## Ludwig Stoiber

Wir denken in Lösungen



Fonds im öffentlich geförderten sozialen Wohnungsbau in Berlin Grundlagen, Förderlogik, Rechtsformen und Haftungsfolgen

## INHALT WHITE PAPER

01 Grundlagen des geförderten Wohnungsbaus in Berlin	04
Geschichtliche Entwicklung	05
Rechtliche Grundlagen	06-08
02 Förderlogik im öffentlich geförderten sozialen Wohnungsbau	10
Die Kostenmiete	11-14
Aufwendungshilfen und Landesbürgschaften	15-16
Fördergebietsgesetz	17
03 Rechtsform – Haftung und steuerliche Folgen	18
Kommanditgesellschaft (KG) mit gewerblicher Prägung	19-20
Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) / offene Handelsgesellschaft (OHG)	21-22
Kommanditgesellschaft (KG) ohne gewerblicher Prägung	22
Freiwilligkeit von Beiträgen	23-24
04 Außerplanmäßige Förderkürzung und Versagung der Anschlussförderung	25-27
05 Hinweise und Haftungsausschluss	28-29



### Geschichtliche Entwicklung<sup>1</sup>

Als Folge des Zweiten Weltkriegs war in vielen deutschen Großstädten ein erheblicher Wohnungsmangel festzustellen. In besonderem Masse traf dies auf Berlin mit seinen besonders schweren Kriegsschäden zu. In Berlin West herrschte aber bereits 1978 eine ausreichende Versorgung mit Wohnungen – zumindest quantitativ.

Baualter	Wohnungsbestand
bis 1900	174.198
1901 – 1918	242.533
1919 – 1948	174.882
1949 – 1978	507.586
Insgesamt Berlin West	1.099.199
Zum Vergleich Anzahl Haushalte	1.015.200

Tabelle 1 Wohnungsbestand in Berlin West 1978

Bedingt durch die einfache Bauweise der Nachkriegsjahre war ein großer Teil des Berliner Wohnungsbestands allerdings von sehr niedriger Wohnqualität. Von den rund 1,1 Mio. Wohnungen hatte die Hälfte eine Ofenheizung und rund ein Fünftel kein eigenes Bad.

Berlin förderte daher massiv die Schaffung von qualitativ besserem und doch für die breite Masse bezahlbarem Wohnraum. Im Zuge des ersten und zweiten Wohnungsbaugesetzes wurde seit 1949 in Berlin eine große Anzahl von Wohnungen im sozialen Wohnungsbau errichtet. Allein bis Ende 1979 fielen von den ca. 511.000 neu geschaffenen Wohnungen 411.000 in den Bereich des sozialen Wohnungsbaus.

1984 gab es in Berlin West 435.000 Sozialwohnungen, über 40 % des gesamten Wohnungsbestandes<sup>2</sup>.

Der soziale Wohnungsbau war also für Berlin jahrzehntelang die prägende Bauform. Diese besonders intensive Förderung Westberlins muss auch vor dem Hintergrund des kalten Krieges verstanden werden. Die "Insel" Berlin wurde ohne Rücksicht auf die Kosten gefördert, als Trutzburg gegen "den Russen".

Die Förderung mittels Aufwendungshilfen wurde in den Jahren 1972 – 1998 gewährt. Es gibt zwar auch heute noch Förderungen im Bereich Wohnungsbau, aber der öffentlich geförderte soziale Wohnungsbau im engeren Sinne endete spätestens 1998.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Bis 1990 nur Berlin West

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Freye/Görlich, Steuerbegünstigte Kapitalanlagen im sozialen Wohnungsbau in Berlin: Freye Immobilien GmbH, 1980, S. 12ff

### Rechtliche Grundlagen

Gesetzliche Grundlage der Förderung im sozialen Wohnungsbau war das Zweite Wohnungsbaugesetz, welches 1956 in Kraft trat und vielfach geändert wurde.

§1

Als Ziel des Gesetzes nennt § 1:

#### § 1 II. WoBauG

#### Wohnungsbauförderung als öffentliche Aufgabe

- (1) Bund, Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände haben den Wohnungsbau unter besonderer Bevorzugung des Baues von Wohnungen, die nach Größe, Ausstattung und Miete oder Belastung für die breiten Schichten des Volkes bestimmt und geeignet sind (sozialer Wohnungsbau), als vordringliche Aufgabe zu fördern.
- (2) Die Förderung des Wohnungsbaues hat das Ziel, den Wohnungsmangel zu beseitigen und für weite Kreise der Bevölkerung breit gestreutes Eigentum zu schaffen. (...)

