

# Abgeltungssteuern im Konflikt mit dem EU-Zinsbesteuerungsabkommen?

Abkommen zwischen der Schweiz und Deutschland als Beispiel

Prof. Dr. iur. et lic. oec. Robert Waldburger



*Prof. Dr. iur. et lic. oec.  
Robert Waldburger,  
Ordinarius für Steuerrecht an  
der Universität St.Gallen;  
Konsulent Bär & Karrer AG,  
Zürich*

## Inhalt\*

1	Ausgangslage und Gegenstand dieses Beitrags . . . . .	170	6	Versties Art. 20 Abs. 1 des ursprünglich unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommens tatsächlich gegen das EU-Zinsbesteuerungsabkommen? . . . . .	174
2	Problem der Diskriminierung von grenzüberschreitenden gegenüber landesinternen Zinszahlungen – Lösung im EU-Zinsbesteuerungsabkommen . . . . .	171	6.1	Allgemeines. . . . .	174
2.1	Diskriminierungsproblem im Verhältnis zu Deutschland . . . . .	171	6.2	Wortlaut von Art. 2 Abs. 4 ZBstA und Art. 20 Abs. 1 des ursprünglich unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommens Schweiz-Deutschland . . . . .	175
2.2	Mechanismus der Vermeidung einer Diskriminierung im EU-Zinsbesteuerungsabkommen . . . . .	171	6.3	Auslegung von Art. 2 Abs. 4 ZBstA und von Art. 20 Abs. 1 des ursprünglich unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommens Schweiz-Deutschland gemäss Sinn und Zweck der Abkommen . . . . .	175
3	Regelung des Verhältnisses zwischen EU-Zinsbesteuerungsabkommen und Abgeltungssteuerabkommen Schweiz-Deutschland und Mechanismus der Vermeidung einer Diskriminierung im ursprünglich unterzeichneten Abkommen . . . . .	171	6.3.1	Im Allgemeinen . . . . .	175
4	Stein des Anstosses für die EU-Kommission. . . . .	172	6.3.2	Sinn und Zweck von Art. 20 Abs. 1 des ursprünglich unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommens Schweiz-Deutschland im Besonderen. . . . .	175
5	Herstellung der Kompatibilität mit dem EU-Zinsbesteuerungsabkommen in den Nachverhandlungen . . . . .	172	6.3.3	Sinn und Zweck der EU-Zinsbesteuerung im Verhältnis zu EU-Mitgliedstaaten, die gemäss internem Steuerrecht eine Abgeltungssteuer erheben . . . . .	177
5.1	Ausschluss der EU-Zinsbesteuerung vom Geltungsbereich des Abgeltungssteuerabkommens . . . . .	172	6.4	Systematische Auslegung von Art. 2 Abs. 4 ZBstA und von Art. 20 Abs. 1 des ursprünglich unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommens Schweiz-Deutschland . . . . .	177
5.2	Ergänzung der Schlussakte betreffend Informationsaustausch über Zinszahlungen gemäss dem EU-Zinsbesteuerungsabkommen . . . . .	173	6.5	Auslegung von Art. 2 Abs. 4 ZBstA und von Art. 20 Abs. 1 des ursprünglich unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommens Schweiz-Deutschland im Licht des Ablaufs der Verhandlungen zum EU-Zinsbesteuerungsabkommen und dessen möglicher Weiterentwicklung . . . . .	178
5.3	Niederschrift mit Verweis auf ein Erklärungs-memorandum Deutschlands . . . . .	173	7	Ergebnis der Auslegung . . . . .	179
5.3.1	Abgeltungswirkung des EU-Steuerrückbehalts. . . . .	173		Handbücher. . . . .	180
5.3.2	Mögliche künftige Verfahrenserleichterungen durch Erstattung des EU-Steuerrückbehalts . . . . .	173		Rechtsquellen. . . . .	180
				Materialien . . . . .	180

\* Der Autor dankt Herrn Marco Rostetter, M.A. HSG, für seine wertvolle Mitarbeit.

## 1 Ausgangslage und Gegenstand dieses Beitrags

Die EU-Zinsbesteuerung, insoweit als diese in Form des Steuerrückbehalts durchgeführt wird,<sup>1</sup> und die von der Schweiz abgeschlossenen und noch angestrebten Abgeltungssteuerabkommen weisen konzeptionelle Gemeinsamkeiten, aber auch einen wesentlichen Unterschied auf. Gemeinsam ist beiden Instrumenten, dass die schweizerischen Zahlstellen von ihren Zahlungen an die betroffenen Personen einen Abzug vornehmen und diesen an die ESTV abliefern. Die ESTV aggregiert diese Beträge und leitet sie dann anonym – in unterschiedlicher Höhe<sup>2</sup> – an die Wohnsitzstaaten der Empfänger der Einkünfte weiter. Der konzeptionelle Unterschied ergibt sich bereits aus der Begrifflichkeit. Während bei den Abgeltungssteuern mit der Kürzung der Einkünfte die Einkommensteuerschuld des Einkünfteempfängers abgegolten ist und die Steuerbehörden der Wohnsitzstaaten keinerlei Funktionen gegenüber den Empfängern ausüben, handelt es sich beim Steuerrückbehalt gemäss ZBstA grundsätzlich nur um einen provisorischen Einbehalt durch die schweizerischen Zahlstellen, der an der Einkommensteuerpflicht der Empfänger in ihrem Ansässigkeitsstaat nichts ändert. Steuerehrlichen ausländischen Steuerpflichtigen werden die von den schweizerischen Zahlstellen einbehaltenen EU-Steuerrückbehaltsbeträge vom Fiskus ihres Wohnsitzstaats entweder erstattet oder auf die Einkommensteuer angerechnet. Ein weiterer – zwar nicht konzeptioneller, sondern quantitativer – Unterschied liegt in den unterschiedlichen Belastungen: Während das Abgeltungssteuerabkommen zwischen der Schweiz und Deutschland – systemkonform – den für innerdeutsche Zahlungen anwendbaren Steuersatz (inkl. Solidaritätszuschlag) von 26.375 % anordnet, beträgt der Satz des EU-Steuerrückbehalts (seit dem 1.7.2011) 35 %.

Das Abgeltungssteuerabkommen, das die Regierungen der Schweiz und Deutschlands zunächst unterzeichnet hatten (StA-D vom 21.9.2011), enthielt einen Mechanismus, der diese unterschiedlichen Konzeptionen in Einklang brachte, indem das Abgeltungssteuerabkommen zwar die Anwendung des EU-Zinsbesteuerungsabkommens (ZBstA) integral vorbehielt, aber gleichzeitig Verfahrensbestimmungen enthielt, die dazu führten, dass auch für die vom EU-Zinsbesteuerungsabkommen erfassten Erträge die alleinige Verantwortung bei der schweizerischen Zahlstelle angesiedelt war. Diese hatte die Auf-

gabe und damit auch die Kompetenz, alle vom Abgeltungssteuerabkommen Schweiz-Deutschland und vom EU-Zinsbesteuerungsabkommen erfassten Kapitaleinkünfte zu einem einheitlichen Satz direkt zu belasten. Damit konnte das Ziel erreicht werden, dass die schweizerischen Zahlstellen für sämtliche Kapitaleinkünfte (Kapitalerträge und Kapitalgewinne) exklusiv zuständig waren und dass die für innerhalb von Deutschland fließende Einkünfte resultierende Abgabebelastung hergestellt wurde. Gleichzeitig wurde die Abgeltungswirkung für sämtliche dieser Kapitaleinkünfte staatsvertraglich festgehalten (siehe dazu unten, Abschn. 3).

Dieser Mechanismus der verfahrens- und belastungsmässigen Gleichstellung aller Kapitaleinkünfte und damit auch der Zinsen, die im Geltungsbereich des EU-Zinsbesteuerungsabkommens liegen, wurde von der EU-Kommission als EU-rechtswidrig qualifiziert, und es wurde Deutschland für den Fall, dass das Abkommen in der zunächst unterzeichneten Form umgesetzt würde, mit einer Klage beim Europäischen Gerichtshof gedroht. Dies war einer der Gründe, die dazu geführt haben, dass das bereits von beiden Regierungen unterzeichnete Abkommen neu verhandelt wurde; aufgrund des Änderungsprotokolls (Protokoll StA-D vom 5.4.2012) enthält die Umschreibung des sachlichen Geltungsbereichs des Abgeltungssteuerabkommens zwischen der Schweiz und Deutschland nun einen absoluten Vorbehalt für jene Einkünfte, welche in den Geltungsbereich des EU-Zinsbesteuerungsabkommens fallen. Damit stehen diese beiden Abkommen ohne Koordinationsmechanismus nebeneinander und müssen von den schweizerischen Zahlstellen je separat angewendet werden.

