

Mitteilungen zum Deutsch-Schweizerischen Rechtsverkehr

August 2005

Herausgeber: Deutsch-Schweizerische Juristenvereinigung e.V. (DSJV), Postfach 1873, D-53008 Bonn, Tel: +49 (0)700 DSJV 1000, Fax: +49 (0)700 DSJV 2000, E-Mail: info@dsjv.de bzw. info@dsjv.ch, Internet: www.dsjv.de bzw. www.dsjv.ch.

Vorstand: Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht Dr. iur. Marc P. Scheunemann (Frankfurt am Main), Rechtsanwalt Dr. iur. Alexander Ressos (Frankfurt am Main), Rechtsanwalt Marc H. Kotyrba (Frankfurt am Main), Notarassessor Dipl.-Kfm. Dr. iur. Kai Bischoff LL.M. (Köln), Rechtsanwalt Dr. iur. Leonz Meyer LL.M. (Zürich), Avocat Urs Saal (Genève), Rechtsanwalt Michael Schmidt (Bern), Staatsanwalt Jörg Zachariae (Waldshut-Tiengen).

Redaktion: Notarassessor Dipl.-Kfm. Dr. iur. Kai Bischoff LL.M., Köln (Zivil- und Wirtschaftsrecht), Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht Dr. iur. Marc P. Scheunemann, Frankfurt am Main (Steuer- und Zollrecht), Rechtsanwältin Martina Ziffels, Hamburg (Arbeits- und Sozialrecht).

I n h a l t

Zivil- und Wirtschaftsrecht1

- Integration der europäischen Hypothekarkreditmärkte 1
Richtlinie zu unlauteren Geschäftspraktiken –
Richtlinienvorschlag passiert zweite Lesung..... 2
- Der Zopf ist ab! – Deutsches Patent- und Markenamt
anerkennt die Markenrechtsfähigkeit der Gesellschaft
bürgerlichen Rechts..... 2
- Internationale und örtliche Zuständigkeit:
Erfüllungsort für Mietzinsansprüche aus einem
Chartervertrag für ein Hotelschiff..... 3
- Bankgeschäft; Erlaubnispflicht; Kapitalverkehrsfreiheit;
Unternehmen mit Sitz ausserhalb der EU; Schweiz..... 6
- Literaturhinweis: Die erste praxisorientierte Zeitschrift
für das Privatrecht der Europäischen Gemeinschaft 7

Steuer- und Zollrecht..... 8

- Zinsbesteuerungsabkommen zwischen der Schweiz und
der EU am 1. Juli 2005 in Kraft getreten 8
- Zahlung von Zinsen und Lizenzgebühren zwischen
verbundenen Unternehmen im Verhältnis zur Schweiz..... 9
- Grenzüberschreitendes Meldeverfahren bei der
schweizerischen Verrechnungssteuer 10
- Zustellung von Verwaltungsakten der deutschen
Finanzverwaltung in der Schweiz..... 10
- Entwicklung der Rechtsprechung zur Auslegung des
DBA-Schweiz/ Deutschland im Jahr 2004 10
- Strafverfahrenliche Rechtshilfe und steuerrechtlicher
Informationsaustausch seitens der Schweiz 14

DSJV-JAHRESTAGUNG 2005

» NEUESTE ENTWICKLUNGEN IM FERNMELDERECHT «

SCHWEIZERISCHES FERNMELDE- UND DEUTSCHES TELEKOMMUNIKATIONSRECHT

IM ACHTEN JAHR DER MARKTÖFFNUNG

ZÜRICH, 2. DEZEMBER 2005

Die Deutsch-Schweizerische Juristenvereinigung e.V. wird am 2. Dezember 2005 um 16.30 Uhr im Zunfthaus zur Saffran in Zürich ihre Jahrestagung 2005 durchführen. Zum Thema „Neueste Entwicklungen im Fernmelderecht“ geben Prof. Dr. Andreas Kley, Ordinarius für öffentliches Recht, Verfassungsgeschichte sowie Staats- und Rechtsphilosophie, Universität Zürich, und Rechtsanwalt Hermann-Josef Piepenbrock, Rechtsanwälte Piepenbrock Schuster, Düsseldorf und Wien einen aktuellen Überblick über das schweizerische Fernmelde- und das deutsche Telekommunikationsrecht. Prof. Kley informiert in seinem Referat „Auf dem Weg zur Entbündelung. Die Revision des schweizerischen Fernmeldegesetzes“ über die in der Schweiz kontrovers diskutierte „Öffnung der letzten Meile“. Rechtsanwalt Piepenbrock berichtet über „Praktische Erfahrungen mit dem deutschen Telekommunikationsrecht seit der Liberalisierung“. Mitte 2004 ist in Deutschland ein neues Telekommunikationsgesetz in Kraft getreten; die Entbündelung ist im deutschen Recht jedoch bereits seit 1998 verankert.

Anmeldung und weitere Informationen unter www.dsjv.ch / www.dsjv.de

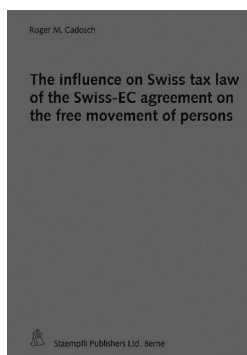
Neuerscheinungen



Prof. Dr. Peter Locher

Einführung in das internationale Steuerrecht der Schweiz

3. überarbeitete Auflage
660 Seiten, broschiert,
CHF 148.–/€ 97.80
ISBN 3-7272-0786-8



Dr. Roger M. Cadosch

The Influence on Swiss Tax law of the Swiss-EC agreement on the free movement of persons

112 pages, softcover,
CHF 44.–/€ 29.–
ISBN 3-7272-9022-6



Prof. Dr. Roger Zäch

Schweizerisches Kartellrecht

2. Auflage
Stämpfli juristische Lehrbücher SJL.
570 Seiten, broschiert,
CHF 115.–/€ 76.–
ISBN 3-7272-0787-6

Mehr Informationen zum Verlagsprogramm unter
www.staempfliverlag.com



Stämpfli Verlag AG Bern

www.staempfliverlag.com

Zu beziehen bei

Buchstämpfli, Versandbuchhandlung

Wölflistrasse 1, CH-3001 Bern

Telefon 031 300 66, 77, Fax 031 300 66 88

E-Mail: order@buchstaempfli.com, www.buchstaempfli.com
oder durch jede Buchhandlung

Integration der europäischen Hypothekarkreditmärkte

Eine der Prioritäten der Europäischen Kommission im Bereich der Vollendung des Binnenmarktes für Finanzdienstleistungen ist die Integration der privaten Hypothekarkreditmärkte. Die Kommission ist der Ansicht, dass die national strukturierten Märkte einen Nachteil für den gesamten europäischen Markt darstellen und Raum für eine weiter gehende Integration vorhanden sei. Sie geht davon aus, dass ein effizienter Binnenmarkt billigere und bessere Darlehen für alle Europäer bedeuten könnte.

Die Europäische Kommission hatte daher eine 25 Experten umfassende Forumgruppe zum Hypothekarkredit eingesetzt, die sich von März 2003 bis November 2004 mit der Frage beschäftigte, wie ein europäischer Markt für Wohnungsbaukredite geschaffen werden kann. Die Sachverständigen sollten Hindernisse für einen integrierten europäischen Hypothekarkreditmarkt analysieren und der Kommission konkrete Vorschläge für eine stärkere Integration der Hypothekenmärkte unterbreiten.

Der Forumgruppe gehörten Experten aus 12 Mitgliedstaaten an, die Banken, Versicherungen, Verbraucherorganisationen und das Notarwesen repräsentierten. Die Forumgruppe konzentrierte sich auf fünf Hauptbereiche: Verbraucherschutz, Vertrieb, Rechtsfragen, Sicherheiten und Finanzierung.

Abschlussbericht und Empfehlungen der Forumgruppe Hypothekarkredit

Im Dezember 2004 legte die Europäische Kommission den Abschlussbericht der Forumgruppe vor. Der fünfzigseitige, derzeit nur in englischer Sprache vorliegende Bericht der Forumgruppe Hypothekarkredit (http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/finances-retail/docs/home-loans/2004-report-integration_en.pdf; Zusammenfassung und Empfehlungen in deutscher Sprache: http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/finances-retail/docs/home-loans/exsum_de.pdf) listet die Hindernisse im Realcreditgeschäft auf und unterbreitet der Europäischen Kommission insgesamt 48 Vorschläge für eine stärkere Integration der Hypothekenmärkte.

Bei den Vorschlägen der Forumgruppe handelt es sich mehrheitlich um gemeinsame Vorschläge aller Experten. In einigen Fragen, insbesondere beim Verbraucherschutz, konnte jedoch keine Einigung erzielt werden, so dass die Vertreter der Verbraucherorganisationen und der Kreditwirtschaft eigene, voneinander abweichende Empfehlungen ausgesprochen haben.

Der Schwerpunkt der Beratungen lag auf dem Verbraucherschutz. Die Verbraucherschützer betrachteten die bisherigen Selbstregulierungsmassnahmen, vor allem den Verhaltenskodex über vorvertragliche Informationen für wohnungswirtschaftliche Kredite (http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/finances-retail/docs/home-loans/agreement_de.pdf) als gescheitert und forderten deshalb verbindliche Vorschriften zum Schutz der Verbraucher auf höchstem Niveau. Die Vertreter der Kreditwirtschaft hingegen sprachen sich grundsätzlich für flexible Selbstregulierungsmassnahmen aus. Mit Blick auf die wirksame Umsetzung und Anwendung des Verhaltenskodexes und die erheblichen Investitionen forderten sie die Beibehaltung des Kodexes und lehnten eine Verbraucherschutzgesetzgebung auf hohem Schutzniveau ab.

Die Liste der gemeinsamen Empfehlungen der Expertengruppe sieht unter anderem die Durchführung einer Kosten-Nutzen-Analyse zur weiteren Integration der Hypothekarkreditmärkte, die Harmonisierung des effektiven Jahreszinssatzes, die Verbesserung des grenzüberschreitenden Zugangs zu nationalen Datenbanken für ausländische Kreditgeber, die Anwendung des Rechts des Mitgliedstaates, in dem die Immobilie belegen ist (*Lex rei sitae*), grössere Transparenz und allgemeiner Zugang zu den Grundbüchern und Hypothekenregistern, die Lockerung des Akzessorietätsanfordernisses bei Hypotheken und die Einführung einer optionalen, nicht-akzessorischen Eurohypothek sowie die Verbesserung der Rahmenbedingungen für den Sekundärmarkt für Hypothekarkredite vor. Die Vertreter der Verbraucherorganisationen forderten überdies die Harmonisierung der Vorfälligkeitsentschädigung. Die Experten der Kreditwirtschaft setzten sich für die freie Rechtswahl des Verbrauchers beim Kreditvertrag bei grenzüberschreitenden Geschäften ein.

Die Eurohypothek, die in Ergänzung zu den bestehenden nationalen Grundpfandrechten der Mitgliedstaaten als „26. Regime“ von der Kredit-

wirtschaft gefordert wird, soll in Anlehnung an die deutsche Grundschuld als nicht-akzessorisches Grundpfandrecht geschaffen werden. Die nähere Ausgestaltung der Eurohypothek ist in der Forumgruppe nicht diskutiert worden. Hierzu haben Experten aus eigener Initiative bereits erste Vorschläge entwickelt.

