

WWW.FYB.DE

GERMAN EDITION

FYB

FINANCIAL
YEARBOOK GERMANY
2012



PRIVATE EQUITY UND
CORPORATE FINANCE

ALTERNATIVE
FINANZIERUNGSFORMEN –
DAS NACHSCHLAGEWERK
FÜR UNTERNEHMER UND
INVESTOREN

FOR YOUR BUSINESS

SPONSORED BY

GOLDING
CAPITAL PARTNERS



Dr. Christoph Ludwig
STEUERBERATER UND PARTNER
BRAUN LEBERFINGER LUDWIG WEIDINGER, München

DR. CHRISTOPH LUDWIG | BLLW

4

FATCA – Auswirkungen steuerlicher US-Regulieren auf deutsche Private Equity-Gesellschaften

Mit dem „Foreign Account Tax Compliance Act“ (FATCA) greift die US-Steuerbehörde Internal Revenue Service (IRS) direkt in alle Transaktionen mit US-Quellen ein. Demnach müssen voraussichtlich bis Mitte 2013 auch alle Private Equity-Gesellschaften, die Erlöse aus US-Quellen beziehen, mit dem IRS einen Vertrag abschließen und die beteiligten US-Personen sowie bestimmte diesbezügliche Daten melden beziehungsweise eine entsprechende Negativerklärung abgeben.

Werden die vorgenannten Voraussetzungen nicht erfüllt, drohen dem jeweiligen Investor erhebliche Nachteile. Nach aktuellem Stand wird ab 01.01.2015 auf Rückflüsse (also nicht nur auf Erträge, sondern neben Zinsen und Dividenden nun auch Veräußerungserlöse) aus den USA eine 30%-ige „(Straf)-Quellensteuer“ einbehalten. Diese kann nach derzeitigem Kenntnisstand auch im Nachgang nicht erstattet werden. Insofern käme es dann zu einer Definitivbesteuerung, die eventuell sogar sämtliche Anteilseigner der jeweiligen Private Equity-Gesellschaft (PE-Gesellschaft) treffen würde, unabhängig davon, ob US-Steuerpflichtige beteiligt sind oder nicht.

Ziel von FATCA ist die vollständige und lückenlose Erfassung von US-Steuerpflichtigen mit deren weltweiten, d.h. insbesondere deren ausländischen Einkommen. Hierzu sollen künftig nun auch sämtliche Konten und Depots, die indirekt von US-Personen gehalten werden, erfasst sowie eine Meldung sämtlicher Investments einschließlich der daraus resultierenden Veräußerungserlöse vorgeschrieben werden, unabhängig davon, ob diese in den USA oder außerhalb geführt bzw. gehalten werden.

Das bisher bereits seit 2001 bestehende so genannte QI-Regime (Qualified Intermediary) hat sich in diesem Zusammenhang als nicht ausreichend erwiesen.

47



Thomas Unger
STEUERBERATER UND WIRTSCHAFTSPRÜFER
BRAUN LEBERFINGER LUDWIG WEIDINGER, München

THOMAS UNGER | BLLW

Hiernach bestand für Banken schon bisher bezüglich US-Erträgen (Zinsen, Dividenden, nicht jedoch Veräußerungserlösen/-gewinnen), die durch US-Personen erzielt wurden, eine Meldepflicht. Eine gesonderte Meldung über Erträge aus Nicht-US-Quellen sowie Vermögen, das lediglich indirekt von US-Personen über beispielsweise intransparente Strukturen gehalten wurde, war bisher dagegen nicht vorgeschrieben.

Entstehungsgeschichte

Im Frühjahr 2010 verabschiedete die US-Regierung zur Belebung des Arbeitsmarktes bestimmte Steuererleichterungen im Rahmen des so genannten „Hiring Incentives to Restore Employment Act“ (HIRE Act). Im Zuge dessen wurde ebenfalls der sogenannte Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) als partielle Gegenfinanzierung des HIRE Acts beschlossen. Derartige kompensatorische Maßnahmen sind zwar durchaus üblich und regelmäßig auch in Deutschland zu beobachten. Die Besonderheit von FATCA liegt jedoch darin, dass hiervon nicht nur US-Steuerpflichtige, sondern mittelbar auch alle anderen Investoren mit US-Engagements betroffen sind. Auslöser für die Einführung des FATCA waren zahlreiche Steuerhinterziehungsfälle, in denen US-Steuerpflichtige Kapital im US-Ausland angelegt, die hieraus resultierenden Erträge jedoch nicht in den USA erklärt hatten. In Folge dessen werden nun durch FATCA sämtlichen Investitionsstrukturen, insbesondere sämtlichen PE-Gesellschaften, die Erlöse aus US-Quellen erzielen, umfangreiche, administrative Anforderungen in den USA auferlegt, die bei Nichterfüllung erhebliche finanzielle Belastungen für alle Investoren nach sich ziehen.

