

FATCA: Ein US Gesetz mit grosser Tragweite für alle

Am 27. Oktober 2009 haben die einflussreichen demokratischen US Parlamentarier Charles B. Rangel und Richard E. Neal einen Gesetzesentwurf in den US Kongress eingebracht, der eine striktere Umsetzung der US Steuergesetze für Vermögenswerte im Ausland bezweckte. Das als *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) bezeichnete Gesetz beinhaltet eine sehr simple Forderung: Ausländische Finanzinstitute, die in den USA tätig sein wollen, sollen den gleichen Melderegeln unterstellt werden wie US Finanzdienstleister. Was aus US Sicht wie eine einfache Forderung der Rechtsgleichheit daherkommt, ist im Endeffekt eine neue Form des extraterritorialen Unilateralismus. Dies wird rund 200'000 Finanzdienstleister und viele andere Firmen rund um die Welt vor massive Herausforderungen stellen. Der Gesetzesentwurf wurde im Eiltempo bereits am 17. März als Teil des „*Hiring Incentives to Restore Employment Act*“ („*HIRE Act*“, auch „*Jobs Bill*“ genannt) vom US Kongress verabschiedet und am 18. März von Präsident Barack Obama unterschrieben. Erste Umsetzungsvorschriften wurden Ende August publiziert und das Gesetz soll in mehreren Schritten bis 1. Januar 2013 in Kraft treten.

De quoi s'agit-il?

FATCA belegt mit einer Bruttosteuer von 30 % alle aus den USA fliessende Zahlungen (die „*withholdable payments*“), die einem ausländischen Finanzintermediär („*FFI*“) zustehen, falls er mit den U.S. Steuerbehörden keinen Vertrag eingegangen ist. Mit einem solchen Vertrag verpflichtet sich der betreffende Finanzintermediär, die bei ihm geführten Konten von US Personen und US beherrschten ausländischen Rechtsträgern automatisch zu melden. Die an der Quelle erfassten Zahlungen umfassen nicht nur die üblichen Zinsen, Dividenden, Mieten etc., sondern neuerdings auch den Brutto-Veräusserungserlös von Vermögenswerten, mit denen Zinsen, Dividenden, Mieten etc. erwirtschaftet werden können, also vorab den Erlös aus dem Verkauf von Obligationen und Aktien. Angesichts der drakonischen Steuerfolgen kann im Zusammenhang mit FATCA von einem automatisierten Informationsaustausch gesprochen werden.

Wer ist betroffen? Die Finanzdienstleister

In der einschlägigen Umsetzungsrichtlinie werden die Begriffe des FFI und dessen Meldepflichten näher erörtert. Es gibt drei Kategorien von FFI, allen voran die ausländischen Banken und die Finanzinstitute. Der weit gefasste Begriff des Finanzinstituts schliesst Lebensversicherer, die mehr als reine Todesfallrisikoversicherung anbieten, mit ein. In der dritten Kategorie werden Wertschriftenhändler erfasst, einschliesslich kollektiver Anlageinstrumente, wie namentlich Investmentfonds, Hedge Funds, Private Equity Investitionen u.a.m.

Der FFI hat sein Universum in vier Welten zu gliedern. Er hat vorhandene und neue Kontobeziehungen, die von U.S Einzelpersonen oder von U.S beherrschten ausländischen Gesellschaften unterhalten werden, zu identifizieren und zu melden. Der Detaillierungsgrad, mit dem FFI angewiesen werden, sicherzustellen, dass auch wirklich alle betroffene US Steuerzahler lückenlos erfasst werden, geht weit über den üblichen Anti-Geldwäscherei-, „*Know-Your-Customer*“ Standard hinaus und vermittelt den Eindruck, dass der IRS ausländische Finanzintermediäre so behandeln will

wie in den US ansässige Bankinstitute. Bemerkenswert ist namentlich der Umstand, dass einmaliges Durchkämmen der bestehenden Kundendatei nicht genügt, sondern periodische Neuüberprüfungen durchgeführt werden müssen. Banken, die sich als vertraglich gebundene FFI konstituieren, haben neben der FINMA nun auch den aufsichtsrechtlichen Vorschriften der US Steuerbehörden, den „agreed-upon procedures“, zu gehorchen, was aus Sicht der nationalen Aufsichtsbehörden wohl kaum unwiderrprochen bleiben dürfte. Konflikte zwischen divergierenden Rechtssysteme sind vorprogrammiert.