Einzig eine einseitige Erklärung Deutschlands zum neu ausgehandelten Abgeltungssteuerabkommen nimmt auf das EU-Zinsbesteuerungsabkommen Bezug, jedoch ohne die EU-Zinsbesteuerung mit dem Abgeltungssteuerabkommen in eine direkte Verbindung zu bringen.

Gegenstand dieses Beitrags ist es zu untersuchen, ob der Vorwurf der EU-Kommission, die ursprüngliche Regelung im Abgeltungssteuerabkommen hätte gegen das EU-Zinsbesteuerungsabkommen verstossen, gerechtfertigt war oder nicht.

1 Das System der freiwilligen Meldung ist weder für die EU-Zinsbesteuerung noch für die Abgeltungssteuerabkommen Gegenstand dieses Beitrags.

2 Bei der EU-Zinsbesteuerung behält die Schweiz 25 % der Erträge für sich ein, während beim Abgeltungssteuerabkommen nur 0,1 % einbehalten und 99,9 % der von den Zahlstellen einbezahlten Beträge ins Ausland weitergeleitet werden.

## 2 Problem der Diskriminierung von grenzüberschreitenden gegenüber landesinternen Zinszahlungen – Lösung im EU-Zinsbesteuerungsabkommen

### 2.1 Diskriminierungsproblem im Verhältnis zu Deutschland

Der Satz des EU-Steuerrückbehalts wurde in 3 Stufen erhöht und hat ab dem 1.7.2011 die maximale Höhe von 35 % erreicht. Dieser Satz gilt unabhängig vom Einkommen- oder Abgeltungssteuersatz, wie er für landesinterne Zinszahlungen im Land der Ansässigkeit der Empfänger der Kapitaleinkünfte gilt.

Gemäss aktueller Rechtslage sind Zinszahlungen, die von deutschen Zahlstellen an in Deutschland ansässige Steuerpflichtige bezahlt werden, mit einer Abgeltungssteuer von 26,375 % zu belasten. Ohne Korrekturmechanismus im EU-Zinsbesteuerungsabkommen würden gleiche Zinszahlungen, die von schweizerischen Zahlstellen ausgerichtet werden und im Geltungsbereich dieses Abkommens sind, mit 35 % belastet. Damit läge eine Diskriminierung der schweizerischen Zahlstellen gegenüber deutschen Zahlstellen – bzw. eine Diskriminierung der in Deutschland ansässigen Empfänger, die ihre Zahlungen von schweizerischen Zahlstellen erhalten – vor.

### 2.2 Mechanismus der Vermeidung einer Diskriminierung im EU-Zinsbesteuerungsabkommen

Das EU-Zinsbesteuerungsabkommen trägt der potentiellen Diskriminierung von grenzüberschreitenden, über schweizerische Zahlstellen laufenden Zinszahlungen gegenüber landesinternen Zinszahlungen Rechnung und eröffnet die Möglichkeit der belastungsmässigen Gleichbehandlung dieser beiden Zahlungsflüsse in Art. 2 Abs. 4 ZBstA:

**Art. 2 Abs. 4 ZBstA:** Optiert der Nutzungsberechtigte für dieses Verfahren der freiwilligen Offenlegung oder meldet er seine Zinserträge von einer schweizerischen Zahlstelle auf andere Weise den Steuerbehörden des Mitgliedstaats, in dem er ansässig ist, werden die betreffenden Zinserträge in diesem Mitgliedstaat zu demselben Satz besteuert wie vergleichbare Erträge, die aus diesem Mitgliedstaat stammen.

Bezogen auf Zinszahlungen, die z. B. im Jahr 2012 über eine schweizerische Zahlstelle an eine in Deutschland ansässige natürliche Person ausgerichtet werden, bewirkt diese Bestimmung, dass diese Zinszahlungen beim deutschen Zinsempfänger trotz des Satzes des EU-Steuerrückbehalts von 35 % im Ergebnis nur mit 26,375 % besteuert werden dürfen und damit die Diskriminierung vermieden wird. Die verfahrensmässige Umsetzung dieser Nichtdiskriminierungsklausel ist in Art. 9 ZBstA geregelt. Dort ist in Abs. 1 als Regelfall die Anrechnung des Steuerrück-

behalts auf die Einkommensteuer des Empfängers und die Erstattung eines allfälligen, den Anrechnungsbetrag übersteigenden EU-Steuerrückbehalts festgelegt. Abs. 3 dieser Bestimmung eröffnet jedoch dem Wohnsitzstaat des Zinsempfängers auch die Möglichkeit, den Anrechnungsmechanismus durch ein System der vollständigen Rückerstattung des EU-Steuerrückbehalts zu ersetzen. Allerdings setzt dieser Mechanismus der Nichtdiskriminierung voraus, dass ein deutscher Steuerpflichtiger, der diese Anrechnung oder Erstattung erhalten und damit die Nichtdiskriminierung erreichen will, die entsprechenden Zinserträge gegenüber dem deutschen Fiskus offenlegt. Diese Offenlegungspflicht ergibt sich nicht nur aus Art. 2 Abs. 4 ZBstA, sondern sie folgt zwingend daraus, dass die Anrechnung bzw. Erstattung durch den Ansässigkeitsstaat des Steuerpflichtigen erfolgt. Nur wenn diesem Staat die entsprechenden Zahlungen offengelegt werden, kann der Anrechnungs- bzw. Erstattungsmechanismus überhaupt spielen.

## 3 Regelung des Verhältnisses zwischen EU-Zinsbesteuerungsabkommen und Abgeltungssteuerabkommen Schweiz-Deutschland und Mechanismus der Vermeidung einer Diskriminierung im ursprünglich unterzeichneten Abkommen

Die massgebliche Regelung des Verhältnisses des Abgeltungssteuerabkommens Schweiz-Deutschland zum EU-Zinsbesteuerungsabkommen fand sich in Art. 20 Abs. 1 des ursprünglich unterzeichneten Abkommens. Dort ist in Satz 1 festgelegt, dass der Steuerrückbehalt gemäss dem EU-Zinsbesteuerungsabkommen unberührt bleibt. In den Sätzen 2 und 3 wird dann im Ergebnis festgelegt, dass:

1. dieser Steuerrückbehalt gemäss dem EU-Zinsbesteuerungsabkommen bis zur Höhe von (heute) 26,375 % abgeltende Wirkung hat;
2. ein Betrag des Steuerrückbehalts, der den Betrag der Steuer gemäss dem Abgeltungssteuerabkommen übersteigt, der betroffenen (in Deutschland steuerpflichtigen) Person von der schweizerischen Zahlstelle erstattet wird; und
3. diese durch die schweizerische Zahlstelle vorgenommene Erstattung als durch die zuständige deutsche Behörde vorgenommene Erstattung gilt.

Art. 20 Abs. 1 des ursprünglich unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommens war somit die «Scharnierbestimmung» zwischen diesem Abkommen und Art. 2 Abs. 4 und Art. 9 Abs. 1 und 3 ZBstA und hatte zur Folge, dass

die Nichtdiskriminierung von grenzüberschreitenden, von schweizerischen Zahlstellen ausgerichteten, im Geltungsbereich der EU-Zinsbesteuerung liegenden Zinszahlungen gegenüber landesinternen Zinszahlungen ausschliesslich durch die schweizerischen Zahlstellen – statt, wie im EU-Zinsbesteuerungsabkommen vorgesehen, durch die deutschen Steuerbehörden – zu bewerkstelligen war. Damit konnte das Ziel der Besteuerung der von den schweizerischen Zahlstellen ausgerichteten Zinszahlungen zum Satz der deutschen Abgeltungssteuer von zur Zeit 26,375 % unter Wahrung der Anonymität des deutschen Zinsempfängers erreicht werden.

