

einen Beispielsfall⁴⁷ für den übergeordneten Leitgedanken, dass „die Öffentliche Ausschreibung oder Beschränkte Ausschreibung unzweckmäßig“ wäre. Die zur Erarbeitung der Grundlagen für das A-Modell beauftragten Gutachter gelangten zum Ergebnis, dass für Projekte des A-Modells eine beschränkte Ausschreibung in diesem Sinne unzweckmäßig und daher dem Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb der Vorzug zu geben sei. Dabei stellten die Gutachter nicht in erster Linie auf die Beschreibbarkeit der Leistung, sondern auf das sachlich gerechtfertigte Erfordernis ab, dass „Verhandlungen über Haftungs-, Vergütungs- und/oder Sicherungsmodalitäten praktisch unumgänglich“ sind⁴⁸. Auch die gegenüber klassischen Bauverträgen wesentlich komplexere Zuordnung der Risiken bei Bau und Betrieb zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer spricht nach Ansicht der Gutachter dafür, dass eine beschränkte Ausschreibung unzweckmäßig wäre.

Obwohl dem unter pragmatischen Gesichtspunkten zuzustimmen ist, bleibt abzuwarten, wie die Vergabekammern und Vergabesenate diese Frage beurteilen. Der wertende Begriff der Unzweckmäßigkeit lässt sich nur im Wege von Einzelfallentscheidungen konkretisieren. Die freihändige Vergabe ist „am wenigsten dazu geeignet. . . , die tragenden Grundsätze des Vergaberechts – Wettbewerb, Gleichbehandlung, Transparenz – umzusetzen“⁴⁹, weshalb strenge Maßstäbe an die Prüfung der Frage anzulegen sind, ob im konkreten Einzelfall die Durchführung einer beschränkten Ausschreibung unzweckmäßig wäre. Das lässt sich für Projekte des F-Modells leichter befürworten, da die Beleihung und Mauterhebung nach dem Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz die Komplexität der Angebotserstellung deutlich erhöht und die im F-Modell zu realisierenden ingenieurtechnischen Spezialbauwerke wesentlich schwieriger zu beschreiben sind als der Ausbau eines bestehenden Autobahnabschnitts⁵⁰.

b) *Nebenangebote*. Nach den Verdingungsunterlagen zu Projekten des F-Modells sind Nebenangebote ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebotes ausgeschlossen (§ 10 Nr. 5 IV 1 Halbs. 2 VOB/A Abschn. 1). Weiter ist nach den Bewerbungsbedingungen für das F-Modell die im Entwurf des Konzessionsvertrags „vorgegebene Risikoverteilung . . . auch bei der Abgabe von Änderungsvorschlägen und Nebenangeboten . . . zwingend zu beachten“. Da mit fast jeder vertraglichen Bestimmung der Versuch unternommen wird, Risiken zwischen den Vertragsparteien zu verteilen, macht eine derartige Vorgabe den Entwurf des Konzessionsvertrags zum F-Modell insgesamt sakrosankt, soweit Änderungen nicht durch § 9 Nr. 2 VOB/A Abschn. 1 oder § 307 I 1 BGB gerechtfertigt sind. Für Projekte des A-Modells sollen andere Wege beschritten werden. Die Gutachter zum A-Modell sprachen sich für eine Koppelung von Nebenangebot und Hauptangebot nur mit Blick auf technische Änderungsvorschläge aus. Weiter will die Gutachtergruppe so genannte kaufmännische Nebenangebote, die auf eine Änderung des vorliegenden Vertragsentwurfs zielen, nicht zwingend ausschließen, weil anderenfalls „die Attraktivität des A-Modells bei potenziellen Konzessionären erheblich beeinträchtigt“ würde⁵¹. Diese Lockerungen sind zu begrüßen.

IV. Zusammenfassung

Die rechtlichen Grundlagen des A-Modells sind zwar, insbesondere was die Begründung des Vorliegens eines öffentlich-rechtlichen Vertrags sowie einer Baukonzession betrifft, in der Praxis noch zu erhärten. Doch hat der Gesetzgeber bereits mit der Einführung des Autobahnmautgesetzes sowie der Einholung des Musterkonzessionsvertrages sowie der Muster-Verdingungsunterlagen für Projekte des A-Modells dem privatfinanzierten Fernstraßenbau auf Autobahnen neue

Impulse verliehen, nachdem das F-Modell im In- und Ausland auf Grund der bisherigen praktischen Erfahrungen eher zurückhaltend aufgenommen wurde.

47) Die Aufzählung in § 3 Nr. 4 VOB/A Abschn. 1 ist nicht abschließend, vgl. *Motzke/Pietzcker/Prieß* (o. Fußn. 43), § 3 VOB/A Rdnr. 62; *Ingenstau/Korbion*, 14. Aufl. (2001), § 3 VOB/A Rdnr. 30.

48) Gutachten A-Modell (s. o. Fußn. 11), Teil IV, S. 28 ff. Dies gilt nicht nur für die Variante des Ideenwettbewerbes, in dem der Private zur Ausgestaltung des Projekts und damit zu dessen Beschreibbarkeit selbst beiträgt, sondern auch für die Variante der konventionellen Planung, bei der die Planfeststellung bereits abgeschlossen ist.

49) *Motzke/Pietzcker/Prieß* (o. Fußn. 43), § 3 VOB/A Rdnr. 62.

50) Vgl. jeweils zu § 3 Nr. 4 lit. b VOB/A Abschn. 1 *Ingenstau/Korbion* (o. Fußn. 47), § 3 VOB/A Rdnr. 34 („bei speziellen Baumaßnahmen“); *Motzke/Pietzcker/Prieß* (o. Fußn. 43), § 3 VOB/A Rdnr. 67 („komplexe Bauvorhaben“).

51) Muster-Verdingungsunterlagen zum A-Modell in der Variante der konventionellen Planung (s. o. Fußn. 11), S. 15, Anm. zu Nr. 4.4.

Rechtsanwalt Dr. Peter Smeets, Dr. Helfried Schwarz, Attorney-at-law, und Rechtsanwalt Daniel Sander, Frankfurt a. M.

Ausgewählte Risiken und Probleme bei US-Leasingfinanzierungen*

In der Diskussion um US-Leasingfinanzierungen haben sich drei Problemkreise herauskristallisiert. Erstens: die Seriosität der Finanzierungsstrukturen, zweitens: das Ausmaß der Risiken und Verpflichtungen, welche die Kommunen mit dem Vertragsschluss eingehen, und drittens: die Möglichkeit einer zutreffenden Einschätzung der komplexen US-Leasingverträge und ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Auswirkungen durch die Kommunen. Im ersten Teil dieses Beitrages soll daher vertiefend auf die Hintergründe der Cross-Border-Finanzierungen aus US-amerikanischer Sicht eingegangen werden. Im zweiten Teil sind die wichtigsten vorvertraglichen sowie transaktionsinhärenten allgemeinen und speziellen Risiken der US-Leasingfinanzierungen zu besprechen, um eine Einschätzung der einhergehenden Vor- und Nachteile zu ermöglichen. Danach folgt im dritten und letzten Teil ein Vergleich mit anderen von Kommunen üblicherweise abgeschlossenen Finanzierungsstrukturen. Daran kann schließlich beurteilt werden, ob die Risiken der US-Leasingfinanzierungen besser oder schlechter einzuschätzen sind als die Risiken sonstiger Finanzierungsmodelle bzw. ob sie deren Risiken übersteigen.

I. Einleitung

US-Leasingfinanzierungen¹ sind seit etwa einem Jahr Gegenstand zunehmend kontroverser Diskussionen. In jüngster Vergangenheit haben abermals kritische Journalisten und Politiker auf Landesebene behauptet, dass diese Finanzierungsform halblegale Steuertricks zu Lasten des deutschen und US-amerikanischen Fiskus und unkalkulierbare Risiken für die Kommunen beinhalten würde. So gab es in der Bayeri-

* Dr. Peter Smeets ist Partner der Sozietät *Smeets Haas Wolff* Rechtsanwälte. Dr. Helfried Schwarz ist Partner im Frankfurter Büro der Sozietät *Milbank, Tweed, Hadley & McCloy LLP*. Daniel Sander ist Rechtsanwalt bei *Smeets Haas Wolff* Rechtsanwälte. Die Autoren danken *Mark Regante*, US-Steueranwalt, und *Dr. Stefan Buske*, Rechtsanwalt bei *Milbank, Tweed, Hadley & McCloy LLP* für ihre hilfreichen Anregungen.

1) Synonym werden auch verwendet: Cross-Border-Leasing, US (Leveraged) Lease und grenzüberschreitende Leasingtransaktionen.

schen Staatsregierung Tendenzen, den Abschluss neuer US-Leasingtransaktionen durch eine Änderung des § 61 BayGO drastisch einzuschränken². Gegen diese restriktiven Bestrebungen erhob sich beachtlicher Widerstand von Kommunalpolitikern, die sich in einer Zeit knappster öffentlicher Kassen in der Wahrnehmung von Refinanzierungsmöglichkeiten behindert und dadurch das Selbstverwaltungsrecht der Kommunen in Gefahr sehen³. Es besteht offensichtlich trotz einiger neuerer Beiträge⁴ noch Klärungsbedarf hinsichtlich des Verhältnisses von Chancen und Risiken der US-Leasingfinanzierungen.

II. Hintergründe der Leasingfinanzierungen aus US-amerikanischer Sicht

Die derzeitige Diskussion über US-Leasingtransaktionen findet ihre Basis zu weiten Teilen zunächst in moralischen Erwägungen⁵. Darf eine Kommune⁶, die Bestandteil des Gesamtstaates ist, Steuervorteile für private Dritte – sei es zu Lasten des US-Fiskus oder zu Lasten des deutschen Fiskus – ermöglichen, um selbst finanziell zu profitieren? Darf sich eine Kommune an Finanzierungsmodellen beteiligen, von denen behauptet wird, sie seien als „Steuertrickserie“ oder gar als „rechtlich an der Grenze zum Illegalen“ einzuordnen?

Vorab ist hier festzustellen, dass US-Leasingfinanzierungen keinerlei Steuerersparnis oder -stundung zu Gunsten deutscher Steuerpflichtiger zur Folge haben⁷. Der deutsche Fiskus profitiert in der Regel vielmehr vom Abschluss der US-Leasingfinanzierungen, da der den deutschen Kommunen zufließende Barwertvorteil stets umsatzsteuerpflichtig und je nach Rechtsform des Anlagenbetreibers körperschaftsteuerpflichtig ist⁸. Auch die vielfältige Beteiligung deutscher Kreditinstitute und Landesbanken entfaltet nicht unerhebliche positive Wirkungen für die deutsche Volkswirtschaft. Im Folgenden sollen nach der Darstellung der Entwicklung grenzüberschreitender Leasingverträge die steuer- und bilanzrechtlichen Hintergründe im US-amerikanischen Recht erklärt werden. Neben den Vorteilen der Geschäfte für die US-amerikanischen Eigenkapitalinvestoren werden die möglichen Motive des US-Gesetzgebers für die Akzeptanz dieser Transaktionen näher beleuchtet.

1. Historische Entwicklung von US-Leasingfinanzierungen

Die im US-Bundeseinkommensteuergesetz (*Internal Revenue Code*) aus dem Jahre 1954 erstmalig kodifizierte Möglichkeit der degressiven Abschreibung⁹ schuf einen ausdrücklichen wirtschaftlichen Anreiz zum Erwerb von Gegenständen des Anlagevermögens. Sie legte damit den Grundstein für die Entwicklung der Leasingindustrie in den USA, da es dem Eigentümer ermöglicht wurde, die steuerliche Absetzung für Abnutzung über einen im Vergleich zu der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer des Anlagegutes kürzeren Zeitraum zu verteilen und in den Anfangsjahren entsprechend höheren Abschreibungsaufwand zu generieren. Nach umstrittenen Leasinggeschäften der U. S. Navy wurden im Jahr 1984 auf Initiative des Abgeordneten *Pickle* und des Senators *Dole* die gesetzlichen Vorschriften über die Abschreibung für Leasing an nicht in den USA Steuerpflichtige (*Tax-exempt Entities*), einschließlich der Steuerländer, dahin gehend geändert, dass die Abschreibung nur noch linear und über einen längeren Zeitraum erfolgt¹⁰.

