

Cross-Border-Leasing wird in USA mit Steuerrecht verhindert:

Die Party ist vorbei

Stadtbahnwagen, Kläranlagen und Abwassernetze, Wasserwerke und Frischwassernetze, Messe- und sonstige Immobilien sowie die kommunale Schienennetzinfrastruktur.

Ein Abschluss derartiger Leasingtransaktionen ist inzwischen nicht mehr möglich. Dies ergibt sich aus der neuen U.S. Steuergesetzgebung, die vom Kongress demnächst verabschiedet wird. Die Neuregelung wird zumindest alle Leasinggeschäfte erfassen, die nach dem 12. März 2004 abgeschlossen worden sind. Die Senatsvorlage sieht eine weitergehende Rückwirkung für alle bereits abgeschlossenen grenzüberschreitenden Leasingtransaktionen vor. Dies wäre zwar nicht verfassungswidrig, wird aber aller Voraussicht nach keine Gesetzeskraft erlangen.

Die heute sicher erscheinende Steuerrechtsänderung in den USA war über kurz oder lang absehbar. Die Vertragsverhandlungen wurden in den letzten Jahren sowohl von deutscher Seite wie von amerikanischer Seite keineswegs in der Erwartung geführt, dass die steuerlichen Parameter in den USA während der gesamten Leasinglaufzeit unverändert bleiben würden. Die Steuerrechtsänderung führt daher nicht zu einer Überraschung, die zu einem grundsätzlichen Überdenken der Vertragsklauseln führen müsste.

Überraschend ist dagegen die grundlegend veränderte Beurteilung der in den letzten Jahren abgeschlossenen Cross-Border-Leasing Verträge durch die

öffentliche Meinung sowie Politik in den USA. Hier ist ein grundsätzlicher Paradigmenwechsel eingetreten. Die Investoren und deren US-Anwälte, die auf bestandssichere Steuervorteile vertraut hatten, wurden durch diese politische Neuausrichtung völlig überrascht.

Im Ergebnis wird in den nächsten Jahren ein politischer Druck auf die Finanzbehörden in den USA ausgeübt, bisher als üblich anerkannte Leasingstrukturen erheblich aggressiver auf ihre steuerrechtliche Belastungsfähigkeit zu prüfen. Ihnen soll soweit wie möglich die steuerliche Anerkennung versagt werden. Diese Entwicklung gilt es von deutscher Seite nicht zu kritisieren, sondern in die Risikobewertung einzubeziehen.

Die Risiken aus einer abgeschlossenen Cross-Border-Leasing Transaktion umfassen nachträgliche Zahlungspflichten, Vertragsbruch und Steuerentschädigungspflichten. Im ersten Fall geht es um außerplanmäßige Zahlungen, für die nicht bereits durch Zahlungsübernahmen der Banken Sorge getragen wurde. Im zweiten Fall geht es um einen Verstoß gegen Zahlungs- oder Handlungspflichten des Leasingnehmers, der zur vorzeitigen Beendigung der Verträge führt, und im dritten Fall um einen Verlust des erstrebten US-Steuvorteils.

Risikobeurteilung bezüglich nachträglicher Zusatzzahlungen

Das Risiko nachträglicher Zusatzzahlungen ist unabhängig von der Steuerrechtsdiskussion in den USA zu betrachten. Dies



Photo: visionphotos/Klostermeier

In Deutschland hat das Cross-Border-Leasing über die letzten Jahre viele Gegner in Frontstellung gebracht. Unter öffentlichem Druck haben deswegen etliche Kommunen geplante Deals wieder abgeblasen. Jetzt erhöhen auch die amerikanischen Staaten den Druck. Mit steuerrechtlichen Änderungen sollen neue Verträge verhindert werden. Mit der Situation ist aus deutscher Sicht für bestehende Verträge aber umzugehen.