Ausdrücklich nicht in den Bereich des sozialen Wohnungsbaus fallen gewerblich genutzte Objekte und Teilflächen. Auch wenn viele Projekte im öffentlich geförderten sozialen Wohnungsbau Gewerbeeinheiten enthalten, waren diese nie Teil der Förderung. Ein vorhandener Gewerbeteil ist darum immer separat zu den Wohnungen zu betrachten, was sich auch stets in der (ursprünglichen) Finanzierungsstruktur (Wohn- und Gewerbedarlehen) widerspiegelte.



# §5

Paragraph 5 des WoBauG grenzt drei Formen des Wohnungsbaus ab.

#### § 5 II. WoBauG

#### Einteilung der Wohnungen nach ihrer Förderung

(1) Öffentlich geförderte Wohnungen im Sinne dieses Gesetzes sind neu geschaffene Wohnungen, bei denen öffentliche Mittel im Sinne des § 6 Abs. 1 zur Deckung der für den Bau dieser Wohnungen entstehenden Gesamtkosten oder zur Deckung der laufenden Aufwendungen oder zur Deckung der für Finanzierungsmittel zu entrichtenden Zinsen oder Tilgungen eingesetzt sind.

Ziffer 1 umfasst den öffentlich geförderten sozialen Wohnungsbau wie er (mit besonderen Ergänzungen durch das Berlin Fördergesetz bzw. das Fördergebietsgesetz) in Berlin vorherrschte. Die beiden weiteren Abschnitte des Paragraphen grenzen den sog. steuerbegünstigten und den frei finanzierten Wohnungsbau ab.

In der Literatur, gerade für Kapitalanleger, findet sich zumeist die Bezeichnung 1. Förderweg für den öffentlich geförderten sozialen Wohnungsbau im Sinne von § 5 II. (1) WoBauG bzw. 2. und 3. Förderweg für den steuerbegünstigten und frei finanzierten Wohnungsbau (auch im Rahmen des frei finanzierten Wohnungsbaus waren Verlustzuweisungsmodelle konstruierbar).

Schwerpunkt dieser Zusammenfassung sind geschlossene Immobilienfonds im 1. Förderweg. Fondskonstruktionen im 2. und 3. Förderweg wurden (in weit geringerer Zahl) auch vertrieben. Sie unterscheiden sich aber sowohl in Förder- und Finanzierungslogik als auch in wesentlichen steuerlichen Aspekten und wirtschaftlichen Schwierigkeiten so grundlegend von den Fonds des 1. Förderweges, dass eine gemeinsame Betrachtung nicht möglich ist.

Die für den sozialen Wohnungsbau maßgeblich relevanten Regelungen sind in den §§ 25 – 53 II. WoBauG zu finden. Insbesondere wird der Kreis der Sozialmieter festgelegt. Hier galten für Berlin abweichend höhere Sätze und der Kreis der Sozialmieter erstreckte sich auch auf Durchschnittsverdiener.

Ergänzend stehen diesem Muttergesetz u. a. das sog. Wohnungsbindungsgesetz (WohnbindG) bei, welches die Mietbindung für Sozialwohnungen regelt und unter anderem den Begriff der Kostenmiete einführt. Auf die hohe Bedeutung der Kostenmiete wird später noch eingegangen. Bis ins letzte Detail festgelegt werden diese Kostenmiete und deren Ermittlung in der sog. Zweiten Berechnungsverordnung (II. BV).

Daneben existieren weitere Gesetze und Verordnungen, deren genaue Darstellung aber keinen Beitrag zum wirtschaftlichen Verständnis leistet.

§ 26 II. (3) WoBauG legt fest, dass eine Unterscheidung nach Art des Bauträgers bei der Förderung im Zuge des sozialen Wohnungsbaus grundsätzlich nicht zulässia ist. Privatwirtschaftliche Investoren sind also öffentlichen Trägern gleichaestellt. Das WoBauG fördert also nicht nur selbst genutztes Eigentum, sondern auch die Schaffung von Mietwohnungen, was auch der wirtschaftlichen Reglität Folge leistet. Die Zielgruppe des Gesetzes ist finanziell nicht in der Lage, sich selbst genutzten Wohnraum zu schaffen – hier wäre eine quasi "100 %-Förderung" nötig.

So hat von Anfang an auch der Kapitalmarkt den sozialen Wohnungsbau als Geldanlage für sich entdeckt. Besonders Berlin ist geprägt von den sog. "Sozibau Fonds" – also geschlossenen Immobilienfonds, deren Zweck die Errichtung und Vermietung von Sozialwohnungen war. Oftmals gingen diese Fonds(familien) aus ehemals staatlichen Wohnungsgesellschaften im Zuge der Privatisierung hervor. Bekannt sind insbesondere die ARWOBAU, die GEWOBAG und die WIR Fonds.



