

## DHPG DR. HARZEM & PARTNER KG

Wirtschaftsprüfungsgesellschaft · Steuerberatungsgesellschaft

Bonn · Bergisch Gladbach · Berlin · Bornheim · Euskirchen · Gummersbach · Köln

---

### Aktennotiz

Datum: 23.10.2015; in der Fassung vom 02.03.2016

Mandant: 31040; Stadtbetriebe Hennef - AöR

---

#### Verbesserung der Wohnraumversorgung im Stadtgebiet Hennef

hier: Protokoll zu den Eckpunkten der Besprechung im Rathaus der Stadt Hennef am 02.10.2015 mit Vertretern der Stadtbetriebe Hennef AöR (SBH AöR)

*[mit nachträglicher Ergänzung von zusätzlichen, erläuternden Hinweisen und Anmerkungen]*

#### A. Teilnehmer der Besprechung:

1. Herr Klaus-Peter Barth, Vorstand der SBH AöR,
2. Herr Michael Walter, Leiter Zentrale Steuerung und Service der Stadt Hennef,
3. Herr Rüdiger Wiegel, SBH AöR,
4. Frau Renate Hoffmann, Controlling der SBH AöR
5. Herr WP/StB Klaus Schmitz-Toenneßen, DHPG Dr. Harzem & Partner KG, WPG – StBG.

#### B. Eckpunkte der Besprechung:

Ausgehend von der Diskussion von Problemstellungen im Zusammenhang mit den aktuellen Aufgaben der Stadt Hennef im Zuge der Unterbringung von derzeit vermehrt der Stadt zugewiesenen Krisenflüchtlingen wurde in der Besprechung am 02.10.2015 zwischen den o.g. Besprechungsteilnehmern u.a. auch die grundsätzliche Frage der Förderung und Verbesserung der (allgemeinen) Wohnraumversorgung in der Stadt Hennef diskutiert und wie ggf. die SBH AöR oder andere organisatorische Gestaltungslösungen hierzu beitragen könnten.

Im Einzelnen wurden folgende, denkbare ausgewählte Organisationsalternativen zur Umsetzung einer *Verbesserung der Wohnraumversorgung im Stadtgebiet Hennef durch kommunalen Wohnungsbau* erörtert:

## 1. Gründung einer kommunalen Wohnungsbaugenossenschaft

Das Wesen und die Struktur einer Wohnungsbaugenossenschaft richten sich nach dem Genossenschaftsgesetz (GenG). Zweck einer Genossenschaft ist nach § 1 Abs. 1 GenG die Förderung des „Erwerbs oder der Wirtschaft“ der Mitglieder (Genossen) durch den gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb der Genossenschaft. D.h., die im Rahmen des Genossenschaftsbetriebs zu begünstigten Personen müssen im Regelfall selbst Genossen der Genossenschaft sein.

Die Beteiligung einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, wie einer Stadt oder einer AöR, an einer Genossenschaft ist gemäß § 1 Abs. 2 Ziff. 1 GenG nur zulässig, wenn dies den Erwerb oder die Wirtschaft der Genossen fördert (sogenanntes genossenschaftliches Förderprinzip).

Grundsätzlich ist ein Genossenschaftsmitglied mit einem Geschäftsanteil beteiligt; nur wenn die Satzung der Genossenschaft die Beteiligung mit mehr als einem Geschäftsanteil ausdrücklich zulässt, ist solches gemäß § 7 a GenG überhaupt zulässig.

Aufgrund der idealtypisch paritätischen Mitgliederstruktur einer Genossenschaft ist diese Rechtsform kaum kommunal zu beherrschen und damit unter Steuerungsgesichtspunkten für eine Kommune als Neugründung eher nicht empfehlenswert. Insbesondere auch, da kommunale Zielsetzungen und Aufgaben, wie bspw. gesamtstädtische wohnungsbaupolitische, städtebauliche und planungsrechtliche Interessen und Vorgaben oder auch die langfristige kommunale Stadtentwicklung, dem Grunde nach nicht Zweck einer Genossenschaft sein können (vgl. o.g. § 1 GenG, zum „Wesen“ einer Genossenschaft).

