

# Gross-up-Klauseln in Darlehensverträgen

Dr. iur. Christoph Oliver Schmid



*Dr. iur. Christoph Oliver Schmid, Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte, Homburger, Zürich*

## Inhalt

1	<b>Hintergrund</b>
1.1	<b>Gross-up-Klausel</b>
1.2	<b>Mehrbetrag</b>
1.3	<b>Hintergrund der Gross-up-Klausel</b>
2	<b>Anmerkungen zu Art. 14 Abs. 1 Satz 2 VStG</b>
2.1	<b>Normalfall</b>
2.2	<b>Ausnahmefall</b>
2.3	<b>Steuerübernahmeversprechen</b>
3	<b>Nicht publizierte Praxisfestlegung der ESTV</b>
3.1	<b>Voraussetzungen</b>
3.2	<b>Diskussion</b>
4	<b>Formulierung in Darlehensverträgen</b>
5	<b>Exkurs: Nicht-Überwälzung der Verrechnungssteuer</b>
6	<b>Regelungsgehalt von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 VStG</b>
7	<b>Literatur</b>

## 1 Hintergrund

Bei Darlehensverträgen internationalen Standards findet man häufig eine Klausel, welche zwischen den Parteien die Pflicht zum Abzug der Quellensteuern auf Zinsen regelt, die sog. gross-up-Klausel. Zu prüfen ist jeweils, ob diese Klausel gültig ist. Aus der Sicht der Schweiz ist somit primär die Verrechnungssteuer betroffen, was nachfolgend diskutiert werden soll.

Nicht behandelt werden soll, ob und wann überhaupt bei Darlehensverträgen eine Verrechnungssteuerpflicht gegeben ist respektive wie die Steuer vermieden werden kann. Ausgeklammert wird auch die Besicherung von Darlehensverträgen.

### 1.1 Gross-up-Klausel

Gross-up-Klauseln folgen üblicherweise international folgendem Aufbau:<sup>1</sup>

- Regel: Der (Zins-)Schuldner verpflichtet sich, sämtliche Zahlungen an die (Zins-)Gläubiger ohne Abzug von Steuern vorzunehmen, ausser ein solcher Steuerabzug ist gesetzlich gefordert.
- Ausnahme: Ist ein Steuerabzug gesetzlich gefordert, dann soll der Zinsbetrag, welchen der Schuldner bezahlen muss, bis zu jenem Betrag erhöht werden, der (nach dem Steuerabzug) zu einem Betrag führt, welcher der Zahlung entspräche, welche geschuldet gewesen wäre, wenn kein Steuerabzug erforderlich gewesen wäre.

<sup>1</sup> Vgl. beispielsweise International Swaps and Derivatives Association, Inc. (ISDA), Master Agreement (Multicurrency – Cross Border) 1992, Ziff. 2 d.

Sofern also eine Steuer abzuziehen wäre, müsste der geschuldete Betrag soweit erhöht werden, dass der Gläubiger nach Steuerabzug den vereinbarten Netto-Betrag erhält. Diese Rechnung ins Hundert sei anhand eines Zahlenbeispiels dargestellt: Der vertragliche Zins ohne Quellensteuer beträgt 3,9 %, die Quellensteuer 35 %. Der Zins nach gross-up beträgt damit 6,0 %<sup>2</sup>, der Steuerbetrag also 2,1 %. Ohne Rückerstattung der Quellensteuer erhält der Gläubiger 3,9 %. Nicht berücksichtigt ist hierbei die allenfalls höhere Gewinnsteuerlast auf dem Bruttozins von 6,0 %.

Nachstehend wird ein Beispiel für eine gross-up-Klausel in englischer Sprache wiedergegeben (ohne Ausnahmen).

