ZG_VERWALTUNGSGERICHT A 2020 5 vom 19. April 2022

ZG Verwaltungsgericht, 2022-04-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg_verwaltungsgericht_A_2020_5

FR: ZG_VERWALTUNGSGERICHT A 2020 5 du 19 avril 2022

IT: ZG_VERWALTUNGSGERICHT A 2020 5 del 19 aprile 2022

Regeste

Kantonssteuer / direkte Bundessteuer 2014 (Beteiligungsabzug) - Leitentscheid — Rekurs

Erwägungen

E. 2

Die Aufrechnung der Dividende der C._____ S.à.r.l. im Betrag von EUR _____ aufgrund der Periodizität sei als Dividende zu erfassen und vollumfänglich dem Beteiligungsabzug zu unterlegen;

E. 2.1

Das Verwaltungsgericht kann Einspracheentscheide der kantonalen Steuerverwaltung sowohl bezüglich kantonaler Steuern (§ 63 Abs. 3 VRG i.V.m. § 74 Abs. 2 VRG i.V.m. § 121 StG i.V.m. § 136 Abs. 2 StG) als auch bezüglich der direkten Bundessteuer (Art. 140 Abs. 3 DBG) in vollem Umfang überprüfen. Das Verwaltungsgericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (§ 74 Abs. 2 VRG i.V.m. § 121 StG i.V.m. § 137 Abs. 1 StG sowie Art. 142 Abs. 4 DBG i.V.m. Art. 130 Abs. 1 DBG). Es gilt der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (§ 74 Abs. 2 VRG i.V.m. § 121 StG i.V.m. § 137 Abs. 2 StG sowie Art. 143 Abs. 1 DBG). Das Verwaltungsgericht ist demzufolge verpflichtet, auf den – unter Mitwirkung der Verfahrensbeteiligten – festgestellten Sachverhalt die richtige Rechtsnorm, d.h. denjenigen Rechtssatz anzuwenden, den es als den zutreffenden erachtet, und ihm diejenige Auslegung zu geben, von der es überzeugt ist. Aus der Rechtsanwendung von Amtes wegen folgt, dass das Verwaltungsgericht als Rekursinstanz nicht an die rechtliche Begründung der Begehren gebunden ist und einen Rekurs auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen ganz oder teilweise gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer von der Vorinstanz abweichenden Begründung bestätigen kann.

E. 2.2

Ist der Sachverhalt unklar und daher zu beweisen, endet die Beweiswürdigung mit dem richterlichen Entscheid darüber, ob eine rechtserhebliche Tatsache als erwiesen zu gelten hat oder nicht. Der Beweis ist geleistet, wenn das Gericht gestützt auf die freie Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangt ist, dass sich der rechtserhebliche Sachverhalt verwirklicht hat (Zweifel/Casanova/Beusch/Hunziker, Schweizerisches Steuerverfahrensrecht, Direkte Steuern, 2. Aufl. 2018, § 19 Rz. 6). Auch wenn im harmonisierten Steuerrecht an sich das Beweismass der vollen Überzeugung ("Regelbeweismass") herrscht, bedarf es keiner absoluten Gewissheit. Es genügt, dass

E. 2.2.1

= StE 2018 B 24.4 Nr. 88, mit Verweis auf die einschlägige Literatur).

E. 3

Die Dividende der D._____ Limited in Höhe von EUR _____ sei als Dividende zu qualifizieren und der Beteiligungsabzug zu gewähren;

E. 4

Urteil A 2020 5 Die Rekurrentin habe dem zuständigen Sachbearbeiter der Steuerverwaltung des Kantons Zug (nachfolgend auch: Rekursgegnerin) mehrmals das Gespräch mit Vertretern der Rekurrentin offeriert, um der Steuerverwaltung das Geschäftsmodell, die komplexen Bewertungsmethoden der Immobilienprojekte und die Abläufe der Gesellschaft noch besser aufzeigen zu können. Auf dieses Angebot sei aber nie eingegangen worden. B.b Im vorliegenden Rekurs stünden die Dividenden folgender ausländischer Projektgesellschaften von Immobilienprojekten zur Diskussion: - C._____ S.à.r.I., Luxemburg (nachfolgend: "C._____ Sarl"); - D._____ Limited, Guernsey (nachfolgend: "D._____ Ltd."); - E._____ S.à.r.l., Luxemburg (nachfolgend: "E._____ Sarl"). Der Sachverhalt dieser drei Projektgesellschaften gestalte sich analog. Aus diesem Grund erfolgten die nachstehenden Ausführungen für diese drei Projektgesellschaften gemeinsam. Die Rekurrentin habe jeweils für jedes Immobilienprojekt als alleinige Initialinvestorin (Aktionärin) eine Projektgesellschaft gegründet und ein Konzept für die Beteiligung durch weitere Investoren (Aktionäre) erarbeitet. Im Rahmen eines Joint Venture and Co-Investment Agreements (nachfolgend: JVA) seien die einzelnen Parameter für das jeweilige Projekt zwischen der Rekurrentin und den übrigen Investoren (Aktionären) der jeweiligen Projektgesellschaften vereinbart worden. Für die Projektgesellschaft C._____ Sarl sei dies das JVA Project "C._____" vom 27. Juli 2012 (nachfolgend: "JVA C._____"), für die Projektgesellschaft D._____ Ltd. das JVA Project "D._____" vom 26. März 2013 (nachfolgend: "JVA D._____") und für die Projektgesellschaft E._____ Sarl das JVA Project "E._____" vom 9. Oktober 2012 (nachfolgend: "JVA E._____"). Die Rekurrentin habe per 31. Dezember 2013 bzw. 31. Dezember 2014 die folgende Beteiligungsquote an den jeweiligen Projektgesellschaften gehabt: Gesellschaft 31. Dezember 2014 Beteiligungsquote Verkehrswert 31. Dezember 2013 Beteiligungsquote Verkehrswert C._____ Sarl 10,53 % Fr. _____ 10,53 % Fr. _____ D._____ Ltd. 4,95 % Fr. _____ 4,95 % Fr. _____

E. 4.1

Beteiligungsertrag im Allgemeinen: Mangels Legaldefinition muss der Begriff des Beteiligungsertrages auf dem Auslegungsweg gewonnen werden. Orientiert am Sinn und Zweck der Bestimmungen über den Beteiligungsabzug, welche in der Vermeidung der Mehrfachbelastung auf Stufe der Gesellschaft und des Aktionärs liegen, sind Beteiligungs-erträge alle unmittelbar aus qualifizierenden Beteiligungen fliessenden ordentlichen und ausserordentlichen, offenen und verdeckten Gewinnausschüttungen. Im Sinne einer Positivliste fallen unter anderem darunter Dividenden, Gewinnanteile auf Stammeinlagen, Ausschüttungen auf Genussscheinen und alle übrigen offenen Gewinnausschüttungen. Beteiligungsertrag i.S.v. Gewinnausschüttungen sind sämtliche Leistungen, welche eine Gesellschaft aufgrund des Beteiligungsverhältnisses an ihre Anteilsinhaber erbringt. Die Leistung wird dabei aus dem Eigenkapital erbracht, so dass eine Entreicherung der Gesellschaft resultiert. Ob eine Gewinnausschüttung vorliegt, ist somit für die Belange des Beteiligungsabzugs aus Sicht der Gesellschaft und nicht aus Sicht der Beteiligten zu beurteilen. Zuweilen greift eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, eine rein zivilrechtliche

Betrachtungsweise ist nicht zulässig. So exemplarisch beim Verkauf einer massgeblichen Beteiligung an einer faktisch liquidierten Gesellschaft (sogenannter Mantelhandel): Der Veräusserungserlös stellt gewinnsteuerrechtlich "Dividendenertrag" (Liquidationserlös) dar, folglich Beteiligungsertrag i.S.v. Art. 70 Abs. 1 DBG bzw. § 67 Abs. 1 StG und nicht (an weitere Bedingungen geknüpften) steuerfreien "Kapitalgewinn" i.S.v. Art. 70 Abs. 4 DBG bzw. § 67 Abs. 4 StG (Altorfer/Duss, in: Zweifel/Beusch, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, 3. Aufl. 2017, Art. 70 N 4-5b, mit Verweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung; nachfolgend: Zweifel/Beusch, Kommentar DBG). Unter Referenz auf den wirtschaftlichen Gehalt wurden sodann durch den Gesetzgeber die Institute der "Transponierung" und der "indirekten Teilliquidation" geschaffen, unter welchen die Erlöse aus der zivilrechtlichen Veräusserung von Anteilen an Kapitalgesellschaften nicht als steuerfreie "private Kapitalgewinne",

E. 4.2

Asymmetrische Dividenden im Besonderen: Gemäss Art. 660 OR hat jeder Aktionär Anspruch auf einen verhältnismässigen Anteil am Bilanzgewinn einer Aktiengesellschaft. Der Anteil bemisst sich in Übereinstimmung mit Art. 661 OR und Art. 745 Abs. 1 OR nach dem nominellen einbezahlten Aktienkapital, sofern die Statuten nichts anderes vorsehen. Werden Dividenden an die Aktionäre einer Aktiengesellschaft abweichend von deren kapitalmässiger Beteiligungsquote ausgerichtet, spricht man von einer asymmetrischen Dividende (Altorfer/Greter, in: Zweifel/Beusch/Bauer-Balmelli, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer, 2. Aufl. 2012, Art. 5 N 169; nachfolgend: Zweifel/Beusch/Bauer- Balmelli, Kommentar VST). Falls eine asymmetrische Dividendenzahlung erfolgt, die statutarisch nicht ausdrücklich vorgesehen ist, kann der Dividendenbeschluss von einem allenfalls benachteiligten nicht

E. 5

Urteil A 2020 5 E._____ Sarl 14,99 % Fr. _____

E. 5.1

Dividendenbeschlüsse Gemäss nicht strittigem Sachverhalt wurden die hier zu beurteilenden asymmetrischen (Interim-)Dividendenzahlungen im Umfang des "Promote" durch die C._____ Sarl (EUR _____) und die E._____ Sarl (EUR _____) durch deren Generalversammlungen beschlossen (GV-Protokolle der beiden Gesellschaften in Rekursbeilage 6.1.6 A für die C._____ Sarl und 6.1.6 F für die E._____ Sarl). Dies, unter dem expliziten Hinweis, dass es sich bei diesen (asymmetrischen) Dividendenzahlungen an die Rekurrentin um den in den JVA vereinbarten "Promote" handeln soll (Abs. 5 im GV Protokoll der C._____ Sarl und Abs. 4 im GV Protokoll der E._____ Sarl). Sodann halten diese GV-Protokolle fest, dass bei beiden Gesellschaften aufgrund von Zwischenabschlüssen festgestellt ist, dass genügend ausschüttbare Reserven vorhanden sind, um diese Dividendenzahlungen an die Rekurrentin vornehmen zu können (Abs. 6 im GV-Protokoll der C._____ Sarl und Abs. 5 im GV Protokoll der E._____ Sarl). Der Sachverhalt liefert keine Anhaltspunkte, dass diese Generalversammlungsbeschlüsse angefochten worden wären, weshalb anzunehmen ist, dass sie nach schweizerischer Anschauung, wie vorstehend dargelegt (E. 4.2), in Rechtskraft erwachsen sind und es sich somit um rechtsgültige Dividendenbeschlüsse handelt.

E. 5.2

Steuerrechtliche Qualifikation

E. 5.2.1

Aufgrund des vorstehend Erläuterten deutet das Vorliegen rechtsgültiger (asymmetrischer) Dividendenbeschlüsse vorerst darauf hin, dass die hierauf basierenden Zahlungen der C._____ Sarl und der E._____ Sarl an die Rekurrentin bei dieser Dividendeneinkünfte im Sinne des Steuerrechts darstellen, somit auch zum Beteiligungsabzug gemäss § 67 Abs. 1 StG bzw. Art. 69 DBG berechtigen. Der Sachverhalt liefert weder Anhaltspunkte noch wird von der Rekursgegnerin behauptet, dass die an die Rekurrentin bezahlten Dividenden nicht aus dem Eigenkapital der beiden Luxemburgischen Gesellschaften bezahlt, sondern den Erfolgsrechnungen als

E. 5.2.2

Dennoch will die Rekursgegnerin den Beteiligungsabzug nicht zulassen, mit der Begründung, die in Form von asymmetrischen Dividenden ausbezahlten "Promote" stellten wirtschaftlich nicht Entgelt für Kapitaleinsatz der Rekurrentin dar, sondern Entgelt für von dieser auf Basis der vereinbarten JVA erbrachte Managementdienstleistungen. Sie verweist dabei insbesondere auf die sich im Bereich des Private Equity für die sogenannten "Carried Interest" entwickelten Besteuerungsgrundsätze, wonach Übergewinnzahlungen an Private Equity Manager (vorab natürliche Personen) nicht als Dividenden, sondern Arbeitseinkommen qualifizierten. Die JVA würden nicht vorsehen, die Promote Fee in Form von Dividenden auszurichten. Sodann ergäbe sich aus der Konzernrechnung der Rekurrentin, dass es sich bei den "Promotes" um Managemententschädigungen handle. Die Rekurrentin ihrerseits begründet den Dividendencharakter der "Promote"-Zahlungen einerseits mit den formalrechtlich gültigen Dividendenbeschlüssen. Andererseits mit ihrer wirtschaftlichen Rolle als Initialinvestorin und Promotorin der Projektgesellschaft in der frühen Projektphase, in welcher sie im Vergleich zu den übrigen Aktionären erhöhte wirtschaftliche Risiken übernehme. Diese würden mit einer Vorabdividende, dem hier strittigen "Promote", abgegolten, bei erfolgreichem Projektabschluss vorgängig der Rekurrentin als Initialinvestorin aus dem Gewinn der jeweiligen Projektgesellschaft ausbezahlt und als Dividendenertrag bei der Rekurrentin verbucht. Was die von der Rekurrentin im Bereich des Asset- und Projekt-Managements erbrachten Beratungsdienstleistungen betreffe, erhalte sie für ihre Tätigkeit als Beraterin eine marktübliche Entschädigung, welche als Beratungsertrag verbucht werde. Diese hätten insbesondere eine Acquisition Fee (Ziff. 9.2 JVA C._____, D._____ und JVA E._____), eine Asset Management Fee (Ziff. 9.3 JVA C._____ D._____) bzw. eine Project Management Fee (Ziff. 9.3 JVA E._____) sowie eine Capex Management Fee (Ziff. 9.3 JVA C._____ und Ziff. 9.4 JVA D._____) umfasst. Diese Honorare hätten insgesamt die Entschädigung für die erbrachten Dienstleistungen der Rekurrentin als Beraterin der jeweiligen Projektgesellschaft gebildet.