Unter ertragsteuerlichen Gesichtspunkten kann der Vollständigkeit halber ergänzt werden, dass sogenannte Vermietungsgenossenschaften, d.h. Genossenschaften, die selbst Wohnungen herstellen und erwerben und diese ihren Mitgliedern (Genossen) auf Grund eines Mietvertrages oder eines genossenschaftlichen Nutzungsvertrages überlassen, nach § 5 Abs. 1 Nr. 10 a) des Körperschaftsteuergesetzes (KStG) von der Körperschaftsteuer befreit sind. Die Steuerbefreiung gilt im Übrigen gemäß § 3 Nr. 15 des Gewerbesteuergesetzes (GewStG) dann auch für die Gewerbesteuer.

Die v.g. Ertragsteuerbefreiung ist allerdings gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 10 Satz 2 KStG ausgeschlossen, wenn die Einnahmen der Genossenschaft aus anderen als den o.g. Wohnraumüberlassungen, z.B. aus Zinseinnahmen für Kapitalanlagen, insgesamt 10% der gesamten Einnahmen der Genossenschaft übersteigen.

Für kurzfristige Lösungen im Bereich der Flüchtlingsunterbringung sind genossenschaftliche Lösungsansätze u.E. nicht geeignet, da Ziel und Zweck der kurzfristigen Hilfen und Maßnahmen in diesem Bereich nicht mit der Begründung langfristig angelegter genossenschaftliche Mitgliedschaftsrechte für die betroffenen Personen korrespondieren.

## 2. Begründung einer (Betriebs-)Sparte „Wohnbaubetrieb“ in der SBH AöR

Die Wohnraumversorgung ist gemäß § 107 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GO NRW eine zulässige nicht-wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden und damit nach einer entsprechenden Aufgabenübertragung auch zulässigerweise grundsätzlich auch auf eine AöR in entsprechender städtischer Trägerschaft delegierbar.

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 5 der aktuellen Satzung der SBH AöR gehört zu den Aufgaben der Anstalt u.a. auch: „Verwaltung des eigenen Grundbesitzes, d.h. Erwerb, Entwicklung, Veräußerung und Belastung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten, Abschluss und Veränderung von schuldrechtlichen Nutzungsüberlassungsverträgen zur Wohnraumversorgung (...) gem. § 107 Abs. 2 Nr. 3 GO NRW (...). Dies erfolgt im Rahmen und nach Maßgabe der verbindlichen Vorgaben der Stadt an die AöR im Blick auf die Umsetzung der planungsrechtlichen und städtebaulichen Ziele.“

Die Errichtung und die langfristige Vermietung von Wohnraum durch die AöR wäre damit dem Grundsatz nach u.E. durch den derzeitigen satzungsmäßigen Anstaltsgegenstand mit erfasst.

Die Neuaufnahme einer wohnungswirtschaftlichen Betätigung der SBH AöR durch die Errichtung und Vermietung von Wohnraum, die über die bisherige (reine) Entwicklung und Erschließung von Grundstücksflächen für Wohnbebauung und den anschließenden Verkauf von unbebauten Grundstücken zur späteren Wohnbebauung durch Dritte hinausgeht, ist als Vermietung und Verpachtung von eigenem Grundbesitz ertragsteuerlich der steuerbefreiten Vermögensverwaltung der SBH AöR zuzuordnen, so dass insoweit kein steuerlicher Betrieb gewerblicher Art (BgA) i.S. von § 4 Abs. 1 des Körperschaftsteuergesetzes (KStG) in der AöR begründet würde.<sup>1</sup>

Die vorübergehende Unterbringung von Flüchtlingen und Asylbewerbern in eigenen Gebäuden einer AöR (oder auch einer Stadt) würde ertragsteuerlich zudem dem hoheitlichen Bereich einer juristischen Person des öffentlichen Rechts zugeordnet, so dass auch insoweit kein steuerlicher BgA für eine AöR entstehen würde.<sup>2</sup>

Da bei Aufnahme einer (erweiterten) eigenen wohnungswirtschaftlichen Tätigkeit durch die SBH AöR die Errichtung von Wohnbauten voraussichtlich zu 100% kreditfinanziert werden müsste, würde hierdurch die Nettoneuverschuldung der AöR u.U. signifikant ansteigen.

Soweit außerdem sozial verträgliche (subventionierte) Mieten für die neuen Wohnbauten von Hennefer Mietern gezahlt werden sollen und diese in der Summe als Mieterträge nicht die Ge-

---

<sup>1</sup> Vgl. Bott, in: Kommentar zum Körperschaftsteuergesetz, hrsg. von Ernst & Young, Bonn, Loseblattwerk mit Stand 110. Erg.Lief. 2015, Tz. 278.2 zu § 4 KStG.

