

**C L I F F O R D  
C H A N C E**

07  
beglaubigte Abschrift

**CLIFFORD CHANCE**  
PARTNERSCHAFTSGESELLSCHAFT

POSTFACH 34 01 63  
80098 MÜNCHEN  
THERESIENSTRASSE 4-6  
80333 MÜNCHEN

TEL +49 (0)89 216 32 0  
FAX +49 (0)89 216 32 8600  
www.cliffordchance.com

Verwaltungsgericht Stuttgart  
Postfach 10 50 52  
70044 Stuttgart

Durchwahl: +4989 21632 8376  
E-Mail: ferdinand.kuchler@cliffordchance.com  
Dokument-Nr.: Germany-#444165-v5  
Akte: 50037520  
29. Mai 2006

In der Verwaltungsstreitsache

1.   
70567 Stuttgart

2.   
70567 Stuttgart

- Kläger -

Prozessbevollmächtigte:

RA Roland Butteweg  
Sigmaringer Straße 98  
70567 Stuttgart

gegen

Landeshauptstadt Stuttgart  
Schmale Straße 13  
70173 Stuttgart

- Beklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Clifford Chance  
RA Dr. Ferdinand Kuchler  
RA Dr. Patrick Biagosch  
RA Dr. Martin Spieler  
Theresienstraße 4 -- 6  
80333 München

1 K 1259/06

wegen Abwassergebühren

begründen wir im Auftrag der Landeshauptstadt Stuttgart den mit Schriftsatz vom 08.05.2006 bereits gestellten Antrag, die Klage abzuweisen.

## 1. Sachverhalt

### 1.1 Der die von der Landeshauptstadt Stuttgart abgeschlossenen US Lease Transaktionen

Die Landeshauptstadt Stuttgart hat am 30.09.1999 und am 10.12.2002 US Lease Transaktionen abgeschlossen. Gegenstand der US Lease Transaktion 1999 sind die Klärwerke Mühlhausen, Möhringen und Plieningen. Gegenstand der Transaktion 2002 sind das Abwassernetz der Landeshauptstadt Stuttgart sowie einige Sonderbauwerke. Die Kläger machen zwar einerseits (ausdrücklich) nur die Transaktion 2002 zum "Gegenstand und Hintergrund vorliegenden Verfahrens" (Klageschrift vom 20.03.2006, Seite 2, unter 3.) . Da sie im folgenden allerdings auch auf "die Diskussion der neuen Neckarbrücke über das Gelände des Klärwerkes Mühlhausen" hinweisen, ist vorab zur Vermeidung von Missverständnissen klarzustellen, dass diese Anlage Gegenstand der Transaktion 1999 war.

Da die Kläger allerdings - ausdrücklich - nur die Transaktion 2002 zum "Gegenstand und Hintergrund" ihrer Klage machen, beschränkt sich auch die Klageerwiderung auf diese Transaktion. Wie sogleich unter 1.2 zu zeigen ist, ist die Struktur beider Transaktionen jedoch die gleiche. Sollte das Gericht weitere Informationen (auch) zu der Transaktion 1999 für entscheidungserheblich halten und benötigen, bitten wir um einen entsprechenden Hinweis.

### 1.2 Der wesentliche Inhalt von US Lease Transaktionen

Die Kläger lassen vortragen, die "generelle Problematik der Cross Border-Leasing-Geschäfte (sei) wohl gerichtsbekannt". Im Folgenden soll gleichwohl nochmals zusammengefasst der wesentliche Inhalt von US Lease Transaktionen dargestellt werden. Die von der Landeshauptstadt Stuttgart 2002 abgeschlossene US Lease Transaktion entspricht dieser - üblichen - Struktur solcher Transaktionen; gleiches gilt für die Transaktion 1999.

Ausgangspunkt einer US Lease Transaktion ist ein Leasingobjekt in Deutschland, das der Eigentümer an einen Trust langfristig (z. B. für 99 Jahre) vermietet ("Hauptmietvertrag" oder "Head Lease") und für einen kürzeren Zeitraum (z. B. für 28 Jahre) zurückgemietet ("Mietvertrag" oder "Lease"); dabei wird das Nutzungsrecht, das der Trust unter dem Hauptmietvertrag erhalten hat, inhaltsgleich zurückgewährt. Berechtigter des Trust ist ein US-Investor. Der Trust wird Vertragspartner der deutschen Kommune, um das Risiko einer Insolvenz des Investors zu minimieren, ein Trust ist nach US-amerikanischem Recht (praktisch) nicht insolvenzfähig.

Eine Übertragung des zivilrechtlichen Eigentums erfolgt nicht. Die Behauptung der Kläger, Anlagen, die Gegenstand der Transaktion (2002) sind, seien "verkauft" bzw. "veräußert" worden, ist falsch. Am Ende der Laufzeit des Mietvertrages hat der deutsche Eigentümer die Möglichkeit, das Nutzungsrecht, das er dem Trust unter dem Hauptmietvertrag gewährt hat, zu einem bei Beginn der Transaktion vereinbarten Festpreis zu erwerben ("Kaufoption" oder "Purchase Option"). Mit Ausübung der Kaufoption - Kauf von Rechten, nämlich aus dem Hauptmietvertrag - wird der deutsche Eigentümer gleichzeitig Hauptmieter und Hauptvermieter. Der Hauptmietvertrag erlischt durch Konfusion; die Transaktion ist vollständig beendet. Ob der deutsche Eigentümer die Kaufoption ausübt, steht in seiner alleinigen Entscheidung. Die Behauptung der Kläger, die Ausübung der Kaufoption sei "nur unter bestimmten Voraussetzungen, deren Vorliegend heute noch nicht sicher gesagt (sic!) werden kann", möglich, ist (ebenfalls) falsch.

