



11. Januar 2016

## BMF klärt erste Anwendungsfragen zu US FATCA

[http://docs.bepartners.pro/2015-11-03\\_informationstausch-USA-anwendungsschreiben-zu-FATCA-2.pdf](http://docs.bepartners.pro/2015-11-03_informationstausch-USA-anwendungsschreiben-zu-FATCA-2.pdf)

Am 3.11.2015 hat das BMF ein Schreiben zu Anwendungsfragen im Zusammenhang mit dem FATCA-Abkommen zwischen Deutschland und den USA veröffentlicht, dessen Entwurf bereits seit Juni 2015 vorlag und mit den Verbänden diskutiert wurde. In der finalen Fassung haben sich noch Änderungen ergeben, die vorrangig Unternehmen außerhalb der Finanzbranche betreffen, die auch von FATCA betroffen sein können. Mit den folgenden Ausführungen möchten wir auf einzelne Regelungen hinweisen, die zum einen von der Entwurfsfassung abweichen und zum anderen bislang noch nicht hinreichend geklärte Tatbestände adressieren.

Entscheidend für die Frage der Anwendbarkeit der sich aus dem FATCA – Abkommen vom 23. Mai 2013 und der hierzu ergangenen Umsetzungsverordnung vom 23. Juli 2014 ergebenden Verpflichtungen ist, ob das in Deutschland ansässige Unternehmen als Finanzinstitut oder als (aktives oder passives) Nicht-Finanzinstitut („NFFE“) im Sinne der vorgenannten Rechtsgrundlagen qualifiziert. Hierzu bezieht das BMF in den Rn. 9 bis 93 der insgesamt 288 Rn. des 71 Seiten umfassenden Schreibens zumindest teilweise Stellung.

**Finanzinstitute im Sinne des Abkommen sind:**

### 1. Verwahrinstitute

Verwahrinstitute sind Unternehmen, deren Einkünfte zu mindestens 20 % aus der Verwahrung von Finanzvermögen und damit zusammenhängender Finanzdienstleistungen (etwa Kontoführungsgebühren, Provisionen und Gebühren aus Wertpapiergeschäften, Kreditvergabeprovisionen, Beratungsleistungen etc.) bestehen. Hierzu zählen **Depotbanken, Treuhand- und Clearinggesellschaften**, wenn diese selbst Vermögen ihrer Kunden verwahren.

### 2. Einlageninstitute

Einlageninstitute nehmen Einlagen ihrer Kunden im Rahmen gewöhnlicher Bankgeschäfte oder ähnlicher Tätigkeiten entgegen, also Sparkassen, Geschäftsbanken, Kreditgenossenschaften oder Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.

Allerdings ist eine entsprechende Erlaubnis der BaFin nicht erforderlich, wenngleich eine solche als Indiz für die Qualifizierung als Einlageninstitut zu werten ist. Damit können z.B. auch sog. **Prepaid-Kreditkartenunternehmen** als Finanzunternehmen gelten, wenn dort Einlagen von über 50.000 US-Dollar geleistet werden können. Betreibt ein Unternehmen lediglich sog. **Asset-Based-Finance** Dienstleistungen (durch Aktiva gesicherte Finanzierungen – also etwa Leasinggeschäft) oder dienen Einlagen ausschließlich als Sicherheit für den Verkauf, die Verpachtung oder Vermietung einer Immobilie, liegt kein Einlageninstitut vor. **Factoring – und Leasing - Unternehmen** sind damit regelmäßig vom Anwendungsbereich von US FATCA ausgeschlossen. Gleiches gilt für Unternehmen, die lediglich Zahlungsverkehr ermöglichen, ohne diesen zu finanzieren. Im BMF-Schreiben vom 03.11.2015 werden Leasing – und Factoringunternehmen nach Rn. 47 als nicht-meldende Finanzinstitute eingestuft, wozu eine Verständigungsvereinbarung vorliegen soll. Dies ist unseres Erachtens nicht sachgerecht, denn Leasing – und Factoringunternehmen sollten mangels Qualifizierung als Einlageninstitut kein Finanzinstitut sein.