Zeitplan der Kommission

Die Kommission hat Ende 2004 eine Studie zur Kosten-Nutzen-Analyse einer weiteren Integration der Hypothekenkreditmärkte in Auftrag gegeben, deren Ergebnisse im September 2005 vorgelegt werden sollen. Voraussichtlich im Juli 2005 wird sie ein Grünbuch verabschieden, in dem sie die Empfehlungen der Forumgruppe bewerten und Alternativvorschläge unterbreiten möchte. Die Kommission hat eine Gruppe von Regierungsexperten eingesetzt, die sich mit der Thematik beschäftigen soll und in der die Vorschläge der Kommission diskutiert werden sollen. 2006 wird die Kommission voraussichtlich konkrete, ggf. auch Legislativvorschläge zum Hypothekarkredit unterbreiten. Da die Kommission erklärt hat, die Hypothekarkredite vollständig aus dem Anwendungsbereich des Richtlinienvorschlags zum Verbraucherkredit herauszunehmen, dürfte nunmehr davon auszugehen sein, dass die Kommission einen Richtlinienvorschlag zum Hypothekarkredit vorlegen wird.

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Christoph Wengler, Legal Adviser, European Association of Public Banks, Brüssel

Anmerkung der Redaktion: Nach Redaktionsschluss sind das Grünbuch Hypothekarkredit sowie die von der Kommission in Auftrag gegebene Kosten-Nutzen-Analyse veröffentlicht worden. In einer der nächsten Ausgaben der DSJV-Mitteilungen wird darüber berichtet werden.

Richtlinie zu unlauteren Geschäftspraktiken – Richtlinienvorschlag passiert zweite Lesung

Das Europäische Parlament hat in zweiter Lesung am 24. Februar 2005 seine Arbeitsdokumente zum Richtlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken angenommen. Zur endgültigen Verabschiedung der Richtlinie fehlt nur noch die Abstimmung im Rat, die in den nächsten Wochen zu erwarten ist.

Dem Arbeitsdokument des Parlaments nach soll u. a. die im Anhang der Richtlinie aufgeführte Liste erweitert werden, die alle irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken aufzählt, die als unlauter angesehen werden. Es soll danach u. a. künftig untersagt sein, Kinder direkt durch Werbung anzusprechen und sie dadurch zum Kauf des beworbenen Produktes zu animieren. Als unlauter soll auch das Werben von Kunden durch hartnäckiges und unerwünschtes Ansprechen über Telefon, Fax und e-Mail angesehen werden. Behauptet ein Gewerbetreibender fälschlich, das Produkt werde nur sehr kurze Zeit verfügbar sein, um so den Verbraucher zu einer sofortigen Entscheidung zu verleiten, handelt es sich um eine irreführende, verbotene Geschäftspraktik.

Anders als der ursprüngliche Kommissionsvorschlag will das Parlament auf die Anwendung des Herkunftslandsprinzips im Anwendungsbereich des Richtlinienvorschlags verzichten, da mittlerweile eine ausreichende Harmonisierung in Bezug auf den Verbraucherschutz innerhalb der Europäischen Union erfolgt ist. (Quelle: DAV-Depesche Nr. 9/05 vom 03. März 2005).

Der Richtlinienvorschlag ist abrufbar unter:
http://europa.eu.int/eurlex/de/com/pdf/2003/com2003_0356de01.pdf

Das Arbeitsdokument des Europäischen Parlaments ist abrufbar unter:
<http://www2.europarl.eu.int>

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Dr. jur. Wolfgang R. Heisrath, Stuttgart

Der Zopf ist ab! – Deutsches Patent- und Markenamt anerkennt die Markenrechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts

In der Mitteilung 04/05 vom 13. Dezember 2004 teilt der Präsident des Deutschen Patent- und Markenamtes mit, dass das Deutsche Patent- und Markenamt (DPMA) die Schutz-, Anmelde- und Registerfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) als Teilnehmerin am Rechtsverkehr anerkennt.

Die GbR wird künftig als Anmelderin bzw. Inhaberin eines Patents, einer Marke, eines Gebrauchs-, eines Geschmacksmusters oder einer

Topographie in das jeweilige Register eingetragen werden können. Erforderlich hierfür sind neben der Angabe des Namens der Gesellschaft und ihres Sitzes die Benennung mindestens eines vertretungsberechtigten Gesellschafters mit Name und Anschrift.

Mit der Anerkennung der GbR als Inhaberin von gewerblichen Schutzrechten, insbesondere von Marken, findet ein langjähriger Streit sein vorläufiges Ende. Bislang war in der Kommentarliteratur die Markenrechtsfähigkeit der GbR sehr umstritten. Die Gegner lehnten die Markenrechtsfähigkeit u. a. mit der Begründung ab, dass dies dem gesetzgeberischen Willen widerspreche. Tatsächlich erwähnt die amtliche Begründung zum deutschen Markengesetz, dass „Gesellschaften bürgerlichen Rechts als solche nicht Inhaber von Marken sein können“. Wollten bislang die Gesellschafter einer GbR eine Marke anmelden, mussten die einzelnen Gesellschafter in der Markenmeldung benannt werden.

Auch die hochrichterliche Rechtssprechung war geteilt. In der Ballermann 6-Entscheidung des BGH (Az. I ZR 168/97) ging der für das Markenrecht zuständige 1. Zivilsenat ebenfalls von der fehlenden Markenrechtsfähigkeit einer GbR aus. In seinen Entscheidungsgründen berücksichtigte der 1. Zivilsenat ebenfalls den Willen des Gesetzgebers. Demgegenüber hielt der für das Gesellschaftsrecht zuständige 2. Zivilsenat in seiner viel beachteten Entscheidung aus dem Jahr 2001 (Az. II ZR 331/00) es grundsätzlich für möglich, dass eine (Aussen-)GbR Parteifähigkeit besitzt.

Dieser Ansicht schloss sich auch das Bundespatentgericht in einer jüngst veröffentlichten Entscheidung vom 27. Mai 2004 – 25 W (pat) 232/03 an. In seinem Leitsatz formulierte es: „Aufgrund der Entwicklung der Rechtssprechung zur Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) steht § 7 Nr. 3 MarkenG der Eintragung einer (Aussen-)GbR als Inhaberin einer Marke in das Markenregister nicht mehr entgegen“.

Ob der für das Markenrecht zuständige 1. Zivilsenat angesichts des Paradigmenwechsels seine bisherige ablehnende Position gegenüber der Markenrechtsfähigkeit der GbR aufrecht erhalten wird, bleibt abzuwarten.

Die Anerkennung der Markenregisterfähigkeit einer GbR ist grundsätzlich zu begrüßen.

Deutschland zieht damit mit verschiedenen Mitgliedstaaten der Europäischen Union, z. B. Spanien und Frankreich gleich, die in ihren nationalen Vorschriften dem jeweiligen Pendant zur GbR die Rechtsfähigkeit und damit auch die Markenrechtsfähigkeit bereits seit langem zuerkannt haben.

Auch bislang bestehende Nachteile, z. B. dass ausländische GbR, die über Art. 7 bis Abs. 3 PVÜ in Deutschland Markenschutz erhielten, soweit sie nach ihrem Heimatrecht markenrechtsfähig sind, deutschen GbR dieser Markenschutz aber verwehrt war, dürften der Vergangenheit angehören.

Auch nach der Spruchpraxis des Harmonisierungsamtes für den Binnenmarkt zu Gemeinschaftsmarkenverordnung kann seit jeher eine GbR als solche unter ihrem Namen in das Markenregister eingetragen werden.

Fazit: Ein weiterer Schritt in Richtung Harmonisierung der Rechtssysteme innerhalb der EU ist mit der Anerkennung der Markenrechtsfähigkeit einer GbR vollzogen.

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Dr. jur. Wolfgang R. Heisrath, Stuttgart

Internationale und örtliche Zuständigkeit: Erfüllungsort für Mietzinsansprüche aus einem Chartervertrag für ein Hotelschiff

OLG Düsseldorf, Urteil vom 6. Juli 2004, Az.: I-24 U 253/03, 24 U 253/03

1. Erfüllungsort für Mietzinsansprüche aus der Nutzung eines Hotelschiffs ist mangels abweichender Vereinbarung nicht der Sitz des Vermieters, sondern der Sitz des Mieters (hier: Sitz in der Schweiz).

2. Die Einzahlungen der Miete auf einem Bankkonto am Sitz des Vermieters begründen nicht den "Erfüllungsort tatsächlich erbrachter Leistungen" für nachfolgende Mieten.

Tatbestand

A. Die bei Vertragsschluss und jetzt im Inland ansässige Klägerin (GmbH) und die bei Vertragsschluss und jetzt in der Schweiz ansässige Beklagte, eine Aktiengesellschaft nach schweizerischem

Recht, schlossen am 17. Juni 1998 einen Mietvertrag (MV) über ein Hotelschiff. Die Laufzeit des Vertrags endete mit Ablauf des 31. Juli 2002. Die Beklagte, die das Schiff vereinbarungsgemäss in Bremen übernommen, in die Niederlande verlegt, dort betrieben und wieder zurückgegeben hat, hat die vereinbarte Miete (2.000 DM/Tag mit monatlicher Fälligkeit am ersten Tag des Vormonats) bis einschliesslich April 2002 gezahlt. Gegenstand des Rechtsstreits ist die Miete vom 01. Mai bis 31. Juli 2002 in Höhe von (92 Tage x 2000 DM/Tag = 184.000 DM) 94.077,36 EUR (richtig: 94.077,71 EUR). Zur Zahlungsweise haben die Parteien nur das Folgende vereinbart (§ 3 Satz 5 MV): „Die Charraten werden auf das Konto der [Klägerin] bei der Raiffeisenbank Emmerich eG ... überwiesen“. Abweichend von dieser Regelung hat die Beklagte zuletzt die Miete vereinbarungsgemäss auf ein Konto der Klägerin bei einem in Wesel ansässigen Kreditinstitut überwiesen.

Die Klägerin nimmt die Beklagte bei dem für Wesel zuständigen Landgericht Duisburg auf Zahlung in Anspruch. Sie ist der Auffassung, die inländischen Gerichte seien international zuständig, weil Wesel als Erfüllungsort für die von der Beklagten eingegangene Zahlungsverpflichtung vereinbart worden sei. Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an 94.077,36 EUR nebst Zinsen von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinsatz seit Eintritt der Rechtshängigkeit zu zahlen. Die Beklagte hat um Klageabweisung gebeten. Sie hat u. a. geltend gemacht, dem angerufenen Gericht fehle die internationale Zuständigkeit. Erfüllungsort der umstrittenen Geldschuld sei der Ort ihrer Niederlassung bei Vertragsschluss, so dass sie nur vor dem örtlich zuständigen Gericht in der Schweiz in Anspruch genommen werden könne.

Das Landgericht hat durch das angefochtene Zwischenurteil festgestellt, dass es international und örtlich zur Verhandlung und Entscheidung des Rechtsstreits zuständig ist.

Die Beklagte verfolgt mit ihrer Berufung unverändert das Ziel der Abweisung der Klage als unzulässig. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Berufung.

Entscheidungsgründe

B. Das zulässige Rechtsmittel ist begründet. Die inländischen Gerichte sind für die Entscheidung des Rechtsstreits international nicht zuständig.

