

Der nachfolgende und stark gekürzte Artikel entstammt der Zeitschrift **Entsorgungs Praxis 07-08 vom 16.08.2004 Seite 033ff.** und wurde von einem der engagiertesten Arrangeure des CBL verfasst. Rechtsanwalt und Steuerberater Dr. Ulrich Eder ist Geschäftsführer der Due Finance Wirtschaftsberatung GmbH Steuerberatungsgesellschaft in Düsseldorf.

Die unterstrichenen Passagen wurden bewusst hervorgehoben, da es sich hier um Kernaussagen handelt, die die Risiken der neuen steuerrechtlichen Situation verdeutlichen.

Cross-Border-Leasing wird in USA mit Steuerrecht verhindert: Die Party ist vorbei

(...)

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.

(...)

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-Steuervorteils.

Risikobeurteilung bezüglich nachträglicher Zusatzzahlungen

Das Risiko nachträglicher Zusatzzahlungen ist unabhängig von der Steuerrechtsdiskussion in den USA zu betrachten. Dies 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 ratierlich während der Vertragslaufzeit. Im Hinblick auf den Kaufoptionspreis erhöht sich das Ausfallrisiko fortlaufend bis auf das ungefähr Dreifache des Transaktionsvolumens.

(...)

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-Steuereffekte 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.

(...)

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 ausgenommen 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.

(...)

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 laufenden 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 Fünf-Punkte-Liste können die wesentlichen Prüfungsschritte veranschaulicht werden. 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.

(...)

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.

(...)

Vorgehen bei kommunaler Schieflage

(...)

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.

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?