

# FATCA – Steuerrisiken für US-Investitionen

## FATCA – Foreign Account Tax Compliance Act

Am 18. März 2010 verabschiedete die US-Regierung den „Hiring Incentives to Restore Employment Act“ (HIRE Act). Dieser sieht Steuererleichterungen für US-Unternehmen vor, die im Gegenzug neue Arbeitsplätze schaffen sollen.

Als Gegenfinanzierungsmaßnahme enthält der HIRE Act den „Foreign Account Tax Compliance Act“ (FATCA). Durch die neuen Regelungen sollen Nicht-US-Finanzinstitute veranlasst werden, mit der US-Steuerbehörde (Internal Revenue Service, IRS) eine standardisierte Vereinbarung (FFI-Vereinbarung) abzuschließen, in der sich die Unternehmen zu umfangreichen Dokumentations- und Meldepflichten im Hinblick auf US-Steuerpflichtige verpflichten. Darüber hinaus sollen bestimmte weitere Nicht-US-Gesellschaften zur Offenlegung von an ihnen wesentlich beteiligten US-Anteilsinhabern verpflichtet werden; der Abschluss einer standardisierten Vereinbarung ist aber nicht erforderlich. Werden die statuierten Dokumentations- und Meldepflichten teilweise oder insgesamt nicht erfüllt, werden Einkünfte aus US-Quellen, die an die genannten Institutionen fließen, mit einer Quellensteuer von 30 Prozent belastet.



**Dr. Ingo Kleutgens**  
Partner, Frankfurt  
Steuerrecht  
T: +49 69 7941 1591  
ikleutgens@mayerbrown.com



**Dr. Manfred Heemann**  
Partner, Frankfurt  
Bank- und Finanzrecht  
T: +49 69 7941 1781  
mheemann@mayerbrown.com



**Jonathan A. Sambur**  
Counsel, Washington DC  
Steuerrecht  
jsambur@mayerbrown.com  
T: +1 202 263 3256

Ziel der neuen FATCA-Regelungen ist es, zu vermeiden, dass sich US-Steuerpflichtige durch Einschaltung ausländischer Institutionen ganz oder teilweise ihrer Steuerpflicht in den USA entziehen.

Die sehr allgemein formulierten FATCA-Regelungen werden durch vom US-Finanzministerium und der US-Steuerbehörde (Internal Revenue Service, IRS) veröffentlichte Notices konkretisiert und ausgelegt. Die Notices enthalten wesentliche Umsetzungsvorschriften, Erläuterungen und Begriffsbestimmungen. Bisher wurden folgende drei Notices veröffentlicht: Notice 2010-60 vom 29. August 2010, Notice 2011-34 vom 8. April 2011 und Notice 2011-53 vom 14. Juli 2011. Das US-Finanzministerium und die US-Steuerbehörde gehen davon aus, dass zum 31. Dezember 2011 vorläufige verbindliche Richtlinien (Notice of Proposed Rulemaking) veröffentlicht werden, die die Vorgaben aus den bisher herausgegebenen Notices berücksichtigen. Nach Durchsicht und Auswertung aller auf die veröffentlichten Notices erhaltenen Kommentare sollen im Sommer 2012 finale Richtlinien (Treasury Decisions) für die Auslegung und Durchführung der FATCA-Regelungen veröffentlicht werden. Ebenfalls im Sommer 2012 soll das finale Muster der FFI-Vereinbarung vorliegen; gleiches gilt für die erforderlichen Formulare für die Einhaltung der Meldepflichten und den Einbehalt der Quellensteuer.

## Wie weit ist der Anwendungsbereich der FATCA-Regelungen?

### FÜR WEN FINDEN DIE FATCA-REGELUNGEN ANWENDUNG?

Der persönliche Anwendungsbereich der FATCA-Regelungen ist bisher sehr weit gefasst. Grundsätzlich sind alle Gebilde mit eigener Rechtspersönlichkeit erfasst; das heißt neben Kapitalgesellschaften auch Personengesellschaften. Dabei ist für die Qualifikation als Nicht-US Institution erforderlich, dass die Institution nicht als in den USA ansässig gilt. Das heißt, die Institution darf insbesondere weder ihren Sitz noch ihre Geschäftsleitung in den USA haben. Die so identifizierten Rechtsgebilde werden in Nicht-US-Finanzinstitute (Foreign Financial Institutions, FFIs) und andere Nicht-US-Gesellschaften, an denen sich US-Steuerpflichtige beteiligen können (Non-Financial Foreign Entities, NFFEs), unterteilt.