#### 4 Stein des Anstosses für die EU-Kommission

Die EU-Kommission konnte sich nicht, wie in den Medien immer wieder kolportiert wurde, an der Tatsache stossen, dass das ursprünglich unterzeichnete Abgeltungssteuerabkommen Schweiz-Deutschland bewirkte, dass nicht der EU-Steuerrückbehalt von 35 %, sondern der Satz der deutschen Abgeltungssteuer als definitive Belastung verblieb. Wie oben (Abschn. 2.2) aufgezeigt, enthält auch das EU-Zinsbesteuerungsabkommen einen Mechanismus, der zum gleichen Ergebnis führt. Stein des Anstosses war vielmehr, wie dieses Ergebnis im ursprünglich unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommen Schweiz-Deutschland herbeigeführt wurde: Während der Mechanismus zur Reduktion des EU-Steuerrückhalts von 35 % auf den Satz der deutschen Abgeltungssteuer (inkl. Solidaritätszuschlag) von 26,375 % im EU-Zinsbesteuerungsabkommen nur durch die deutschen Steuerbehörden herbeigeführt werden kann und damit nur deutschen Steuerpflichtigen, welche die entsprechenden Zinszahlungen in Deutschland deklarieren, offensteht, sah das ursprünglich unterzeichnete Abgeltungssteuerabkommen Schweiz-Deutschland vor, dass diese Reduktion direkt durch die schweizerischen Zahlstellen und damit unter Wahrung der Anonymität der Zinsempfänger erfolgen konnte. Dies wurde von der EU-Kommission als Verstoss gegen Art. 2 Abs. 4 des ZBstA qualifiziert.

## 5 Herstellung der Kompatibilität mit dem EU-Zinsbesteuerungsabkommen in den Nachverhandlungen

### 5.1 Ausschluss der EU-Zinsbesteuerung vom Geltungsbereich des Abgeltungssteuerabkommens

Die Vertragsstaaten waren offenbar bereit, die Position der EU-Kommission, wonach Art. 20 Abs. 1 des Abgeltungssteuerabkommens gegen das EU-Zinsbesteuerungsabkommen und damit gegen EU-Recht verstosse, zu akzeptieren und damit das Risiko zu vermeiden, dass gegen Deutschland ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof eingeleitet wird. Sie haben im Rahmen der von Deutschland im Hinblick auf die Probleme der Genehmigung des zunächst unterzeichneten Abkommens im deutschen Bundesrat<sup>3</sup> verlangten Nachverhandlungen den Standpunkt der EU-Kommission übernommen und in das am 5.4.2012 unterzeichnete Änderungsprotokoll (Protokoll StA-D) zum am 21.11.2011 unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommen (StA-D) integriert. Am 17.4.2012 hat denn auch der für die Steuern zuständige EU-Kommissar Šemeta öffentlich erklärt, dass die EU-Kommission nun gegen das aufgrund des Änderungsprotokolls neu gefasste Abgeltungssteuerabkommen Schweiz-Deutschland keine Einwendungen aus EU-rechtlicher Sicht mehr habe.<sup>4</sup>

Vertragstechnisch ist die aus Sicht der EU-Kommission notwendige Kompatibilität mit dem EU-Zinsbesteuerungsabkommen (abgesehen von der Neufassung der Präambel, die neu jeglichen Hinweis auf das EU-Zinsbesteuerungsabkommen vermeidet) dadurch erreicht worden, dass in Art. 1 des Abgeltungssteuerabkommens 2 neue Absätze (3 und 4) eingefügt wurden. Diese bestimmen, dass das Abgeltungssteuerabkommen, mit Ausnahme der im Teil 2 des Abkommens geregelten Nachversteuerung, für die Vergangenheit keine Anwendung auf jene Erträge findet, die im EU-Zinsbesteuerungsabkommen in seiner heutigen und in allen, allenfalls künftig geänderten Fassungen geregelt sind (sog. carve-out-Bestimmung). Durch diese radikale Lösung stehen diese Abkommen eigenständig nebeneinander, und dem EU-Zinsbesteuerungsabkommen kommt in jedem Fall das Primat zu. Konsequenterweise wurde die Scharnierbestimmung, welche diese beiden Abkommen verbunden und koordiniert hatte (Art. 20 Abs. 1 StA-D), gestrichen.<sup>5</sup>

Damit enthält das Abkommen selbst, mit Ausnahme der carve-out-Regelung in Art. 1 Abs. 3 und 4, keine Bezugs-

3 Länderkammer, in welcher die Regierungskoalition zur Zeit über keine Mehrheit verfügt.

4 NZZ 18.4.2012, 11.

5 S. Art. XI Protokoll StA-D.

punkte mehr zum EU-Zinsbesteuerungsabkommen. Entsprechende Bezüge werden jedoch in der im Rahmen des Änderungsprotokolls vom 5.4.2012 neu gefassten Schlussakte einerseits und in einer am gleichen Tag unterzeichneten Niederschrift, die auf 2 Memoranden verweist, andererseits hergestellt.

Die Auswirkungen dieser carve-out-Regelung sind oben in Abschn. 2.2 dargestellt worden und bedeuten im Ergebnis, dass gemäss der nun gefundenen Regelung deutsche Steuerpflichtige für Zinszahlungen, die in den Geltungsbereich des EU-Zinsbesteuerungsabkommens fallen und die sie gegenüber dem deutschen Fiskus nicht offenlegen wollen oder können, (weiterhin) eine definitive Belastung von 35 % zu tragen haben.

## 5.2 Ergänzung der Schlussakte betreffend Informationsaustausch über Zinszahlungen gemäss dem EU-Zinsbesteuerungsabkommen

Im Änderungsprotokoll nimmt einzig die in Art. XXII Ziff. 2 genehmigte und in Art. XXIII formulierte, Teil der Schlussakte bildende gemeinsame Erklärung über die Sicherung des Abkommenszwecks (durch den Verweis auf Art. 1 Abs. 3 des Abkommens) Bezug zum EU-Zinsbesteuerungsabkommen und erklärt, dass die in nArt. 32 und nArt. 42 unter dem Titel «Sicherung des Abkommenszweckes» stehenden, sehr weit gehenden Amtshilfebestimmungen auch auf die vom EU-Zinsbesteuerungsabkommen erfassten Zinszahlungen Anwendung finden.<sup>6</sup>

## 5.3 Niederschrift mit Verweis auf ein Erklärungsprotokoll Deutschlands

### 5.3.1 Abgeltungswirkung des EU-Steuerrückbehalts

Im Memorandum zu verfahrensrechtlichen Aspekten im Hinblick auf die Anwendung des EU-Zinsbesteuerungsabkommens, auf welches die Vereinbarte Niederschrift anlässlich der Unterzeichnung vom 5.4.2012 im 2. Lemma verweist, erläutert Deutschland in Ziff. 1, dass mit der Erhebung des EU-Steuerrückbehalts durch eine schweizerische Zahlstelle unter Zugrundelegung der im Zeitpunkt der Unterzeichnung (5.4.2012) geltenden Rechtslage für diese Zinserträge die deutsche Steuerpflicht er-

füllt sei. In dieser einseitigen Erläuterung – und damit auf einer sehr tiefen Stufe der Normenhierarchie – wird somit festgehalten, dass nicht nur die Kürzung der Einkünfte durch die schweizerischen Zahlstellen gemäss dem Abgeltungssteuerabkommen, sondern auch der EU-Steuer-rückbehalt Abgeltungswirkung für die deutsche Einkommensteuer habe.<sup>7</sup>

### 5.3.2 Mögliche künftige Verfahrenserleichterungen durch Erstattung des EU-Steuerrückbehalts

In Ziff. 2 des Memorandums zu verfahrensrechtlichen Aspekten im Hinblick auf die Anwendung des Zinsbesteuerungsabkommens Schweiz-EU erläutert Deutschland, dass es zusammen mit der Schweiz und in Abstimmung mit der EU-Kommission im Verfahren gemäss Art. 12 ZBstA die Möglichkeit prüfen wird, ob gestützt auf Art. 9 Abs. 3 dieses Abkommens bezüglich des EU-Steuerrückbehalts das derzeit geltende Anrechnungsverfahren durch ein einfacheres System der Steuerrückerstattung ersetzt werden könne. Das Ergebnis dieser Prüfung wird 2 Jahre nach der Unterzeichnung im Rahmen von bilateralen Konsultationen zwischen den Vertragsstaaten überprüft, und es werden gegebenenfalls die erforderlichen Massnahmen ergriffen.