Bei der Vermietung einer Wohnung (egal ob als Fondsgesellschaft oder als Privatperson) ist der Vermieter zwingend auf eine gewisse Miethöhe angewiesen, um alle anfallenden Kosten im Zusammenhang mit Erwerb/Bau und Vermietung der Wohnung zu decken, die sog. Kostenmiete. Im "normalen" Wohnungsbau muss diese vollständig durch den Wohnungsmieter aufgebracht werden, andernfalls ist das Projekt wirtschaftlich nicht tragfähig. Die Kostenmiete bildet also die Untergrenze für die zu erzielende Miethöhe.

Mit dem sozialen Wohnungsbau wollte der Staat aber gerade jenen Menschen Wohnraum bieten, welche nicht in der Lage waren, eine solche Kostenmiete zu erbringen. Im Zuge des sozialen Wohnungsbaus legt der Staat Mieten fest, die für diese Klientel noch tragbar sind, sog. Sozialmieten oder Mietermieten<sup>1</sup>. Zwischen diesen und den Kostenmieten besteht eine erhebliche Differenz. Da kein Eigentümer bereit wäre diese Differenz zu tragen, wurde sie seit dem Förderjahrgang 1972 mittels sog. Aufwendungshilfen gedeckt. Für den Förderjahrgang 1989 lagen die durchschnittlichen Gesamtkosten von Wohnungen im sozialen Wohnungsbau in Berlin bei 2.360 €/m². Daraus ergab sich eine Kostenmiete von anfänglich 12.90 €/m<sup>2</sup> - bei einer Sozialmiete von anfänglich 2,80 €/m² monatlich betrug die Förderung so 10,10 €/m². Im "extremsten" Förderjahrgang 1992 war diese Differenz sogar auf 15,90 €/m² angewachsen.4

Das Land Berlin (vertreten durch die Landesbank Berlin (LBB) als Fördergeber) trägt die Differenz zwischen Kostenmiete und Sozialmiete. Die Förderung liefert zu Anfang den weit größten Teil der Gesamteinnahmen, konzeptgemäß steigt erst langsam der Anteil der Mietermiete (vorgesehen waren Mietsteigerungen von 0,13 €/m² im Jahr).

Die Aufwendungshilfen werden zumeist quartalsweise an den Vermieter ausgereicht und werden noch vor Baubeginn errechnet und gewährt. Eine spätere Überprüfung anhand der tatsächlich entstandenen Kosten erfolgt im Rahmen der Schlusswirtschaftlichkeitsberechnung (im Allgemeinen nur Schluss WB genannt).

Die Förderung erfolgte in der Vergangenheit regelmäßig für 15 Jahre, ab Feststellung der mittleren Bezugsfertigkeit der Wohnungen und wurde danach routinemäßig um weitere 15 Jahre verlängert – man spricht von der sog. Grund- und Anschlussförderung.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Auf das genaue Verfahren zur Bestimmung der Mietermieten wird hier verzichtet. Die Mietermiete wird im Rahmen sog. Mietenkonzepte regelmäßig vom Senat bekanntgegeben. Die Mietermiete ist u. a. abhängig von der Lage des Objektes.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Expertenkommission zur Anschlussförderung im öffentlich geförderten Wohnungsbau im Land Berlin, Entwurf des Endberichtes – überarbeitete Version, veröffentlicht vom Senat für Stadtentwicklung, Dezember 2002, S. 15

#### Die Kostenmiete

Die Kostenmiete im Sinne der II. BVO entspricht nur zum Teil den wirtschaftlichen Realitäten. Dem Wortsinn nach müsste die Kostenmiete alle Kosten decken, welche beim Betrieb und bei der Errichtung einer Wohnung/eines Wohnhauses anfallen – in der Praxis legt die II. BV allerdings Obergrenzen für verschiedene laufende Aufwendungen fest. Der Staat behält sich dadurch eine gewisse Mittelverwendungskontrolle vor. Nur Kosten im Rahmen der Kostenmiete werden als Grundlage für die Berechnung der Förderung herangezogen. Diese Wirtschaftlichkeitsberechnung (WB) folgt einem genau vorgeschriebenen Muster.

Die Obergrenzen der II. BV bestimmen also zeitgleich die Obergrenzen der Förderung. Die Kostenmiete errechnet sich allgemein, indem man die laufenden Aufwendungen pro Jahr auf einen m² und Monat herunterrechnet.

