

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE180232-O

U/mk

Mitwirkend: der Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie der Gerichtsschreiber
Dr. Moritz Vischer

Urteil vom 21. August 2018

in Sachen

1. **A._____ AG,**
 2. **B._____,**
 3. **C._____**, Deutschland,
- Kläger

1, 2, 3 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

D._____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Y1._____

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y2._____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2 f.)

- "1. Im Sinn einer vorsorglichen Massnahme und ohne vorgängige Anhörung der Gesuchsgegnerin, sei der Gesuchsgegnerin unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe gemäss Art. 292 StGB wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen mit Haft oder Busse im Widerhandlungsfall mit sofortiger Wirkung zu verbieten, Daten, namentlich:
- a. Firma der Gesuchstellerin 1
 - b. Name der an der Gesuchstellerin 1 wirtschaftlich berechtigten Personen, namentlich der Gesuchsteller 2 und 3
 - c. Anschrift der Gesuchstellerin 1
 - d. Anschrift der an der Gesuchstellerin 1 wirtschaftlich berechtigten Personen
 - e. Staat der steuerlichen Ansässigkeit der Gesuchstellerin 1
 - f. Staat der steuerlichen Ansässigkeit der an der Gesuchstellerin 1 wirtschaftlich berechtigten Personen, namentlich der Gesuchsteller 2 und 3
 - g. Steueridentifikationsnummer der Gesuchstellerin
 - h. Steueridentifikationsnummern der an der Gesuchstellerin 1 wirtschaftlich berechtigten Personen, namentlich der Gesuchsteller 2 und 3
 - i. Ausstellungsstaat der Steueridentifikationsnummer der Gesuchstellerin 1
 - j. Ausstellungsstaat der Steueridentifikationsnummern der an der Gesuchstellerin 1 wirtschaftlich berechtigten Personen, namentlich der Gesuchsteller 2 und 3
 - k. Geburtsdatum der an der Gesuchstellerin 1 wirtschaftlich berechtigten Personen, namentlich der Gesuchsteller 2 und 3
 - l. Typ des Kontoinhabers, namentlich der Gesuchstellerin 1
 - m. Typ der an der Gesuchstellerin 1 wirtschaftlich berechtigten Personen oder beherrschenden Personen, namentlich der Gesuchstellerin 2 und 3
 - n. Kontonummer der Konti der Gesuchstellerin 1
 - o. Gesamtsaldo oder -wert der Konti der Gesuchstellerin 1
 - p. Ertrag auf den Konti der Gesuchstellerin 1
 - q. Transaktionen auf den Konti der Gesuchstellerin 1
- zwecks Weiterleitung an ausländische Behörden an die Eidgenössische Steuerverwaltung zu übermitteln.

2. Zusätzlich sei der Gesuchsgegnerin für den Widerhandlungsfall eine Ordnungsstrafe von CHF 10'000.00 anzudrohen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu lasten der Gesuchsgegnerin.
4. Mehrforderungen bleiben vorbehalten."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Die Klägerin 1 ist eine juristische Person mit Sitz in E._____, die eine Bankbeziehung mit der Beklagten unterhält. Gemeinsam mit den an ihr wirtschaftlich berechtigten ausländischen Klägern 2 und 3 wehrt sie sich gegen die im Zuge des automatischen Informationsaustausches mit der EU angekündigte Datenlieferung der Beklagten.

2. Das Gesuch mit vorgenannten Rechtsbegehren datiert vom 29. Mai 2018 (act. 1). Mit gleichentags ergangener Verfügung wurde ihm einstweilen – ohne Anhörung der Beklagten – entsprochen. Gleichzeitig wurde den Klägern Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses und der Beklagten Frist für die Erstattung der Gesuchsantwort angesetzt (act. 4). Letztere ging am 21. Juni 2018 hierorts ein (act. 8). Nach entsprechender gerichtlicher Aufforderung (act. 11; act. 16) nahmen sowohl die Kläger als auch die Beklagte erneut mit Eingaben vom 16. Juli 2018 (act. 13) und vom 27. Juli 2018 (act. 18) Stellung. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