«All payments to be made by an Obligor to any Finance Party under the Finance Documents shall be made free and clear of and without deduction for or on account of any Tax Deduction, unless a Tax Deduction is required by law. If a Tax Deduction is required by law to be made by an Obligor, the amount of the payment due from that Obligor shall be increased to an amount which (after making any Tax Deduction) leaves an amount equal to the payment which would have been due if no Tax Deduction had been required.

If an Obligor is required to make a Tax Deduction, that Obligor shall make that Tax Deduction and any payment required in connection with that Tax Deduction within the time allowed and in the minimum amount required by law.»

## 1.2 Mehrbetrag

Mit der gross-up-Klausel wird keine Aussage darüber getroffen, wem der Mehrbetrag zusteht, soweit er von Steuerbehörden rückforderbar ist. Häufig wird deshalb eine Vereinbarung getroffen, wonach der Nettoerlös aus diesem Mehrbetrag dem Schuldner zurückzuzahlen ist. Der Nettoerlös errechnet sich aus dem Mehrbetrag abzüglich der nicht rückforderbaren Quellensteuern und zusätzlichen Gewinnsteuern auf dem Mehrbetrag, ggf. unter Berücksichtigung einer Steuergutschrift (tax credit).

## 1.3 Hintergrund der Gross-up-Klausel

Ein Anleger vergleicht im Zeitpunkt der Darlehensvergabe verschiedene Anlagemöglichkeiten, insbesondere im Hinblick auf die zu erwartende Rendite. Quellensteuern auf Anlagen verursachen Kosten, welche die Rendite schmälern. Dies ist offensichtlich, wenn die Quellensteuer nicht vollständig zurückgefordert werden kann, gilt wegen der Transaktionskosten aber auch bei einer vollständigen Rückforderung.<sup>3</sup>

Verspricht der Schuldner eine bestimmte Rendite, ist er aus Sicht des Gläubigers dabei zu behaften.<sup>4</sup> Ob eine bestimmte Zinszahlung der Quellensteuer unterliegt, ist typischerweise aus der Sicht des Emittenten zu beurteilen. (Anders verhält es sich bei der EU-Zinsbesteuerung.)

Im internationalen Verhältnis kann der Gläubiger nur mit grossem Aufwand beurteilen, ob eine Quellensteuer abzuziehen wäre. Teilweise kann er eine solche Beurteilung überhaupt nicht vornehmen, sofern dafür Gesellschaftsinterna bekannt sein müssen. Dies gilt insbesondere in der Schweiz, wo Darlehen während der Laufzeit zu Obligationen werden können<sup>5</sup> und Erträge ab diesem Zeitpunkt der Verrechnungssteuer unterliegen. Hier zeigt sich auch die Wichtigkeit von gross-up-Klauseln für den Gläubiger. Es geht darum, dass der Schuldner und nicht der Gläubiger das Steuerrisiko trägt, soweit dieses in der Sphäre des Schuldners anzusiedeln ist. Beide Parteien gehen dabei davon aus, dass keine Steuer geschuldet ist.

Vor dem Hintergrund dieser Beurteilung nach Risikosphären ist auch die häufige Gegen Ausnahme in gross-up-Klauseln bezüglich der EU-Zinsbesteuerung zu sehen, wo der Abzug von der Schuldner-eigenschaft abhängt.<sup>6</sup>

Aus schweizerischer Sicht stellt sich die Frage, ob diese Verschiebung des Quellensteuerrisikos in Darlehensverträgen Art. 14 Abs. 1 Satz 2 VStG widerspricht.

## 2 Anmerkungen zu Art. 14 Abs. 1 Satz 2 VStG

### 2.1 Normalfall

Der gesetzliche Normalfall bei der Verrechnungssteuer besteht darin, dass der Schuldner den Abzug von 35 % vornimmt und den Betrag der ESTV überweist (Art. 10 ff. VStG).

Der Gläubiger erhält eine Bestätigung über diesen Abzug, mit welcher er nach internem Recht oder gestützt auf ein allfällig anwendbares DBA die Steuer zurückfordern kann (Art. 14 Abs. 2 VStG).