Welche Zahlungen/Erträge werden von den FATCA-Regelungen erfasst?

Für bestimmte dividendenähnliche Zahlungen (Dividend Equivalent Payments) war der Einbehalt einer 30%igen Quellensteuer (ggf. reduziert gemäß den

Bestimmungen des jeweiligen Doppelbesteuerungsabkommens mit den USA) bereits ab Oktober 2010 anzuwenden, für sämtliche dividendenähnliche Zahlungen gilt diese Regelung ab März 2012.

Sofern die gemäß FATCA vorgegebenen Dokumentations- und Meldepflichten nicht erfüllt werden, unterliegen ab 2015 sämtliche Erlöse aus US-Quellen (withholdable payments) einer Quellenbesteuerung in Höhe von 30% der jeweiligen Erlöse. Die betreffende, die Quellensteuer auslösende Zahlung muss hierbei nicht zwingend von einem US-Rechtsgebilde geleistet werden. Die Regelungen sind ebenso anzuwenden, wenn eine Transaktion bezüglich Wirtschaftsgütern, die Zahlungen aus US-Quellen generieren, zwischen zwei Nicht-US-Steuerpflichtigen (z.B. Schweizer verkauft US-Beteiligung an Deutschen) erfolgt.

Hiernach werden gemäß FATCA nicht nur Erträge aus US-Quellen, wie insbesondere Zinsen und Dividenden, als Bemessungsgrundlage für eine mögliche Quellensteuer herangezogen. Vielmehr sehen die FATCA-Regelungen einen Quellensteuereinbehalt bereits auf Veräußerungserlöse aus dem Verkauf von Wirtschaftsgütern, aus denen Zinsen oder Dividenden aus US-Quellen erzielt werden können, vor. Explizit sind hierunter Veräußerungserlöse aus dem Verkauf von US-Aktien oder Anteilen an sonstigen US-Kapitalgesellschaften ebenso wie Erlöse aus US-Anleiheforderungen oder Schuldverschreibungen zu erfassen. Diese Loslösung der Bemessungsgrundlage von Ertragskomponenten führt im Zweifel zu einer Substanzbesteuerung.

Beispiel: <i>Anschaffungskosten:</i>	USD	100
<i>Veräußerungspreis:</i>	USD	100
<i>Gewinn:</i>	USD	0
<i>Bemessungsgrundlage gemäß FATCA:</i>	USD	100
<i>Quellensteuer gemäß FATCA (30%):</i>	USD	30
<i>Verbleibender Zufluss nach FATCA- Quellensteuer:</i>	USD	70
<i>Somit Verlust aus Transaktion:</i>	USD	30

Gemäß obigem Beispiel würde nach FATCA auf den Verkauf einer US-Beteiligung zu den ursprünglichen Anschaffungskosten, d.h. es entsteht weder ein

Gewinn noch ein Verlust, eine Quellensteuer von 30% einbehalten werden, die im Nachgang nicht auf Antrag erstattungsfähig und daher definitiv wäre. Folglich entstünde im Falle einer wirtschaftlich insgesamt neutralen Transaktion ein Definitivbelastung in Höhe von 30% der erzielten Veräußerungserlöse, ohne dass zuvor aus der Transaktion ein Gewinn entstanden wäre. Nicht von FATCA erfasst werden dagegen originäre gewerbliche „Betriebsstätteneinkünfte“, das so genannte Effectively Connected Income (ECI), da diesbezüglich ohnehin bereits eine beschränkte Erklärungs- und Steuerpflicht in den USA besteht.

Welche Personen/Rechtsgebilde werden von den FATCA – Regelungen erfasst?