Um die Konformität mit den *Pickle-Dole*-Regeln zu gewährleisten und dennoch zu wirtschaftlich vertretbaren Ergebnissen zu gelangen, fand in der Folgezeit die so genannte *Replacement-Lease*-Struktur Anwendung. Dabei wurde die Gesamtlauzeit des Leasingvertrags unterteilt in die – für die Abschreibung maßgebliche – Grundlaufzeit, die der an den jeweiligen AfA-Tabellen angelehnten kürzestmöglichen Periode entspricht, und die Anschlusslaufzeit mit einem vom Leasingnehmer zu stellenden Dritten, welche die volle Amortisation der Anschaffungskosten des Leasinggebers bei Nichtausübung der Kaufoption ermöglicht. Nachdem auf Grund einer im Jahre 1995 veröffentlichten Steuerverordnung¹¹ die Grund- und die Anschlusslaufzeit für Abschreibungszwecke zu addieren sind, stand

dann bis Mitte 1999 das so genannte *Lease-in-Lease-out*-Modell (*LiLo*)¹² in Verwendung, bei dem es statt auf die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums auf das Nutzungsrecht am Wirtschaftsgut (*leasehold interest*) ankam und an Stelle von Absetzung für Aufwand Rechnungsabgrenzungsposten aufgelöst wurden. Nunmehr ist die so genannte *Service-Contract*-Struktur üblich, bei der sich im Fall der Nichtausübung der Kaufoption durch den Leasingnehmer am Ende der Grundmietzeit ein Betriebsführungsvertrag (*Service Contract*) anschließt, der durch die Einnahmen aus der Bereitstellung der Leistungen des Anlageguts die Amortisierung der „Anschaffungskosten“ durch den US-Investor sicherstellt. Die gesetzlichen Voraussetzungen für steuerlich anerkannte Betriebsführungsverträge bestehen schon seit 1984 und werden für die *Service-Contract*-Struktur analog angewandt¹³. Daneben finden sich im grenzüberschreitenden Bereich derzeit auch Leasingfinanzierungen von bestimmten Wirtschaftsgütern aus dem Hoch-Technologiebereich (so genannte *Qualified Technological Equipment – QTE*), bei denen wegen des rasanten technischen Fortschritts verkürzte Abschreibungsperioden gelten¹⁴.

2) Der Entwurf der Bayerischen Staatsregierung zur Änderung des KommunalR v. 20. 1. 2003 wurde kommentarlos aus den Vorlagen für die Lesung am 6. 5. 2003 im Bayerischen Landtag entfernt.

3) So etwa der Vorsitzende des Bayerischen Städtetages in der Süddeutschen Zeitung v. 14. 2. 2003. Vgl. auch die Beiträge in der FAZ v. 15. 4. 2003.

4) S. u. a.: *Sester*, ZBB-Sonderdruck 4/2003; *Biagosch*, ZfK 3/2003, 13; *Laudenklos/Pegatzky*, NVwZ 2002, 1299 ff.; *Pschera/Hödl-Adick*, ZfK 2002, 50 ff.; *Quaas*, NVwZ 2002, 144 ff.; *David*, KStZ 2000, 1 ff.; *Wilkens*, LKV 2002, 109 ff.; *Wagner/Pegatzky*, Der Syndikus 2002, 48 ff.; zum Vergaberecht: *Pschera/Enderle*, DB 2002, 2363 ff.; *Bühner*, DB 2002, 1036 ff.; zum GebührenR: *Driehaus* (Hrsg.), KommunalabgabenR, 27. Erg.-Lfg. (9/2002), § 6 Rdnrn. 59 ff.; *Biagosch/Kuchler*, KStZ 2002, 85 ff.; *Thomas/Wanner*, KStZ 2001, 64 (68 ff.).

5) So z. B. in Der Spiegel, Heft 9/2003. Es sei nochmals darauf hingewiesen, dass die dort kritisierten LiLo-Verträge schon seit 1999 nicht mehr abgeschlossen werden.

6) Sofern in diesem Beitrag von der Kommune als Vertragspartner die Rede ist, sollen die Ausführungen gleichsam für privatrechtlich organisierte kommunale Betriebe und öffentlich-rechtliche Zweckverbände gelten. Für sämtliche dieser Institutionen kommt der Abschluss einer US-Leasingtransaktion in Betracht, wenn sie Eigentümer langlebiger Anlagen sind, deren Wert 100 Mio. US\$ übersteigt. Als synonyme Bezeichnung der Kommune finden in der Literatur oft auch die Begriffe „Eigentümer“ und „Leasingnehmer“ (des Untermietvertrags) Verwendung.

7) *Thomas/Wanner*, KStZ 2002, 64, (66). Deutsche Finanzbehörden und -ministerien haben sich mit US-Leasingfinanzierungen eingehend beschäftigt und sie als Geschäfte sui generis mit reinem Finanzierungscharakter eingestuft; siehe dazu den koordinierten Ländererlass des Bayerischen Staatsministeriums für Finanzen v. 15. 9. 1998, DStR 1998, 1797, und die Verfügung der OFD Hannover v. 30. 11. 1998, DB 1999, 71.

8) A. A.: *Thomas/Wanner*, KStZ 2001, 64 (67).

9) So genanntes *Modified Accelerated Cost Recovery System (MACRS)* nach Sec. 168 Internal Revenue Code. Der Abschreibungszeitraum für überwiegend außerhalb der USA verwendete Gegenstände war geringfügig länger.

10) Deficit Reduction Act, Pub. Law No. 98-369. Abschreibungsdauer ist der längere Zeitraum von entweder 125% der Laufzeit des Leasingvertrags oder 100% der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer. Die Abschreibung folgt nunmehr dem nunmehr dem ungünstigeren so genannten *Alternative Depreciation System (ADS)*.

11) Treas. Regs. § 1.168(i)-2 (T.D. 8667).

12) Die Federal Transit Administration propagierte den Einsatz dieses Modells als innovatives Finanzierungsinstrument für Verkehrsbetriebe in den USA. Dennoch ergingen zu dieser Struktur zwei kritische, für US-Gerichte aber nicht bindende Stellungnahmen des Internal Revenue Service (Rev. Rul. 1999-14 u. 2002-69). LiLo-Transaktionen sind seit der Einführung neuer Regeln im Jahre 1999 bezüglich der periodengerechten Zuordnung von Verlusten und Erträgen nicht mehr gängig.

13) § 7701(e) Internal Revenue Code nennt bestimmte Indizien für die Abgrenzung zwischen *Lease* und *Service Contract*. Für Anlagen der öffentlichen Daseinsvorsorge im Bereich der Ver- und Entsorgung gelten jedoch Privilegierungen, nach der ein *Service Contract* (widerleglich) vermutet wird, s. dazu Sec. 7701(e)(1) Internal Revenue Code.

14) Objekte sind insbesondere Computer und Peripherieanlagen; Telekommunikationsanlagen; medizinische (Hochtechnologie-)Behandlungsgeräte oder andere elektronische, rechnergestützte Anlagen, wie sie in § 168(i)(2) Internal Revenue Code näher bezeichnet werden.

2. Steuerliche und bilanzielle Behandlung in den USA

Die steuerliche Behandlung der US-Leasingfinanzierungen folgt in den USA – ebenso wie in Deutschland – den nationalen Rechtsvorschriften¹⁵. In den USA wird der langfristige Hauptleasingvertrag einer US-Leasingfinanzierung steuerrechtlich als Übertragung (*conveyance*) an den Trust und der kurzfristige Unterleasingvertrag an den Eigentümer als *true lease* qualifiziert. Die unterschiedliche Zuordnung in den beiden Ländern, nämlich einerseits Bejahung wirtschaftlichen Eigentums beim Trust¹⁶ und andererseits wirtschaftliches (und zivilrechtliches) Eigentum bei der Kommune kann zu einer Doppelabschreibung des Leasinggegenstands sowohl in den USA als auch in Deutschland führen. Diese Qualifikationskonflikte sind bei grenzüberschreitenden Geschäften nicht unüblich und resultieren aus der legislativen Souveränität der Staaten¹⁷.

Die US-amerikanische Bundessteuerbehörde (*Internal Revenue Service*) hat in ihren Verwaltungsanweisungen¹⁸ für die verschiedenen Vertragsgestaltungen die Voraussetzungen spezifiziert, nach denen ein fremdfinanziertes Anlagegut für US-Steuerzwecke wirtschaftlich dem Leasinggeber zuzurechnen und damit von diesem in der Steuerbilanz zu aktivieren ist¹⁹. Diese so genannten *True Lease Guidelines* enthalten keine abschließende Beurteilung der Zuordnungsthematik und sind auch für US-Gerichte nicht bindend; gemeinsam mit der einschlägigen Rechtsprechung beeinflussen sie die Gestaltung von Leasingmodellen aber maßgeblich. Des Weiteren darf auf Grund der *Economic Substance Doctrine* für die Bejahung wirtschaftlichen Eigentums des US-Investors wesentliches Motiv nicht nur die Erzielung von Steuereffekten sein²⁰. Vielmehr ist nach Saldierung der aus der Transaktion resultierenden Zahlungsströme ein Vorsteuergewinn für den Investor erforderlich.

Eine US-Leasingfinanzierung ist regelmäßig ein *leveraged lease*, d. h. in die Finanzierung der Transaktion wird zu einem großen Anteil Fremdkapital einbezogen. Bemerkenswert ist im Hinblick auf die bilanzrechtliche Behandlung²¹, dass der US-Investor nicht etwa das gesamte Leasingobjekt, sondern nur den seiner Eigenkapitaleinlage entsprechenden Teil in seiner Handelsbilanz aktivieren muss. Zudem vereinbart der US-Investor für Zwecke seines Jahresabschlusses trotz des steuerwirksamen Aufwandes in den Anfangsjahren im selben Zeitraum einen Großteil seiner positiven Erträge.

3. Vorteile des US-Investors

Bei den US-Investoren handelt es sich regelmäßig um US-amerikanische Finanzinstitute, Versicherungen und Industrieunternehmen, die über im Rahmen von US-Leasingfinanzierungen einsetzbare steuerpflichtige und damit unmittelbar ergebniswirksame Einkünfte verfügen. Der primäre Vorteil für den US-Investor liegt im Steuerstundungseffekt, der aus einer Verlagerung von steuerpflichtigen Einkünften des Leasinggebers in spätere Veranlagungszeiträume resultiert²². Die in den USA steuerpflichtigen Unternehmen als Investoren erzielen durch die Transaktionen keine Steuerersparnis, da dem anfänglich absetzbaren Aufwand für die Anschaffung des Leasinggegenstands später die Mietentnahmen aus dem Rückmietvertrag gegenüberstehen. In den Anfangsjahren der Transaktion kompensieren die negativen Einkünfte aus dem Lease zwar die positiven Einkünfte aus dem operativen Geschäft des Investors, was dessen Steuerlast in diesem Zeitraum mindert. In den Folgejahren kumulieren jedoch die positiven Einkünfte aus dem Lease mit denen des operativen Geschäfts und bewirken eine erhöhte Steuerlast. In der Gesamtschau kommt es durch die Transaktion zu einem steuerpflichtigen Totalüberschuss für den Investor. Seine Steuerzahlung kann aber gestreckt werden,

wodurch bei ihm Steuerstundungseffekte entstehen. Die Strukturierung als *leveraged lease*²³ ermöglicht dem US-Investor bei einer vergleichsweise geringen Eigenmittelzuführung, die in der Regel zwischen 13% und 15% des Gesamtfinanzierungsbetrags liegt, dennoch den gesamten Abschreibungsaufwand sowie daneben den auf den Fremdmittelanteil der Finanzierung entfallenden Zinsaufwand geltend zu machen.

4. Erwägungen des US-Fiskus

Zieht man den Zeitwert der Steuerverlagerung in Betracht, schlägt sich die Steuerstundung zwar beim US-Fiskus zunächst als Verlust an Zinseinnahmen negativ nieder. Durch die Steuerstundung verbessert sich jedoch die Liquiditätslage der US-Unternehmen und damit ihre Fähigkeit, neue Investitionen zu tätigen. Dies wirkt sich stimulierend auf die US-amerikanische Volkswirtschaft aus. Zugleich eröffnen Cross-Border-Finanzierungen für die Investoren eine Möglichkeit des Steuer- und Bilanzmanagements. In den USA existieren durchaus unterschiedliche Auffassungen zu den Auswirkungen der Cross-Border-Geschäfte. Nach den Einschränkungen durch die *Pickle-Dole*-Regeln wurden im US-Kongress Stimmen laut, die eine Rücknahme der Benachteiligung von Leasingverträgen mit nicht in den USA Steuerpflichtigen forderten²⁴. Dagegen sind Vorschläge der *Clinton-Administration*²⁵ zur Verschärfung der leasingrelevanten Steuervorschriften im Gesetzgebungsverfahren genauso abgelehnt worden, wie erst kürzlich ähnliche Bestrebungen im *Jobs and Growth Tax Relief Reconciliation Act of 2003*. Bei näherer Betrachtung der Entwicklung und Hintergründe der US-Leasingfinanzierungen kann angenommen werden, dass diese keine vom US-Gesetzgeber lediglich unbewusst geschaffenen Steuerschlupflöcher darstellen.