2 3,9 % / (1 - 35 %).

3 Wobei für diese Betrachtung unerheblich ist, ob es sich um eine Rückzahlung des Steuerbetrages oder einen Steueranrechnungsbetrag handelt.

4 Gleiches gilt vice versa für den Schuldner.

5 Zum Obligationenbegriff: Merkblatt S-02.122.1 der ESTV – Obligationen (vom April 1999); Merkblatt S-02.130.1 der ESTV – Geldmarktpapiere und Buchforderungen inländischer Schuldner (vom April 1999).

6 Diese Gegen Ausnahme hat jedoch nur eine geringe praktische Bedeutung, da selten natürliche Personen als Gläubiger auftreten.

## 2.2 Ausnahmefall

Unterlässt der Schuldner den Abzug, tätigt er entsprechend auch keine Überweisung an die ESTV. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 VStG besagt, dass eine Verpflichtung des Gläubigers, die Steuer nicht abzuziehen, nichtig ist.

Der Schuldner kann sich, mit anderen Worten, nicht rechtsgültig verpflichten, die Steuer nicht abzuziehen. Diese Nichtigkeit ist keine steuerrechtliche, sondern eine zivilrechtliche.<sup>7</sup> Sie würde aufgrund allgemeiner Überlegungen ohnehin gelten, da das öffentliche Abgaberecht nicht unmittelbar durch Privatabrede verändert werden kann.<sup>8</sup>

Die Nichtigkeit beschlägt den Darlehensvertrag. Aufgrund konkreter Umstände<sup>9</sup> im Rahmen der Vermutung von Art. 20 Abs. 2 OR ist zu beurteilen, ob die Nichtigkeit bloss Teile des Darlehensvertrages betrifft oder ob der gesamte Vertrag nichtig ist.<sup>10</sup> Die diesbezüglichen Ansichten von Schuldner und Gläubiger werden sich ex post naturgemäss widersprechen, sofern nicht der Schuldner aus Reputationsgründen bereit ist, eine Teilnichtigkeit zu akzeptieren.

Auch im Falle einer Teilnichtigkeit ist nicht klar, wie weit sich diese erstreckt: Einerseits liesse sich argumentieren, dass bloss der Nicht-Abzug der Verrechnungssteuer ungültig ist, andererseits aber auch, dass neben der Nicht-Überwälzung auch die Zinshöhe betroffen ist. Betrachtet man

diese Frage vor dem Hintergrund der Ausführungen zum Anlageentscheid des Gläubigers, so liegt es nahe, dass die Nichtigkeit auch die Zinshöhe betreffen muss.

Sind bei einer Teilnichtigkeit Zinshöhe und Steuerabzug betroffen, bleibt zu beurteilen, welchen Inhalt die Parteien im Wissen um die Nichtigkeit vereinbart hätten. Dieser Punkt wiederum wäre, soweit keine Indikation über die Meinung der Parteien vorliegt, anhand von Marktdaten zu konkretisieren.

Am Rande sei bemerkt, dass mit Busse bestraft werden kann, wer dem Bund Verrechnungssteuern vorenthält, also bspw. wer einen Abzug nicht vornimmt (Art. 63 VStG).<sup>11</sup>

## 2.3 Steuerübernahmeversprechen

Mit einem Steuerübernahmeversprechen verspricht der Schuldner dem Gläubiger, die Quellensteuer zu bezahlen und auch wirtschaftlich zu tragen.<sup>12</sup> Steuerübernahmeversprechen sind nach überwiegender Auffassung nichtig.<sup>13</sup> Die Steuerpflicht kann nicht durch vertragliche Vereinbarung wegbedungen werden. Schliessen rational handelnde Parteien überhaupt solche Vereinbarungen? Diese Frage sei anhand eines vereinfachten Vergleichs der Folgen von Überwälzung und Übernahmeversprechen dargestellt.<sup>14</sup>