In den Zeit zwischen Mitte 1996 und Februar 2004 hat die öffentliche Hand in Deutschland mehr als 150 Cross-Border-Leasing Transaktionen abgeschlossen. Vertragspartner auf amerikanischer Seite waren hierbei ein oder mehrere Investoren, die die Transaktion über Truststrukturen abwickeln. Auf deutscher Seite wurden die Leasinggeschäfte durch Kommunen, Zweckverbände und im kommunalen Anteilsbesitz stehende Eigenesellschaften abgeschlossen. Die Verträge haben ein Volumen von bis zu zwei Milliarden Euro. Die Laufzeit erreicht häufig dreißig Jahre. Bewährte Leasinggegenstände sind außerhalb der Abfallwirtschaft Straßen- und

betrifft insbesondere Kapitalmarktrisiken. Im Hinblick auf den Kaufoptionspreis sowie die laufenden Mietzahlungen. Die hierfür erforderlichen Mittel wurden zu Vertragsbeginn in abgezinster Höhe an Banken gezahlt und nach Wahl des Leasingnehmers auch mit Wertpapieren unterlegt.

Soweit eine oder mehrere Banken ausfallen und/oder die verwendeten Papiere an Wert verlieren, müssen die Zahlungspflichten von der kommunalen Seite erneut erfüllt werden. Die offenen Mietzahlungen betragen zunächst ca. 80 Prozent des Transaktionsvolumens und reduzieren sich dann rätierlich während der Vertragslaufzeit. Im Hinblick auf den Kaufoptionspreis erhöht sich das Ausfallrisiko fortlaufend bis auf das ungefähr Dreifache des Transaktionsvolumens.

Unerheblich ist für das kommunale Ausfallrisiko der Umstand, dass die bei den Banken angesparten Beträge nicht von der Kommune „echt“ finanziert wurden, sondern im Rahmen des Karussellgeschäfts jeder Mietzahlungsverpflichtung der einen Bank die Darlehensgewährung einer anderen Bank gegenüber steht. Unerheblich ist hierbei auch, ob zwischen den Banken eine Abtretung oder Verpfändung von Forderungen erfolgte. Gleiches gilt für eine etwaige Konzernverbundenheit verschiedener Kreditinstitute. Es bleibt auch in diesen Fällen dabei, dass die Zahlungsunfähigkeit einer schuldübernehmenden Bank die Ausfallhaftung der kommunalen Seite gegenüber den anderen Banken begründet.

Unter bestimmten Umständen besteht die Möglichkeit, Bankinstitute oder Anlagendepots während der Vertragslaufzeit auszutauschen. Dies würde zu nicht unerheblichen Kosten führen. In jedem Fall wird die kommunale Seite ihre Vertragspartner unter diesem Aspekt fortlaufend beobachten müssen, um nicht von deren Illiquidität

Checkliste zur Unschädlichkeit

- Ist es ausgeschlossen, dass die beabsichtigte Maßnahme zu einem Vertragsbruch führt?
- Bestehen Mitteilungs- oder Zustimmungspflichten oder Genehmigungserfordernisse?
- Entstehen durch die Maßnahme entschädigungspflichtige Mehrkosten beim Investor oder den eingeschalteten Banken?
- Gefährdet die Maßnahme die steuerliche Anerkennung gemäß dem bei Vertragsabschluss bestehenden US-Steuerrecht?
- Gefährdet die Maßnahme den US-steuerlichen Bestandsschutz, die die vor der Steuerrechtsänderung abgeschlossenen Leasingverträge haben?

teuer überrascht zu werden. Im Fall eines Vertragsbruchs kann die US-Seite die Verträge kündigen und als pauschalierten Schadensersatz einen vorab festgelegten Beendigungswert verlangen. Vertragsbruchfälle umfassen insbesondere Verstöße gegen bestimmte Zusicherungen, Verhaltenspflichten und Zahlungspflichten. Der hohe Beendigungswert ist zudem auch dann fällig, wenn die Leasingverträge ohne Verschulden der deutschen Seite vorzeitig beendet werden. Dies betrifft z.B. eine Illegalität der Verträge, einen Vertragsbruch der Investoren sowie erhebliche Kostenerhöhungen, die der Leasingnehmer wirtschaftlich nicht mehr tragen kann und will.

