

Stellungnahme

zum

Bestands- & Leasingvertrag

der

Grazer Bau- und Gründlandsicherungs GmbH („GBG“)

mit

Dr. Dagmar Zidek-Poscharnigg

(22.01.2007)

Juli 2017

7 TC Wirtschaftsprüfungs-
und Steuerberatungsgesellschaft m.b.H.

Brucknerstraße 6/5
1040 Wien

Firmenbuch FN 246955 w
Handelsgericht Wien
UID-Nr.: ATU 57904619, DVR: 2110655
WT-Code: 803619

Tel.: ++43-1-505 66 00
Fax: ++43-1-505 66 00-66
Email: office@7tc.at

Geschäftsführer:
Dr. Manfred Biegler, M.I.L., LL.M.,
Mag. Helmut Katzenberger,
Dr. Gabriele Supan

Bankverbindung:
Oberbank AG
IBAN: AT22 1500 0040 2101 2689
BIC: OBKLAT2L

INHALTSVERZEICHNIS

STELLUNGNAHME	1
A. ABKÜRZUNGEN	3
B. AUFTRAG	4
C. VORGELEGTE DOKUMENTE UND INFORMATIONEN	5
D. BEFUND	6
1. ALLGEMEINES	6
2. DER BESTANDS- UND LEASINGVERTRAG VOM 22.01.2007	9
E. WIRTSCHAFTLICHE SCHLUSSFOLGERUNGEN	12
1. BESTANDS- ODER KAUFVERTRAG?	12
1.1. <i>Fehlende wirtschaftliche Quelle</i>	12
1.2. <i>Ausschluss einer gewerblichen Einkünfteerzielung</i>	13
1.3. <i>Kapitalverzinsung als Leasingentgelt</i>	13
1.4. <i>Keine Aktivierung des Optionsrechtes</i>	13
1.5. <i>Barwert- und Vollamortisationstest</i>	14
2. ERGEBNISSE	14

A. Abkürzungen

aaO	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
BFH	Bundesfinanzhof
BMF	Bundesministerium für Finanzen
EStR	Einkommensteuer-Richtlinien
EUR	Euro
EUR Tsd.	Euro Tausend
EZ	Einlagezahl
GBG	Grazer Bau- und Grünlandsicherungs GmbH (<i>nunmehr</i> : GBG Gebäude- und Baumanagement Graz GmbH)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung
G & V	Gewinn- und Verlustrechnung
GrESt	Grunderwerbsteuer
HG	Handelsgericht
idF	in der Fassung
iRd	im Rahmen des(r)
iSd	im Sinne des(r)
iVm	in Verbindung mit
KEST	Kapitalertragsteuer
Korr	Korrespondenz
Kto.-Nr.	Kontonummer
Lt.	Leitung
lt.	laut
ob.	obig
p.a.	per anno
Mio EUR	Millionen Euro
S.	Seite
S&LB	Sale & Lease Back
SAV	Sachanlagevermögen
SFR	Schweizer Franken
TEUR	Tausend Euro
TP	Tarifpost
Tsd.	Tausend
UFS	Unabhängiger Finanzsenat
UGB	Unternehmensgesetzbuch
URG	Unternehmensreorganisationsgesetz
USD	US-Dollar
u.a.	unter anderem
vGA	verdeckte Gewinnausschüttung
WK	Werbungskosten
z.B.	zum Beispiel
zit.	zitiert

B. Auftrag

Frau Dr. Dagmar *Zidek* erteilte uns den Auftrag zu einer wirtschaftlichen Analyse des von ihr am 22.01.2007 mit der Grazer Bau- und Grünlandsicherungs GmbH („GBG“) abgeschlossenen Bestands- und Leasingvertrages, welcher derzeit Gegenstand von verschiedenen Verfahren ist.

Die kritische Beurteilung bezieht sich dabei ausschließlich auf ausgewählte *wirtschaftliche* Fragen im Zusammenhang mit dem Kaufvertrag der Grazer Bau- und Grünlandsicherungs GmbH („GBG“) mit der Stadt Graz bzw. deren Auswirkungen auf den Bestands- und Leasingvertrag vom 22.01.2007 der GBG mit Frau Doktor Zidek, wobei es dabei um die vertragsgegenständlichen Immobilien (EZ 1149, GB 63255 Messendorf) im Ausmaß von 160.393 m² samt den sich darauf befindlichen, im Grundbuch ausgewiesenen Objekten Paul Anton Keller-Weg 40 und Petersbergenstrasse 154 geht. Allfällige steuer- bzw. bilanzrechtlichen Folgen aufgrund der vorliegenden Vertragsurkunde zwischen den ob. zit. Parteien sind ebenfalls zu würdigen. Allfällige weitere, sich daraus ergebende Folgefragen waren hingegen nicht auftragsgegenständlich.

Unserem Gutachten liegen vereinbarungsgemäß die „*Allgemeinen Auftragsbedingungen der 7 TC Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft m.b.H.*“ zugrunde (Beilage), wobei im Hinblick auf Z 7 unserer AAB eine allfällige Weitergabe dieser Stellungnahme auf die *Auftraggeberin* beschränkt bleibt.

C. Vorgelegte Dokumente und Informationen

Unsere Stellungnahme basiert auf einer grundsätzlichen Einschätzung nachfolgend aufgelisteter Urkundensammlungen:

- 01** Bestands- und Leasingvertrag vom 22. Jänner 2007 zwischen der *Grazer Bau- und Grünlandsicherungs GmbH („GBG“)* und Frau Dr. Dagmar Martina Zidek-Poscharnigg.
- 02** Kaufvertrag zwischen der Stadt Graz und der Grazer Bau- und Grünlandsicherungs GmbH („GBG“).
- 03** Mietvertrag zwischen der *Grazer Bau- und Grünlandsicherungs GmbH („GBG“)* und der Stadt Graz.
- 04** Kaufvertrag zwischen der *GBG Gebäude- und Baumanagement Graz GmbH* und Ing. Johann Höllwart
- 05** Bericht an den Gemeinderat der Stadt Graz vom 28.11.2002 (StR Mag. Nagl)

D. Befund

1. Allgemeines

Aus reinen Budgetsanierungsüberlegungen wurde von der Stadt Graz zum Jahresende 2002 eine äußerst zeitsensitive **Immobilienauslagerung** an die **Grazer Bau- und Grünlandsicherungsgesellschaft m.b.H.** („*GBG*“) gegen eine Zahlung von **EUR 29,5 Mio.** vorgenommen, wobei auch die gegenständlichen Liegenschaften mitumfasst waren. Zum Zeitpunkt der Kaufvertragsschließung der Stadt Graz mit der GBG fand dabei die Kaufpreisfindung **ohne Beiziehung von Immobiliensachverständigen** statt, sodass die zugrundeliegenden Werte erst im Nachgang zu den abgeschlossenen Verträgen bestätigt werden mußten.

Unternehmensrechtliche Aspekte: Für den hier interessierenden Vertrag ist von Bedeutung, dass hier deutliche Ausprägungen dahingehend erkennbar waren, als die ausgegliederten Immobilien – entgegen den zivilrechtlichen Vereinbarungen - **wirtschaftlich** weiterhin der **Stadt Graz**, also der vermeintlichen Mieterin, zuzuordnen waren.