Übersicht: Steuerfolgen von Überwälzung und Übernahmeversprechen im Vergleich

	Steuerüberwälzung		Steuerübernahmeversprechen	
	ohne Steuergutschrift	mit Steuergutschrift	ohne Steuergutschrift	mit Steuergutschrift
Aufwand Schuldner/Bruttozins	6,0 %	6,0 %	6,0 %	6,0 %
Quellensteuer (35 %)	2,1 %	2,1 %	2,1 %	2,1 %
Nettozins	3,9 %	3,9 %	3,9 %	3,9 %
Rückerstattung (Annahme: 20 % des Bruttozinses)	1,2 %	1,2 %	0,0 %	0,0 %
Steuergutschrift <sup>15</sup> (Annahme: 15 % Sockelbelastung)	0,0 %	0,9 % <sup>16</sup>	0,0 %	0,9 % / 2,1 % <sup>17</sup>
Ertrag Gläubiger	5,1 %	6,0 %	3,9 %	4,8 % / 6,0 %

7 BGE 131 III 546; BGE 108 Ib 475 = STOCKAR/HOCHREUTENER, Art. 14 Abs. 1 N 16 f. = ASA 52 (1983/84), 382; BAUER-BALMELLI, 96.  
 8 Vgl. KOLLER A., § 7 N 22. Die Folgen einer Teilnichtigkeit werden nachstehend kurz erläutert. Die Folgen einer Totalnichtigkeit werden wohl nur pro futuro eintreten, während für die Vergangenheit analog zur Teilnichtigkeit vorzugehen ist.  
 9 Inklusive einer allfälligen gross-up-Klausel.  
 10 PFUND, Art. 14 Ziff. 3.1, geht im Regelfall von einer Teilnichtigkeit aus.

11 BEUSCH, Art. 63 VStG; REICH, Art. 14 VStG N 3.  
 12 Vgl. STOCKAR/HOCHREUTENER, Art. 14 Abs. 1 VStG N 15 ff.  
 13 BGE 108 Ib 475 = STOCKAR/HOCHREUTENER, Art. 14 Abs. 1 VStG N 16 f. = ASA 52 (1983/84), 382; PFUND, Art. 14 VStG Ziff. 3.1.  
 14 Es wird unterstellt, der Gewinnsteuersatz des Gläubigers sei proportional und damit für den Vergleich unbeachtlich.  
 15 Es sei hier der Einfachheit halber unterstellt, die Steuergutschrift sei nach internem Recht des Empfängerstaates im jeweils angegebenen Umfang möglich. Sofern bei einem Steuerübernahmeversprechen mangels Belegs keine oder nur eine geringere Steuergutschrift gewährt wird, trifft die Folgerung aus dem Vergleich umso mehr zu.  
 16 Annahme: Steuergutschrift im Umfang der nicht rückerstattbaren Quellensteuer.  
 17 Keine Begrenzung der Quellensteuer durch ein DBA.

Ein Steuerübernahmeversprechen lohnt sich nicht, wie der Vergleich zeigt. Die Überwälzung führt (bei gegebenem Aufwand des Schuldners) mindestens zum gleichen, wenn nicht besseren Ergebnis als das Steuerübernahmeversprechen. Die Parteien können den Vorteil der Überwälzung zwischen sich aufteilen, beispielsweise indem ein tieferer Zins vereinbart wird. Die Wahrscheinlichkeit, dass die Parteien angesichts dieser Sachlage ein Steuerübernahmeversprechen abschliessen, ist demzufolge gering.<sup>18</sup>

Wenn keine Quellensteuer rückforderbar und/oder anrechenbar ist, spielt es ohnehin keine Rolle, ob ein Steuerübernahmeversprechen abgeschlossen wird. Zentral ist vielmehr, ob die Parteien um die Steuerpflicht wissen.