Auffallend ist sodann die gewollte Inkongruenz, die zwischen den erfassten Zahlungen einerseits und dem dem FFI obliegenden Meldewesen andererseits besteht. Das Meldewesen umfasst neben Namen des Kontoinhabers und der US Sozialversicherungsnummer (die „Employment Identification Number“), die Kontostände, die Bruttoverässerungserlöse, die vom Inhaber getätigten Rückzüge sowie die höchste Monatsendbilanz der vorangehenden 12 Monate.

Umsetzungsfragen und daraus entstehende Probleme

Die neuen Regeln stellen für die Banken eine beispiellose Herausforderung dar. Der zusätzliche Aufwand in der Formalitätenkontrolle („*Compliance*“) und in der täglichen Verarbeitung („*Operations*“) wird beträchtlich sein. Die bestehenden Kundenbeziehungen müssen alle gemäss FATCA-Vorgaben identifiziert, dokumentiert und klassifiziert werden. Es ist zu befürchten, dass hierzu umfassende Kundenbefragungen notwendig sein werden. Dass für die Nachdokumentation bestehender Kundenbeziehungen gewisse, von der Höhe der Saldi abhängige Übergangsfristen bestehen, hilft nicht wirklich. Die Banken werden sich überlegen müssen, ob es nicht effizienter ist, alle bestehenden Beziehungen in einer einmaligen Aktion zu überprüfen und, wo nötig, die Dokumentation zu ergänzen.

Bei der Klassifizierung der Kunden in den Bankensystemen werden die Beziehungen von natürlichen Personen noch mit relativ geringem Aufwand gekennzeichnet werden können. Für die übrigen Beziehungen werden die vorhandenen Codes in den EDV-Systemen für eine automatisierte Klassifizierung nicht ausreichend sein. Es geht nicht bloss um die grundsätzliche Einteilung der Gesellschaften in FFI und NFFE („*non-financial foreign entity*“). Die jüngst publizierte Umsetzungsrichtlinie zu FATCA sieht eine Einteilung der Kontne von Rechtsträgern in acht verschiedene Typen vor. Die notwendigen Anpassungen der EDV-Systeme bei den Kundenstammdaten werden also sehr aufwendig sein. Die EDV muss zudem jederzeit in der Lage sein zu erkennen, ob es sich um einen US-Account mit Reporting, um ein Account mit zusätzlicher Quellensteuer, oder um einen voll dokumentierten ausländischen Account handelt.

Nach der erstmaligen Klassifizierung muss sodann sichergestellt sein, dass bei künftigen Adress- und sonstigen Datenänderungen jeweils eine neue Überprüfung stattfindet und notfalls neu notwendige Dokumente eingefordert werden, bzw. dass eine Umklassifizierung stattfindet.

Konsequenzen für Finanzdienstleistungsunternehmung in der Schweiz

Bevor ein FFI entscheidet, ob er ein FATCA-Agreement unterzeichnet oder dann eben inskünftig auf das Halten von US Wertschriften für sich und seine Kunden verzichtet, muss er eine umfassende

Kosten-/Nutzenanalyse durchführen. Neben den einmaligen Implementierungskosten für EDV-Anpassungen und das Überprüfen, Klassifizieren und Nachdokumentieren von bestehenden Kundenbeziehungen wird FATCA auch die tägliche Arbeit in der Abwicklung einschneidend verändern und verteuern. Die Daten für das neue Reporting der US-Accounts müssen gesammelt werden, das Reporting selbst muss in einem vom IRS definierten Datenformat elektronisch durchgeführt und die erhobene Quellensteuer korrekt deklariert und fristgerecht abgeliefert werden. Beispielsweise werden inskünftig sämtliche Zahlungen von Anlagefonds und strukturierten Produkten auf „Passthru-Payments“ (Zahlungen, die nicht direkt aus einer US Quelle stammen, sich aber indirekt auf eine solche beziehen) untersucht werden müssen.

Wie sollen sich also Schweizer FII entscheiden? Keinen Vertrag mit dem IRS eingehen und auf US-Investments (inklusive indirekte Investments wie Anlagefonds, strukturierte Produkte, Swaps etc.) komplett zu verzichten, ist für eine international tätige Bank keine realistische Alternative. Die Geschäftsmöglichkeiten würden zu stark eingeschränkt. Dabei wird allerdings riskiert, dass gewisse Kunden, die kein grosses Interesse an US Investments haben, den Wechsel zu einer Bank, die keinen Vertrag abgeschlossen hat, in Erwägung ziehen. Sie ersparen sich damit das Liefern von Informationen und das Ausfüllen von US Formularen. Banken hingegen, deren Kunden nur in beschränktem Umfang US Investitionen halten und die für ihre eigene Tätigkeit auf den US Konnex verzichten können, müssen sich ernsthaft fragen, ob die Kosten und Risiken in einem vernünftigen Verhältnis zum Ertrag stehen. Sie riskieren dabei, dass gewisse Kunden zu Banken wechseln, die einen Vertrag eingegangen sind.