E. 5.2.3

Wie die Rekursgegnerin in ihrer Duplik richtig vermerkt, handelt es sich im Bereich der Besteuerung von asymmetrischen Dividendenzahlungen um ein Gebiet mit vielen ungeklärten Fragen, die bisher weder gesetzgeberisch angegangen noch abschliessend gerichtlich geklärt worden sind. Zwei neuere Fälle aus der Gerichtspraxis können diesbezüglich jedoch beigezogen werden: Entscheid des Verwaltungsgerichts St. Gallen vom 29. Juni 2017 (VGer SG B 2015/323 vom 29. Juni 2017 = StE 2018 B 24.4 Nr. 88): In

diesem Fall ging es zwar um symmetrische Dividendenzahlungen einer Aktiengesellschaft (nachfolgend: A-AG) an drei Aktionäre (natürliche Personen), welche jedoch mit unterschiedlichen Kapitalquoten an der A-AG beteiligt waren. Aktionär X, welcher mit 20 % an der A-AG beteiligt war (die beiden anderen Aktionäre hielten je 40 %), arbeitete sodann bei dieser als Chief Sales und Marketing Officer. Die Veranlagungsbehörde gewährte dem Aktionär X die privilegierte Besteuerung der Dividende (zum hälftigen Satz) nur insoweit, als der Beteiligungsertrag im Verhältnis zum Kapitalanteil von 20 % stand. Weder Aktionärbindungsvertrag noch Statuten der A-AG (im Sinne von Vorzugsaktien) würden asymmetrische Dividendenzahlungen vorsehen, weshalb nach Ansicht der Veranlagungsbehörde der entsprechende Generalversammlungsbeschluss der A-AG gesellschaftsrechtswidrig und die den Kapitalanteil von 20 % übersteigende "Überdividende" (Fr. 800'000.–) an den Aktionär X als übriges bzw. Arbeitseinkommen zu besteuern sei. Das Verwaltungsgericht St. Gallen folgte dieser Argumentation nicht. Wie vorstehend unter E. 4.2 ausgeführt, stellte es vorab fest, dass asymmetrische Dividendenbeschlüsse gesellschaftsrechtliche Gültigkeit erlangen, wenn diese nicht angefochten bzw. einstimmig gefällt werden (VGer SG B 2015/323 vom 29. Juni 2017 E. 2.2.1 f.). Sodann wurde erwogen, die drei Aktionäre seien zu gleichen Teilen an der operativen Weiterentwicklung der A-AG beteiligt gewesen, weshalb die asymmetrisch nach Köpfen (statt nach Kapitalquoten) erfolgte Gewinnausschüttung aus unternehmerischer Sicht nachvollziehbar und plausibel erscheine (Sachverhalt lit. B und E. 5 des zitierten Urteils). Unter Bezugnahme auf den Zweck des Beteiligungsabzugs (Vermeidung der Mehrfachbesteuerung von Aktionär und Gesellschaft) führte das Verwaltungsgericht St. Gallen weiter aus, dass die von der veranlagenden Behörde vertretene Auffassung, eine Umqualifizierung des nicht der Kapitalbeteiligung entsprechenden Dividendenanteils

E. 5.2.4

Gemäss der vorstehend zitierten Judikatur sind asymmetrische Dividendenbeschlüsse rechtsgültig, wenn sie durch die zuständigen Gesellschaftsorgane einstimmig beschlossen bzw. nicht innert Frist angefochten werden. Als Folge wird ihnen daher auch der Charakter von Beteiligungsertrag im Sinne des Steuerrechts zugesprochen. Einziger Vorbehalt ist in der Steuerumgehung zu erblicken. Diese Würdigung deckt sich mit der in der Literatur vertretenen Auffassung. Danach stösst die Verweigerung der Anerkennung zivilrechtlich gültiger asymmetrischer Dividendenbeschlüsse auf Ablehnung. Es wird betont, dass die Steuerbehörde bei der Analyse des Sachverhalts durch den Inhalt und die Auswirkungen des Privatrechts gebunden seien. Die zu untersuchende Frage der Realisierung und Verteilung eines Vorteils zwischen den Anteilsinhabern müsse alleine nach den privatrechtlichen Ausgestaltungen gewürdigt werden, weshalb privatrechtliche Vereinbarungen steuerlich zu anerkennen seien. So sollen Aktionäre auch rein vertraglich untereinander von den

E. 5.2.5

Was in casu das Vorliegen einer Steuerumgehung betrifft, ist vorab festzustellen, dass eine solche durch die Rekursgegnerin nicht explizit geltend gemacht wird. In ihrer Vernehmlassung erwähnt sie vielmehr, dass bei der Prüfung, ob die als asymmetrische Interimsdividenden ausgeschütteten Promote Fees als Beteiligungsertrag im Sinne von § 67 Abs. 1 StG bzw. Art. 69 DBG qualifizierten, es nicht erforderlich sei, dass die

E. 5.2.5.1

Die Rekursgegnerin verweist in ihrer Argumentation zum einen auf die Besteuerungspraxis zu den sogenannten "Carried Interests", die typischerweise im Bereich von Private Equity Fonds als Vergütungssystem gegenüber dem Fonds Management eingesetzt würden (Vernehmlassung S. 2). Wie die Rekursgegnerin richtig bemerkt, geht es dabei typischerweise um die Umqualifizierung von (angestrebt) steuerfreiem privaten Kapitalgewinneinkommen in steuerbares Arbeitseinkommen der Fondmanager als natürliche Personen. Diese Praxis bildete sich heraus, da typischerweise das Fondmanagement keine oder eine nur äusserst kleine, risikotragende Kapitalbeteiligung an den betreffenden Private Equity Investments hielt, sich der beim Ausstieg (Verkauf) aus diesem Investment realisierte Gewinnanteil des Fondsmanagements (Carried Interest) folglich nicht mehr als "privater Kapitalgewinn" darstellen lies, sondern sich vielmehr als im Zusammenhang mit der vom Fondmanagement erbrachten Arbeitstätigkeit stehend darstellte. Bei dieser Sachlage ist der Rekurrentin zuzustimmen, wenn sie ausführt, es könnten vorliegend die zum "Carried Interest" im Bereich von natürlichen Personen entwickelten Besteuerungsgrundsätze nicht unbesehen übernommen werden. Die Rekurrentin hält in den hier relevanten Projektgesellschaften unbestrittenermassen Beteiligungsquoten von rund 5–15 %, mit Verkehrswerten von rund Fr. _____ bis Fr. _____. Die Auszahlung der als "Promote" in den JVA definierten Gewinnanteile wird den übrigen Dividendenausschüttungen gleichgestellt bzw. teilweise sogar nachrangig gestellt (Replik, S. 2). Die Rekurrentin ist somit nicht unwesentlich mit Risikokapital an den Projektgesellschaften beteiligt, womit ein direkter Vergleich mit den von den

E. 5.2.5.2

Gemäss Rekursgegnerin soll die Rekurrentin aus den JVA über schuldrechtliche Ansprüche auf die Promote Fees verfügt haben, die unabhängig von den Ausschüttungsbeschlüssen der Projektgesellschaften bestanden hätten, da in den JVA nicht ausdrücklich vorgesehen worden sei, die Promote Fees in der Form von Dividenden auszuschütten (Vernehmlassung S. 3, dritter Abschnitt; Duplik ESTV, S. 2, Ziff. 3). Diese Darstellung trifft insofern nicht zu, als im JVA der D._____ Ltd. mit den übrigen Investoren explizit vereinbart wurde, die erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, um die Promote Fee in der Form einer asymmetrischen Dividende ("disproportional profit distribution") vergüten zu können (Rekursbeilage 6.1.2 B, Ziff. 9.6). Nachdem die Generalversammlungsbeschlüsse der C._____ Sarl und der E._____ Sarl explizit auf die Auszahlung der Promote Fee verweisen (Rekursbeilagen 6.1.6 A und F), darf angenommen werden, dass der Wille, mit der Promote Fee einen in der Form der Dividende zu vergütenden Gewinnanteil zu schaffen (und keinen schuldrechtlichen Anspruch aus Dienstleistungserbringung) auch den diesbezüglichen JVA inhärent war. Ein derart übereinstimmender Parteiwille mag nicht für sich alleine ausschlaggebend sein, doch kommt diesem gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung, wie seitens der Rekursgegnerin selber vorgebracht wird, eine relevante Bedeutung zu (Duplik ESTV, S. 2, Ziff. 3., mit Verweis auf BGer 2C_123/2018 vom 21. März 2019 E. 3.2.1 ff.).

E. 5.2.5.3

Weiter bringt die Rekursgegnerin vor, die Promote Fees seien nicht im Beteiligungsverhältnis begründet, sondern stellten einzig die Entschädigung für von der Rekurrentin gemäss den JVA zu erbringende Dienstleistungen dar (Asset Management Services), unter Verweis auf die entsprechenden Ziffern in den JVA (Ziff. 8 JVA C._____ und E._____ und Ziff. 7 JVA D._____). In diesen auch eine

Entschädigung für das höhere wirtschaftliche Risiko der Rekurrentin sehen zu wollen, erscheine mit Blick auf die Ausgestaltung der JVA sowie die in der Konzernrechnung der Rekurrentin zu den Promote Fees gemachten Aussagen insgesamt von untergeordneter Bedeutung und vermöge nichts an deren Qualifikation als Dienstleistungserträge zu ändern (Duplik, S. 2, letzter Abschnitt). Der Rekursgegnerin ist insoweit zuzustimmen, als die von der Rekurrentin zu erbringenden Dienstleistungen in den JVA geregelt werden. So ersichtlich am Beispiel des JVA C._____ in Ziff. 8, spezifiziert unter den Ziff. 8.1 (die Strukturimplementierung

E. 5.2.5.4

Für eine Steuerumgehung ist in casu auch das Vorliegen einer absonderlichen Vorgehensweise nicht zu erkennen. Denn wie die Rekurrentin richtig festhält, hätte die Asymmetrie in den Gewinnausschüttungen der C._____ Sarl und der E._____ Sarl, zumindest nach Schweizer Aktienrecht, auch mit der statutarischen Schaffung von Vorzugsaktien (Art. 654 ff. OR) oder insbesondere Genussscheinen (Art. 657 OR) erreicht werden können. Auch letztere gewähren ein Beteiligungsrecht (und nicht ein Gläubigerrecht) und bezwecken bekanntlich die Schaffung von besonderen Vermögensrechten, welche auf einen Anteil am Bilanz- und Liquidationsgewinn, d.h. dem Eigenkapitel einer Gesellschaft gerichtet sein können. Sie dienen insbesondere dazu, den Gründern einer Aktiengesellschaft oder deren Arbeitnehmern für besondere Leistungen einen vom Kapitaleinsatz losgelösten Anteil am Unternehmensgewinn bzw. Liquidationserlös zukommen zu lassen (Rampini/Spillmann, in: Honsel/Vogt/Watter, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, Art. 657 N 1, 2, 4, 7). Richtig ausgestaltet, qualifizieren Gewinnanteile aus Genussscheinen denn auch steuerrechtlich zum Beteiligungsabzug (Duss/Altorfer, in: Zweifel/Beusch, Kommentar DBG, Art. 69 N 7 und 11 f.). Es hätten somit die hier strittigen asymmetrischen Dividendenausschüttungen auch durch die statutarische Schaffung der hierfür vorgesehenen aktienrechtlichen Instrumente erreicht werden können, wobei die auf diese entfallenden Gewinnanteile bei richtiger Ausgestaltung dem Beteiligungsabzug zugänglich gewesen wären. Diesen Beteiligungsabzug nun der in der Gründungsphase unbestrittenermassen als Initialinvestorin und Promotorin agierenden Rekurrentin zu verweigern, weil die asymmetrischen Dividenden vorliegend nicht in den Statuten, sondern in Form der JVA initial bzw. in den Dividendenbeschlüssen unter den Aktionären rechtsgültig beschlossen wurden, kann unter der im Steuerrecht geltenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise nicht angehen. Bei dieser Betrachtungsweise fehlt es schliesslich auch an der für eine Steuer-umgehung erforderlichen Steuerersparnis.