Ein Steuerübernahmeversprechen könnte jedoch abgeschlossen werden, wenn ein Willensmangel hinsichtlich der Steuerpflicht mit Bezug auf eine Zinszahlung besteht. Im Vordergrund steht ein Irrtum, denkbar ist auch eine Täuschung (Art. 23 ff. OR). Die Konsequenzen solcher Willensmängel wurden vorstehend kurz diskutiert.<sup>19</sup>

### 3 Nicht publizierte Praxisfestlegung der ESTV

#### 3.1 Voraussetzungen

Im Jahre 1990 hat die ESTV eine nicht publizierte Praxisfestlegung vorgenommen<sup>20</sup>, wonach eine gross-up-Klausel nicht so lauten dürfe, dass der Schuldner dem Gläubiger verspricht, den Steuerabzug durch eine zusätzliche Zahlung auszugleichen.

Nach Auffassung der ESTV kann allerdings nicht «von vornherein eine Umgehung der Überwälzungsvorschrift» angenommen werden, sofern folgende vier Voraussetzungen erfüllt sind:<sup>21</sup>

- Der Schuldner verspricht in der Zinsabrede des Vertrages einen Mindestzins, welcher, im Falle eines Verrechnungssteuerabzuges, entsprechend höher ausfällt.
- Die Verrechnungssteuer wird auf dem ins Hundert gerechneten Mindestzins berechnet.
- Der Schuldner sichert dem Gläubiger die nötigen Unterlagen zu, welche für die Entlastung von der Verrechnungssteuer benötigt werden.

- Die Parteien durften in guten Treuen davon ausgehen, dass die Zinszahlungen des Vertrages nicht der Verrechnungssteuer unterliegen.

#### 3.2 Diskussion

Zu diesen Anforderungen sind diverse Vorbehalte zu machen, wie insbesondere, dass die ESTV die Gültigkeit der gross-up-Klausel lediglich vorfrageweise beurteilen kann, in dieser Frage aber letztlich die Zivilgerichte zuständig sind.<sup>22</sup> Die Einhaltung dieser Voraussetzungen kann deshalb lediglich als best practice, nicht aber als hinreichend für die Gültigkeit der erwähnten Klausel gelten. Zudem belassen die vier Voraussetzungen aufgrund der Formulierung einen gewissen Spielraum, so dass im Einzelfall auch eine abweichende Auffassung vertreten werden kann und eine gross-up-Klausel deshalb auch bei Einhalten dieser Anforderungen unzulässig sein könnte.

Erklärungsbedürftig ist in internationalen Verhältnissen insbesondere die Anforderung, dass die gross-up-Klausel nicht in einer Steuerklausel, sondern in der Zinsabrede des Vertrages enthalten sein muss. Die gross-up-Klausel wird üblicherweise in einer Steuerklausel oder ganz separat platziert. Es erscheint problematisch, lediglich aus der systematischen Einordnung auf die Gültigkeit einer Abrede zu schliessen respektive eine Abrede als ungültig zu erachten, wenn sie in einer anderen Klausel aufgeführt ist.

Die zweite Anforderung ist letztlich selbstverständlich und ergibt sich aus dem Wesen der Verrechnungssteuer, dass, wenn der Bruttozins erhöht wird, sich auch die Verrechnungssteuer von diesem erhöhten Bruttozins berechnen muss.

Die Zusicherung der Unterlagen, die für die Rückerstattung benötigt werden, ergibt sich bereits aus Art. 14 Abs. 2 VStG und hat deshalb keine selbständige Bedeutung.

Vor dem Hintergrund von vertraglichen Willensmängeln (Art. 26 bzw. Art. 28 OR) sowie der erwähnten Strafandrohung versteht sich von selbst, dass eine gross-up-Klausel bezüglich der Verrechnungssteuer wenig Sinn macht, wenn die Parteien von einer Steuerpflicht ausgehen.

