.3), was seine Nähe zum hier interessierenden hypothetischen Drittvergleichspreis unterstreicht und seine grundsätzliche Eignung für Partnerwerke aufzeigt. Quersubventionierungen sind - im Sinne des "dealing at arm's length" - untersagt (Art. 10 Abs. 1 StromVG ; wiederum BGE 138 I 454 E. 3.6.3).

E. 3.5.9

Von Bundesrechts wegen darf das für die Netznutzung von den Netznutzern an die Netzbetreiber zu leistende Entgelt die anrechenbaren Kosten sowie die Abgaben und

Leistungen an Gemeinwesen nicht übersteigen (Art. 14 Abs. 1 StromVG). Als anrechenbare Kosten gelten gemäss Art. 15 Abs. 1 StromVG die Betriebskosten (Art. 15 Abs. 2) und die Kapitalkosten (Art. 15 Abs. 3) eines sicheren, leistungsfähigen und effizienten Netzes. Für die jährliche Verzinsung der für den Betrieb der Netze notwendigen Vermögenswerte ist nach den betriebsnotwendigen Vermögenswerten zu suchen (Art. 15 Abs. 3 lit. b StromVG in Verbindung mit Art. 13 Abs. 3 lit. a der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 [StromVV; SR 734.71]). Die anrechenbaren Kapitalkosten werden auf die kalkulatorischen Abschreibungen einerseits und die kalkulatorischen Zinsen BGE 151 II 11 S. 40 andererseits beschränkt (Art. 15 Abs. 3 StromVG). Der kalkulatorische Zinssatz entspricht dabei dem Satz der durchschnittlichen Kosten des eingesetzten Kapitals ("Weighted Average Cost of Capital", WACC; so Art. 13 Abs. 3 lit. b StromVV ; dazu insbesondere BGE 143 II 37 E. 8.3). Bei Anwendung der zweiten Methode wird gemeinhin in fünf Schritten vorgegangen (COENENBERG/FISCHER/GÜNTHER, a.a.O., S. 101 ff.; vereinfachend, in drei Schritten: NADIG/WERNER, Einführung in die Kostenrechnung, 3. Aufl. 2000, S. 33): Ermittlung des betriebsnotwendigen Vermögens; Bewertung des betriebsnotwendigen Vermögens; Ermittlung des betriebsnotwendigen Kapitals; Ermittlung des kalkulatorischen Zinssatzes; Ermittlung der kalkulatorischen Zinsen.

E. 3.5.10

Auch wenn der Modus, wie er branchenspezifisch aus Art. 15 Abs. 3 StromVG hervorgeht, für Partnerwerke nicht verbindlich vorgeschrieben ist, zeigt er doch die grundsätzliche Geeignetheit auf. In Bezug auf das "Wie" der Eigenkapitalverzinsung (Methode und Zinssatz) besteht aber eine gewisse Wahlfreiheit (vorne E. 3.5.6). Solange sichergestellt ist, dass von den Gestehungskosten ausgegangen und damit auch die Eigenkapitalverzinsung in die Kostenbasis einbezogen wird, ist es Sache der Partnerwerke, festzulegen, welcher Methode sie folgen und welchen (betriebswirtschaftlich nachvollziehbaren) Zinssatz sie anwenden wollen.

E. 3.5.11

Ein massgebender Eigenkapitalsatz von 5,0 Prozent ist bundesrechtlich vertretbar. Im Sinne einer Faustregel darf davon ausgegangen werden, dass ein Ansatz von 5,0 Prozent über längere Frist zu einer angemessenen Verzinsung des Eigenkapitals führt. Die Steuerpflichtige bringt im vorliegenden Verfahren nichts vor, was ein Abweichen von dieser Faustregel nahelegen könnte. Ihr Einwand, dass der Einbezug eines Eigenkapitalzinses in die Kostenbasis zu einer willkürlichen Verletzung des unternehmerischen Handlungsspielraums führe, greift offenkundig zu kurz. Darauf ist nicht weiter einzugehen. Zu hören ist dagegen das Argument, dass zwischen Fremdkapital und Eigenkapital insofern ein Unterschied bestehe, als (nur) der Fremdkapitalzins abzugsfähig sei. Dies überzeugt. Wird (positiv) ein Eigenkapitalzins in die Kostenbasis übernommen, muss (negativ) dem Steuereffekt Rechnung getragen werden. Darauf ist zurückzukommen (hinten E. 4).