Übt der deutsche Eigentümer seine Kaufoption nicht aus, hat der Trust das Recht, die Anlage selbst zu nutzen oder die Anlage an einen Dritten zu vermieten; das Nutzungsrecht des Trust endet (dann) am Ende der Laufzeit des Hauptmietvertrages. Der Trust (oder der Dritte) muss jedenfalls dann, wenn es sich, wie hier, bei dem Leasingobjekt um eine Anlage handelt, die zur Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht des Eigentümers gebraucht wird, wie z. B. Kläranlagen und Kanäle zur Erfüllung der Abwasserbeseitigungspflicht (in der Regel) der Gemeinden, bei Nichtausübung der Kaufoption eine Art Betreibervertrag ("Service Contract") abschließen, damit die Erfüllung der gesetzlichen Pflicht sichergestellt ist.

Der Trust zahlt am Tag des Abschlusses der Transaktion die Hauptmiete insgesamt im voraus. Der deutsche Eigentümer zahlt - mit den Mitteln, die ihm in Gestalt der Hauptmiete zufließen - am Tag des Abschlusses der Transaktion den Barwert der unter dem Mietvertrag geschuldeten Mieten und des Optionspreises an Banken und/oder Finanzunternehmen (Erfüllungsübernehmer) hervorragender Bonität. Im Gegenzug verpflichten sich die Erfüllungsübernehmer, die entsprechenden Verpflichtungen des deutschen Eigentümers in voller Höhe zu erfüllen ("Payment Undertaking Agreement"). Die Erfüllungsübernehmer erfüllen also die laufenden Mieten für den deutschen Eigentümer und zahlen den Optionspreis, wenn der deutsche Eigentümer die Kaufoption ausübt. Auch sämtliche Kosten der Transaktion werden bei ihrem Abschluss aus der Hauptmiete beglichen. Kommt es nicht zu einer Vertragsstörung, muss die Kommune also bis zum Ende der Transaktion (durch Ausübung der Kaufoption) keine Zahlungen mehr leisten. Aus der Differenz zwischen der Hauptmiete einerseits und den Zahlungen an die Erfüllungsübernehmer sowie den direkt getilgten Kosten der Transaktion andererseits ergibt sich der Nettobarwertvorteil!

Diese Struktur der US Lease Transaktionen, ist - mehrfach - veröffentlicht und aus allgemein zugänglichen Quellen ersichtlich.

vgl. u. a. Biagosch/Weinand-Härer, US Cross Border Lease Transaktionen, in: Kroll (Hrsg.) Leasing-Handbuch für die öffentliche Hand, 9. Auflage 2003, S. 104 ff.; Schulte/Wiesemann, in: Driehaus (Hrsg.), Kommunalabgabenrecht, Kommentar, Stand: 1/2006, § 6 Rdn. 64; Kuchler, KStZ 2003, 61, 62

Die Vertragsdokumentation erfolgt jeweils in englischer Sprache.

### 1.3 Gemeinderatsbeschluss, rechtsaufsichtliche Genehmigung und verbindliche Auskunft zur Transaktion 2002

#### 1.3.1 Gemeinderatsbeschluss

Die Durchführung der Transaktion 2002 wurde vom Stadtrat in öffentlicher Sitzung am 19.09.2002 beschlossen.

#### 1.3.2 Rechtsaufsichtliche Genehmigung

Soweit die Transaktion genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäfte gem. §§ 87, 88 GemO beinhaltet, wurden diese vom Regierungspräsidium Stuttgart mit Bescheid vom 23.09.2002 genehmigt.

#### 1.3.3 Verbindliche Auskunft

Vor Abschluss der US Lease Transaktion hat die Landeshauptstadt Stuttgart - wie bei allen Transaktionen dieser Art üblich - eine verbindliche Auskunft des Finanzamts Stuttgart-Körperschaften eingeholt. Das Finanzamt Stuttgart-Körperschaften hat auf den Antrag der Beklagten vom 20.08.2002 in seiner verbindlichen Auskunft vom 27.08.2002 unter anderem bestätigt, dass das wirtschaftliche Eigentum an den in die Transaktion einbezogenen Anlagen durch die Transaktion unberührt bleibt und nicht auf den US Investor übergeht.

Finanzamt Stuttgart-Körperschaften: Verbindliche Auskunft vom 27.08.2002 -  
Anlage B 1

### 1.4 Verwendung des Nettobarwertvorteils

Die Beklagte hat aus der 2002 abgeschlossenen US Lease Transaktion einen Nettobarwertvorteil in Höhe von ca. EUR 21,7 Mio. erlöst. Der Barwertvorteil wurde im Kernhaushalt (dies ist der Haushalt der Beklagten ohne die Haushalte z.B. der Eigenbetriebe) der Beklagten vereinnahmt, bei der Gebührenkalkulation des Stadtentwässerungsbetriebs (SES) - zu Gunsten der Gebührenzahler - jedoch wie folgt berücksichtigt:

Zum einen wurde der Barwertvorteil aus der Transaktion 2002 (ab dem Jahr 2003) in voller Höhe als (verbilligtes) Darlehen mit einem Zinssatz von 2 % p.a. an den Stadtentwässerungsbetrieb (SES) herausgereicht. Zum anderen wurden auch die so generierten Zinserträge in den folgenden Jahren jeweils als weitere, ebenfalls entsprechend verbilligte, Darlehen an den SES herausgereicht.

Zusammen mit dem Nettobarwertvorteil aus der US Lease Transaktion 1999, der sich auf ca. EUR 14 Mio. belief, und den die Beklagte (bereits ab dem Jahr 2000) in gleicher Weise verwendet hat, steht dem SES auf diese Weise inzwischen ein Darlehen in Höhe von ca. EUR 40 Mio. zur Verfügung. Da dieses Darlehen mit (nur) 2 % p.a. zu verzinsen ist, erspart der SES gegenüber marktüblichen Zinsen derzeit jährlich Kosten (für Zinsen) in der Größenordnung von ca. EUR 800.000 bis ca. EUR 1 Mio. Ohne die auf diese Weise verwendeten Nettobarwertvorteile aus den beiden US Lease Transaktionen wäre der in der Gebührenkalkulation zu berücksichtigende (Zins-)Aufwand also entsprechend höher mit wiederum entsprechenden Auswirkungen auf die Gebühren.