Eine rein juristische Analyse dieser einseitigen Erläuterung Deutschlands führt einerseits zur Erkenntnis, dass diese Regelung materiell überflüssig ist, weil Art. 9 Abs. 3 ZBstA bereits das Recht der EU-Mitgliedstaaten, das in Art. 9 Abs. 1 und 2 beschriebene Anrechnungsverfahren durch ein Rückerstattungsverfahren zu ersetzen, statuiert. Dazu braucht es weder die Anrufung des Schlichtungsverfahrens gemäss Art. 12 ZBstA noch formelle Konsultationen mit der Schweiz. Andererseits erscheint es als sehr ungewöhnlich, dass Deutschland in einer einseitigen Erläuterung die Schweiz zu einem gemeinsamen Vorgehen gegenüber der EU-Kommission und zu anschliessenden Konsultationen sowie zum Ergreifen von Massnahmen verpflichten kann.

Der Versuch, diese Erläuterungen der Bundesrepublik nicht juristisch, sondern politisch zu verstehen, könnte zu folgender Interpretation führen: Deutschland stand insbesondere wegen Art. 20 Abs. 1 des ursprünglich unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommens unter dem Druck der Androhung eines Vertragsverletzungsverfah-

6 Es ist bemerkenswert, aber nicht wirklich überraschend, dass sich die EU-Kommission an diesem Eingriff des Abgeltungssteuerabkommens Schweiz-Deutschland in das EU-Zinsbesteuerungsabkommen nicht gestört hat. Dieser Eingriff führt nämlich – nicht nur, aber insbesondere –, was die Angaben zur Person des Informationsinhabers (idR eine schweizerische Bank) betrifft, weit über den Geltungsbereich des Informationsaustausches, wie er in Art. 10 ZBstA vereinbart wurde, hinaus.

7 Es ist davon auszugehen, dass die Abgeltungswirkung des EU-Steuerrückbehalts aus politischen Gründen nicht im Abkommen selbst oder in einem zugehörigen Protokoll geregelt worden ist. Nicht Gegenstand dieses Beitrags ist die Untersuchung, ob es nach deutschem Verfassungs- und Gesetzesrecht zulässig ist, diese Abgeltungswirkung auf einer so niedrigen Stufe in der Normenhierarchie vorzusehen.

rens durch die EU-Kommission. Die Schweiz ist in den Nachverhandlungen Deutschland sehr weit entgegengekommen. Sie hat durch den carve-out des EU-Zinsbesteuerungsabkommens aus dem Abgeltungssteuerabkommen Hand dazu geboten, dass für die im EU-Zinsbesteuerungsabkommen geregelten Zinszahlungen das Grundkonzept des Abgeltungssteuerabkommens ausgehebelt worden ist, wonach die schweizerischen Zahlstellen für sämtliche Kapitaleinkünfte direkt und auf anonymer Basis, d. h. ohne dass die deutschen Steuerpflichtigen diese Einkünfte gegenüber ihrem Fiskus offenlegen müssen, jene Steuerbelastung herstellen können, die bei einer entsprechenden landesinternen Zahlung (durch eine deutsche Zahlstelle) resultieren würde (siehe dazu oben, Abschn. 5.1).

Ziel der einseitigen Erläuterungen Deutschlands in den Ziff. 2 und 3 des Memorandums könnte es sein, der Schweiz für dieses weit gehende Entgegenkommen eine Gegenleistung anzubieten und in Aussicht zu stellen, ohne Zeitdruck und gemeinsam mit der Schweiz zu versuchen, in Verhandlungen mit der EU-Kommission eine Lösung zu erreichen, welche auf die eine oder andere Weise die nun weitergeführte Diskriminierung<sup>8</sup> mindert oder ganz beseitigt. Dazu ist allerdings kritisch anzumerken, dass einerseits der Streitbeilegungsmechanismus in Art. 12 ZBstA den Fall von Meinungsverschiedenheiten zwischen einem EU-Mitgliedstaat und/oder der Schweiz mit der EU-Kommission nicht abdeckt, sondern einzig auf Meinungsverschiedenheiten zwischen den zuständigen Behörden der Schweiz und einem EU-Mitgliedstaat ausgerichtet ist. Andererseits beschlägt der von Deutschland in seiner einseitigen Erklärung erwähnte Art. 9 Abs. 3 ZBstA einzig das Verfahren der Vermeidung der Doppelbesteuerung durch den Wohnsitzstaat des Empfängers der Zinszahlungen, vorliegend also das Verfahren in Deutschland. Eine Rückerstattung, die durch die deutschen Steuerbehörden erfolgt, vermag jedoch – anders als dies in Art. 20 Abs. 1 des ursprünglich unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommens vorgesehen war – nie das Ergebnis einer durch die schweizerischen Zahlstellen, auf anonymer Basis, vorgenommenen Reduktion des EU-Steuerrückhalts von 35 % auf den landesinternen deutschen Steuersatz von 26,375 % herbeizuführen. Eine Rückerstattung durch Deutschland und die Wahrung der Anonymität schliessen sich von vorneherein gegenseitig aus. Nur eine, wie immer auch technisch ausgestaltete, Reduktion des EU-Steuerrückhalts direkt durch die schweizerische Zahlstelle kann die Anonymität der Zins-

empfänger wahren. Zumindest der Wortlaut von Art. 9 Abs. 3 ZBstA gibt jedoch eine Rückerstattungsmöglichkeit durch die schweizerischen Zahlstellen nicht her. Zudem erscheint es als sehr fraglich, ob die EU-Kommission ihre heutige Position im Rahmen künftiger Verhandlungen – sofern sie zu solchen Verhandlungen auf der Basis von Art. 12 ZBstA, entgegen dem Wortlaut dieser Bestimmung, überhaupt bereit ist – ändern wird.

Erst die Zukunft wird weisen, ob die einseitige Erläuterung Deutschlands in den Ziff. 2 und 3 des Memorandums einen tatsächlichen Wert für die Schweiz darstellt oder ob diese Erläuterungen nur den Charakter einer Beruhigungsspielle für die schweizerischen Akteure haben.

## 6 Verstieß Art. 20 Abs. 1 des ursprünglich unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommens tatsächlich gegen das EU-Zinsbesteuerungsabkommen?

### 6.1 Allgemeines

Die carve-out-Regelung in Art. 1 Abs. 3 des nachverhandelten Abgeltungssteuerabkommens und die sich als Konsequenz daraus ergebende Streichung der Scharnierbestimmung von Art. 20 Abs. 1 dieses Abkommens ist nur dann notwendig und sachgerecht, wenn es sich erweist, dass diese im ursprünglichen Abkommen getroffene Regelung tatsächlich einen Verstoss gegen das EU-Zinsbesteuerungsabkommen darstellte.

Dieser Frage wird im Folgenden durch Auslegung von Art. 20 Abs. 1 des ursprünglich unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommens einerseits und der allein massgeblichen Bestimmung des EU-Zinsbesteuerungsabkommens, dem oben (Abschn. 2.2) dargestellten Art. 2 Abs. 4 ZBstA,<sup>9</sup> nachgegangen. Diese, in der Zinsbesteuerungs-RL nicht enthaltene, Bestimmung ist das Ergebnis eines Kompromisses mit dem schweizerischen Begehren, wonach Zinszahlungen über eine schweizerische Zahlstelle nicht schlechter behandelt werden dürfen als Zinszahlungen, die innerhalb des betreffenden EU-Mitgliedstaats, d. h. über eine Zahlstelle in diesem Staat, fließen.

8 Bei landesinternen Zinszahlungen können die deutschen Zahlstellen die Abgeltungssteuer zum Satz von heute 26,375 % anonym abführen, und die deutschen Steuerpflichtigen haben keinerlei Deklarationspflichten zu erfüllen.

9 Der von Deutschland in seiner einseitigen Erläuterung in Ziff. 2 des Memorandums (s. dazu oben, Abschn. 5.3.2) angerufene Art. 9 Abs. 3 ZBstA ist im Zusammenhang mit einer im Licht des Nichtdiskriminierungsgrundsatzes notwendigen Reduktion des in Art. 1 dieses Abkommens festgelegten Satzes des EU-Steuerrückhalts nicht einschlägig, weil dieser Artikel lediglich als Verfahrensbestimmung einer durch den Steuerrückhalt und die Besteuerung im Wohnsitzstaat potentiell eintretenden Doppelbesteuerung Rechnung trägt.