Intention von FATCA ist die vollständige und lückenlose Erfassung der ausländischen Einkünfte von (Specified) US-Personen. Als solche sind nach FATCA nicht nur alleinige US-Staatsbürger, sondern beispielsweise auch Personen mit Doppelstaatsbürgerschaft, Green Card Holder, steuerverhaftete frühere US-Steuerpflichtige (10 Jahre) sowie Personen mit einer bestimmten durchschnittlichen Aufenthaltsdauer in den USA (> 183 Tage innerhalb der letzten drei Jahre oder > 31 Tage im laufenden Jahr, „substantial presence test“) zu verstehen. Insbesondere können somit Personen, die während der Laufzeit der PE-Gesellschaft in die USA verzogen sind, in die Definition einer US-Person im Sinne der FATCA-Regelungen „hineinwachsen“. Um die Erfassung von US-Personen zu gewährleisten, sollen sämtliche ausländischen Institutionen, an denen US-Personen beteiligt sein können, durch FATCA zur Meldung dieser Personen sowie bestimmter diesbezüglicher Daten verpflichtet werden.

Die zur Meldung verpflichteten Rechtsgebilde werden insbesondere in so genannte Foreign Financial Institutions (FFI) sowie Non-Financial Foreign Entities (NFFE) eingeteilt.

Als FFI qualifizieren grundsätzlich alle Banken (einschließlich Bausparkassen und Genossenschaftsbanken) und Institutionen, die Finanzanlagen für Rechnung Dritter halten und verwalten (Broker, Depot- und Verwahrbanken). Darüber hinaus erfasst die Definition eines FFI jedoch auch sämtliche ausländischen

Gesellschaften, die in Wertpapiere, Anteile an Personengesellschaften, Waren/Rohstoffe sowie diesbezügliche derivative Instrumente investieren, reinvestieren oder mit diesen handeln. Hierunter fallen somit insbesondere Private Equity- und Venture Capital-Gesellschaften (sowohl Dachfonds als auch Direct-Funds), Publikumsfonds sowie Versicherungen.

Sofern ein ausländisches Rechtsgebilde die oben angeführten Kriterien nicht erfüllt, ist dieses als Non-Financial Foreign Entity (NFFE) zu qualifizieren. Dies sind alle ausländischen Gesellschaften, an denen US-Steuerpflichtige als Gesellschafter bzw. Investoren beteiligt sein können. In der Regel fallen hierunter alle Kapitalgesellschaften – mit Ausnahme von Aktiengesellschaften, deren Anteile regelmäßig an einer öffentlichen Börse gehandelt werden – sowie Personengesellschaften. Da PE-Gesellschaften in der Regel als FFI qualifiziert werden, wird im Folgenden auf die Darstellung der weiteren Auswirkungen von FATCA auf NFFEs verzichtet.

Des Weiteren sind vom persönlichen Anwendungsbereich ausländische Regierungen und deren öffentliche Anstalten und Behörden, Holdinggesellschaften primär operativ tätiger Tochter- oder Konzerngesellschaften (sofern diese selbst als FFI qualifizieren) generell sowie gewerblich tätige Start-Up Unternehmen für einen Zeitraum von 2 Jahren ab Gründung ausgenommen.

■ Administrative Anforderungen durch FATCA

Um den dargestellten (Straf-)Quellensteuerabzug in Höhe von 30% auf Erlöse aus US-Quellen zu vermeiden, müssen die dargestellten Rechtsgebilde – und somit auch sämtliche PE-Gesellschaften, die in US-Investments engagiert sind – nach derzeitigem Stand bis spätestens 30.06.2013 einen Vertrag mit der US-Steuerbehörde IRS eingehen. Mit der Veröffentlichung eines Entwurfs dieses dann standardisierten, elektronischen bzw. webbasierten Vertrages wird nach aktuellen Verlautbarungen für Mitte 2012 gerechnet. Hierin verpflichten sich die Institutionen, so genannte US-Accounts entweder

- vollumfänglich zu melden (FFI gelten dann als Participating FFI bzw. PFFI) oder
- gänzlich zu vermeiden (so genannte Deemed Compliant FFIs).