E. 3.5.12

Bei Auslegung des Bundesgesetzesrechts von Amtes wegen zeigt sich zusammenfassend, dass die vorinstanzliche Herangehensweise weder in Bezug auf die Bemessung des Eigenkapitals noch BGE 151 II 11 S. 41 hinsichtlich der Festlegung des Eigenkapitalsatzes mit Art. 58 Abs. 3 DBG zu vereinbaren ist. Es ist der Veranlagungsbehörde zu folgen, deren

Vorgehen dazu führt, dass erstens das gesamte (durchschnittliche offene) Eigenkapital in die Bemessung einbezogen und dass zweitens ein Eigenkapitalsatz von 5,0 Prozent verwendet wird.

E. 3.6.1

Zu klären bleibt damit der Kostenzuschlag. Die Vorinstanz (Sachverhalt Bst. C.g) und die Veranlagungsbehörde (Sachverhalt Bst. D.c) halten einen Zuschlagssatz von 10,0 Prozent für angebracht. Wie bereits dargelegt, wendet die Steuerpflichtige nachvollziehbar ein, dass bei "breiter Kostenbasis" ein "(eher) geringer Kostenzuschlag" am Platz sei. In dem hier vertretenen Modell des Nettogewinnzuschlags dient der Kostenzuschlag einzig dazu, für eine hinreichende Gewinnkomponente zu sorgen (vorne E. 3.5.2). Die massgebenden Kosten sind Bestandteil der Kostenbasis. Vor dem Hintergrund der Vollkostenbetrachtung hat das Bundesgericht im Urteil 2C_495/2017 / 2C_512/2017 vom 27. Mai 2019 E. 12.1 erwogen, dass in der herrschenden Lehre eine Spanne von 5,0 bis 10,0 Prozent vertreten werde. Im konkreten Einzelfall musste das Bundesgericht darauf nicht näher eingehen, da offenkundig keine verdeckte Gewinnausschüttung bestand (vorne E. 2.3.9). Das damalige Partnerwerk hatte einen Kostenzuschlag von 5,0 Prozent angewendet.

E. 3.6.2

Welche Höhe der Kostenzuschlag sinnvollerweise erreicht, ist eine Frage des Branchenvergleichs, des Einzelbetriebs und des volkswirtschaftlichen Umfelds. Dem Bundesgericht liegen zwar keine repräsentativen Vergleichszahlen vor. Mit Blick darauf, dass der Gewinnzuschlag "netto" zu erfolgen hat und sich auf eine "breite" Kostenbasis bezieht, dürfte indes ein mittlerer einstelliger Prozentsatz im Vordergrund stehen. Dies widerspiegelt sich in den vertraglichen Gegebenheiten: Gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. e des Partnervertrags vom 17. März 2008 haben die Steuerpflichtige und ihre Partner einen Dividendenaufschlag von 5,0 Prozent vereinbart. Es mag eingewendet werden, dass dies eine Verzinsung des Eigenkapitals darstelle, wie sie bereits in der Kostenbasis enthalten ist. Dem wäre entgegenzuhalten, dass dem Gewinnzuschlag eine andere Funktion zukommt: Er soll es dem Partnerwerk erlauben, Neuinvestitionen zu tätigen und/oder, soweit handelsrechtlich zulässig, eine Dividende auszurichten (vorne E. 3.5.2).