I. Mit Blick auf den Sitz der Beklagten in der Schweiz, die nicht Mitglied der Europäischen Gemeinschaften ist, ist massgeblich für die Beantwortung der Frage nach dem international zuständigen Gericht das zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz geltende Lugano-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988 (LugÜ). Es ist in der Bundesrepublik am 01. März 1995 in Kraft getreten (BGBl II 221) und im Verhältnis zur Schweiz seit deren Beitritt am 01. September 1997 (BGBl 1998 II 56) anzuwenden.

II. Gemäss Art. 2 Abs. 1, 53 Abs. 1 LugÜ kann eine Gesellschaft, die ihren Sitz im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates hat, nur vor den Gerichten dieses Staates verklagt werden, es sei denn, das Luganer Übereinkommen sehe einen davon abweichenden (ausschliesslichen oder besonderen) Gerichtsstand vor. Das bedeutet für den Streitfall, dass die Beklagte mit Blick auf ihren Sitz im Vertragsstaat Schweiz grundsätzlich nur vor Schweizer Gerichten in Anspruch genommen werden kann. Da das Luganer Abkommen auch keinen davon abweichenden Gerichtsstand eröffnet, ist das angerufene inländische Gericht nicht zuständig.

1. Ein ausschliesslicher Gerichtsstand, insbesondere ein solcher gemäss Art. 16 Nr. 1a LugÜ ist nicht gegeben. Diese Bestimmung begründet einen ausschliesslichen Gerichtsstand für Miet- und Pachtsachen nur, wenn Gegenstand des Vertrags eine unbewegliche Sache, insbesondere ein Grundstück ist. Die entgeltliche Überlassung eines Schiffs zur Nutzung wird nicht erfasst, weil das Schiff eine bewegliche Sache ist. Offen bleiben kann die Frage, ob ein registriertes Schiff, das gemäss §§ 1ff SchiffsRG, § 870 ZPO und §§ 162ff ZVG nach materiellem deutschen Recht wie ein Grundstück behandelt wird, auch eine unbewegliche Sache im Sinne des Art. 16 Nr. 1a LugÜ darstellt (so Geimer, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl., Anm. A1 Art. 22 Rn. 47). Das hier umstrittene Schiff war nach dem Vortrag der Klägerin bei Vertragsschluss nicht registriert.

2. Die Parteien haben nach dem vorgetragenen Vertragsinhalt keine Regelung über den Gerichtsstand getroffen. Das angerufene inländische Gericht ist auch nicht gemäss Art. 18 LugÜ zuständig geworden. Eine Zuständigkeit nach dieser Be-

stimmung tritt nur ein, wenn sich die Beklagte zur Sache eingelassen hätte, ohne die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts gleichzeitig zu rügen (vgl. dazu BGH MDR 2004, 707 m.w.N.). Die Beklagte hat noch vor der Einlassung zur Sache (Schriftsatz vom 27. Januar 2003) mit Schriftsatz vom 06. Januar 2003 die internationale Zuständigkeit des angerufenen Gerichts gerügt. Dass sie dann auch gleichsam hilfsweise zur Sache Stellung genommen hat, ist unschädlich (BGH aaO).

3. Der Gerichtsstand des Vermögens, wie er durch § 23 ZPO eröffnet sein könnte, ist kein nach dem Luganer Übereinkommen zulässiger Gerichtsstand. Der Gerichtsstand des belegen Vermögens ist gemäss Art. 3 Abs. 2, 3. Spiegelstrich LugÜ ausdrücklich ausgeschlossen.

4. Entgegen der Ansicht des Landgerichts ist das angerufene Gericht auch nicht gemäss Art. 5 Nr. 1, 1. Halbs. LugÜ als Gericht des Erfüllungsorts zuständig.

a) Nach dieser Bestimmung kann bei Ansprüchen aus einem Vertrag Klage auch vor dem Gericht des Ortes erhoben werden, an dem die umstrittene Verpflichtung zu erfüllen ist. Die Beantwortung der Frage, wo eine Verpflichtung erfüllt werden muss, beantwortet nicht das Luganer Übereinkommen als interstaatlicher prozessrechtlicher Vertrag, sondern das anwendbare materielle Recht. Dementsprechend hat der Europäische Gerichtshof entschieden, dass die Frage nach dem Erfüllungsort nicht vertragsautonom, sondern nach dem internationalen Privatrecht des Staates, dessen Gericht angerufen worden ist (Gerichtstaat), zu beantworten ist (EuGH NJW 1977, 491 [Tessili]; vgl. auch BGH NJW-RR 2003, 192 m.w.N.).

Einschlägig ist Art. 28 Abs. 2 EGBGB. Danach ist mangels einer Rechtswahl (vgl. Art. 27 EGBGB) das Recht des Staates anzuwenden, in dem sich die Niederlassung der Partei befindet, die die nach dem Vertrag charakteristische Leistung zu erbringen hat. Geht es wie hier um einen Mietvertrag, erbringt der Vermieter die den Vertrag charakterisierende Leistung, nämlich die Überlassung des Gebrauchs. Die Frage nach dem Erfüllungsort ist demnach nach materiellem deutschen Recht zu beantworten (BGH aaO). Erfüllungsort in diesem Sinne ist gemäss § 269 BGB der Ort, an dem der Schuldner die von ihm geschuldete Leistungshandlung vorzunehmen hat (Leistungsort) und nicht

der Ort, an dem der Leistungserfolg eintritt (Palandt/Heinrichs, BGB, 6. Aufl., § 269 Rn. 1; Soergel/Siebert/Wolf, BGB, 13. Aufl., § 269 Rn. 2; BGH NJW-RR 2003, 192).

b) Gewerbliche Mietschulden sind, wie andere Geldschulden auch, gemäss § 269 Abs. 1, 2 BGB an dem Ort zu erbringen (Leistungsort), an welchem der Schuldner bei Vertragsschluss seine gewerbliche Niederlassung hat, es sei denn, die Parteien haben einen davon abweichenden Erfüllungsort vereinbart oder ein solcher ergibt sich aus den Umständen bei Vertragsschluss, insbesondere aus dem Charakter des Schuldverhältnisses (BGH NJW 1988, 1914). Erfüllungsort für die hier umstrittenen Geldschulden ist mangels abweichender Vereinbarung oder besonderer Umstände nicht der inländische Sitz der Klägerin, sondern der ausländische Sitz der Beklagten.

aa) Zu Unrecht folgt das Landgericht der unrichtigen Auffassung der Klägerin, Wesel sei als (inländischer) Erfüllungsort deshalb massgeblich, weil die Beklagte vereinbarungsgemäss die geschuldeten Mietraten auf ein Konto einzahle und einzuzahlen habe, das die Klägerin bei einem an diesem Ort ansässigen Kreditinstitut unterhalte. Dabei übersieht das Landgericht, dass diese Vertragsklausel der Beklagten als Geldschuldnerin nur das Kosten- und Verlustrisiko der Geldübermittlung an den Ort der kontoführenden Stelle auferlegt (Schickschuld). Damit ist in Anlehnung an § 270 Abs. 1 BGB lediglich bestimmt, dass der Zahlungsort, also der Ort, an dem der Leistungserfolg einzutreten hat, sich an dem Ort befindet, an dem das kontoführende Kreditinstitut seinen Sitz hat. Ein von § 269 Abs. 1 BGB abweichender Erfüllungsort wird damit im Zweifel nicht vereinbart, wie dem § 270 Abs. 4 BGB zu entnehmen ist. Nach dieser Bestimmung wird durch die Vereinbarung eines vom Leistungsort/Erfüllungsort abweichenden Zahlungsorts nicht die gesetzliche Regelung des § 269 Abs. 1 und 2 BGB über den gesetzlichen Erfüllungsort an der Niederlassung des (Geld)Schuldners etwas geändert.

bb) Auch aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Mietvertrags über bewegliche Sachen ergibt sich kein von § 269 Abs. 2 BGB abweichender Erfüllungsort/Leistungsort, wie er etwa für das Ladengeschäft (BGH MDR 2003, 402), den Arbeitsvertrag (BAG NZA 2003, 339) und den Bauwerksvertrag (BGH NJW 1986, 935) angenommen wird. Der Mietvertrag über bewegliche

Sachen ist kein Vertragstyp, der im Vergleich zu sonstigen gegenseitigen Verträgen Besonderheiten aufweist, die eine Bestimmung des Leistungsorts abweichend von § 269 Abs. 1, 2 BGB erfordern könnte (BGH NJW 1988, 1914 zum Mietvertrag und jüngst -unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung- BGH NJW 2004, 54 und BB 2004, 910 zum Anwaltsvertrag).

c) Ohne Erfolg beruft sich die Klägerin schliesslich darauf, Art. 5 Nr. 1a LugÜ eröffne den Gerichtsstand nicht nur an dem Ort, an dem eine Leistung rechtlich zu erfüllen ist, sondern auch an dem Ort, an dem sie tatsächlich erbracht worden ist, also dort, wo sie die Gegenseite mit Erfüllungswirkung angenommen habe. Im Streitfall geht es um ein solches Verlangen nicht. Die Klägerin verlangt nicht Leistungen zurück, die sie als Erfüllung angenommen hat (vgl. zu diesem Fall BayObLG RIW 1992, 862 und Geimer, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl., Anm. A1, Art. 5 Rn. 142f). Sie verlangt vielmehr die vertraglich fälligen Leistungsraten. In diesem Zusammenhang spielt es keine Rolle, dass die Beklagte in der Vergangenheit Zahlungen zu Gunsten des inländischen Kontos der Klägerin erbracht hat. Abgesehen davon, dass -wie bereits ausgeführt worden ist- der Zahlungsort nicht mit dem Erfüllungsort verwechselt werden darf, sind die früheren Zahlungsvorgänge für die hier umstrittenen Leistungen irrelevant. Die Miete ist eine Schuld, die rätierlich mit jedem Monat der Gebrauchsüberlassung neu entsteht (BGH NJW 1990, 1785; 2001, 2251; Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Aufl., § 314 Rn. 2). Leistungsraten, die in der Vergangenheit erbracht worden sind, sagen deshalb nichts aus über den Erfüllungsort der künftigen Leistungsraten.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO, die zur vorläufigen Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Es gibt keinen Anlass, die Revision zuzulassen, § 543 Abs. 2 ZPO.

Mitgeteilt von Notarassessor Dr. Kai Bischoff, Köln

Bankgeschäft; Erlaubnispflicht; Kapitalverkehrsfreiheit; Unternehmen mit Sitz ausserhalb der EU; Schweiz

VG Frankfurt, Beschluss vom 11. Oktober 2004, Az: 9 E 933/04

1. Zur Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit bei der Erlaubnispflichtigkeit von Bankgeschäften; hier: Vorlagefragen des Gerichts an den EuGH:

Kann sich ein Unternehmen, das in einem Staat ausserhalb der Europäischen Union, hier der Schweiz, seinen Sitz hat, für die gewerbsmässig betriebene Vergabe von Krediten an Einwohner eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, hier der Bundesrepublik Deutschland, gegenüber diesem Mitgliedstaat und gegenüber den Massnahmen seiner Behörden oder Gerichte auf die Kapitalverkehrsfreiheit nach EGVtr Art 56 berufen, oder unterfallen die Anbahnung, Gewährung und Abwicklung derartiger Finanzdienstleistungen allein der Dienstleistungsfreiheit nach Massgabe der EGVtr Art 49f?