### *Foreign Financial Institutions (FFIs) und Non-Financial Foreign Entities (NFFEs)*

Unter die Definition der Financial Institution fallen die im Folgenden beschriebenen drei Arten von Institutionen, differenziert nach ihrem jeweiligen Betätigungsfeld. Dabei ist es für die Qualifizierung als Financial Institution nicht erforderlich, dass die jeweiligen Tätigkeiten im Interesse eines US-Steuerpflichtigen ausgeführt werden; es reicht aus, wenn die Institution im eigenen Interesse tätig wird.

- Alle Institutionen, die im Rahmen eines Bankgeschäfts Einlagen entgegennehmen gehören zu einer Kategorie von Financial Institutions. Dass eine Institution einer bankenaufsichtsrechtlichen Regulierung unterliegt, kann als Indiz für die Qualifizierung als Financial Institution gewertet werden; eine solche Regulierung ist aber nicht zwingend erforderlich (Notice 2010-60). Neben klassischen Kreditinstituten fallen unter diese erste Kategorie beispielsweise auch Bausparbanken und Genossenschaftsbanken.



**Dr. Simon G. Grieser**  
Partner, Frankfurt  
Bank- und Finanzrecht  
T: +49 69 7941 2751  
sgrieser@mayerbrown.com



**Heiko Penndorf**  
Partner, Frankfurt  
Steuerrecht  
T: +49 69 7941 2791  
hpenndorf@mayerbrown.com



**Dr. Benedikt Weiser**  
Partner, Frankfurt  
Private Investment Funds  
T: +49 69 7941 1681  
bweiser@mayerbrown.com



**Susan Köhler**  
Associate, Frankfurt  
Steuerrecht  
T: +49 69 7941 1293  
skoehler@mayerbrown.com

- Institutionen, die Finanzanlagen für Rechnung Dritter halten und verwalten, bilden eine weitere Art von Financial Institutions. Zu dieser Kategorie gehören insbesondere Wertpapiermakler und -händler sowie Depot- und Verwahrbanken.
- Die dritte und letzte Kategorie bilden solche Institutionen, deren hauptsächliche Geschäftstätigkeit (business) in der Anlage, Wiederanlage oder dem Handel mit Wertpapieren<sup>1</sup>, Beteiligungen an Personengesellschaften oder Rohstoffen (commodities) oder sonstigen Beteiligungen an solchen Investments besteht. Dabei ist nach Notice 2010-60 der Begriff der Geschäftstätigkeit sehr weit gefasst. Insbesondere ist es nicht erforderlich, dass die Institution als wirtschaftlich tätige Gesellschaft im Sinne anderer Steuervorschriften angesehen wird. Damit fallen unter diese dritte Kategorie neben Versicherungsunternehmen beispielsweise auch Investmentfonds, Hedge-Fonds und Private Equity Fonds.

Unterfällt ein aus US-Sicht ausländisches Rechtsgebilde keiner der genannten Kategorien und ist daher nicht als Financial Institution zu qualifizieren, gilt es grundsätzlich als Non-Financial Foreign Entity (NFFE). Unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der FATCA-Regelungen – der Vermeidung der Steuerverkürzung durch US-Steuerpflichtige – sind damit alle Nicht-US-Institutionen erfasst, an denen US-Steuerpflichtige als Investoren oder Gesellschafter beteiligt sein können. Ausdrücklich nicht als NFFEs gelten Nicht-US-Kapitalgesellschaften, deren Anteile regelmäßig an einer öffentlichen Börse gehandelt werden. Gleiches gilt für Nicht-US-Regierungen und für im Alleineigentum dieser Regierungen stehender Anstalten und Behörden.

#### *Ausnahmen vom persönlichen Anwendungsbereich*

Neben den genannten Ausnahmen sieht Notice 2010-60 weitere Einschränkungen des persönlichen Anwendungsbereichs der FATCA-Regelungen für unter anderem die folgenden Institutionen vor.