E. 3.6.3

Für die Zwecke der Ermittlung des hypothetischen Fremdvergleichspreises empfiehlt es sich, von dieser Grössenordnung BGE 151 II 11 S. 42 auszugehen. Zusammenfassend ist der Kostenzuschlag damit im vorliegenden Fall mit 5,0 Prozent zu bemessen, was einerseits mit dem Partnervertrag, andererseits mit der "breiten" Kostenbasis begründet werden kann.

E. 3.7

Zu behandeln bleibt der Standpunkt der Steuerpflichtigen, wonach unter dem Aspekt des hypothetischen Fremdvergleichspreises nicht nach einem bestimmten Wert, sondern ausnahmslos nach einer "Bandbreite" zu suchen sei (vorne E. 3.3.3). In dieser Absolutheit überzeugt dies nicht. Zutreffend ist hingegen, dass der Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung unter anderem davon abhängt, dass die unvollständige Gegenleistung für die Organe der Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft überhaupt erkennbar ist. Daraus wird geschlossen, es sei eine Begünstigung beabsichtigt gewesen (so erstmals BGE 82 I 288 E. 1; vorne E. 2.2.1). Von "Erkennbarkeit" ist im vorliegenden Zusammenhang nur, aber immerhin auszugehen, wenn die Abweichung zwischen dem hypothetischen Fremdvergleichspreis und dem tatsächlich entrichteten Preis ein gewisses Ausmass erreicht.

Nicht jede noch so geringfügige Differenz ist "erkennbar" und beruht auf einer missbräuchlichen Betätigung des kaufmännischen Ermessens, die steuerrechtlich nicht hinzunehmen ist. In der Literatur wird die "Erkennbarkeit" teils unter dem Aspekt des "offensichtlichen Missverhältnisses" abgehandelt, wobei ein solches "aus Gründen der Rechtssicherheit" nur vorliegen soll, wenn die Abweichung "mindestens 25 Prozent (vom Verkehrswert)" ausmache (STOCKER/SCHMID, a.a.O., § 17 Rz. 9). Nur insofern ist der Begriff "Bandbreite" berechtigt, den die Steuerpflichtige verwendet. Dies wird anhand der rein informativen Darstellung (gleich anschliessend) zu vertiefen sein.

E. 4.1

Damit sind die gewonnenen Erkenntnisse, die sich aus der Auslegung von Art. 58 Abs. 3 DBG ergeben, auf den konkreten Fall zu übertragen. Dabei ist vorzuschicken, dass die Sache so oder anders an die Vorinstanz zurückzuweisen sein wird, damit diese prüft, ob unter den vom Bundesgericht festgesetzten generell-abstrakten Eckwerten im individuell-konkreten Fall eine verdeckte Gewinnausschüttung bestehe. Es ist zwar Sache des Bundesgerichts, das Bundesrecht im individuell-konkreten Fall auszulegen und anzuwenden (Art. 189 Abs. 1 lit. a BV ; Art. 95 lit. a BGG). Dagegen liegt es ausserhalb seiner verfassungsmässigen Zuständigkeiten und BGE 151 II 11 S. 43 Aufgaben, sich an die Stelle der Veranlagungsbehörde zu setzen und praktisch-rechnerische Überlegungen anzustellen, die sich erst nach vertieftem Studium aller kantonalen Akten vornehmen lassen. Es rechtfertigt sich daher, dass das Bundesgericht hier nicht reformatorisch entscheidet, sondern den angefochtenen Entscheid aufhebt und die Sache zur Festlegung der Steuerfaktoren an die Vorinstanz zurückweist (Art. 107 Abs. 2 BGG).