Gemäß:



## Zu den laufenden Aufwendungen der Kostenmiete im Sinne der II. BV gehören:



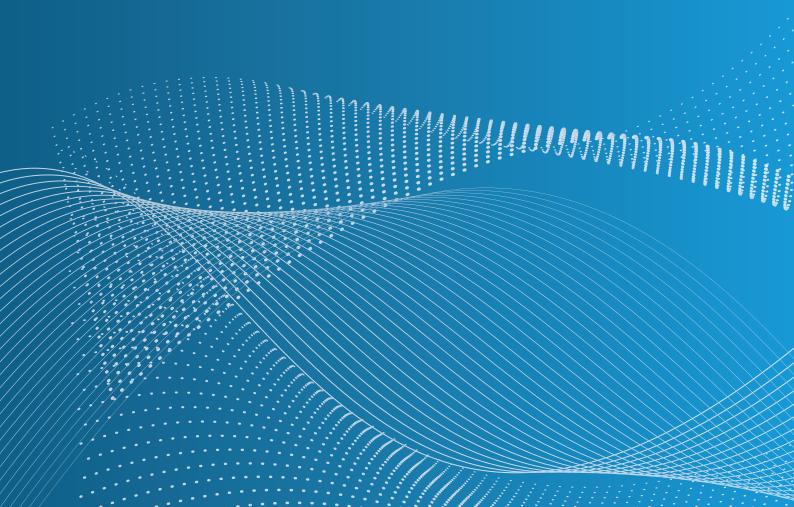
Die Kapitalkosten der Gesellschaft



Die Bewirtschaftungskosten des Objektes



Sonstige Kosten





**Die Kapitalkosten** (§ 19 II. BV) sind einerseits alle Kosten die rund um die Hypothekenfinanzierung entstehen. Zinsleistungen für Hypothekendarlehen sind namentlich ein Teil der Kapitalkosten. Tilgungen wären nur nach § 22 II. BV ansatzfähig. Die dortigen Regelungen sind auf Immobilienfondsfinanzierungen regelmäßig nicht anwendbar. Andererseits wird auch das Eigenkapital im sozialen Wohnungsbau gemäß § 20 II. BV verzinst. Erlaubt ist dabei ein Verzinsungsansatz von 4,00 % p. a. für Eigenkapital in Höhe von 15 % der Gesamtkosten und 6,50 % p. a. für den dies übersteigenden Teil.

Entscheidend ist nun die Frage, wie hoch die finanzierten Gesamtkosten des Objektes überhaupt sein dürfen, sprich wie viel Eigen- und Fremdkapital man als angemessen betrachtet – die sog. WB konformen Gesamtkosten.

Diese enthalten:

## 1. Die Kosten des Baugrundstückes nach § 6 II. BV

Sie umfassen den Kaufpreis des Baugrundstückes selbst (oder ggf. die Kosten eines Erbbaurechtes), allerdings beschränkt auf die Höhe des Verkehrswertes (der Kaufpreis überstieg bei Fondskonstruktionen den Verkehrswert in aller Regel um 20 % und mehr), die Erwerbskosten für das Baugrundstück (gewissermaßen die Nebenkosten des Grundstückkaufes, wie zum Beispiel: Grunderwerbssteuer und Notarkosten) und anfallende Erschließungskosten.

#### 2. Die Baukosten nach § 7 II. BV.

Sie umfassen u. a. die Kosten des Gebäudes selbst, die Kosten für Gärten, Parkplätze und sonstige Außenanlagen sowie die sog. Baunebenkosten nach § 8 II. BV, wie zum Beispiel. Architektenkosten.







#### Sonstige Kosten

**Die Bewirtschaftungskosten.** Diese sind in § 24 II. BV geregelt und umfassen: Abschreibungen, Verwaltungskosten, Betriebskosten, Instandhaltungskosten und Mietausfallwagnis.

Abschreibungen im Sinne WB konformer Kosten sind dabei Abschreibungen im Sinne § 25 II. BV, aber nicht steuerliche Sonderabschreibungen. Regelungen zu den weiteren Einzelpositionen sind in den § 26ff II. BV zu finden.

Im Fall des geförderten Wohnungsbaus in Berlin ist hier vor allem der Verwaltungskostenbeitrag zur Aufwendungshilfe zu nennen.<sup>5</sup>



<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Die Förderbank (in Berlin selbst die IBB, im Umland die Investitionsbank des Landes Brandenburgs ILB) erhebt einen jährlichen Verwaltungskostenbeitrag auf die ausgezahlte Förderung, eine Gebühr in nicht unerheblicher Höhe, die genaue Höhe ist im Einzelfall im Bewilligungsbescheid zur Förderung geregelt (i. d. R. 3,00% der ausgezahlten Fördergesamtsumme)

### Aufwendungshilfen und Landesbürgschaften

Nachdem die Kostenmiete nach obigen Verfahren berechnet wurde, kann die gesamte Förderung pro Jahr vergleichsweise einfach festgelegt werden. Von der Kostenmiete wird die Sozialmiete/Mietermiete abgezogen. Die Differenz wird durch die Förderung, genannt Aufwendungshilfe gedeckt. Die "Idee" hinter dieser Förderlogik klingt betriebswirtschaftlich durchaus logisch: Während die Sozialmiete jedes Jahr ein Stück steigen sollte, wird die Förderung stückweise zurückgefahren. In den zunächst immer gewährten 15 Jahren Grundförderung reichten die Mietsteigerungen aber bei Weitem nie aus, um bereits zum Ende des Grundförderzeitraums die Kostenmiete zu erreichen. Eine Anschlussförderung sah die Förderlogik immer vor.