Gewichtige Folgen gibt es auch für Unternehmen ausserhalb der Finanzbranche

Eine in der Schweiz ansässige Gesellschaft, die die Voraussetzungen eines FFI nicht erfüllt, kann dennoch indirekt durch die FATCA Bestimmungen betroffen sein, nämlich dann, wenn sie über eine amerikanische Zahlstelle oder FFI Einkünfte aus amerikanischen Quellen oder Erlöse aus dem Verkauf amerikanischer Wertschriften erhält. In diesen Fällen muss eine solche Gesellschaft bestätigen, dass sie nicht durch US Investoren gehalten wird, die mindestens eine Beteiligung von je 10% halten. Ansonsten muss die Gesellschaft für jeden qualifizierenden US Investor den Namen, die Adresse sowie die US Registernummer (*"taxpayer identification number"*) an die amerikanische Zahlstelle oder den FFI weiterleiten. Diese übermitteln die erhalten Angaben dem IRS. Falls diese Informationen der amerikanischen Zahlstelle oder dem FFI nicht offen gelegt werden oder die Angaben wissentlich oder mutmasslich nicht korrekt sind, ist die amerikanische Zahlstelle oder der FFI gehalten, die Quellensteuer von 30% auf allen US Zahlungen und Erlösen einzubehalten. Es gibt jedoch verschiedene Ausnahmen von dieser Regel, die unter anderem börsennotierte Unternehmungen und verbundene Gruppengesellschaften umfassen. Zudem hat der IRS unlängst auf weitere Ausnahmen hingewiesen. Beispielhaft zu nennen sind ausländische Holdinggesellschaften, die aktiv tätige Beteiligungen ausserhalb des Finanzsektors halten, neu gegründete Gesellschaften sowie konzerninterne Finanzgesellschaften ausserhalb des Finanzsektors.

Auswirkungen auf das Investitionsverhalten in den USA

Man kann durchaus argumentieren, dass diese Massnahmen die Steuerflucht ins Ausland bekämpfen, allerdings sind sie zu weit gefasst und schiessen weit über das Ziel hinaus. Man kann aber auch die Ansicht vertreten, es könne nicht mit Sicherheit davon ausgegangen werden, dass die Vorschriften diesen Zweck tatsächlich erfüllen, ja sogar, dass sie möglicherweise deren Erfüllung verhindern. Darüber hinaus wird das Ganze Einfluss auf Arbeitsplätze haben. In der Folge werden die Auswirkungen auf verschiedene Branchen beschrieben.

Banken

Die Anordnung eines auf die USA abgestimmten, globalen Quellensteuersystems für sämtliche Finanzinstitute weltweit steht in keinem Verhältnis weder zur Grösse des Problems an sich noch zur Grösse des US Marktes im Vergleich zur Weltwirtschaft. FATCA ist dermassen weit gefasst, dass Banken – falls sie den gesetzlichen Anforderungen nicht Genüge leisten können – keine andere Wahl haben, als allen US Kunden ihre Dienste zu verweigern oder sämtliche US Investitionen im Namen ihrer Kunden zu streichen. Amerikanische Kunden, die etwas vor der IRS verstecken wollen, werden in Zukunft wohl auf amerikanische Wertpapiere verzichten und Banken ohne FATCA-Verpflichtungen aufsuchen. Damit würden die FATCA-Regeln genau das Gegenteil der erwünschten Transparenz in Steuerfragen bewirken.

Treuhänder

Die Art und Weise, wie die USA FATCA implementieren wollen, macht aus den meisten Treuhändern automatisch FFI. Ein Treuhänder erfüllt in der Tat die Aufgabe, stellvertretend für eine Drittperson Finanzgeschäfte zu tätigen. Dies entspricht dem Grundsatz der Definition einer treuhänderischen Beziehung. FATCA wird die Treuhänder vor die Wahl stellen sich entweder den FATCA Regeln zu stellen oder sich aus sämtlichen US Investments zu verabschieden und sämtliche Treuhandsmandate mit einer möglichen Verbindung zu den USA nieder zu legen.