### 4 Formulierung in Darlehensverträgen

Nachstehend wird eine Formulierung der Zinsklausel in einem Darlehensvertrag vorgeschlagen, die den Anforde-

18 REICH, Art. 14 VStG N 13.

19 S. Abschn. 2.2.

20 STOCKAR/HOCHREUTENER, Art. 14 Abs. 1 VStG N 20.

21 Dazu: REICH, Art. 14 VStG N 14.

22 Vgl. BGE 131 III 546, 550 mwH.

rungen der ESTV Rechnung trägt (wobei auch solche Formulierungen immer wieder zu Fragen Anlass geben):

«If a Tax Deduction is required by law to be made by a Borrower in respect of any interest payable by it under this Agreement and if Section [gross up] is unenforceable for any reason in respect of such Borrower the applicable interest rate in relation to that interest payment shall be (i) the interest rate which would have been applied to that interest payment (as provided for in the absence of this Section), (ii) divided by 1 minus the minimum permissible rate at which the relevant Tax Deduction is required to be made in view of domestic tax law and/or applicable Treaties (where the rate at which the relevant Tax Deduction is required to be made is, for this purpose, expressed as a fraction of one (1)).»

## 5 Exkurs: Nicht-Überwälzung der Verrechnungssteuer

Was passiert, wenn der Schuldner die Steuer von der Zinszahlung einfach nicht in Abzug bringt? Lässt man steuerstrafrechtliche Konsequenzen einmal ausser Betracht, pflegt sich die ESTV<sup>23</sup> mit Billigung des Bundesgerichtes<sup>24</sup> auf den Standpunkt zu stellen, der Schuldner habe der Abzugspflicht entsprochen, mithin nur 65 % des geschuldeten Zinsbetrages ausbezahlt und schulde die entsprechende Steuer. Damit erfolgt nun das bekannte Ins-Hundert-Rechnen der Verrechnungssteuer, d. h. der Schuldner hat der ESTV rund 53.8 %<sup>25</sup> des ausbezahlten Betrags zu überweisen. Voraussetzung ist, dass der Steuerschuldner auf den Abzug «verzichtet»<sup>26</sup> oder beim Rückkauf eigener Aktien den Nachweis der Überwälzung nicht erbringt<sup>27</sup>. Unbeachtlich ist nach Bundesgericht, ob der Leistungsempfänger bekannt ist.<sup>28</sup>

Verzichtet der Schuldner auf den Steuerabzug mit der (unterstellten) Absicht, den Empfänger zu begünstigen, kann der Abzug vom gewollten Bruttobetrag erfolgen, was einer Aufrechnung ins Hundert entspricht. Der fehlende Nachweis einer Überwälzung hat hier lediglich eine prozessuale Bedeutung als Indiz für die beabsichtigte Begünstigung.

Dieser Sachverhalt liegt nach Auffassung des Bundesgerichtes bei der Ausgabe von Gratis-Partizipationsscheinen vor, auch wenn es die Absicht nicht als Sachverhalts-

element voraussetzt, sondern auf die blossen Nicht-Überwälzung abstellt.<sup>29</sup> Das Bundesgericht geht (in diesem Entscheid) jedoch nicht auf die Regressforderung ein, welche bei Naturalleistungen gegenüber dem Leistungsempfänger (Gläubiger) entsteht.

Nimmt der Schuldner einen Abzug nicht vor, weil er unverschuldet keine Kenntnis von der Steuerpflicht hat oder keine Überwälzung möglich ist, erscheint die Aufrechnung problematisch, da der Schuldner keine Absicht hat, den Gläubiger zusätzlich zu begünstigen.

