



Professor Dr. Thomas Hartmann-Wendels, Köln

Cross-Border Leasing

Mit diesem Beitrag zeigt Prof. Dr. Hartmann-Wendels im ersten Teil zunächst die Grundlagen des Cross-Border Leasing auf und erläutert die Funktionsweise dieses Leasingmodells. Der Begriff Cross-Border Leasing beschreibt im Wesentlichen grenzüberschreitende Leasingtransaktionen, die rein auf Steuerarbitrageüberlegungen basieren. Diese Form des Leasing kann deutschen Kommunen die Möglichkeit bieten, eine geringfügige Entlastung der ansonsten äußerst angespannten Haushaltslage zu erzielen. Detailliert werden im zweiten Abschnitt die Transaktionsstruktur und deren kohärente Zahlungsströme beschrieben und grafisch dargestellt. Anschließend kommt Prof. Dr. Hartmann-Wendels im Schlussteil zu einer objektiven Betrachtung, in der Cross-Border Leasing hinsichtlich der Kriterien Betreiberrisiko, Steuerrisiko und Ausfallrisiko beurteilt und mögliche Gefahren aufgezeigt werden.

S. 19

- HFR 6/2004 S. 1 -

1 **1. Grundlagen**

Der Markt für Cross-Border Leasing (CBL) existiert seit Anfang der 80er Jahre und geht zurück auf die Intention institutioneller Investoren, einerseits grenzüberschreitende Risikodiversifikation innerhalb ihrer Portfoliostrategie zu betreiben, und andererseits neue hochrentierliche Anlageformen mit möglichst niedrigen Bonitätsrisiken zu verknüpfen. Der Begriff Cross-Border Leasing beschreibt im Wesentlichen grenzüberschreitende Leasingtransaktionen, die rein auf Steuerarbitrageüberlegungen basieren. Insbesondere die Ausgestaltung als Lease-In/Lease-Out und als Service Contract Struktur unter Beteiligung amerikanischer Investoren und kommunaler europäischer Leasingnehmer - überwiegend Kommunen der Niederlande, der Schweiz, Österreichs, Belgiens und Deutschlands - dominiert diese Form der steuerinduzierten Finanzierung.

2 Im Rahmen einer solchen Transaktion verleast der europäische bzw. deutsche Partner langfristig eine Anlage oder Immobilie an einen amerikanischen Investor und least diese über einen kürzer gefassten Zeitraum zurück. Nach deutscher Rechtslage bleibt der deutsche Partner (Lessee) rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer, der US-Investor (Lessor) wird allerdings aus US-Sicht ebenfalls wirtschaftlicher Eigentümer der Anlage und kann entsprechende Steuerstundungsvorteile aus Abschreibung erzielen. Als Leasingobjekte eignen sich insbesondere kommunale Immobilien und Anlagen wie ÖNV-Infrastruktur, Kraftwerke, Gas-/Stromnetze, Müllverbrennungsanlagen, Kläranlagen, Kanalnetze, Krankenhäuser sowie privatwirtschaftliche oder öffentliche Kommunikationsnetze, Rechenzentren, Flugzeuge oder Schiffe.