Bei Vertragsbruch folgt Schadensersatz

Falls der Beendigungswert tatsächlich gezahlt wird, erhält der Investor unmittelbar von seinem Vertragspartner den Vorteil, den er ansonsten aufgrund der US-Steureffekte mittelbar von der amerikanischen Finanzverwaltung erhalten hätte. Der Zahlungsanspruch ist nicht davon abhängig, dass der Investor nachweisen kann, er hätte bei einem Fortbestand der Verträge Steuervorteile erzielt. Die Höhe des pauschalierten Schadensersatzes (Termination Value) ist von der zukünftigen Zinsentwicklung abhängig, beträgt aber typischerweise maximal das

fünf- bis zehnfache des Barwertvorteils.

Detaillierte Angaben zur Betragshöhe finden sich üblicherweise als anschauliche Grafik in den Aufsichtsrats- und Stadtratsvorlagen, die Gegenstand der Beschlussfassung der kommunalen Seite sind, so dass es sich hierbei nicht um überraschende Neuigkeiten handelt. Die US-Seite hat alternativ zum Anspruch auf den Beendigungswert weitere Rechte.

Die Belastungsfähigkeit der Vertragsklauseln zeigt sich dann, wenn die Investorenseite die angestrebten US-Steuervorteile tatsächlich nicht erzielen kann. Hierzu gehören die Fälle einer rückwirkenden Gesetzesänderung in den USA, der Versagung der Anerkennung des Steuersparmodells durch die US-Finanzverwaltung im Einzelfall, aber auch ein Wegfall des Steuersparinteresses des Investors aufgrund einer Verlustsituation oder einer Umstrukturierung, die zu einer Veränderung der Steuerposition führt.

Amerikanische Steuerrisiken

Die Verteilung des US-Steuerrisikos wird in der Öffentlichkeit häufig missverstanden. Es gibt keinen deutsch-amerikanischen Cross-Border-Leasing Vertrag, bei dem nicht neben den operativen Dokumenten eine zusätzliche interne Steuerentschädigungsvereinbarung direkt mit

dem Investor abgeschlossen worden ist. Hierin übernimmt die deutsche Seite einen nicht unwesentlichen Teil der US-Steuerrisiken. Diese werden letztlich zwischen deutschem Leasingnehmer und amerikanischem Investor hälftig aufgeteilt.

Der Investor übernimmt das Steuerrisiko bis zum Vertragsabschluss (Closing). Dies bedeutet, dass er sämtliche rechtlichen und tatsächlichen Umstände, die der jetzigen oder späteren steuerlichen Anerkennung in den USA entgegen stehen, gegen sich gelten lassen muss. Hiervon aufgenommen sind einerseits fehlerhafte Zusicherungen sowie verheimlichte Informationen, andererseits der Fall eines Vertragsbruchs, der mittelbar zum Ersatz des Steuerschadens führt.

Die deutsche Seite übernimmt dagegen grundsätzlich das gesamte US-Steuerrisiko ab dem Closing. Dies bedeutet, dass sie für sämtliche späteren Zustände, Handlungen und rechtlichen Gegebenheiten nach dem Vertragsabschlusszeitpunkt, die der steuerlichen Anerkennung beim Investor entgegen stehen, verantwortlich und entschädigungspflichtig ist. Von diesem Grundsatz gibt es nur zwei Ausnahmen. Zum einen trägt der Investor das Steuerrisiko für konkret verhandelte Maßnahmen, für die er das Steuerrisiko ausdrücklich übernommen hat. Zum anderen trägt der Investor das Risiko einer rückwirkenden Steuerrechtsänderung (s. Abb. 1)