Die Behauptung der Kläger, das zinsverbilligte Darlehen habe "direkt in der Kalkulation der Beklagten keine Berücksichtigung gefunden", ist - also - ebenfalls falsch. Richtig ist allerdings, dass dieses Darlehen in der Gebührenkalkulation für 2003, die Anhang 1 zur Anlage 1 zur Gemeinderats-Drucksache 1011/2002 ist, nicht separat ausgewiesen ist. Ohne diese - verbilligten - Darlehen wäre der dort ausgewiesene (gesamte) Zinsaufwand allerdings entsprechend höher. Die zitierte Gemeinderatsdrucksache befindet sich in den dem Gericht bereits vorgelegten Akten.

#### 1.5 Keine zusätzlichen (transaktionsbedingten) Kosten

Die Kläger behaupten, die Beklagte sei "aufgrund des gegenständlichen Cross-Border-Leasing Vertrages zusätzlich verpflichtet ..., die veräußerten Einrichtungen auf dem neuesten technischen Stand zu halten"; sie habe "in sich widersprüchlich die aus dem gegenständlichen Vertrag resultierenden Kosten, nämlich nicht nur Abschreibungen, sondern auch Materialaufwand in Höhe von EUR 22.374.100,- in ihre Kalkulation eingestellt". Diese Behauptung ist - ebenfalls - falsch; sie ist wie folgt richtig zu stellen:

Die Beklagte hat sich in den Verträgen, die Gegenstand der US Lease Transaktion sind, nicht verpflichtet, die Anlagen, die Gegenstand der Transaktion sind, "auf dem neuesten technischen Stand zu halten". Sie hat sich nur verpflichtet, die Anlagen entsprechend den (in Deutschland) maßgeblichen Rechtsvorschriften zu unterhalten und zu betreiben. Dazu ist die Beklagte allerdings ohnehin verpflichtet; zusätzliche Kosten resultieren aus dieser Verpflichtung nicht.

Wie sich aus der "Gebührenkalkulation für 2003 gemäß fortgeschriebenem Wirtschaftsplan 2002/2003", Anhang 1 zur Anlage 1 zur Gemeinderatsdrucksache 1011/2002, ergibt, hat die Beklagte Materialaufwand in Höhe von EUR 22,374 Mio. in ihre Gebührenkalkulation für 2003 eingestellt. Diese kalkulierten Aufwendungen basieren auf den Ist-Zahlen des Jahresabschlusses 2001 und deren prognostizierte Weiterentwicklung für 2003. Die Ist-Kosten in 2001 beliefen sich auf EUR 21,96 Mio. und in 2002 auf EUR 21,33 Mio. Der (geringfügige) Rückgang zwischen den Jahren 2001 und 2002 war insbesondere auf geringere Abwasserabgaben in 2002 zurückzuführen. Der kalkulierte Anstieg für das Jahr 2003 war insbesondere auf steigende Energiepreise, steigende Entsorgungskosten, erhöhte Fuhrparkkosten und Aufwendungen für das im Jahr 2003 begonnene Projekt "Einführung eines neuen Abwassergebührensensystems" zurückzuführen. Aufwendungen "infolge der US Lease Transaktion 2002" sind nicht Gegenstand dieser Kalkulation; solche Kosten gibt es nicht.

#### 1.6 Übersetzung der Vertragsdokumentation

Die Kläger "fordern die Beklagte auf", das Vertragswerk durch einen öffentlich bestellten und vereidigten Urkundendolmetscher übersetzt vorzulegen. Die Beklagte wird dieser Aufforderung - der Kläger - nicht nachkommen, weil dafür keine Veranlassung besteht. Der Sachverhalt ist, soweit er entscheidungserheblich ist, geklärt. Einer Vorlage der Vertragsdokumentation der US Lease Transaktion - und deren Übersetzung - bedarf es nicht.

Für den Fall, dass das Gericht dies anders sieht, weisen wir - vorsorglich - auf folgendes hin: Die gesamte Vertragsdokumentation in der Transaktion 2002 umfasst ca. 2.600 Seiten. Sie existiert nur in englischer Sprache. Die durchschnittlichen Übersetzungskosten je Seite liegen bei EUR 120,00 bis EUR 130,00 (netto), so dass die Übersetzung der gesamten Vertragsdokumentation Kosten in Höhe von ca. EUR 320.000,00 (netto) zzgl. ca. EUR 51.000,00 (16 %) bzw. ca. EUR 61.000,00 (19 %) Mehrwertsteuer verursachen würde. Diese Kosten wären gemäß § 154 Abs. 1 VwGO vom unterliegenden Teil des Rechtsstreits zu tragen.

Wir regen an, dass die Kläger vor diesem Hintergrund ihre "Aufforderung", das Vertragswerk übersetzt in die deutsche Sprache vorzulegen, gegebenenfalls auch im eigenen Interesse, nochmals überdenken

Wir weisen außerdem darauf hin, dass die Erfahrung zeigt, dass die Übersetzung von in englischer Sprache abgefassten Verträgen, auch wenn die Übersetzung von öffentlich bestellten und vereidigten Dolmetschern vorgenommen wird, in aller Regel nur sehr bedingt brauchbare Ergebnisse liefert, weil es nur äußerst schwer möglich ist, die sehr komplexe englische Rechtsprache – wörtlich, wie von einer solcher Übersetzung aber verlangt – so in die deutsche Sprache zu übersetzen, dass ein hinreichend lesbarer deutscher Text entsteht. Wir wei-

sen schließlich darauf hin, dass die Übersetzung der Verträge einen erheblichen Zeitraum in Anspruch nehmen würde; nach uns gegebenen Auskünften wäre ein Übersetzer damit ca. 18 Monate (!) beschäftigt.