15) Zur Bilanzierung und Steuern nach deutschem Recht: Günther/Niepel, DStR 2002, 601 (603).

16) Dieser wird in der Literatur oft auch als Leasinggeber (des *Sub Lease*) bezeichnet. Der vom US-Investor gegründete Trust ist steuerrechtlich transparent und wird – wie eine deutsche Personengesellschaft – dem US-Investor zugerechnet.

17) Vgl. nur *Laudenklos/Pegatzki*, NVwZ 2002, 1299 (1301 f.).

18) Rev. Proc. 75-21 u. 75-28, diese ersetzt durch Rev. Proc. 2001-28 und 29.

19) Von einem Leasingvertrag, bei dem das Anlagegut – im Gegensatz zum Ratenkauf – in der Steuerbilanz des Leasinggebers zu aktivieren ist, wird nach den *True Lease Guidelines* ausgegangen, wenn (1) der Leasinggeber eine risikobehaftete Eigenbeteiligung von mindestens 20% der Anschaffungskosten des Anlageguts in die Transaktionen einbringt, (2) der Leasingnehmer das Anlagegut zu einem den Verkehrswert nicht unterschreitenden Optionspreis vom Leasinggeber erwerben kann, (3) der Leasingnehmer sich nicht an den Anschaffungskosten des Anlagegutes beteiligt, (4) der Leasingnehmer dem Leasinggeber weder Eigenmittel zur Anschaffung des Anlagegutes zur Verfügung stellt noch die Rückführung aufgenommener Fremdmittel zur Anschaffung des Anlagegutes garantiert, (5) der Leasinggeber einen Vorsteuergewinn erzielt, sowie (6) nach Ablauf des Leasingvertrags eine tatsächliche Nutzungsdauer von zumindest 20% und ein Restwert von zumindest 20% der ursprünglichen Anschaffungskosten zu erwarten ist.

20) Vgl. dazu: *Rice's Toyota World, Inc.*, 81 T.C. 184 (1983); *Estate of Thomas v. Comm'r*, 84 T.C. 412 (1985).

21) Die handelsrechtlichen Zuordnungsvorschriften finden sich im *Statement of Financial Accounting Standards No. 13 (FAS 13)* des *Financial Accounting Standards Board*.

22) Neben dem regulären System wird die Einkommensteuerschuld auch nach dem alternativen Mindeststeuer-System (alternative minimum tax) berechnet, um für jeden Veranlagungszeitraum steuerliche Mindesteinnahmen zu sichern. Dabei kann ein Leasinggeber nur geringere Absetzungen vornehmen als nach der regulären Methode.

23) D. h., die positiven Effekte werden durch die Hebelwirkung der Fremdkapitalfinanzierung verstärkt.

24) *Shrank/Gough*, *Equipment Leasing – Leveraged Leasing*, 2001, § 25:2.3 in Fußn. 40.1.

25) Department of the Treasury, *General Explanations of the Administration's Fiscal Year 2001 Revenue Proposals*, at 137 (Feb. 2000).

III. Einschätzung der Risiken der Transaktionen

1. Risiken auf dem Weg zum Vertragsabschluss

Bis zum endgültigen Abschluss des Vertragswerkes (*Closing*) stellt sich die Frage, wer das Kostenrisiko für den Fall des Scheiterns der Vertragsverhandlungen trägt. Zu einem Abbruch der Vertragsverhandlungen kann es kommen, wenn sich etwa die US-amerikanischen Steuergesetze in der Art ändern würden, dass es dem Investor unmöglich wird, die erwünschten Steuerstundungseffekte zu erzielen, wenn eine auf deutscher Seite notwendige öffentlich-rechtliche Genehmigung versagt wird oder die Vertragsverhandlungen scheitern. Zum Zeitpunkt des Abbruchs können bereits nicht unerhebliche Kosten durch die Tätigkeit der Arrangeure, Wertgutachter und anderer Berater entstanden sein. Diese Kosten werden wirtschaftlich betrachtet vom Steuervorteil des US-Investors gedeckt, der aber nur bei erfolgreichem Vertragsabschluss erzielt wird. In aller Regel schließen Kommune und Investor einen Vorvertrag (*Equity Commitment Letter*), nach dem der Investor die Kosten trägt, um selbst von weiteren Verhandlungen bzw. dem Vertragsabschluss Abstand nimmt oder einen Vertragsabschluss entgegen Treu und Glauben verhindert²⁶. Scheitert das Zustandekommen der Transaktion aus anderen Gründen, trägt im Außenverhältnis grundsätzlich die Kommune das Kostenrisiko. Im Innenverhältnis zwischen Kommune und Arrangeur übernimmt jedoch regelmäßig der Letztere das Risiko der Kosten in großem Umfang. Die Einzelheiten hinsichtlich des Kostenteils, welchen die Kommune zu tragen hat, hängt von den konkreten Vereinbarungen im Arrangeurvertrag ab. Entgegen der vorgetragenen Kritik lässt sich dieses Risiko der Kommune aber im Allgemeinen angemessen begrenzen. Hier sind verschiedene Gestaltungen möglich, die im Folgenden besprochen werden. Von den Kommunalvertretern sollte aber grundsätzlich berücksichtigt werden, dass die den Barwertvorteil mindernde Risikoprämie des Arrangeurs umso niedriger sein wird, je höher der Anteil der von der Kommune übernommenen Risiken ist.

a) Es kann erstens vereinbart werden, dass der Arrangeur die kompletten Kosten übernimmt, wenn der Vertragsschluss scheitert. Diese Option scheint zunächst sehr komfortabel für die Kommune zu sein, da sie keinerlei Kosten zu tragen hat. Bei näherer Betrachtung sind aber beachtliche Nachteile festzustellen. Die Risikoprämie dieses „Rundum-Sorglos-Pakets“ wird den Barwertvorteil erheblich mindern. Ebenso könnte der Arrangeur geneigt sein, in den Verhandlungen mit dem Investor ungünstigere Vertragsbedingungen für den Leasingnehmer zu akzeptieren, um einen schnellen Vertragsabschluss sicher zu stellen. Zudem ist es schlechter zu prognostizieren, ob eine erforderliche Mehrheit der Kommunalvertretung in der abschließenden Abstimmung dem Vertrag zustimmt. Erfahrungsgemäß wird die Identifikation der Entscheidungsträger mit der Transaktion gestärkt, wenn auch Kostenfragen im Raum stehen.

b) Zweitens kann vereinbart werden, dass die Kommune beim Scheitern des Vertragsabschlusses unabhängig vom Verhandlungsstand bis zu einem bestimmten, vorher festgelegten Betrag (*cap*) an den Kosten beteiligt wird. Die Risikoprämie ist dann erheblich geringer, da auch der Leasingnehmer „mit im Boot sitzt“ und den von vielen Unwägbarkeiten im öffentlich-rechtlichen Bereich abhängigen Abschluss der Transaktion vorantreiben wird. Das Risiko bleibt für die Kommune aber kalkulierbar, denn sie kann sich auf den von ihr zu tragenden Anteil einstellen. Es sollte aber von den kommunalen Vertretern darauf geachtet werden, dass kein reiner Pauschalbetrag für den Fall des Verhandlungsabbruchs vereinbart wird, sondern die entstandenen Kosten nachgewiesen werden müssen. Würde der Ver-

tragsabschluss dann scheitern, beschränkt sich die Kostspflicht der Kommune auf einen vorher vereinbarten Betrag, der in angemessener Relation zum etwa hundertfachen Betrag des erzielbaren Barwertvorteils steht. Den um ein Vielfaches höheren Restbetrag der Kosten würde der Arrangeur übernehmen.

c) Drittens kann ein Modell mit abgestufter Kostentragungspflicht der Kommune vereinbart werden. Zunächst werden gemeinsam mit dem Arrangeur verschiedene so genannte „Meilensteine“²⁷ für den Ablauf der Transaktion bis zum Vertragsschluss definiert. Mit Fortschreiten der Verhandlungen erhöht sich bei Erreichen des nächsten „Meilensteins“ der Betrag, mit welchem sich die Kommune im Falle eines Scheiterns des Vertrags an den entstandenen Kosten beteiligt. Mit dem erfolgreichen Vertragsabschluss wird sie schließlich von der Kostentragung komplett befreit. Vorteil dieses Modells für den Arrangeurvertrag ist, dass keine oder nur eine sehr geringe Risikoprämie anfällt und eine große Transparenz der vertraglichen Vorteile und Risiken in den Abstimmungen der Kommunalvertretung gegeben ist. Abschließend ist festzustellen, dass durch dieses Modell ein möglichst hoher Barwert bei angemessener Risikoverteilung erreicht werden kann.

2. Allgemeine Risiken aus dem Vertragswerk

a) *Insolvenz des US-Trust*. In US-Leasingfinanzierungen²⁸ agiert üblicherweise eine vom US-Investor unwiderruflich errichtete, selbstständige juristische Person in der Form eines *statutory trust*²⁹ als Leasingnehmer des Hauptleasingvertrags und als Leasinggeber des Unterleasingvertrags³⁰. Nach ganz herrschender US-rechtlicher Auffassung kann ein Trust auf Grund seiner überwiegend passiven Tätigkeit in einer Cross-Border-Lease-Transaktion nicht Gegenstand eines Insolvenzverfahrens unter dem *US Bankruptcy Code* werden³¹. Selbst wenn jedoch ein derartiger Trust insolvenzfähig wäre, ist der Eintritt dieses Insolvenzrisikos als äußerst gering zu bewerten. Hierfür sprechen folgende Erwägungen: Der Trust wird als Ein-Zweckgesellschaft (*single purpose vehicle*) ausschließ-

26) So genannter *bad faith* des Investors.

27) Hierfür kommen in Frage z. B. ein Beschluss der Kommunalvertretung über die Suche nach einem Investor, die schriftliche Vorabstimmung zwischen Kommune und Investor bzw. Arrangeur über die wesentlichen Vertragsinhalte (*Term Sheet*) sowie die Abstimmung über den ausgehandelten Vertrag unter Zugrundelegung der Transaktionsbeschreibung.

28) Eine Darstellung der Vertragsstrukturen der US-Leasingfinanzierungen findet sich bei *Sester*, ZBB-Sonderdruck 4/2003, S. 3; *Bühner/ Sheldon*, DB 2001, 315; *Biagosch/Weinand-Härer*, DB 1998, Beil. 6, 7; *Fritz*, Kommunalwirtschaft 2001, 451 und Kommunalwirtschaft 2000, 361 sowie umfassend: *Biagosch/Weinand-Härer*, in: *Kroll* (Hrsg.), *Leasingdb. der Öffentlichen Hand*, 2002, 125 ff. Zur Risikoanalyse der US-Leasingfinanzierungen s. auch: *Günther/Niepel*, DStR 2002, 601 (604).

29) Die gesetzliche Grundlage liegt im jeweiligen Statutory Trust Act der Staaten Delaware und Connecticut, die überwiegend als Errichtungsort dienen. Anders als im Falle eines so genannten common law grantor trusts statuiert das Gesetz ausdrücklich, dass ein hierunter errichteter Trust rechtlich selbständig und auf Dauer angelegt ist.

30) Im Gegensatz zur Sicherungs- bzw. Verwaltungstreuhand deutschen Rechts ist der US-Trust als selbstständiger Träger von Rechten und Pflichten mit eigener Rechtspersönlichkeit zu verstehen; vgl. auch *BGH*, WM 1984, 1125 (1128).

31) Im Insolvenzverfahren nach Chapter 7 und Chapter 11 des US-Bankruptcy Code ist grundsätzlich nur eine „Person“ als Insolvenzschuldner insolvenzfähig, und zwar einschließlich eines business trust. In der Entscheidung *In re Secured Equipment Trust of Eastern Airlines, Inc.*, 38 F.3d 86 (2d Cir. 1994) konkretisierte das Gericht den im Gesetz nicht definierten Begriff *business trust* im Sinne eines Trusts, der dauerhaft errichtet wurde, um aktiv am Geschäftsverkehr teilzunehmen. Die bloße Teilnahme am Geschäftsverkehr durch überwiegende Ausübung einer passiven Verwaltungstätigkeit, wie sie für zum Zwecke von US-Leasingfinanzierungen errichtete Trusts typisch ist, ist demnach nicht ausreichend. Diese Berufungsentscheidung ist für Gerichte in den Staaten New York, Connecticut und Vermont bindend.

lich zur Teilnahme an einer konkreten Transaktion errichtet und die Aufnahme einer weitergehenden Geschäftstätigkeit ist vertraglich ausgeschlossen. Der Trust wird durch eine – im Einvernehmen mit dem deutschen Eigentümer ausgewählte – unabhängige Treuhandgesellschaft administriert, welche die Einhaltung dieser Auflagen überwacht. Schließlich sind die einzigen unmittelbaren Gläubiger des Trust in der Regel der deutsche Eigentümer selbst und das darlehensgebende Finanzinstitut, die wiederum ein vitales Interesse am Fortbestand des Trust haben.