- Holdinggesellschaften von primär operativ gewerblich tätigen Tochter- oder Konzerngesellschaften, die ihrerseits nicht als Financial Institution zu qualifizieren sind. Dazu zählen aber beispielsweise nicht Private Equity Fonds.
- Start-Up Unternehmen, soweit sie eine gewerbliche Tätigkeit planen, sind für einen Zeitraum von 24 Monaten vom Anwendungsbereich ausgenommen.
- Anders als angekündigt sind Versicherungsunternehmen nicht generell vom persönlichen Anwendungsbereich ausgenommen. Solche Institutionen gelten grundsätzlich als FFIs. Nur Versicherungsunternehmen die Versicherungsprodukte ohne cash value, wie beispielsweise reine Risikoversicherungen, anbieten, unterfallen der Befreiung und gelten nicht als FFIs.
- Auch für Investmentfonds und andere Rechtsgebilde mit einer geringen Anzahl von Anteilsinhabern, die selbst nicht als FFIs zu qualifizieren sind, gilt ausnahmsweise, dass sie nicht dem Begriff der FFI unterfallen. Damit sind insbesondere Spezialfonds, deren Anleger NFFEs sind, nicht als FFI zu qualifizieren.

<sup>1</sup> Der Begriff Wertpapiere ist sehr weit zu verstehen und umfasst insbesondere auch Anteile an Kapitalgesellschaften.

---

Hinweis: Bestehen Unsicherheiten, ob und inwieweit für eine Nicht-US-Institution der persönliche Anwendungsbereich der FATCA-Regelungen eröffnet ist, bleibt abzuwarten, ob und unter welchen Voraussetzungen eine verbindliche Auskunft beim US-Finanzministerium oder der US-Steuerbehörde eingeholt werden kann.

---

#### IN WELCHEN FÄLLEN UND AUF WELCHE ZAHLUNGEN FINDET DIE QUELLENBESTEUERUNG ANWENDUNG?

Unterfällt eine Nicht-US Institution dem Anwendungsbereich der FATCA-Regelungen und erfüllt sie die ihr daraus erwachsenden Dokumentations- und Meldepflichten nicht, sind auf alle ihre Bruttoerlöse aus US-Quellen 30 Prozent Quellensteuer einzubehalten. Dabei meint Bruttoerlöse neben Zinszahlungen und Dividendenausschüttungen aus US-Wertpapieren auch Veräußerungserlöse aus US-Quellen aus denen Zinsen oder Dividenden generiert werden können. Darüber hinaus sind auch sonstige regelmäßige Zahlungen aus US-Quellen wie beispielsweise Mietzahlungen, Gehälter, Boni und Nebenverdienste sowie andere fixe oder bestimmbare Einkünfte erfasst. Solche Bruttoerlöse aus US-Quellen werden jeweils als Withholdable Payments bezeichnet.

Erfüllt die Nicht-US Institution grundsätzlich die ihr nach den FATCA-Regelungen auferlegten Dokumentations- und Meldepflichten, ist auf Bruttoerlöse aus US-Quellen nur dann Quellensteuer einzubehalten, wenn die Zahlungen an nicht kooperative US-Steuerpflichtige weitergeleitet werden, die eine Offenlegung ihrer Daten verweigern (Recalcitrant Account Holders) oder wenn eine Weiterleitung der Zahlungen an FFIs erfolgt, die keine FFI-Vereinbarung abgeschlossen haben (Non-Participating FFIs, NPFFIs). Solche Zahlungen werden auch als Durchlaufzahlungen (Passthru Payments) bezeichnet. In diesen Fällen ist die Quellensteuer nicht von der US-Quelle selbst, sondern von der weiterleitenden Institution einzubehalten.

#### AB WANN FINDEN DIE FATCA-REGELUNGEN ANWENDUNG?

Ursprünglich sollten die FATCA-Regelungen zum 1. Januar 2013 in Kraft treten. Auf Grund der erforderlichen umfangreichen Änderungen an den IT-Systemen insbesondere der FFIs und der US-Steuerbehörde, wurde mit der aktuellsten Notice 2011-53 die Anwendung der Regelungen weiter in die Zukunft verschoben. Danach ist jetzt die folgende gestaffelte Umsetzung der FATCA-Regelungen vorgesehen.

- Die mit den US-Steuerbehörden abzuschließende FFI-Vereinbarung ist spätestens bis zum 30. Juni 2013 (und nicht mehr bis zum 1. Januar 2013) abzuschließen; bis zu diesem Zeitpunkt muss sich die FFI auch als teilnehmende FFI (Participating FFI, PFFI) registriert haben. Entsprechende Anträge auf Abschluss der FFI-Vereinbarung nimmt die US-Steuerbehörde bis spätestens zum 1. Januar 2013 im Rahmen eines elektronischen Eingabeprozesses an.
- Der Quellensteuereinbehalt auf Withholdable Payments durch den Withholding Agent, (Definition siehe Seite 9 „Einbehalt Quellensteuer“) erfolgt ab dem 1. Januar 2014 (nicht mehr ab dem 1. Januar 2013).