Geplant war, dass nach 30 Jahren die Kostenmiete der Sozialmiete entsprechen sollte. Nach 30 Jahren sollten Objekte im sozial geförderten Wohnungsbau also ohne Zuschüsse tragfähig sein, auch weil die Hypothekendarlehen nach 30 Jahren (bei 1 % anfänglicher Tilgung) getilgt seien sollten.

Die Aufwendungshilfe wird seit dem Förderjahrgang 1976 zu 2/3 als verlorener (nicht rückzahlungspflichtiger) Aufwendungszuschuss gewährt. Ein weiteres Drittel wird als sog. Aufwendungsdarlehen ausgereicht. Vorgesehen war, dass dieses (haftungsrechtlich nachrangige) Aufwendungsdarlehen ab dem 31. Jahr verzinst und getilgt wird, i. d. R. waren 7,00 % Zinsen bei 2,00 % anfänglicher Tilgung vorgesehen. Durch die Auszahlung

eines Teils der Mittel als Darlehen (keine steuerpflichtige Einnahme für die Gesellschaft) wurde die Möglichkeit der Erzeugung steuerlicher Verluste weiter erhöht. Gleichzeitig führt die stetige Auszahlung von Aufwendungsdarlehen dazu, dass eine Entschuldung der Gesellschaft in den Förderjahren nur sehr langsam und in sehr geringem Umfang erfolgt. Die Verschuldung verschiebt sich viel mehr nur von den Hypothekendarlehen hin zu den Aufwendungsdarlehen. Im Ergebnis sind die Fonds nach 30 Jahren kaum entschuldet.

Neben den anfänglich gewährten Aufwendungshilfen besteht die Möglichkeit, die Miethöhe auch außerordentlich zu steuern. Wenn die Mietermiete gemäß dem ursprünglichen (dem der Berechnung der Aufwendungshilfen zu Grunde liegenden) Mietenkonzept eine Höhe erreicht, welche vom Berliner Senat als für die Mieter nicht mehr tragbar angesehen wird, besteht die Möglichkeit, ein neues Mietenkonzept zu verabschieden. Dabei wird zumeist auf eine oder mehrere vorgesehene Mieterhöhungen verzichtet. Diese Kappung der Mietermieten (bei gleicher Kostenmiete) macht nach der Logik der Förderung zusätzliche Zuschüsse erforderlich. Diese Kappungsförderung (in Verwalterkreisen spricht man oft lapidar von "Nachsuppe") wird immer zeitlich entsprechend der laufenden Grund- oder Anschlussförderung gewährt und ist ein reiner Zuschuss ohne Darlehensanteil. Kappungsförderungen wurden und werden vielfach gewährt.



Ein weiterer Teil der Förderung sind die Landesbürgschaften. Über die persönliche Haftung der Gesellschafter hinaus sichern diese die finanzierenden Hypothekenbanken zusätzlich ab. Das Objekt selbst kann als Besicherung für die Finanzierung nicht ausreichen, da die jährlichen Mieteinnahmen (Sozialmiete!) nur einen geringen Ertrags- und damit Beleihungswert rechtfertigen. Die Förderung selbst ist an den Eigentümer gebunden und hat somit keinen Beleihungswert.

In der Umsetzung wurde darum die Finanzierung zweigeteilt, in sog. 1a- und 1b-Darlehen. Während das 1a-Darlehen nur durch den Objektwert und die persönliche Haftung der Gesellschafter (sofern GbR/ OHG) besichert ist (und diesem auch zumeist zumindest konzeptionell entspricht, man spricht vom sog. Realkreditanteil) wird das 1b-Darlehen darüber hinaus durch eine Bürgschaft des Landes Berlin besichert – allerdings eine rein nachrangige Ausfallbürgschaft d.h. erst nachdem das Objekt verwertet wurde und die Gesellschafter soweit irgend möglich in Anspruch genommen wurden, greift die Landesbürgschaft.

Bedingt durch diese Konstruktion genießen die Banken ein hohes Maß an Sicherheit. Neben der Grundschuld und ggf. der persönlichen Haftung der Gesellschafter (nur in der GbR/OHG, nicht in der KG) sind evtl. verbleibende Ausfälle durch die Landesbürgschaft abgesichert. Man muss daher davon ausgehen, dass bei Finanzierungsvorhaben im öffentlich geförderten sozialen Wohnungsbau eine Wirtschaftlichkeitsprüfung seitens der Banken zumeist nur oberflächlich stattfand.