Ein Insolvenzrisiko des Trust auf Grund von Forderungen (transaktionsfremder) Drittgläubiger im Zusammenhang mit etwaigen Schäden aus dem Betrieb oder Besitz des Leasinggegenstands ist als äußerst unwahrscheinlich zu bewerten, da einerseits die Kommune als unmittelbarer Besitzer regelmäßig die tatsächliche Sachherrschaft über das Leasingobjekt ausübt und vertraglich zur Freistellung derartiger Schäden gegenüber dem Trust verpflichtet ist. Andererseits wird eine deliktische Haftung des US-Trust nicht in Betracht kommen, weil dieser regelmäßig nur wirtschaftlicher, aber nicht zivilrechtlicher Eigentümer des Leasingobjektes und somit nicht Anspruchsgegner sein wird.

o) *Insolvenz des US-Investors.* Der Trust wird unter anderem zur Vermeidung der Überwälzung des Insolvenzrisikos des US-Investors auf die Finanzierungsstruktur errichtet. Nach h. A. unterbleibt die (insolvenzrechtliche) Zuordnung des Vermögens des Trust zum Vermögen des US-Investors, da diesem und seinen Gläubigern nach den Bestimmungen des jeweiligen bundesstaatlichen *Statutory Trust Act* kein Anspruch auf Vermögensgegenstände eines *statutory trust* zusteht und die Inbesitznahme des Vermögens des Trust ausdrücklich verboten ist. Zwar ist aus US-rechtlicher Sicht theoretisch denkbar, dass ein Insolvenzgericht im Rahmen seiner weitgehenden Kompetenzen eine Konsolidierung des Vermögens des Trust mit der Insolvenzmasse des US-Investors anordnen könnte, dieser Fall ist bis dato in der Praxis jedoch nicht eingetreten³².

3. Steuerrechtliche Risiken

a) *US-Quellensteuerrisiko.* Eine US-Leasingfinanzierung ist so strukturiert, dass auf die Zahlungsströme unmittelbar nach Vertragsabschluss keine Quellensteuern anfallen. Während der Laufzeit leistet der als Leasinggeber fungierende S-Trust aber periodische Zahlungen auf die Darlehen der Fremdkapitalfinanzierung. Das Besteuerungsrecht für die anteiligen Zinsen ist, entgegen der grundsätzlich erhobenen 30%igen US-Quellensteuer, durch die maßgeblichen Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) jedoch demjenigen Vertragsstaat zugewiesen, in dem die Fremdkapitalgeber der Besteuerung unterliegen³³. Der deutsche Eigentümer trägt aber üblicherweise das Quellensteueränderungsrisiko, etwa durch das Wiederaufleben des US-Besteuerungsrechts auf Grund einer Abkommensänderung³⁴. Eine derartige, fundamentale Änderung ist allerdings unwahrscheinlich, da sie nicht mit der Abkommenspolitik der USA, wie sie unter anderem aus dem US-Verhandlungsmuster für DBA bekannt ist, korrespondieren würde. Im Übrigen gehen Abkommensänderungen langwierige Verhandlungen voraus, in deren Verlauf eine gegebenenfalls erforderliche Restrukturierung einer US-Leasingfinanzierung, auf welche die Kommune dann einen vertraglichen Anspruch hat, vorgenommen werden könnte³⁵.

b) *US-Einkommensteuer.* Das US-Einkommensteuerrisiko fällt typischerweise in die Risikosphäre des US-Investors. Das umfasst zum einen das so genannte Anerkennungsrisiko, d. h. das Risiko, dass der Hauptleasingvertrag in den Vereinigten Staaten nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht als Übertragung (*conveyance*) und der Untermietvertrag nicht

als true lease qualifiziert wird. Zum anderen trägt der Investor ebenfalls das sogenannte Steueränderungsrisiko, d. h. das Risiko, dass er den Steuerstundungseffekt nicht oder nicht im erwarteten Umfang erzielen kann. Selbst wenn also eine US-Lease-Transaktion in den Vereinigten Staaten wider Erwarten steuerlich nicht anerkannt werden sollte, bleibt die Wirksamkeit der Vertragsbeziehungen zwischen den Parteien hiervon gänzlich unberührt. Der US-Investor ist in dieser Situation auch nicht berechtigt, die Verträge vorzeitig zu kündigen oder den an den deutschen Eigentümer ausbezahlten Barwertvorteil zurückzuverlangen.

4. Vertragliche Verpflichtungen und Risiken während der Laufzeit

a) *Einführung.* Kritiker der US-Leasingfinanzierungen bringen vor, die Verträge würden die Kommunen in ihrer Handlungsfreiheit zu stark einengen und ihnen unkalkulierbare Risiken aufbürden. Hinsichtlich des letzteren Punktes ist es sinnvoll, zunächst die scheinbaren Gefahren auszugrenzen, um sich auf die echten Risiken zu konzentrieren. Ins „Reich der Fabel“ gehören u. a. der Verlust des kommunalen Eigentums³⁶ und die Gefahr unangemessener Gebührenerhöhung durch einen neuen US-amerikanischen Betreiber³⁷. Die Kommune ist unter der US-Leasingfinanzierung neben der Zahlung der Mietraten auch zur Erhaltung der Betriebsfähigkeit, zur ausreichenden Wartung und Erhaltung des Leasinggegenstands verpflichtet. Die kritischen Stimmen verkennen hier jedoch, dass diese vertraglichen Lasten größtenteils entweder mit den schon zuvor bestandenen, auf Grund der Eigentümerstellung zu tragenden Risiken oder mit den gesetzlichen Verpflichtungen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben übereinstimmen. Darüber hinausgehende Verpflichtungen und Risiken erscheinen als Aufwand zur Erzielung des Barwertvorteils angemessen.

b) *Verlust der Flexibilität.* In Bezug auf die Flexibilität der Kommunen und die Frage, ob sich diese mit dem Eingee-

32) Zwar liegen keine Entscheidungen mit Bezug auf das Verhältnis Trust und US-Investor vor, es kann aber nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen auf die zwei folgenden Argumente rekurriert werden. Zunächst kann auf das Binnenverhältnis zwischen dem Trust und dem US-Investor abgestellt werden, nämlich ob diese in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht im Geschäftsverkehr untereinander als selbstständige und unabhängige Rechtsträger agiert haben; vgl. insoweit *In re Vecco Construction Industries, Inc.*, 4 B. R. 407, 410 (Bankr. E. D. Va. 1980). Daneben kann auch eine Außenbetrachtung vorgenommen werden, nämlich ob die jeweiligen Gläubiger beide Rechtsträger, also den Trust und den US-Investor als späterer Gemeinschuldner, in entsprechenden Verhandlungen als rechtlich selbstständige und unabhängige Gesellschaften behandelt und insbesondere auf eine separate Bonitätsbetrachtung beider Rechtsträger abgestellt haben; vgl. insoweit *In re Augie/Restivo Banking Co.*, 860 F.2d 515, 518 (2d Cir. 1988).

33) Treten z. B. deutsche Banken als so genannte Real Lender auf, ist das DBA Bundesrepublik Deutschland-USA maßgeblich, welches die US-Quellensteuer auf Zinsen in § 11 I auf 0% absenkt. Es datiert vom 29. 8. 1989 (BGBl II, 1991, 355), trat am 21. 8. 1991 in Kraft und ersetzte das alte DBA aus dem Jahre 1954.

34) DBA sind als bilaterale völkerrechtliche Verträge zu qualifizieren. Zwar ist eine Kündigung einseitig möglich, praktisch aber ausgeschlossen, da eine schwere Störung der gegenseitigen Wirtschaftsbeziehungen die Folge wäre. Eine Wiedereinführung der Quellenbesteuerung ist daher nur durch einvernehmliche Änderung des völkerrechtlichen Vertrags denkbar, die aber zwangsläufig auch Wirtschaftsabläufe betreffen würde, bei denen eine Quellenbesteuerung von keiner Seite gewünscht wird.

35) Beispielsweise erstreckten sich die Verhandlungen, die zum Abschluss des derzeitigen DBA Bundesrepublik Deutschland-USA führten, über einen Zeitraum von 13 Jahren.

36) Die Anlagen werden vermietet, nicht verkauft. Dazu schon *Laudenklos/Pegatzky*, NVwZ 2002, 1299 (1301). Es sei darauf hingewiesen, dass die „Kaufoption“ der Kommune, die des Öfteren als angeblicher Beweis für den Verlust kommunalen Eigentums angeführt worden ist, lediglich einen Rechtskauf betrifft. Der Kommune wird die Option eingeräumt, die Rechte des Trust unter dem Hauptmietvertrag zu kaufen, womit die Transaktion beendet wird.

37) Auch beim Betrieb durch einen privaten Servicebetreiber beruht die Festlegung der Gebühren auf staatlichen Gesetzen und diese können nicht frei vom Betreiber erhöht werden. Die Kommunalabgabengesetze der Länder begrenzen die Gebührenfestlegung nach dem Kostendeckungsprinzip. S. dazu *Biagosch/Weinand-Härer*, in: *Kroll* (Hrsg.) (o. Fußn. 28), S. 127.

hen von US-Leasingfinanzierungen zu starren Verpflichtungen unterwerfen und ihre Entscheidungsfreiheit über die Anlage für die Laufzeit des Vertrags verlieren, ist zwischen der organisatorischen und der operativen Seite zu unterscheiden.

Die Flexibilität in der Organisation betrifft die rechtliche Ausgestaltung und die Eingliederung der Anlage in das Gesamtgefüge der Kommune. Dem Eigentümer könnte es während der Laufzeit der Transaktion vorteilhaft erscheinen, einen Eigenbetrieb in eine von einem privaten Management geführte, kommunale GmbH oder AG umzuwandeln oder in einen kommunalen Zweckverband einzubringen. Dies wird der Kommune in der Praxis vertraglich regelmäßig gestattet, wenn sie eine Garantie für die Erfüllung der Verpflichtungen unter den Vertragsdokumenten durch die private Gesellschaft abgibt bzw. bei Einbringung in einen Zweckverband die weitere Transaktionsdurchführung gewährleistet wird. Zur Finanzierung von Investitionen einer kommunalen Gesellschaft kann es zudem sinnvoll werden, im Rahmen einer Kapitalerhöhung die Gesellschafterstruktur zu verändern. Hier wird einer unbeschränkten Flexibilität des Eigentümers regelmäßig das Bedürfnis des Investors nach Erhalt der Zugriffsmöglichkeit auf den Leasinggegenstand und dem von ihm gewählten Leasingnehmer entgegenwirken. Eine (weitere) Beteiligung Privater ist regelmäßig bis zu einem Anteil von weniger als 50% der Gesellschaftsanteile unproblematisch möglich. Darüber hinaus kann die Kommune verpflichtet sein, zusätzliche Sicherheiten, wie z. B. die Garantie einer öffentlichen Körperschaft oder einen *Letter of Credit*³⁸ zu erbringen. Dem Investor kommt es letztlich jedoch lediglich darauf an, die gute Bonität der Kommune als Vertragspartner und die Absicherung der Vertragserfüllung durch die Anlage nicht zu verlieren. In der Praxis hat sich anhand von älteren Transaktionen, deren Dokumentation noch nicht die heute üblichen Flexibilitätsklauseln enthielten, gezeigt, dass US-Investoren einer Umstrukturierung, z. B. im Rahmen einer Privatisierung, stets offen gegenüberstanden, wenn die vorgenannten Prämissen berücksichtigt wurden³⁹.