Dies aus folgenden Gründen:

1. **Fehlende Dispositivfreiheit der Vermieterin GBG:** Aufgrund der dauerhaften **Rückkaufsoption** der Stadt Graz innerhalb eines **10-jährigen Zeitraumes** bis zum **31.12.2012** zu annähernden Buchwerten verblieb bei der Vermieterin GBG **keine wirtschaftliche Dispositivfreiheit**. Die Stadt Graz konnte jede **Gewinn- oder Wertsteigerungschance** einfach durch **Optionsausübung** in Verbindung mit einer **Realisation allfälliger stiller Reserven** in den Liegenschaften nützen, während das ausschließliche Verlustrisiko bei der GBG verblieb. Darüberhinaus hatte die GBG selbst im Realisationsfall keinen Handlungsspielraum. Vielmehr mußte ein allfälliger **Veräußerungserlös** sofort zur **Kreditrückführung** der **Ankaufsfinanzierung** verwendet werden. Ebenso wenig war die GBG in der Lage ihre Mietposition zu verändern, da **bis zur Tilgung des Kaufpreisdarlehens eine Aufkündigung des Mietverhältnisses ausgeschlossen** war.
2. **Haftungsübernahmen der Stadt Graz:** Aufgrund einer 90 %igen Fremdfinanzierung und einer damals bestehenden finanziellen Unterdeckung sowie fehlender Drittbewertungen der Immobilien war die GBG in einer isolierten Betrachtung und unter Fremdvergleichsgesichtspunkten **selbst** nicht in der Lage eine Ankaufsfinanzierung für die gegenständlichen Immobilien zu erhalten. Dies wurde erst durch eine **Haftungsübernahme** der **Stadt Graz** sichergestellt (wobei aus den uns vorliegenden Unterlagen keine Belastung der GBG mit Haftungsentgelten erkennbar ist). Anders ausgedrückt: Erst eine **Haftungsübernahme der Mieterin** für die **Ankaufsfinanzierung der Vermieterin** stellt sicher, dass Letztere überhaupt die geplanten Immobilienankäufe durchführen und eine Rückvermietung einleiten konnte.
3. **Ausgestaltung der Mietentgelte:** Die Finanzierung der Immobilienauslagerung erfolgt nicht etwa zu gewöhnlichen fremdüblichen Preisen, sondern es wurde eine nicht nachvollziehbare Kostenzuordnung (laufende Verwaltung durch die Mieterin anstatt durch die Vermieterin, fehlende Weiterbelastung von Haftungsentgelten usw.) in Verbindung mit einer **kapitalmarktgetriebenen Mietzinsvereinbarung** vorgenommen. Derartige Mietentgeltvereinbarungen, die teilweise einen selbstkontrahierenden Charakter aufweisen, würden aus dem Blickwinkel einer unabhängigen Vermietungsgesellschaft nicht

Stellungnahme zum Bestands- und Leasingvertrag vom 22.01.2007 GBG – Dr. Zidek

geschlossen werden und sind nur vor dem Hintergrund des gegenständlichen Unterordnungsverhältnisses der GBG zur Stadt Graz erklärbar.

4. **Liegenschaftsverwaltung und Bauänderungen:** Die Mieterin führte weiterhin unverändert die **gesamte Immobilienverwaltung** durch, schrieb sich quasi selbst die Mieten, Betriebs- und sonstigen Verwaltungskosten vor,¹ wobei eine **Aufkündigung des Verwaltungsvertrages** bis zum **01.07.2007** aufgrund der eingegangenen **Verzichtsregelung** unmöglich war; bauliche Veränderungen, Umbauten und Sanierungen bedurften keiner Zustimmung der GBG usw.
5. **Beherrschungssituation:** Obwohl sich schon aufgrund der Z 1 – 4 die Unterordnungsposition der GBG ergibt, wird der **beherrschende Einfluss der Stadt Graz** zusätzlich noch hinsichtlich der Inanspruchnahme von Steuerbefreiungsvorschriften iRd Art. 34 Budgetbegleitgesetz 2001 strapaziert.

Steuerliche Folgen: Grundsätzlich gelten für den steuerlichen Bereich die vorangestellten Überlegungen sinngemäß. Für die Lösung der Frage, ob Leasinggüter dem Leasinggeber oder dem Leasingnehmer zuzuordnen sind, kommt es maßgebend darauf an, ob die entgeltliche Überlassung des Leasinggutes an den Leasingnehmer gleich einer „echten“ Vermietung als bloße Nutzungsüberlassung zu sehen ist oder ob sich die Überlassung **wirtschaftlich bereits als Kauf (Ratenkauf) darstellt.**² Letztlich geht es somit darum, ob – ähnlich wie im UGB – der Leasingnehmer **mit der Überlassung des Leasinggutes** bereits dessen **wirtschaftlicher Eigentümer** iSd § 24 Abs. 1 lit. d) BAO geworden ist.³

Hiezu ist die **Vertragsgestaltung in wirtschaftlicher Betrachtungsweise** zu würdigen.⁴ Insbesondere erfolgt hier in folgenden Fällen eine Zurechnung des Wirtschaftsgutes beim Leasingnehmer (Mieter):

- beim **Vollamortisationsvertrag** (Grundmietzeit und betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer stimmen annähernd überein (mehr als 90 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer), die Grundmietzeit beträgt weniger als 40 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer, bis 30.04.2007: monetär unbeachtliches Optionsrecht zum Kauf/Mietvertragsverlängerung, Fälle des Spezialleasings);⁵
- der **Kaufpreis** weicht erheblich vom **gemeinen Wert** des Wirtschaftsgutes ab;⁶ oder
- es liegt ein **Missbrauch nach § 22 BAO** vor.⁷

Beim Finanzierungsleasing von unbeweglichen Wirtschaftsgütern (wie Immobilien) ist zudem zu beachten, dass entgegen der zivilrechtlichen Zuordnung, eine steuerliche Zurechnung beim Leasingnehmer (Mieter) erfolgt, wenn entweder

- für Grund und Boden eine **Kaufoption** besteht; oder

¹ Siehe hiezu den Mietvertrag zwischen der *Grazer Bau- und Grünlandsicherungs GmbH („GBG“)* und der *Stadt Graz*, § 5 (1), 4.

² Vgl. hiezu die EStR, Abschn. 2, § 2, Rz 136. Ebenso *Pabst*, Leasing, 168.

³ VwGH v. 17.08.1994, 91/15/0083; VwGH v. 17.02.1999, 97/14/0059; siehe auch die EStR, Abschn. 2, § 2, Rz 136.

⁴ VwGH v. 05.12.1972, 2391/71.

⁵ Vgl. hiezu die EStR, Abschn. 2, § 2, Rz 137.

⁶ VwGH v. 12.08.1994, 90/14/0145; ebenso Vgl. hiezu die EStR, Abschn. 2, § 2, Rz 147.

⁷ Vgl. hiezu die EStR, Abschn. 2, § 2, Rz 147.