Ein US-Account in diesem Zusammenhang ist jeder so genannte Financial Account, der von einer US-Person gehalten wird. Hierunter sind wiederum sämtliche Geld- und Depotkonten sowie sämtliche Kapitalbeteiligungen oder Anteile an sonstigen Finanzierungsinstrumenten der Gesellschafter an der FFI zu fassen. Ein Anteil einer US-Person an einer PE-Gesellschaft, die US-Beteiligungen in ihrem Portfolio hält, wäre somit als Financial- und US-Account zu qualifizieren.

■ Participating FFI (PFFI)

Um den Status einer PFFI zu erlangen und somit der Verpflichtung zum (Straf-)Quellensteuereinbehalt zu entgehen, muss eine in den USA investierende PE-Gesellschaft einen Vertrag mit dem IRS abschließen.

Nach derzeitigem Stand umfassen die jährlichen Meldepflichten neben Name, Adresse, US-Steuer Nummer (TIN), Kontostand (Wert des Kontos) auch Bruttoeinzahlungen (Zinsen und Dividenden sowie die Bruttoerlöse aus der Veräußerung von Beteiligungen oder sonstigen Vermögensgegenständen) und Bruttoentnahmen, die dem jeweiligen US-Account gutgeschrieben bzw. belastet wurden.

Sofern die PE-Gesellschaft als direkt investierender Fonds (Direct-Fund) strukturiert wurde, ist diese bei Erwerb von Direktbeteiligungen zugleich Withholding Agent. Sie ist somit, unabhängig davon, ob der Veräußerer ein US-Steuerpflichtiger oder eine ausländische (juristische) Person ist, als Haftungsschuldner verpflichtet, eine gemäß FATCA unter Umständen entstehende Quellensteuer einzubehalten und abzuführen.

Gegenüber den US-Beteiligungsunternehmen muss die PE-Gesellschaft ihren Status als PFFI nachweisen, um etwaige von diesen Beteiligungen ausgezahlte Zinsen oder Dividenden ohne Abzug der 30%igen Quellensteuer gemäß FATCA vereinnahmen zu können.

Agiert die PE-Gesellschaft als Dachfonds, muss diese den jeweiligen US-Zielfonds ihre FATCA-Konformität nachweisen, da ansonsten die US-Zielfonds zu einem gesonderten Einbehalt von 30% auf alle Auszahlungen an den Dachfonds verpflichtet wären.

Sofern die ausländische Institution die gemäß FATCA vorgegebenen Dokumentations- und Meldepflichten grundsätzlich erfüllt, ist auf Bruttoerlöse aus US-Quellen nur dann Quellensteuer einzubehalten, wenn die Zahlungen an so genannte nicht kooperative Gesellschafter 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). Für derartige so genannte Pass-thru Payments gilt die auszahlende FFI ebenfalls als Withholding Agent und ist zum Einbehalt der Quellensteuer (die in diesem Fall somit nicht direkt an der US-Quelle einbehalten werden kann) verpflichtet.

Werden die Dokumentations- und Meldepflichten nicht vollständig erfüllt, kann der Vertrag mit der FFI gekündigt werden, wobei die diesbezüglichen Voraussetzungen aktuell noch nicht abschließend geklärt sind. Ebenso ungeklärt ist bisher, wie sich eine unvollständige Erfüllung der Vertragsverpflichtungen auf den Status der FFI auswirkt, die durch einzelne kooperationsunwillige US-Personen (Recalcitrant Account Holder) bedingt ist.

Da sich US-Steuerpflichtige, die die notwendigen Angaben zu Ihrer Person verweigern (Recalcitrant Account Holders) über die von der PE-Gesellschaft (oder einer anderen FFI) abzuführenden Strafbesteuerung dauerhaft einer etwaig höheren US-Besteuerung entziehen könnten, ist die FFI verpflichtet, diese Personen zur Erfüllung der Anforderungen zu drängen oder alternativ innerhalb eines angemessenen Zeitraums, dessen Länge bisher ebenfalls noch nicht festgelegt ist, auszuschließen bzw. deren Accounts zu kündigen.

Sollte es jedoch zu einer Aberkennung des PFFI-Status kommen (= Kündigung des Vertrages mit dem IRS), ist ein genereller Abzug der 30%-igen (Straf-)Quellensteuer auf die gesamten dem FFI zuzurechnenden Erlöse, also auch den Anteil, der auf Nicht-US- oder kooperative US-Personen entfällt, vorzunehmen.