Die operative Seite umfasst die Flexibilität hinsichtlich der Anpassung des Betriebs an zukünftige technische oder verwaltungsrechtliche Anforderungen sowie die Aufrechterhaltung oder Verbesserung der Betriebsfähigkeit. Der Leasingnehmer ist daher berechtigt, Einbauten, Umbauten, maßgebliche Änderungen und Ergänzungen an der Anlage vorzunehmen⁴⁰, solange sie den Wert des Mietgegenstands nicht (wesentlich) verringern oder einen späteren theoretischen Weiterbetrieb durch den Leasinggeber verhindern⁴¹. Neben der Verpflichtung zur Instandhaltung hat die Kommune daher auch das Recht und die Pflicht, die Anlage zu modernisieren und auf dem technisch und rechtlich aktuellen Stand zu halten. Andererseits können Umstände eintreten, die z. B. den Weiterbetrieb von großen Klärwerken wegen der Durchsetzung von Technologien zur dezentralen Abwasserreinigung unsinnig erscheinen lassen; oder der Bestand an städtischen Schulen und Verwaltungsgebäuden erweist sich etwa auf Grund demographischer Entwicklungen überdimensioniert und könnte verringert werden. Diese Ängste sind verständlich, nur ist darauf hinzuweisen, dass die US-Leasingverträge nicht den effektiven Weiterbetrieb bis zur Ausübung der Kaufoption fordern, sondern lediglich die Erhaltung der abstrakten Betriebsfähigkeit festlegen, damit der Investor die Anlage bei Nichtausübung der Option theoretisch weiter betreiben könnte. Nach Aussagen kommunaler Vertreter wird jedoch die Frage des zukünftigen Bedarfs der Anlage oder Einrichtung sehr kritisch unter Berücksichtigung der Strategie zur allgemeinen Stadtentwicklung geprüft. Zudem stellt der Erhaltungsaufwand ein

vernachlässigbares Problem dar, wenn der Nutzwert einer investitionsintensiven öffentlichen Anlage vor Ablauf des geplanten Amortisationszeitraums durch technische Überholung wegfällt. Dann lag nämlich die wesentliche Fehlentscheidung nicht im Eingehen einer US-Leasingtransaktion, sondern schon in der Entscheidung zum Bau der Anlage selbst.

c) *Verlust des Leasinggegenstands*. Zum Verlust des Leasinggegenstands (*Event of Loss*) kann es kommen, wenn die Anlage auf Grund eines Unfalls oder anderer unvorhergesehener Ereignisse untergeht, einen wirtschaftlichen Totalschaden erleidet, konfisziert oder der Betrieb von staatlichen Stellen untersagt wird⁴². Im Rahmen der Vertragsdokumentation sind zu Gunsten der Kommune regelmäßig zunächst ein Wahlrecht bezüglich einer Ersatzanschaffung bzw. einer vorzeitigen Beendigung und, bei Wahl der ersteren, angemessene Fristen zur Ersetzung des Leasinggegenstands vorgesehen. Üblicherweise ist die Kommune verpflichtet, den Eintritt eines *Event of Loss* binnen 30 bis 45 Tagen gegenüber dem Investor zur Anzeige zu bringen. Bei Rollmaterial und anderen mobilen Leasinggegenständen hat die Kommune oft eine Frist von bis zu 120 Tagen, um ihr Wahlrecht auszuüben, und von bis zu 180 Tagen für die Ersatzanschaffung. Da bei Transaktionen mit immobilien Anlagegütern, wie etwa Kraftwerken oder Müllverbrennungsanlagen, ein solcher Zeitraum zum Wiederaufbau oftmals nicht ausreichend wäre, ist die Kommune in diesem Fall üblicherweise verpflichtet, binnen 180 Tagen eine Entscheidung hinsichtlich des Wiederaufbaus zu treffen und mit diesem in angemessener Zeit zu beginnen⁴³. Besteht eine gesetzliche Pflicht zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben, ergibt sich die Verpflichtung zum Wiederaufbau bzw. der Neuanschaffung schon aus dem Gesetz⁴⁴. Entscheidet sich die Kommune in Fällen ohne gesetzliche Pflicht zur Leistungserbringung zum Ersatz, realisiert sich damit regelmäßig nur ein Risiko, dass sie als Eigentümer auch ohne das US-Leasing getragen hätte. Besteht eine Versicherung gegen den Verlust der Anlage, können zudem deren Zahlungen für die Kosten der Wiederherstellung verwendet werden.

d) *Vertragsverletzung der Kommune*. Eine schwerwiegende und andauernde Vertragsverletzung durch die Kommune kann nach den Vertragsdokumenten einen *Event of Default* darstellen, z. B. wenn die Kommune die vertraglich vereinbarten Zahlungen nicht erbringt; bestimmte Gewährleistungen und Zusicherungen der Kommune falsch waren; über sie ein Insolvenzverfahren eröffnet wird oder die vereinbarten Sicherheiten, Bürgschaften oder *Letter of Credit* nicht bereitgestellt oder -gehalten werden. Bevor wir auf diese

38) Ein *Letter of Credit* ist ein in den USA übliches Instrument zur Forderungssicherung, da deutsche Bankgarantien dort unbekannt sind. Nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise stellt ein *Letter of Credit* zwar eine Garantie dar. Über die rechtliche Qualifikation existieren unterschiedliche Ansichten. Zum einen wird er als eine besondere Art des Akkreditivs gesehen, zum anderen lassen sich auch Ähnlichkeiten mit einer Erfüllungsgarantie feststellen. Jedenfalls stellt er ein einseitiges Zahlungsverprechen einer Bank gegenüber dem Gläubiger eines ihrer Kunden dar, welches die Bank nach Garantieübernahme und der Vorlage eines korrekt ausgefüllten Zeichnungsscheins (*Drawing Certificate*) erfüllt. *Schimansky/Buntel/Lwowski*, Bankrechtsdb., 2. Aufl. (2001), § 120 Rdnr. 25.

39) So auch *Sester*, ZBB-Sonderdruck 4/2003, 7.

40) *Biagosch/Weinand-Härer*, in: *Kroll* (Hrsg.) (o. Fußn. 28), S. 122.

41) Zu einem Weiterbetrieb der Anlage durch den Leasinggeber kann es nur kommen, wenn die Kommune, die ihr zur autonomen Entscheidung zustehende Kaufoption (EBO – Early Buyout Option) nach Ablauf des Untermietvertrags nicht ausübt.

42) *Biagosch/Weinand-Härer*, in: *Kroll* (Hrsg.) (o. Fußn. 28), S. 122.

43) S. auch *Sester*, ZBB-Sonderdruck 4/2003, 9.

44) So bei Abwasseranlagen auf Grund gesetzlich bestehender Abwasserbeseitigungspflicht, Geschäftsstelle des Städte- und Gemeindebundes NW, ZKF 2002, 17 (18).

Punkte näher eingehen, soll darauf hingewiesen werden, dass der US-Investor im Falle einer Vertragsverletzung die Kommune zunächst formell benachrichtigen muss, damit es dieser innerhalb angemessener Heilungsfristen möglich ist, Abhilfe zu schaffen⁴⁵.

Die Kommune ist als Leasingnehmer unter dem *Sub Lease* zu regelmäßigen Mietzahlungen und zur Kaufpreiszahlung bei Ausübung der Kaufoption verpflichtet. Einem Verstoß gegen diese Zahlungsverpflichtungen wird durch die Vorauszahlung der Mietraten im Rahmen der so genannten *Defeasance*-Struktur vorgebeugt⁴⁶. Für den Investor hängt der wirtschaftliche Erfolg der Transaktion, d. h. die Realisierung der intendierten Steuerstundungseffekte entscheidend davon ab, dass alle tatsächlichen, rechtlichen und steuerlichen Umstände, auf denen die Vertragsstruktur basiert, vorliegen. Während die rechtliche und steuerliche Seite durch haftungsbewehrte Gutachten der mandatierten Anwaltskanzleien und Steuerberater, sowie verbindliche Auskünfte des Finanzamtes abgesichert werden, muss die Kommune umfangreiche Zusicherungen und Garantien, etwa über ihren eigenen Rechtscharakter, ihre makelfreie Berechtigung am Eigentum und zum Betrieb des Leasinggegenstands sowie die Gültigkeit aller nötigen Genehmigungen abgeben. Daher ist bei den Vertragsverhandlungen von der Kommune auf äußerste Sorgfalt bei der Vorbereitung der Transaktion Wert zu legen, um die unbewusste Abgabe falscher Angaben und Zusicherungen auszuschließen. Dabei bedient sie sich in der Praxis der Unterstützung eines erfahrenen Arrangeurs und von Rechtsberatern. Diese erstellen zudem in einem Handbuch eine summarische Darstellung der wesentlichen Handlungs- und Mitteilungspflichten sowie der Fristen, welche während der Laufzeit des Vertrags zu beachten sind⁴⁷. Der nicht unerhebliche finanzielle Aufwand für Beratungsleistungen im Rahmen von US-Leasingfinanzierungen wird dadurch gerechtfertigt, dass mit Hilfe der Berater das Risiko des Eintritts eines *Event of Default* stark verringert werden kann. Zur Frage der Insolvenz können die Ausführungen darauf beschränkt bleiben, dass Kommunen und andere öffentliche Körperschaften nach deutschem Recht nicht insolvenzfähig sind⁴⁸. Die Stellung von Sicherheiten und etwaigen *Letters of Credit* entspringt dem Sicherungsbedürfnis des Eigenkapitalinvestors und der Kreditgeber. Dabei werden die Interessen des Eigentümers in den vertraglichen Vereinbarungen angemessen berücksichtigt. Die theoretisch bestehenden Risiken von US-Leasingtransaktionen erweisen sich daher für die Praxis als kalkulierbar⁴⁹.

e) *Kündigungswerte als pauschalierter Schadensersatz*. Wenn die Transaktion nicht bis zum Ende der Laufzeit des Untermietvertrags besteht, verliert der Investor einen Teil seines Vorteils aus der Steuerstundung. Dieser Nachteil kann für jeden Monat der Laufzeit bereits bei Abschluss des Vertrags berechnet werden und ist vom Leasingnehmer als so genannter Kündigungswert (*Termination Value*) in Form eines pauschalisierten Schadensersatzes an den Investor zu zahlen, wenn die Beendigung der Transaktion der Kommune zuzurechnen ist. Die Höhe des Kündigungswerts entwickelt sich nicht linear, sondern steigt – begründet durch die ungleichmäßige Verteilung der Steuereffekte – zunächst steiler an, flacht dann ab, um nach etwa der Hälfte der Laufzeit wieder in gleicher Weise abzusinken. Im Zenit dieser gedachten Kurve liegt der *Termination Value* ca. bei 20% des Transaktionsvolumens.

f) *Strip-Risiko*. Die Forderung des Kündigungswerts gegen die Kommune wird aber schon zum größten Teil durch den Kapitalbetrag aufgewogen, welcher zu Beginn als Entgelt für die Schuldübernahme an die *Equity-Defeasance*-Bank gezahlt worden ist und der sich seither entsprechend aufgezinset hat. Dieser Betrag mindert im Beendigungszeit-

punkt die Zahlungsverpflichtung der Kommune. Verbleibt danach eine Differenz, bildet diese das so genannte Strip-Risiko der Kommune. Da die Gelder bei der *Defeasance*-Bank Zinsen und Zinseszins erwirtschaften, beträgt der Strip in der Regel nach etwa zwei Dritteln der Laufzeit des Untermietvertrags nicht mehr als der am Vertragsbeginn ausgekehrte Barwertvorteil der Kommune⁵⁰. Die konkrete Höhe des eventuell zu zahlenden Strip wird unter anderem von der Entwicklung des Zins- und Währungsiveaus und den Vorfalligkeitskosten der schuldübernehmenden Bank beeinflusst⁵¹. Die Kommune wird durch ihren Arrangeur über das Risikoprofil der geplanten Transaktion in Bezug auf die Kündigungswerte detailliert informiert und sieht sich insofern keinerlei unkalkulierbaren Verpflichtungen ausgesetzt. Es zeigt sich, dass die behauptete unlösbare Bindung der Kommune durch US-Leasingverträge auf Frist von fast 100 Jahren, nicht nur wegen der der Kommune zustehenden Kaufoption nach Ablauf des Untermietvertrags nach circa 30 Jahren, sondern schon wegen der Möglichkeit, zum „Ausstieg“ ohne Verlust nach in der Regel weniger als 20 Jahren, nicht besteht. Der Barwertvorteil fließt zwar der Kommune schon zu Vertragsbeginn zu, ist aber erst nach Ablauf des *Sub Lease* wirklich „verdient“, da er auf Grundlage der gesamten Steuerstundungseffekte für den Investor bis zum Ende der Mietzeit berechnet ist. Endet die Transaktion durch vertragswidriges Verhalten der Kommune frühzeitig, erscheint der teilweise oder komplette Verlust des Barwertvorteils angemessen.

g) *Herausgabe der Anlage*. Die Einräumung des Besitz- und Nutzungsrechts der Anlage an den Investor kann der Kommune nach den Vertragsdokumenten regelmäßig in zwei Fällen drohen. Zum einen bei einer vorzeitigen Beendigung durch den Investor auf Grund einer wesentlichen Vertragsverletzung der Kommune. Zum zweiten bei Ablauf des kürzeren *Sub Lease*, wenn die Kommune ihre Kaufoption nicht ausübt. Im erstgenannten Fall sehen die Vertragsdokumente als Gegenrechte des Investors im Allgemeinen die Zahlung des Kündigungswerts oder die Herausgabe des Leasinggegenstands vor. Die Anlage fungiert in dieser Situation jedoch lediglich als Sicherungsmittel für die Zahlungsansprüche des Investors. Diesem stehen aber oft weitere Sicherungsmittel, wie etwa Bürgschaften, Garantiezusagen oder *Letter of Credit* der an der Transaktion beteiligten Kreditinstitute zur Verfügung. Als Investoren engagieren sich in US-Leasingfinanzierungen große US-amerikanische Unternehmen, vor allem aus dem Versicherungs- und Bankensektor. Für sie stellt der US-Lease primär eine Finanztransaktion dar. Sie sind an einer Tätigkeit als Betreiber der Anlage weder interessiert, noch verfügen sie über die erforderliche Organisation und das Know-how. Der Investor wird sich daher in der Praxis

45) So auch Sester, ZBB-Sonderdruck 4/2003, 8.