- bereits das **Gebäude** dem **Leasingnehmer** (Mieter) **zugeordnet** wird.⁸

Wird beim *Sale-and-lease-back* das Wirtschaftsgut (hier: Immobilien) dem Verkäufer und Leasingnehmer (Stadt Graz) zugerechnet, so ist von einem **Darlehensvertrag** auszugehen,⁹ wobei der Leasingnehmer den **Rückzahlungsbetrag** zu passivieren hat. Der Unterschiedsbetrag zum niedrigeren Verfügungsbetrag ist dabei zu aktivieren und auf die Mietdauer degressiv verteilt abzuschreiben. Entsprechend umgekehrt hat der Leasinggeber GBG zu verfahren.¹⁰

Im vorliegenden Fall war das *Chance-Risiko-Kriterium*, das der VwGH für die **Teilmortisationsverträge** entwickelt hat,¹¹ derartig ausgeprägt (jederzeitige Optionsausübung zum unterpreisigen Erwerb innerhalb eines 10-jährigen Zeitraumes, selbstkontrahierende Immobilienverwaltung, Kapitalmarktbindung des Mietentgeltes, Haftungsübernahmen der Mieterin zur Ankaufsfianzierung der Vermieterin, Tilgungsverpflichtung im Veräußerungsfall, Versicherungsdeckung der Eigentümerin durch die Mieterin¹², Forderungsrückführung aus bestehenden Pfandrechten durch die Verkäuferin/Mieterin usw.), dass unzweifelhaft (weiterhin) **von einer wirtschaftlichen Zuordnung der übertragenen Vermögensgegenstände bei der Veräußerin/Mieterin**, nämlich der **Stadt Graz** auszugehen war.

Damit war in einer **wirtschaftlichen** Betrachtungsweise zum Zeitpunkt des Abschlusses des Bestands- und Leasingvertrages mit Frau Dr. *Zidek* **nicht** die **GBG „Leasinggeberin“**, sondern – wie bereits ursprünglich in 2002 – die **Stadt Graz**. Diese Konstellation bildete sowohl unternehmensrechtlich als auch steuerrechtlich die Ausgangsposition für den gegenständlich zwischen der GBG und Dr. *Zidek* abgeschlossenen Bestands- und Leasingvertrag.

So konnte etwa die Leasinggeberin GBG Ihrer lt. Bestands- und Leasingvertrag vom 22.01.2007 zugesicherten Versicherungspflicht¹³ und sonstiger bestandsgeberseitig zu erbringender Leistungen und Zusicherungen gar nicht ohne weiteres nachkommen, da lt. § 5 des Mietvertrages zwischen der GBG (Vermieterin) und der **Stadt Graz** (als Mieterin), Letzterer die **gesamte Verwaltung** hinsichtlich der Liegenschaften zukam.¹⁴

⁸ Vgl. hiezu die EStR, Abschn. 2, § 2, Rz 143.

⁹ Vgl. hiezu die EStR, Abschn. 2, § 2, Rz 147, 150.

¹⁰ Vgl. hiezu die EStR, Abschn. 2, § 2, Rz 150. Ebenso *Pabst*, Leasing, 168 f.

¹¹ Vgl. etwa für den damaligen Zeitraum VwGH v. 28.05.2002, 99/14/0109. Ebenso *Pabst*, Leasing, 99 f.

¹² Die diesbezüglichen Textpassagen sind insoweit pikant, als im Kaufvertrag zwischen der GBG und der Stadt Graz in Pkt. VIII, 15 zugesichert wurde, dass die Veräußerin (Stadt Graz) für den Vertragsgegenstand ausreichende Versicherungen abgeschlossen hat, während in § 5, 4 des Mietvertrages die Mieterin (Stadt Graz) erst für die ausreichende Versicherungsdeckung hinsichtlich sämtlicher Haftungen der Eigentümerin (GBG) sorgen soll.

¹³ Siehe hiezu den *Bestands- und Leasingvertrag* vom 22. Jänner 2007 zwischen der *Grazer Bau- und Grünlandsicherungsgesellschaft m.b.H.* und Dr. Dagmar Martina *Zidek-Poscharnigg*, Z 8, 5.

¹⁴ Siehe hiezu den Mietvertrag zwischen der *Grazer Bau- und Grünlandsicherungs GmbH* und der *Stadt Graz* vom 13.11.2003, § 5, 3

2. Der Bestands- und Leasingvertrag vom 22.01.2007

Vertragsgegenstand: Wie bereits oben ausgeführt, war die *zivilrechtliche* und *grundbücherliche* – **nicht jedoch wirtschaftliche** - **Eigentümerin** der Liegenschaft EZ 1149 Grundbuch 63255 Messendorf die **Grazer Bau- und Grünlandsicherungsgesellschaft m.b.H.** („GBG“), welcher Fr. Dr. Zidek als „*Leasingnehmerin*“ folgende Liegenschaften zur Nutzung überließ:

Die Leasinggeberin wird nunmehr der Leasingnehmerin die

- Liegenschaft Einlagezahl 1149 Grundbuch 63255 Messendorf mit Ausnahme des mit Teilungsplan des DI Meinrad Breinl vom 9. Februar 2005 zu dessen GZ 5523/05 neuvermessene Gst. Nr 140/17 im Ausmaß von 567 m² und
- die Gst. Nr 133/1, 137/3 und 201 derzeit einkommend bei der Liegenschaft Einlagezahl 301 Grundbuch 63255 Messendorf im Ausmaß von 21.129 m²

mit den grundbücherlich ausgewiesenen Objekten, immobilien Betriebsvorrichtungen und Einbauten sowie Inventar, im folgenden „Leasinggegenstand“ genannt, zur gewerblichen Nutzung gemäß den Bestimmungen dieses Vertrages überlassen.

Leasingbeginn und –dauer: Das Leasingverhältnis begann am **01.01.2007** und war mit einem **einseitigen Kündigungsverzicht** der Leasinggeberin bis **31.12.2031** versehen (25-jährige Laufzeit).¹⁵

Die Leasinggeberin verzichtet jedoch bis 31.12.2031 auf die Ausübung ihres Kündigungsrechtes, sodass seitens der Leasinggeberin die ordentliche Kündigung unter Einhaltung vorgenannter Kündigungsfrist frühestens zum Ablauf der Dauer des Kündigungsverzichts zulässig ist.

Leasingentgelt: Der Bestands- und Leasingvertrag sah in Z 4 folgende Leasingentgeltvereinbarung vor:

¹⁵ Siehe hierzu den *Bestands- und Leasingvertrag* vom 22. Jänner 2007 zwischen der *Grazer Bau- und Grünlandsicherungsgesellschaft m.b.H.* und Dr. Dagmar Martina Zidek-Poscharnigg, Z 3, 2.

Die Leasingnehmerin hat monatlich am ersten eines jeden Monats unter Einhaltung eines fünfzügigen Respiros ein Leasingentgelt in einer Höhe, die ausschließlich nach Maßgabe des -Punktes „15.“ dieses Vertrages zu berechnen ist, an die Leasinggeberin zu bezahlen. Dieses Entgelt wird unter Berücksichtigung einer fixen Kapitalverzinsung von 5 % mit EUR 10.594,23 zzgl. der gesetzlichen USt. vereinbart.