### 3. Investmentunternehmen

Investmentunternehmen sind zum einem **Finanzdienstleistungsunternehmen nach KWG, Investmentvermögen nach KAGB** aber nach Ansicht des BMF eben auch **andere Unternehmen**, die für Dritte mit Finanzinstrumenten handeln, Vermögen verwalten oder Kapital anlegen. Damit wird der Anwendungsbereich von US-FATCA grundsätzlich auch für **Holdinggesellschaften und Konzernfinanzierungsgesellschaften** (sog. Treasury-Gesellschaften) eröffnet, wenn sie nicht als passive oder aktive Nicht-Finanzunternehmen (sog. „non-financial foreign entity“ - NFFE) qualifizieren. Die Finanzverwaltung lässt offen, ob Sie Unternehmen der privaten Vermögensverwaltung – sog. „**Family Offices**“ – als Finanzunternehmen ansieht.

Kapitalverwaltungsgesellschaften, intern verwaltete Investmentgesellschaften, Sondervermögen (auch Immobilien-Sondervermögen) gelten demnach als Investmentunternehmen. Investmentvermögen nach KAGB gelten jedoch als nicht meldepflichtig, wenn deren Anteile von ober über ein



Finanzunternehmen gehalten werden, das selbst meldepflichtig ist.

#### 4. Rück-, Sach- und Krankenversicherungen regelmäßig nicht betroffen

Da für die Qualifizierung als Finanzunternehmen erforderlich ist, dass rückkauffähige Versicherungs- oder Rentenversicherungsverträge vorliegen und für diese eine Auszahlungsverpflichtung besteht, sind regelmäßig nur Lebensversicherungen von US-FATCA betroffen. Versicherungsmarkler sind nicht betroffen, denn sie selbst können nicht zur Leistung einer Zahlung aus einem Versicherungsvertrag verpflichtet werden.

#### 5. nicht-meldende Finanzinstitute und ausgenommene wirtschaftlich Berechtigte

Von den Verpflichtungen zur regelmäßigen Meldung von Kontodaten von US-Personen sind bestimmte Finanzunternehmen ausgeschlossen, die als sog. „**nicht meldende Finanzunternehmen**“ qualifizieren. Die Voraussetzungen hierfür ergeben sich aus Anlage II des FATCA-Abkommens oder direkt aus den einschlägigen US Treasury Regulations. Dort wird auch bestimmt, wer als „**ausgenommener wirtschaftlich Berechtigter**“ gilt, und somit ebenfalls von den Meldeverpflichtungen befreit ist.

Der Kreis der nicht-meldenden Finanzinstitute ergibt sich aus Anlage II des FATCA-Abkommens bzw. direkt aus den US Treasury Regulations. Bei diesen Instituten handelt es sich um **kleinere – meist nur regional aktive – Finanzunternehmen**, mit ausschließlich oder fast ausschließlich regionalen Kunden.

Ausgenommene wirtschaftlich Berechtigte sind **staatliche Rechtsträger** (Behörden, Schulen, Universitäten, IHK und gesetzliche Krankenkassen), die **Deutsche Bundesbank**, bestimmte **Förderbanken, internationale Organisationen** (wie die EU oder die Weltbank) und **Pensionsfonds**. Pensionsfonds sind dabei solche im Sinne des DBA Deutschland / USA. Es gelten die Begriffsbestimmungen und der Anwendungsbereich des BMF-Schreibens vom 4. April 2012, wonach betriebliche Altersvorsorgepläne in Form eines **Contractual Trust Agreements** (CTA) ebenfalls ausgenommen werden.

#### Nicht-Finanzinstitute (NFFE) und deren Bedeutung nach US-FATCA

NFFEs müssen gegenüber Finanzinstituten ihren FACTA-Status als NFFE mittels einer Selbstauskunft offenlegen, denn deren Status ist wiederum Teil der Meldeverpflichtung des Finanzinstituts. Verweigern sie sich dieser Verpflichtung, so ist das Finanzinstitut verpflichtet, dies dem BZSt zu melden, welches wiederum die US Steuerbehörden informiert, das es sich bei dem betreffenden NFFE um ein sog. „nicht-kooperatives NFFE“ handelt.

Daraus folgend werden Zahlstellen in den USA (sog. Withholding Agents) verpflichtet, im Falle von Zahlungen an einen nicht-kooperatives NFFE, Strafsteuern in Höhe von 30 % einzubehalten, sollte gegenüber der Zahlstelle nicht einer Selbstauskunft in Form der entsprechenden W-8 Formulare der US Steuerbehörden zum FATCA-Status vor Auszahlung abgegeben werden.