3.1. Zwischen den Parteien ist die rechtliche Qualifikation der Klägerin 1 unter dem anwendbaren EU-Abkommen vom 26. Oktober 2004 (SR 0.641.926.81) umstritten. Während die Kläger die Klägerin 1 als nicht meldepflichtigen "aktiven Non-Financial-Entity" (kurz: NFE) betrachten, sieht sich die Beklagte verpflichtet, die Klägerin 1 aufgrund ihres grossen Buchgeldbestandes als "passiven NFE" zu melden. Einigkeit besteht darüber, dass die Klägerin nicht mehr als Start-up NFE qualifiziert (act. 8 N 26; unbestritten in act. 13), was eine grosszügige Ausnahmeregelung nach sich gezogenen hätte. Die einzelnen Begrifflichkeiten werden im Anhang zum genannten Abkommen definiert und zwar wie folgt (Anhang I Abschnitt VIII Unterabschnitt D Ziffer 8 Buchstabe i und Ziffer 9 Buchstabe a):

- "8. Der Ausdruck «passiver NFE» bedeutet:
 - i) einen NFE, der kein aktiver NFE ist (...)
9. Der Ausdruck «aktiver NFE» bedeutet einen NFE, der eines der folgenden Kriterien erfüllt:
 - a) Weniger als 50 Prozent der Bruttoeinkünfte des NFE im vorangegangenen Kalenderjahr oder einem anderen geeigneten Meldezeitraum sind passive Einkünfte und weniger als 50 Prozent der Vermögenswerte, die sich während des vorangegangenen Kalenderjahrs oder eines anderen geeigneten Meldezeitraums im Besitz des NFE befanden, sind Vermögenswerte, mit denen passive Einkünfte erzielt werden oder erzielt werden sollen."

3.2. Zugestandermassen verfügte die Klägerin 1 im Jahr 2017 über einen hohen Buchgeldbestand bei der Beklagten. Dieser machte 69 Prozent ihrer gesamten Vermögenswerte aus (act. 13 N 55) und lag damit über dem massgeblichen Schwellenwert von 50 Prozent für einen aktiven NFE. Zwar mögen mit diesen Vermögenswerten, wie dies die Kläger einwenden (act. 13 N 58), tatsächlich keine Einkünfte in Form von Zinsen u. drgl. erzielt worden sein, jedoch kann es darauf bei der Qualifikation als passiver NFE nicht ankommen. Es muss hierfür die bloße Möglichkeit, dass Vermögenswerte passive Einkünfte erzielen können, genügen (so explizit: SCHLICHTING, in: Komm. AIA, GMS, Abschnitt VII.D N 34). Dies ergibt sich bereits aus dem letzten Teilsatz "oder erzielt werden sollen", steht er doch neben der Variante von tatsächlich erzielten, passiven Einkünften ("erzielt werden"). Leicht präziser halten dies auch die anderen Sprachfassungen fest (vgl. die Hervorhebungen der Kläger in act. 13 N 38 ff.). Anderes wäre schwerlich mit dem verfolgten Zweck der Steuerehrlichkeit zu vereinbaren.

3.3. Letztlich stützt sich das hier zur Anwendung gelangende EU-Abkommen auf die Grundsatzarbeiten der OECD ab (vgl. MOLO, in: Komm. AIA, AIA-Vereinbarung/EU-Abkommen, Präambel N 2), worauf zwischen den Staatsvertragsparteien im Abkommen einleitend auch Bezug genommen wurde. Als Auslegungshilfe kann daher – entgegen den Klägern (act. 13 N 51) – sehr wohl auf das praktische Handbuch der OECD Bezug genommen werden¹. Unmissverständlich hält dieses in deutscher Ausfertigung zur vorliegend interessierenden Situation

¹ abrufbar unter <<https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/implementation-handbook-standard-for-automatic-exchange-of-financial-information-in-tax-matters-german.pdf>>, zuletzt besucht am 13. August 2018.