2. Kann sich ein Unternehmen mit Sitz in einem Staat ausserhalb der Europäischen Union auf die Kapitalverkehrsfreiheit nach EGVtr Art 56 berufen, wenn es Kredite gewerbsmässig oder ganz überwiegend an Einwohner, die innerhalb der Europäischen Union ansässig sind, gewährt und seinen Sitz in einem Land hat, in dem es für die Aufnahme und Durchführung dieser Geschäftstätigkeit weder dem Erfordernis einer vorherigen Erlaubnis durch eine staatliche Behörde dieses Landes noch dem Erfordernis einer laufenden Überwachung seiner Geschäftstätigkeit in einer Art unterliegt, wie sie für Kreditinstitute innerhalb der Europäischen Union und hier insbesondere innerhalb der Bundesrepublik Deutschland, üblich ist, oder stellt die Berufung auf die Kapitalverkehrsfreiheit in einem solchen Fall einen Rechtsmissbrauch dar? Kann ein solches Unternehmen im Hinblick auf das Recht der Europäischen Union mit den im Gebiet des jeweiligen Mitgliedstaates ansässigen Personen und Unternehmen hinsichtlich der Erlaubnispflicht gleichbehandelt werden, obwohl es seinen Sitz nicht in diesem Mitgliedstaat hat und dort auch keine Zweigstelle unterhält?

3. Greift eine Regelung in die Kapitalverkehrsfreiheit nach EGVtr Art 56 ein, nach der die gewerbsmässige Gewährung von Krediten durch ein Unternehmen mit Sitz in einem Staat ausserhalb der Europäischen Union an Einwohner innerhalb der Europäischen Union davon abhängig gemacht wird, dass zuvor eine Erlaubnis bei einer Behörde des betreffenden Mitgliedstaates der Europäischen Union eingeholt werden muss, in dem die Kreditnehmer ansässig sind? Kommt es insoweit darauf

an, ob die ungenehmigte gewerbsmässige Kreditvergabe einen Straftatbestand oder nur eine Ordnungswidrigkeit darstellt?

4. Ist das unter Ziffer 3 dieses Fragenkatalogs genannte Erfordernis der vorherigen Erlaubnis durch EGVtr Art 58 Abs 1 Buchst b gerechtfertigt, insbesondere im Hinblick auf den Schutz der Kreditnehmer vor vertraglichen und finanziellen Verpflichtungen gegenüber Personen, die nicht zuvor auf ihre Zuverlässigkeit geprüft wurden, den Schutz dieses Personenkreises vor nicht ordnungsgemäss arbeitenden Unternehmen oder Personen hinsichtlich ihrer Buchhaltung, der ihnen aufgrund allgemeiner Regelungen obliegenden Beratungspflichten und Informationspflichten gegenüber den Kunden, den Schutz dieses Personenkreises vor unangemessener oder missbräuchlicher Werbung, die Gewährleistung einer hinreichenden finanziellen Ausstattung des kreditvergebenden Unternehmens, den Schutz des Kapitalmarktes vor einer unkontrollierten Vergabe von Grosskrediten, den Schutz des Kapitalmarktes und der Gesellschaft insgesamt vor kriminellen Machenschaften, wie sie insbesondere Gegenstand der Vorschriften zur Bekämpfung der Geldwäsche oder des Terrorismus sind?

5. Ist die Ausgestaltung eines an sich gemeinschaftsrechtlich zulässigen Genehmigungserfordernisses iSd Ziffer 3 dieses Fragenkatalogs von EGVtr Art 58 Abs 1 Buchst b gedeckt, wonach die Erteilung einer Erlaubnis zwingend voraussetzt, dass das Unternehmen seine Hauptverwaltung oder zumindest eine Zweigstelle in dem betreffenden Mitgliedstaat unterhält, insbesondere um eine Kontrolle der Geschäftsabläufe und Geschäftsvorgänge durch die Organe des betreffenden Mitgliedstaats tatsächlich und effektiv, dh auch kurzfristig oder unvorhergesehen zu ermöglichen, die Geschäftsabläufe und Geschäftsvorgänge anhand der im Mitgliedstaat vorhandenen oder vorzuhaltenden Unterlagen vollständig nachvollziehbar zu machen, auf persönlich Verantwortliche des Unternehmens im Hoheitsbereich des Mitgliedstaates Zugriff zu haben, die Erfüllung finanzieller Ansprüche von Kunden des Unternehmens innerhalb des Mitgliedstaates zu gewährleisten oder zumindest zu erleichtern?

Mitgeteilt von Notarassessor Dr. Kai Bischoff, Köln

Literaturhinweis: Die erste praxisorientierte Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Gemeinschaft (GPR)

Die praktische Relevanz des Gemeinschaftsprivatrechts liegt auf der Hand. Die Anwendung seiner Normen und die Frage nach der Vereinbarkeit nationaler Vorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht werden zunehmend unerlässlich für beratend wie auch für forensisch tätige Juristen; auch die Rechtswissenschaft behandelt in wachsendem Masse die einschlägigen Fragestellungen. Gleichwohl fehlte es bislang an einer allgemeinen Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Gemeinschaft. Die GPR schliesst diese Lücke.

Die Grundlagen des Gemeinschaftsprivatrechts werden umfassend dargestellt. Der grosse Service-Teil behandelt prägnant die aktuellen Fragestellungen des Gemeinschaftsprivatrechts. Jedes Heft informiert über die neuesten Entwicklungen in Brüssel.

Die Zeitschrift GPR ist ein Gemeinschaftsprojekt der Verlage Recht und Wirtschaft GmbH (Frankfurt/M.) und Sellier. European Publishers (München). Sie erscheint viermal jährlich. Der Preis für ein Normalabonnement beträgt EUR 132,- jährlich.

Mitgeteilt von Notarassessor Dr. Kai Bischoff, Köln

Zinsbesteuerungsabkommen zwischen der Schweiz und der EU am 1. Juli 2005 in Kraft getreten

Am 1. Juli 2005 ist das Abkommen über die Zinsbesteuerung zwischen der Schweiz und der EU in Kraft getreten. Das Abkommen ist Bestandteil der bilateralen Abkommen II, die am 26. Oktober 2004 in Luxemburg unterzeichnet worden sind.

Kernstück des Abkommens ist die Bereitschaft der Schweiz zur Einführung eines Steuerrückbehalts auf Zinserträge von EU-Steuerpflichtigen. Alternativ zum Steuerrückbehalt besteht die Möglichkeit einer freiwilligen Meldung der Zinszahlung an die Wohnsitzstaaten der Zinsempfänger.

Der Steuerrückbehalt gilt für alle Zinszahlungen, die eine auf dem Gebiet der Schweiz gelegene Zahlstelle einer natürlichen Person mit steuerlichem Wohnsitz in einem EU-Mitgliedstaat leistet. Er beträgt zunächst 15 Prozent und steigt bis 2011 auf 35 Prozent an. Der Ertrag des Steuerrückbehalts fällt zu 75 Prozent an die betroffenen Mitgliedstaaten, der Rest verbleibt der Eidgenossenschaft und den Kantonen (sog. „Revenue-sharing“). Das Abkommen sieht zudem vor, dass ausländische Bankkunden selbst zwischen dem Steuerrückbehalt und einer freiwilligen Meldung an die Steuerbehörden wählen können.

Ausserdem verpflichtet sich die Schweiz gegenüber der EU in einem „Memorandum of Understanding“, in den Doppelbesteuerungsabkommen mit den EU-Mitgliedstaaten und auf der Basis der Gegenseitigkeit Amtshilfe bei Steuerbetrug und ähnlichen Delikten zu vereinbaren.

Das Zinsbesteuerungsabkommen wird in der Schweiz durch das Schweizer Bundesgesetz zum Zinsbesteuerungsabkommen mit der Europäischen Union ergänzt, welches ebenfalls zum 1. Juli 2005 in Kraft getreten ist. Das Bundesgesetz umschreibt insbesondere das Verfahren und die Organisation, die im Zusammenhang mit dem Steuerrückbehalt einerseits sowie der Amtshilfe in Fällen von Steuerbetrug und bei ähnlichen Delikten andererseits zur Anwendung gelangen.

Nach dem Bundesgesetz sind schweizerische Personen („Zahlstellen“) verpflichtet, einen Steuerrückbehalt auf alle relevanten Zinserträge zu erheben, die an natürliche Personen mit steuerlichem Wohnsitz in einem EU-Mitgliedstaat gezahlt werden. Auf ausdrückliche Anweisung des Zinsempfängers kann ein Steuerrückbehalt durch eine freiwillige Meldung der Zinszahlung an den Fiskus des EU-Mitgliedstaates ersetzt werden. Einen automatischen Informationsaustausch zwischen den Steuerbehörden gibt es nicht. Die Zahlstellen in der Schweiz sind unter dem erwähnten Gesetz verpflichtet, den Steuerrückbehalt zu erheben und der Eidgenössischen Steuerverwaltung („ESTV“) abzuliefern oder die Meldung über den steuerbaren Zins der ESTV für den ausländischen Fiskus zuzustellen.

Als Zahlstellen gelten (i) Banken im Sinne des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen, Wertpapierhändler im Sinne des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel; sie besitzen den Status der Zahlstelle aufgrund des Gesetzes und müssen sich deshalb bei der ESTV nicht anmelden; (ii) natürliche und juristische Personen, Personengesellschaften und Betriebsstätten ausländischer Gesellschaften, die im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit regelmässig oder gelegentlich Vermögenswerte von Dritten entgegennehmen, halten, anlegen oder übertragen oder lediglich Zinsen zahlen oder die Zinszahlungen absichern.

Unter „Zinszahlung“ sind bezahlte oder einem Konto gutgeschriebene Zinsen zu verstehen, die mit Forderungen jeglicher Art zusammenhängen, einschliesslich u.a. Zinsen, die von schweizerischen Zahlstellen zugunsten des Nutzungsberechtigten im Sinne des Abkommens auf Treuhandkonten gezahlt werden. Insbesondere gelten als Zinszahlung Erträge aus Staatspapieren, Anleihen und Schuldverschreibungen, nicht aber Zinsen für Darlehen zwischen natürlichen Personen, die nicht im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit handeln. Zinszahlungen von schweizerischen Schuldner sind grundsätzlich ausgenommen. Im Hinblick auf den Zinsbegriff im Detail wird auf die Abkommensbestimmungen sowie auf die Darlegungen in der Wegleitung zur Zinsbesteuerung verwiesen.

Die Anmeldepflicht besteht für Personen, welche im Sinne der vorstehenden Ausführungen Zahlstelle sind. Diese Personen müssen sich unverzüglich unter Bekanntgabe von Name/Firma/Adresse/Tel.-/Fax-Nr., E-Mail bei der

Eidgenössische Steuerverwaltung (Hauptabteilung DVS Sektion Kontrolle) anmelden.

Medienmitteilung des Eidgenössischen Finanzdepartements (EFD) vom 24.06.2005; Medienmitteilung der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) vom 29.06.2005.