Problematisch und in der Vergangenheit stets Gegenstand kontroverser Verhandlungen sind steuerliche Gewährleistungen des Leasingnehmers, die das US-Steuermodell des Investors stützen sollen. Dies betrifft insbesondere wirtschaftliche Beurteilungen und zukünftige Entwicklungen. Subjektive Einschätzungen des Wertverlaufs, der zukünftigen steuerlichen Behandlung sowie der Erwartungshaltung der deutschen Seite bezüglich zukünftiger Entwicklungen führen hierbei zu einer Ver-

Risikomatrix: Verteilung des US-Steuerrisikos

Risiko des Investors	Risiko des Leasingnehmers
Grundsätzlich bis zum Vertragsabschluss	Grundsätzlich ab dem Vertragsabschluss
Ausnahme bei unrichtigen Gewährleistungen und verschwiegenen Informationen	Ausnahme bei vorab abgestimmten Maßnahmen
Ausnahme im Fall des Vertragsbruchs	Ausnahme bei Steuerrechtsänderung

zerrung des akzeptablen kommunalen Risikoprofils.

Vorgehensweise der kommunalen Seite

Die Leasingnehmer wissen, dass sie während der Vertragslaufzeit operative, strukturelle und finanzielle Veränderungen nur im Einklang mit den Leasingverträgen durchführen dürfen. Hierzu wird ein Vertragscontrolling eingerichtet, welches die Einhaltung der laufende Vertragspflichten garantiert und eine Überprüfung zukünftiger Maßnahmen an Hand der Vorgaben des Cross-Border-Leasings absichert. Bekannt ist, dass auch vertraglich ausdrücklich erlaubte Maßnahmen die steuerliche Entschädigungspflicht begründen können. Anhand einer Fünfpunkte-Liste können die wesentlichen Prüfungsschritte veranschaulicht werden (s. Kasten S. 34).

Die Erfahrung zeigt, dass die häufigste Antwort der eingeschalteten international tätigen Anwaltskanzleien allerdings nicht "ja" oder "nein", sondern "vielleicht" lautet. Der vorsichtige Kaufmann wird jede Eventualgefahr vermeiden müssen und daher nur die Maßnahmen ergreifen können, bei der denkbare Risiken sicher ausgeschlossen sind. Wenn ein Vertragsbruch "vielleicht" bereits eingetreten ist, wird er alles zu unternehmen haben, um den denkbaren Vertragsverstoß abzuwenden, zu heilen oder zumindest zu verdecken.

Das Vertragscontrolling wird ergänzt durch ein intern oder extern verankertes Risikomanagement, durch das die Vertrags-

parteien, die rechtlichen Rahmenbedingungen sowie der Leasinggegenstand angemessen beobachtet werden und kleine Probleme gelöst werden, bevor sie sich zu großen Problemen auswachsen.

U.S. Cross-Border-Leasing Verträge sind für Laufzeiten bis zu dreißig Jahren konzipiert, da dies die steuerlichen Vorteile maximiert. Hierfür nehmen die Vertragsparteien das langjährige Risiko zwischenzeitlicher Rechtsänderungen und sonstiger Mehrkosten in Kauf. Wenn die Steuervorteile entfallen, ist die Aufrechterhaltung der sinnlosen Verträge und unnötigen Vertragsrisiken kaufmännisch offensichtlich unvernünftig. Der Leasingnehmer hat nach dem Zufluss des Barwertvorteils aus den Risiken und Bindungen nur noch Nachteile, der Investor hat keine Vorteile. Gescheiterte Steuersparmodelle werden eher früher als später aufgebrochen. Dies gilt zumindest dann, wenn die Finanzierungsstruktur nicht der Anschaffung oder Herstellung einer Anlage dient, sondern es sich um ein reines Karussellgeschäft handelt. Die Kosten der vorzeitigen Vertragsbeendigung sind gemäß der in den Verträgen enthaltenen Risikoverteilung zwischen den Vertragsbeteiligten auf zu teilen.