E. 5.3

Zusammenfassend ergibt sich, dass die asymmetrischen Dividendenbeschlüsse der C._____ Sarl und der E._____ Sarl durch die zuständigen Gesellschaftsorgane nach schweizerischer Anschauung rechtsgültig gefasst wurden. Die hierauf basierenden asymmetrischen Dividendenzahlungen an die Rekurrentin wurden unstrittig aus dem Eigenkapital dieser beiden Gesellschaften bezahlt. Das Vorliegen einer Steuerumgehung wurde von der Rekursgegnerin weder geltend gemacht noch ist auf eine solche aus dem

E. 10

Urteil A 2020 5 gemäss den JVA ausschliesslich für erbrachte Dienstleistungen bezahlt worden sei. Entsprechend stehe bei der Bezahlung des Promotes das Dienstleistungs- und

nicht das Beteiligungsverhältnis im Vordergrund. Zur Begründung dieser Schlussfolgerung zitiere die Rekursgegnerin aus dem Anhang der Konzernrechnung wie folgt: "Promotion fees represent a compensation for the Group services rendered in connection with the Asset Management Agreements; Such fees are typically based on the volume of the underlying assets under management and the management performance; Economically this fee is a performance-related component of the Asset Management Fee." Dazu sei festzuhalten, dass es sich lediglich um eine verkürzte Darstellung dieser Bemerkung in Anhang handle. Der zweite Teil des verwendeten Zitats aus dem Anhang beziehe sich aber nicht nur auf den Promote, sondern auf sämtliche Fees, welche die Projektgesellschaften der Rekurrentin bezahlt habe: "Along the real estate investment lifecycle, the Group generates a variety of fees such as acquisition-related fees, management fees, as well as success fees (Promotes). Such fees are typically based on the volume of the underlying assets under management and the management performance." Zusätzlich stehe im Anhang jedoch auch: "The Promote fee is basically being paid out as a disproportional profit allocation and becomes payable after all investors commitments have been fully repaid." Der Anhang der Konzernrechnung weise also auch daraufhin, dass der Promote erst geschuldet sei, nachdem alle anderen Verpflichtungen der Projektgesellschaft erfüllt worden seien. Eine solche nachrangige Bezahlung sei nur dann üblich, wenn bei der Dienstleistungserbringerin das Beteiligungsverhältnis und nicht das Dienstleistungsverhältnis im Vordergrund stehe. Schliesslich sei darauf hinzuweisen, dass es sich hierbei um den Anhang der Konzernrechnung handle, die im Hinblick auf den Börsengang der Rekurrentin bzw. ihrer Muttergesellschaft erstellt worden sei. Die Konzernrechnung sei nach dem Rechnungsstandard IFRS erstellt worden, welcher den Unternehmen hinsichtlich der Gliederung der einzelnen Positionen, z.B. bei den Einnahmen, gewisse Handlungsfreiheiten einräume. Um die verschiedenen Einnahmen der Rekurrentin gegenüber Banken und möglichen Investoren transparent darzustellen, seien die Einnahmen aus dem Promote im Konzernabschluss separat ausgewiesen worden (Revenue from Promote Fees realised). In diesem Zusammenhang sei auch die Bemerkung im Anhang zu verstehen. Vor diesem gesamten Hintergrund beweise der Anhang zur Konzernrechnung keineswegs, dass die Bezahlung des Promotes im Dienstleistungsverhältnis begründet gewesen sei.

E. 11

Urteil A 2020 5 Für die Beurteilung des wirtschaftlichen Gehalts des JVA sei zudem nicht eine Bemerkung im Anhang zur Konzernrechnung massgebend, sondern die konkrete vertragliche Ausgestaltung. Wie im Sachverhalt ausgeführt, hätten die Vertragsparteien vereinbart, dass der Promote erst bei einem Ausstieg der Rekurrentin ("at Exit") ausbezahlt werden solle. Der Anspruch der Rekurrentin auf den Promote sei zudem mit den Ansprüchen aller anderen Aktionären gleichgestellt worden ("...shall rank pari passu with the remaining Net Project Returns to be allocated to the Sponsors [Anm.: Aktionäre der Projektgesellschaft].)". Somit halte das JVA explizit fest, dass der Promote erst habe ausbezahlt werden dürfen, nachdem alle anderen Verpflichtungen der Projektgesellschaft erfüllt worden seien. Zudem werde vertraglich festgehalten, dass der Anspruch der Rekurrentin auf den Promote den Gewinnanteilsansprüchen der anderen Aktionäre gleichgestellt gewesen sei. Diese Bestimmung entspreche typischen Gewinnverteilungsbestimmungen bei Immobilienprojekten. Sie stelle sicher, dass die Rekurrentin den Promote erst erhalten solle, wenn das Projekt auch ein Erfolg werde. Der Promote stehe also genauso im Risiko wie das von ihr und den anderen Aktionären investierte Kapital. In Dienstleistungsverträgen seien solche Bestimmungen üblicherweise

nicht zu finden, da Erbringer von Dienstleistungen i.d.R. nicht das gleiche wirtschaftliche Risiko trügen wie die Investoren. Entsprechend würden Dienstleistungserbringer normalerweise auch nicht erst bei einem allfälligen Exit bezahlt. Vielmehr sei es üblich, dass sie entweder nach Abschluss ihrer Dienstleistung oder in regelmässigen Abständen ihre Rechnungen stellten. Diese Tatsachen würden deutlich machen, dass beim Promote das Beteiligungs- und nicht das Dienstleistungsverhältnis im Vordergrund gestanden habe. Denn einer solchen Bestimmung stimme nur zu, wer als Investorin am wirtschaftlichen Erfolg des Projekts interessiert sei. Aus wirtschaftlicher Sicht habe der Promote somit einen Ertrag dargestellt, weshalb bei einer wirtschaftlichen Auslegung von Art. 70 DBG bzw. § 67 StG der Promote auch als Beteiligungsertrag zu behandeln und der Beteiligungsabzug anzuwenden sei. B.d.b Betreffend Massgeblichkeitsprinzip führte die Rekurrentin das Folgende aus: Gemäss Art. 58 Abs. 1 lit. a DBG bzw. § 69 Abs. 1 StG gelte für juristische Personen das Massgeblichkeitsprinzip. Dabei werde zwischen dem Prinzip der materiellen Massgeblichkeit und demjenigen der formellen Massgeblichkeit unterschieden. Während das Prinzip der materiellen Massgeblichkeit besage, dass die Gewinnermittlungsvorschriften des Handelsrechts auch für das Steuerrecht massgebend seien, verpflichte das Prinzip der formellen Massgeblichkeit die Steuerbehörden auf die tatsächlichen von den Steuerpflichtigen eingereichten Jahresabschlüsse, einschliesslich

Urteil A 2020 5 der konkreten Werte in diesen Jahresrechnungen, abzustellen. Gemäss der formellen Massgeblichkeit seien die von den Steuerpflichtigen konkret vorgenommenen Verbuchungen für die steuerliche Gewinnermittlung massgebend und das Unternehmen werde auf seiner Darstellung in der Handelsbilanz behaftet. Beim Massgeblichkeitsprinzip handle es sich zwar nicht um ein Dogma, aber doch um ein grundlegendes und grundsätzlich geltendes Prinzip, von dem nicht ohne gesetzliche Grundlage abgewichen werden dürfe. Die Rekurrentin habe mit ihren Steuererklärungen jeweils die nach den Grundsätzen des Schweizerischen Obligationenrechts erstellten und revidierten Jahresrechnungen eingereicht. Aus steuerlicher Sicht sei dabei neben der Jahresrechnung einzig der Anhang (und mit dem neuen Rechnungslegungsrecht auch die Geldflussrechnung) massgebend. Aus den Jahresrechnungen der Projektgesellschaften sei ersichtlich, dass der Promote jeweils aus den Gewinnreserven und somit aus dem Eigenkapital ausbezahlt worden sei, und die Rekurrentin den Promote in ihrer Jahresrechnung jeweils als Beteiligungsertrag verbucht habe. Auch diesbezüglich entspreche diese Verbuchung des Promotes der wirtschaftlichen Ausgestaltung. Auch hier bringe die Rekursgegnerin nicht vor, dass die Auszahlung des Promotes ordnungswidrig verbucht worden sei. Entsprechend sei davon auszugehen, dass sie anerkenne, dass der Promote bei allen beteiligten Gesellschaften richtig verbucht worden sei. Eine Abweichung von der Jahresrechnung und der konkreten Verbuchung als Beteiligungsertrag sei somit nur möglich, soweit hierfür eine gesetzliche Grundlage bestehe. Eine solche gesetzliche Grundlage mache die Rekursgegnerin aber auch nicht geltend, weshalb sie im Sinne des Massgeblichkeitsprinzips an die in den Jahresrechnungen ausgewiesenen Beteiligungserträge gebunden sei. B.d.c Abschliessend sei zu erwähnen, dass die Steuerbehörden grundsätzlich an die privatrechtliche Ausgestaltung gebunden seien. Eine Abweichung von dieser sei nur soweit zulässig, als eine Steuerumgehung vorliege. Gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung werde eine Steuerumgehung angenommen, wenn (1) eine gewählte Rechtsgestaltung ungewöhnlich, sachwidrig oder absonderlich und den wirtschaftlichen Gegebenheiten völlig unangemessen erscheine, (2) anzunehmen sei,

dass die gewählte Rechtsgestaltung missbräuchlich lediglich deshalb getroffen worden sei, um Steuern einzusparen, die bei sachgemässer Ordnung der Verhältnisse geschuldet seien, und (3) das gewählte Vorgehen tatsächlich zu einer erheblichen Steuerersparnis führen würde, sofern es von den Steuerbehörden hingenommen würde.

E. 13

Urteil A 2020 5 Im vorliegenden Fall liege jedoch keine ungewöhnliche, sachwidrige oder absonderliche Sachverhaltsgestaltung vor. Vielmehr handle es sich bei den JVA um eine für lmmobilienprojekte normale vertragliche Ausgestaltung von Joint Venture Verträgen. Gerade bei Immobilienprojekten, bei denen ein Investor das Projekt zuerst entwickeln müsse, um anschliessend weitere Investoren suchen zu können, sei es üblich, dass eine von der Beteiligungsquote abweichende Ausschüttung vereinbart werde, um den ursprünglichen Aufwand und das höhere Risiko dieses Investors zu entschädigen. Genau das sei auch im vorliegenden Fall gemacht worden: Mit dem Promote in Form einer asymmetrischen Dividende werde der Rekurrentin lediglich ihr zusätzliches Risiko entschädigt, welches sie als Initialinvestorin gehabt habe. Diese Vorgehensweise sei sachlich umso mehr gerechtfertigt, als die Auszahlung des Promotes erst im Rahmen der Gewinnausschüttung an die anderen Aktionäre und somit erst nach Begleichung aller übrigen Schulden erfolgt sei. Damit sei sichergestellt worden, dass die Rekurrentin den Promote erst erhalte, wenn das Projekt ein Erfolg geworden sei. Bei solchen projektbasierten Investitionen sei das ein wirtschaftlich nachvollziehbares Vorgehen. Es sei darauf hinzuweisen, dass das Obligationenrecht Vorzugsrechte für einzelne Aktionäre ausdrücklich erlaube, und dass die steuerrechtliche Rechtsprechung solche asymmetrischen Dividenden ausdrücklich anerkenne. So habe bspw. das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen in einem Entscheid vom 29. Juni 2017 festgestellt, dass mit Zustimmung aller Aktionäre asymmetrische Dividenden zulässig seien und entsprechend von den Steuerbehörden zu akzeptieren seien, was in dem damals zu beurteilenden Fall zur Folge gehabt habe, dass das Teilbesteuerungsverfahren auch bei asymmetrischen Dividenden anzuwenden gewesen sei. In einem anderen Entscheid habe die Verwaltungsrekurskommission des Kantons St. Gallen die Möglichkeit anerkannt, dass sich eine Vorzugsdividende auf einen Anteil am Ergebnis vor Zinsen und Steuern (EBIT) beziehen könne. Auch in der steuer- und gesellschaftsrechtlichen Literatur würden Vorzugsrechte für einzelne Aktionäre als sachgerecht anerkannt. So weise die gesellschaftsrechtliche Literatur daraufhin, dass auch vertraglich vereinbarte asymmetrische Dividenden sachkonform seien, bspw. wenn die Parteien im Rahmen eines Joint Ventures vereinbarten, dass zwar alle Anteilsinhaber zu einem bestimmten Prozentsatz am Gewinn beteiligt seien, aber gleichzeitig nicht alle zu den entsprechenden Prozenten Einlagen leisten müssten.

E. 14

Urteil A 2020 5 Somit sei festzuhalten, dass es sich bei den vorliegend zu beurteilenden JVA nicht um eine sachwidrige, absonderliche oder unübliche Rechtsgestaltung handle und damit auch keine Steuerumgehung vorliege. Die von der Rekurrentin gewählte Rechtsgestaltung sei deshalb von der kantonalen Steuerverwaltung zu akzeptieren. Zusammenfassend sei deshalb festzuhalten, dass die zur Diskussion stehenden Ausschüttungen als Beteiligungserträge im Sinne von § 67 StG bzw. Art. 70 Abs. 1 DBG zu behandeln und entsprechend der Beteiligungsabzug anzuwenden sei. C. Den vom Gericht mit Schreiben vom 20. April 2020 verfügten Kostenvorschuss von Fr. 15'000.– bezahlte die Rekurrentin fristgerecht. D. Mit Schreiben des Gerichts vom 23. April 2020 wurden die

Rekursgegnerin und die Eidgenössische Steuerverwaltung (nachfolgend: ESTV) aufgefordert, ihre Stellungnahmen einzureichen. E. Mit Vernehmlassung vom 19. Mai 2020 beantragte die Rekursgegnerin die Abweisung des Rekurses, unter Kostenfolgen zu Lasten der Rekurrentin. Begründend führte sie aus: Streitig und zu prüfen sei vorliegend, ob drei als asymmetrische Interimsdividenden ausgerichtete Promote Fees (überproportionale Gewinnbeteiligungen) in Höhe von 20 % der Net Project Returns, die der Rekurrentin vertraglich zugesichert worden seien, zum Beteiligungsabzug gemäss § 67 Abs. 1 StG bzw. Art. 69 DBG berechtigten. E.a Im Allgemeinen handle es sich bei den fraglichen Promote Fees um sog. Carried lnterests, einen feststehenden Begriff im Vergütungssystem von Private Equity Fonds. Eine Management-Gesellschaft wie die Rekurrentin erbringe ihre Tätigkeit aufgrund von Management-Verträgen mit Investoren. Für diese Tätigkeit erhalte sie eine laufende, vom Ertrag unabhängige Management Fee von z.B. 2 % des Fondsvermögens. Dadurch könne sie ihren Aufwand decken und insbesondere die Saläre ihrer angestellten Fondsmanager bezahlen. Werde eine bestimmte Mindestrendite erreicht (sog. Hurdle Rate), würden die Management-Gesellschaft bzw. die Fondsmanager am Ende der Laufzeit des Fonds mit typischerweise 20 % der realisierten Gewinne des Fonds entschädigt. Diese Entschädigung bezeichne man in der Praxis als Carried Interest.