## 6.2 Wortlaut von Art. 2 Abs. 4 ZBstA und Art. 20 Abs. 1 des ursprünglich unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommens Schweiz-Deutschland

Für die Fälle, in denen deutsche Steuerpflichtige nicht für die freiwillige Offenlegung durch die schweizerische Zahlstelle gemäss Art. 2 Abs. 1 - 3 ZBstA optiert haben, kann die in Art. 2 Abs. 4 ZBstA vorgesehene Nichtdiskriminierung bei wörtlicher Auslegung dieser Bestimmung technisch nur so durchgeführt werden, dass der Wohnsitzstaat dem Steuerpflichtigen die Differenz zwischen dem EU-Steuerrückbehalt und dem sich aufgrund der Anwendung des internrechtlichen Steuersatzes ergebenden Steuerbetrag erstattet.

Wie oben (Abschn. 3) ausgeführt, bestimmt Art. 20 Abs. 1 letzter Satz des ursprünglich unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommens, dass diese in Art. 2 Abs. 4 ZBstA vorgesehene Erstattung nicht durch die deutschen Steuerbehörden, sondern durch die schweizerische Zahlstelle erfolgt.

Gemäss dem Wortlaut dieser beiden Abkommensbestimmungen kann geltend gemacht werden, dass Art. 20 Abs. 1 des Abgeltungssteuerabkommens in 2 Punkten gegen Art. 2 Abs. 4 ZBstA verstosse:

1. Für die Erstattung der Differenz zwischen dem Steuerrückbehalt von 35 % und dem Satz des Abgeltungssteuerabkommens mit Deutschland von (ohne Kirchensteuer) 26,375 % muss die betroffene Person die Zinszahlungen in Deutschland nicht melden.
2. Die Erstattung erfolgt nicht durch die deutschen Steuerbehörden, sondern durch die schweizerische Zahlstelle.

## 6.3 Auslegung von Art. 2 Abs. 4 ZBstA und von Art. 20 Abs. 1 des ursprünglich unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommens Schweiz-Deutschland gemäss Sinn und Zweck der Abkommen

### 6.3.1 Im Allgemeinen

Sinn und Zweck der Zinsbesteuerungs-RL und damit auch des EU-Zinsbesteuerungsabkommens besteht darin, dafür zu sorgen, dass grenzüberschreitende Zinszahlungen (aus Sicht des Ansässigkeitsstaats der EU-Steuerpflichtigen) steuerlich nicht besser behandelt werden – d. h. in vielen Fällen unbesteuert bleiben, weil nur eine Minderheit der EU-Mitgliedstaaten Zinsen mit einer Quellensteuer belegt – als landesinterne Zinszahlungen.

Die im ursprünglich unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommen Schweiz-Deutschland getroffene Regelung steht mit diesem Sinn und Zweck in vollem Einklang.

Schweizerische Zahlstellen sorgen dafür, dass die grenzüberschreitenden Zinsen steuerlich genau gleich behandelt werden wie Zinsen, die innerhalb von Deutschland fliessen. Bei Sparzinsen, d. h. bei Zinsen auf Privatvermögen, wird in beiden Fällen eine Abgeltungssteuer zum Steuersatz gemäss deutschem Steuerrecht erhoben. Dies bewirkte Art. 20 Abs. 1 des ursprünglich unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommens auch für jene Zinsen, die in den Geltungsbereich des EU-Zinsbesteuerungsabkommens fallen.

Die Regelung im ursprünglich unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommen Schweiz-Deutschland entsprach somit vollständig dem Sinn und Zweck des EU-Zinsbesteuerungsabkommens.

### 6.3.2 Sinn und Zweck von Art. 20 Abs. 1 des ursprünglich unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommens Schweiz-Deutschland im Besonderen

Das EU-Zinsbesteuerungsabkommen ist mit der EG abgeschlossen worden und gilt deshalb gegenüber allen EU-Mitgliedstaaten. Es kann den speziellen Gegebenheiten in den Steuerordnungen der einzelnen EU-Mitgliedstaaten nicht Rechnung tragen. Damit den jeweiligen Verhältnissen in den Ansässigkeitsstaaten der Zinsempfänger Rechnung getragen werden kann, wird die Nichtdiskriminierung in Art. 2 Abs. 4 ZBstA nicht durch die schweizerischen Zahlstellen bewerkstelligt, sondern es findet der Mechanismus der Meldung der Zinszahlungen an den Ansässigkeitsstaat mit anschliessender Erstattung einer allfälligen Differenz zwischen dem EU-Steuerrückbehalt und dem Satz für landesinterne Zinsen Anwendung.

Diese Regelung weist jedoch 2 Ungereimtheiten auf:

1. Wenn der Ansässigkeitsstaat, wie dies nach geltendem deutschem Steuerrecht für landesinterne private Zinszahlungen der Fall ist, eine anonym erhobene Abgeltungssteuer erhebt, führt der Mechanismus von Art. 2 Abs. 4 ZBstA zu einer verfahrensmässigen Diskriminierung der schweizerischen Zahlstellen. Diese Regelung widerspricht eigentlich dem Sinn und Zweck des Abkommens. Das EU-Zinsbesteuerungsabkommen verfolgt das Ziel, dass eine Vereinnahmung der Zinsen über eine schweizerische Zahlstelle nicht zu einem Vorteil gegenüber einer Zahlung durch eine deutsche Zahlstelle führt. Es ist aber sinnwidrig, wenn das EU-Zinsbesteuerungsabkommen im Vergleich zu landesinternen Zinszahlungen zu einer Benachteiligung von Zinszahlungen über schweizerische Zahlstellen führt.
2. Der Fiskus des Wohnsitzstaats muss dem Steuerpflichtigen die volle Differenz zwischen dem EU-

Steuerrückbehalt und dem Steuersatz gemäss eigenem Recht erstatten; die Schweiz liefert aber nur 75 % des Ertrags des zusätzlichen Steuerrückhalts an den Wohnsitzstaat ab. Damit erleidet der Wohnsitzstaat einen Verlust.

**Beispiel:** Der zusätzliche Steuerrückbehalt auf Zinsen von Fr. 100 000 zum Satz von 35 % ergibt Fr. 35 000. Davon behält die Schweiz 25 % = Fr. 8 750 ein und leitet Fr. 26 250 an den Wohnsitzstaat des Zinsempfängers weiter.

Angenommener Steuersatz im Wohnsitzstaat: 26,375 %. Bei einem landesintern fließenden Zins erhält der Wohnsitzstaat (umgerechnet) Fr. 26 375. Bei einem aus der Schweiz stammenden Zins erhält der Wohnsitzstaat aus der Schweiz Fr. 26 250, muss aber dem Steuerpflichtigen, der die Zinszahlung von Fr. 100 000 offenlegt, die Differenz zwischen Fr. 35 000 und 26 375 = Fr. 8 625 (jeweils umgerechnet) erstatten. Dem Wohnsitzstaat verbleiben somit nur Fr. 17 625 (26 250 ./. 8 625). Die Differenz zu den Fr. 26 375, die sich nach seinem internen Recht ergeben würden, entspricht genau dem Betrag, den die Schweiz einbehalten hat (Fr. 8 750). Der Ansässigkeitsstaat finanziert also den schweizerischen Anteil am EU-Steuerrückbehalt. Diese Regelung ist zwar so im EU-Zinsbesteuerungsabkommen vorgesehen, aber sie widerspricht eigentlich dem Sinn und Zweck des EU-Zinsbesteuerungsabkommens. Für die ehrlichen Steuerpflichtigen wäre das Verfahren der freiwilligen Meldung gemäss Art. 2 Abs. 1 - 3 vorgesehen. Bei diesem Verfahren würde Deutschland (umgerechnet) die vollen Fr. 26 375 erhalten.

Der Mechanismus von Art. 20 Abs. 1 des ursprünglich unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommens beseitigte die Ungereimtheit Nr. 1 vollständig. Deutsche Steuerpflichtige werden – auch verfahrensmässig – in keiner Weise mehr diskriminiert, wenn sie Zinszahlungen, die dem EU-Zinsbesteuerungsabkommen unterliegen, von einer schweizerischen Zahlstelle vereinnahmen.