### Fördergebietsgesetz

Die steuerliche Förderung von Investitionen in Berlin erfolgte bereits seit langen Jahren durch das Berlin Fördergesetz. Für die Immobilienfonds der 90er Jahre war dieses zumeist aber nicht mehr maßgeblich. Als besonders förderwürdig wurden allerdings immer noch die neuen Bundesländer eingestuft. Deren Förderung erfolgte mittels des Fördergebietsgesetzes. Das Fördergebietsgesetz umfasste ausdrücklich Gesamt-Berlin und ist 2002 ausgelaufen.

Das Fördergebietsgesetz sah eine einmalige steuerliche Sonderabschreibung<sup>6</sup> vor. Diese Sonderabschreibung macht die hohen steuerlichen Verluste der Investitionsphase (neben den Werbungskosten) erst möglich. Grundlage der Bemessung der Sonderabschreibungen waren dabei die steuerlichen Herstellungskosten.

§ 4, (2) FöGbG setzt dabei die Höhe der Sonderabschreibungen fest.

Für die Fonds der 90er Jahre war damit bereits im 1. Jahr eine Sonderabschreibung in Höhe von 50 % der Anschaffungskosten möglich.

Die Sonderabschreibung führt direkt zu steuerlichen Verlusten der Gesellschaft und zumindest in der GbR über die einheitliche und gesonderte Veranlagung auch direkt zu Steuervorteilen für die Zeichner. Erst die Sonderabschreibungen machten die Verlustzuweisungsmodelle mit oftmals 200-300 % Verlustzuweisung, bezogen auf das gezeichnete Kapital, möglich.

Alle Fonds im sozial geförderten öffentlichen Wohnungsbau waren reine Steuersparkonzeptionen und keine Renditeobjekte – aus Sicht der Anleger kommt der Generierung steuerlicher Verluste in der Investitionsphase überragende Bedeutung zu. Die eigentliche Rendite durch Ausschüttungen, welche schon laut Prospekt meist nur bei 1-3 % p. a. liegen sollte, war für die Anlageentscheidung von untergeordneter Bedeutung.

Das Fördergebietsgesetz und seine Vorläufer wie das Berlin Förderungsgesetz machten die Fondskonstruktionen erst für Anleger mit hohen und höchsten Steuersätzen attraktiv. Mit dem Ende dieser Sonderabschreibungen Ende der 90er Jahre verschwanden sie vollständig vom Markt.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Es handelt sich um eine rein steuerliche Vorschrift, welche sich wegen der umgekehrten Maßgeblichkeit in den Handelsbilanzen im Sonderposten mit Rücklageanteil niederschlägt



Kommanditgesellschaft (KG) mit gewerblicher Prägung

Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) / offene Handelsgesellschaft (OHG)

Kommanditgesellschaft (KG) ohne gewerblicher Prägung

## Kommanditgesellschaft (KG) mit gewerblicher Prägung

In der KG ist die Haftung der Gesellschafter (Kommanditisten) auf die Kommanditeinlage beschränkt. Persönlich haftende Komplementärin ist in der Regel eine GmbH aus dem Kreis des Fondsinitiators.

Die KG erzielt (im Regelfall) Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung gemäß § 21 EStG. In den Anfangsjahren fallen konzeptgemäß, insbesondere durch die Sonderabschreibung aus dem Fördergebietsgesetz, hohe steuerliche Verluste an, welche bis 1995 seitens der Gesellschafter mit Gewinnen aus anderen Einkunftsarten verrechnet werden durften. Erst seit 1995 fallen nur noch mit zukünftigen Gewinnen der Gesellschaft selbst verrechenbare Verluste an. Die steuerlichen Verluste werden aber seit Fondsschließung mit den Kapitalkonten der Gesellschafter verrechnet. Übersteigen die steuerlichen Verluste die Hafteinlagen der Gesellschafter, bilden sich sog. negative Kapitalkonten. In der Regel häuft ein KG-Fonds im Geschäftsverlauf negative Kapitalkonten in Höhe von mind. 150 % der Hafteinlage der Gesellschafter an.

Die negativen Kapitalkonten stellen steuerlich kein Problem dar, solange die Gesellschaft fortgeführt wird und somit eine Gewinnerzielungsabsicht vorliegt, d.h. die Aussicht besteht, die negativen Kapitalkonten wieder durch zukünftige Gewinne aufzufüllen. Fällt diese Gewinnerzielungsabsicht weg, ob durch Insolvenz der Gesellschaft oder Liquidation im Zuge eines Objektverkaufes, werden auch die negativen Kapitalkonten der Gesellschafter nicht mehr anerkannt<sup>7</sup>. Sie sind dann mit dem zum Zeitpunkt des Wegfalls maßgeblichen persönlichen Steuersatz von den Kommanditisten in voller Höhe nachzuversteuern. (Nachversteuerung des negativen Kapitalkontos.)