## 2. Rechtliche Würdigung

Die Klage ist abzuweisen. Sie ist bereits unzulässig, jedenfalls aber unbegründet. Im einzelnen:

### 2.1 Unzulässigkeit der Klage

Die Klage ist unzulässig. Ihr fehlt das (allgemeine) Rechtsschutzbedürfnis. Mit ihrer Klage, die sich - vordergründig - gegen die angefochtenen Abwassergebührenbescheide der Beklagten richtet, verfolgen die Kläger tatsächlich - offensichtlich - ein anderes Ziel, nämlich eine "allgemeine" Überprüfung der Rechtmäßigkeit und Zulässigkeit der von der Beklagten abgeschlossenen US Lease Transaktion. Um dieses - wahre - Ziel ihrer Klage zu erreichen, nehmen es die Kläger auch in Kauf, ihren Aufhebungsantrag ganz offensichtlich und ungeeignet widersprüchlich zu "begründen". Ihre Ausführungen sind unschlüssig und tragen den gestellten Aufhebungsantrag nicht. Die Beklagte verkennt nicht, dass das Kriterium der Schlüssigkeit einer Klage ein Kriterium aus dem Zivilprozess ist, das unter Geltung des § 86 Abs. 1 VwGO (eigentlich) keine Rolle spielt. Argumentiert jedoch ein - zumal anwaltlich vertretener - Kläger offensichtlich widersprüchlich und trägt er ausdrücklich selbst rechtliche und tatsächliche Gesichtspunkte vor, die - ihre Richtigkeit unterstellt - zwingend zur Abweisung der von ihm selbst erhobenen Klage führen müssten, ist dies ein eindeutiger Hinweis auf eine rechtsmissbräuchliche Anrufung des Gerichts. So liegen die Dinge im hier zu beurteilenden Fall:

Die Kläger behaupten - freilich zu Unrecht - sogar mit mehreren Begründungsansätzen die angebliche Unwirksamkeit der von der Beklagten abgeschlossenen US Lease Transaktion. Sie berufen sich dazu auf die angeblich "nicht in formwirksamer Weise" erteilte Genehmigung durch die Rechtsaufsichtsbehörde, auf den angeblichen "Missbrauch steuerlicher Gestaltungsmöglichkeiten" und auf den angeblichen Verstoß gegen § 117 BGB, also das Verbot von Scheingeschäften.

Gleichzeitig "begründen" sie ihre Anfechtungsklage gegen die Abwassergebührenbescheide aber damit, dass in Folge der nämlichen US Lease Transaktion das wirtschaftliche Eigentum an den Anlagen, die Gegenstand der Transaktion sind, auf den Vertragspartner der Beklagten übergegangen sei; außerdem machen sie einen "Anspruch" auf Berücksichtigung des Nettobarwertvorteils aus der nämlichen Transaktion in der Gebührenkalkulation geltend. Wäre die Transaktion, wie die Kläger behaupten, unwirksam, könnte die Zuordnung des

wirtschaftlichen Eigentums an den in die Transaktion einbezogenen Anlagen in Folge der Transaktion aber - offensichtlich - von vornherein nicht in wirksamer Weise verändert worden sein. Der von der Beklagten vereinnahmte Nettobarwertvorteil wäre dem jederzeitigen Risiko der Rückforderung ausgesetzt, so dass er bereits deshalb nicht in der Gebührenkalkulation in Ansatz gebracht werden könnte. Die Richtigkeit ihres eigenen Vortrags unterstellt, wäre die Klage der Kläger also ohne weiteres abzuweisen.

Die Argumentation der Kläger ist in höchstem Maße widersprüchlich. Sie missbrauchen ihre Klagemöglichkeit gegen die angefochtenen Abwassergebührenbescheide, um in Wahrheit ein anderes Klageziel, nämlich eine Überprüfung - und aus ihrer Sicht bestenfalls auch "Be-anstandung" - der von der Beklagten abgeschlossenen US Lease Transaktion als solcher durch das Gericht zu erreichen. Damit verfolgen sie aber keine schutzwürdigen Interessen; für eine solche "allgemeine" Überprüfung der Transaktion steht ihnen weder ein subjektiv-öffentliches Recht noch ein (allgemeines) Rechtsschutzbedürfnis zu. Deshalb haben sie mit diesem wahren Ziel ihrer Klage auch keinen Anspruch auf den Einsatz der den Gerichten übertragenen Ordnungsgewalt des Staates.

Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 14. Aufl. 2005, § 42 Rdn. 178; Redeker/von Oertzen, VwGO, Kommentar, 14. Aufl. 2004, § 42 Rdn. 28

## 2.2 Begründetheit der Klage

Die Klage ist auch unbegründet. Die angefochtenen Abwasserbeitragsbescheide sind rechtmäßig. Insbesondere liegt ihnen auch im Hinblick auf die zwei in der Klage "angegriffenen Positionen" eine rechtmäßige Gebührenkalkulation zugrunde. Sollte das Gericht weitere, von den Klägern nicht angesprochene Fragen für relevant halten, bitten wir um einen entsprechenden Hinweis. Zu den von den Klägern angesprochenen Fragen ist auf folgendes hinzuweisen:

### 2.2.1 Berücksichtigung von Abschreibungen

Die Kläger sind der Auffassung, die bei der Gebührenkalkulation 2003 in Ansatz gebrachten Abschreibungen (in Höhe von EUR 29.165.000,00) hätten nicht in Ansatz gebracht werden dürfen, weil die Beklagte - in Folge der US Lease Transaktion - nicht mehr wirtschaftliche Eigentümerin der in die Transaktion eingebrachten Anlagen sei.

Diese Auffassung ist falsch. Sie findet im Gesetz keine Grundlage. Maßgeblich für die im vorliegenden Verfahren streitgegenständliche Gebührenkalkulation für das Jahr 2003 ist nicht das heute geltende Kommunalabgabengesetz vom 17.03.2005 (GBl 2005, S. 206) (im folgenden "KAG 2005") sondern das Kommunalabgabengesetz in der Fassung vom 28.05.1996 (GBl. 1996, S. 481) (im folgenden "KAG 1996") Gemäß § 9 Abs. 2 Satz 1

KAG 1996 dürfen Gebühren höchstens so bemessen werden, dass die nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ansatzfähigen Kosten der Einrichtung gedeckt werden. Gemäß § 9 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 KAG 1996 gehören zu den Kosten nach § 9 Abs. 2 Satz 1 KAG 1996 auch angemessene Abschreibungen.