E. 15

Urteil A 2020 5 Exemplarisch könne auch auf die Definition der NASDAQ verwiesen werden: "In private equity fund or hedge fund, carried interest is a share of the profits of a successful partnership that is paid to the manager of the partnership as a form of compensation. Carried interest is typically up to 20 % of the profits and becomes payable once the original investment in the fund has been repaid to the investors, plus a predefined hurdle rate" (https://www.nasdaq.com/glossary/c/carried-interest; Stand: 18. Mai 2020). Sodann würden Carried Interests in verschiedenen Ländern privilegiert besteuert, namentlich in Grossbritannien und den USA, was teilweise politisch umstritten sei (in den USA unter dem Begriff "Carried Interest Loophole"). Die Schweiz kenne keine privilegierte Besteuerung, was mitunter ebenfalls kontrovers diskutiert werde. Handle es sich beim Fondsmanager um eine natürliche Person, so qualifiziere der Carried Interest nicht als steuerfreier Kapitalgewinn, sondern unterliege als erfolgsabhängige Arbeitsentschädigung der Besteuerung. Das geplante Kreisschreiben betreffend Entschädigungen an Private Equity und Hedge Manager sei bis zum heutigen Zeitpunkt nicht publiziert worden. E.b Im vorliegenden Fall fungiere die Rekurrentin gemäss den JVA jeweils als Management-Gesellschaft. Dies ergebe sich namentlich aus Ziff. 8 JVA C._____, Ziff. 7 JVA D._____ und Ziff. 8 JVA E._____, wonach der Rekurrentin umfangreiche Aufgaben im Zusammenhang mit der Vornahme der Transaktionen, der Due Diligence, der Ausarbeitung und Implementierung der Business Pläne sowie diversen weiteren Asset Management Services übertragen worden seien. Diese Tätigkeiten seien Grundvoraussetzung dafür gewesen, dass die Investoren (zu ihren Ungunsten) dazu bereit gewesen seien, der Rekurrentin eine überproportionale Gewinnbeteiligung in Höhe von jeweils 20 % des Net Project Returns zuzusichern. Ein anderer Beweggrund der Investoren lasse sich den JVA nicht entnehmen und wäre bei auf Gewinnerzielung ausgerichteten Projekten wie den vorliegenden auch nicht nachvollziehbar. Mithin handle es sich bei den streitbetroffenen Promote Fees um Entschädigungen für von der Rekurrentin (direkt oder indirekt durch Dritte) erbrachte Dienstleistungen, was nicht zuletzt auch die zahlreichen Ausführungen zu den Promote Fees in der Konzernrechnung bestätigten. Im Beteiligungsverhältnis begründete Gewinnausschüttungen (Dividenden) setzten keine

(solchen) Dienstleistungen voraus, vielmehr würden sie den Anteilsinhabern ohne entsprechende Gegenleistung zugewendet. Gestützt auf die JVA habe die Rekurrentin

E. 16

Urteil A 2020 5 über schuldrechtliche Ansprüche auf die Promote Fees verfügt, die unabhängig von den Ausschüttungsbeschlüssen der Gesellschafter bestanden hätten. In den JVA sei sodann auch nicht ausdrücklich vorgesehen, die Promote Fees in Form von Dividenden auszurichten. Hätten die betreffenden Projektgesellschaften keine entsprechenden Ausschüttungen vorgenommen, so hätte die Rekurrentin deshalb basierend auf den JVA erfolgreich auf Zahlung der vereinbarten Promote Fees klagen können. Daraus erhelle, dass die Promote Fees nicht in den Beteiligungsverhältnissen begründet gewesen seien, obschon sie im Ergebnis als Dividenden ausgeschüttet worden seien, sondern vielmehr in den Dienstleistungsverhältnissen. Folglich handle es sich nicht um Beteiligungserträge, die zum Beteiligungsabzug berechtigten. Aus Sicht der Projektgesellschaften hätten die Promote Fees in der vorliegenden Konstellation als geschäftsmässig begründete Aufwendungen geltend gemacht werden können und wären als solche (jedenfalls nach schweizerischem Steuerrecht) akzeptiert worden. So sei denn auch die Dividende der D._____ Ltd. in der betreffenden Jahresrechnung als Aufwand verbucht worden, indem sie vom "Operating profit for the year/period" abgezogen worden sei und so die Position "(Loss)/Profit for the year/period" geschmälert habe. Aus dem Umstand, dass die Promote Fees aus dem Eigenkapital der Projektgesellschaften ausgerichtet und (teilweise) nicht als Aufwand verbucht worden seien, lasse sich nichts zugunsten der Rekurrentin ableiten. Im internationalen Verhältnis werde der Zweck des Beteiligungsabzugs, die Vermeidung einer Vielfachbesteuerung, nicht immer vollständig erreicht. Grund dafür sei das Abstellen auf die schweizerischen Massstäbe bei der Qualifikation von ausländischen Leistungen, was zu objektiven Qualifikationskonflikten führen könne. Solche Qualifikationskonflikte könnten etwa bewirken, dass es zu einer Mehrfachbelastung derselben Erträge komme. Nicht überzeugen würden schliesslich auch die Ausführungen zum Massgeblichkeitsprinzip und zur Steuerumgehung. Vorliegend sei zu prüfen, ob die als asymmetrische Interimsdividenden ausgeschütteten Promote Fees als Beteiligungsertrag im Sinne von § 67 Abs. 1 StG bzw. Art. 69 DBG qualifizierten. Werde diese Frage verneint, so sei der beantragte Beteiligungsabzug zu verweigern. Daran vermöge weder das Massgeblichkeitsprinzip etwas zu ändern noch sei erforderlich, dass die Voraussetzungen für eine Steuerumgehung erfüllt seien.

E. 17

Urteil A 2020 5 E.c Zur Frage des Verwaltungsgerichts nach der Höhe des Streitwerts sei festzuhalten, dass im Falle einer vollumfänglichen Gutheissung des Rekurses ein Beteiligungsabzug von insgesamt 89,153 % resultieren würde (statt 36,025 % gemäss Einspracheentscheid). In der Folge würde daher die Steuerbelastung um Fr. _____ tiefer ausfallen (Fr. _____ anstelle von insgesamt Fr. _____ für die direkte Bundessteuer und die Kantons- und Gemeindesteuern). F. Mit Vernehmlassung vom 9. Juli 2020 beantragte die ESTV den Rekurs unter Kostenfolge vollumfänglich abzuweisen, im Wesentlichen unter Berufung auf die folgenden Beweggründe: F.a Die Rekurrentin habe im vorliegend zu beurteilenden Jahr 2014 von der C._____ Sarl einen Betrag in der Höhe von EUR _____ von der D._____ Ltd. einen Betrag in der Höhe von EUR _____ sowie von der E._____ Sarl einen Betrag in der Höhe von EUR _____ vereinnahmt. Die Überweisung dieser "Promote Fees" sei gestützt auf die jeweils anwendbaren JVA erfolgt.

F.b Gemäss Art. 69 DBG ermässige sich die Gewinnsteuer einer Kapitalgesellschaft im Verhältnis des Nettoertrages aus den Beteiligungsrechten zum gesamten Reingewinn, wenn die Gesellschaft oder Genossenschaft zu mindestens 10 % am Grund- oder Stammkapital oder am Gewinn und an den Reserven einer anderen Gesellschaft beteiligt sei oder Beteiligungsrechte im Verkehrswert von mindestens einer Million Franken halte. Strittig und vorliegend zu klären sei, ob drei in der Form von asymmetrischen Interims- dividenden ausgerichtete und vorgängig vertraglich zugesicherte "Promote Fees" in der Höhe von jeweils 20 % der Net Project Returns zum Beteiligungsabzug gemäss Art. 69 ff. DBG berechtigten oder nicht. F.c Gemäss geltender Praxis zählten zu den Beteiligungserträgen gemäss Art. 70 DBG insbesondere ordentliche oder ausserordentliche sowie offene oder verdeckte Gewinnausschüttungen, welche auf ein Beteiligungsverhältnis zurückzuführen seien. Gewinnausschüttungen gestützt auf das Beteiligungsverhältnis würden jeweils ohne Gegenleistung zugewendet. Nach diesem Verständnis habe die Rekursgegnerin auch die Berechnung des Beteiligungsabzugs in Anwendung der geltenden Steuerpraxis vorgenommen. Deshalb werde vorliegend seitens der ESTV vorab betreffend die direkte

E. 18

Urteil A 2020 5 Bundessteuer auf die zutreffenden Ausführungen in der Vernehmlassung der Rekursgegnerin verwiesen. F.c.a Ergänzend gehe bereits aus dem Sachverhalt hervor, dass die Ausrichtung der "Promote Fees" zugunsten der Rekurrentin nicht auf die jeweiligen Beteiligungsverhältnisse zurückzuführen, sondern vertraglicher Natur seien. Im Rekurs werde unter Ziff. 5.3 denn auch auf den vertraglichen Anspruch der Rekurrentin auf den "Promote" hingewiesen. Gemäss den Ausführungen der Rekurrentin stünden nur ihr, nicht aber den übrigen Beteiligten diese vertraglich zugesicherten Ansprüche zu. Damit erhelle aber auch, dass der Rekurrentin die vertraglichen Ansprüche auf die besagten "Promote Fees" auch ohne Dividendenbeschlüsse zugestanden hätten. Da die "Promote Fees" im Zusammenhang mit den erbrachten Dienstleistungen ausgerichtet worden seien, könne in diesem Umfang kein Beteiligungsabzug gewährt werden. Der Hinweis der Rekurrentin auf die separat erfolgte Entschädigung für die Beratungstätigkeiten sei unbehelflich. Tatsache sei, dass die vorliegend streitbetroffenen "Promote Fees" untrennbar mit den von der Rekurrentin erbrachten Beratungstätigkeiten verbunden und sie mithin vertraglich zugesichert worden seien. F.c.b Auch die Berufung auf die grundsätzliche steuerliche Zulässigkeit von asymmetrischen Dividenden ändere nichts an der vertraglichen Natur der Ansprüche auf "Promote Fees". Die formellen Beschlüsse der verschiedenen Gesellschaften, den geschuldeten Betrag in Form einer asymmetrischen Dividende auszuzahlen vermöge den tatsächlichen Rechtsgrund für die Zahlungen nicht zu beseitigen. Bezeichnenderweise seien die asymmetrischen Dividenden denn auch vollumfänglich zugunsten der Rekurrentin ausgerichtet worden, ohne dass die anderen Anteilseigner zu berücksichtigen gewesen seien. Zu Recht stelle die Rekurrentin die vertraglichen Verpflichtungen ihrer Vertragspartner zur Ausrichtung einer "Promote Fee" nicht in Frage. Schliesslich vermöge die Rekurrentin nicht zu belegen, dass sie mit ihrem lnvestment in einer frühen Projektphase besondere Risiken eingegangen und deshalb mittels asymmetrischer Dividenden zu begünstigen gewesen sei. Vielmehr werde im Rekurs unter Ziff. 6.2.1 betont, dass die "Promote Fees" erst geschuldet gewesen seien, nachdem alle anderen Verpflichtungen der Projektgesellschaft erfüllt worden seien. Auch aus diesem Umstand gehe hervor, dass die Auszahlungen der "Promote Fees" vertraglicher Natur seien und es sich dabei nicht um klassische Gewinnausschüttungen handle.