E. 4.2

Zur Verdeutlichung der vorstehenden Erwägungen ist von folgender Berechnung auszugehen, die - nachdem die eigentliche Subsumtion in der Kompetenz der kantonalen Behörden liegt - rein informatorischen Charakter beansprucht: 2009 2010 2011
Betriebsaufwand "netto" 26'439 17'715 19'907 + Kapital- und Liegenschaftssteuern 607 529 566 + Finanzergebnis 926 719 648 + Gewinnsteuern (verbucht) 4'288 3'186 2'220 =
Betriebsaufwand "brutto" 32'260 22'149 23'341 Durchschnittliches offenes Eigenkapital 59'495 59'645 59'468 + Verzinsung des durchschnittlichen EK 5% 5% 5% Eigenkapitalzins 2'975 2'982 2'973 = Kostenbasis vor Fremdanteilen 35'235 25'131 26'314 ./ Anteil für Leistungen an unabh. Dritte -8% -10% -7% -2'819 -2'513 -1'842 = Kostenbasis nach Fremdanteilen 32'416 22'618 24'472 + Kostenzuschlag 5% 5% 5% 1'762 1'257 1'316 Hypothetischer Fremdvergleichspreis 34'178 23'875 25'788 BGE 151 II 11 S. 44 Jahreskosten zulasten der Partner (Fibu) 32'309 22'052 25'013 Theoretische Unterdeckung (absolut) 1'869 1'823 775 Theoretische Unterdeckung (relativ) 5,47 % 7,63 % 3,01 % Mithin ergibt sich in relativen Zahlen eine (theoretische) Unterdeckung von 5,47, 7,63 und 3,01 Prozent. In absoluten Zahlen liegt die Abweichung im Rahmen dessen, was die Veranlagungsbehörde beantragt hat, sodass kein Verstoss gegen Art. 107 Abs. 1 BGG vorläge (nicht publ. E. 1.6 und vorne E. 2.2.3). Die relative Differenz ist vor dem Hintergrund der "Erkennbarkeit" zu würdigen. Da der informatorisch ermittelte hypothetische Fremdvergleichspreis nur verhältnismässig geringfügig von den tatsächlichen "Jahreskosten zulasten der Partner" abweicht, liesse sich in diesem Berechnungsmodell von keiner geldwerten Leistung sprechen (Art. 58 Abs. 1 lit. b Lemma 5 in Verbindung mit Abs. 3 DBG). Die Unterdeckung hätte steuerrechtlich unbeachtlich zu bleiben. Ob die in der Literatur vertretene Abweichung von "mindestens 25 Prozent" (vorne E. 3.7) überzeugt,

muss hier nicht entschieden werden. Verhielte es sich bei näherer Prüfung der individuell-konkreten Verhältnisse, die die Vorinstanz vorzunehmen haben wird, tatsächlich so, wie die informatorische Berechnung erwarten lässt, wäre die Beschwerde der Steuerpflichtigen gutzuheissen. Die Vorinstanz wird dies alles zu prüfen haben (vorne E. 4.1).

E. 4.3

Vor dem Hintergrund der erforderlichen Umsetzung der vorstehenden Eckwerte erweist die Beschwerde sich als begründet. Sie ist gutzuheissen und die Sache in Aufhebung des angefochtenen Entscheids an die Vorinstanz zurückzuweisen. III. Staats- und Gemeindesteuern des Kantons Graubünden

E. 5

Das harmonisierte Steuerrecht von Kantonen und Gemeinden enthält in Art. 24 Abs. 5 StHG eine mit Art. 58 Abs. 3 DBG übereinstimmend formulierte Bestimmung (SCHERRER, a.a.O., Rz. 290). BGE 151 II 11 S. 45 Der Kanton Graubünden hat die harmonisierungsrechtliche Vorgabe in Art. 79 Abs. 3 des Steuergesetzes vom 8. Juni 1986 (StG/GR; BR 720.000) überführt. Es kann damit in allen Teilen auf das zur direkten Bundessteuer Dargelegte verwiesen werden. Die Beschwerde ist auch bezüglich der Staats- und Gemeindesteuern des Kantons Graubünden gutzuheissen und die Sache in Aufhebung des angefochtenen Entscheids an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.