Es ist also zunächst festzustellen, dass das maßgebliche Recht die Berücksichtigung von Abschreibungen bei der Gebührenkalkulation vorschreibt. Der von den Klägern geforderte Verzicht auf Abschreibungen ist bereits deshalb unzulässig.

Faiss, Kommunalabgabenrecht in Baden-Württemberg, Kommentar, Stand:8/2004,  
§ 9 Rdn. 25, 32

Geht man, was § 9 KAG 1996 allerdings nicht vorschreibt,

vgl. Biagosch/Kuchler KStZ 2002, 85, 88, 89,

davon aus, dass die (also) kraft Gesetzes bestehende Verpflichtung zur Berücksichtigung angemessener Abschreibungen in der Gebührenkalkulation voraussetzt, dass die Stadt (auch) wirtschaftlicher Eigentümer der abzuschreibenden Anlagen ist, steht dies der Berücksichtigung von Abschreibungen in der Gebührenkalkulation der Beklagten auch im hier zu beurteilenden Fall nicht entgegen. Die Landeshauptstadt Stuttgart hat - auch - das wirtschaftliche Eigentum an den in die US Lease Transaktion einbezogenen Anlagen nicht verloren:

Dies ist zum einen - bestandskräftig - durch die verbindliche Auskunft des Finanzamts Stuttgart-Körperschaften vom 27.08.2002 entschieden. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass diese verbindliche Auskunft nicht singulär ist, sondern der ständigen Auffassung der Finanzbehörden - nach dem Ergebnis der Erörterungen der obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder - entspricht.

vgl. z.B. die Verfügung der OFD Karlsruhe Stuttgart vom 31.08.1999 - Anlage B 2

Ohne dass es entscheidungserheblich wäre, ist außerdem darauf hinzuweisen, dass aus der zitierten Verfügung der OFD Karlsruhe Stuttgart auch folgt, dass auch die obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder, auch unter dem von den Klägern angesprochenen Gesichtspunkt des "Missbrauchs steuerlicher Gestaltungsmöglichkeiten", keine Bedenken gegen US Lease Transaktionen geäußert haben; sie haben sie vielmehr (auch) unter spezifisch steuerrechtlichen Gesichtspunkten als rechtlich wirksame Transaktionen anerkannt und beurteilt.

Zum anderen ist diese Auffassung des Finanzamts auch zutreffend. Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung hat sich dieser Sichtweise einhellig angeschlossen, ebenso wie die ganz überwiegende Auffassung der Literatur.

VG Gelsenkirchen, Urt. v. 27.11.2003, Az.: 13 K 2022/03 u.a., Urteilsabdruck S. 12, 13 (n.v., Kopie als Anlage B 3 anbei); VG Hamburg, Urt. v. 27.10.2004, NVwZ 2005, 115; Schulte/Wiesemann, in: Driehaus (Hrsg.), Kommunalabgabenrecht, Kommentar, § 6 Rdn. 64; Pschira/Hödl-Adick, ZKF 2002, 50, 55; Thomas/Wanner, KStZ 2002, 64, 72 f; Biagosch/Kuchler KStZ 2002, 85, 88, 89; Laudenklos/Pegatzky, NVwZ 2002, 1299, 1300 ff; ebenso Jahndorf in seiner Habilitationsschrift, Grundlagen der Staatsfinanzierung durch Kredite und alternative Finanzierungsformen im Finanzverfassungs- und Europarecht, 2003, S. 340

Die Kläger bestreiten dies mit zwei Argumenten. Zum einen weisen sie darauf hin, dass für die im Zusammenhang mit der US Lease Transaktion abgeschlossenen Verträge die Geltung US-amerikanischen Rechts und ein Gerichtstand in den USA vereinbart wurde, und dass nach US-amerikanischem Recht das wirtschaftliche Eigentum auf den US Trust bzw. den US Investor übergegangen ist. Zum anderen verweisen sie auf die unterschiedlich lange Dauer des Hauptmietvertrages und des Mietvertrages sowie auf die "Diskussion der neuen Neckarbrücke über das Gelände des Klärwerkes Mühlhausen".

Beide Begründungsansätze tragen indessen die Rechtsauffassung der Kläger nicht:

Die Geltung welchen Rechts die Parteien der US Lease Transaktion - für ihre Rechtsbeziehungen untereinander - vereinbart haben, und welchen Gerichtstand sie vereinbart haben, ist für die Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums der in die Transaktion einbezogenen Anlagen in Deutschland irrelevant. Diese Frage beantwortet sich nach der - in Deutschland allein geltenden - gesetzlichen Regelung in § 39 Abgabenordnung (AO). Über den Geltungsanspruch dieser Vorschrift können Parteien eines Vertrages nicht verfügen; insbesondere können sie nicht vereinbaren, dass diese Vorschrift nicht gilt. Es handelt sich insoweit vielmehr um zwingendes (deutsches) Recht, das auch dann Anwendung findet, wenn grenzüberschreitende Transaktionen abgeschlossen werden und wenn nach der Rechtsordnung eines anderen Staates, z.B. der USA, in dem anderen Staat andere Rechtsfolgen eintreten. Dies ist juristisch nicht ernsthaft zu bestreiten:

"Da jeder Staat die Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums nach eigenen Maßstäben beurteilt, kommt es nur zu einer eindeutigen Zuordnung, wenn die Kriterien sowohl im Inland als auch im Ausland gleich sind und auch gleich angewendet werden. Es ist aber auch denkbar, dass das wirtschaftliche Eigentum im Inland und im Ausland unterschiedlich beurteilt wird mit der Folge, dass es weder dem Leasingnehmer noch dem Leasinggeber oder aber sowohl dem Leasingnehmer als auch dem Leasinggeber zugerechnet wird. Der letzte Fall ist ersichtlich für die Beteiligten besonders günstig. Wird sowohl dem Leasinggeber als auch dem Leasingnehmer"

singnehmer das wirtschaftliche Eigentum zugerechnet, sind beide persönlich abschreibungsberechtigt und können daher die Anschaffungs- oder Herstellungskosten für das Wirtschaftsgut mindernd von ihrer steuerlichen Bemessungsgrundlage absetzen. Die doppelte Inanspruchnahme der Abschreibungsmöglichkeiten wird im Jargon als *double dip* bezeichnet. ...