E. 19

Urteil A 2020 5 Bezeichnenderweise sei vorliegend der grösste Teil der streitbetroffenen Beträge (Zahlung der D._____ Ltd. in der Höhe von EUR _____) bei der leistenden Gesellschaft soweit ersichtlich als Aufwand verbucht worden. Für die Berechnung des "(Loss)/Profit for the year/period" seien die ausbezahlten Dividenden in Abzug gebracht worden (Rekurs Ziff. 6.1.6 E "Management Accounts for the year ended 31 December 2014, S. 2). Dieser Umstand spreche zusätzlich zu den gemachten Ausführungen gegen die Anerkennung der Zahlung der D._____ Ltd. an die Rekurrentin als Dividende. Jedoch berechtigten auch die beiden weiteren streitbetroffenen Zahlungen an die Rekurrentin nicht zum Beteiligungsabzug, da sie vertraglich geschuldet seien. Die Frage der Gewährung des Beteiligungsabzugs sei gestützt auf die Schweizer Rechtsordnung zu beurteilen. Ausländische Rechnungslegungsvorschriften könnten hilfsweise berücksichtigt werden, seien jedoch im Hinblick auf die Anwendung der Schweizer Rechtsordnung nicht bindend. F.c.c Schliesslich sei darauf hinzuweisen, dass die vorliegende Streitfrage entgegen der diesbezüglichen Ausführungen in der Beschwerde unter Ziff. 6.2.2 keine Frage des Massgeblichkeitsprinzips darstelle. Der Beteiligungsabzug werde nicht automatisch gestützt auf die vorgenommenen Verbuchungen durch die steuerpflichtige Gesellschaft gewährt. Vielmehr sei die Frage der Gewährung des Beteiligungsabzugs unter Berücksichtigung aller Umstände zu prüfen. Insbesondere sei vorliegend zu berücksichtigen, dass die streitbetroffenen Zahlungen gestützt auf vertragliche Ansprüche der Rekurrentin erfolgt seien. Die Verweigerung des Beteiligungsabzugs könne deshalb vorliegend entgegen der Ausführungen im Rekurs unter Ziff. 6.2.3 auch ohne Erbringung des Nachweises einer Steuerumgehung durch die Steuerbehörden erfolgen. G. Mit Schreiben vom 8. August 2020 replizierte die Rekurrentin auf die Stellungnahmen der Rekursgegnerin und der ESTV wie folgt: G.a Betreffend Carried Interest: Wie die Rekursgegnerin in ihrer Vernehmlassung ausführe, handle es sich beim Carried Interest um eine Gewinnbeteiligung des Fondsmanagements von Private Equity Fonds, die von einer vertraglich festgelegten Mindestrendite ("Hurdle Rate") abhänge. Das Private Equity Fondsmanagement erhalte den Carried Interest in der Regel also nur, wenn der Private Equity Fonds eine vorbestimmte Mindestrendite erreiche. Der Carried lnterest stelle somit eine erfolgsabhängige Entschädigung dar, welche das Fondsmanagement von Private Equity

E. 20

Urteil A 2020 5 Fonds für seine Erwerbstätigkeit erhalte und die das Fondsmanagement mit einer Teilhabe am Investment motivieren solle. Vorliegend fehle es jedoch an wesentlichen Merkmalen eines Carried lnterests: Bei der Rekurrentin handelt es sich um keinen Private Equity Fonds, sondern um eine Immobilien Investment Managementgesellschaft. Als solche habe die Rekurrentin eigenes Kapital in die Projektgesellschaften investieren müssen, und zwar – anders als ein Private Equity Fonds – bevor die für die Realisierung des Projekts notwendigen Investoren vorhanden gewesen seien. Im Vergleich zum Management von Private Equity Fonds habe die Rekurrentin somit ein deutlich höheres wirtschaftliches Risiko getragen. Entsprechend stehe beim Promote auch keine Erwerbstätigkeit, sondern das (lnitial-)Investment im Vordergrund. Entsprechend hänge beim Promote – anders als beim Carried Interest – die Auszahlung von keiner Mindestrendite ("Hurdle Rate") ab. Die Auszahlung des Promotes werde vielmehr ausdrücklich den übrigen Dividendenausschüttungen gleichgestellt (vgl. Rekursschrift, Ziff. 6.1.5, "[...] and the

Promote shall rank pari passu with the remaining Net Project Returns to be allocated to the Sponsors [Anm.: Aktionäre der Projektgesellschaft]"). Der Promote werde sogar nachrangig zu den Dividenden der übrigen Investoren ausbezahlt (vgl. JVA D._____, Ziff. 9.6: "[...] The claim for the Promote shall vest and become payable without unreasonable delay after all Sponsor Commitments have been fully repaid to the Sponsors."). Auch diese Regelung weiche von einem typischen Carried Interest ab und sei ein deutlicher Hinweis darauf, dass beim Promote das (lnitial-)Investment und nicht die erfolgsabhängige Erwerbstätigkeit im Vordergrund stehe. Mit der im Vergleich zu den übrigen Investoren höheren Dividendenausschüttung erfolge lediglich eine Entschädigung für das höhere wirtschaftliche Risiko. Anders als von der Rekursgegnerin impliziert, schliesse eine Behandlung als Carried Interest zudem weder eine Besteuerung als Beteiligungsertrag noch die Anwendung des Beteiligungsabzugs aus. Sofern die Qualifikation als Carried Interest überhaupt in Betracht käme, sei gemäss gängiger Praxis der ESTV wie bei Private Equity Fondsmanager nicht einfach der gesamte Carried Interest als Erwerbseinkommen zu besteuern. Im Umfang in dem sich die Gewinnbeteiligung des Private Equity Fondsmanagements proportional zum Anteil am Eigenkapitals verhalte, könne das Management – wie unabhängige Dritte – von den Steuererleichterungen des Kapitalgewinns oder des direkten Grundbesitzes profitieren. Nur soweit die Private Equity Manager einen Gewinnanteil erhielten, der über ihren Anteil am Eigenkapital hinaus ginge, könne beim Private Equity Fondsmanagement

E. 21

Urteil A 2020 5 eine Qualifikation als steuerbares Erwerbseinkommen geprüft werden. Im vorliegenden Fall seien die beteiligten Gesellschaften mit einer Quote zwischen 4,95 % und 14,99 % an den jeweiligen Projektgesellschaften beteiligt. Würde es die Rekursgegnerin mit der Besteuerung als Carried lnterests ernst meinen, müsste sie zumindest in diesem Umfang von einem Beteiligungsertrag ausgehen und den Beteiligungsabzug zulassen. G.b Betreffend schuldrechtlichem Anspruch auf asymmetrische Dividenden: Sowohl die Rekursgegnerin als auch die ESTV würden darauf hinweisen, dass die Rekurrentin über einen schuldrechtlichen Anspruch auf die Promote Fees verfüge, welcher unabhängig von den Ausschüttungsbeschlüssen bestehe. Darin zeige sich, dass die Promote Fees nicht im Beteiligungsverhältnis, sondern im Dienstleistungsverhältnis begründet seien. Dabei würden die Rekursgegnerin und die ESTV verkennen, dass es häufig vertragliche Ansprüche auf Dividendenausschüttungen gebe. So sei es bei Start-up Gesellschaften bspw. üblich, dass Investoren ihr wirtschaftliches Risiko vertraglich absicherten. Zu diesem Zweck würden deshalb in Aktionärbindungsverträgen von Start-up Gesellschaften regelmässig unterschiedliche Aktienkategorien oder Vorzugsaktien geschaffen und den Investoren Vorabdividenden oder Liquidationspräferenzen eingeräumt. Die Investoren erhielten dadurch einen schuldrechtlichen Anspruch auf eine (Vorab-)Dividende, ohne dass dadurch die Behandlung als Beteiligungsertrag in Frage gestellt werde. Im Rahmen der Privatautonomie des Privatrechts steht es den Aktionären frei, über ihre Dividenden vertraglich zu verfügen. In diesem Zusammenhang sei nochmals auf die gesellschaftsrechtliche Literatur verwiesen, welche vertraglich vereinbarte asymmetrische Dividenden ausdrücklich als sachgerecht bezeichne. G.c Betreffend Massgeblichkeitsprinzip: Sowohl die Rekursgegnerin als auch die ESTV würden den Hinweis auf das Massgeblichkeitsprinzip als irrelevant ablehnen. Wie bereits in der Rekursschrift ausführlich dargelegt worden sei, stelle die Vermeidung der wirtschaftlichen Mehrfachbelastung die eigentliche ratio legis des Beteiligungsabzugs dar. Im Sinne des

Beteiligungsabzugs liege somit nur dann ein Beteiligungsertrag vor, wenn die Leistung aus dem Eigenkapital der leistenden Gesellschaft erbracht und sie bei der leistenden Gesellschaft nicht als geschäftsmässig begründeter Aufwand verbucht worden sei. Die handelsrechtliche Verbuchung als Beteiligungsertrag bei der leistenden Gesellschaft sei deshalb Voraussetzung für die Anwendung des Beteiligungsabzugs. Entgegen den Ausführungen der Rekursgegnerin und der ESTV sei das Massgeblichkeitsprinzip somit der eigentliche Ausgangspunkt der vorliegend zu beurteilenden Rechtsfrage. Genau das sei im Übrigen auch der Grund, weshalb für die

E. 22

Urteil A 2020 5 Beurteilung eines Beteiligungsertrags nicht die Sicht der Aktionäre, sondern einzig die Sicht der leistenden Gesellschaft massgebend sei. Bezüglich der Darstellung der Dividende in der Jahresrechnung 2014 der D._____ Ltd. mit Sitz in Guernsey werde von den Gegenparteien nur die nach lokalen Rechnungslegungsstandards erstellte Erfolgsrechnung ("Profit and Loss Account"; S. 2) zitiert (vgl. Vernehmlassung der Rekursgegnerin, S. 3; Vernehmlassung der ESTV, Ziff. 2e). Von diesen nicht zitiert werde die Anmerkung 7 im Anhang der Jahresrechnung 2014 ("Shareholders funds"; S. 5), welche eindeutig zeige, dass die Gewinnverteilung über die Gewinnreserven erfolgt sei. Die Dividende sei somit über das Konto "Kapital und Reserven" verbucht worden und nicht wie behauptet über den Aufwand. H. Mit Duplik vom 18. August 2020 hielt die Rekursgegnerin an ihren Anträgen fest. Begründend führte sie zusätzlich das Folgende aus: H.a Betreffend "Promote Fee" und "Carried Interest": Die Begriffe "Promote (Fee)" und "Carried Interest" seien hier grundsätzlich synonym zu verwenden. Unterschiede bestünden im Wesentlichen lediglich in Bezug auf die Branche. Während im Zusammenhang mit Immobilien-Investments in der Regel der Ausdruck "Promote" verwendet werde, sei bei Private Equity-Fonds eher der Begriff "Carried Interest" gebräuchlich. Zwar seien in der Praxis unterschiedliche Ausgestaltungen anzutreffen, so werde z.B. regelmässig eine Mindestrendite (Hurdle Rate) vorausgesetzt (was jedoch nicht begriffsnotwendig sei). Im Grundsatz handle es sich dabei aber immer um dasselbe, und zwar um eine zusätzliche, überproportionale Erfolgsentschädigung (Gewinnbeteiligung) des Fondsmanagers (der Management-Gesellschaft). Da die Bezeichnung "Promote" aus dem englischen Sprachraum stamme und (soweit ersichtlich) bisher keinen Eingang in die einschlägige schweizerische Steuerrechtsliteratur gefunden habe, werde auf die Webseite einer US-amerikanischen Immobilien-Investment-Plattform verwiesen (vgl. https://www.realtymogul.com/knowledge-center/article/sponsor-promote- interests, besucht am 17. August 2020) sowie auf einen Artikel aus dem "New York Law Journal" (Beilage 3, S. 1, elektronisch verfügbar auf [kostenpflichtig]: https://www.law.com/newyorklawjournal/2019/08/13/crystallization-of-carried-interest-in-jointventures, besucht am 17. August 2020), welche aufzeigen würden, dass zwischen "Promote" (bei Immobilien-Investments) und "Carried Interest" keine wesentlichen Unterschiede bestünden. Wie die streitbetroffenen Zahlungen bezeichnet würden ("Promote [Fee]", "Carried Interest" oder etwa "Performance Fee" oder "Success Fee"), sei

E. 23

Urteil A 2020 5 letztlich aber unerheblich. Die Qualifikation als Beteiligungsertrag scheitere nicht an der Terminologie, sondern vielmehr daran, dass die Zahlungen Dienstleistungserträge im Zusammenhang mit den JVA darstellten. Es werde an dieser Stelle nochmals auf die Ausführungen in der Konzernrechnung der Rekurrentin verwiesen:

"Promote fees repre- sent a compensation for the Groups services rendered in connection with the Asset Management Agreements. Such fees are typically based on the volume of the underlying assets under management and the management performance. Economically this fee is a performance related component of the Asset Management Fee"; mit anderen Worten gehe es um eine erfolgsbasierte Honorarkomponente. Soweit es sich bei den Zahlungen, wie von der Rekurrentin geltend gemacht, auch um Entschädigungen für das höhere wirtschaftliche Risiko handle, erscheine dies mit Blick auf die Ausführungen in der Konzernrechnung und die Ausgestaltung der JVA insgesamt von untergeordneter Bedeutung und vermöge nichts an der Qualifikation als Dienstleistungsertrag zu ändern. Eine teilweise Anerkennung als Beteiligungsertrag, wie mit Verweis auf eine einzelne Literaturmeinung gefordert werde, sei ebenfalls abzulehnen, und zwar namentlich deshalb, weil die Rekurrentin von den Projektgesellschaften nebst den "Promote Fees" zusätzlich proportionale Dividenden erhalten habe, für welche der Beteiligungsabzug gewährt worden sei. Es werde diesbezüglich auf eine vom zuständigen Bücherexperten im Veranlagungsverfahren als Arbeitsnotiz erstellte Darstellung (Beilage 4) verwiesen. Mit dem Hinweis auf den "Carried Interest" in der Vernehmlassung habe nicht zuletzt auch aufgezeigt werden sollen, dass es sich vorliegend nicht etwa um einen besonders speziellen Einzelfall handle, sondern durchaus grundsätzliche (und teilweise bisher gerichtlich ungeklärte) Fragen aufgeworfen würden, die zudem (politisch) umstritten seien. Wolle man Teile der Entschädigung von Fonds-Managern bzw. Vermögensverwaltern einer privilegierten Besteuerung unterstellen, so habe dies der Gesetzgeber explizit zu regeln. Weder das in der streitbetroffenen Steuerperiode noch das heute geltende Recht enthalte jedoch entsprechende Normen. H.b Betreffend schuldrechtlichem Anspruch auf asymmetrische Dividenden: Zwar möge es zutreffen, dass sich Investoren bei Start-ups das wirtschaftliche Risiko vertraglich absichern liessen. Wenn es sich bei den geleisteten Zahlungen aber um Dienstleistungserträge handle (und darüber hinaus eine Ausschüttung als Dividende