Bei Leistungen, die ihrer Natur nach nicht gekürzt werden können, entsteht bei Ausrichtung der Leistung eine öffentlich-rechtliche *Regressforderung* des Leistungsschuldners gegenüber dem Gläubiger.<sup>30</sup> Dies gilt auch, wenn der Leistungsschuldner eine Leistung, die gekürzt werden könnte, ungekürzt ausbezahlt.<sup>31</sup> Sofern der Schuldner – ohne Absicht der Begünstigung – keine Überwälzung vornimmt oder vornehmen kann, besteht deshalb – neben der Regressforderung – grundsätzlich kein Raum für eine Aufrechnung ins Hundert.

Bei (synallagmatischen) Verträgen widerspricht eine Aufrechnung dem Konsens der Parteien, da für Steuerzwecke die Leistung der einen Partei ohne Anpassung der Gegenleistung erhöht wird. Für einen solchen Eingriff weist das VStG keine hinreichend klare gesetzliche Grundlage auf.<sup>32</sup> Der Empfänger würde ungerechtfertigt bereichert und müsste diese Bereicherung herausgeben. Sofern dem Gläubiger kein Beleg für die Rückerstattung übergeben werden kann, verbleibt der Steuerbetrag dem Bund (und zu einem geringen Teil den Kantonen). Nicht zu übersehen ist, dass diese Argumentation pönalen Charakter hat, wofür jedoch die strafrechtlichen Normen vorgesehen und ausreichend sind (Art. 61 ff. VStG).

Beachtenswert ist zudem, dass die ESTV mit dem Ins-Hundert-Rechnen zwangsweise einen gross up vornimmt. Mit anderen Worten: Soll den Parteien eine Regelung untersagt werden, welche nach dieser Argumentation zur Anwendung gelange, wenn keine Verrechnungssteuer abgezogen würde? Ziel und Wesen der gross-up-Klausel ist es ja gerade, das Interesse des Staates an einer korrekten Steuererhebung und die Interessen der Parteien

23 Kreisschreiben Nr. 5 der ESTV – Unternehmenssteuerreform 1997 – Neuregelung des Erwerbs eigener Beteiligungsrechte (vom 19.8.1999) Ziff. 2.6; STOCKAR, 90; HÖHN/WALDBURGER, Bd. I, 538 ff.; RIEDWEG, ST 2004, 941, 944.

24 BGE 118 Ib 317, 324 = ASA 62 (1993/94), 280.

25 Berechnet nach der Formel  $1 / (1 - 35 \%)$ .

26 STOCKAR, 90; 190 f.

27 Kreisschreiben Nr. 5 der ESTV – Unternehmenssteuerreform 1997 – Neuregelung des Erwerbs eigener Beteiligungsrechte (vom 19.8.1999) Ziff. 2.6.

28 BGE 118 Ib 317, 324 = ASA 62 (1993/94), 280: Steuerepflichtig ist nicht der Empfänger, sondern der Schuldner: «Schwierigkeiten der Steuerüberwälzung können nicht dazu führen, die Verrechnungssteuerpflicht zu verneinen.»

29 BGE 118 Ib 317 = ASA 62 (1993/94), 281, 287; s. auch BGER (vom 28.6.1968), ASA 37 (1968/69), 296, 303.

30 Zur Regressforderung s. BGE 131 III 546, 549; REICH, Art. 14 VStG N 31 ff.; STOCKAR, 78, 190; STOCKAR/HOCHREUTENER, Art. 14 Abs. 1 VStG N 3 ff.

31 REICH, Art. 14 VStG N 31 f.; PFUND, Art. 14 VStG N. 2.9 f.

32 Vgl. auch BGER 2P.95/1998, vom 11.12.1998, zum baselstädtischen Schenkungssteuerrecht: «Will der Gesetzgeber die Übernahme der Schenkungssteuer durch den Schenker besteuern, hat er eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage zu schaffen», Auszug in StR 1999, 627; zum Erfordernis an Steuergesetze: HÖHN/WALDBURGER, Bd. I, 130.

miteinander in Einklang zu bringen, mithin die Steuervermeidung zu vermeiden.