Im Rahmen der Selbstauskunft ist zwischen aktiven und passiven NFFE zu unterscheiden. Aktive NFFE müssen ihre US-steuerpflichtigen Anteilseigner nicht offenlegen, wohingegen dies für passive NFFE zwingend mit der Selbstauskunft erfolgen muss. Wer nicht als aktives NFFE qualifiziert, ist passives NFFE. Als aktives NFFE qualifiziert wer die Kriterien der Anlage I Abschnitt VI.B.4 des FATCA-Abkommens erfüllt. Von der Vielzahl von Abgrenzungskriterien (unter anderem: 50 % - Test, Börsenhandelstest, Holdingregelung, Unternehmensgründungsregelung, Liquidations-/Restrukturierungsregelung oder auch der Sonderregelung für Konzernfinanzierungsgesellschaften) nimmt das BMF jedoch zwei heraus, zu denen es Stellung bezieht:

##### 1. Aktive NFFE haben passive Einkünfte < 50 %

Nur wenn im vorangegangenen Kalender- bzw. Wirtschaftsjahr weniger als 50 % der Bruttoerträge aus Dividenden, Zinsen, Mieten, Lizenzgebühren, Derivate- und Währungsgeschäften sowie sonstigen Gewinnausschüttungen (insgesamt: passive Einkünfte) erzielt werden, qualifiziert ein NFFE als aktiv. Einkünfte aus Geschäften mit verbundenen Unternehmen sind nur dann passiv, wenn sie nicht aus aktiven Einkünften des verbundenen Unternehmens stammen. Wie ein entsprechender Nachweis hierfür geführt werden soll, lässt das BMF-Schreiben offen. Auch wenn das BMF zulässt, dass Erträge im Sinne des HGB als Einkünfte angesehen werden können, ist fraglich, ob mit dieser Auffassung den tatsächlichen Anforderungen des FACTA Abkommens und der US Treasury Regulations hinreichend Rechnung getragen wird, denn dort sind ausdrücklich Bruttoerträge, einen Rechtsbegriff des US Rechts, genannt. Entsprechende **Prüfungen sind sicherlich komplex und sollten in jedem Fall ausführlich dokumentiert werden.**

##### 2. Nur bestimmte Holdinggesellschaften sind aktive NFFE

Nach dem FATCA-Abkommen ist eine Holdinggesellschaft dann aktives NFFE wenn ihre Tätigkeit auf den Besitz der ausgegebenen Aktien einer oder mehrerer Tochtergesellschaften, die keine Finanzinstitute sind, sowie auf deren Finanzierung und ggf. der Erbringung von Dienstleistungen gegenüber der oder den Tochtergesellschaften ausgerichtet ist. Das BMF-Schreiben konkretisiert in diesem Zusammenhang lediglich den Begriff der Wesentlichkeit. Danach ist die **Holding-, Finanzierungs- und Dienstleistungstätigkeit** wesentlich, wenn sie sich auf mindestens **80 % der Vermögenswerte** bezieht, wobei



hierzu neben den Eigenkapitalbeteiligungen auch die Forderungen gegenüber der bzw. den Tochtergesellschaften einzubeziehen sind. Ferner wird klar gestellt, dass unter dem „Besitz der ausgegebenen Aktien“ auch Geschäfts- oder Gesellschaftsanteile verstanden werden, somit also auch Personengesellschaften oder andere nicht- Aktiengesellschaften, wie etwa eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