E. 24

Urteil A 2020 5 ursprünglich nicht ausdrücklich vorgesehen gewesen sei), falle eine Anerkennung als Beteiligungsertrag ausser Betracht. H.c Betreffend Massgeblichkeitsprinzip: Es werde daran festgehalten, dass das Massgeblichkeitsprinzip im vorliegenden Fall nicht einschlägig sei. Verbuche eine Gesellschaft in ihrer Jahresrechnung eine Zahlung als Dividende und stelle sich heraus, dass es sich dabei wirtschaftlich betrachtet nicht um Beteiligungsertrag im Sinne von § 67 Abs. 1 StG bzw. Art. 69 DBG handle, so sei der Beteiligungsabzug zu verweigern. Mithin verhalte es sich entgegen der Ansicht der Rekurrentin nicht so, dass für jede als Beteiligungsertrag verbuchte Zahlung zwingend der Beteiligungsabzug zu gewähren sei. I. Mit Schreiben vom 31. August 2021 reichte auch die ESTV ihre Duplik ein. Sie hielt an ihren Anträgen fest und begründete zusätzlich wie folgt: I.a Betreffend Parallelen des vorliegenden Falles zu Hedge Fonds-Modellen bzw. Carried Interest: Aus dem Sachverhalt gehe hervor, dass die Vereinnahmung der erfolgsabhängigen Management-Dienstleistungserträge durch die Rekurrentin gestützt auf vertragliche Vereinbarungen erfolgt sei (Joint Venture Agreements). Dieser Umstand werde durch die Rekurrentin mit den Ausführungen unter Ziff. 1 zweiter Absatz der Replik zum Thema "Carried Interest" mit dem Verweis auf die Relevanz einer vertraglich festgelegten Mindestrendite sowie dem Vorliegen einer erfolgsabhängigen Entschädigung für Erwerbstätigkeit bei Private Equity Fonds sogar bestätigt. Zwar werde unter Ziff. 1, dritter Absatz der Replik darauf hingewiesen, dass es

sich bei der Rekurrentin nicht um einen Private Equity Fonds handle, sondern vielmehr um eine Immobilien- Investmentgesellschaft, welche eigenes Kapital in die Projektgesellschaften habe investieren müssen. Dieser Einwand vermöge jedoch nicht zu überzeugen. Denn aus den verfügbaren Unterlagen gehe hervor, dass vorliegend – wie bei Private Equity Fonds – nicht die Einbringung des eigenen Kapitals, sondern vielmehr die erfolgreiche Erbringung von Management-Dienstleistungen der Rekurrentin für ihre Kunden gestützt auf die JVA den Ausschlag für die Ausrichtung der vorliegend streitbetroffenen Entschädigungen gegeben habe. Auch die Hinweise unter Ziff. 1, vierter Absatz der Replik auf die angebliche Gleichstellung der streitbetroffenen Entschädigungen in Form von "Promote Fees" mit anderen Dividendenausschüttungen oder deren nachrangige Auszahlung seien nicht stichhaltig, da die Promote Fees" nur gestützt auf die vertraglich vereinbarten Management-Dienst-

E. 25

Urteil A 2020 5 leistungen der Rekurrentin ausbezahlt worden seien. Auch stelle der Hinweis auf die Ausrichtung der "Promote Fees" als Entschädigung für ein höheres wirtschaftliches Risiko nach wie vor eine unbelegte Behauptung dar. Schliesslich stelle der "Carried Interest" in anderen Fallkonstellationen entgegen den Ausführungen unter Ziff. 1, fünfter Absatz der Replik gemäss Praxis der ESTV sehr wohl regelmässig eine zusätzliche, vollumfänglich steuerpflichtige Entschädigung an den Hedge Fonds Manager dar. Liege im Rahmen eines Hedge Fonds-Modells eine Beteiligung des Managements vor, könne nach vorliegendem Verständnis eine parallel erfolgende Gewinnbeteiligung einzig proportional zu anderen Anlegern erfolgen. Vorliegend seien die "Promote Fees" gestützt auf die abgeschlossenen JVA einzig der Rekurrentin ausgerichtet worden, da sie vertraglich zur Erbringung von Management-Dienstleistungen verpflichtet gewesen sei. Andere blosse Beteiligungsinhaber hätten keine "Promote Fees" erhalten. I.b Betreffend schuldrechtlichem Anspruch der Rekurrentin auf asymmetrische Dividenden: Bei asymmetrischen Dividenden könne eine obligatorische Vereinbarung zwischen den Beteiligungsinhabern betreffend die Gewinnverwendung vorliegen, welche von einer – gestützt auf das Gesetz und die Statuten in der Regel proportionalen Gewinnausschüttung – abweiche. Eine solche Situation mit asymmetrischen Dividenden ohne vertragliche Bindung zwischen der ausschüttenden Gesellschaft und der Empfängerin unterscheide sich massgeblich von der vorliegenden Konstellation und sei deshalb für die Klärung der vorliegenden Streitfrage nicht sachdienlich. Die vorliegende Streitfrage betreffe die steuerliche Behandlung von Leistungen, für welche ausdrückliche vertragliche Vereinbarungen (JVA) zwischen den leistenden Gesellschaften und der empfangenden Rekurrentin bestünden. Damit könnten diese Leistungen zum vornherein keine Gewinnausschüttungen darstellen, da sie durch die Gegenparteien der Rekurrentin gestützt auf die abgeschlossenen JVA bereits vor der Gewinnermittlung geschuldet gewesen seien. Damit stelle die Auszahlung von "Promote Fees" in Form von "Dividenden" einzig eine Zahlungsmodalität dar, welche diese vertraglich geschuldeten Zahlungen für steuerliche Zwecke nicht in einen Beteiligungsertrag umzuwandeln vermöge. I.c Betreffend die Kriterien für die Gewährung des Beteiligungsabzugs und zum Massgeblichkeitsprinzip: Gemäss Praxis der ESTV stellten insbesondere Guthaben eines an einer Kapitalgesellschaft Beteiligten keine Beteiligungen dar. Entgegen der Ausführungen in der Replik unter Ziff. 3 sei es deshalb unzulässig, für die Frage der

E. 26

Urteil A 2020 5 Zulässigkeit des Beteiligungsabzugs isoliert auf das Massgeblichkeitsprinzip abzustellen. Vielmehr seien bei der Frage des Vorliegens eines Beteiligungsertrages sowie der Gewährung des Beteiligungsabzugs alle Umstände des Einzelfalles und dabei insbesondere dem Willen der Vertragsparteien betreffend die streitbetroffenen Leistungen Rechnung zu tragen. Würden diese Überlegungen auf den vorliegenden Fall übertragen, könne es sich bei den ausgerichteten "Promote Fees" bereits deshalb nicht um einen Beteiligungsertrag handeln, weil deren Ausrichtung zwischen der Rekurrentin und ihren Gegenparteien vertraglich vereinbart worden seien. Auch aus diesem Grunde könne weder ein vollumfänglicher noch ein anteilsmässiger Beteiligungsabzug gewährt werden. Es erfolgte kein weiterer Schriftenwechsel. Das Verwaltungsgericht erwägt: 1. 1.1 Gemäss Art. 140 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG; SR 642.11) kann der Steuerpflichtige gegen Einspracheentscheide der Veranlagungsbehörde für die direkte Bundessteuer innert 30 Tagen nach der Zustellung bei einer von der Steuerbehörde unabhängigen Rekurskommission schriftlich Beschwerde erheben. Nach § 75 Abs. 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (VRG; BGS 162.1) ist das Verwaltungsgericht die kantonale Rekursbehörde im Sinne der Vorschriften über die direkte Bundessteuer. Die Beschwerden werden, unter Vorbehalt abweichender und ergänzender Vorschriften des Bundesrechts, wie kantonale Steuerstreitigkeiten behandelt (§ 75 Abs. 2 VRG). Gemäss § 136 Abs. 1 des Steuergesetzes des Kantons Zug (StG; BGS 632.1) kann die steuerpflichtige Person gegen den Einspracheentscheid der kantonalen Steuerverwaltung innert 30 Tagen schriftlich Rekurs beim Verwaltungsgericht erheben. Der Rekurs muss einen Antrag und eine Begründung enthalten. Die notwendigen Beweisunterlagen sind beizulegen oder zu bezeichnen (§ 136 Abs. 3 StG; ähnlich Art. 140 Abs. 2 DBG). Die vorliegende Beschwerde (bezüglich der direkten Bundessteuer) und der vorliegende Rekurs (bezüglich der kantonalen und kommunalen Steuern) werden der einfacheren Lesbarkeit halber im Folgenden – mit Ausnahme des Rechtsspruchs im Dispositiv – als

E. 27

Urteil A 2020 5 Rekurs bezeichnet, wobei der Begriff "Rekurs" beide Rechtsmittel (Beschwerde und Rekurs) umfasst. Der vorliegende Rekurs gegen den Einspracheentscheid vom 17. März 2020 datiert vom 16. April 2020 und ist am 17. April 2020 beim Gericht eingegangen. Er gilt daher als rechtzeitig eingereicht. Er entspricht auch den übrigen formellen Anforderungen, weshalb er vom Gericht zu prüfen ist. 1.2 Die Beurteilung erfolgt auf dem Zirkularweg gemäss § 29 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichtes (GO VG; BGS 162.11). 2.

E. 28

Urteil A 2020 5 die Veranlagungs- bzw. Rechtsmittelbehörde nach erfolgter Beweiswürdigung und aufgrund objektiver Gesichtspunkte mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vom Vorliegen eines rechtserheblichen Sachumstandes überzeugt ist. Die Auffassung kann auf Indizien beruhen und bedingt keinen direkten Beweis (BGer 2C_1067/2017 vom 11. November 2019 E. 2.2.3). Anders verhält es sich bei Beweisnot, bei welcher das mildere Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als ausreichend erachtet wird. Von einer Beweisnot ist nicht schon zu sprechen, wenn eine Tatsache, die ihrer Natur nach ohne weiteres dem unmittelbaren Beweis zugänglich wäre, nicht bewiesen werden kann, weil der beweisbelasteten Partei die Beweismittel fehlen. Blosse Beweisschwierigkeiten im konkreten Einzelfall können zu keiner Beweiserleichterung

führen (BGE 144 III 264 E. 5.3). Gelangt die Behörde bzw. das Gericht zu keiner derart gewichtigen Überzeugung, kommen die Beweislastregeln von Art. 8 ZGB zur Anwendung. Im Abgaberecht gilt demnach, dass die Veranlagungsbehörde die Beweislast für die abgabebegründenden und -erhöhenden Tatsachen trägt, während die abgabepflichtige Person für die abgabeaufhebenden und -mindernden Tatsachen beweisbelastet ist (BGer 2C_480/2019 vom 12. Februar 2020 E. 2.3.1 mit Verweis auf die sogenannte Normentheorie in BGE 143 II 661 E. 7.2). 3. Streitig und zu prüfen ist vorliegend, ob die von der C._____ Sarl, der D._____ Ltd. und der E._____ Sarl in der Form von asymmetrischen Interimsdividenden ausgerichteten und in den entsprechenden JVA vereinbarten Promote Fees (oder nachfolgend auch "Promotes") bei der Rekurrentin zum Beteiligungsabzug gemäss § 67 Abs. 1 StG bzw. Art. 69 DBG berechtigen. Die Rekurrentin bejaht die Anwendung des Beteiligungsabzugs, da die erhaltenen Promote Fees sowohl rechtlich und wirtschaftlich als steuerlich relevante Beteiligungserträge zu qualifizieren seien. Die Rekursgegnerin hingegen will den Beteiligungsabzug auf den Promotes nicht gewähren, da es sich bei diesen wirtschaftlich nicht um Beteiligungserträge, sondern um Entschädigungen für in den JVA vereinbarte Managementdienstleistungen handle. Betreffend Dividende der D._____ Ltd. wird zusätzlich angefügt, diese sei in der betreffenden Jahresrechnung als Aufwand verbucht worden, was der Qualifikation als Beteiligungsertrag auf Stufe der Rekurrentin im Wege stehe.

E. 29

Urteil A 2020 5 Nicht strittig ist, dass es sich bei den Promote Fees um der Steuerperiode 2014 zuzurechnende Erträge der Rekurrentin handelt. Ebenfalls nicht strittig ist, dass die übrigen Voraussetzungen zur Gewährung des Beteiligungsabzugs vorliegend erfüllt sind (qualifizierende Beteiligungsquoten von 10 % bzw. Beteiligungsrechte im Verkehrswert von mindestens einer Million Franken), sollten denn die Promote Fees Beteiligungserträge i.S.v. Art. 69 DBG bzw. § 67 StG darstellen. 4.