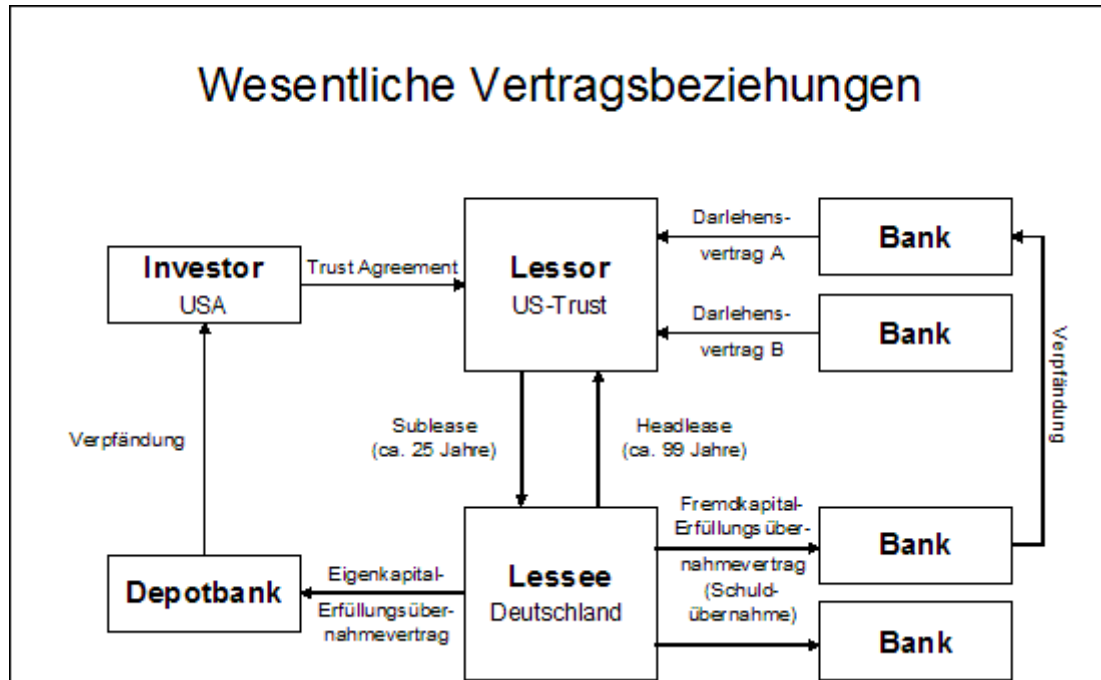
S. 20

- HFR 6/2004 S. 2 -

3 **2. Transaktionsstruktur des Cross-Border Leasing**

Die folgende Darstellung zeigt die Transaktionsstruktur eines beispielhaften einstufigen US-Lease-In/Lease-Out (LiLo) bzw. Service Contract Modells. Die konkrete Modellstruktur richtet sich am spezifischen Einzelfall aus und ist zudem abhängig vom jeweiligen Arrangeur.