Die Ungereimtheit Nr. 2 wurde zwar nicht durch das Zusammenwirken des Abgeltungssteuerabkommens Schweiz-Deutschland mit dem EU-Zinsbesteuerungsabkommen beseitigt. Sie erfolgte jedoch durch die Ergänzung der Abkommensregelung in Art. 15 Abs. 2 des Vernehmlassungs-Entwurfs zum BG über die internationale Quellenbesteuerung (VE-IQG), bevor der Bundesrat die Konsequenzen aus den carve-out-Regelungen des gesamten EU-Zinsbesteuerungsabkommens gezogen und diese Bestimmung aus dem Gesetzesvorschlag entfernt hat. Art. 15 Abs. 2 VE-IQG lautete wie folgt:

**Art. 15 Abs. 2 VE-IQG:** Sie<sup>10</sup> überweist der zuständigen Behörde des Partnerstaates den auf der Grundlage des Zinsbesteuerungsabkommens Schweiz-EG (Zinsbesteuerungsabkommen) und des anwendbaren Abkommens von den schweizerischen Zahlstellen erhaltenen Betrag ohne Abzug des nach Artikel 8 des Zinsbesteuerungsabkommens der Schweiz zustehenden Anteils. Diese Bestimmung geht Artikel 11 des Zinsbesteuerungsgesetzes vom 17. Dezember 2004 vor.<sup>11</sup>

Ohne die Regelung von Art. 15 Abs. 2 VE-IQG ergibt sich in Fortführung des Beispiels das folgende Ergebnis:

**Beispiel (Forts.):** Die Schweizer Zahlstelle liefert nicht 35 %, sondern 26,375 %, d. h. Fr. 26 375 an die ESTV ab. Die ESTV behält 25 % von Fr. 26 375 = Fr. 6 593.75 ein und überweist Fr. 19 781.25 an Deutschland. Deutschland muss dem Steuerpflichtigen nichts erstatten. Der deutsche Steuerverlust ist deshalb dank dem Mechanismus von Art. 20 Abs. 1 des Abgeltungssteuerabkommens um Fr. 2156.25 geringer, als er ohne dieses Abkommen (bei einer ausschliesslichen Anwendung des EU-Zinsbesteuerungsabkommens) wäre.

Sofern der carve-out des EU-Zinsbesteuerungsabkommens nicht erfolgt wäre und wenn Art. 15 Abs. 2 VE-IQG zu geltendem Recht geworden wäre, hätte die Kombination von Art. 20 Abs. 1 StA-D mit dieser Bestimmung dazu geführt, dass auch die sich aus Art. 2 Abs. 4 ergebende Unstimmigkeit Nr. 2 vollständig behoben worden wäre. Im Beispiel würde nämlich Deutschland den vollen Betrag der Abgeltungssteuer (abzüglich der schweizerischen Bezugsprovision von 0,1 %) erhalten.

Die Regelung in Art. 20 Abs. 1 letzter Satz des ursprünglich unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommens, wonach die Erstattung der Differenz zwischen dem Satz des EU-Steuerrückhalts und dem Satz der deutschen Abgeltungssteuer, den die schweizerischen Zahlstellen vornehmen, als eine Erstattung durch die deutschen Steuerbehörden gilt, ist ebenfalls mit dem Sinn und Zweck des EU-Zinsbesteuerungsabkommens im Einklang. Da im System des Abgeltungssteuerabkommens die schweizerischen Zahlstellen integral die deutsche Abgeltungssteuer abbilden und die Funktion des Steuerbezugs für den deutschen Fiskus übernehmen, ist es gar nicht möglich, dass die deutschen Steuerbehörden die Differenz zwischen dem Satz des EU-Steuerrückhalts und dem Satz der deutschen Abgeltungssteuer erstatten. Es ist deshalb nicht nur sachgerecht, sondern geradezu zwingend, dass diese Erstattung durch die schweizerischen Zahlstellen erfolgt und als Erstattung der deutschen Steuerbehörden qualifiziert wird.

**Zwischenergebnis:** Die Regelung von Art. 20 Abs. 1 des ursprünglich unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommens beseitigte jegliche Diskriminierung der deutschen Steuerpflichtigen, die ihre Zinseinkünfte von einer schweizerischen Zahlstelle erhalten, gegenüber der Vereinnahmung über deutsche Zahlstellen. In Zusammenwirkung mit Art. 15 Abs. 2 VE-IQG wurde auch der Fiskalverlust für Deutschland, der sich heute aus Art. 2 Abs. 4 ZBstA ergibt, vollständig eliminiert. Damit war die im ursprünglich unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommen gefundene Lösung besser mit dem Sinn und Zweck des EU-Zinsbesteuerungsabkommens kompatibel als jenes Abkommen selbst. Sie bewirkt nichts anderes als eine Verfeinerung der EU-Zinsbesteuerung, die so im Abkommen selbst – das ja für alle EU-Mitgliedstaaten angewendet werden muss – nicht vorgesehen werden konnte.

<sup>10</sup> D. h. die ESTV.

<sup>11</sup> Hier geht es um die 25 % des Ertrags des EU-Steuerrückhalts, welcher aufgrund des EU-Zinsbesteuerungsabkommens der Schweiz zusteht.



Auch die Regelung von Art. 20 Abs. 1 letzter Satz des ursprünglich unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommens, wonach die Erstattung der Differenz zwischen dem Satz des EU-Steuerrückbehalts und dem Satz der deutschen Abgeltungssteuer, den die schweizerischen Zahlstellen vornehmen, als eine Erstattung durch die deutschen Steuerbehörden gilt, steht mit dem Sinn und Zweck des EU-Zinsbesteuerungsabkommens im Einklang.

### 6.3.3 Sinn und Zweck der EU-Zinsbesteuerung im Verhältnis zu EU-Mitgliedstaaten, die gemäss internem Steuerrecht eine Abgeltungssteuer erheben

Der Text des EU-Zinsbesteuerungsabkommens geht davon aus, dass der in diesem Abkommen vorgesehene Steuerrückbehalt, wie der Begriff dies besagt, für ehrliche Steuerpflichtige nur provisorischen Charakter hat und dass die von EU-Steuerrückbehalten erfassten Zinszahlungen im Wohnsitzstaat der betroffenen natürlichen Personen mit der Einkommensteuer erfasst werden. Das Abkommen sieht deshalb in Art. 9 Mechanismen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung von Steuerrückbehalt und Einkommensbesteuerung im Wohnsitzstaat der Zinsempfänger vor.

Die EU-Mitgliedstaaten können entweder den Steuerrückbehalt auf ihre Einkommensteuer anrechnen und eine allfällige Differenz zwischen dem Steuerrückbehalt und der Einkommensteuer erstatten (Art. 9 Abs. 1 ZBstA), oder sie können auch den gesamten Steuerrückbehalt erstatten (Art. 9 Abs. 3 ZBstA).

Für einen Staat wie Deutschland, der (auch) auf den vom EU-Zinsbesteuerungsabkommen erfassten Zinszahlungen<sup>12</sup> gemäss seinem internen Recht gar keine eigentliche Einkommensteuer, sondern eine anonym erhobene Abgeltungssteuer kennt, ergibt der Mechanismus, wie er gemäss Wortlaut von Art. 2 Abs. 4 ZBstA vorgesehen ist, keinen Sinn.

Der Zielsetzung des EU-Zinsbesteuerungsabkommens und damit dem Sinn und Zweck von Art. 9 dieses Abkommens wurde mit dem in Art. 20 Abs. 1 des ursprünglich unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommens Schweiz-Deutschland vorgesehenen Mechanismus in sinnvoller Weise Rechnung getragen, indem dort im Ergebnis eine Doppelbesteuerung dadurch vermieden wurde, dass direkt bei der schweizerischen Zahlstelle eine Steuer erhoben wird, die dem Steuersatz gemäss internem deutschem Steuerrecht entspricht und ebenfalls abgeltende Wirkung hat.

### 6.4 Systematische Auslegung von Art. 2 Abs. 4 ZBstA und von Art. 20 Abs. 1 des ursprünglich unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommens Schweiz-Deutschland

Art. 2 Abs. 4 ZBstA einerseits, aber auch Art. 9 (insbesondere dessen Abs. 2) andererseits liefern wichtige Hinweise auf die systematische Stellung des gemäss diesem Abkommen von den schweizerischen Zahlstellen zu erhebenden Steuerrückbehalts. Aus diesen Bestimmungen ergibt sich nämlich mit aller Deutlichkeit, dass dem EU-Steuerrückbehalt:

1. lediglich provisorischer Sicherungscharakter für die Besteuerung der Zinserträge gemäss dem jeweiligen nationalen Steuerrecht der EU-Mitgliedstaaten zukommt; und
2. nur eine gegenüber andern Steuern und Steuerrückbehalten nachgeordnete, subsidiäre Funktion zuge-dacht ist.