## 6 **Regelungsgehalt von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 VStG**

Welchen Regelungsgehalt hat die Überwälzungspflicht nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 VStG, wenn gross-up-Klauseln nicht dagegen verstossen? Die nächstliegende Auslegung versteht sich von selbst: Die Parteien können die Verrechnungssteuerpflicht nicht wegbedingen.

Andererseits hat der Satz nach hier vertretener Auffassung die Bedeutung, die Umgehung der Verrechnungssteuerpflicht durch Schadenersatzzahlung zu verhindern: Wenn ein Schuldner einem Gläubiger einen Zins von 3,9 % verspricht, ohne dass eine Steuer abzuziehen wäre, und nun diese Steuer trotzdem anfällt, liesse sich zivilrechtlich argumentieren, dass der Schuldner im Umfang des Steuerbetrags schadenersatzpflichtig ist. Die Qualifikation als Schadenersatz würde es erlauben, die Zahlung ohne Verrechnungssteuerfolgen vorzunehmen (e contrario Art. 4 Abs. 1 Bst. a VStG). Aus der Sicht des Fiskus ist es im Hinblick auf den Sicherungszweck jedoch nichts weiter als konsequent, wenn nicht nur Zinsen, sondern auch Ersatzzahlungen, wie bspw. Schadenersatz, von der Steuer erfasst werden (vergleichbar mit den Ersatzeinkünften bei der Erwerbstätigkeit [Art. 23 a DBG]).<sup>33</sup>

Bei Verletzung der Abzugspflicht ist mit andern Worten kein Schadenersatz geschuldet, sondern im Rahmen des Parteiwillens eine Anpassung des vertraglichen Zinses, welcher der Verrechnungssteuer unterliegt. Genau das soll die gross-up-Klausel erreichen.

Solange jedoch die hier diskutierte Frage nicht gerichtlich beurteilt und die erwähnte Praxismitteilung nicht überarbeitet werden, bleibt den Parteien diese Unsicherheit weiterhin nicht erspart. Eine abschliessende Aussage über die Gültigkeit von gross-up-Klauseln lässt sich deshalb im Rahmen von Kundenbeziehungen nach wie vor nicht machen.

## 7 **Literatur**

BAUER-BALMELLI MAJA, Der Sicherungszweck der Verrechnungssteuer, Unter besonderer Berücksichtigung der Erträge aus Beteiligungen, Zürich 2000

BEUSCH MICHAEL, Art. 63 VStG, in: Martin Zweifel/Peter Athanas/Maja Bauer-Balmelli, Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/2, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer (VStG), Basel 2005

HÖHN ERNST/WALDBURGER ROBERT, Steuerrecht, Bd. I, Bern/Stuttgart/Wien 2001

KOLLER ALFRED, § 1 - 47, in: Theo Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, bearb. von Alfred Koller, Anton K. Schnyder, Jean Nicolas Druey, Zürich 2000

KOLLER THOMAS, Steuern und Steuerbussen als privatrechtlich relevanter Schaden, ZSR 1994 I, 183

PFUND W. ROBERT, Verrechnungssteuer, I. Teil, Basel 1971

REICH Markus, Art. 14 VStG, in: Martin Zweifel/Peter Athanas/Maja Bauer-Balmelli, Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/2, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer (VStG), Basel 2005

RIEDWEG PETER, Vermögensübertragung auf inländische Betriebsstätten ausländischer Unternehmungen, Steuerrechtliche Aspekte, ST 2004, 941 ff.

STOCKAR CONRAD, Übersicht und Fallbeispiele zu den Stempelabgaben und zur Verrechnungssteuer, Therwil/Basel 2006

STOCKAR CONRAD/HOCHREUTENER HANS PETER (Hrsg.), Die Praxis der Bundessteuern, Stempelabgaben und Verrechnungssteuer, Bd. 2, Therwil/Basel 2004

33 S. zum Verhältnis von Schaden und Steuern KOLLER TH., insbes. 200.