Damit sollte Dr. Zidek über einen 25-jährigen Zeitraum **brutto 6 % p.a.** (inkl. USt) von einem überhöhten Ausgangswert bezahlen, was sich aus betriebswirtschaftlicher Sicht nicht nur als völlig unsinnig darstellt, weil damit eine 100 %ige Fremdfinanzierung der Liegenschaft überkompensiert wird, sondern die im Leasingentgelt ausgedrückte Kapitalverzinsungsabrede ist zusätzlich als unüblich für ein Bestandsvertragsverhältnis einzustufen. Letztlich sollte Dr. Zidek daher über 25 Jahre bis 2031 einen Betrag von zumindest **EUR 3.178.269,00** (ohne USt und Berücksichtigung von Zinseszinstangenten) aufwenden und in Verbindung mit einer **Kaufoption** nochmals **EUR 2.235.200,00** zuzahlen, was einer Gesamtbelastung/-leistung von **EUR 5.413.468,76** entsprach, obwohl die Liegenschaft 2014 offensichtlich nur einen Wert von **EUR 2,3 Mio.** repräsentierte.¹⁶ Unterstellt man in einer wirtschaftlichen Betrachtung, dass auch im Falle einer Vertragsbeendigung mit Dr. Zidek hinkünftig Mieterträge mit Dritten erzielbar gewesen wären, dann erweist sich die Kaufpreisvereinbarung der GBG mit Ing. Höllwart aus 2014 als **nicht fremdverhaltenskonform** bzw. als unterpreisig. So würde der Erwerber Höllwart nämlich bei einer ordnungsgemäßen Erfüllung des Leasingvertrages oder eines äquivalenten Vertrages bis 2031 (mehr als) den gesamten Kaufpreis über die Einnahmen aus dem Leasingvertrag refinanziert haben.

Kaufoption: Obwohl lt. Z 11 die Leasingnehmerin Dr. Zidek verpflichtet ist, den Leasinggegenstand der Leasinggeberin binnen 14 Tage nach Beendigung des Leasingverhältnisses zurückzustellen,¹⁷ enthält Z 16 folgende Kaufoption:¹⁸

16. Kaufoption

Die Leasinggeberin räumt der Leasingnehmerin das einseitig unwiderrufliche Recht ein, den Leasinggegenstand nach dem Ablauf einer Leasingvertragsdauer von 25 Jahren und Zahlung aller Leasingentgelte gem. „Pkt. 4.“ dieses Vertrages lastenfrei zu einem Restwert käuflich zu erwerben.

Die Leasinggeberin bleibt bis zu einer Käuferklärung durch die Leasingnehmerin und eines allfälligen Erlages aller aushaftenden Entgelte gem. „Pkt. 4.“ dieses Vertrages Eigentümerin

¹⁶ Siehe hierzu den Kaufvertrag zwischen der GBG Gebäude- und Baumanagement Graz GmbH und Ing. Johann Höllwart, Pkt. II.2, 6.

¹⁷ Siehe hierzu den *Bestands- und Leasingvertrag* vom 22. Jänner 2007 zwischen der *Grazer Bau- und Grünlandsicherungsgesellschaft m.b.H.* und Dr. Dagmar Martina Zidek-Poscharnigg, Z 11, 7.

¹⁸ Siehe hierzu den *Bestands- und Leasingvertrag* vom 22. Jänner 2007 zwischen der *Grazer Bau- und Grünlandsicherungsgesellschaft m.b.H.* und Dr. Dagmar Martina Zidek-Poscharnigg, Z 16, 9.

des Leasinggegenstandes.

Fixkaufpreis ist der beiderseits vereinbarte Leasingrestwert in der Höhe von € 2.235.200,00 zuzüglich aller der Leasinggeberin aus dem Verkauf entstehenden Kosten und Abgaben. Das Kaufrecht ist spätestens drei Monate vor Vertragsende auszuüben. Der Fixkaufpreis ist Zug um Zug mit der Errichtung des Kaufvertrages zu bezahlen, die Zahlung aller Nebenkosten inklusive der Grunderwerbssteuer sicherzustellen und alle Verbindlichkeiten aus dem Leasingvertrag vorher zu erfüllen. Zur Sicherstellung dieses Kaufrechtes der Leasingnehmerin verpflichtet sich die Leasinggeberin, diese Verpflichtung zum Verkauf an die Leasingnehmerin auf ihre Rechtsnachfolger zu überbinden und diese wiederum vertraglich zu verpflichten, diese Verpflichtung wiederum auf deren Rechtsnachfolger zu überbinden.

Eigentumsbeschränkung: Zur Absicherung des obigen Vorkaufsrechtes, wurde zwischen den Vertragsparteien zusätzlich in Z 17 noch folgende Festlegung getroffen:

17. Eigentumsbeschränkung

Zur Absicherung des heutigen Rechtsgeschäftes verpflichtet sich die Leasinggeberin den Leasinggegenstand ohne Zustimmung der Leasingnehmerin weder zu belasten noch zu veräußern, welches hiemit eingeräumt, grundbücherlich bei der Liegenschaft Einlagezahl 1149 Grundbuch 63255 Messendorf sowie bei der Liegenschaft Einlagezahl 301 Grundbuch 63255 Messendorf hinsichtlich der Grundstücke 133/1, 137/3 und 201 nicht sicherzustellende Recht von der Leasingnehmerin vertraglich angenommen wird.

Die Leasinggeberin und die Leasingnehmerin halten fest, dass das vorgenannte Belastungs- und Veräußerungsverbot nur obligatorische Wirkung besitzt, da die Parteien nicht zum Personenkreis des Paragraphen 364 c des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches gehören.

Zur Verdinglichung des vorangeführten Belastungs- und Veräußerungsverbotes räumt die Leasinggeberin daher der Leasingnehmerin bei der Liegenschaft Einlagezahl 1149 Grundbuch 63255 Messendorf sowie bei der Liegenschaft Einlagezahl 301 Grundbuch 63255 Messendorf hinsichtlich der Grundstücke 133/1, 137/3 und 201 das Vorkaufsrecht nach den Bestimmungen der Paragraphen 1072 (eintausendzweiundsiebzig) folgende des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches ein, welches hiemit eingeräumt grundbücherlich bei der Liegenschaft Einlagezahl 1149 Grundbuch 63255 Messendorf sowie bei der Liegenschaft Einlagezahl 301 Grundbuch 63255 Messendorf hinsichtlich der Grundstücke 133/1, 137/3 und 201 sicherzustellende Recht von der Leasingnehmerin vertraglich angenommen wird.

E. Wirtschaftliche Schlussfolgerungen

Wie bereits in der Einleitung dargelegt, waren schon die, zwischen der GBG und Frau Dr. Zidek vertragsgegenständlichen Liegenschaftsflächen im Bestands- und Leasingvertrag vom 22.01.2007 **wirtschaftlich – weder** nach UGB, **noch** nach allgemeinen steuerlichen Grundsätzen - der **GBG** zuzuordnen, sondern vielmehr der **Stadt Graz**. Trotz fehlender *wirtschaftlicher* Stellung als Bestandsgeber schloss Letztere aber den hier zu untersuchenden Bestands- und Leasingvertrag mit Frau Dr. Zidek am 22.01.2007 ab.