- Die vorgesehenen Einbehaltungspflichten der Participating FFIs in Bezug auf Durchlaufzahlungen (Passthru Payments) treten frühestens zum 1. Januar 2015 in Kraft.

---

Hinweis: Trotz der teilweisen Entschleunigung der Umsetzung der FATCA-Regelungen besteht auf Grund der umfangreichen und aufwendigen Umsetzungsschritte schon zum jetzigen Zeitpunkt Handlungsbedarf. So gilt es insbesondere zunächst zu prüfen, ob Nicht-US-Institutionen in den persönlichen Anwendungsbereich der Regelungen fallen. Ist dies der Fall, ist mittels einer internen Due Diligence die Erforderlichkeit und der Umfang der Dokumentations- und Meldepflichten zu bestimmen. Weiterhin müssen die technischen Voraussetzungen für die Erfüllung der bestehenden Pflichten geschaffen werden. Je nach Art, Größe und Betroffenheit der jeweiligen Institution können die erforderlichen Schritte und Maßnahmen variieren – eine individuelle Analyse der tatsächlichen Verhältnisse ist insoweit schon zum jetzigen Zeitpunkt erforderlich.

---

## Welche Pflichten bestehen für betroffene Institutionen?

Ist der persönliche Anwendungsbereich der FATCA-Regelungen eröffnet, so unterscheiden sich die Dokumentations- und Meldepflichten danach, ob die jeweilige Institution als Foreign Financial Institution (FFI) oder als Non-Financial Foreign Entity (NFFE) qualifiziert wird.

### PFLICHTENUMFANG FFIs

FFIs haben die Wahl, wie sie sich unter Berücksichtigung der bestehenden FATCA-Regelungen verhalten:

- Erlangung des Status als Participating FFI (PFFI)
- Erlangung des Status als „Deemed Compliant“ FFI
- Inkaufnahme der Quellensteuerbelastung von 30 Prozent (Non-Participating FFI, NPFFI)

---

Hinweis: Die Inkaufnahme des Einhalts der Quellensteuer von 30 Prozent durch die US-Quelle dürfte nur in Ausnahmefällen eine wirkliche Handlungsalternative sein. Dies könnte beispielsweise der Fall sein, wenn die als Withholdable Payments qualifizierten US-Einkünfte einen vernachlässigbaren Teil der Gesamteinkünfte der jeweiligen Institution ausmachen. In Betracht käme in diesem Fall auch der vollständige Rückzug aus dem US-Geschäft.

---

### *Participating FFI*

Abschluss FFI-Vereinbarung

Um den Einbehalt von Quellensteuer auf Withholdable Payments zu vermeiden, wird sich eine FFI im Regelfall dazu entscheiden, mit dem US-Finanzministerium eine standardisierte Vereinbarung zu schließen (FFI-Vereinbarung), in dem sie

sich verpflichtet, alle bei ihr bestehenden Konten von US-Steuerpflichtigen entsprechend vorgegebener Richtlinien zu identifizieren und vorgegebene Dokumentations- und Meldepflichten einzuhalten. Darüber hinaus muss die FFI zustimmen, auf Passthru Payments den Quellensteuereinbehalt vorzunehmen, wenn sie an nicht kooperative Kontoinhaber (Recalcitrant Account Holders) oder an Non-Participating FFIs weitergeleitet werden. Schließt die FFI die FFI-Vereinbarung ab, gilt sie als Participating FFI (PFFI) und kann als solche registriert werden.

---

Hinweis: Alte Qualified Intermediary (QI) und andere Withholding Vereinbarungen, welche zum 31. Dezember 2012 auslaufen, werden automatisch bis zum 31. Dezember 2013 verlängert.

---

#### Definition US Accounts

Die Pflicht zur Identifizierung, Dokumentation und Meldung bezieht sich nur auf Konten von US-Steuerpflichtigen (US Accounts). Unter den Begriff der US Accounts fallen alle Geld- oder Depotkonten und jede Beteiligung am Kapital oder an den Verbindlichkeiten einer FFI, soweit nicht ein regelmäßiger Handel an einer anerkannten Börse stattfindet, die für eine oder mehrere US-Personen oder im US-Eigentum stehende Institutionen geführt werden. Von dem Pflichtenumfang ausgenommen sind grundsätzlich US Accounts von natürlichen Personen, deren Kontostand USD 50.000,- nicht übersteigt. Gehört die jeweilige FFI zu einem Konzernverbund, bezieht sich diese Grenze auf den Gesamtwert aller Investments der natürlichen Person im Rahmen dieses Konzernverbundes.