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Man spricht vom Wegfall der Gewinnerzielungsabsicht

Dass bei einer Insolvenz der Gesellschaft über den Verlust der geleisteten Einlage hinaus auch noch ein für sie steuerpflichtiger Gewinn anfällt (auch wenn keinerlei Liquidität ausgeschüttet wird), ist für die meisten Gesellschafter äußert schwer zu verstehen. Bei hohen Beteiligungen kann eine Nachversteuerung allerdings ein erhebliches Risiko bedeuten. Ein negatives Kapitalkonto in Höhe von 200 % der Einlage führt bei einer Nachversteuerung mit einem persönlichen Steuersatz von 40 % zu einer Steuerzahllast von rund 80 % der Einlage.

Auf ein weiteres fast immer auftretendes Risiko muss darüber hinaus noch hinaewiesen werden: Regelmäßig erhielten die Gesellschafter von KG-Fonds in der Vergangenheit Ausschüttungen, obwohl keine (handelsrechtlich verteilungsfähigen) Gewinne erzielt wurden. Rechtlich betrachtet stellt diese Gewinnausschüttung damit die Rückzahlung von haftendem Kommanditkapital dar. Die Haftung der Gesellschafter lebt damit in Höhe dieser Rückgewähr wieder auf. Im Insolvenzfall holt sich der Insolvenzverwalter die erhaltenen Ausschüttungen von den Kommanditisten zurück. Für diese Rückführung haftet jeder Gesellschafter (für seinen Anteil) unbeschränkt mit seinem gesamten Privatvermögen. (Wiederaufleben der Kommanditistenhaftung).8

Im Einzelfall wurde bei KG-Fonds aus steuerlichen Gründen im Handelsregister eine Haftsumme eingetragen, welche die Kommanditeinlage übersteigt<sup>9</sup> (KG mit überschießender Haftung). Durch die höhere persönliche Haftung mindert sich das auflaufende negative Kapitalkonto entsprechend – allerdings steigt das Haftungsrisiko. Im Falle einer Insolvenz ist der Gesellschafter (analog zum Wiederaufleben der Kommanditistenhaftung) verpflichtet, seine Hafteinlage in vollen Umfang in die Gesellschaft einzubringen. Für diese Verpflichtung haftet er unbeschränkt persönlich.

Zusammenfassend muss man feststellen, dass die gewerblich geprägte KG zwar haftungsrechtlich weitgehend überschaubar ist, dafür steuerlich enorme Probleme aufwirft.

<sup>8</sup> gemäß § 172 Abs. 4 HGB

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Umgehung des § 15a (1) S.1 HGB

## Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) / offene Handelsgesellschaft (OHG)

Als vorherrschende Rechtsform hat sich die GbR durchgesetzt (die Unterschiede zur OHG sind in den maßgeblichen Punkten so minimal, dass an dieser Stelle nicht weiter differenziert werden soll). Diese ist weit weniger strengen gesetzlichen Vorschriften unterworfen als andere Gesellschaftsformen (z.B. im Bezug auf Bilanzierungsvorschriften), weshalb sie bei Initiatoren beliebt war.

Die Gesellschafter der GbR erzielen Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung gemäß § 21 EStG. Ein negatives Kapitalkonto kann in der GbR nicht entstehen - alle steuerlichen Gewinne und ebenso alle steuerlichen Verluste werden direkt ihren Gesellschaftern zugeschrieben, man spricht von der steuerlich einheitlichen und gesonderten Veranlagung. Es sei hier nochmals darauf verwiesen, dass § 15b EStG, der solche Konstruktionen heute steuerlich unmöglich macht, zur Zeit der Auflage der Fondsgesellschaften nicht existierte und § 15a EStG aufgrund der Haftungsverhältnisse nicht anwendbar ist. Steuerlich ist die GbR somit die ideale Konstruktion - es werden echte Steuerspareffekte erreicht.

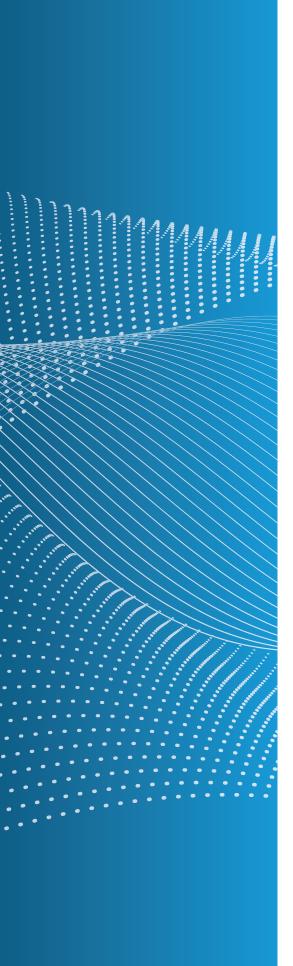
Diese steuerlich ideale Situation wird bzw. wurde allerdings durch ein hohes Haftungsrisiko erkauft. Die Haftung in der GbR regelt sich gemäß § 705ff BGB.