In einem ersten Schritt werden den eingeschalteten Banken aus der Transaktion heraus Sicherheiten gestellt, die bisher als leasingschädlich verboten waren. Hierbei ist zu erreichen, dass sich die Risikoverringerng auf Bankenseite mit entsprechenden Vorteilen auf der kommunalen Seite wirtschaftlich die Waage hält. Der zweite

Schritt besteht in der rechtlichen Vorauszahlung der Beträge, die aus Steuergründen bisher nur wirtschaftlich vorausgezahlt werden durften. Hierdurch werden die Kapitalmarktrisiken auf Leasingnehmerseite abgebaut. Der dritte Schritt liegt schließlich in der vorzeitigen Ausübung der Beendigungsoption und einer völligen Beendigung der Transaktion. Dies hat zum wirtschaftlich richtigen Zeitpunkt zu erfolgen und bedarf einer sorgfältigen Prüfung und Vorbereitung.

Das Aufbrechen der Verträge hat dann für alle Beteiligten Vorteile. Es ist aber auch mit erheblichen wirtschaftlichen Fragestellungen belastet. Diskutabel mag im Einzelfall die Frage sein, ob eine vorzeitige Vertragsbeendigung mit einer anteiligen Rückzahlung eines Barwertvorteils verbunden werden muss. Eine Zuzahlung von kommunaler Seite wird sich aber regelmäßig nicht als erforderlich herausstellen.

Vorgehen bei kommunaler Schiefelage

Von der einvernehmlichen vorzeitigen Beendigung ist die Frage zu trennen, welche Vorgehensweise der öffentlichen Hand sachgerecht ist, falls die Transaktion tatsächlich in eine Schiefelage gerät und der Kommune erhebliche finanzielle Nachteile drohen. In einem derartigen "Worst Case" bedarf es eines bedachten und gut vorbereitetem Handelns. Die wirtschaftliche und rechtliche Position der deutschen Seite, dies ist unter den Rechtsberatern ein offenes Geheimnis, ist hierbei keineswegs

schlecht. Die formalrechtliche Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit der vertraglichen Verpflichtungen beruht eher auf zuvor-kommenden Anwaltsgutachten ("Legal Opinion") denn auf einer zwingenden rechtlichen Argumentation.

Bereits die Frage der Ernsthaftigkeit der vertraglichen Bindung ist nicht eindeutig zu bejahen. Der Rechtsbindungswille besteht offensichtlich zwischen allen Vertragsbeteiligten nur für ein Steuersparmodell, nicht für eine tatsächliche Privatisierung. Hinzu kommt, dass - abhängig von der Rechtsform des Leasingnehmers - die für eine zivilrechtliche Wirksamkeit erforderlichen Gremiengenehmigungen sowie die Genehmigung der Aufsichtsbehörden regelmäßig auf einer stark verkürzten Sachverhaltsdarstellung beruhen und insoweit angreifbar sind. Hinzu kommen zwingende öffentlich-rechtliche Sonderregelungen für Bereiche der Daseinsvorsorge, deren Anwendbarkeit bei einer späteren rechtlichen Überprüfung neu beurteilt werden können. Hier bestehen häufig Sollbruchstellen, die zu Gunsten der kommunalen Seite genutzt werden können.

Auch der Schutzbereich deutscher Gerichte und die Anwendbarkeit deutschen Rechts sind durch die Vertragsgestaltung keineswegs tatsächlich völlig ausgeschlossen. Sachrechtliche Regelungen, öffentlich-rechtliche Vorschriften und auch verschiedene Unwirksamkeitsgründe entziehen sich der vertraglichen Rechtswahl. Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes können Auswirkungen auf die Zuständigkeit eines deutschen Gerichts haben. Letztlich besteht ein weites Instrumentarium, um die kommunalen Interessen auch im schlimmsten Fall zu schützen. ☉

Dr. Ulrich Eder
 Rechtsanwalt und Steuerberater
www.ulricheder.com