Art. 9 Abs. 2 ZBstA bestimmt, dass der Steuerrückbehalt im Verhältnis zu übrigen Steuern und Steuerrückbehalten, die auf den vom EU-Zinsbesteuerungsabkommen erfassten Erträgen lasten, subsidiären Charakter hat, indem erstere vorab angerechnet bzw. erstattet werden. Wenn nun die Schweiz und Deutschland ursprünglich vereinbart hatten, dass schweizerische Zahlstellen eine Abgeltungssteuer erheben, die das deutsche interne Recht spiegelt, würde der Wortlaut des EU-Zinsbesteuerungsabkommens verlangen, dass die schweizerischen Zahlstellen zusätzlich den EU-Steuerrückbehalt erheben und die deutschen Steuerbehörden diesen gleichen Steuerrückbehalt wiederum erstatten.<sup>13</sup> Eine solche Erhebung eines subsidiären Steuerrückbehalts durch die schweizerischen Zahlstellen mit anschliessender Erstattung des gleichen Betrags durch die deutschen Steuerbehörden wäre vollständig sinnlos. Die Auslagerung dieser Erstattung auf die schweizerischen Zahlstellen, wie sie in Art. 20 Abs. 1 des ursprünglich unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommens Schweiz-Deutschland vorgesehen war, entspricht somit der Systematik des EU-Zinsbesteuerungsabkommens und kann deshalb bei systematischer Auslegung dieses Abkommens als zulässig beurteilt werden.

12 Soweit es sich dabei um private, und nicht um betriebliche, Zinsen handelt.

13 Eine Anrechnung fällt ausser Betracht. In Deutschland kann gar keine Anrechnung durchgeführt werden, weil die Abgeltungssteuer nicht durch Deutschland, sondern durch die schweizerischen Zahlstellen erhoben wird.

### 6.5 Auslegung von Art. 2 Abs. 4 ZBstA und von Art. 20 Abs. 1 des ursprünglich unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommens Schweiz-Deutschland im Licht des Ablaufs der Verhandlungen zum EU-Zinsbesteuerungsabkommen und dessen möglicher Weiterentwicklung

Die Schweiz hat bis zur letzten Verhandlungsrunde die Forderung aufrecht erhalten, dass im EU-Zinsbesteuerungsabkommen eine andere Nichtdiskriminierungsregelung getroffen werde, als sie heute in Art. 2 Abs. 4 ZBstA enthalten ist.

Die Schweiz hat nämlich bis zum Schluss der Verhandlungen genau das gefordert, was Art. 20 Abs. 1 des ursprünglich unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommens Schweiz-Deutschland im Ergebnis vorsieht. Sie verlangte, dass im Verhältnis zu jenen EU-Mitgliedstaaten, die für landesinterne Zinsen einen tieferen Steuersatz anwenden, als er für den EU-Steuerückbehalt gilt,<sup>14</sup> unter dem Titel der Nichtdiskriminierung eine Regelung vereinbart werde, welche es den schweizerischen Zahlstellen erlaubt, für Zahlungen an in einem solchen Staat ansässige natürliche Personen ebenfalls direkt den Steuersatz gemäss dem Recht des betreffenden Staats für landesinterne Zinsen anzuwenden.

Erst in der letzten Verhandlungsrunde – als es auf höchster Ebene zur politischen Einigung kam<sup>15</sup> – musste die Schweiz schliesslich auf diese Forderung verzichten und der heute geltenden Fassung von Art. 2 Abs. 4 ZBstA zustimmen. Der Grund für diesen Verzicht lag darin, dass die Schweiz ihr steuerliches Bankgeheimnis bewahren wollte, indem sie den Informationsaustausch in Art. 10 des Abkommens nicht, wie von der EU und wichtigen EU-Mitgliedstaaten gefordert, für Hinterziehung der Steuer auf in den Geltungsbereich des EU-Zinsbesteuerungsabkommens fallenden Zinszahlungen, sondern nur für «tax fraud and the like» gewährte. Nur mit dieser Konzession im Bereich der Nichtdiskriminierung konnte sie dieses Ziel in der Schlussrunde der Verhandlungen erreichen.

Nachdem die Schweiz mittlerweile auch beim Verdacht auf Steuerhinterziehung – auch gegenüber Deutschland<sup>16</sup> – Amtshilfe gemäss dem OECD-Standard bzw. gemäss dem Standard, wie er im Detail vom Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes umschrieben worden ist,<sup>17</sup> leistet und nachdem sie im Abgeltungssteuerabkommen Schweiz-Deutschland sogar deutlich über diese Standards hinausgeht (vgl. nArt. 32 idF gemäss Art. XIV Protokoll StA-D), gibt es überhaupt keinen Grund mehr, die heute für die schweizerischen Zahlstellen in Art. 2 Abs. 4 ZBstA festgehaltene verfahrensmässige Diskriminierung gegenüber deutschen Zahlstellen weiterzuführen.

Unter Berücksichtigung der Entwicklung des Verhandlungsverlaufs zum EU-Zinsbesteuerungsabkommen steht Art. 20 Abs. 1 iVm der Amtshilfebestimmung in Art. 32 des ursprünglich unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommens Schweiz-Deutschland im Einklang mit den Intentionen der Schweiz und der EG beim Vertragsabschluss.

Zusätzlich ist noch Folgendes zu beachten: Aus schweizerischer Sicht musste, wie erwähnt, die verfahrensmässige Diskriminierung in Art. 2 Abs. 4 ZBstA nur wegen der Weigerung zur Gewährung von umfassender Amtshilfe im Einzelfall auf Anfrage hingenommen werden. Im Rahmen der nächsten, anstehenden Revision des EU-Zinsbesteuerungsabkommens wird die Schweiz wohl ihre neue Amtshilfepolitik auch in die Bestimmung über den Informationsaustausch (Art. 10 des heutigen ZBstA) einfließen lassen. Im Gegenzug sollte die Schweiz in jedem Fall, und sie ist heute dazu auch klar legitimiert, u. a. die alte Forderung nach einer umfassenden Nichtdiskriminierungsklausel – inkl. staatsvertraglicher Absicherung der Abgeltungswirkung des EU-Steuerückbehalts für jene Staaten, die auch im internen Recht eine Abgeltungssteuer für die im Geltungsbereich dieses Abkommens liegenden Zinszahlungen kennen – stellen.

Sollte, was zu hoffen ist, diese Forderung durchgesetzt werden können, würde Art. 20 Abs. 1 des ursprünglich unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommens in absehbarer Zeit auch gemäss seinem Wortlaut mit dem (revidierten) EU-Zinsbesteuerungsabkommen im Einklang stehen. Bei diesem Szenario wäre nicht auszuschliessen gewesen, dass im Fall eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen Deutschland, wenn dieser Artikel die Nachverhandlungen überlebt hätte, dieser Rechtszustand im Zeitpunkt einer EuGH-Entscheidung bereits bestanden hätte. Möglicherweise wäre diese Tatsache vom EuGH

14 Damals stand v. a. Italien im Vordergrund der Betrachtung. Dieses Land besteuert landesinterne Zinsen mit einer anonym erhobenen Abgeltungssteuer zum Satz von 12,5 %. In der Zeit seit dem Abschluss der Verhandlungen Schweiz-EG haben weitere Staaten, so auch Deutschland, anonyme Abgeltungssteuern eingeführt.

15 Der Verfasser dieses Beitrags wohnte in seiner damaligen Eigenschaft als Leiter der schweizerischen Verhandlungsdelegation im Dossier Zinsbesteuerung der Bilateralen Verträge II auch dieser letzten Verhandlungsrunde auf Ministerebene persönlich bei.

16 Im Rahmen des revidierten Art. 27 DBA-D, welcher am 21.11.2011 in Kraft getreten ist.

17 S. Implementing the Tax Transparency Standards, 37 ff.

berücksichtigt worden und hätte einen aus Sicht der Vertragsstaaten positiven Einfluss auf dessen Entscheidung haben können.

## 7 Ergebnis der Auslegung

Gemäss Art. 31 VRK ist ein völkerrechtlicher Vertrag nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Licht seines Ziels und Zwecks auszulegen.