Aufgrund des langfristigen Mietvertrags erlangt der US-Trust eine eigentümerähnliche Position, die ihn nach US-Steuerrecht berechtigt, Abschreibungen auf die Anschaffungskosten (hier: Mietvorauszahlung) vorzunehmen. Aus deutscher Sicht bleiben die steuerlichen Abschreibungsmöglichkeiten auf die ursprünglichen Anschaffungskosten, die unabhängig von der Cross-Border Leasing Struktur anfallen, erhalten, weil nach deutschen Regeln die Kommune ihr wirtschaftliches Eigentum nicht verliert."

Jahndorf, Grundlagen der Staatsfinanzierung durch Kredite und alternative Finanzierungsformen im Finanzverfassungs- und Europarecht, S. 335, 340 (Hervorhebungen vom Verf.); im Ergebnis ebenso VG Gelsenkirchen, Urt. v. 27.11.2003, Az.: 13 K 2022/03, Urteilsabdruck Seite 12, 13; VG Hamburg, Urt. v. 27.10.2004, NVwZ 2005, 115; Laudenklos/Pegatzky, NVwZ 2002, 1299, 1300 ff; die gegenteilige Auffassung, die nur von Schacht, KStZ 2001, 229, 231, vertreten wird, ist falsch.

Die unterschiedliche Dauer von Hauptmietvertrag einerseits und Mietvertrag andererseits führt - entgegen der Auffassung der Kläger - nicht zu einer anderen Beurteilung. Aus deutscher Sicht ist zum einen entscheidend, dass der Beklagten die Rechte, die sie unter dem Hauptmietvertrag dem US Trust gewährt hat, unter dem Mietvertrag inhaltsgleich zurückgewährt werden; zum anderen liegt es in der alleinigen Entscheidung der Beklagten, ob sie am Ende des Mietvertrages die ihr vertraglich eingeräumte Kaufoption ausübt und damit die Transaktion insgesamt, einschließlich des Hauptmietvertrages, beendet.

Auch die "Diskussionen" im Hinblick auf die geplante neue Neckarbrücke belegen mitnichten, dass die Beklagte das wirtschaftliche Eigentum an den in die US Lease Transaktionen einbezogenen Anlagen verloren hat. In diesem Zusammenhang ist zunächst nochmals auf das Regel- /Ausnahmeverhältnis des § 39 AO hinzuweisen. Danach gilt, dass Abschreibungen demjenigen zuzuordnen sind, der den Werteverzehr erleidet. Dies ist grundsätzlich der zivilrechtliche Eigentümer (Regelzurechnung). Die Beklagte ist, auch nach Durchführung der US Lease Transaktionen, zivilrechtliche Eigentümerin aller in die Transaktionen einbezogenen Anlagen geblieben. Eine vom zivilrechtlichen Eigentum abweichende Objektzurechnung kommt gem. § 39 Abs. 2 AO nur dann und nur ausnahmsweise in Betracht, wenn ein anderer als der zivilrechtliche Eigentümer die tatsächliche Herrschaft über ein Wirtschaftsgut in einer Weise ausübt, dass er den zivilrechtlichen Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann

Im Anschluss an die Grundsatzentscheidung des BFH vom 26.01.1970, Az.: IV R 144/66,

BFH, BStBl 1970 Teil II, S. 264, 271 ff

setzt die Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums bei einem anderen als dem zivilrechtlichen Eigentümer voraus, dass diesem anderen bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise die tatsächliche Herrschaft über ein Wirtschaftsgut in der Weise zusteht, dass er den im Wirtschaftsgut verkörperten wirtschaftlichen Wert unter Ausschluss des (zivilrechtlichen) Eigentümers vollständig bzw. nahezu vollständig aufzehren kann. Entscheidend ist, ob nach dem Gesamtbild der Verhältnisse der andere eine - auch rechtlich abgesicherte - Position innehat, die es ihm ermöglicht, den zivilrechtlichen Eigentümer dauerhaft derart auszuschließen, dass dessen Herausgabeanspruch bei dem für die gewählte Gestaltung typischen Verlauf zumindest tatsächlich keine nennenswerte praktische Bedeutung mehr zukommt. Davon kann grundsätzlich nur ausgegangen werden, wenn der (vom zivilrechtlichen Eigentümer verschiedene) Nutzungsberechtigte ein Recht zum (unmittelbaren) Besitz hat. Wirtschaftliches Eigentum setzt (weiter) voraus, dass der wirtschaftlich Berechtigte über das Wirtschaftsgut in seiner wirtschaftlichen Substanz verfügen kann, was "eine dem Vollrecht angenäherte Rechtsposition" bedingt, über die der wirtschaftlich Berechtigte frei verfügen kann. Außerdem trägt der wirtschaftliche Eigentümer grundsätzlich das Risiko des zufälligen Untergangs des Wirtschaftsguts; ihm stehen die Wertsteigerungen zu, er trägt aber auch die Lasten der Sache und erhält die Erträge. Die genannten Merkmale müssen kumulativ zusammentreffen. Nicht ausreichend für eine andere Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums als die Regelzurechnung beim zivilrechtlichen Eigentümer sind hingegen Verfügungsbeschränkungen in einzelnen Beziehungen, z.B. durch schuldrechtliche Vereinbarungen.

Koenig, in: Pahlke/Koenig, (Hrsg.), Kommentar, 2004, § 39 Rdn 1 – 18, Brockmeyer, in: Klein, Abgabenordnung, Kommentar, 8. Auflage 2003, Rdn 10 –14, jeweils m.w.N., auch aus der Rechtsprechung des BFH

Diese Voraussetzungen liegen weder bei US Lease Transaktionen im allgemeinen noch bei den von der Beklagten abgeschlossenen Transaktionen im besonderen vor. Die wirtschaftliche Substanz der in die Transaktion einbezogenen Anlagen steht nach wie vor der Beklagten als (zivilrechtlicher) Eigentümerin zu und bleibt durch die Transaktion unangetastet. Die Beklagte hat ihre Besitz- und Nutzungsrechte an den Anlagen behalten, von denen der US Trust sie nicht ausschließen kann.