fest (S. 129; ebenso in der aktualisierten, englischen Fassung von April 2018 auf S. 168):

(Frage:) Ein Rechtsträger gilt als aktiver NFE, wenn weniger als 50 % seiner Einkünfte passive Einkünfte sind und weniger als 50 % seiner Vermögenswerte passive Einkünfte erzielen bzw. erzielen sollen. Wie ist zu verfahren, wenn die Vermögenswerte passive Einkünfte erzielen könnten, in Wirklichkeit jedoch im betreffenden Zeitraum keine Einkünfte erzielen?

(Antwort:) Das Kriterium, dass die Vermögenswerte passive Einkünfte erzielen sollen (Abschnitt VIII Unterabschnitt D Nummer 9 Buchstabe a und der dazugehörige Kommentar), setzt nicht voraus, dass im betreffenden Zeitpunkt auch tatsächlich passive Einkünfte erzielt werden. Stattdessen müssen die Vermögenswerte dergestalt sein, dass sie passive Einkünfte erzielen oder erzielen könnten. Beispiel: Barmittel sollten als Vermögenswerte betrachtet werden, die passive Einkünfte (Zinsen) erzielen bzw. erzielen sollen, selbst wenn sie in Wirklichkeit keine entsprechenden Einkünfte erzielen.

3.4. Ein ähnliches Beispiel findet sich im Übrigen selbst in der Wegleitung des ESTV vom 17. Januar 2017 (S. 110, Beispiel 123)².

4.1. Insgesamt vermögen die Kläger daher nicht darzutun, dass es sich bei der Klägerin 1 um einen aktiven NFE handelt. Der grosse Buchgeldbestand führt vielmehr, wie gezeigt, zu einer Meldepflicht der Beklagten ("passiver NFE"). Mangels geltend gemachter, weiterer Anspruchsgrundlagen können sich die Kläger der Datenlieferung daher nicht widersetzen und ihr Begehren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen ist abzuweisen.

4.2. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit rechtfertigt es sich indes, das Supervisorium nicht sofort aufzuheben, sondern den Ablauf der Beschwerdefrist an das Bundesgericht bzw. eine allenfalls gewährte aufschiebende Wirkung abzuwarten.

5. Die Kläger unterliegen vollumfänglich (Art. 106 Abs. 1 ZPO), wobei ihnen die Gerichtskosten definitiv aufzuerlegen sind. Wie in der Verfügung vom 29. Mai 2018 (act. 4) erwogen ist von einem Streitwert von CHF 200'000.– auszugehen, zumal die Parteien gegen dessen Festsetzung nicht opponierten (act. 8 N 31). Dies führt in Anwendung von § 8 Abs. 1 GebV OG zu einer Gerichtsgebühr in der Höhe von CHF 8'500.–. Die Kläger sind ausserdem zur Bezahlung einer, die

² abrufbar unter <https://www.estv.admin.ch/dam/estv/de/.../aia/WG-AIA.../WG-AIA_de_170117.pdf>, zuletzt besucht am 13. August 2018.

summarische Natur dieses Verfahrens berücksichtigenden, Parteientschädigung in der Höhe von CHF 11'000.– zu verpflichten. Mangels Darlegung der Berechtigung zum Vorsteuerabzug ist die Parteientschädigung der Beklagten praxisgemäss ohne Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen (vgl. Urteil BGer 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5).

Der Einzelrichter verfügt und erkennt:

1. Die Massnahme vom 29. Mai 2018 bleibt bis 40 Tage nach Erhalt dieses Entscheids in Kraft.
2. Das Massnahmebegehren wird abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr in der Höhe von CHF 8'500.– wird den Klägern unter solidarischer Haftung auferlegt und aus dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Die Kläger werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 11'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Kläger unter Beilage eines Doppels von act. 18.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 200'000.–.

Zürich, 21. August 2018

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Dr. Moritz Vischer