46) Nach Abzug des Barwertvorteils und der Transaktionskosten wird der Restbetrag der Miervorauszahlung des Trasts unter dem Hauptmietvertrag sofort bei Vertragsbeginn an die Defeasance-Banken weitergeleitet. Diese übernehmen die technische und wirtschaftliche Abwicklung der planmäßigen Zahlungsverpflichtungen für die Kommune in Form einer kumulativen Schuldübernahme. Zur *Defeasance*-Struktur s. schon umfassend Biagosch/Weinand-Härer, DB 1998, Beil. 6, S. 7; Küting, DB 1998, 1255; Rohlfing/Weitok, RIW 1994, 389.

47) Diese Übersichten werden als so genanntes Compliance-Handbuch bezeichnet und sichern die Kommune auch für den Fall ab, dass die Betreuung laufender Verpflichtungen durch andere kommunale Mitarbeiter übernommen wird, welche an der Vorbereitung der Transaktion nicht beteiligt waren.

48) Vgl. nur beispielhaft § 146 HessGO.

49) So auch Sester, ZBB-Sonderdruck 4/2003, 8.

50) Dieser Zeitpunkt wird als *Break-even*-Punkt der Transaktion bezeichnet.

51) Die Bedeutung der Währungsentwicklung resultiert daraus, dass sich die Kommune im Euro-Raum finanziert, der Kündigungswert aber in US\$ zu zahlen ist.

immer auf die Zahlung des entsprechenden Kündigungswerts zum Ausgleich seiner steuerlichen Nachteile beschränken und sich diesbezüglich an die garantiegebenden Kreditinstitute wenden. Für den ersten Fall erscheint daher das Risiko der Herausgabe der Anlage als sehr gering.

Im zweiten Fall hat die Kommune am Ende der Laufzeit des *Sub Lease* die alleinige Wahl, ob sie ihre Kaufoption für die Rechte des Investors aus dem Hauptmietvertrag ausübt⁵² oder die weitere Nutzungsmöglichkeit dem Betreiber nach den Bestimmungen des *Service Contract* einräumt und die Leistungen von diesem bezieht⁵³. Die Freiheit des Wahlrechts liegt dabei auch im Interesse des Investors. Ohne ein echtes Wahlrecht der Kommune würde die US-Steuerbehörde die Transaktion für Steuerzwecke nicht anerkennen. Da der als Kaufoptionspreis am Ende des Rückmietvertrags zu zahlende Betrag ebenfalls im Rahmen der *Defeasance*-Struktur vorausbezahlt und von den schuldübernehmenden Banken übernommen wurde, muss die Kommune keine zusätzlichen Mittel aufwenden. Sie kann die Kaufoption unabhängig von der ungewissen, zukünftigen finanziellen Situation ihres eigenen Haushalts ausüben. Aus praktischer Sicht stellt die Herausgabepflicht bei Nichtausübung der Kaufoption kein relevantes Risiko dar, da sie nicht gegen den Willen der Kommune eintreten kann.

Ergänzend bleibt darauf hinzuweisen, dass die Besitzeinräumung der in Deutschland belegenen Anlage trotz der Errichtung der Transaktion unter New Yorker Recht vor dem örtlich zuständigen deutschen Gericht nach deutschem Recht durchgesetzt werden müsste. Für die Praxis kann davon ausgegangen werden, dass die Rechtsmittel der US-Seite deutlichen Restriktionen durch die inländische Jurisdiktion und Gerichte unterliegen⁵⁴. Dies gilt insbesondere für die Geltendmachung des Besitzrechts. Steht die Anlage im Eigentum des Bundes, eines Landes oder einer Körperschaft bzw. Anstalt des öffentlichen Rechts könnte einer Zwangsvollstreckung nach § 882 a II ZPO die Unzulässigkeit der Vollstreckung in Sachen, die für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben unentbehrlich sind, entgegenstehen. Unter das so genannte Fiskusprivileg fallen körperliche Sachen i. S. des § 808 ZPO, wenn ohne sie öffentliche Aufgaben nicht in anderer Weise erfüllt werden können⁵⁵. Die Norm gilt für die Vollstreckung wegen Geldforderungen und kann den öffentlichen Eigentümer schützen, wenn der Investor wegen der Zahlung des Kündigungswerts vorgehen sollte⁵⁶. Für die Zwangsvollstreckung gegen Gemeinden und Gemeindeverbände finden nach § 15 Nr. 3 EGZPO die etwaigen landesrechtlichen Einschränkungen bei der Vollstreckung in öffentliches Eigentum Anwendung⁵⁷. Soweit es sich beim Leasinggegenstand um Rollmaterial, wie Eisenbahnen, U- oder S-Bahnen und Straßenbahnwagen handelt, ist nach § 871 ZPO gleichfalls ein etwaiger landesrechtlicher Vorbehalt bei der Zwangsvollstreckung zu beachten.

h) *Zwischenergebnis*. Die vorgetragene Kritik an US-Leasingfinanzierungen erscheint bei praxisnaher Betrachtung überzeichnet. Die Erhaltung der operativen wie organisatorischen Flexibilität wird in den Vertragsdokumenten durch auf den Einzelfall zugeschnittene Bestimmungen gewährleistet. Im Falle eines *Event of Loss* kann die Kommune regelmäßig auf Grund des Wahlrechts hinsichtlich der Wiederherstellung bzw. Ersatzbeschaffung und angemessener Fristen flexibel reagieren. Hinsichtlich einer Vertragsverletzung durch die Kommune ist deutlich geworden, dass diese durch eine sorgfältige Vorbereitung und Strukturierung der Transaktion sowie durch vertragskonformes Verhalten während der Laufzeit zu vermeiden ist. Bezüglich der *Termination Values* zeigt sich, dass das praktische Risiko dieser theoretisch relevanten Schadensersatzbeträge drastisch überzeichnet wird. Auch die Risiken einer Herausgabepflichtung bezüglich der Anlage werden überschätzt. Insgesamt können die Risiken unter den Transaktionen als Gegenleistung für die Erzielung des Barwertvorteils ohne sonstige Leistungspflichten in Kauf genommen werden.

IV. Vergleich zu anderen üblichen Verträgen von Kommunen

Kritiker von US-Leasingfinanzierungen führen an, dass die Kommunen nicht in der Lage seien, die Risiken und Auswirkungen der Vertragswerke ausreichend einzuschätzen. Die Verträge seien sehr umfangreich, in englischer Sprache abgefasst und unterlägen einem ausländischen Gerichtsstand. Für den Hinweis auf den nicht unerheblichen Umfang der Verträge wurde des Öfteren der Aufsatz von *Pegatzky/Laudenklos*⁵⁸ herangezogen. Die dortige Angabe, die Vertragswerke bestehen aus 70 Dokumenten, ist dahin gehend zu relativieren, dass sich diese Anzahl auf sämtliche enthaltenen Einzeldokumente bezieht. In ihnen werden zum einen auch die Beziehungen zwischen allen anderen Beteiligten (Investor, Trust, verschiedene Banken) geregelt. Zum anderen umfassen sie diverse Anlagen, Aufstellungen sowie Gutachten. Die Kommune selbst ist lediglich Vertragspartner von etwa vier umfangreicheren Vereinbarungen⁵⁹ und einigen kleineren Ergänzungen mit technischem Charakter⁶⁰. Ein weitaus wichtiger Punkt wird jedoch bei der derzeitigen Diskussion ausgeblendet: Kommunen und kommunalen Zweckverbänden ist der Abschluss umfassender Vertragswerke keineswegs neu.

1. Beispiele und Risiken

Die Finanznot der öffentlichen Hand und das stetig wachsende Finanzierungsvolumen moderner Infrastrukturprojekte haben schon seit längerem im Ausland⁶¹ und mit Verzögerung auch in Deutschland dazu geführt, dass neue Finanzierungsmethoden für Großprojekte zur Anwendung kommen⁶². Dieser Trend wird durch die gesetzlichen Beschränkungen der Kreditaufnahme durch überschuldete Kommunen verstärkt⁶³, die selbst die besonders zinsgünstigen Kommunalkredite nicht mehr aufnehmen dürfen und daher auf Finanzierungsformen angewiesen sind, welche nicht als Kre-

52) Dann bewirkt die Vereinigung von Gläubiger und Schuldner des Hauptmietvertrags, dass dieser durch Konfusion erlischt und die Kommune nicht mehr an die vertraglichen Beschränkungen gebunden ist. S. dazu auch *Biagosch/Weinand-Härer*, in: *Kroll* (Hrsg.) (o. Fußn. 28), S. 121 unten.

53) Serviceanbieter kann je nach der vertraglichen Regelung der Investor oder ein Drittbetreiber sein.

54) *Shrank/Gough*, *Equipment Leasing – Leveraged Leasing*, 4. Aufl. (2001), § 24.4.1.

55) Dabei ist eine besondere Dringlichkeit des Bedarfs zur Erfüllung der Aufgaben vorausgesetzt. *Zöller*, ZPO, 23. Aufl. (2003), § 882 a Rdnr. 6.

56) *Eickmann*, in: *MünchKomm-ZPO*, 2. Aufl. (2001), § 882 a Rdnr. 2. Das Vollstreckungsgericht entscheidet nach erfolgter Pfändung nach Anhörung des zuständigen Ministeriums im Wege der Vollstreckungserinnerung, § 766 ZPO. Macht der Investor das Besitzrecht aus dem *Head Lease* geltend, findet § 882 a ZPO keine Anwendung.

57) *Eickmann*, in: *MünchKomm-ZPO* (o. Fußn. 57), § 882 a Rdnr. 2.

58) *Laudenklos/Pegatzky*, NVwZ 2002, 1299.

59) *Participation Agreement* als Rahmenvertrag, Hauptmietvertrag (*Head Lease Agreement*), Untermietvertrag (*Sub Lease Agreement*) sowie die Erfüllungsübernahme-/Schuldbeitrittsvereinbarungen (*Payment Undertaking Agreements*) mit den Defeasance-Banken.

60) Das sind u. a. Aufstellungen und Tabellen bzgl. der detaillierten Beschreibung des Leasinggegenstandes, der Zahlungsstermine, -beträge und -empfängerkonten, der bevollmächtigten Personen und Zustellungsadressen der Vertragsparteien, Zertifikate über die Bestellung der Betriebsleiter und Bestellung von Nießbrauchsrechten.

61) Bekannte Infrastrukturprojekte mit staatlicher Beteiligung oder Förderung waren in den letzten Jahren z. B. der Ärmelkanal-Tunnel, Flughäfen in Athen und Oslo, Schnellbahnen in Großbritannien, die Metro in Bangkok sowie die Brücke über den Bosphorus.

62) Von einem Durchbruch bei Betreibermodellen als Form der Projektfinanzierung sprechen *Alfen/Knop*, *Bauingenieur*, 2000, S. 7-14.

63) Die Aufsichtsbehörden können Kreditaufnahmen von Gemeinden untersagen, wenn diese den Grundsätzen der geordneten Haushaltswirtschaft und den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts widersprechen würden. Vgl. nur §§ 92, 103 HessGO u. § 19 Stabilitätsg v. 8. 7. 1967 (BGBl I, 582).

ditaufnahme eingeordnet werden⁶⁴. In diesem Zusammenhang sind Projektfinanzierungen in der Form so genannter Public-Private-Partnerships, inländische Leasinggestaltungen und Betreibermodelle zu nennen. Auch an diesen Vertragswerken sind Investoren, Sponsoren, verschiedene Banken, Projektberater, Gutachter und Bauunternehmen beteiligt. Die Vereinbarungen sind umfangreich und heben sich in ihrer Risikostruktur keineswegs von den US-Leasingfinanzierungen ab.

a) *Projektfinanzierungen als Public-Private-Partnership*. Public-Private-Partnership (PPP) ist ein Sammelbegriff für verschiedene Ansätze der Finanzierung von Infrastrukturprojekten durch eine Zusammenarbeit des Staates mit Privaten. Die öffentliche Hand tritt hierbei teils als Sponsor, teils als (Mit-)Betreiber auf⁶⁵. PPP-Finanzierungen finden sich in allen öffentlichen Bereichen, z. B. Wasserversorgung/-entsorgung⁶⁶, Abfallentsorgung, Verkehr, Gesundheitswesen, Stadtentwicklung und -erneuerung⁶⁷. Die Projekte sind oft als BOT-Betreibermodelle (*Build Operate Transfer*) ausgestaltet, bei denen Private das Projekt finanzieren und realisieren, es über einen bestimmten Zeitraum betreiben und im Anschluss auf den Staat übertragen⁶⁸. Für die Übernahme des Finanzierungs- und Unterhaltungsaufwands erhalten die privaten Investoren eine langlaufende, staatliche Konzession zum Betrieb des Projekts, um ihre Kosten und eine Gewinnmarge erwirtschaften zu können. Auf diese Weise wird z. B. der Bau des Herrentunnels unter der *Trave* in *Lübeck* realisiert, dessen Fertigstellung für das Jahr 2005 geplant ist⁶⁹. Das Investitionsvolumen beträgt hier 162 Mio. Euro und der Konzessionsvertrag läuft anschließend über 35 Jahre. Ein weiteres Beispiel ist der *Warnow-Tunnel* in *Rostock*, der im September 2003 in Betrieb genommen werden soll und ein Projektvolumen von 225 Mio. Euro aufweist. Die Laufzeit des Konzessionsvertrags mit dem privaten Betreiber reicht bis ins Jahr 2033⁷⁰.