Biagosch/Kuchler, KStZ 2002, 85, 88, 89 Laudenklos/Pegatzky NVwZ 2002, 1299, 1300, 1301

Die Anlagen werden insbesondere nach wie vor von der Beklagten zur Abwasserbeseitigung in der Landeshauptstadt Stuttgart genutzt.

Selbst wenn die "Beschränkungen" im Hinblick auf das Klärwerk Mühlhausen, über die in den von den Klägern vorgelegten Presseartikeln berichtet wird, in dieser Form tatsächlich aus den im Rahmen der US Lease Transaktion getroffenen Vereinbarungen resultieren würden, würde dies keinen Übergang des wirtschaftlichen Eigentums an diesen Anlagen im Sinne des § 39 AO begründen. Entsprechende Beschränkungen können - selbstverständlich - Gegenstand eines Mietvertrages sein, ohne dass es dadurch zu einer Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums an der Mietsache beim Mieter kommt. So kann z.B. jeder Mieter verhindern, dass sein Vermieter ein ihm vermietetes Grundstück oder gar eine ihm vermietete Wohnung dazu nutzt, dort für ein Bauwerk einen Pfeiler zu errichten und das vermietete Grundstück oder die vermietete Wohnung auf diese Weise (unmittelbar) in Anspruch zu nehmen. Diese Rechte des Mieters, die regelmäßig unmittelbar aus jedem (üblichen) Mietvertrag folgen, führen nach unbestrittener Auffassung nicht dazu, dass das wirtschaftliche Eigentum am Mietgegenstand dem Mieter zuzurechnen ist.

Koenig, in: Pahlke/Koenig, Abgabenordnung, Kommentar, § 39 Rdn 41; Brockmeyer, in: Klein, Abgabenordnung, Kommentar, Rdn 22

Anderenfalls würde letztlich jeder Mietvertrag dazu führen, das wirtschaftliche Eigentum der Mietsache dem Mieter zuzuordnen.

Hinzu kommt, dass die Landeshauptstadt Stuttgart durch ihre Kaufoption am Ende des Mietvertrages die - in ihrer alleinigen Entscheidung stehende - Möglichkeit hat, auch den Hauptmietvertrag zu beenden. Jede "Beschränkung" aus dem Hauptmietvertrag dauert deshalb nicht (zwingend) "über die gewöhnliche Nutzungsdauer der vermieteten Anlagen hinaus"; bereits deshalb scheidet ein Übergang des wirtschaftlichen Eigentums aus.

BFH, BStBl 1970, Teil II, S. 264, 272 (III. 2. a) a. E.)

### 2.2.2 Berücksichtigung des Nettobarwertvorteils

Unzutreffend ist auch die Auffassung der Kläger, die Beklagte hätte den Nettobarwertvorteil aus der Transaktion 2002 ("unmittelbar") in voller Höhe, gegebenenfalls verteilt über fünf Jahre, als "Erlös" in der Gebührenkalkulation berücksichtigen müssen. Dies ergibt sich im einzelnen aus folgendem:

Die Kläger verweisen im Ansatz zutreffend auf das auch in Baden-Württemberg für die Ermittlung von Gebühren geltende Kostendeckungsprinzip. Nach allgemein anerkannter Auffassung gilt für diese Kosten allerdings der sog. "wertmäßige Kostenbegriff". Danach sind Kosten der "bewertete Verbrauch von Gütern und Dienstleistungen für die Herstellung und den Absatz von betrieblichen Leistungen und die Aufrechterhaltung der dafür erforderlichen

Kapazitäten", mit anderen Worten, der "durch die Leistungserbringung in einer Periode bedingte Wertverzehr an Gütern und Dienstleistungen".

Schulte/Wiesemann, in: Driehaus (Hrsg.), Kommunalabgabenrecht, Kommentar, § 6 Rdn. 47 m.w.N.

Ob Einnahmen (als solche) bei einer Gebührenkalkulation berücksichtigt werden müssen, ist gebührenrechtlich nicht abschließend geklärt; teilweise wird eine solche Berücksichtigung - allerdings auch nur unter bestimmten Voraussetzungen - gefordert, teilweise wird die Auffassung vertreten, dass es gebührenrechtlich nie um die (unmittelbare) Berücksichtigung von Einnahmen geht, sondern allenfalls darum, nicht betriebsbedingte, also zur Leistungserbringung nicht erforderliche, Kosten auszusondern.

vgl. Schulte/Wiesemann, in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht, § 6 Rdn. 59 ff; Kuchler, KStZ 2003, 61, 68, 69 jeweils m.w.N.

Konsens besteht jedoch im Ergebnis, dass Einnahmen jedenfalls nur dann in der Gebührenkalkulation zu berücksichtigen sind, wenn sie Teil des Prozesses von Leistung und Gegenleistung sind, wenn sie also mit einem leistungsbedingten Werteverzehr des Anlagevermögens korrespondieren.

VG Gelsenkirchen, Urt. v. 27.11.2003, Az. 13 K 2022/03, Urteilsabdruck S. 10;  
VG Hamburg, Urt. v. 27.10.2004, NVwZ 2005, 115, 116; Schulte/Wiesemann, in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht, § 6 Rdn. 61 ff m.w.N

US Lease Transaktionen und der aus ihnen resultierende Nettobarwertvorteil sind nicht Teil dieses "Prozesses von Leistung und Gegenleistung"; dem Nettobarwertvorteil korrespondiert kein Werteverzehr des in die Transaktion einbezogenen Anlagevermögens. Durch den Nettobarwertvorteil wird keine Leistung der Abwasserbeseitigung entgolten, sondern ein Steuervorteil des US-Investors, den dieser nach US-amerikanischem Recht aus der Transaktion generieren kann.