Zahlung von Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Unternehmen im Verhältnis zur Schweiz

BMF-Schreiben vom 28.06.2005 (IV B 1 - S 1316 - 42/05)

Nach Artikel 15 der Richtlinie 2003/49/EG des Rates vom 3. Juni 2003 über eine gemeinsame Steuerregelung für Zahlungen von Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten (ABl. EU 2003 Nr. L 157 S. 49) (im Folgenden: Zinsabkommen) ist die Entlastung von der Quellensteuer nach den Regelungen der Mutter-Tochter-Richtlinie und der Zinsen- und Lizenzgebühren-Richtlinie in ihren ursprünglichen Fassungen im Verhältnis zur Schweiz entsprechend durchzuführen. Art. 15 Abs. 1 des Zinsabkommens hat die Besteuerung von zwischengesellschaftlichen Dividenden (Schachteldividenden) und Art. 15 Abs. 2 die Besteuerung von Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Unternehmen zum Gegenstand. Da die Vorschrift des Art. 10 Abs. 3 des DBA-Deutschland/Schweiz günstiger ist als die Regelung des Art. 15 Abs. 1 des Zinsabkommens, geht sie nach Art. 15 Abs. 3 des Zinsabkommens vor (Anmerkung: insbesondere genügt nach Art. 10 Abs. 3 DBA-Deutschland/Schweiz bereits eine 20%ige Beteiligung am Kapital und nicht erst eine 25%ige Beteiligung). Ein Bedürfnis für eine gesetzliche Umsetzung des Art. 15 Abs. 1 des Zinsabkommens besteht daher nicht.

Nach Art. 17 des Zinsabkommens in Verbindung mit dem Abkommen über den Zeitpunkt der Anwendung des Zinsabkommens in Form eines Notenwechsels sind die Regelungen des Art. 15 des Zinsabkommens mit Wirkung vom 1. Juli 2005 umzusetzen bzw. anzuwenden. Art. 15 Abs. 2 des Zinsabkommens wird durch Änderung der §§ 50g und 50h EStG in nationales Recht umgesetzt werden. Bis zum Erlass des Änderungsgesetzes ist in Übereinstimmung mit den obersten Finanzbehörden der Länder bei Anträgen auf Entlastung von

der deutschen Quellensteuer auf Zinsen und Lizenzgebühren, die nach dem 30. Juni 2005 gezahlt werden, wie folgt zu verfahren: Ist im Fall des § 50g Abs. 1 S. 1 EStG eines der verbundenen Unternehmen ein Unternehmen der Schweizerischen Eidgenossenschaft oder ist eine in der Schweizerischen Eidgenossenschaft gelegene Betriebsstätte eines Unternehmens eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union Gläubiger der Zinsen oder Lizenzgebühren, ist § 50g EStG entsprechend anzuwenden, mit der Massgabe, dass die Schweizerische Eidgenossenschaft insoweit einem Mitgliedstaat der Europäischen Union gleichgestellt ist. Ein Unternehmen der Schweizerischen Eidgenossenschaft ist jedes Unternehmen, das 1. eine der folgenden Rechtsformen aufweist: Aktiengesellschaft/société anonyme/società anonima; Gesellschaft mit beschränkter Haftung/société à responsabilité limitée/società a responsabilità limitata; Kommanditaktiengesellschaft/société en commandite par actions/società in accomandita per azioni, und 2. nach dem Steuerrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft dort ansässig ist und nicht nach einem zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und einem Staat ausserhalb der Europäischen Union geschlossenen Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung von Einkünften für steuerliche Zwecke als ausserhalb der Gemeinschaft oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft ansässig gilt, und 3. unbeschränkt der schweizerischen Körperschaftsteuer unterliegt, ohne von ihr befreit zu sein.

Für das Verfahren der Entlastung von der Quellensteuer gilt § 50d EStG entsprechend. Für Zwecke der Entlastung von Quellensteuern auf Zinsen oder Lizenzgebühren hat das Finanzamt, das für die Besteuerung eines in Deutschland ansässigen Unternehmens oder einer dort gelegenen Betriebsstätte eines Unternehmens eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union im Sinne des § 50g Abs. 3 Nr. 5 EStG oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft zuständig ist, auf Antrag entsprechend § 50h EStG zu bescheinigen, dass das empfangende Unternehmen steuerlich in Deutschland ansässig ist oder die Betriebsstätte in Deutschland gelegen ist.

Grenzüberschreitendes Meldeverfahren bei der schweizerischen Verrechnungssteuer

Schweizerische Tochtergesellschaften deutscher Gesellschaften können ab dem 1. Januar 2005 ihre Verrechnungssteuerepflicht für Dividenden an ihre ausländische Muttergesellschaft durch Meldung erfüllen. Bisher war das Meldeverfahren nur im innerschweizerischen Konzernverhältnis anwendbar. Die Massnahme eliminiert Zahlungsflüsse bei der Verrechnungssteuer und verbessert die Attraktivität der Schweiz als Unternehmensstandort. Entsprechend wurde die Verordnung zu dem DBA-Schweiz/Deutschland geändert.

Medienmitteilung des Eidgenössischen Finanzdepartements vom 20.12.2004:

Zustellung von Verwaltungsakten der deutschen Finanzverwaltung in der Schweiz

Zustellungsbedürftige Verwaltungsakte sind an Empfänger ausserhalb des Geltungsbereichs der deutschen Abgabenordnung (AO) grundsätzlich nach § 14 Abs. 1 VwZG zuzustellen, und zwar mittels Ersuchens der zuständigen Behörde des fremden Staates, sofern mit diesem ein Abkommen über gegenseitige Rechts- und Amtshilfe besteht.

Das DBA-Schweiz/Deutschland enthält jedoch keine Regelungen über Rechtshilfe bei Zustellungen. Gegen eine postalische Bekanntgabe von Verwaltungsakten hat die Schweiz Bedenken erhoben. Auch dürfen deutsche Auslandsvertretungen in beiden Ländern Zustellungen in Fiskalsachen weder an eigene noch an fremde Staatsangehörige oder an Staatenlose bewirken. Zustellungen an Empfänger in der Schweiz sind daher - sofern kein deutscher Empfangsbevollmächtigter gem. § 123 AO benannt ist - durch öffentliche Zustellung nach § 15 VwZG zu bewirken.

Das Verfahren der öffentlichen Zustellung wird im Einzelnen in § 15 VwZG geregelt. Bei der öffentlichen Zustellung ist das zuzustellende Schriftstück an der Stelle auszuhängen, die von der Behörde hierfür allgemein bestimmt ist. Statt des Schriftstücks kann eine Benachrichtigung ausgehängt werden, in der allgemein anzugeben ist, dass und wo das Schriftstück eingesehen werden kann. Dem sich im Ausland befindlichen Empfänger ist jedoch die öffentliche Zustellung und der Inhalt

des Schriftstückes formlos mitzuteilen, soweit seine Anschrift bekannt ist.

Entwicklung der Rechtsprechung zur Auslegung des DBA-Schweiz/Deutschland im Jahr 2004

Der folgende Beitrag stellt die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) als oberstes deutsches Finanzgericht sowie die wichtigsten Entscheidungen der deutschen Finanzgerichte aus dem Jahr 2004 bezüglich der Anwendung und Auslegung des Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweizerischen Eidgenossenschaft zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen vom 11. August 1971 (im Folgenden: DBA) dar. Wie auch in den Jahren zuvor (siehe Kotyrba/Scheunemann, in DSJV-Mitteilungen 2/2004, S. 11 ff.) zeigt die Vielfalt und die inhaltliche Ausrichtung der verschiedenen Entscheidungen, dass Anwendungsfälle zum DBA-Schweiz/Deutschland immer mehr an Bedeutung gewinnen. Dies ist sicherlich nicht zuletzt auf die stetigen deutsch-schweizerischen Wirtschaftsbeziehungen zurückzuführen. Auch Privatpersonen werden mehr und mehr mit den nicht immer ganz einfachen Rechtsmaterien konfrontiert. Insoweit sind insbesondere die zahlreichen Entscheidungen zu sog. Grenzgängern hervorzuheben. Für jeden Berater des deutsch-schweizerischen Rechtsraums erscheint es daher unumgänglich, sich regelmässig mit den neuen Entscheidungen auseinander zusetzen.

FG Baden-Württemberg vom 21. April 2004 zur Begründung einer Betriebsstätte im Sinne von Art. 5 DBA bei einer Betriebsaufspaltung über die Grenze

Das Urteil des FG Baden-Württemberg vom 21. April 2004 (Az: 12 K 252/00) betrifft die wirtschaftlich bedeutende und steuerrechtlich interessante Frage, wie eine sog. Betriebsaufspaltung über die Grenze zu behandeln ist. Im deutschen Steuerrecht wird unter einer Betriebsaufspaltung ein Zustand verstanden, bei der eine ihrer Art nach nicht gewerbliche Betätigung gegenüber einer Kapitalgesellschaft (z.B. Verpachtung von Wirtschaftsgütern durch eine natürliche Person oder Personengesellschaft) zu einer gewerblichen Tätigkeit im Sinne von § 15 EStG sowie § 2 Abs. 1 GewStG wird,

weil eine sachliche und personelle Verflechtung zwischen dem Verpächter (Besitzunternehmer) und der gewerblichen Betriebsgesellschaft (Betriebsunternehmer) besteht.

Das FG Baden-Württemberg hatte über einen der bisher nicht eindeutig geklärten Fälle zu entscheiden in dem der Besitzunternehmer im Ausland ansässig ist. Ein Einzelunternehmer mit Wohnsitz in Deutschland verpachtete in der Schweiz Anlagevermögen an zwei in Deutschland ansässige GmbHs, deren Geschäftsanteil der Einzelunternehmer hielt. Die verpachteten Vermögensgegenstände dienten als wesentliche Betriebsgrundlagen der GmbHs.

Nach § 2 Abs. 1 GewStG unterliegt der Gewerbesteuer jeder stehende Gewerbebetrieb, soweit er im Inland betrieben wird. Unter Gewerbebetrieb ist dabei ein gewerbliches Unternehmen im Sinne des Einkommensteuergesetzes zu verstehen. Im Inland betrieben wird ein Gewerbebetrieb, soweit für ihn im Inland eine Betriebsstätte unterhalten wird. Das Einzelunternehmen des Klägers hat seinen Sitz und Geschäftsleitung in der Schweiz und ist damit dort ansässig (Art. 4 Abs. 1 DBA). Nach Art. 7 Abs. 1 DBA dürfen Unternehmensgewinne nur im Ansässigkeitsstaat besteuert werden, wenn nicht das Unternehmen seine Tätigkeit im anderen Vertragsstaat durch eine dort gelegene Betriebsstätte ausübt. Die in diesem Zusammenhang massgebliche Definition des Begriffs „Betriebsstätte“ richtet sich nach Art. 5 DBA.

Das FG Baden-Württemberg hat den Pächter (GmbHs) als abhängige Vertreter im Sinne von Art. 5 Abs. 4 DBA angesehen und somit eine Betriebsstätte des Einzelunternehmers in Deutschland bejaht, da die Pächter (GmbHs) über ihre Pächterpflichten hinaus die wirtschaftlichen Interessen des Verpächters hinsichtlich der Erhaltung, Erneuerung oder Erweiterung der Betriebseinrichtungen wahrnahmen. In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall bestand dies unter anderem in der Vornahme von werterhöhenden Investitionen, Grossreparaturen zu Lasten des Verpächters sowie durch Miterledigung der Buchhaltung des Besitzunternehmens. Das FG Baden-Württemberg kam in seiner Entscheidung mithin zu dem Ergebnis, dass ein in der Schweiz ansässiger Einzelunternehmer und Alleingesellschafter von deutschen GmbHs, an die er wesentliche Betriebsgrundlagen verpachtet, in Deutschland eine gewerbesteuerpflichtige Betriebsstätte unterhält,

wenn die im Inland als Betriebsunternehmen tätigen GmbHs oder ein in Deutschland ansässiger einzelvertretungs-berechtigter Prokurist des Besitzunternehmens als abhängige Vertreter anzusehen sind.