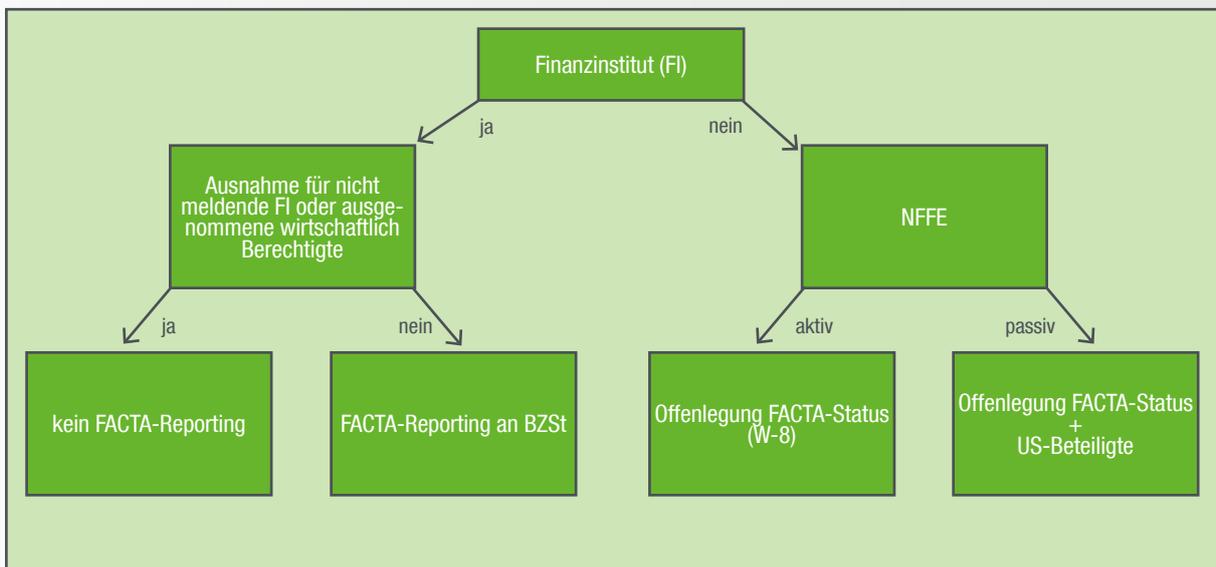
### 3. Holdinggesellschaften als Anlagefonds sind keine NFFE

Nach Anhang I des FATCA-Abkommens sind Holdinggesellschaften, die sich als Anlagefonds betätigen oder sich auch nur als solche bezeichnen keine NFFE, sondern Finanzinstitute. Dies gilt etwa für Private Equity, Venture Capital oder Buyout-Fonds aber auch für Anlageinstrumente, deren alleiniger Zweck der Erwerb und die Finanzierung von Gesellschaften ist, die als Anlagevermögen gehalten werden sollen. Leider lässt das BMF offen, ob auch **Akquisitions- oder Zwischenholdings** in Alternativen Investmentfonds-Strukturen als Holdinggesellschaften in diesem Sinne von der Qualifizierung als NFFE ausgenommen werden sollen und insbesondere in dem Fall, dass mehr als ein Gesellschafter an den Holdinggesellschaften beteiligt ist, als Finanzunternehmen qualifizieren.

### FAZIT

Wenngleich das BMF-Schreiben eine Reihe von offenen Anwendungsfragen klärt, bleiben doch zahlreiche für die Praxis relevante Zweifel, die insbesondere die Nicht-Finanzunternehmen betreffen. Die Bedeutung für diese Unternehmen ist jedoch erheblich, denn nur wenn der FATCA-Status im Rahmen einer Selbstauskunft eindeutig bestimmt werden kann, werden sie zukünftig als Kunden von Finanzinstituten akzeptiert werden. Es bleibt zu hoffen, dass insbesondere die Kriterien zur Qualifizierung als aktives NFFE zeitnah im Detail aus Sicht des BMF geklärt werden. Über die weitere Entwicklung halten wie Sie auf dem Laufenden.

Nach der Zustimmung des Bundesrates zum Finanzkonten- Informationsaustauschgesetz und dessen Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt am 30. Dezember 2015 steht die Ausweitung der Meldepflichten über FATCA und die USA hinaus für 56 Staaten in 2016 und weitere 38 Staaten ab 2017 an.





**bei** Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.



**Dr. Carsten Bödecker**

Partner . Steuerberater . Rechtsanwalt

Tel. +49 211 946847-51

Fax +49 211 946847-01

carsten.boedecker@bepartners.pro



**Carsten Ernst**

Partner . Steuerberater

Tel. +49 211 946847-52

Fax +49 211 946847-01

carsten.ernst@bepartners.pro



**Nathalie Grenewitz**

US-Attorney at Law

Tel. +49 211 946847-57

Fax +49 211 946847-01

nathalie.grenewitz@bepartners.pro



**Alexander Skowronek**

Steuerberater . Rechtsanwalt

Tel. +49 211 946847-62

Fax +49 211 946847-01

alexander.skowronek@bepartners.pro