VG Gelsenkirchen, Urt. v. 27.11.2003, Az. 13 K 2022/03, Urteilsabdruck S. 10,11;  
VG Hamburg, Urt. v. 27.10.2004, NVwZ 2005, 115, 116; Thomas/Wanner, KStZ 2002, 64, 73; Laudenklos/Pegatzky NVwZ 2002, 1299, 1305, 1306

Diese gebührenrechtlich zutreffende Beurteilung entspricht auch der steuerrechtlichen Beurteilung im Ergebnis des Erörterungen der obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder:

"Der steuerbare Leistungsaustausch besteht vielmehr darin, dass der inländische Unternehmer (...) dem ausländischen Investor die Möglichkeit eröffnet, sich in den USA Steuervorteile zu verschaffen. Dafür erhält der inländische Unternehmer als

Gegenleistung den Barwertvorteil in Höhe der Differenz zwischen der aus dem Hauptmietvertrag (bereits vorab) zugeflossenen Miete und der im Rahmen des Untermietvertrages (noch) zu zahlenden Miete."

Verfügung der OFD Karlsruhe Stuttgart vom 31.08.1999 - Anlage B 1

Auch der - pauschale - Hinweis der Kläger auf "das Urteil des Oberverwaltungsgerichts Münster von 1994" - gemeint ist wohl das Teilurteil vom 15.12.1994, Az. 9 A 2251/93 - führt zu keinem anderen Ergebnis. Diese Entscheidung ist auf den hier zu beurteilenden Fall bereits deshalb nicht übertragbar, weil es dort um die Veräußerung von Anlagevermögen ging, während eine solche Veräußerung im Rahmen von US Lease Transaktionen nicht stattfindet.

VG Gelsenkirchen, Urt. v. 27.11.2003, Az. 13 K 2022/03, Urteilsabdruck S. 14; Schulte/Wiesemann, in: Driehaus (Hrsg.), Kommunalabgabenrecht, Kommentar, § 6 Rdn. 64

Hinzu kommt, dass (auch) das OVG Münster in seinem Teilurteil vom 15.12.1994 nicht - allgemein - verlangt hat, "Erlöse aus der Privatisierung" bei der Gebührenkalkulation zu berücksichtigen. Das Gericht hat - nur - über folgende spezielle Fallkonstellation und zu dieser im einzelnen folgendes entschieden:

Wird Anlagevermögen veräußert, das bereits vollständig abgeschrieben ist, gleichwohl aber noch einen Nutzungswert besitzt, steht der (darauf entfallende) Veräußerungsgewinn dem "Gebührenhaushalt" zu. Dies wird vom OVG Münster mit der Überlegung begründet, die entsprechenden Veräußerungsgewinne stellen "den Gegenwert für die entgangenen (kostenlosen) Nutzungsmöglichkeiten der (verkauften) Anlagegüter dar". Dem liegt die - allerdings wiederum umstrittene - Auffassung des OVG Münster zugrunde, eine (kalkulatorische) Abschreibung "unter Null" sei unzulässig.

OVG Münster, NVwZ 1995, 1238, 1241; NVwZ 1995, 1233 (Leitsatz 3), im einzelnen in dieser Rechtsprechung des OVG Münster Kuchler, KStZ 2003, 61, 63 f, 66 f

Tragender Grund der Entscheidung des OVG Münster vom 15.12.1994 war also eine hypothetische bzw. vergleichende Betrachtungsweise. Das Gericht hat eine Berücksichtigung des Veräußerungsgewinns (abgeschriebener Anlagegüter) bei der Gebührenkalkulation deshalb verlangt, weil die damit verbundenen "stillen Reserven" bei einem Fortbestand des bisherigen städtischen Regiebetriebs den Gebührenzahlern nochmals: da eine Abschreibung unter Null nach Auffassung des Gerichts nicht zulässig ist - ebenfalls zugute gekommen wären; diese Anlagegüter hätten - tatsächlich - genutzt werden können, ohne dass - rechtlich - ein in

der Gebührenkalkulation noch zu berücksichtigender Wertverlust in Ansatz zu bringen gewesen wäre.

Das Gericht war also der Auffassung, das die Gebührenzahler infolge der Veräußerung des Anlagevermögens an die private Gesellschaft nicht schlechter stehen durften als ohne diese Veräußerung. Selbst wenn man diese Auffassung für richtig hält, was allerdings mit guten Gründen bestritten wird,

vgl. u.a. Oebbecke, KStZ 1997, 161, 164,

folgt daraus nicht, dass auch der Nettobarwertvorteil aus US Lease Transaktionen bei der Gebührenkalkulation zu berücksichtigen wäre. Die einzige entsprechend dem Ansatz des OVG Münster denkbare - vergleichende bzw. hypothetische - Betrachtungsweise bei US Lease Transaktionen besteht darin, dass die Transaktion insgesamt unterblieben wäre. In diesem Fall würden jedoch - offensichtlich - ebenfalls keine Vorteile für die Gebührenzahler entstehen.

Kuchler, KStZ 2003, 61, 67

Die intensive Diskussion der gesamten Problematik in der (zitierten) Literatur und in den bereits vorliegenden Gerichtsentscheidungen zeigt, dass es auch keine weiteren - von den Klägern nicht vorgetragenen - Gründe gibt, die eine "unmittelbare" Berücksichtigung des Nettobarwertvorteils aus US Lease Transaktionen bei der Gebührenkalkulation erforderlich machen würden.

Durch das von der Beklagten gewählte Modell der Berücksichtigung des Nettobarwertvorteils werden die Gebührenzahler jedoch - gleichwohl - begünstigt, und zwar inzwischen, wie oben (Gliederungspunkt 1.4) gezeigt wurde, mit ca. EUR 800.000,00 bis 1 Mio. (geringeren Darlehenskosten) jährlich, obwohl eine solche Begünstigung rechtlich (überhaupt) nicht gefordert ist. Wäre nicht ohnehin klar, dass es den Klägern um diese Vorteile in Wahrheit gar nicht geht (s.o. 2.1), müssten sie sich also fragen lassen, worin - in der Sache - eigentlich ihr Problem liegt, das sie zu ihrer Klage veranlasst hat.

Beglaubigt  
  
Rechtsanwalt

(Dr. Ferdinand Kuchler)

Anlagen