Die Entscheidung des FG Baden-Württemberg zeigt, dass es möglich ist, dass es insbesondere in Verpachtungsfällen durch in der Schweiz wohnhafte Alleingesellschafter zu einer Gewerbesteuerpflicht kommt. Neben dem Vorliegen eines abhängigen Vertreters sind weitere Fallgestaltungen denkbar, die zu einer Betriebsstätte eines Verpächters mit Wohnsitz in der Schweiz führen können (insb. Unterhalten von Büroräumen und Personal in Deutschland). Dies sollte bei grenzüberschreitenden Steuerplanungen beachtet werden, um eine Gewerbesteuerpflicht in Deutschland zu vermeiden.

Die Entscheidung des FG Baden-Württemberg wirft jedoch systematische Bedenken auf. Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 GewStG unterliegt ein Gewerbebetrieb der Gewerbesteuer, soweit er im Inland betrieben wird, was der Fall ist, wenn für ihn im Inland eine Betriebsstätte im Sinne von § 12 AO unterhalten wird. Unter die Betriebsstättendefinition des § 12 AO fallen jedoch nicht inländische ständige Vertreter; der Begriff des ständigen Vertreters, der nahezu identisch mit dem Begriff des abhängigen Vertreters im Sinne von Art. 5 Abs. 4 DBA ist, wird in § 13 AO gesondert definiert. Aus diesem Grund hätte bereits nach innerstaatlichem Recht eine Gewerbesteuerpflicht verneint werden müssen. Die von dem FG Baden-Württemberg vorgenommene Rekurrierung des Abkommensrechts ist daher mit Zweifeln behaftet.

BFH-Urteil vom 25. Februar 2004 zur abkommensrechtlichen Einordnung von Körperschaftsteuervergütungen

Zu welchen Auslegungsschwierigkeiten das inzwischen abgeschaffte deutsche Körperschaftsteueranrechnungssystem im Falle von grenzüberschreitenden Sachverhalten führen kann, zeigt die Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 25. Februar 2004. Diese beschäftigt sich mit der Frage, ob die nach dem alten Körperschaftsteuersystem vorgesehene Körperschaftsteuervergütung als Dividenden im Sinne des DBA zu qualifizieren ist.

Der Kläger des Falles, eine Schweizer AG, war im Jahr 1990 zu nahezu 100% an einer deutschen GmbH beteiligt. Die Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung, für die Eigenkapital im Sinne des § 30 Abs. 2 Nr. 3 KStG als verwendet galt, führte bei der deutschen GmbH zu einer Körperschaftsteuererhöhung im Jahr 1990. Die schweizerische Gesellschafterin machte daraufhin die Vergütung des Körperschaftsteuererhöhungsbetrags geltend. Der Vergütungsanspruch wurde von der zuständigen Finanzverwaltung gewährt, jedoch wurde bei Auszahlung des Vergütungsbetrages eine 5%ige Kapitalertragsteuer einbehalten. Hiergegen wendete sich die schweizerische AG mit der Begründung, der Körperschaftsteuervergütungsanspruch sei nach dem geltenden DBA insgesamt von der Kapitalertragsteuer frei zu stellen, da die Vergütungsleistung der Körperschaftsteuer nicht unter den Dividendenbegriff zu fassen sei, sondern das Besteuerungsrecht Deutschlands nach dem Artikel für sonstige Einkünfte, Artikel 21 DBA, ausgeschlossen sei.

Diese Begründung wies der Bundesfinanzhof in seiner Entscheidung zurück und stellte vielmehr fest, dass die an den Anteilseigner einer Körperschaft erfolgende Vergütung der Körperschaftsteuer gemäss § 52 KStG 1996 als Dividende im Sinne des Abkommens zu qualifizieren ist, was aus der Dividendendefinition des Art. 10 Abs. 4 DBA zu folgern sei. Hiernach umfasst der Ausdruck Dividende unter anderem alle Einnahmen aus Anteilen einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Nach Auffassung des Bundesfinanzhofs sind hierunter alle Einnahmen zu verstehen, die auf einer Beteiligung an einer GmbH beruhen. Entscheidend sei hiernach der wirtschaftliche Zusammenhang zwischen der Einnahme und der Beteiligung als solcher, welcher immer dann bestehe, wenn die Einnahme dem Bezieher aufgrund seiner Gesellschafterstellung zuflüsse. Diese Voraussetzungen sind nach dem Bundesfinanzhof im Falle der Körperschaftsteuervergütung zu bejahen. Da das DBA für eine Schachtelbeteiligung, wie sie im vorliegenden Fall gegeben war, dem Quellenstaat eine 5%ige Steuererhebung einräumt, konnten insoweit auch die Körperschaftsteuervergütungen belastet werden.

Auch wenn das Urteil des BFH bezüglich der abkommensrechtlichen Behandlung des Körperschaftsteuervergütungsanspruchs als Folge der Umstellung des alten Körperschaftsteuersystems auf das Halbeinkünfteverfahren nur „Altfälle“ be-

trifft, so zeigt es doch deutlich, dass der BFH eine weite Auslegung des abkommensrechtlichen Begriffs der Dividende bevorzugt. Die Auslegung des Begriffs der Dividenden ist jedoch sicherlich auch in Zukunft von Bedeutung.

BFH-Urteil vom 20. Oktober 2004 zur Grenzgängereigenschaft nach Art. 15a DBA

Eine gerade für die Grenzregionen sehr bedeutende Entscheidung im Jahr 2004 stellt das BFH-Urteil vom 20. Oktober 2004 (*Az: I R 31/04*) dar, welches die Frage, wann ein in Deutschland ansässiger deutscher Steuerpflichtiger als Grenzgänger im Sinne des Art. 15a DBA anzusehen sei, zum Gegenstand hatte.

Die Leitsätze des Gerichtes lassen sich wie folgt zusammenfassen: 1. Ein Arbeitnehmer mit Wohnsitz in Deutschland und Arbeitsort in der Schweiz unterliegt nur dann nicht als Grenzgänger der deutschen Besteuerung, wenn er mehr als 60 Mal im Jahr nach getaner Arbeit aus beruflichen Gründen nicht an seinen Wohnort zurückkehrt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob das Ende der Arbeitszeit oder der Zeitpunkt der Ankunft am Wohnort auf den Tag des Arbeitsantritts oder auf einen nachfolgenden Tag fällt. 2. Eine Nichtrückkehr ist beruflich veranlasst, wenn dem Arbeitnehmer eine Rückkehr an den Wohnort nicht zumutbar ist. Bei der Beurteilung der Zumutbarkeit ist die „generelle Verständigungsvereinbarung“ zwischen Deutschland und der Schweiz vom 24. Juni 1999 heranzuziehen.

In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall bezog ein in Deutschland ansässiger Arbeitnehmer in der Schweiz Arbeitslohn und kehrte an 68 Tagen nicht an seinen Wohnort zurück. Die Nichtrückkehr zu dem über 120 km entfernten Wohnort erfolgte an mehreren Tagen auf Grund von Überstunden erst nach Mitternacht.

Nach Art. 15 Abs. 1 DBA folgt die Besteuerung der Einkünfte aus unselbständiger Tätigkeit grundsätzlich dem sog. Arbeitsortprinzip, das heisst, die Vergütung des Angestellten wird in demjenigen Staat besteuert, in dem dieser die Tätigkeit physisch ausübt. Eine Ausnahme hiervon bilden die sog. Grenzgängerregelungen in Art. 15a DBA. Nach Art. 15a Abs. 1 Satz 1 DBA sind Gehälter, Löhne und ähnliche Vergütungen, die ein Grenzgänger aus unselbständiger Arbeit bezieht, in

dem Vertragsstaat zu besteuern, in dem der Grenzgänger ansässig ist. Als Grenzgänger gilt dabei nach Art. 15a Abs. 2 Satz 1 DBA jede in einem Vertragsstaat ansässige Person, die im anderen Vertragsstaat ihren Arbeitsort hat und von dort regelmässig an ihren Wohnsitz zurückkehrt. Nach Art. 15a Abs. 2 Satz 2 DBA entfällt bei in einem Vertragsstaat ansässigen und im anderen Vertragsstaat arbeitenden Personen die Grenzgängereigenschaft nur dann, wenn die Person bei einer Beschäftigung während des gesamten Kalenderjahres an mehr als 60 Arbeitstagen auf Grund ihrer Arbeitsausübung nicht an ihren Wohnsitz zurückkehrt.

In der ersten Instanz hatte das FG Baden-Württemberg entschieden, dass diese Ablehnung der Grenzgängereigenschaft jedoch nicht unbedingt zwingend ist, wenn die 60 Tage Grenze überschritten wird (18. Juli 2003, Az: 2 K 438/02; siehe hierzu Kotyrba/Scheunemann, *DSJV-Mitteilungen* 2/2004, S. 13). Das Finanzgericht führte dazu aus, dass die Tage, an denen die Arbeitszeit erst nach Mitternacht geendet habe, nach der Rechtsprechung des BFHs nicht als Nichtrückkehrtage zu werten seien (vgl. BFH, Urteil vom 15. September 2004, Az: I R 67/03). Unter Berücksichtigung dessen ergäben sich für den Kläger im Streitjahr weniger als 60 Nichtrückkehrtage, so dass der Kläger Grenzgänger i.S. des Art. 15a DBA sei und mithin sein Arbeitslohn der deutschen Besteuerung unterliege.

Der BFH lehnte in einem Urteil nicht nur die Begriffsauslegung des erstinstanzlich zuständigen Finanzgerichts ab, sondern wies auch ausdrücklich von seiner eigenen älteren Rechtsprechung ab, wonach es bei der Berechnung der in Art. 15a DBA geforderten Rückkehrtageschwelle darauf ankommen sollte, ob das Ende der Arbeitszeit oder der Zeitpunkt der Ankunft am Wohnort auf den Tag des Arbeitsantritts oder auf einen nachfolgenden Tag fällt (vgl. BFH, Urteil vom 16. Mai 2001, *BStBl. II* 2001, S. 633). Insoweit verwies der BFH auf sein Urteil vom 15. September 2004 (Az: I R 67/03). Auch in diesem hatte der BFH entschieden, dass Art. 15a Abs. 2 DBA unter Berücksichtigung des Verhandlungsprotokolls vom 18. Dezember 1991 nicht in dem Sinne verstanden werden kann, dass ein Arbeitnehmer immer dann, wenn sich seine Arbeitszeit über Mitternacht hinaus erstreckt, als an den Wohnort zurückgekehrt gilt. Vielmehr fingiert das Verhandlungsprotokoll lediglich, dass in den dort genannten Fällen eine

tatsächlich erst am nächsten Tag erfolgte Rückkehr schon vor dem Tagesende stattgefunden hat. Es wird mithin nicht die Rückkehr als solche fingiert, sondern nur der Zeitpunkt einer tatsächlich erfolgten Rückkehr fiktiv vorverlegt. An diesem Verständnis der einschlägigen Regelungen, wegen dessen Herleitung auf das zitierte Urteil verwiesen wird, hielt der Senat auch in dem zu entscheidenden Fall fest und wertete damit nicht alle Tage, an denen der Kläger über Mitternacht hinaus in der Schweiz gearbeitet hat, als Rückkehrtage i.S. des Art. 15a Abs. 2 DBA. Vielmehr seien nur dann Nichtrückkehrtage i.S. des Art. 15a Abs. 2 Satz 2 DBA anzunehmen, wenn in einem solchen Fall der Kläger nach Arbeitsende aus beruflichen Gründen in der Schweiz übernachtet hat. Nach den Ausführungen des BFH ist dabei von einer beruflichen Veranlassung der Nichtrückkehr u.a. dann auszugehen, wenn dem Kläger eine Rückkehr nach Deutschland nicht zumutbar war. Da das Finanzgericht weder die Zahl der Übernachtungen des Klägers in der Schweiz festgestellt noch deren Veranlassung überprüft hatte, wies der BFH die Sache zu diesem Zweck an das FG zurück und gab dem FG den Hinweis mit auf den Weg, dass sowohl hinsichtlich der Zahl als auch in Bezug auf die berufliche Veranlassung der auswärtigen Übernachtungen die objektive Beweislast (Feststellungslast) bei den Klägern liege.