Auch wenn die PE-Gesellschaft die Dokumentations- und Meldepflichten gemäß FATCA erfüllt und somit nicht zur Erhebung einer FATCA-Quellensteuer verpflichtet ist, sind die bisherigen Quellensteuerregelungen (QI-Regime) weiterhin anzuwenden. Folglich sind beispielsweise die bisherigen, zur Erlangung des

begünstigten Quellensteuereinbehalts gemäß Doppelbesteuerungsabkommen notwendigen Formulare (z.B. W-8 BEN) auch künftig einzuholen und bei dem jeweiligen Withholding Agent zu hinterlegen. Demzufolge kann es bei fehlender FATCA-Konformität zu einer Quellensteuerbelastung von 30% bezogen auf die Withholdable Payments sowie kumulativ nochmals bis zu 30% auf die Erträge, die gemäß Doppelbesteuerungsabkommen einzubehalten sind, kommen.

■ Treuhänder

Oftmals werden Anteile an PE-Gesellschaften mittelbar über einen vorgeschalteten Treuhänder gehalten. Unter den bisher bereits gültigen Regelungen des QI-Regimes wurden reine Treuhänder (trustees) als Non-Qualified Intermediary (Non-QI) eingestuft. Insofern waren diese selbst nicht von den entsprechenden Melde- bzw. Einbehaltspflichten bezüglich einer etwaigen Quellensteuer erfasst. FATCA selbst stellt eine Weiterentwicklung des QI-Regimes dar. Sofern Treuhänder vor FATCA nicht als QI zu qualifizieren waren, sollten die erweiterten Regelungen für QIs somit auch unter FATCA nicht auf Non-QIs anzuwenden sein.

Unabhängig von den Regelungen des QI-Regimes bzw. der erweiterten Regelungen gemäß FATCA, mussten auch bereits bisher die wirtschaftlich Berechtigten von Zahlungen aus US-Quellen in Form verschiedener Meldeformulare (bspw. W-8 BEN oder W-8 IMY) dem IRS offengelegt werden, um einen etwaigen begünstigten Quellensteuersatz auf Zinsen und Dividenden gemäß Doppelbesteuerungsabkommen USA – Deutschland in Anspruch nehmen zu können. Insofern wurde der Treuhänder für diese Zwecke ohnehin bereits als pass-thru entity gesehen und ihm die entsprechenden Meldeverpflichtungen der darüber liegenden PE-Gesellschaft auferlegt.

Letztendlich muss der Treuhänder auch unter FATCA dafür Sorge tragen, dass dessen Treugeber nicht unter die Meldepflicht gemäß FATCA fallen bzw. der PE-Gesellschaft gegenüber alle notwendigen Unterlagen und Informationen zur Verfügung stellen, so dass diese als PFFI ihre Meldepflicht erfüllen kann.

■ Deemed Compliant FFI

Ein FFI kann auch den Status als so genannte Deemed Compliant FFI (DCFFI) erlangen, sofern es keinerlei US-Accounts unterhält. Dieser Status wird dem FFI auf

Antrag von der IRS erteilt und muss alle drei Jahre durch Bescheinigung des Vorliegens der Voraussetzungen erneuert werden.

Der Vorteil der Erlangung des Status einer DCFPI liegt darin, dass kein FFI-Agreement mit dem IRS abgeschlossen werden muss und zudem lediglich deutlich reduzierte Dokumentations- und Meldepflichten zu erfüllen sind.

Als DCFPI kommen jedoch nur national agierende Banken sowie bestimmte Investmentfonds in Frage, deren Gesellschafterstruktur wiederum bestimmte Voraussetzungen erfüllen muss. Da beispielsweise die Beteiligung von natürlichen Personen für die Erlangung des DCFPI-Status nicht zulässig ist, scheidet diese potentielle Erleichterung für PE-Gesellschaften generell aus.