4

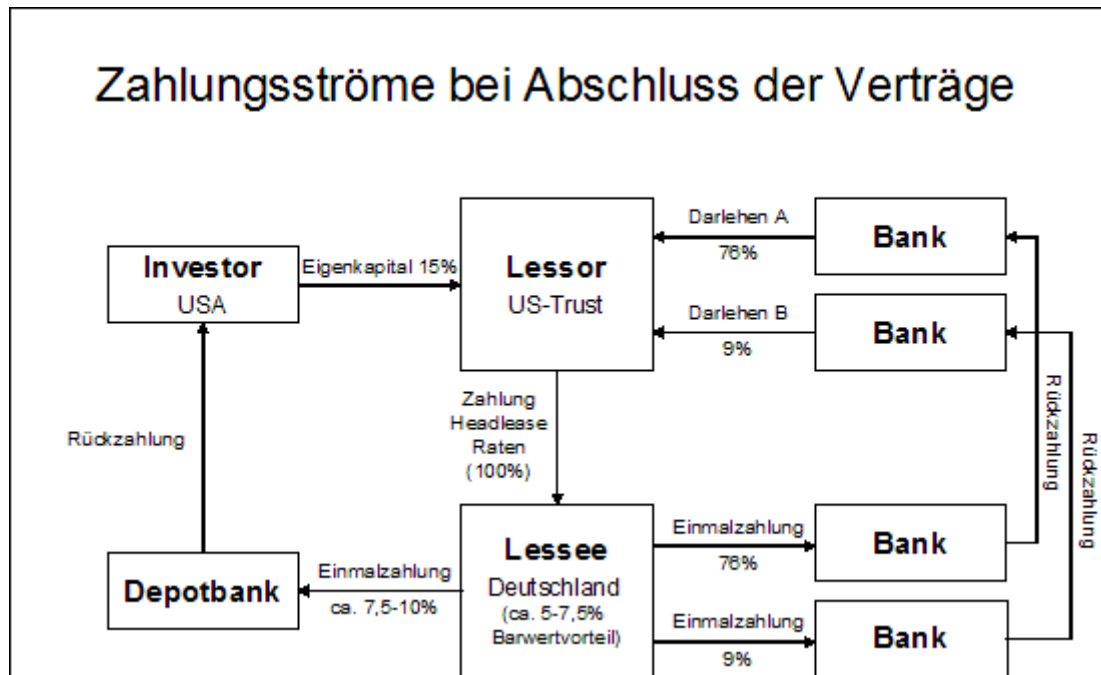


- 5 In einem ersten Schritt wird ein Hauptmietvertrag (Headlease) über beispielsweise 99 Jahre zwischen dem deutschen Partner und einem US-Investor geschlossen. Ein zwischengeschalteter US-Trust - konzipiert als Special Purpose Vehicle (SPV) - sichert den deutschen Partner vor dem Insolvenzrisiko des US-Investors. Der US-Investor (Lessor) genießt die Bonitätseinstufung des deutschen Partners (Lessee), bei dem es sich in der Regel um eine Kommune handelt. Unmittelbarer Vertragspartner des deutschen Partners ist der US-Trust. Im Anschluss wird ein inhaltlich vergleichbarer, allerdings mit wesentlich kürzerer Laufzeit ausgestatteter Sublease-Vertrag über beispielsweise 25 Jahre geschlossen. Der Sublease-Vertrag gewährt dem Lessee wiederum die Nutzungsmöglichkeit am Leasingobjekt.
- 6 Der Lessee hinterlegt AAA-Wertpapiere, meist in Form bonitätssicherer Zerobonds, bei einer Depotbank, um so die Rückzahlung des Eigenkapitalanteils im Rahmen des Trust Agreements an den US-Investor bei Vertragsende zu gewährleisten. Zudem beauftragt der Lessee eine oder mehrere Banken (die beiden Banken im Beispiel spiegeln die übliche Senior-/Junior-Struktur einer Transaktion wieder), die Erfüllung der wirtschaftlichen Verpflichtungen aus dem Sublease-Vertrag zu gewährleisten. Diese umfassen die Zahlung der Leasingraten und ggf. die Zahlung des Optionspreises bei Ausübung der sog. Beendigungsoption. Die Instandhaltung des Leasinggegenstandes obliegt dem deutschen Partner.
- 7 Der Lessor refinanziert sich neben seinem Eigenkapitaleinsatz über Bankdarlehen, die üblicherweise in zwei Tranchen (Junior/Senior Loan) bei verschiedenen Banken aufgenommen werden. Zur Besicherung dieser Darlehen dient die Verpfändung der Einzahlungen des Lessees im Rahmen der Fremdkapital-Erfüllungsübernahme.
- 8 Mit Laufzeitende des Sublease-Vertrages steht dem deutschen Vertragspartner ein Optionsrecht auf das Leasinggut zu einem vereinbarten Basispreis zu. Bei Ausübung dieser Option werden sämtliche Leasingverhältnisse beendet, man spricht daher auch von einer Beendigungsoption. Im Gegensatz zur reinen LiLo-Struktur erfolgt bei der Service Contract Struktur keine Mietverlängerung oder Ersatzmietstellung nach Ablauf des Sublease-Vertrages und Nichtausübung der Option. Bei Nichtausübung hat der US-Investor die Möglichkeit, dem deutschen Partner einen Dienstleistungsvertrag (Service Contract) anzubieten, der zur Einschaltung eines Dritten als Betreiber des Leasingobjekts führt. Somit wird den Bedingungen der US-Steuerbehörden hinsichtlich der Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums beim Lessor Rechnung getragen. Die Bedingungen verlangen, dass sich das Optionsrecht nicht als einzige Handlungsalternative für den Lessee darstellen darf, und der Lessor ein entsprechendes unternehmerisches

Risiko tragen muss. Dies ermöglicht dem deutschen Partner, die Leistung des Leasingobjekts in Anspruch zu nehmen, ohne dass eine steuerschädliche Wirkung für den US-Investor ausgelöst wird. In aller Regel wird der Lessee sein Optionsrecht ausüben. Die gesamte Laufzeit der Transaktion ist daher mit größter Wahrscheinlichkeit auf die Laufzeit des Sublease-Vertrags beschränkt. Sämtliche Verträge werden in der Regel in englischer Sprache und mit dem Gerichtsstand USA geschlossen.