<sup>2</sup> Vgl. a.a.O., Tz. 275 zu § 4 KStG.

samtsumme der Aufwendungen aus Gebäudeabschreibungen und Finanzierungszinsen abdecken, würde ein laufendes, jährliches strukturelles Defizit in der AöR entstehen, welches zu einem laufendem Eigenkapitalverzehr in der AöR führen könnte.

In der Besprechung wurde unter strategischen Gesichtspunkten auch festgehalten, dass das kommunalpolitische Ziel einer städtischen Wohnraumversorgung von sozial schwachen Bevölkerungsteilen in der Stadt Hennef zu sozial verträglichen Mieten eine langfristige Aufgabe der kommunalen Daseinsvorsorge u.a. im Rahmen einer planmäßigen strategisch gesteuerten Stadtentwicklung ist. Bspw. wäre hierbei bereits planerisch das Entstehen von möglichen sozialen Brennpunkten zu vermeiden. Der aktuelle Bedarf für die Unterbringung von Kriegs- und Krisenflüchtlingen ist dagegen eine kurzfristige Aufgabe der Stadt, die unmittelbare „ad hoc“-Lösungen verlangt.

### 3. Gründung einer kommunalen (gemeinnützigen) Wohnungsbaugesellschaft als GmbH

Es wurde in der Besprechung darauf hingewiesen, dass sowohl der Rhein-Sieg-Kreis (mit der Gemeinnützigen Wohnungsbaugesellschaft für den Rhein-Sieg-Kreis mbH – GWG), also auch einzelne Städte im Kreis (z.B. Königswinter, Alfter, Sankt Augustin, Troisdorf) jeweils bereits seit vielen Jahrzehnten über kommunale Wohnungsbaugesellschaften in der Rechtsform einer GmbH verfügen, die in ihrem jeweiligen örtlichen Einzugs- und Aufgabenbereich die jeweilige Bevölkerung mit Wohnraum zu sozialverträglichen Mietpreisen versorgen. Dies führte zu der Frage, ob die Gründung einer vergleichbaren kommunalen Wohnbaugesellschaft als GmbH zur Erbringung wohnungswirtschaftlicher Leistungen für mittlere und niedrigere Einkommensschichten für das Gebiet der Stadt Hennef eine denkbare Option sein könnte.

Hierzu muss vorab angemerkt werden, dass mit Wirkung zum 31.12.1989 das damalige Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz (WGG) ersatzlos aufgehoben worden ist und damit die damalige steuerliche Förderung von Wohnungsgemeinnützigkeit ebenfalls ersatzlos weggefallen ist. Seit dem 01.01.1990 sind damit kommunale Wohnungsunternehmen unbeschränkt ertragsteuerpflichtig und unterliegen den Vorschriften zur Regelbesteuerung mit Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer für eine GmbH. Eine Steuerbegünstigung als gemeinnützige Körperschaft entsprechend den Vorschriften der §§ 51 der Abgabenordnung (AO) ist heute ausgeschlossen, da eine wohnungswirtschaftliche Betätigung an sich keinen steuerbegünstigten Zweck i.S. der Vorschriften der AO darstellt.

Das Adjektiv „gemeinnützig“, welches derzeit noch von vielen kommunalen Wohnungsgesellschaften – so z.B. auch von der o.g. GWG des Rhein-Sieg-Kreises – in der handelsrechtlichen Firmierung bis heute fortgeführt wird, ist nur historisch aus dem handelsrechtlichen Grundsatz der Firmenfortführung zu erklären. Die Rechtslage, ob der (historische) Firmenbestandteil „gemeinnützig“ in einer Firma einer GmbH, die tatsächlich nach aktuellem Steuerrecht nicht mehr gemeinnützig ist und dies auch nicht mehr sein kann, aus wettbewerbsrechtlichen Gründen u.U. unzulässig ist, ist

derzeit unklar. Es sind bereits in Vergangenheit höchstrichterliche Urteile ergangen, die dies in Einzelfällen als unzulässig angesehen haben<sup>3</sup> und die betroffene Gesellschaft damit zu einer Umfirmierung gezwungen haben. Inwieweit und wann zukünftig die aktuell bestehenden „Altgesellschaften“ an kommunalen Wohnungs(bau-)gesellschaften, die bereits vor dem 01.01.1990 das Adjektiv „gemeinnützig“ als handelsrechtlichen Firmenbestandteil geführt haben, zu einer Änderung der Firmierung gezwungen sein werden, vermögen wir nicht abzuschätzen.