#### Definition US-Steuerpflichtiger

US-Steuerpflichtige in diesem Sinne sind definiert als in den USA steueransässige Personen; damit sind Personen mit Sitz in den USA und Personen, die Staatsangehörige der USA sind (gilt auch bei doppelter Staatsbürgerschaft), erfasst. Eine im US-Eigentum stehende Nicht-US-Institution ist im Regelfall jede Kapitalgesellschaft, Personengesellschaft oder Trust, an dem ein US-Steuerpflichtiger unmittelbar oder mittelbar zu mehr als 10 Prozent (Stimmrechte oder Nennkapital) an den Gewinnen oder Trusterträgen beteiligt ist (Substantial US-Owner).

#### Umfang Dokumentations- und Meldepflichten

Nachdem Notice 2010-60 den Umfang der Meldepflichten für FFIs in Bezug auf US Accounts näher umrissen hat, wurden diese Ausführungen in Notice 2011-34 teilweise modifiziert. Nach derzeitigem Stand müssen die Meldungen die folgenden Informationen bezüglich der US Kontoinhaber beinhalten:

- Name, Adresse und US-Steuernummer (TIN),
- Kontostand zum Jahresende und
- Bruttoeinkünfte (Zinsen, Dividenden) und Bruttoerlöse aus der Veräußerung oder Einlösung von Vermögenswerten (wenn PFFI als Verwahrer, Broker oder Treuhänder handelt), die auf dem Konto eingegangen sind; handelt es sich bei der PFFI um Fonds oder andere Investmentvehikel, sind die dem Konto

gutgeschriebenen Bruttobeträge aller Ausschüttungen, Zinsen und vergleichbaren Beträge sowie die innerhalb des Jahres ausgezahlten Rücknahmepreise zu melden.

#### Folgen Participating FFI

Unterzeichnet die FFI die standardisierte FFI-Vereinbarung, ist keine Quellensteuer mehr auf Withholdable Payments einzubehalten soweit die FFI selbst wirtschaftlicher Eigentümer der Zahlungen ist. Damit ist die FFI selbst nicht mehr im Fokus der US-Steuerbehörde, sondern zunächst nur noch der Kunde oder Beteiligte an der FFI. Entsprechend beschränkt sich die Möglichkeit des Einbehalts der Quellensteuer auf solche Konten, die US-Steuerpflichtigen gehören, die sich nicht kooperativ verhalten haben (Recalcitrant Account Holders). Dazu gehören solche US-Steuerpflichtige, die Handlungen vorgenommen haben, die es der FFI unmöglich machen sich entsprechend der FFI-Vereinbarung zu verhalten. Dies kann erfolgen durch Nichtangabe der für die FFI erforderlichen Information oder durch Verweigerung der Zustimmung zur Offenlegung und Weiterleitung der Daten an die US-Steuerbehörden.

---

Hinweis: Insbesondere die Offenlegung und Weiterleitung der Daten der betroffenen US-Steuerpflichtigen an die US-Steuerbehörde ist einer Überprüfung unter deutschen Datenschutzgesichtspunkten zu unterziehen. Durch die Weitergabe potentiell vertraulicher Daten ist der Schutzbereich des deutschen Datenschutzes grundsätzlich eröffnet. Regelmäßig sollte diese Hürde aber über eine mit dem jeweiligen Account Holder abgeschlossene Vereinbarung überwunden werden können, in der der US-Steuerpflichtige der Offenlegung der Daten gegenüber der US-Steuerbehörde zustimmt.

---

#### *Deemed Compliant FFI*

In Ausnahmefällen kann die FFI auch ohne eine FFI-Vereinbarung abzuschließen als mit den FATCA-Regelungen konform behandelt werden und so einen Quellensteuereinbehalt auf Withholdable Payments vermeiden. Diese Ausnahmefälle sind für Konstellationen vorgesehen, in denen ausgeschlossen werden kann, dass US-Steuerpflichtige Nicht-US-Institutionen für den Zweck „zwischenengeschaltet“ haben, um eine Besteuerung ihrer Einkünfte in den USA zu vermeiden. Insoweit sieht der Wortlaut des Gesetzes insbesondere Ausnahmen für den Fall vor, dass die FFI nach Richtlinien des US-Finanzministeriums sicherstellt, dass die jeweilige FFI keine US-Konten hat, beziehungsweise eine Steuerverkürzung auf Grund der Art der Institution durch das US-Finanzministerium ausgeschlossen werden kann. Nach den Ausführungen in Notice 2011-34 geht das US-Finanzministerium insbesondere bei den folgenden Institutionen davon aus, dass die letztgenannte Voraussetzung erfüllt ist. Danach kann der Deemed Compliant Status von folgenden Institutionen beantragt werden:

- National operierende Banken und Bankenverbände, deren sämtliche Mitglieder das klassische Bankgeschäft betreiben, die über eine entsprechende Zulassung verfügen und ausschließlich in nur einem Land errichtet, organisiert und tätig sind. Weiterhin dürfen keine Kunden mit Sitz außerhalb des Gründungs- oder Sitzstaates der Bank bestehen oder angeworben werden. Dies ist durch die Einhaltung vorgegebener Richtlinien und Abläufe sicherzustellen.

- Für Investmentvehikel sieht Notice 2011-34 vor, dass diese als Deemed Compliant FFIs gelten, wenn alle unmittelbaren Investoren Participating FFIs beziehungsweise Deemed Compliant FFIs sind und diese die Anteile für ihre Kunden halten, oder wenn die Anteile von Institutionen gehalten werden, die von den FATCA-Regelungen befreit sind. Das jeweilige Investmentvehikel muss den Erwerb von Anteilen für andere als die genannten Investoren untersagen und bestätigen, dass die Vorschriften zu Passthru Payments eingehalten werden.

Der Deemed Compliant Status ist durch die FFI bei der US-Steuerbehörde zu beantragen. Weiterhin muss jedes dritte Jahr bescheinigt werden, dass die Voraussetzungen für diesen Status weiter vorliegen.

---

Hinweis: Das US-Finanzministerium und die US-Steuerbehörde prüfen derzeit, inwieweit weitere Fonds und Fondsgestaltungen, die bestimmte Anteilsinhaber (insbesondere US-Steuerpflichtige) ausschließen, als Deemed Compliant FFIs eingestuft werden können. Weiterhin wird geprüft, ob bestimmte Arten von Altersvorsorgeplänen ebenfalls vom Anwendungsbereich der FATCA-Regelungen ausgenommen werden sollen.

---

#### PFLICHTENUMFANG NFFEs

NFFEs sollen durch die FATCA-Regelungen nicht dazu verpflichtet werden, eine standardisierte Vereinbarung mit dem US-Finanzministerium abzuschließen. Diese Institutionen trifft der Quellensteuereinbehalt von 30 Prozent nur dann, wenn sie der US-Steuerbehörde die folgenden Informationen nicht zur Verfügung stellen:

- Erklärung, dass kein Substantial US-Owner an ihr beteiligt ist oder
- Name, Adresse und Steuernummer des Substantial US-Owners.

#### Welche Sanktionen drohen bei Nichteinhaltung der FATCA-Regelungen?

Die durch die FATCA-Regelungen eingeführte Strafbesteuerung in Höhe von 30 Prozent auf alle US-Bruttoerlöse wird unter den folgenden Voraussetzungen relevant, wobei auch in dieser Frage zwischen FFIs und NFFEs unterschieden werden muss.

#### FOREIGN FINANCIAL INSTITUTIONS (FFIs)

Auf Withholdable Payments findet der Quellensteuerabzug in jedem Fall vollumfänglich Anwendung, wenn die FFI die von dem US-Finanzministerium herausgegebene standardisierte Vereinbarung nicht abschließt und auch nicht den Status einer Deemed Compliant FFI erhält. In diesem Fall sind auf alle US-Bruttoerträge 30 Prozent Quellensteuer einzubehalten.

Dabei ist es unerheblich, ob die FFI der wirtschaftliche Eigentümer der erhaltenen US-Erträge ist, oder ob die US-Erträge für Kunden der FFI vereinnahmt werden.



Diese Unterscheidung hat nur Auswirkungen auf die Möglichkeit der Erstattung der einbehaltenen Quellensteuer (siehe Seite 10 „Erstattung Quellensteuer“).

Schließt die jeweilige FFI zwar die FFI-Vereinbarung ordnungsgemäß mit dem US-Finanzministerium ab, erfüllt aber die darin vereinbarten Dokumentations- und Meldepflichten nicht, kann die Vereinbarung vom US-Finanzministerium gekündigt werden. Dabei ist derzeit noch unklar, ob ein solches Kündigungsrecht schon bei technischen Mängeln in der Durchführung der Vereinbarung besteht (beispielsweise keine ordnungsgemäße elektronische Übermittlung der erforderlichen Daten) oder ob ein grober Verstoß gegen die vereinbarten Pflichten vorliegen muss.