9 Aus dem Cross-Border Leasing resultieren folgende Zahlungsströme:

10



S. 21

- HFR 6/2004 S. 3 -

- 11 Die Zahlung des Lessors aus dem Headlease-Vertrag erfolgt zu Beginn der Leasinglaufzeit als Barwert sämtlicher zukünftigen Leasingzahlungen. Das benötigte Kapital stammt einerseits aus dem Eigenkapital des US-Investors, andererseits aus den von den beteiligten Banken gewährten Darlehen, wobei die im Beispiel gewählten Prozentsätze die gängige Praxis widerspiegeln. Die Zahlung der Leasingraten aus dem Sublease-Vertrag erfolgt durch Hinterlegung von ca. 85% der aus dem Headlease-Vertrag erzielten Leasingraten auf Bankkonten des Lessees, von welchen die Raten kontinuierlich an den Lessor überwiesen werden. Bei Ausübung der Beendigungsoption durch den Lessee erfolgt die Zahlung des Optionspreises ebenfalls durch die involvierten Banken. Die Einmalzahlung des Lessees an die Depotbank in Form bonitätssicherer Zerobonds garantiert eine vollständige Rückzahlung des Eigenkapitalanteils an den Investor bei Optionsausübung am Ende der Sublease-Laufzeit. Der Restbetrag ergibt sich aus dem Barwertvorteil, den der US-Investor an den deutschen Partner weiterreicht.
- 12 Der Headlease-Vertrag bewirkt, dass der US-Trust aus US-Sicht als wirtschaftlicher Eigentümer zu betrachten ist. Das Leasingobjekt ist somit aus US-steuerrechtlicher Sicht beim Lessor zu bilanzieren. Entsprechend kann dieser den Finanzierungsaufwand und die Abschreibung für das Leasingobjekt bei seiner Gewinnermittlung berücksichtigen. Die steuerrechtliche Grundlage bilden Internal Revenue Code Section 162, 163 und 467, die CBL-Transaktionen u.a. an die Langlebigkeit der Wirtschaftsgüter koppeln. Für den deutschen Partner ergibt sich steuerrechtlich keine Veränderung, da er aus Sicht des deutschen Fiskus weiterhin als zivilrechtlicher und wirtschaftlicher sowie gemäß § 39 AO als steuerrechtlicher Eigentümer betrachtet wird. Entsprechend kann der Lessee weiterhin Abschreibungen auf das Wirtschaftsgut vornehmen. Handelt es sich beim Lessee um eine Kommune, verstößt diese durch Beibehaltung sämtlicher Eigentumsrechte gemäß deutscher Betrachtung auch nicht gegen die Gemeindeordnung, nach der lediglich eine Veräußerung von Vermögensgegenständen möglich ist, die für absehbare

Zeit nicht benötigt werden.