Art. 20 Abs. 1 des ursprünglich unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommens Schweiz-Deutschland entspricht auf den ersten Blick insofern nicht dem EU-Zinsbesteuerungsabkommen, als das Abgeltungssteuerabkommen einen tieferen als den seit dem 1.7.2011 geltende Satz von 35 % vorsieht. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Satz für den Steuerrückbehalt im EU-Zinsbesteuerungsabkommen unter dem Vorbehalt der Nichtdiskriminierung von grenzüberschreitenden Zinszahlungen im Vergleich zu landesinternen Zinszahlungen steht. Diese Nichtdiskriminierung ist in Art. 2 Abs. 4 ZBstA umgesetzt worden. Die Regelung in Art. 20 Abs. 1 StA-D entspricht in 2 Punkten nicht dem Wortlaut von Art 2 Abs. 4 ZBstA.

Teil 3 des Abgeltungssteuerabkommens Schweiz-Deutschland insgesamt, aber auch die in Art. 20 Abs. 1 gefundene Lösung entsprach jedoch dem Sinn und Zweck der generellen Zielsetzung des EU-Zinsbesteuerungsabkommens, wonach grenzüberschreitende Zinszahlungen keine Möglichkeit zur Steuerhinterziehung geben sollen, in idealer Weise. Durch die Spiegelung des deutschen Abgeltungssteuersystems für schweizerische Zahlstellen wird eine vollständige Gleichbehandlung von Zinszahlungen, die über schweizerische Zahlstellen fliessen, mit Zinszahlungen, die von deutschen Zahlstellen ausgerichtet werden, erreicht.

Der mit Art. 2 Abs. 4 ZBstA gemäss dessen Sinn und Zweck verfolgte Grundsatz der Nichtdiskriminierung wird sowohl für die deutschen Steuerpflichtigen als auch für den deutschen Fiskus mit Art. 20 Abs. 1 des ursprünglich unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommens Schweiz-Deutschland besser erreicht als mit dem nur wörtlich verstandenen Art. 2 Abs. 4 ZBstA. Bei materieller Betrachtung handelt es sich bei Art. 20 Abs. 1 StA-D nicht um eine Abweichung vom EU-Zinsbesteuerungsabkommen. Vielmehr wurde damit lediglich eine bilaterale Verfeinerung einer – notgedrungen – im EU-Zinsbesteuerungsabkommen ohne Berücksichtigung der internrechtlichen Steuersysteme in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten formulierten Regelung getroffen. Insbesondere für

Staaten, die für landesinterne Zinszahlungen eine Abgeltungssteuer kennen, sollte deshalb Art. 2 Abs. 4 ZBstA nicht gemäss seinem Wortlaut ausgelegt werden.

Die Vereinbarkeit von Art. 20 Abs. 1 des ursprünglich unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommens Schweiz-Deutschland mit dem EU-Zinsbesteuerungsabkommen ergibt sich auch bei einer systematischen Auslegung des EU-Zinsbesteuerungsabkommens. Dies geht namentlich daraus hervor, dass der in Art. 9 Abs. 2 ZBstA festgelegte Grundsatz der Subsidiarität des EU-Steuerrückhalts in Art. 20 Abs. 1 des ursprünglich unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommens Schweiz-Deutschland in kohärenter Weise (Auslagerung der Erstattung der Differenz zwischen dem EU-Steuerrückbehalt und dem tieferen deutschen Abgeltungssteuersatz auf die schweizerischen Zahlstellen) umgesetzt wurde.

Gemäss Art. 32 VRK kommt dem historischen Auslegungselement (Vorarbeiten und Umstände des Vertragsabschlusses) nur eine eingeschränkte Bedeutung zu. Namentlich dann aber, wenn das Auslegungsergebnis gemäss Art. 31 VRK zu einem sinnlosen Ergebnis führt, können diese ergänzenden Auslegungsmittel herangezogen werden.

Wollte man nun, wofür in der vorliegenden Stellungnahme gerade nicht eingetreten wird, dem Wortlaut des EU-Zinsbesteuerungsabkommens das absolute Primat einräumen und die übrigen Auslegungselemente, namentlich die Auslegung gemäss Sinn und Zweck sowie die Abkommenssystematik, nicht berücksichtigen oder nur als untergeordnet werten, würde ein sinnloses Ergebnis resultieren, indem die schweizerischen Zahlstellen den EU-Steuerrückbehalt einbehalten müssten und dieser dann gemäss Art. 9 oder Art. 2 Abs. 4 ZBstA von den deutschen Steuerbehörden wieder zu erstatten wäre, wobei die deutschen Steuerpflichtigen die Einkünfte offenlegen müssten. Dieses Ergebnis wäre deshalb sinnlos, weil das Ziel der EU-Zinsbesteuerung, dem Wohnsitzstaat eine adäquate Besteuerung der Sparzinsen zu ermöglichen, durch das EU-Zinsbesteuerungsabkommen bereits vollständig erreicht wird. Und zwar – gleich wie im internen deutschen Steuerrecht – durch die Erhebung einer anonym erhobenen Abgeltungssteuer, verbunden mit einem sehr weit gehenden Informationsaustausch (Art. 31 des ursprünglich unterzeichneten Abkommens). Deshalb würde jede darüber hinausgehende Erhebung eines EU-Steuerrückhalts einzig zu administrativen Erschwernissen führen.

Vor dem Hintergrund eines solchen Auslegungsergebnisses könnten auch die Vorarbeiten und die Umstände des Vertragsabschlusses herangezogen werden. Wie oben (Abschn. 3) aufgezeigt wurde, lässt sich der bestehende Wortlaut von Art. 2 Abs. 4 ZBstA einzig mit der im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestehenden schweizeri-

schen Amtshilfepolitik erklären. Die in Art. 20 Abs. 1 des zunächst unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommens festgelegte Umsetzung des Prinzips der Nichtdiskriminierung von Zinszahlungen, die über schweizerische Zahlstellen an deutsche Steuerpflichtige fließen, im Vergleich zu Zinszahlungen, die von deutschen Zahlstellen ausgerichtet werden, wurde mit dieser Regelung sowohl für die Steuerpflichtigen als auch für den deutschen Fiskus in optimaler Weise erreicht. Auch diese Tatsache spricht klar dafür, dass die im ursprünglich unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommen Schweiz-Deutschland gefundene Regelung nicht im Widerspruch zum EU-Zinsbesteuerungsabkommen steht.

Abschliessend kann somit festgestellt werden, dass die Argumente, die dafür sprechen, dass – entgegen dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 4 und Art. 9 ZBstA – Art. 20 Abs. 1 des ursprünglich unterzeichneten Abgeltungssteuerabkommens Schweiz-Deutschland nicht gegen das EU-Zinsbesteuerungsabkommen versties, weit überwiegen.

## Handbücher

Implementing the Tax Transparency Standards. A Handbook for Assessors and Jurisdictions, 2<sup>nd</sup> ed., OECD, Paris 2011

## Rechtsquellen

DBA-D, Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen (vom 11.8.1971), SR 0.672.913.62

Memorandum zu verfahrensrechtlichen Aspekten im Hinblick auf die Anwendung des Zinsbesteuerungsabkommens Schweiz-EU (vom 5.4.2012), BBl 2012, 5102

Protokoll StA-D, Protokoll zur Änderung des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über Zusammenarbeit in den Bereichen Steuern und Finanzmarkt (vom 5.4.2012), BBl 2012, 5087

StA-D, Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über die Zusammenarbeit in den Bereichen Steuern und Finanzmarkt (vom 21.9.2011), BBl 2012, 5039

Vereinbarte Niederschrift anlässlich der Unterzeichnung (des Protokolls StA-D) (vom 5.4.2012), BBl 2012, 5099

VRK, Vertragsrechtskonvention, Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (vom 23.5.1969), SR 0.111

ZBstA, EU-Zinsbesteuerungsabkommen, Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über Regelungen, die den in der Richtlinie 2003/48/EG des Rates im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen festgelegten Regelungen gleichwertig sind (vom 26.10.2004), SR 0.641.926.81 sowie ABIL 385 vom 29.12.2004, 30

Zinsbesteuerungs-RL, RL 2003/48/EG des Rates im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen (vom 3.6.2003), ABIL 157 vom 26.6.2003, 38

## Materialien

E-IQG, Entwurf zu einem BG über die internationale Quellenbesteuerung (vom 30.9.2011), BBl 2012, 5289

VE-IQG, Vernehmlassungs-Entwurf zu einem BG über die internationale Quellenbesteuerung, [www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2108/Quellenbesteuerung\\_Entwurf\\_de.pdf](http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2108/Quellenbesteuerung_Entwurf_de.pdf)