E. 30

Urteil A 2020 5 sondern als steuerbare Dividendeneinkünfte gelten (Art. 7a des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden [StHG; SR 642.14], Art. 20a DBG; VGer SG B 2015/323 vom 29. Juni 2017 E. 3.2 = StE 2018 B 24.4 Nr. 88). Es geht mithin bei diesen Fällen der wirtschaftlichen Betrachtungsweise um eine Umqualifizierung von privaten Kapitalgewinneinkünften in "Dividendeneinkünfte", weshalb sich daraus für den vorliegenden Fall, wo eben gerade das Vorliegen solcher "Dividendeneinkünfte" von der Rekurrentin geltend gemacht wird, direkt nichts Gegenteiliges ableiten lässt. Der Begriff "Dividenden" bezieht sich auf offene Gewinnausschüttungen einer Aktiengesellschaft aus dem Bilanzgewinn oder aus hierfür gebildeten Reserven (Art. 675 Abs. 2 OR). Es sind Leistungen einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft, die auf dem privatrechtlich hierfür vorgezeichneten Weg durch die zuständigen Gesellschaftsorgane beschlossen werden. Ausgerichtet werden diese Gewinnanteile nicht aus geschäftlichen Gründen, sondern wegen des Beteiligungsverhältnisses. Die handelnden Organe kommen damit nicht einer geschäftlichen Verpflichtung nach, die auch unabhängigen Dritten erbracht würde, sondern verwenden den Gewinn bzw. die Reserven im Interesse der Beteiligten (Reich/Weidmann, in: Zweifel/Beusch, Kommentar DBG, Art. 20 N 40 ff.; VGer SG B 2015/323 vom 29. Juni 2017 E. 2.1.4 = StE 2018 B 24.4 Nr. 88). "Dividende" in diesem Sinne ist ein Begriff des Zivilrechts, dessen Gehalt grundsätzlich auch für das Steuerrecht massgebend ist (VGer SG

B 2015/323 vom 29. Juni 2017 E.

E. 31

Urteil A 2020 5 zustimmenden Aktionär angefochten werden. Unterbleibt die Anfechtung oder stimmen dem asymmetrischen Dividendenbeschluss alle zustimmungsberechtigten Organe zu, so erlangt ein solcher Dividendenbeschluss nach herrschender Anschauung zivilrechtliche Gültigkeit (StGer SO SGSTA.2019.75/BST.2019.70 vom 14. Juni 2021 E. 2, mit ausführlichen Erläuterungen zur Abgrenzung von Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von asymmetrischen Dividendenbeschlüssen, mit Verweisen auf die einschlägige Literatur). 5. Beteiligungserträge der C._____ Sarl und der E._____ Sarl

E. 32

Urteil A 2020 5 geschäftsmässig begründeter Aufwand belastet worden wären, was dem Zweck des Beteiligungsabzugs (Vermeidung der Mehrfachbesteuerung) abträglich wäre. Die in diesem Sinne formellen Voraussetzungen zur Gewährung des von der Rekurrentin beantragten Beteiligungsabzugs auf den asymmetrischen Dividendenzahlungen durch die C._____ Sarl und die E._____ Sarl gelten vorliegend daher grundsätzlich als erfüllt.

E. 33

Urteil A 2020 5

E. 34

Urteil A 2020 5 ergäbe sich mittels blossem Rückgriff auf die wirtschaftliche Betrachtungsweise der Regeln zur Dividendenbesteuerung (Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG bzw. der entsprechenden kantonalen Norm), somit auch ohne Rückgriff auf das Rechtsinstitut der Steuerumgehung, nicht haltbar sei (E. 3 und 5 des zitierten Urteils). Eine Steuerumgehung könne im zu beurteilenden Fall nicht glaubhaft gemacht werden, da, im Gegenteil, die Umqualifizierung des asymmetrischen Dividendenteils (Fr. 800'000.–) in Arbeitslohn einen nicht mehr marktüblichen und geschäftsmässig begründeten Lohnbestandteil dargestellt hätte (E. 8 des zitierten Urteils). Infolge Fehlens einer Steuerumgehung qualifizierte das Verwaltungsgericht St. Gallen die strittige asymmetrische Dividende in vollem Umfang als einen der privilegierten Besteuerung zugänglichen Beteiligungsertrag (Teileinkünfteverfahren bzw. Besteuerung zum privilegierten Steuersatz; E. 6 des zitierten Urteils). Entscheid des Steuergerichts Solothurn vom 14. Juni 2021 (StGer SO SGSTA.2019.75/ BST.2019.70 vom 14. Juni 2021): In diesem Fall ging es um eine einseitige (asymmetrische) Dividendenzahlung einer Aktiengesellschaft (nachfolgend: BZ-AG) an einen von drei Aktionären (eine juristische Person, nachfolgend: AY-AG), deren einziger Verwaltungsrat (nachfolgend: CX) als Partner und Leiter Wirtschaftsprüfer bei der BZ-AG arbeitsvertraglich angestellt war. Anlässlich der Generalversammlungen zu den Geschäftsjahren 2016 und 2017 der BZ-AG wurde einstimmig beschlossen, lediglich der AY-AG eine Dividende von Fr. 133'600.– (2016) bzw. Fr 133'700.– (2017) zukommen zu lassen. AY-AG war mit 40 % an der BZ-AG beteiligt. 50 % wurden durch die DV-AG gehalten (deren einziger Verwaltungsrat EX ebenfalls bei der BZ-AG arbeitete). Die restlichen 10 % wurden durch eine weitere Person gehalten. Die asymmetrischen Dividendenbeschlüsse der BZ-AG zugunsten der AY-AG dienten gemäss Sachverhaltsdarstellung der Abgeltung für die Verwaltungsratstätigkeit der AY-AG, welche als juristische Person nicht selbst im Verwaltungsrat der BZ-AG Einsitz nehmen konnte, sondern hierfür CX entsandte. Die Veranlagungsbehörde nahm "Korrekturen überhöhter Dividenden" vor, mit der Begründung, die fraglichen Dividendenbeschlüsse der BZ-AG

hielten dem Drittvergleich nicht stand und seien, da nicht statutarisch vorgesehen, gesellschaftsrechtlich nichtig, da dem aktienrechtlichen Gleichheitsgebot widersprechend. Auch wenn vorliegend keine Steuerumgehung unterstellt werde, handle es sich aus steuerrechtlicher Sicht bei der an die AY-AG bezahlten Dividende um eine geldwerte Leistung an EX (als Alleinaktionär der DV-AG), gefolgt von einer Schenkung von EX an CX (als Alleinaktionär der AY-AG),

E. 35

Urteil A 2020 5 gefolgt von einer verdeckten Kapitaleinlage von CX in die AY-AG. Es könne insbesondere nicht argumentiert werden, dass die höheren Dividendenausschüttungen an die durch CX gehaltene AY-AG durch die höhere Arbeitsleistung von CX begründet sei. Diese sei mittels Lohnzahlung abzugelten (StGer SO SGSTA.2019.75/BST.2019.70 vom 14. Juni 2021 Sachverhalt Ziff. 2). Das Steuergericht Solothurn folgte dieser Argumentation nicht. Es stellte vorab fest, dass einstimmig gefasste bzw. nicht innert Frist angefochtene Generalversammlungsbeschlüsse betreffend asymmetrische Dividendenzahlungen Rechtsgültigkeit erlangten (E. 2.3.2 des zitierten Urteils). Es sei sodann der erhöhte Arbeitsaufwand des von ihr entsandten Verwaltungsratsmitglieds CX, welcher zur bevorzugten Dividendenausschüttung an die AY-AG geführt habe, nicht in Frage gestellt. Gleiches gelte für die Angemessenheit des von CX direkt von der BZ-AG bezogenen Salärs. Das Bundesgericht nehme in seiner Praxis lediglich dann eine Umqualifizierung von Dividenden in Lohnzahlungen vor, wenn offensichtliche Missverhältnisse zwischen Dividenden- und Lohnzahlungen vorlägen (unter Verweis auf BGer 9C_669/2011 vom 25. Oktober 2012). Ein solches Missverhältnis werde vorliegend nicht geltend gemacht (E. 2.4 des zitierten Urteils). Auf Basis dieser Überlegungen und aufgrund des Vorliegens rechtsgültiger (asymmetrischer) Dividendenbeschlüsse entschied das Steuergericht Solothurn, es seien die asymmetrischen Dividenden entsprechend der Steuererklärungen der AY-AG zu veranlagen (E. 3 des zitierten Urteils).

E. 36

Urteil A 2020 5 Beteiligungsquoten abweichende Ausschüttungen vorsehen können. Solche Instrumente würden z.B. von Joint Ventures gewählt, wenn die verschiedenen Beteiligten zwar in einem bestimmten Prozentsatz am Gewinn beteiligt sein sollen, aber nicht zu den entsprechenden Prozenten Einlagen leisten. Einzig, wenn solche Vereinbarungen sachlich nicht gerechtfertigte Unterscheidungen bewirkten, welche zu einem steuerlich unsachgemässen Ergebnis führten, sei der Sachverhalt unter dem Aspekt der Steuerumgehung zu würdigen. Wenn die Unterscheidung jedoch auf nachvollziehbaren wirtschaftlichen Erwägungen beruhe, wie es zum Beispiel nach einem Joint Venture oder einer Sanierung der Fall sein könne, fehle es an dem für die Steuerumgehung wesentlichen objektiven Element der ungewöhnlichen Rechtsgestaltung (Altorfer/Greter, in: Zweifel/Beusch/Bauer-Balmelli, Kommentar VST, Art. 5 N 169 f.). Diese in Judikatur und Lehre angestrengte Betrachtungsweise überzeugt auch im vorliegend zu beurteilenden Fall, handelt es sich hier doch gerade um in Joint Venture Verträgen geregelte Gewinnanteilsvereinbarungen, wie sie in der vorstehend zitierten Literatur als grundsätzlich zulässig erachtet werden. In Anlehnung an diese Betrachtungsweise gilt daher auch für rechtsgültig beschlossene asymmetrische Dividenden, dass sie ein Begriff des Zivilrechts sind, deren Gehalt grundsätzlich auch für das Steuerrecht massgebend ist (vgl. vorstehend E. 4.1). Daraus folgt auch für (rechtsgültig beschlossene) asymmetrische Dividenden, dass

sie vollumfänglich Beteiligungsertrag im Sinne von Art. 69 ff. DBG bzw. § 67 StG darstellen, folglich dem Beteiligungsabzug zugänglich sind. Vorbehalten bleibt einzig die Prüfung des Sachverhalts unter dem Aspekt der Steuerumgehung. Bezogen auf die asymmetrischen Dividendenbeschlüsse der C._____ Sarl und der E._____ Sarl wurde bereits festgestellt, dass deren rechtmässiges Zustandekommen durch die Parteien nicht in Frage gestellt wurde (vgl. vorstehend E. 5.1). Als Folge dieser Betrachtungsweise stellen sie vollumfänglich Beteiligungsertrag im Sinne von Art. 69 ff. DBG bzw. § 67 StG dar und sind als solches dem Beteiligungsabzug zugänglich. Zu prüfen bleibt der Sachverhalt daher einzig noch unter dem Aspekt der Steuerumgehung.

E. 37

Urteil A 2020 5 Voraussetzungen für eine Steuerumgehung erfüllt seien (Vernehmlassung Rekursgegnerin, S. 4, zweiter Abschnitt; Vernehmlassung ESTV, S. 3, lit. f). Dieser Würdigung ist, in Anlehnung an die vorstehenden Ausführungen zur steuerlichen Anerkennung von asymmetrischen Dividendenbeschlüssen, nicht zu folgen. In Ermangelung der Berufung auf eine Steuerumgehung durch die Rekursgegnerin könnte es damit grundsätzlich sein Bewenden haben, umso mehr, als die Rekursgegnerin für Tatsachen, die eine Steuerumgehung begründen sollen, die Beweislast trägt (BGer 2C_333/2020 vom 25. November 2020 E. 6.4.3). Dennoch soll an dieser Stelle auf die von der Rekursgegnerin zur Ablehnung des Beteiligungsabzugs vorgebrachten Argumente eingegangen werden.

E. 38

Urteil A 2020 5 Rekursgegnerin zitierten Grundsätzen zur Carried Interest-Besteuerung in casu nicht greift.

E. 39

Urteil A 2020 5 betreffend) und 8.2 (die nachgelagerten Projektphasen betreffend). Hingegen wird in Ziff. 9 des JVA C._____ auch explizit geregelt, wie diese Dienstleistungen der Rekurrentin zu entschädigen sind; in Ziff. 9.2 betreffend die Dienstleistungen gemäss Ziff. 8.1 (als "acquisition fee of 2 % … of the Gross Asset Value") und in Ziff. 9.3 betreffend diejenigen gemäss Ziff. 8.2 (als "Asset Management Fee of 0,6 % […] per annum of the Gross Asset Value of the Properties…"). Entgegen der Auffassung der Rekursgegnerin lässt sich daher nicht folgern, aufgrund der "Ausgestaltung der JVA" liesse sich schliessen, der Promote Fee käme zwingend ebenfalls der Charakter eines Dienstleistungshonorars zu. Die Promote Fee wird erst in Ziff. 9.4 des JVA C._____ geregelt, ohne einen Bezug zu den in den Ziff. 8.1 und 8.2 vereinbarten Beratungsdienstleistungen herzustellen. Die Rekurrentin macht diesbezüglich geltend, die in den Ziff. 9.2 und 9.3 JVA C._____ vereinbarten Beraterhonorare stellten eine marktkonforme Vergütung für die in den JVA insgesamt vereinbarten Dienstleistungen dar (Rekurs, Ziff. 6.1.4). Hierzu nimmt die Rekursgegnerin nicht explizit Stellung, so wenig wie zur Frage, ob den Dienstleistungshonoraren in doch substantieller Höhe der erhaltenen Promotes überhaupt noch Marktüblichkeit zugesprochen werden könne. Stattdessen verweist sie auf Ausführungen in der Konzernrechnung 2014 der Rekurrentin, wonach der Promote als eine erfolgsbasierte Komponente der "Asset Management Fee" bezeichnet werde (Duplik, S. 2, dritter Abschnitt, mit Verweis auf die Rekursbeilage 6.1.8, S. 14, 24 und 27). Die Ausführungen der Rekursgegnerin sind korrekt, doch kann diesen Fundstellen der Konzernrechnung ebenfalls entnommen werden, dass derartige Promote Fees

typischerweise in der Form von asymmetrischen Gewinnanteilen ausbezahlt werden ("disproportional profit allocation"; Rekursbeilage 6.1.8, S. 14, B.3.5.2, am Schluss). Es bleibt anzufügen, dass die Konzernrechnung nach den International Financial Reporting Standards (IFRS) erstellt wurde, welche der zivilrechtlichen Ausgestaltung gewisser Sachverhalte nicht durchwegs folgen. So werden z.B. bestimmte Arten von Vorzugsaktien einer Aktiengesellschaft nach dem International Accounting Standard/IAS 32.18 nicht dem Eigenkapital, sondern dem Fremdkapital zugewiesen, ohne dass dieser Betrachtung bei der Kapitalbesteuerung gefolgt würde (https://www.iasplus.com/de/standards/ias/ias32, S. 5, Veranschaulichung-Vorzugsaktien, eingesehen am 18. März 2022). Faktum und massgeblich bleibt, dass die Promote Fees in der Form zivilrechtlich gültiger Dividendenbeschlüsse ausbezahlt wurden und die im Anhang zur Konzernrechnung

E. 40

Urteil A 2020 5 enthaltene Umschreibung das Vorliegen einer Steuerumgehung nicht zu begründen vermag.