Kann die FFI die ihr auferlegten Dokumentations- und Meldepflichten nicht erfüllen, da sie einzelne oder mehrere nicht kooperative US-Steuerpflichtige (Recalcitrant Account Holder) als Kunden hat, ist derzeit noch unklar, inwieweit das US-Finanzministerium auch in diesem Fall das Recht hat, die FFI-Vereinbarung zu kündigen. Nach Notice 2011-34 wird eine Participating FFI nicht automatisch als Non-Participating FFI eingestuft, wenn sie einige nicht kooperative Kontoinhaber in ihrem Bestand hat. Diskutiert wird derzeit, wie gegen hartnäckig nicht kooperative Kontoinhaber vorgegangen werden kann und ob und unter welchen Umständen die FFI-Vereinbarung auf Grund einer bestimmten Anzahl von nicht kooperativen Kontoinhabern, die nach einer angemessenen Zeit immer noch vorhanden sind, beendet werden kann.

#### NON-FINANCIAL FOREIGN ENTITIES (NFFEs)

Erfüllen NFFEs die ihnen auferlegten Pflichten der Mitteilung ihrer Substantial Owners nicht, so ist auch in ihrem Fall ein Quellensteuereinbehalt in Höhe von 30 Prozent auf alle Withholdable Payments einzubehalten. Bezüglich der Durchführung des Einhalts gelten die für die FFIs beschriebenen Grundsätze.

Wer hat die Quellensteuer einzubehalten? Inwieweit kann einbehaltene Quellensteuer erstattet werden?

#### EINBEHALT QUELLENSTEUER

Der Quellensteuereinbehalt erfolgt durch den so genannten Withholding Agent. Das ist unabhängig von der jeweiligen Funktion jede Person, die an der Kontrolle, Vereinnahmung, Aufbewahrung und Verfügung über die Auszahlung eines Withholdable Payment beteiligt ist.

Im Regelfall ist Withholding Agent die Quelle der US-Bruttoerlöse und damit für den Quellensteuereinbehalt verantwortlich. In diesem Fall haftet die US-Quelle auch für die von ihr einzubehaltende Quellensteuer.

Im Falle von Passthru Payments, das heißt wenn die Weiterleitung an einen nicht kooperativen Kontoinhaber oder an eine Non-Participating FFI erfolgt, ist grundsätzlich die FFI selbst der Withholding Agent. Damit ist die Nicht-US Institution selbst dazu verpflichtet, die Quellensteuer einzubehalten und an die US-Steuerbehörde abzuführen. In diesem Fall haftet die Nicht-US Institution für die von ihr einzubehaltende Quellensteuer.

## ERSTATTUNG QUELLENSTEUER

Ist die FFI wirtschaftlicher Eigentümer der US-Erträge, kann sie Erstattung der einbehaltenen Quellensteuer verlangen, soweit sie in den Schutzbereich eines bestehenden Doppelbesteuerungsabkommens fällt. Dagegen kommt eine Erstattung einbehaltener Quellensteuer durch die FFI nicht in Betracht, wenn wirtschaftlicher Eigentümer der US-Erträge der US-Steuerpflichtige ist.

Das Prozedere der Erstattung der Quellensteuer ist vergleichbar mit dem üblichen Steuererstattungsverfahren in dem Fall, dass Nicht-US-Personen die Erstattung einbehaltener sonstiger Quellensteuer verlangen. Das bedeutet insbesondere, dass eine Steuererklärung in den USA abgegeben werden muss. Grundsätzlich wird der zu erstattende Betrag der Quellensteuer nicht verzinst.

## Ausblick

Obwohl Notice 2011-53 das Inkrafttreten der FATCA-Regelungen weiter in die Zukunft verschiebt, muss von den in den Anwendungsbereich fallenden Institutionen schon zum derzeitigen Zeitpunkt eine Vielzahl von Schritten eingeleitet und Maßnahmen ergriffen werden.

An erster Stelle steht dabei die laufende Information über aktuelle Entwicklungen bezüglich der Konkretisierung und Auslegung der in Teilen immer noch allgemein gehaltenen FATCA-Regelungen. So sind insbesondere die für Ende des Jahres 2011 und Mitte 2012 angekündigten Richtlinien zu berücksichtigen, da sich daraus noch Änderungen bezüglich des persönlichen und sachlichen Anwendungsbereichs der FATCA-Regelungen ergeben können und auch Art und Umfang der Dokumentations- und Meldepflichten weiter modifiziert werden können.