Es wird deutlich, dass Transaktionsvolumen⁷¹ und Laufzeiten⁷² nicht erheblich von denen durchschnittlicher US-Leasingfinanzierungen abweichen. Bei der Projektstrukturierung und den Vertragsverhandlungen entsteht auch hier ein großer Bedarf an Leistungen von technischen und Bankberatern, welche die Machbarkeitsstudie (*Feasibility Study*) erstellen, sowie von Rechtsberatern. Die Kommune verliert im Gegensatz zur US-Leasingfinanzierung beim Betrieb durch einen Privaten zudem einen Teil ihrer Einflussmöglichkeiten auf die Art und Weise der Ausübung der jeweiligen Dienstleistung gegenüber den Bürgern⁷³. Die Gewinnorientierung des Investors kann im Einzelfall dem Interesse der Kommune an einer bestmöglichen Erbringung der öffentlichen Dienstleistung entgegenwirken. Bei der Kommune verbleibt auch das Risiko der Betriebsfähigkeit. Erweist sich nach der Errichtung der Anlage ein Betrieb anfänglich oder später als unmöglich, wie im Beispiel der Müllverbrennungsanlage in *Fürth* mit einem Investitionsvolumen von circa 256 Mio. Euro⁷⁴, bleibt die Kommune für die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe verantwortlich und kann sich nicht auf etwaige Fehler der Projektgesellschaft berufen. Gleiches gilt bei einer etwaigen Betriebseinstellung der Betreibergesellschaft auf Grund der Insolvenz eines Projektpartners. Oft muss von den Kommunen auch ein nicht unwesentlicher Teil des Betreiberrisikos durch die Pflicht zur Verlustabdeckung (*Full Recourse Financing*) übernommen werden, wenn sich die Nachfrage nach der Dienstleistung schlechter entwickelt als geplant⁷⁵. Der Blick auf die vertraglichen Risiken hat gezeigt, dass auch bei Projektfinanzierungen eine sorgfältige Strukturierung der Vertragsdokumente sowie die gewissenhafte Vorbereitung der Transaktion unumgänglich ist.

b) *Finanzierungsleasing*. Großprojekte wie Kraftwerke, Müllverbrennungsanlagen, Windenergieanlagen, Ver- und

Entsorgungsnetze werden heute oft durch langfristige Finanzierungsleasingverträge realisiert⁷⁶. So wurde diese Finanzierungsform etwa beim Bau einer Energetischen Verwertungsanlage im *Lahn-Dill-Kreis* (Hessen), bei der Sanierung des Staatstheaters in *Mainz* und für eine Strafvollzugsanstalt in *Waldeck* angewandt. Diese Verträge sind dadurch gekennzeichnet, dass die öffentliche Hand die Anlagen nach Fertigstellung vom privaten Investor mietet und selbst benutzt bzw. betreibt. Dabei hat sie bis zum Ablauf der Grundmietzeit von ca. 20 Jahren oder mehr keinerlei Kündigungsrecht⁷⁷. Für den Zeitraum danach sehen die Verträge – ähnlich den US-Leasingfinanzierungen – eine Anschlussmietzeit oder eine Kaufoption zum Verkehrswert vor. Auch diese Vertragswerke sind sehr komplex und umfangreich, weil sich die finanzierenden Leasinginstitute gegen sämtliche denkbaren Risiken für die Erwirtschaftung der Investitionskosten zuzüglich ihrer Gewinnmarge absichern werden. Die öffentlichen Träger übernehmen daher regelmäßig das Investitionsrisiko und die Kosten für Objektwartung und -instandhaltung. Steuerrisiken werden bei Finanzierungsleasingverträgen im Gegensatz zu den US-Leases sogar zum Teil auf die Kommune abgewälzt⁷⁸.

c) *Betreibermodell mit Verkauf*. Zur Liquiditätsgewinnung und Auslagerung von Serviceaufwand veräußern viele Kommunen auch Anlagen oder Immobilien in öffentlicher Hand an private Investoren, mieten diese gleichzeitig zurück und nutzen sie als öffentliche Einrichtung wie zuvor⁷⁹. Neben dem Verkaufserlös, der dem kommunalen Haushalt zufließt, ist das Modell besonders interessant, wenn zur Weiternutzung Modernisierungen größeren Ausmaßes anstehen. Die Transaktion erspart dann zwar den Aufwand für die in Finanznöten befindlichen öffentlichen Haushalte. Im Gegenzug wird dies aber den erzielbaren Erlös aus dem Verkauf entsprechend mindern. Dem Vorteil des kurzfristigen Liquiditätszuflusses stehen Nachteile der zukünftig dauerhaft aufzubringenden Mietraten gegenüber, die möglicherweise auch noch durch die Mehrwehrsteuerpflicht des privaten Betreibers verteuert werden⁸⁰. Dabei verliert die Kommune im Gegensatz zu US-Leasingfinanzierungen auch

64) Zu den Versuchen der Kommunen, ihre schwierige Haushaltslage zu überwinden, s. FAZ v. 25. 2. 2003.

65) Häufig beteiligt sich die öffentliche Hand als Sponsor und gleichzeitig mit einem gewissen Anteil an der Finanzierung, *Siebel* (Hrsg.), Hdb. Projekte u. Projektfinanzierung 2001, S. 91.

66) *Siebel* (Hrsg.) (o. Fußn. 65), S. 91.

67) *Fabry/Augsten* (Hrsg.), Hdb. Unternehmen der öffentlichen Hand, 2002, S. 221.

68) *Siebel* (Hrsg.) (o. Fußn. 65), S. 4.

69) *Alfen/Knop*, Bauingenieur 2000, S. 7; <http://www.luebeck.org/index.php?sid=3785> (Stand: 11. 7. 2003).

70) *Alfen/Knop*, Bauingenieur, 2000, S. 7; http://www.structurae.de/de/structures/data/str04_903.php (Stand: 11. 7. 2003).

71) Im Vergleich weisen US-Leasingfinanzierungen oft ein Transaktionsvolumen zwischen 100 bis 300 Mio. US\$ auf, in Einzelfällen auch darüber.

72) Als Bezugsgröße ist hier die frühe Beendigungsoption (Early Buy Out Option) der Kommune anzusetzen, bei der die Ausübung der Kaufoption zur freien Disposition der Kommune steht. Durch sie werden die Verträge in der Praxis regelmäßig nach 27 Jahren beendet.

73) *Fabry/Augsten* (Hrsg.) (o. Fußn. 67), S. 221.

74) Nach Fertigstellung der Müllverbrennungsanlage im bayerischen *Fürth* stellte sich das Projekt als Fehlinvestition heraus, da das technische Konzept der Schwel-Brennanlage niemals richtig funktionierte. FAZ v. 15. 3. 1999, S. 26; <http://www.umweltbundesamt.de/uba-infodaten/daten/tba.htm> (Stand: 11. 7. 2003).

75) So genannte Shortfall Contribution Agreements, Garantien oder sonstige Zusagen.

76) *Kroll* (o. Fußn. 28), S. 10.

77) Aus steuerlichen Gründen regelmäßig 40-90% der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer, *Kroll* (o. Fußn. 28), S. 7, (10).

78) *Eder*, Der Gemeinderat, 2000, S. 16 (18).

79) Beispielhaft ist hier das Technische Rathaus der Stadt Frankfurt am Main zu nennen.

80) *Kirchhoff/Henning*, in: *Kroll* (Hrsg.) (o. Fußn. 28), S. 316.

das Eigentum an der Einrichtung. Betreibermodelle mit Rückmietung nach Verkauf erscheinen demnach wesentlich ungünstiger als US-Leasingfinanzierungen, da dem Zufluss an Liquidität ein realer Verlust an Anlagevermögen und langfristige Ausgaben für die Mietzahlungen korrespondieren. Dieses Modell wird daher meist angewendet, wenn sich Einrichtungen oder Anlagen auf Grund ihres zu geringen Werts oder anderer Spezifika nicht für eine US-Leasingfinanzierung eignen.

d) *Betreibermodell ohne Verkauf.* Kommt die Veräußerung des Eigentums an kommunalen Einrichtungen aus politischen Gründen nicht in Frage, finden oft Modelle Anwendung, bei denen die Bewirtschaftung der Einrichtung von einer privaten Projektgesellschaft übernommen wird. Als ein aktuelles Beispiel plant der Landkreis *Offenbach* (Hessen), seine 88 Schulen mit etwa 450 umfassten Gebäuden in ein Betreibermodell einzubringen, um das Problem des Investitionsstaus hinsichtlich eines aktuellen Sanierungsaufwands von über 30 Mio. Euro zu lösen⁸¹. Zur Wahrung seiner Interessen ist von den Rechtsberatern des Kreises ein umfangreiches Vertragskonzept entwickelt worden. Als Vertragslaufzeit sind 15 Jahre, also auch eine langfristige Bindung der Kommune, vorgesehen. Diese wird den heute eingesparten Sanierungsaufwand zuzüglich der Gewinnspanne der privaten Betreiberunternehmen über die Laufzeit in Form nicht unerheblicher Betreibergebühren „abzahlen“. Die öffentlichen Eigentümer setzen zwar zum einen darauf, dass ein privater Betreiber die Bewirtschaftung auf Grund seiner stärkeren Marktposition und speziellen Know-hows kostengünstiger gestalten kann. Zum anderen basieren die Betreibermodelle auch darauf, dass die privaten Betreiber den Aufwand der Bewirtschaftung im Gegensatz zu den Kommunen steuerlich geltend machen können. Diese steuerlichen Vorteile wirken sich aber anders als bei den US-Leasingfinanzierungen nachteilig für den deutschen Fiskus aus.

2. Fehlen eines Differenzierungsgrundes

Wie die vorstehende Übersicht anderer, anerkanntermaßen etablierter Finanzierungsformen gezeigt hat, handelt es sich dabei ebenfalls um umfangreiche Vertragswerke mit vielen Beteiligten, langfristigen Bindungen und einer dezierten Risikoverteilung. Letztere erscheint zum Teil sogar weniger günstig als bei US-Leasingfinanzierungen. Für die erforderliche Mitwirkung der Kommunalvertretung ist bei diesen Verträgen nach allgemeiner Ansicht⁸² die vollständige Kenntnis des kompletten Vertragswerkes eines jeden Kommunalvertreters zur Gewährleistung der gesetzlich geforderten umfassenden Information als Beschlussgrundlage der Gemeindevertretung nicht nötig. Dann ist aber nicht ersichtlich, warum für US-Leasingfinanzierungen etwas anderes gelten soll. Um die Praxisferne dieses Kritikpunktes zu verdeutlichen, sei der Hinweis erlaubt, dass dann konsequenterweise auch bei jedem kommunalen Grundstückskauf der vollständige Vertragsentwurf des Notars zur Zustimmung in der Kommunalvertretung vorliegen müsste⁸³. Vielmehr machen auch Kommunalvertreter deutlich, dass die Gemeinde- und Stadtverwaltungen durchaus für den Umgang mit komplexen Projekten und Verträgen gerüstet sind⁸⁴. Die Mitarbeiter der Kommunalverwaltungen, Kämmererinnen oder des Stadtrats bereiten US-Leasingfinanzierungen für ihre Vertragsseite vor und evaluieren mit Hilfe hochspezialisierter Berater kritisch die sich ergebenden Risiken und Verpflichtungen. Einige Kommunen haben sich auch gegen solche Transaktionen entschieden, wenn der Barwertvorteil für die langfristige Bindung zu wenig attraktiv erschien oder Einschränkungen der Flexibilität nicht akzeptiert werden konnten. Im Übrigen ist von bislang ca. 140 abgeschlossenen

US-Leasingtransaktionen in Deutschland und einer Vielzahl darüber hinaus weltweit bislang nicht eine einzige im Streit durch Kündigung vorzeitig beendet worden. Nachträglich aufgetretene Probleme oder Wünsche zu weitgehenden Freiheiten bei Privatisierungen wurden stets im Einvernehmen der Vertragsparteien, etwa durch eine Umstrukturierung der Transaktion gelöst.