■ Non-Participating FFI

Geht eine in den USA engagierte PE-Gesellschaft einen entsprechenden Vertrag mit dem IRS *nicht* ein, gilt sie als Non-Participating FFI (NPFFI) und nimmt folglich die Definitiv-Quellensteuerbelastung von 30% auf die Erlöse aus US-Quellen in Kauf. Dies wird jedoch wohl nur in solchen Ausnahmefällen geschehen, in denen der Anteil der Erlöse aus US-Quellen einen zu vernachlässigenden Teil der Zahlungsströme darstellt und die Kosten für die Erfüllung der Dokumentations- und Meldepflichten in einem unangemessenen Verhältnis zu der zu vermeidenden Quellensteuerbelastung stehen.

■ Alternative: Trennung von US-Investitionen

Alternativ bietet sich zur Vermeidung der mit FATCA verbundenen administrativen Zusatzbelastungen die vollständige Trennung von den eingegangenen US-Investitionen an. In der Praxis dürften PE-Gesellschaften entweder schwerpunktmäßig oder gar nicht in Investments mit US-Quellen investiert sein. Insofern wird sich die Alternative nur für wenige PE-Gesellschaften anbieten, die ihren Focus im Wesentlichen bspw. auf Asien oder Europa gelegt und US-Investments – wenn überhaupt – nur unterdurchschnittlich beigemischt haben. Eine Bereinigung des bestehenden Portfolios dürfte jedoch in der Regel aus betriebswirtschaftlicher Sicht, insbesondere auf Grund der oftmals eingeschränkten Fungibilität der Investments sowie der im Rahmen von Sekundärtransaktionen regelmäßig in Kauf zu nehmenden Bewertungsabschläge auf die Portfoliogesellschaften bzw. den

Zielfonds, alleine zur Vermeidung des Abschlusses eines FATCA-Agreements nicht praxisrelevant sein. Auch eine etwaig notwendige Änderung des möglicherweise gesellschaftsvertraglich festgelegten und prospektierten Anlageraums ist eher als nicht praktikabel zu erachten.

■ Regulierung und zeitliche Anwendung

Die Einzelheiten bezüglich zeitlicher und sachlicher Anwendung sowie des Umfangs der Melde- und Dokumentationspflichten nach FATCA werden im Rahmen einzelner so genannter „Notices“ geregelt und bekannt gegeben.

In den ersten Notices zu FATCA war noch der 01. Januar 2013 als Starttermin vorgesehen, zu dem FATCA auf die bei PE-Gesellschaften üblicherweise zu erfassenden Withholdable Payments Anwendung finden sollte. Auf Basis der jüngsten Notice vom Juni 2011 ist aber eher davon auszugehen, dass auf Grund der zahlreichen Auslegungsfragen sowie des erheblichen administrativen Aufwands bei den verpflichteten Institutionen gleichermaßen wie auch bei den US-Steuerbehörden ein Übergangszeitraum bis zur Erfassung sämtlicher Withholdable Payments bis 01.01.2015 eingeräumt wird.

Ausblick

Im Nachgang zu den zahlreichen bekannt gewordenen Steuerhinterziehungsfällen von US-Personen im Ausland macht die US-Regierung jetzt Ernst und verschärft ihre diesbezüglichen Steuervorschriften massiv. Demnach können künftig sämtliche Zahlungen (nicht nur Gewinne!) aus US-Quellen mit einer (Straf-)Quellensteuer in Höhe von 30% belegt werden, die nach aktuellem Kenntnisstand als Definitivsteuer ausgestaltet ist und kumulativ zur „normalen“ Withholding Tax gemäß Doppelbesteuerungsabkommen erhoben werden kann.

Zum jetzigen Zeitpunkt sind viele Details bezüglich der sachlichen und zeitlichen Umsetzung noch nicht geklärt und sollen in nachfolgenden Notices durch das US-Finanzministerium und die US-Steuerbehörde konkretisiert werden. Bereits jetzt hat sich der ursprüngliche Zeitplan für die Umsetzung und die

Konkretisierung der Verpflichtungen aller beteiligten Parteien sowie der zu erbringenden Angaben und Nachweise schon erheblich verschoben. Dieser Umstand erschwert zum jetzigen Zeitpunkt die konkrete Vorbereitung auf diese Thematik und setzt daher eine intensive Verfolgung der weiteren Entwicklungen voraus.

christoph.ludwig@bllw.de | thomas.unger@bllw.de