1. Bestands- oder Kaufvertrag?

Grundsätzlich weist der, zwischen der *Grazer Bau- und Grünlandsicherungsgesellschaft m.b.H.* als Leasinggeberin und Frau Dr. Dagmar Martina Zidek-Poscharnigg geschlossene Bestands- und Leasingvertrag vom 22.01.2007 zivilrechtlich die typischen Merkmale eines **Pachtvertrages** auf („*Überlassung grundbücherlich ausgewiesener Objekte, immobilier Betriebsvorrichtungen und Einbauten sowie Inventar... zur gewerblichen Nutzung...*“).¹⁹

1.1. Fehlende wirtschaftliche Quelle

Gewöhnlich setzt eine Pacht voraus, dass der Bestandgeber die wirtschaftliche Quelle zur Verfügung stellt, aus der die Erträge zur Refinanzierung des Pachtentgelts fließen sollen.²⁰ Allerdings wird im hier vorliegenden Fall vom Bestandgeber **keine wirtschaftliche Quelle** zur Verfügung gestellt, aus der die Erträge fließen würden oder eine **organisierte Erwerbsgelegenheit** übertragen. Stattdessen wird das wirtschaftliche Interesse der Bestandgeberin hinsichtlich der Art der *Betriebsführung* und der *Betriebspflicht* über ein einseitiges vertragliches „Gestaltungsrecht“ des Leasinggebers geprägt.²¹ So wird zwar im Vertragstext **keine Verpflichtung zum wirtschaftlichen Betrieb** des Leasinggegenstandes festgeschrieben, aber eine **Änderung des Verwendungszweckes an eine schriftliche Zustimmung der Leasinggeberin gebunden**. Die „*Berechtigung*“ zur Nutzung des land- und forstwirtschaftlichen Betriebes sowie die Betreuung eines Reit-, Therapie- und Seminarzentrums werden damit iR eines vertraglichen Änderungsablehnungsrechts praktisch in ihr **Gegenteil** verkehrt. Gleiches gilt für Untervermietungen oder sonstige Überlassungen, wie die Einräumung von Nutzungs- oder Gebrauchsüberlassungsrechten des Leasinggegenstandes im Ganzen oder in Teilen.²²

¹⁹ Siehe hierzu den *Bestands- und Leasingvertrag* vom 22. Jänner 2007 zwischen der *Grazer Bau- und Grünlandsicherungsgesellschaft m.b.H.* und Dr. Dagmar Martina Zidek-Poscharnigg, Z 1, 2.

²⁰ Siehe etwa schon Erk. vom 16.06.1961, Miet 9141; *Dittrich-Tades*, ABGB, § 1091, E 17, 1441.

²¹ Siehe hierzu den *Bestands- und Leasingvertrag* vom 22. Jänner 2007 zwischen der *Grazer Bau- und Grünlandsicherungsgesellschaft m.b.H.* und Dr. Dagmar Martina Zidek-Poscharnigg, Z 6 und 9, 4 und 6.

²² Siehe hierzu den *Bestands- und Leasingvertrag* vom 22. Jänner 2007 zwischen der *Grazer Bau- und Grünlandsicherungsgesellschaft m.b.H.* und Dr. Dagmar Martina Zidek-Poscharnigg, Z 6, 4.

1.2. Ausschluss einer gewerblichen Einkünfteerzielung

Lt. Angaben der Leasingnehmerin war die gewerbliche Bestimmung des Leasinggegenstandes von vornherein nicht gegeben. Der Vertragsgegenstand konnte die in Z 6 zugesicherte gewerbliche Nutzung gar nicht leisten, da ihm lediglich die Eignung zum Betrieb eines **land- und forstwirtschaftlichen Betriebes** zukam. Für einen weitergehenden **gewerblichen Betrieb** eines auszubauenden **Reit-, Therapie- und Seminarzentrums** fehlte es schlicht an behördlichen Bewilligungen bzw. waren solche aufgrund der bestehenden Widmungsbeschränkungen für die Liegenschaften gar nicht erteilbar.²³

Damit wurde ein Leasinggegenstand überlassen, der wesentliche Grundlagen für die Leasingnehmerin nicht erfüllen konnte und zudem mit der Restriktion behaftet war, dass eine **Abänderung des Verwendungszweckes** von der **Zustimmung der Leasinggeberin** abhängig war. Dies dürfte auch der Grund für den weitgehenden Gewährleistungs- und Schadenersatzausschluss in Z 2 des gegenständlichen Vertrages gewesen sein.²⁴ **Betriebswirtschaftlich ist eine derartige Vorgangsweise nicht nachvollziehbar, da sie den Leasingnehmer jener wirtschaftlicher Quellen beraubt, die dieser zur Refinanzierung der Leasingraten benötigt.**

1.3. Kapitalverzinsung als Leasingentgelt

Den vorliegenden Vertrag zeichnet in Z 4 nicht nur eine **kapitalverzinsungsorientierte fixe Leasingentgeltregelung** aus,²⁵ sondern der Leasinggeber erzielt aus dem vorliegenden Leasingvertrag eine derartig **hohe, laufende Rendite** – 5 % zuzüglich 20 % USt zuzüglich der Unverzinslichkeit der erhaltenen Kautions – dass damit nicht nur eine vergleichsweise Bankfinanzierung überkompensiert wird, sondern auch noch eine andernfalls erzielbare Rendite im Rahmen einer gewöhnlichen Immobilienvermietung bei weitem überschritten wird.

1.4. Keine Aktivierung des Optionsrechtes

Sowohl auf Seiten der *Leasingnehmerin* als auch im Jahresabschluss der *Leasinggeberin* lässt sich **keine Berücksichtigung**, des zivilrechtlich in Z 16 des Bestands- und Leasingvertrages vereinbarten **Optionsrechtes** finden.²⁶ Weder ist eine Aktivierung des Optionsrechtes bei der Leasingnehmerin erfolgt, noch lässt sich eine

²³ Siehe hierzu den *Bestands- und Leasingvertrag* vom 22. Jänner 2007 zwischen der *Grazer Bau- und Grünlandsicherungsgesellschaft m.b.H.* und Dr. Dagmar Martina *Zidek-Poscharnigg*, Z 6, 4.

²⁴ Siehe hierzu den *Bestands- und Leasingvertrag* vom 22. Jänner 2007 zwischen der *Grazer Bau- und Grünlandsicherungsgesellschaft m.b.H.* und Dr. Dagmar Martina *Zidek-Poscharnigg*, Z 2, 2.

²⁵ Siehe hierzu den *Bestands- und Leasingvertrag* vom 22. Jänner 2007 zwischen der *Grazer Bau- und Grünlandsicherungsgesellschaft m.b.H.* und Dr. Dagmar Martina *Zidek-Poscharnigg*, Z 4, 3.

²⁶ Siehe hierzu den *Bestands- und Leasingvertrag* vom 22. Jänner 2007 zwischen der *Grazer Bau- und Grünlandsicherungsgesellschaft m.b.H.* und Dr. Dagmar Martina *Zidek-Poscharnigg*, Z 16, 9. Hinsichtlich des Jahresabschlusses der GBG ist allerdings anzumerken, dass hinsichtlich einer allfälligen Rückstellungsbildung bzw. einer Eventualverbindlichkeit keine detaillierten Angaben vorfindbar waren.

Rückstellungsbildung²⁷ oder Erfassung des Aufgriffsrechtes als *Eventualverbindlichkeit* bei der Leasinggeberin feststellen. Aus dem Blickwinkel der Leasinggeberin verstärkt sich hier der Eindruck, dass aufgrund der **fehlenden wirtschaftlichen Zuordnung des Leasinggegenstandes** keine spiegelbildliche **Abbildung des vereinbarten Optionsrechtes** im Jahresabschluss der Leasinggeberin GBG erfolgte.²⁸

1.5. Barwert- und Vollamortisationstest

Nach US-GAAP²⁹ hat beim Barwerttest eine Zurechnung des Leasinggutes zum *Leasingnehmer* dann zu erfolgen, wenn der **Barwert der Mindestleasingzahlungen** zu Vertragsbeginn mindestens **90 % des Zeitwertes des Objektes** beträgt. Im vorliegenden Fall betrug der kalkulatorische Restwert **EUR 2.235.200,00**, der tatsächlich marktseitig realisierte Wert lediglich **EUR 2,3 Mio.**³⁰ Im vorliegenden Fall lag daher die **Summe der Leasingraten** bei **142 %** des kalkulatorischen **Restwertes** bzw. **138 %** über dem **Marktpreis**.