- 13 Die sich aus den Finanzierungs- und Abschreibungsaufwendungen der Cross-Border Transaktion ergebende Gewinnminderung auf Seiten des US-Investors führt zu einem Steuerstundungseffekt, der als Nettobarwertvorteil zwischen dem US-Investor und dem deutschen Partner aufgeteilt wird, wobei der wesentliche Anteil beim US-Investor verbleibt. Die Höhe des Nettobarwertvorteils hängt wesentlich vom aktuellen Zinsniveau und der vorliegenden Zinsstrukturkurve ab. Die Vereinnahmung des Nettobarwertvorteils durch den deutschen Partner ist unter der Voraussetzung von der Gewerbesteuer befreit, dass die Transaktion nicht als Gewerbebetrieb eingestuft wird. Ebenso wenig fallen Gewerbesteuern durch Dauerschulden im Rahmen der Leasingzahlungen an, da der Lessee eine Vorauszahlung der gesamten Leasingraten für die Laufzeitdauer der Transaktion an die beteiligten Banken leistet.
- 14 Der gesamte wirtschaftliche Anreiz einer Cross-Border Transaktion resultiert aus steuerlichen Vorteilen, und orientiert sich am US-amerikanischen Steuerrecht. Die CBL-Transaktion stellt keine Finanzierung im eigentlichen Sinne dar, da lediglich bereits durchfinanzierte Vermögensgegenstände im Rahmen der Finanzierungsstruktur steuerlich optimiert werden. Der steuerliche Vorteil geht allein zu Lasten des amerikanischen Fiskus und, negativ interpretiert, unterwandert die eigentliche Intention des amerikanischen Gesetzgebers, nämlich die Förderung US-amerikanischer Investitionen. Dies würde auch die zahlreichen Gesetzesänderungen zur Eingrenzung solcher Leasinggeschäfte erklären, die immer wieder durch neue Transaktionsstrukturen unterlaufen werden. Wohlwollend interpretiert, handelt es sich möglicherweise um eine beabsichtigte steuerliche Entlastung großer amerikanischer Investoren durch die US-Regierung.
- 15 Bisher umstritten ist die Verwendung des erzielten Barwertvorteils deutscher Gemeinden. Es gibt unterschiedliche Auffassungen darüber, ob der Nettobarwertvorteil einer CBL-Transaktion unmittelbar dem Gebührenhaushalt zuzuschreiben ist, oder ob die Kommune darüber frei im Rahmen des Gemeindehaushalts verfügen kann; abschließend existiert noch kein rechtskräftiges Urteil.

S. 22

- HFR 6/2004 S. 4 -

16 **3. Beurteilung von Cross-Border Leasing**

Die insgesamt sehr lückenhafte und einzelfallspezifische Berichterstattung über Cross-Border Leasing wirft viele offene Fragen auf und verfällt sehr häufig in eine moralische Diskussion. Objektiv betrachtet ergeben sich folgende nach den Kriterien Betreiberrisiko, Steuerrisiko, Ausfallrisiko geordnete Risikomerkmale:

17 **Betreiberrisiko**

- Es existiert eine Betreiberpflicht des deutschen Partners für die Laufzeit des Leasingvertrages. Daraus resultiert ein Kündigungsrecht und mögliche Schadenersatzforderungen des Lessors in Höhe des entgangenen Steuervorteils, sobald das Leasingobjekt nicht im vereinbarten Umfang betrieben wird.

- 18 - Für die Dauer des Leasingvertrages müssen die eingebrachten Immobilien bzw. Anlagen im Bestand erhalten und betriebsbereit gehalten werden, dies führt u.U. zu einer nicht planbaren Verpflichtung des Lessees über einen unüberschaubaren langen Zeitraum.

- 19 - Wird die CBL-Transaktion aus vom Lessee zu vertretenden Gründen vorzeitig aufgelöst, trägt dieser vertragsbedingt das Risiko der Vorfälligkeitsentschädigung (Termination Value), das gegebenenfalls nicht durch den erzielten Nettobarwertvorteil aufgefangen werden kann.

20 **Steuerrisiko**

- Änderungen des US-amerikanischen Steuerrechts wirken sich lediglich auf zukünftige Transaktionen aus, bestehende Transaktionen genießen bisher Bestandsschutz. Das

Risiko des Nichtzustandekommens einer Transaktion trägt lediglich der Arrangeur. Sollten sich Steueränderungen auf bestehende Transaktionen auswirken, liegt das Risiko beim US-Investor.