Investment Funds

Der Aufbau vieler ausländischen Fondinvestmentgesellschaften ist ausgesprochen kompliziert. FATCA wird darauf hinaus laufen, dass zahlreiche Funds, die den US Investoren aufgrund der US SEC Regeln bereits verschlossen sind, trotzdem unter die Regeln fallen. Die Einhaltung wird erschwert durch die Tatsache, dass der Fund bereits bei einer einzigen investierenden US-Person selbst zu einer solchen US Person wird. Wie soll dies über die Zeit bei Funds und bei noch komplexeren „funds of funds“ Strukturen sichergestellt werden? Und trotzdem müssen sich Funds die Einführung von FATCA ernsthaft überlegen. Ohne FATCA würden diese Funds von Investitionen in den USA ausgeschlossen.

Versicherungsunternehmen

FATCA betrifft ganz klar auch Versicherungsunternehmen. Aus der Umsetzungsrichtlinie geht hervor, dass es zwei verschiedene Systeme für solche Unternehmen geben wird. Das erste gilt für Sach- und Unfallversicherungen, das zweite für Lebensversicherer. Für letztere gilt, dass Policen mit

Auszahlungen im Erlebensfall oder Rente unter die FATCA Vorschriften fallen. Schweizerische Versicherungsgesellschaften werden dadurch empfindlich getroffen werden.

Pensionskassen

Gemäss Umsetzungsrichtlinie fallen vom Arbeitgeber finanzierte Pensionskassen nicht unter die FATCA Bestimmungen, da das Risiko der Steuerflucht sehr klein ist. Gleichzeitig fordern diese Richtlinien, dass alle nicht vom Arbeitgeber finanzierte Vorsorgeelemente – z.B. dritte Säule – wiederum unter die FATCA Vorschriften fallen.

Ein schlechtes Geschäft für alle!

FATCA ist von einem binnenwirtschaftlich orientiertem Gesetz zur Verbesserung der Steuertransparenz zu einem weltwirtschaftlichen Monster geworden, bei dem alle Teilnehmer verlieren, auch die Amerikaner. Viele beschreiben FATCA als die „Neutronenbombe des globalen Wirtschaftssystems“. Den prognostizierten Steuermehrerträgen von rund USD 850 Mio pro Jahr stehen enorme Implementierungskosten gegenüber, ganz zu schweigen von den nachfolgenden Betriebskosten. Eine provisorische und sehr grobe Schätzung ergibt durchschnittliche Einführungskosten von rund \$ 5-10 Millionen pro FFI, was bei einer Einführung bei allen FFI globale Kosten von \$ 1000-2000 Milliarden ergeben würde. Dies entspricht in etwa dem Bruttoinlandprodukt von Brasilien oder Indien. Diese enormen Kosten werden die Kunden der Finanzinstitute über höhere Gebühren abgelten, und die Staaten werden wegen reduzierten Gewinnen der Finanzunternehmen beträchtliche Steuereinnahmen in Kauf nehmen müssen. Zusätzlich werden Finanz- und Direktinvestitionen in den USA zurückgehen, möglicherweise in beträchtlichem Ausmass, zu Lasten von Arbeitsplätzen und Steuereinnahmen in den USA. US Personen im Ausland werden mit Sicherheit mit noch weniger Enthusiasmus als Kunden begrüsst werden.

Die Schweiz hat wegen der verschiedenen Diskussion um das Bankgeheimnis, den Informationsaustausch und die Lösung von Altlastenproblemen zum heutigen Zeitpunkt keine Möglichkeit, in Sachen FATCA den weltweiten Lead zu übernehmen und zu versuchen, die amerikanische Regierung zur Vernunft zu bringen. Es ergeht hiermit ein Appell an die EU Kommission, die grossen Finanzinstitute der Welt und nicht zuletzt an die US Regierung und den US Kongress, FATCA nochmals zu überprüfen, das avisierte und grundsätzlich sehr sinnvolle Ziel einer verbesserten Einhaltung der US Steuergesetze mit mehr Augenmass zu verfolgen, und dabei nicht einem ökonomischen und administrativen Wahn zu verfallen.

Autoren:

Dr. Peter R. Altenburger, Attorney at Law, Altenburger Ltd. legal + tax, Küsnacht

Dr. Markus Frank Huber, Partner, International Tax Services, Ernst & Young AG, Zürich

Marnin Michaels, Partner, Baker & McKenzie, Zürich

Martin Naville, CEO, Swiss-American Chamber of Commerce, Zürich

Alle co-Autoren sind Mitglieder des Tax Chapters der Swiss-American Chamber of Commerce, Zürich.