Tatsächlich war im vorliegenden Fall eine **Vollamortisation** des Leasinggutes während der 25-jährigen Grundmietzeit gegeben. Die Leasingraten deckten während dieses Zeitraumes zusätzlich zum **Anschaffungswert** des Leasinggutes beim **Leasinggeber** noch dessen **Finanzierungs- und Verwaltungskosten** sowie einer erhebliche **Gewinnspanne** ab.

Sowohl in einer Barwert- als auch Vollamortisationsbetrachtung ergibt sich hier eine eindeutige wirtschaftliche Zurechnung des Leasinggutes beim Leasingnehmer.

2. Ergebnisse

2.1. Zur unternehmensrechtlichen und steuerlichen Einordnung der vorgelegten Kauf- und Mietverträge zwischen der Stadt Graz und der GBG

Gem. § 196a Abs. 1 UGB sind die Posten des Jahresabschlusses unter Berücksichtigung des **wirtschaftlichen Gehalts der betreffenden Geschäftsvorfälle** oder der betreffenden Vereinbarungen zu bilanzieren und darzustellen. Zwar

²⁷ *Anm.*: Aufgrund der unausgewogenen Konstruktion des Leasingvertrages ist eine solche freilich bei der Leasinggeberin GBG/Stadt Graz auszuschließen.

²⁸ Vgl. etwa *Pabst* mit weiteren Verweisen in: *Leasing*, 108.

²⁹ *Anm.*: Hinsichtlich der damals gültigen Zurechnungsregeln iRd US-GAAP waren dies die US-GAAP SFAS 13.7 (d).

³⁰ Siehe hiezu den Kaufvertrag zwischen der GBG Gebäude- und Baumanagement Graz GmbH und Ing. Johann Höllwart, Pkt. II.2, 6.

trat erst mit dem RÄG 2014 eine diesbezügliche Kodifizierung ein,³¹ allerdings galt das Prinzip der **wirtschaftlichen Betrachtungsweise**, nach welchen **nicht auf formelle juristische Gestaltungen**, sondern auf die **Zurechnung nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten** abzustellen ist, schon davor.³² Demnach sind Vermögensgegenstände demjenigen zuzuordnen, der faktisch dauerhaft über sie verfügen kann und die **Marktchancen/-risiken** nutzen kann bzw. trägt.³³ Vergleichbare Grundsätze wurden ferner im Steuerrecht – etwa zu Voll- und Teilamortisationsverträgen etc. – entwickelt.³⁴

Insbesondere ein Blick in die damals geltende VwGH-Judikatur zeigt, dass bereits im hier gegenständlichen Zeitraum 2002/2003 auch in steuerlicher Hinsicht klare Zurechnungsregeln für eine wirtschaftliche Zuordnung beim Mieter/Leasingnehmer (oder Vermieter/Leasinggeber) galten. So war in folgenden Fällen von einer **Zuordnung des Wirtschaftsgutes** (Miet-/Leasinggegenstandes) **beim Mieter/Leasingnehmer** auszugehen:

- Es besteht ein Rechtsanspruch auf **Kauf** durch den Mieter/Leasingnehmer zu einem **bloßen Anerkennungspreis** (VwGH v. 05.12.1972, Gz 2391/71).
- Es besteht ein **Rechtsanspruch auf Weitervermietung** zu wesentlich verbilligtem Entgelt (VwGH v. 05.12.1972, Gz 2391/71).
- Die **Mietdauer** und die **betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer** stimmen annähernd überein (VwGH v. 17.10.1989, 88/14/0189).
- In Fällen eines **Spezialleasings** (VwGH v. 17.10.1989, 88/14/0189).
- Bei **Teilamortisationsverträgen**, wenn dem **Leasingnehmer** das Recht auf **Verwertungsmehrerlöse** zukommt (VwGH v. 17.10.1989, 88/14/0189).
- Ebenso ist von einer Zurechnung beim Mieter/Leasingnehmer auszugehen, wenn die **Vorleistungen des Mieters/Leasingnehmers** eine Bindung des Leasingnehmers an das Wirtschaftsgut bewirken (VwGH v. 17.08.1994, 91/15/0083).
- Desgleichen führt eine Konstruktion, welche die **Nichtausübung einer Kaufoption** durch den Mieter/Leasingnehmer betriebswirtschaftlich unsinnig erscheinen ließe (> 75 % der Anschaffungskosten der Wirtschaftsgüter) zu einer Zuordnung der Wirtschaftsgüter beim Mieter/Leasingnehmer.³⁵
- Ebenso führt eine Konstruktion, wonach die **Chance der Wertsteigerung** und das **Risiko der Wertminderung aus dem Wirtschaftsgut** beim **Mieter/Leasingnehmer** liegt, zu einer Zurechnung bei Letzterem (VwGH v. 28.05.2002, 99/14/0109).

³¹ Vgl. hierzu etwa *Hilber* in: *Torggler*, UGB-Kommentar2, § 196a, Rz 4, 784.

³² Vgl. etwa *Nowotny* in *Straube*, HGB II² / RLG § 196 Rz 50; ebenso *Pabst*, Leasing, 99.

³³ Vgl. *Lüdenbach/Christian* in *Hirschler*, BilR, § 196 Rz 23; ebenso *Hilber* in: *Torggler*, UGB-Kommentar2, § 196a, Rz 6, 784; ferner *Pabst*, Leasing, 99.

³⁴ Zur steuerrechtlichen Einordnung vgl. etwa *EStR* 2000, Rz 121 ff.

³⁵ Vgl. VwGH v. 29.06.1995, 93/15/0107, ebenso VwGH v. 17.02.1999, 97/14/0059.

Im vorliegenden Fall sind deutliche Ausprägungen dahingehend erkennbar, wonach die ausgegliederten Immobilien – entgegen den zivilrechtlichen Vereinbarungen - wirtschaftlich weiterhin der **Stadt Graz**, also der vermeintlichen Mieterin, zuzuordnen waren (sind).

Dies aus folgenden Gründen:

1. Fehlende Dispositivfreiheit der Vermieterin GBG: Aufgrund der dauerhaften **Rückkaufsoption** der Stadt Graz innerhalb eines **10-jährigen Zeitraumes** bis zum **31.12.2012** zu annähernden Buchwerten verblieb bei der Vermieterin GBG **keine wirtschaftliche Dispositivfreiheit**. Die Stadt Graz konnte jede **Gewinn- oder Wertsteigerungschance** einfach durch **Optionsausübung** in Verbindung mit einer **Realisation allfälliger stiller Reserven** in den Liegenschaften nützen, während das ausschließliche Verlustrisiko bei der GBG verblieb. Darüberhinaus hatte die GBG selbst im Realisationsfall keinen Handlungsspielraum. Vielmehr mußte ein allfälliger **Veräußerungserlös** sofort zur **Kreditrückführung** der **Ankaufsfinanzierung** verwendet werden. Ebenso wenig war die GBG in der Lage ihre Mietposition zu verändern, da **bis zur Tilgung des Kaufpreisdarlehens eine Aufkündigung des Mietverhältnisses ausgeschlossen** war.