Für die Neugründung von kommunalen Wohnungsbaugesellschaften würden wir allerdings für eine GmbH den Firmenbestandteil „gemeinnützig“ aus wettbewerbsrechtlichen Gründen für unzulässig ansehen, da er insoweit im Sinne der o.g. höchstrichterlichen Rechtsprechung geeignet wäre, die örtlich betroffenen Verkehrskreise über das Vorliegen einer nicht vorhandenen steuerlichen Eigenschaft der Gesellschaft irrezuführen. Es wird für Beurteilung des Vorliegens einer (möglichen) Wettbewerbsverzerrung nach der Rechtsprechung insoweit auf den „Empfänger-Horizont“ abgestellt.

Ausgehend von der Annahme, dass eine mögliche kommunale Wohnungsbaugesellschaft in der Rechtsform der GmbH eine 100%-ige Tochter der Alleingesellschafterin Stadt Hennef wäre, würde diese dem Grundsatz nach, wie oben bereits erwähnt, unbeschränkt ertragsteuerpflichtig sein, d.h. der Regelbesteuerung für die Körperschaftsteuer und die Gewerbesteuer unterfallen.

Nach § 8 Abs. 9 Satz 1 KStG wäre für die wohnungswirtschaftliche Betätigung eine gesonderte steuerliche Sparte in der GmbH zu bilden, für die voraussichtlich im Verlustfall ein sogenannter steuerlicher Querverbund mit möglichen weiteren, denkbaren gewinnbringenden Tätigkeiten jener GmbH gemäß § 8 Abs. 9 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. § 4 Abs. 6 Satz 1 KStG nicht realisierbar wäre.

Soweit die wohnungswirtschaftliche Tätigkeit jener kommunalen Wohnungsbau-GmbH dauerdefizitär wäre, wären die steuerlichen Verluste nicht nach § 8 Abs. 7 KStG steuerprivilegiert, da die wohnungswirtschaftliche Betätigung nicht unter den abschließenden, enumerativen Katalog der steuerbegünstigten kommunalpolitischen Ziele des § 8 Abs. 7 Satz 2 KStG fällt. D.h. im Ergebnis, dass ein steuerlicher Verlust in jener GmbH zu einer körperschaftsteuerlichen verdeckten Gewinnausschüttung an den Gesellschafter Stadt Hennef führt, der definitiv mit 15% an Kapitalertragsteuer zzgl. 5,5% an Solidaritätszuschlag zu Lasten des städtischen Gesellschafters belastet wäre.

Soweit aufgrund eines laufenden strukturellen Defizits der kommunalen Wohnungsbau-GmbH aus der wohnungswirtschaftlichen Tätigkeit (vgl. o.g. Pos. 2, vorletzter Absatz) das Eigenkapital und die verfügbare Liquidität der GmbH aufgezehrt würden, können ggf. auch insolvenzrechtliche Risiken der Gesellschaft virulent werden.

---

<sup>3</sup> Vgl. bspw. Urteil des Bundesgerichtshofes (BGH) vom 27.02.2003, Az. I ZR 25/01.

Soweit ein Defizit ausgleich, bspw. durch städtische Zuschüsse o.ä., zugunsten der kommunalen Wohnungsbau-GmbH durch die Stadt Hennef erforderlich oder beabsichtigt wäre, ist es dringend angeraten, diesen im Vorfeld auf seine europarechtliche Zulässigkeit unter beihilferechtlichen Aspekten zu prüfen bzw. diesen beihilferechtskonform zu gestalten.

Beihilferechtswidrig gezahlte Zuschüsse der Stadt an eine städtische Wohnungsbau-GmbH führen zu einer unmittelbaren Rückzahlungsverpflichtung für die unter Verstoß gegen europäisches Unionsrecht gewährten Zahlungen und können dann im Extremfall auch eine mögliche Insolvenz der betroffenen zahlungsverpflichteten GmbH auslösen.

gez.

WP·StB Klaus Schmitz-Toenneßen