- 21 - Die oberste Steuerbehörde der USA, Internal Revenue Service (IRS), beurteilt Cross-Border Leasing seit 1999 je nach Gestaltung als Scheingeschäfte und Gestaltungsmissbrauch. Der klassischen Lease-In/Lease-Out Struktur wurden bereits 1999 vom IRS die beabsichtigten steuerlichen Vorteile aberkannt. Am 11. Oktober 2002 unterstrich der IRS seine Rechtsauffassung, was zur leicht abgewandelten Service Contract Struktur führte. Seither wurden keine weiteren Einschränkungen der US-Steuerbehörden vorgenommen, was durchaus darauf schließen lässt, dass die US-Regierung diese Art der CBL-Struktur zumindest vorübergehend akzeptiert bzw. fördert.
- 22 - Die Rückabwicklung einer CBL Transaktion könnte auch in Deutschland steuerliche Folgen für die Vertragsbeteiligten auslösen.
- 23 - Quellensteuer wird auch unter Berücksichtigung bestehender Doppelbesteuerungsabkommen bei Abschluss der Transaktion nicht erhoben.
- 24 - Das deutsche Steuerrisiko wird durch Einholen einer verbindlichen Auskunft beim zuständigen Finanzamt eingegrenzt; bislang gab es im deutschen Steuerrecht keine Anzeichen für eine Rückwirkung späterer Gesetzesänderungen.

S. 23

- HFR 6/2004 S. 5 -

25 Ausfallrisiko

- Das Ausfallrisiko der beteiligten Banken wird durch Beschränkung auf eine ausschließlich erstklassige Bonität auch im Verlauf der Transaktion (Recht zum Austausch der Bankpartner bei Bonitätsverschlechterung) minimiert.
- 26 - Das Insolvenzrisiko des US-Investors wird durch die Zwischenschaltung eines US-Trusts minimiert, der von einem unabhängigen Treuhänder nach vertraglich fixierten Vorgaben verwaltet wird.
- 27 Für deutsche Kommunen bietet Cross-Border Leasing die Möglichkeit, eine geringfügige Entlastung der ansonsten äußerst angespannten Haushaltslage zu erzielen. Soweit Risiken, die aus einer derartigen Transaktion resultieren, erkennbar sind, bemühen sich die Vertragspartner, diese durch entsprechende vertragliche Regelungen beherrschbar zu machen. Aufgrund der extremen Langfristigkeit der Cross-Border Leasingverträge besteht allerdings immer die Gefahr, dass nicht alle künftigen Ereignisse, die für die Vertragsbeziehung relevant werden können, antizipiert werden. Insofern können durch Cross-Border Leasingverträge vertragliche Bindungen entstehen, die die künftige Handlungsfreiheit des Lessee erheblich beeinträchtigen. Ein sicherlich entscheidender Faktor bildet die überaus langfristige Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der verleasten Anlage oder Immobilie. Allerdings besteht dieses Problem auch ohne Abschluss einer CBL-Transaktion, wengleich ansonsten in kürzeren und überschaubareren Zyklen geplant werden kann.
- 28 Der finanzielle Vorteil des Cross-Border Leasing geht zu Lasten des US-amerikanischen Steuerzahlers. Entsprechend kann Cross-Border Leasing als eine bewusste Steuerbegünstigung großer amerikanischer Investoren durch die US-Regierung angesehen werden, wobei ein kleiner Teil als Anreiz an die ausländischen Vertragspartner abgegeben wird. Aus deutscher Sicht ist bedenklich, dass Kommunen, die selbst Empfänger von Steuerzahlungen sind, sich an Geschäften beteiligen, die zwar legal sind, letztlich aber keinen ökonomischen Gehalt haben, sondern einzig und allein dazu dienen, steuerrechtliche Vorschriften zu umgehen.
- 29 Im Einzelfall werden die Höhe des zu erzielenden Vorteils und die sich ergebenden Risiken aufgrund der sehr langen Vertragslaufzeit gegeneinander abzuwägen sein, so dass aus Sicht der Kommune keine pauschale Aussage zur Vorteilhaftigkeit einer CBL-

Transaktion getroffen werden kann.

Zitierempfehlung: Thomas Hartmann-Wendels, HFR 2004, S. 19 ff.