2. Haftungsübernahmen der Stadt Graz: Aufgrund einer 90 %igen Fremdfinanzierung und einer damals bestehenden finanziellen Unterdeckung sowie fehlender Drittbewertungen der Immobilien war die GBG in einer isolierten Betrachtung und unter Fremdvergleichsgesichtspunkten *selbst* nicht in der Lage eine Ankaufsfinanzierung für die gegenständlichen Immobilien zu erhalten. Dies wurde erst durch eine **Haftungsübernahme** der **Stadt Graz** sichergestellt (wobei aus den uns vorliegenden Unterlagen keine Belastung der GBG mit Haftungsentgelten erkennbar ist). Anders ausgedrückt: Erst eine **Haftungsübernahme der Mieterin** für die **Ankaufsfinanzierung der Vermieterin** stellt sicher, dass Letztere überhaupt die geplanten Immobilienankäufe durchführen und eine Rückvermietung einleiten konnte.

3. Ausgestaltung der Mietentgelte: Die Finanzierung der Immobilienauslagerung erfolgt nicht etwa zu gewöhnlichen fremdüblichen Preisen, sondern es wurde eine nicht nachvollziehbare Kostenzuordnung (laufende Verwaltung durch die Mieterin anstatt durch die Vermieterin, fehlende Weiterbelastung von Haftungsentgelten usw.) in Verbindung mit einer **kapitalmarktgetriebenen Mietzinsvereinbarung** vorgenommen. Derartige Mietentgeltvereinbarungen, die teilweise einen selbstkontrahierenden Charakter aufweisen, würden aus dem Blickwinkel einer unabhängigen Vermietungsgesellschaft nicht geschlossen werden und sind nur vor dem Hintergrund des gegenständlichen Unterordnungsverhältnisses der GBG zur Stadt Graz erklärbar.

4. Liegenschaftsverwaltung und Bauänderungen: Die Mieterin führte weiterhin unverändert die **gesamte Immobilienverwaltung** durch, schrieb sich quasi selbst die Mieten, Betriebs- und sonstigen Verwaltungskosten vor,³⁶ wobei eine **Aufkündigung des Verwaltungsvertrages** bis zum **01.07.2007** aufgrund der eingegangenen **Verzichtsregelung** unmöglich war; bauliche Veränderungen, Umbauten und Sanierungen bedurften keiner Zustimmung der GBG usw.

³⁶ Siehe hiezu den Mietvertrag zwischen der *Grazer Bau- und Grünlandsicherungs GmbH* („GBG“) und der *Stadt Graz*, § 5 (1), 4.

5. Beherrschungssituation: Obwohl sich schon aufgrund der Z 1 – 4 die Unterordnungsposition der GBG ergibt, wird der **beherrschende Einfluss der Stadt Graz** zusätzlich noch hinsichtlich der Inanspruchnahme von Steuerbefreiungsvorschriften iRd Art. 34 Budgetbegleitgesetz 2001 strapaziert.

Entscheidend für die Beurteilung, ob die entgeltliche Überlassung des Leasinggutes an den Leasingnehmer gleich einer „echten“ Vermietung **wirtschaftlich als bloße Nutzungsüberlassung** zu sehen ist oder ob sich die Überlassung bereits als **Kauf** (Ratenkauf) darstellt, ist die Frage, ob der **Sachverhalt in seiner Gesamtheit** auf einen **dauernden Verbleib des geleasten Gegenstandes beim Leasingnehmer** hindeutet. Im vorliegenden Fall spricht eine ganze Reihe von Anhaltspunkten für die Annahme, dass von Anfang an ein **wirtschaftlicher Kauf** von den Vertragsparteien intendiert war.

Grundsätzlich gelten für den steuerlichen Bereich die vorangestellten Überlegungen sinngemäß. Für die Lösung der Frage, ob Leasinggüter dem Leasinggeber oder dem Leasingnehmer zuzuordnen sind, kommt es maßgebend darauf an, ob die entgeltliche Überlassung des Leasinggutes an den Leasingnehmer gleich einer „echten“ Vermietung als bloße Nutzungsüberlassung zu sehen ist oder ob sich die Überlassung **wirtschaftlich bereits als Kauf (Ratenkauf) darstellt**.³⁷ Letztlich geht es somit darum, ob – ähnlich wie im UGB – der Leasingnehmer **mit der Überlassung des Leasinggutes** bereits dessen **wirtschaftlicher Eigentümer** iSd § 24 Abs. 1 lit. d) BAO geworden ist.³⁸

Hiezu ist die **Vertragsgestaltung in wirtschaftlicher Betrachtungsweise** zu würdigen.³⁹ Insbesondere erfolgt hier in folgenden Fällen eine Zurechnung des Wirtschaftsgutes beim Leasingnehmer (Mieter):

- beim **Vollamortisationsvertrag** (Grundmietzeit und betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer stimmen annähernd überein (mehr als 90 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer), die Grundmietzeit beträgt weniger als 40 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer, bis 30.04.2007: monetär unbeachtliches Optionsrecht zum Kauf/Mietvertragsverlängerung, Fälle des Spezialleasings);⁴⁰
- der **Kaufpreis** weicht erheblich vom **gemeinen Wert** des Wirtschaftsgutes ab;⁴¹ oder
- es liegt ein **Missbrauch nach § 22 BAO** vor.⁴²

Beim Finanzierungsleasing von unbeweglichen Wirtschaftsgütern (wie Immobilien) ist zudem zu beachten, dass entgegen der zivilrechtlichen Zuordnung, eine steuerliche Zurechnung beim Leasingnehmer (Mieter) erfolgt, wenn entweder

- für Grund und Boden eine **Kaufoption** besteht; oder
- bereits das **Gebäude** dem **Leasingnehmer** (Mieter) **zugeordnet** wird.⁴³

³⁷ Vgl. hierzu die EStR, Abschn. 2, § 2, Rz 136. Ebenso *Pabst*, Leasing, 168.

³⁸ VwGH v. 17.08.1994, 91/15/0083; VwGH v. 17.02.1999, 97/14/0059; siehe auch die EStR, Abschn. 2, § 2, Rz 136.

³⁹ VwGH v. 05.12.1972, 2391/71.

⁴⁰ Vgl. hierzu die EStR, Abschn. 2, § 2, Rz 137.

⁴¹ VwGH v. 12.08.1994, 90/14/0145; ebenso Vgl. hierzu die EStR, Abschn. 2, § 2, Rz 147.

⁴² Vgl. hierzu die EStR, Abschn. 2, § 2, Rz 147.

⁴³ Vgl. hierzu die EStR, Abschn. 2, § 2, Rz 143.