3. Nutzung moderner Finanzierungsmöglichkeiten

Wenn auch die Anlagen in der Mehrzahl der Fälle bereits (erst-)finanziert sind, so dient das US-Leasing als höchst willkommenes Mittel der Refinanzierung bzw. der nachträglichen Ermäßigung des Kaufpreises oder der Errichtungskosten. Wer sich die derzeitige desolante Haushaltslage öffentlicher Körperschaften vor Augen führt⁸⁵, wird bestätigen, dass Kommunen heute auf die Nutzung moderner Finanzierungsmöglichkeiten angewiesen sind⁸⁶. Die Neuerrichtung einer Kläranlage oder eines Messegeländes kann derzeit zur Schonung von Haushaltsmitteln fast ausschließlich unter Zuhilfenahme von Public-Private-Partnerschafts-Finanzierungen, Finanzierungsleasing oder Betreibermodellen realisiert werden. Wenn diese Möglichkeit für die Kommune nicht mehr besteht, da die Anlage schon fertig gestellt ist, muss ihr zumindest die Option der Verbilligung der Finanzierung über US-Leasing verbleiben.

Als Ergebnis der vorangegangenen Ausführungen lässt sich festhalten, dass Kommunen ausreichend Erfahrung mit umfangreichen Verträgen und komplexen Problemen haben und sich durch erfahrene technische, wirtschaftliche sowie rechtliche Berater unterstützen lassen. US-Leasingfinanzierungen beinhalten im Vergleich zu anderen, von Kommunen üblicherweise getätigten Geschäften kein höheres Maß an Risiken. Während sie Projektfinanzierungen, Finanzierungsleasingverträge und Betreibermodelle eingehen können, ist nicht ersichtlich, warum eine langfristige vertragliche Bindung der Kommunen im Fall des US-Leasing per se risikobehafteter sein sollte⁸⁷. Bei Errichtung einer Sportanlage oder eines Krankenhauses wird sich der einzelne Stadtrat auch auf die Stellungnahmen der beteiligten Fachleute und Berater verlassen, ohne jede Statik, jede Zinsberechnung oder jede Gewährleistungsklausel selbst umfassend zu prüfen. Die Transaktionsbeschreibungen, welche von hochqualifizierten und renommierten Rechtsberatern und dem Arrangeur der Kommune erstellt werden, dürften vielmehr in Verbindung mit dem Einsichtsrecht in die Originalverträge einen ausreichenden Überblick zu den Risiken der Transaktion geben.

V. Schlussbetrachtung

US-Leasing als „Scheinverträge“ und „Steuertrickserie“ zu bezeichnen, ist aus juristischer und steuerlicher Sicht unzutreffend. Niemand wird leugnen wollen, dass US-Leasingfinanzierungen komplexe Transaktionen sind und als Voraussetzung für die Vereinnahmung des Barwertvorteils von der Kommune verschiedene Risiken in Kauf genommen

81) Ausf. Informationen zu der geplanten Transaktion finden sich unter: www.kreis-offenbach.de/media/custom/110_306_1.PDF (Stand: 11. 7. 2003).

82) *Wilkens*, LKV 2002, 169 (170).

83) Die Erfahrungen in den Kommunen zeigen aber, dass die Praxis eine andere ist.

84) So etwa Vertreter der Städte Stuttgart und Essen auf einer Podiumsdiskussion zum Thema US-Leasing am 4. 4. 2003 in Essen.

85) Diese Finanzkrise der Kommunen basiert zu weiten Teilen auch auf den Schwierigkeiten, einen Kompromiss hinsichtlich der strukturellen Erneuerung der Kommunalfinanzierung zu finden. S. dazu die FAZ v. 13. 3. 2003, S. 11.

86) Zu diesem Ergebnis kommt auch die Untersuchung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit „Leitfaden für Unternehmer und öffentliche Verwaltung“: Die Finanzkrise der Gebietskörperschaften macht die Einbeziehung Privater erforderlich. Einem jährlichen Investitionsvolumen von 22 Mrd. Euro steht bis zum Jahr 2009 ein Investitionsbedarf von 665 Mrd. Euro entgegen. S. auch den Beitrag in der FAZ v. 21. 3. 2003, S. 43.

87) So aber die Begr. des bayerischen GesetzE zur Änderung des KommunalR v. 20. 3. 2003.

werden müssen. Jedoch hat sich in der vorangegangenen Untersuchung gezeigt, dass die Risiken der Vertragswerke zum einen quantifizierbar sind und durch vertragliche Regelungen gehandhabt werden können⁸⁸. Zum anderen sind die Finanzierungsstrukturen seriös und nicht anders zu beurteilen als vergleichbare Modelle, die üblicherweise bei der Finanzierung von Großprojekten durch öffentliche Körperschaften zur Anwendung gelangen. Letztendlich darf es den Kommunen auf Grund der verfassungsmäßigen Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 II GG nicht verwehrt werden, auch Cross-Border-Geschäfte als Finanzierungsstruktur zu prüfen und – nicht zuletzt durch die Unterstützung erstklassiger Berater – darüber kompetent zu entscheiden.

⁸⁸) Vgl. dazu auch die positiven Stellungnahmen des baden-württembergischen Innenministeriums v. 13. 3. 2003 (Dr 13/1885) sowie v. 7. 5. 2003 (Dr 13/2055) bzw. der Landesregierung NW v. 9. 5. 2003.

Rechtsanwalt Dr. Mark Butt, München

Erweiterter Zugang zu behördlichen Umweltinformationen

Die neue EG-Umweltinformationsrichtlinie*

Das Recht auf freien Zugang zu behördlichen Informationen über die Umwelt ist seit Anfang der 90er Jahre fester Bestandteil der europäischen Umweltpolitik. Auf Grund der bisherigen Erfahrungen mit diesem Instrument und den notwendigen Anpassungen zur Ratifizierung der so genannten Aarhus-Konvention von 1998 hat die Gemeinschaft nun die Umweltinformationsrichtlinie aus dem Jahre 1990 novelliert und das Umweltinformationsrecht erheblich ausgeweitet. Neben Erleichterungen beim Zugang zu Informationen auf Antrag ist eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zu einer aktiven Informationsverbreitung getreten. Der Beitrag stellt die neuen Regelungen, die bis Februar 2005 in deutsches Recht umgesetzt werden müssen, vor.

I. Einführung: Bisherige Grundlage des europäischen Umweltinformationsrechts

Im 4. Umweltaktionsprogramm der Europäischen Kommission von 1987 wurde auf europäischer Ebene erstmals die Forderung nach einem verbesserten Zugang der Bürger zu den bei den Behörden vorhandenen Informationen über die Umwelt als Instrument der Umweltpolitik aufgestellt¹. Dahinter stand vor allem die Idee, dass eine stärkere Einbeziehung der Bürger zu einem ordnungsgemäßen Vollzug des geltenden europäischen Umweltrechts beitragen kann. Zum einen soll das Wissen um die grundsätzliche Öffentlichkeit aller umweltbezogenen Vorgänge die staatlichen Stellen zu einem besonders sorgfältigen Handeln veranlassen. Zum anderen soll es dadurch erleichtert werden, rechtswidriges Handeln, insbesondere durch fehlende oder mangelhafte Umsetzung oder Anwendung europäischen Rechts, aufzudecken. Ferner soll die Einbeziehung der Öffentlichkeit auch zu einem verbesserten Informationsstand der Behörden führen, weil der aktiv partizipierende Bürger wiederum die staatlichen Stellen auf Umweltprobleme aufmerksam machen kann².

Vor diesem Hintergrund wurde am 7. 6. 1990 die Richtlinie 90/313/EWG über den freien Zugang zu Informationen

über die Umwelt (UIRL 1990)³ verabschiedet. Ziel der Umweltinformationsrichtlinie ist es, den freien Zugang zu den bei den Behörden vorhandenen Informationen über die Umwelt sowie die Verbreitung dieser Informationen zu gewährleisten und die grundlegenden Voraussetzungen festzulegen, unter denen derartige Informationen zugänglich gemacht werden sollen (vgl. Art. 1 UIRL 1990). Um dieses Ziel zu erreichen, werden die Mitgliedstaaten verpflichtet zu gewährleisten, dass die Behörden grundsätzlich allen natürlichen oder juristischen Personen auf Antrag ohne Nachweis eines Interesses Informationen über die Umwelt zur Verfügung stellen (Art. 3 UIRL 1990). Die Richtlinie schafft ein von sonstigen Verfahren unabhängiges und einklagbares Recht des Antragstellers auf den Zugang zu den begehrten Informationen⁴, indem sie bestimmt, dass der Bescheid der Behörde auf dem Gerichts- oder Verwaltungsweg anfechtbar sein muss, der nach der einzelstaatlichen Rechtsordnung einschlägig ist (Art. 4 UIRL).

Eingeschränkt wird dieses sehr weite Jedermann-Recht nur, soweit es mit bestimmten öffentlichen oder privaten Interessen kollidiert. So dürfen die Mitgliedstaaten etwa bestimmen, dass Informationen nicht übermittelt werden, soweit die Vertraulichkeit von Beratungen von Behörden, die öffentliche Sicherheit, Gegenstände von Ermittlungsverfahren oder Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und die Vertraulichkeit personenbezogener Daten berührt werden (Art. 3 II UIRL 1990; vgl. dazu im Einzelnen II).

In den Mitgliedstaaten, in denen es traditionell ein Recht auf freien Zugang zu behördlichen Informationen gibt⁵, hat die Umweltinformationsrichtlinie keine grundlegenden Neuerungen gebracht. In Deutschland hat sie dagegen zu einem Traditionsbruch mit dem Prinzip der beschränkten Aktenöffentlichkeit geführt. Während bis dahin grundsätzlich nur die an einem Verwaltungsverfahren Beteiligten ein Recht auf Akteneinsicht hatten (vgl. § 29 VwVfG), hat das Umweltinformationsgesetz (UIG) vom 8. 7. 1994 das Jedermann-Recht auf behördliche Informationen über die Umwelt umgesetzt⁶. Dies war entsprechend umstritten und die Umsetzung sowohl im Umweltinformationsgesetz als auch in der behördlichen Praxis teilweise sehr restriktiv⁷. Am 9. 9. 1999 wurde die Bundesrepublik durch den EuGH wegen der mangelhaften Umsetzung in drei Punkten verurteilt⁸.

Auf Grund der Berichte der Mitgliedstaaten über die Erfahrungen aus der Anwendung der Richtlinie und der eingegangenen Beschwerden von Privatpersonen und Organisationen hat die Europäische Kommission in ihrem Bericht vom 29. 6.

* Der Autor ist Rechtsanwalt in der Kanzlei GSK Gassner Stockmann & Kollegen in München.

1) ABIEG Nr. C 328, S. 4.

2) Zu den Funktionen des Umweltinformationsrechts vgl. Butt, Die Ausweitung des Rechts auf Umweltinformation durch die Aarhus-Konvention, 2001, S. 12 ff.; Eifert, DÖV 1994, 544; Scherzberg, UPR 1992, 48; Ebbesson, The Notion of Public Participation in International Environmental Law, YBIEL 1997, S. 51 ff.

3) ABIEG Nr. L 158, S. 56, abgedr. in: Fluck/Theuer, InformationsfreiheitsR mit Umweltinformations- und VerbraucherinformationsR, Komm., Stand: September 2002, Bd. 2, D1.

4) Vgl. auch Scherzberg, DVBl 1994, 733 (734).

5) Dies sind z. B. Dänemark, Frankreich, Griechenland, die Niederlande, Finnland und Schweden, vgl. Butt (o. Fußn. 2), S. 24; Winter, Öffentlichkeit von Umweltinformation, Europäische und nordamerikanische Rechte und Erfahrungen, 1990; Trantas, Akteneinsicht und Geheimhaltung im VerwR, 1998.

6) BGBl I, 1490; neu bekannt gemacht am 31. 8. 2001 (BGBl I, 2218).

7) Vgl. dazu Schrader, NVwZ 1999, 40; Hesselhaus, EuZW 2000, 298.

8) NVwZ 1999, 1209; dazu Hesselhaus, EuZW 2000, 298; die Mängel wurden durch die Neubekanntmachung des Umweltinformationsgesetzes vom 31. 8. 2001 behoben.