Neben der Analyse, ob und in welchem Umfang für die jeweilige Institution die FATCA-Regelungen Anwendung finden, ist es auch insbesondere für Finanzinstitute entscheidend, bestehende Vertragsverhältnisse mit US-Steuerpflichtigen zu prüfen und gegebenenfalls anzupassen. So können für den Fall eines Quellensteuereinhalts durch den Withholding Agent besondere Kündigungsrechte oder (ergänzende) Gross-Up Klauseln vereinbart werden. Auch sind Überlegungen anzustellen, inwieweit durch interne Umstrukturierungen der Anwendungsbereich der FATCA-Regelungen eingegrenzt werden kann, beispielsweise durch Trennung des US-Geschäfts von sonstigen Geschäften in anderen Jurisdiktionen.

Für Institutionen, die nicht zweifelsfrei in den Anwendungsbereich der FATCA-Regelungen fallen, ist es zunächst erforderlich, eine entsprechende Verständigung mit der zuständigen US-Behörde zu erreichen, um Gewissheit über die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Regelungen zu erhalten, um dann in einem weiteren Schritt den daraus resultierenden Pflichtenumfang zu bestimmen.

## Was kann Mayer Brown für Sie leisten?

**Laufende Information** über aktuelle Entwicklungen im Bereich der FATCA-Regelungen durch (individualisierte) Newsletter, In-house-Vorträge oder In-house-Schulungen.

**Interne Due Diligence** zur Bestimmung der Anwendbarkeit der FATCA-Regelungen auf Ihr Unternehmen in persönlicher und sachlicher Hinsicht. Bei Zweifelsfragen Erstellung von Gutachten oder Rücksprachen mit der US-Steuerbehörde.

**Gestaltungs- und Vertragsberatung** welche insbesondere den Abschluss der FFI-Vereinbarung mit der US-Steuerbehörde und den Abschluss von notwendigen Vereinbarungen mit US-Account Holdern umfasst. Darüber hinaus interne Umstrukturierungsüberlegungen zur Begrenzung des Anwendungsbereichs der FATCA-Regelungen und Überprüfung bestehender Vertragsbeziehungen.

## About Mayer Brown

Mayer Brown is a global legal services organization advising clients across the Americas, Asia and Europe. Our presence in the world's leading markets enables us to offer clients access to local market knowledge combined with global reach.

We are noted for our commitment to client service and our ability to assist clients with their most complex and demanding legal and business challenges worldwide. We serve many of the world's largest companies, including a significant proportion of the Fortune 100, FTSE 100, DAX and Hang Seng Index companies and more than half of the world's largest banks. We provide legal services in areas such as banking and finance; corporate and securities; litigation and dispute resolution; antitrust and competition; US Supreme Court and appellate matters; employment and benefits; environmental; financial services regulatory & enforcement; government and global trade; intellectual property; real estate; tax; restructuring, bankruptcy and insolvency; and wealth management.

### OFFICE LOCATIONS

#### AMERICAS

- Charlotte
- Chicago
- Houston
- Los Angeles
- New York
- Palo Alto
- Washington DC

#### ASIA

- Bangkok
- Beijing
- Guangzhou
- Hanoi
- Ho Chi Minh City
- Hong Kong
- Shanghai

#### EUROPE

- Berlin
- Brussels
- Cologne
- Frankfurt
- London
- Paris

#### TAUIL & CHEQUER AVOGADOS

in association with Mayer Brown LLP

- São Paulo
- Rio de Janeiro

#### ALLIANCE LAW FIRM

- Spain (Ramón & Cajal)

Please visit [www.mayerbrown.com](http://www.mayerbrown.com) for comprehensive contact information for all Mayer Brown offices.

Mayer Brown is a global legal services organization comprising legal practices that are separate entities (the Mayer Brown Practices). The Mayer Brown Practices are: Mayer Brown LLP, a limited liability partnership established in the United States; Mayer Brown International LLP, a limited liability partnership incorporated in England and Wales; Mayer Brown JSM, a Hong Kong partnership, and its associated entities in Asia; and Tauil & Chequer Advogados, a Brazilian law partnership with which Mayer Brown is associated. "Mayer Brown" and the Mayer Brown logo are the trademarks of the Mayer Brown Practices in their respective jurisdictions.

This publication provides information and comments on legal issues and developments of interest to our clients and friends. The foregoing is not a comprehensive treatment of the subject matter covered and is not intended to provide legal advice. Readers should seek legal advice before taking any action with respect to the matters discussed herein.

© 2011. The Mayer Brown Practices. All rights reserved.