Wird beim Sale-and-lease-back das Wirtschaftsgut (hier: Immobilien) dem Verkäufer und Leasingnehmer (Stadt Graz) zugerechnet, so ist von einem **Darlehensvertrag** auszugehen,⁴⁴ wobei der Leasingnehmer den **Rückzahlungsbetrag** zu passivieren hat. Der Unterschiedsbetrag zum niedrigeren Verfügungsbetrag ist dabei zu aktivieren und auf die Mietdauer degressiv verteilt abzuschreiben. Entsprechend umgekehrt hat der Leasinggeber GBG zu verfahren.⁴⁵

Im vorliegenden Fall war das *Chance-Risiko-Kriterium*, das der VwGH für die **Teilamortisationsverträge** entwickelt hat,⁴⁶ derartig ausgeprägt (jederzeitige Optionsausübung zum unterpreisigen Erwerb innerhalb eines 10-jährigen Zeitraumes, selbstkontrahierende Immobilienverwaltung, Kapitalmarktbindung des Mietentgeltes, Haftungsübernahmen der Mieterin zur Ankaufsfinanzierung der Vermieterin, Tilgungsverpflichtung im Veräußerungsfall, Versicherungsdeckung der Eigentümerin durch die Mieterin⁴⁷, Forderungsrückführung aus bestehenden Pfandrechten durch die Verkäuferin/Mieterin usw.), dass unzweifelhaft (weiterhin) **von einer wirtschaftlichen Zuordnung der übertragenen Vermögensgegenstände bei der Veräußerin/Mieterin**, nämlich der Stadt Graz auszugehen war.

Bilanziell und steuerlich waren die mietgegenständlichen Immobilien nach Vollzug der wirtschaftlich missglückten „Auslagerung“ (weiterhin) der **Leasingnehmerin/Mieterin** zuzurechnen. Damit kam es zu einer gedanklichen **Eliminierung des Veräußerungsvorganges und der anschließenden Rückmietung** bei der Stadt Graz als Verkäuferin bzw. Mieterin. Zusammengefasst waren der zivilrechtlich gültige Kaufvertrag ebenso wie der später gültig abgeschlossene Mietvertrag der Stadt Graz mit der GBG für die Bilanzierung bedeutungslos. Oder anders formuliert: Die unternehmensrechtliche und steuerliche Beurteilung war gedanklich zu eliminieren. Die abgeschlossenen Verträge konnten zwar die zivilrechtliche Situation beeinflussen, aus *wirtschaftlicher* Sicht kam es jedoch **zu keiner Änderung**. Aus wirtschaftlicher und damit auch *unternehmensrechtlicher* und *steuerlicher* Sicht handelte es sich um eine **Darlehensgewährung der GBG an die Stadt Graz** in Höhe von rd. EUR 29,5 Mio., welche unter dem zivilrechtlichen Deckmantel der **Mietentgelte verteilt über die Laufzeit getilgt** wurde. Zur Sicherung dieses Betrages wurde *wirtschaftlich* der GBG das zivilrechtliche Eigentum an den gegenständlichen Liegenschaften verschafft.

2.2. Wirtschaftliche Würdigung des Bestands- und Leasingvertrages der GBG mit Dr. Zidek

Zusammenfassend ist zum abgeschlossenen Vertragsverhältnis zwischen der GBG und Dr. Zidek in wirtschaftlicher Hinsicht Folgendes festzustellen:

⁴⁴ Vgl. hierzu die EStR, Abschn. 2, § 2, Rz 147, 150.

⁴⁵ Vgl. hierzu die EStR, Abschn. 2, § 2, Rz 150. Ebenso *Pabst*, Leasing, 168 f.

⁴⁶ Vgl. etwa für den damaligen Zeitraum VwGH v. 28.05.2002, 99/14/0109. Ebenso *Pabst*, Leasing, 99 f.

⁴⁷ Die diesbezüglichen Textpassagen sind insoweit pikant, als im Kaufvertrag zwischen der GBG und der Stadt Graz in Pkt. VIII, 15 zugesichert wurde, dass die Veräußerin (Stadt Graz) für den Vertragsgegenstand ausreichende Versicherungen abgeschlossen hat, während in § 5, 4 des Mietvertrages die Mieterin (Stadt Graz) erst für die ausreichende Versicherungsdeckung hinsichtlich sämtlicher Haftungen der Eigentümerin (GBG) sorgen soll.

- Es kam zum Zeitpunkt des Abschlusses des Bestands- und Leasingvertrages zu **keiner Übertragung einer wirtschaftlichen Quelle** (oder existierte eine solche), sodass die Refinanzierung des Leasinggegenstandes über entsprechende **Entgelte** ungesichert blieb.
- Die zivilrechtliche Einarbeitung eines **Ablehnungsrechtes** des Leasinggebers zur Änderung des Verwendungszweckes **verhinderte den Aufbau einer organisierten betrieblichen Erwerbsquelle**, die ein Leasingentgelt in der vereinbarten Höhe hätte refinanzieren können. Zusätzlich wurde der Verwendungszweck noch durch eine land- und forstwirtschaftliche **Nutzungsbeschränkung** determiniert.
- Demgegenüber wird anstatt eines marktgerechten Mietzinses mit entsprechenden Indexierungsvereinbarungen dem Bestands- und Leasingvertrag in Z 4 ein (überhöhter) **Fixzins als Leasingentgelt** zugrundegelegt, der nicht nur eine vergleichsweise Mietrendite, sondern auch eine komplette Bankfinanzierung samt Administrationskosten (über-)kompensiert(e).
- Die Vertragsparteien nahmen im gegenständlichen Bestands- und Leasingvertrag **keine wirtschaftliche, unternehmensrechtliche, bilanzielle oder steuerliche** Verarbeitung des vertraglich vereinbarten **Optionsrechtes** vor (z.B. Aktivierung des Optionsrechtes, spiegelbildliche passivseitige Erfassung bei der GBG); auf Seiten des **Leasinggebers** (GBG) lässt sich dies nur so erklären, dass sich die Leasinggeberin der Zweifelhafteigkeit einer wirtschaftlichen Zurechnung des Leasinggutes bei ihr bewusst war und deshalb auf die bilanzielle Berücksichtigung des vereinbarten Optionsrechtes verzichtete.
- Kein Leasingnehmer akzeptiert neben einer **Vollamortisation** bereits während der Grundmietzeit einen **Optionsausübungspreis** in Höhe des linearen Restbuchwertes, der infolge des hohen Grund- und Bodenanteils praktisch den **Anschaffungskosten** bzw. dem Verkehrswert zum Zeitpunkt der Optionsausübung entspricht (siehe Kaufvertrag *BGB – Höllwart*).

Im Ergebnis deckten im vorliegenden Fall die Leasingraten iHv insgesamt **EUR 3.178.268,76** während des 25-jährigen Leasingzeitraumes zusätzlich zum **Anschaffungswert** des Leasinggutes beim **Leasinggeber** noch dessen **Finanzierungs- und Verwaltungskosten** sowie einer erhebliche **Gewinnspanne** ab (**Vollamortisation**), wobei im Falle der Optionsausübung nochmals annähernd die **Anschaffungskosten** abgegolten werden sollten und damit letztlich wirtschaftlich eine **völlig unausgewogene Leistungsbeziehung** zwischen den Vertragspartnern herbeigeführt wurde. Die (Un-)angemessenheit der vereinbarten Entgelte, wonach der Leasingnehmer bei einem Verkehrswert des Leasinggegenstandes von **EUR 2,3 Mio.** (Kaufvertrag GBG – Höllwart) insgesamt **EUR 5,4 Mio.** hätte aufwenden sollen (siehe Anlage Bestands- und Leasingvertrag GBG – Dr. Zidek vom 22.01.2007), war im Rahmen des gegenständlichen Auftragsverhältnisses jedoch nicht weiter zu würdigen.