E. 41

Urteil A 2020 5 Sachverhalt zu schliessen. Die asymmetrischen Dividendenzahlungen der C._____ Sarl und der E._____ Sarl gelten daher als Beteiligungserträge und berechtigen bei der Rekurrentin zum Beteiligungsabzug gemäss § 67 Abs. 1 StG bzw. Art. 69 DBG. 6. Beteiligungsertrag der D._____ Ltd. 6.1 Was die Verweigerung des Beteiligungsabzugs auf der asymmetrischen Interimsdividende der D._____ Ltd. betrifft, werden von der Rekursgegnerin grundsätzlich dieselben Argumente ins Feld geführt, wie bei den Interimsdividenden der C._____ Sarl und der E._____ Sarl. Daneben wird zusätzlich geltend gemacht, der Beteiligungsabzug sei zu verweigern, weil die Dividende der D._____ Ltd. in der Jahresrechnung 2014 als Aufwand verbucht, d.h. vom "Operating profit for the year/period" abgezogen worden sei und so die Position "(Loss)/Profit for the year/period" geschmälert habe (Vernehmlassung Rekursgegnerin, S. 3, dritter Abschnitt, mit Verweis auf die Rekursbeilage 6.1.6 E). 6.2 Mit diesem Hinweis auf die Verbuchung der strittigen Interimsdividende als Aufwand in der Jahresrechnung 2014 der D._____ Ltd. beruft sich die Rekursgegnerin wohl auf die Zielsetzung des Beteiligungsabzugs, welche in der Vermeidung der Doppel- bzw. Vielfachbelastung auf Stufe von Gesellschaft und Aktionariat besteht (vgl. E. 4.1 vorstehend; Richner/Frei/Kaufmann/Rohner, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 4. Aufl. 2021, § 72 N 2; nachfolgend: Kommentar zum Zürcher StG). Eine entsprechende Regelung findet sich im Bereich der direkten Bundessteuer, wonach Erträge, die bei der leistenden Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft geschäftsmässig begründeten Aufwand darstellen, keine Beteiligungserträge sind (Art. 70 Abs. 2 lit. b DBG). Wie die Rekursgegnerin richtig ausführt, wird der Zweck des Beteiligungsabzugs, die Vermeidung der Mehrfachbelastung, nicht immer vollständig erreicht und es kann infolge von Qualifikationskonflikten betreffend die zu beurteilenden ausländischen Erträge vorkommen, dass diese eine Entlastung (Beteiligungsabzug) erfahren, obwohl sie im Ausland nicht oder nicht vollständig besteuert werden und umgekehrt (Altorfer/Duss, in: Zweifel/Beusch, Kommentar DBG, Art. 70 N 5h). Als Beispiel werden in diesem Kontext von der Lehre Dividendenzahlungen einer brasilianischen Gesellschaft angeführt (Altorfer/Duss, in: Zweifel/Beusch, Kommentar DBG, Art. 70 N 5i). Für diese besteht nach brasilianischem Zivilrecht die Möglichkeit, zwischen der Ausrichtung einer ordentlichen Dividende und/oder einer Zinszahlung auf dem Eigenkapital der Gesellschaft zu wählen. Solche

Eigenkapitalzinsen werden nach brasilianischem Recht zwar nicht der

E. 42

Urteil A 2020 5 Erfolgsrechnung belastet, sondern direkt mit dem Eigenkapital der Gesellschaft verrechnet. Sie können indessen nach Massgabe des brasilianischen Steuerrechts von der Bemessungsgrundlage für die Gewinnsteuer in Abzug gebracht werden. Das Wahlrecht gründet in einem entsprechenden Beschluss der Gesellschafterversammlung. Als Leistung, die auf dem privatrechtlich hierfür vorgezeichneten Weg unter Wahrung der formellen und materiellen Gewinnausschüttungsvorschriften durch die zuständigen brasilianischen Gesellschaftsorgane beschlossen und zulasten der Reserven der Gesellschaft verbucht werden, werde sie nach der vorstehend zitierten Lehrmeinung aus schweizerischer Sicht als offene Gewinnausschüttung, sprich Dividende, betrachtet, da sie der Gesellschaftersphäre und nicht der Unternehmenssphäre zugeordnet werde. Für die Anwendung der Ausschlussbestimmung von Art. 70 Abs. 2 lit. b DBG wird in diesem Sinne ein geschäftsmässig begründeter Aufwand in einem betriebswirtschaftlichen Sinne, demnach eine Zuordnung der Leistung zur Unternehmenssphäre verlangt. Das ist nach der zitierten Lehrmeinung jedoch bei Eigenkapitalzinsen nach brasilianischem Recht gerade nicht der Fall, weil sie vom zuständigen Gesellschaftsorgan beschlossen würden und nur an die Gesellschafter geleitstet werden könnten. Folglich sei die Ausschlussbestimmung von Art. 70 Abs. 2 lit. b DBG ungeachtet der steuerlichen Abzugsfähigkeit der Eigenkapitalzinsen nach brasilianischem Recht nicht anwendbar. Das handelsrechtliche Gewinnausschüttungspotenzial werde durch die rein steuerlichen Abzüge nicht geschmälert. Bei dieser handle es sich vielmehr um eine rein steuerliche Gewinnermittlungsvorschrift nach ausländischem Recht, die der Gewährung des Beteiligungsabzugs gemäss Art. 70 DBG nicht im Wege stehe, da bei offenen Gewinnausschüttungen keine Anforderungen an deren steuerliche Behandlung im Ausland gestellt würden (Altorfer/Duss, in: Zweifel/Beusch, Kommentar DBG, Art. 70 N 5i; Richner et al., Kommentar zum Zürcher StG, § 72 N 10). 6.3 Was die Interimsdividende der D._____ Ltd. betrifft, ist vorab festzustellen, dass die vorstehend unter E. 5 zu den asymmetrischen Dividenden der C._____ Sarl und der E._____ Sarl gemachten Ausführungen und getroffenen Konklusionen dem Grundsatze nach auch für die asymmetrische Dividende der D._____ Ltd. gelten. Es ist sodann, da nicht bestritten, davon auszugehen, dass diese Dividende rechtsgültig durch das zuständige Gesellschaftsorgan beschlossen wurde (Rekursbeilage 6.1.6 D), es sich mithin um eine zivilrechtlich gültig beschlossene Dividendenzahlung an die Rekurrentin gehandelt hat.

E. 43

Urteil A 2020 5 Betreffend dem von der Rekursgegnerin zur Verbuchung dieser Dividende Vorgebrachten kann sinngemäss auf die vorstehenden zu brasilianischen Dividendenzahlungen gemachten Ausführungen verwiesen werden (E. 6.2). Die Schlussfolgerungen daraus treffen nach Ansicht des Gerichts auch vollumfänglich auf den hier zu beurteilenden Fall zu. Denn, wie die Rekurrentin richtig bemerkt, ergibt sich aus der Jahresrechnung 2014 der D._____ Ltd., dass die strittige Dividende aus dem Eigenkapital erbracht wurde, so dass eine Entreicherung der Gesellschaft resultiert (vgl. E. 4.1 vorstehend). So werden sowohl als "Profit allocation for the period" der Betrag von EUR _____ (= "Operating profit for the year/period" gemäss Profit and Loss Account) wie auch die gesamte Dividende (EUR _____ in welcher die hier zu beurteilende

Dividende an die Rekurrentin gemäss Anhang 1 (APPENDIX 1) zum Dividendenbeschluss vom 19. Dezember 2014 (Rekursbeilage 6.1.6 D) mitenthalten war, in der Jahresrechnung 2014 direkt in der Eigenkapitalposition "7. Shareholders funds" verbucht, welche schliesslich per Ende der Berichtsposition noch mit dem (Netto-)Betrag von EUR _____ ausgewiesen wird (Jahresrechnung 2014 der D._____ Ltd., S. 5, in Rekursbeilage 6.1.6 E). Die Entreicherung der Gesellschaft ist damit erstellt. Dass der Dividendenbetrag (EUR _____) als "Dividends paid" auch noch in der Erfolgsrechnung, anschliessend an die Position "Operating profit for the year/period", angeführt wird, vermag daran nichts zu ändern. Dies gilt wie vorstehend ausgeführt, unabhängig davon, ob am ausländischen Sitz der D._____ Ltd. die steuerliche Bemessungsbasis vom Erfolg vor oder nach der Dividendenzahlung ermittelt wird. Bei dieser Ausgangslage ergibt sich folglich auch für die D._____ Ltd., dass der asymmetrische (Interims-)Dividendenbeschluss durch das (unbestrittenermassen) zuständige Gesellschaftsorgan nach schweizerischer Anschauung rechtsgültig gefasst wurde. Die hierauf basierende asymmetrische Dividendenzahlung an die Rekurrentin wurde, wie vorstehend ausgeführt, aus dem Eigenkapital der Gesellschaft bezahlt. Das Vorliegen einer Steuerumgehung wurde von der Rekursgegnerin weder geltend gemacht noch ist auf eine solche aus dem Sachverhalt zu schliessen. Die asymmetrische Dividendenzahlung der D._____ Ltd. gilt daher als Beteiligungsertrag und berechtigt bei der Rekurrentin zum Beteiligungsabzug gemäss § 67 Abs. 1 StG bzw. Art. 69 DBG. 7. Abschliessend und zusammenfassend kann damit festgehalten werden, dass die der Steuerperiode 2014 zugerechneten asymmetrischen (Interims-)Dividenden der C._____ Sarl, der E._____ Sarl und der D._____ Ltd. gewinnsteuerrechtlich

E. 44

Urteil A 2020 5 Beteiligungserträge darstellen. Der Rekurs ist daher begründet und gutzuheissen. Der Einspracheentscheid vom 17. März 2020 ist im Sinne der Rekursanträge teilweise aufzuheben und auf den (Interims-)Dividenden der C._____ Sarl, der E._____ Sarl und der D._____ Ltd. der Beteiligungsabzug gemäss § 67 Abs. 1 StG bzw. Art. 69 DBG zu gewähren. Die Sache wird zur Neuveranlagung im Sinne der Erwägungen an die Rekursgegnerin zurückgewiesen. 8. 8.1 Die unterliegende Partei trägt die Kosten des Rekursverfahrens (Art. 144 Abs. 1 DBG; § 120 Abs. 1 StG). Vorliegend unterliegt die Rekursgegnerin vollständig. Gemäss § 24 Abs. 1 VRG ist sie jedoch von der Kostenpflicht befreit, weshalb keine Spruchgebühr erhoben wird. 8.2 Gemäss § 120 Abs. 3 StG wird der obsiegenden steuerpflichtigen Person für die Vertretung durch eine Fachperson eine angemessene Entschädigung zugesprochen (vgl. auch § 28 Abs. 2 VRG und § 8 Abs. 1 Verordnung über die Kosten im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht [KoV VG; BGS 162.12]). Das Honorar beträgt Fr. 100.– bis Fr. 10'000.– (§ 9 Abs. 1 KoV VG). Es ist nach dem Zeit- und Arbeitsaufwand, der Wichtigkeit und Schwierigkeit der Sache sowie nach dem Streitwert oder den sonstigen Interessen der Parteien an der Beurteilung der Angelegenheit festzusetzen (§ 9 Abs. 2 KoV VG). Bei der direkten Bundessteuer gilt für die Zusprechung von Parteikosten Art. 64 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG; SR 172.021) sinngemäss (Art. 144 Abs. 4 DBG), welcher festhält: "Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen." Die obsiegende Rekurrentin ist vorliegend anwaltlich vertreten, weshalb ihr eine Entschädigung zulasten der Rekursgegnerin zuzusprechen ist. Unter Berücksichtigung des hohen Streitwerts, der Komplexität der zu beurteilenden Rechtsfrage und des damit in Zusammenhang stehenden

Aufwandes wird die Parteientschädigung auf Fr. 4'000.– (inkl. Auslagen und MWST) festgesetzt.

E. 45

Urteil A 2020 5 Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

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