FG Köln vom 24. Mai 2004 zur Besteuerung von Vergütungen von leitenden Angestellten in der Schweiz ansässiger Kapitalgesellschaften nach Art. 15 Abs. 4 DBA

Im Hinblick auf die Besteuerung von Einkünften aus unselbständiger Tätigkeit weicht das deutsch-schweizerische DBA in Art. 15 Abs. 4 von Art. 15 OECD-Musterabkommen ab und enthält eine Sonderregelung für leitende Angestellte. Gemäss Art. 15 Abs. 4 Satz 1 DBA kann - vorbehaltlich des Art. 15 a DBA - eine natürliche Person, die in einem Vertragsstaat ansässig ist, aber als Vorstandsmitglied, Direktor, Geschäftsführer oder Prokurist einer in dem anderen Vertragsstaat ansässigen Kapitalgesellschaft tätig ist, mit den Einkünften aus dieser Tätigkeit in diesem anderen Staat besteuert werden, sofern ihre Tätigkeit nicht so abgegrenzt ist, dass sie lediglich Aufgaben ausserhalb dieses anderen Staates umfasst. Besteuert dieser andere Vertragsstaat diese Einkünfte nicht, so können sie in dem Staat besteuert werden, in

dem die natürliche Person ansässig ist (Art. 15 Abs. 4 Satz 2 DBA).

Deutschland nimmt bei Personen, die in der Bundesrepublik ansässig sind, Gehälter, Löhne und ähnliche Vergütungen im Sinne des Art. 15 DBA, soweit sie nicht unter Art. 17 DBA fallen, von der Bemessungsgrundlage der deutschen Steuer aus, vorausgesetzt, die Arbeit wird „in der Schweiz ausgeübt und dort besteuert“ (Art. 24 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. d DBA). Da nach dem Wortlaut des Art. 15 Abs. 4 Satz 1 DBA die natürliche Person - hier der Kläger - mit ihren Einkünften im Staat des Sitzes der Kapitalgesellschaft zwar grundsätzlich „besteuert werden kann“, aber nicht „nur“ in diesem Staat besteuert werden darf, schliesst die Bestimmung eine Besteuerung im Wohnsitzstaat nicht aus. Die demnach verbleibende Möglichkeit der Doppelbesteuerung der Einkünfte in beiden Staaten wird nach Art. 24 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. d DBA einerseits und Art. 24 Abs. 1 Nr. 2 DBA andererseits durch Steuerfreistellung unter Progressionsvorbehalt bzw. durch Besteuerung unter Anrechnung der schweizerischen Quellensteuer vermieden, je nach dem, ob die Arbeit „in der Schweiz ausgeübt“ wird oder nicht.

Wie der Begriff „in der Schweiz ausgeübt“ auszulegen ist, ist in der Rechtsprechung streitig. In dem Urteil vom 24. Mai 2004 (*Az: 10 K 494/00*) hat das FG Köln nunmehr entschieden, dass Tätigkeiten von in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtigen, leitenden Angestellten einer in der Schweiz ansässigen Kapitalgesellschaft - unabhängig vom Tätigkeitsort - regelmässig am Sitz der Kapitalgesellschaft ausgeübt werden, mit der Folge, dass in der Schweiz besteuerte Vergütungen gemäss Art. 15 Abs. 4 und Art. 24 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. d DBA in Deutschland unter Progressionsvorbehalt freizustellen sind. In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall war der Kläger als leitender Angestellter insgesamt 12 Tage für die Schweizer AG tätig, wovon 2 Tage auf Tätigkeiten in der Schweiz und die übrigen 10 Tage auf Tätigkeiten in Deutschland entfielen.

Mit dieser Entscheidung wendet sich das FG Köln gegen das Urteil des FG Baden-Württemberg vom 13. Mai 2003 (*Az: 11 K 125/99*), wonach von Art. 24 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. d DBA nur die in der Schweiz tatsächlich ausgeübte und nicht auch die fiktiv in der Schweiz ausgeübte Arbeit erfasst würde. Das Urteil des FG Baden-Württemberg ist inzwischen rechtskräftig, da der BFH mit Beschluss

vom 14. April 2004 die Revision als unzulässig verworfen hat (*Az beim BFH: I R 49/03*). Gegen das Urteil des FG Köln wurde Revision eingelegt (*Az beim BFH: I R 81/04*). Es bleibt daher abzuwarten, wie der Bundesfinanzhof die Streitfrage entscheiden wird.

FG Hamburg vom 30. September 2004 zur Auskunftsklausel nach Art. 27 DBA

Auch im Jahr 2004 finden sich wichtige Entscheidungen zu Fragen der deutsch-schweizerischen Rechts- und Amtshilfe insbesondere im Zusammenhang mit vermutetem Abgabebetrug. Anzuführen ist hier insbesondere die Entscheidung des Finanzgerichts Hamburg vom 30. September 2004 (*Az: III 445/01*), welche auch zur zeitlichen Anwendung der neuen Auskunftsklausel des Art. 27 DBA Deutschland-Schweiz Stellung bezog. Gleichzeitig beschäftigte sich das Gericht mit den Folgen des Beklagtenwechsels bei Zuständigkeitsänderung. Nachfolgend sollen nur die Leitsätze des Urteils wiedergegeben werden, ein Teilabdruck des Urteils findet sich im Anschluss (*siehe ausführliche separate Abhandlung in den DSJV-Mitteilungen August 2005, S. 15 f.*).

Die für diesen Beitrag bedeutenden Leitsätze lauteten: 1. Bei der Beweislast des Finanzamts für undeklarierte Einnahmen aus der Zwischenschaltung einer (unverflochtenen) schweizerischen AG in die eigene unternehmensberatende Tätigkeit bleibt es auch dann, wenn zwar einerseits andere Berater zusätzliche Beträge hinterzogen haben, aber andererseits die AG durch ihr weiteres Personal in der Schweiz wesentliche aktive Beiträge zur Unternehmensberatung geleistet hat. 2. Die erweiterte Auskunftsklausel des Art. 27 DBA in der Fassung vom 12. März 2002 ist frühestens auf einen ab 2004 begangenen Abgabebetrug anzuwenden. Für vorherige Fälle werden Unterlagen und Einkünfte durch schweizerische Rechtshilfe nur für steuerstrafrechtliche Zwecke mit dem Vorbehalt übermittelt, dass diese für die allgemeine steuerliche Veranlagung nicht verwertet werden dürfen.

Mitgeteilt von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht Dr. Marc P. Scheunemann sowie Rechtsanwalt Marc H. Kotyrba, beide Frankfurt am Main.

Steuerstrafrechtliche Rechtshilfe und steuerrechtlicher Informationsaustausch seitens der Schweiz

FG Hamburg, Urteil vom 30. September 2004, Az: III 445/01, rkr.

Erst für ab 2004 begangenen „Abgabebetrug“ ermöglicht das DBA-Schweiz/Deutschland i.d.F. v. 2002 einen Informationsaustausch für die steuerliche Veranlagung; für die Zeit davor wird neben Auskünften zur DBA-Anwendung nur steuerstrafrechtliche Rechtshilfe gewährt, die steuerrechtlich nicht verwertet werden darf.

[...] Das Klageverfahren ist nicht ... bis zum Abschluss des Strafverfahrens [...] auszusetzen. [...] Nach den [...] getroffenen Feststellungen ist [...] nicht mehr zu erwarten, dass sich im Wege der noch laufenden strafrechtlichen Rechtshilfe wegen Verdachts des Abgabebetrugs aus der Schweiz Beweise für weitere Zuflüsse an den Kläger im Streitzeitraum (1988-1993) ergeben werden. Letzteres gilt [...] vor allem im Hinblick darauf, dass die Ergebnisse der steuerstrafrechtlichen Rechtshilfe nicht für steuerrechtliche Zwecke in den vorliegenden Zeiträumen verwertet werden dürfen ... Bisher ist eine Verwertung im finanzgerichtlichen Verfahren aufgrund der von der Schweiz vorformuliert angeforderten und von der Staatsanwaltschaft abgegebenen Verpflichtungserklärungen ausgeschlossen [...] Im Übrigen ist nicht zu erwarten, dass die Verwertbarkeits-Beschränkung nach Abschluss des Rechtshilfeverfahrens in der Schlussverfügung des Kantonalen Untersuchungsrichters aufgehoben werden wird.

Eine steuerrechtliche Verwertbarkeit der aufgrund Rechtshilfe wegen Abgabebetrugs eingehenden Unterlagen ergibt sich nicht aus Art. 27 des Doppelbesteuerungsabkommens Deutschland-Schweiz (DBA Schweiz) in der Fassung der Streitjahre (a. F.) mit der dortigen sog. kleinen Auskunfts-klausel. Danach können nur Auskünfte ausgetauscht werden, die für eine richtige Durchführung des DBA notwendig sind. Im vorliegenden Fall geht es nicht um Auskünfte, die für die richtige Durchführung des DBA notwendig sind.

Eine steuerrechtliche Verwertbarkeit ergibt sich auch nicht aus Art. 27 DBA-Schweiz/Deutschland in der neuen Fassung aus dem Revisionsprotokoll vom 12. März 2002 (BGBl II 2003, 67, BStBl I 2003, 165, BBl 2002, 4294), das nach Ratifizierung

am 24. März 2003 in Kraft getreten ist (BGBl II 2003, 436, BStBl I 2003, 329, AS 2002, 4295). Gemäss Art. VII Abs. 2 Buchst. d des Revisionsprotokolls ist dieses erst anzuwenden auf Auskunftsersuchen betreffend Betrugsdelikte, die ab dem 1. Januar des nächsten auf das Inkrafttreten folgenden Jahres - d. h. also ab 1. Januar 2004 - begangen wurden.

Die strafrechtlich eingeleitete Rechtshilfe wegen Verdachts des Abgabebetrugs für die davor liegenden Streitjahre richtet sich nach dem Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959 (EÜR, SR 0.351.1), dem die beiden Staaten beigetreten sind, und nach dem zwischen ihnen hierzu abgeschlossenen ergänzenden Vertrag vom 13. November 1969 (Zusatzvertrag, SR 0.351.913.61).

Das Abkommen selbst wurde am 20. Dezember 1966 von der Schweiz u.a. unter folgendem Vorbehalt zu Art. 2 EÜR ratifiziert: „b. Die Schweiz behält sich ferner das Recht vor, in besonderen Fällen Rechtshilfe auf Grund dieses Übereinkommens nur unter der ausdrücklichen Bedingung zu leisten, dass die Ergebnisse der in der Schweiz durchgeführten Erhebungen und die in herausgegebenen Akten oder Schriftstücken enthaltenen Auskünfte ausschliesslich für die Aufklärung und Beurteilung derjenigen strafbaren Handlungen verwendet werden dürfen, für die die Rechtshilfe bewilligt worden ist.“

Nationalrechtlich richtet sich die Rechtshilfe der Schweiz bei bejahem Verdacht des Abgabebetrugs nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 des schweizerischen Bundesgesetzes über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG) und Art. 24 der schweizerischen Verordnung über Rechtshilfe in Strafsachen (IRSV) i.V.m. Art. 14 Abs. 2 des schweizerischen Verwaltungsstrafrechts (VStrR; vgl. Bundesgericht vom 20. Juli und vom 8. Februar 2001, Locher/Meier/von Siebenthal/Kolb, DBA-D-CH, B. Anhang III Nr. 34 und 33; vom 19. April 1999, BGE 125 II, 250; vom 27. Februar 1991, BGE 117 Ib, 53). Dort ist die Frage der steuerrechtlichen Verwertbarkeit der Rechtshilfe wegen Abgabebetrugs nicht ausdrücklich geregelt.

In der „Wegleitung des Bundesamtes für Polizeiwesen über internationale Rechtshilfe in Strafsachen von 1998“ (abgedruckt in Locher/Meier/von Siebenthal/Kolb, DBA-D-CH, nach IRSG --A 11.1-- und IRSV --A 11.2-- unter

A 11.3) heisst es unter Tz. 2.4 im drittletzten Absatz, Satz 2: „Die Verwendung für eine Steuerveranlagung ist nach BGer (Bundesgericht) also sogar dann ausgeschlossen, wenn Rechtshilfe wegen Abgabebetrug geleistet wurde.“

Im dortigen vorletzten Absatz wird auf folgenden, im Anhang unter Tz. 5.8 abgedruckten Formulartext für den anzubringenden Spezialitätsvorbehalt Bezug genommen: „[...] 1.[...] Zulässig ist jedoch die Verwendung der übermittelten Unterlagen und Informationen zur Verfolgung von Abgabebetrug im Sinne des schweizerischen Rechts. ... 3. In keinem Falle gestattet ist die direkte oder indirekte Verwendung der erhaltenen Unterlagen und der darin enthaltenen Angaben für ein fiskalisches [...] Verwaltungsverfahren. 4. Jegliche weitere Verwendung dieser Unterlagen und Informationen bedarf der ausdrücklichen Zustimmung des Bundesamtes für Polizeiwesen, die vorgängig einzuholen ist.“

Davor wurde der Spezialitätsvorbehalt in einem Formularbrief des Bundesamtes für Polizeiwesen vom 30. August 1984 (Fi/Vit) wie folgt gefasst (Locher/Meier/von Siebenthal/Kolb, DBA-D-CH, B Anhang III Nr. 2): „... 2. Jegliche direkte oder indirekte Verwendung der Unterlagen und der darin enthaltenen Angaben für ein fiskalisches Straf- oder Verwaltungsverfahren ist ausgeschlossen ... 4. Von dieser Einschränkung ausgenommen sind Strafverfahren wegen Handlungen, die nach schweizerischem Recht als Abgabebetrug zu qualifizieren sind. 5. Jegliche weitere Verwendung dieser Unterlagen und Informationen bedarf der ausdrücklichen Zustimmung des Bundesamtes für Polizeiwesen, die vorgängig einzuholen ist.“

Unter verschiedenen, den Abgabebetrug betreffenden Rechtsquellen heisst es in einer Äusserung der Eidgenössischen Steuerverwaltung (EStV) vom 11. März 1987 (abgedruckt im Praxisteil des Kommentars Locher/Meier/von Siebenthal/Kolb, DBA-D-CH nach Art. 27 DBA --B 27-- unter B Anhang III Nr. 13): „Die EStV hat gegenüber dem Bundesamt für Polizeiwesen stets die Meinung vertreten, dass Informationen, die unter dem IRSG in einem Steuerstrafverfahren einem ausländischen ersuchenden Staat zur Verfügung gestellt werden, auch in einem nachfolgenden administrativen Steuerhinterziehungsverfahren verwendet werden dürfen, sofern es im Strafverfahren zu einem Schuldspruch kam. Diese bisher vertretene Praxis, die auch das Bundesamt für Polizeiwe-

sen übernommen hat (entsprechende Abfassung des Spezialitätsvorbehalts), erscheint insofern nicht unproblematisch, als die Schweiz bekanntlich in Verwaltungsstrafverfahren in Steuersachen keine Amtshilfe leistet. [...] Wird indessen den Steuerbehörden Zugang zu den auf dem Rechtshilfeweg ausgetauschten Informationen ermöglicht, kann das letztlich in eine nach schweizerischem Recht nicht vorgesehene, mithin unerlaubte steuerliche Amtshilfe ausmünden [...]“

... Nachdem seinerzeit noch in den deutschen Kommentierungen zu Art. 27 DBA-Schweiz/Deutschland berichtet wurde, dass die Schweiz bei einer gemäss IRSV wegen Abgabebetrugs gewährten Rechtshilfe nach einer strafrechtlichen Verurteilung regelmässig einer Verwertung der Auskünfte im steuerlichen Verwaltungsverfahren zustimme (noch Wassermeyer in Flick/ Wassermeyer/Wingert/Kempermann, DBA-Schweiz/Deutschland, Art. 27 Rz. 26), hat der Senat durch Auskunftersuchen vom 29. April 2004 III 445/01 (IStR 2004, 498) und die anschliessende Antwort des Schweizerischen Bundesamts für Justiz vom 1. Juli 2004 klären lassen, dass nach dem noch für die Streitjahre geltenden Rechtszustand (gemäss Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 10. März 2004 1A 228/2003; vom 6. Dezember 1989, BGE Bd. 115 Ib, S. 373) eine steuerrechtliche Verwertung der steuerstrafrechtlichen Rechtshilfe ausgeschlossen ist bzw. nicht gestattet werden kann [...] Dem stimmt die deutsche Kommentarliteratur inzwischen zu (Wassermeyer in Debatin/Wassermeyer, DBA, DBA-Schweiz/Deutschland Art. 27 Rz. 34).

Mitgeteilt von Dipl.-Kfm. Christoph Hardt, Vorsitzender Richter am Finanzgericht Hamburg.

**Viel Gegenwart.
Viel Gegenwart.**

Herausgeberschaft

- 1 Prof. Dr. Wolfgang Wiegand (wiss. Hrsg.)
- 2 Sarah Montani, lic.iur., und
- 3 Franz Kummer, lic.iur., Weblaw, Bern

Koordination

23 Nils Guggi, lic.iur.,
Leiter Jusletter

Universitäten

Beim Zugriff über das Universitätsnetzwerk ist Jusletter für alle Studierenden und die Angehörigen des Lehrkörpers aller schweizerischen und ausländischen Universitäten kostenlos. Bei dieser Lösung muss kein Passwort eingegeben werden.

Pricing

> 1 Person	CHF 120.–
> bis 5 Personen	CHF 210.–
> bis 10 Personen	CHF 320.–
> bis 20 Personen	CHF 380.–
> bis 40 Personen	CHF 680.–
> bis 80 Personen	CHF 1120.–
> Studierende	CHF 50.–

> Grössere Gruppenabos
auf Anfrage.

inkl. MwSt.

ISSN 1424-7410

Das Ziel von Jusletter ist, in jedem Rechtsgebiet höchsten wissenschaftlichen Ansprüchen gerecht zu werden sowie umfassend und kompetent über das aktuelle juristische Geschehen zu informieren. Jusletter wird zurzeit von mehr als 450 Autorinnen und Autoren sowie 20 spezialisierten Redaktorinnen, Redaktoren und Ressortleitern getragen. Jusletter erscheint seit dem Jahr 2000.

Abonnieren Sie Jusletter.

Sie erhalten jeden Montag eine E-Mail mit den Leitsätzen der neu erschienenen Beiträge. Über die E-Mail und die Website www.jusletter.ch können Sie mittels eines kostenpflichtigen persönlichen Passwortes auf Volltexte und Archiv zugreifen. Die Beiträge können zitiert werden und sind noch in Jahren unter derselben Adresse aufzufinden.



Redaktionen.

- > **International Arbitration & Litigation**
- 4 Prof. Dr. Gabrielle Kaufmann-Kohler, Universität Genf und
- 5 PD Dr. Felix Dasser, Rechtsanwalt, Zürich.
- > **Informatik und Recht**
- 6 Prof. Dr. Thomas Hoeren, Universität Münster, Richter am OLG Düsseldorf.
- > **Öffentliches Recht**
- 7 Prof. Dr. Thomas Gächter, Universität Zürich und Luzern.
- > **Privatrecht**
- 8 Dr. Markus Reber, Rechtsanwalt und Notar, Universität Bern.
- > **Sozialversicherungsrecht**
- 9 Prof. Dr. Thomas Locher, Universität Bern.
- > **Steuerrecht**
- 10 Prof. Dr. Urs R. Behnisch, Universität Bern.
- > **Strafrecht**
- 11 Dr. Grace Schild Trappe, Bern.
- > **Völkerrecht und Europarecht**
- 12 Prof. Dr. Thomas Cottier, Universität Bern, World Trade Institute und
- 13 Prof. Dr. Astrid Epiney, Institut für Europarecht, Universität Fribourg.

Ressorts.

- > **Anwaltsrecht**
- 14 Dr. Vincenzo Amberg, Fürsprecher, Lehrbeauftragter Universität Bern.
- > **Immaterialgüterrecht**
- 15 Dr. Felix H. Thomann, Rechtsanwalt, Basel.
- > **Privates Baurecht**
- 16 Dr. Roland Hürlimann, Rechtsanwalt, LL.M., Zürich.
- > **Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie**
- 17 Prof. Dr. Marc Amstutz, Universität Fribourg und
- 18 Prof. Dr. Marcel Niggli, Universität Fribourg.
- > **Schuldbetreibungs-, Konkurs- und Sanierungsrecht**
- 19 Dr. Daniel Hunkeler, Rechtsanwalt, LL.M., Zürich.
- > **Sportrecht**
- 20 Dr. Antonio Rigozzi, Rechtsanwalt, LL.M., Geneva.
- > **Telekommunikationsrecht**
- 21 Prof. Dr. Tomas Poledna, Rechtsanwalt, Zürich.
- > **Wettbewerbsrecht**
- 22 Dr. Patrik Ducrey, Rechtsanwalt, Bern.



Universität St.Gallen

Jetzt bewerben!
Studienbeginn
Juli 2006

Master of Business Law

Die Universität St.Gallen HSG, eine der führenden Wirtschaftsuniversitäten Europas, bietet ein berufsbegleitendes Masterstudium im europäischen und internationalen Wirtschaftsrecht an.

Besonderheiten des Studiums sind:

- Zweiteilung in neun einwöchige Blockveranstaltungen und internetgestütztes Fernstudium.
- Prinzip des Studierens vor Ort. Innerhalb von 18 Monaten treffen die Studierenden an verschiedenen Orten in der Welt zusammen.
- Internationalität in Bezug auf Programm, Studierende und Fakultät.
- Transaktionsorientierter, praxisorientierter Ansatz.

Universität St.Gallen

Executive M.B.L.-HSG
Dufourstrasse 59
CH-9000 St.Gallen
Tel. +41 71 224 26 16
Fax. +41 71 224 26 11
mblhsg@unisg.ch
www.mbl.unisg.ch

Studienorte

Universität St.Gallen
New York University NYU
University of Texas
Harvard Law School
Frankfurt a.M.
Luxemburg
Vaduz
Wien
Genf
Zürich