Alle Gesellschafter einer GbR haften zunächst gesamtschuldnerisch. In den Fondskonstruktionen wird dies durch eine quotale Haftungsbeschränkung (im Gesellschaftsvertrag und in den Darlehensverträgen zu vereinbaren) gemildert. Auch hier haften die Gesellschafter unmittelbar und mit ihrem gesamten Privatvermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, allerdings quotal beschränkt auf ihren Anteil am Gesellschaftskapital. Die persönliche Haftung umfasst ausdrücklich alle Vermögenswerte und alle Einkommensquellen des Gesellschafters bis zum nicht pfändbaren Existenzminimum, auch selbst bewohnte Immobilien und Renten- und Versorgungsansprüche.

Eine Beteiligung von 1 % am Kapital der Gesellschaft begründet also eine Haftung für 1 % aller Verbindlichkeiten. Abschlie-Bend ist diese Beschränkung allerdings nicht, da im Krisenfall nicht mehr zahlungsfähige Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheiden und zumindest das Risiko besteht, dass deren Anteil den verbleibenden Gesellschaftern anwächst.

Selbst wenn man dieses Risiko außen vor lässt, ergaben sich für die Gesellschafter allerdings erhebliche Haftungsrisiken: Die Belastung mit Fremdkapital betrug anfänglich zumeist mind. 200 % des Eigenkapitals, oft auch mehr. Der Objektwert war dagegen zumindest bis zum Immobilienboom der letzten Jahre meist sehr gering.

Im Falle der Zahlungsunfähigkeit einer GbR-Gesellschaft, haften die Anleger für die (quotalen) Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Stellt die Bank die Darlehen bei Nichtbedienung fällig, haften die Gesellschafter also mit ihrem gesamten Privatvermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. In aller Regel enthalten die Zeichnungsscheine außerdem die



Vollmacht für die direkte Unterwerfung in die persönliche Zwangsvollstreckung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft.

Trotz dieses hohen Haftungsrisikos erfreuten sich Fondskonstruktionen als GbR hoher Beliebtheit. Das Risiko der persönlichen Haftung wurde vielfach als reines Theorieproblem betrachtet und im Vertrieb der Fonds auch als solches dargestellt.

## Kommanditgesellschaft (KG) ohne gewerblicher Prägung

Eine gewerbliche Prägung liegt vor, wenn bei einer KG ausschließlich Kapitalgesellschaften persönlich haftende Gesellschafter (Komplementär) sind und nur diese oder Personen, die nicht Gesellschafter sind, zur Geschäftsführung befugt sind (§ 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG). Die Gesellschaft kann "entprägt" werden, wenn z.B. ein Kommanditist Geschäftsführungsbefugnis, alleine oder neben dem Komplementär, eingeräumt wird. Eine nachträgliche Entprägnung einer bisher gewerblich geprägten Kommanditgesellschaft führt allerdings zur sofortigen Nachversteuerung aller bereits bestehenden negativen Kapitalkonten bei allen Gesellschaftern.

Mit der Entprägung ist ein Wechsel der Einkunftsart verbunden (Einkünfte aus Gewerbebetrieb -> Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung) was die Gesellschaft bezüglich steuerlicher Behandlung der GbR weitgehend vergleichbar macht. Es entstehen echte "Steuerspareffekte" nach Ablauf der Spekulationsfrist!

### Freiwilligkeit von Beiträgen

In der Vergangenheit war bei wirtschaftlicher Schieflage (drohende Zahlungsunfähigkeit) die Frage entscheidend, ob Gesellschafter einer Fondsgesellschaft zu zusätzlichen Sanierungsbeiträgen oder Nachschüssen verpflichtet sind. Diese Überlegung ist dabei streng von der Haftung zu trennen. Im Haftungsfall stellt sich die Situation anders dar und die Gesellschafter einer GbR/OHG haften entsprechend für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Die Inanspruchnahme aus der Haftung (bzw. bei KGs das Wiederaufleben der Kommanditistenhaftung) sind in diesem Sinne keine Nachschüsse, auch wenn man oft von der "Nachschusspflicht bei Zahlungsunfähigkeit" spricht. Die Haftung tritt allerdings erst dann ein, wenn der wirtschaftliche Totalschaden bereits vorliegt.

Zahlreiche Gesellschafterverträge sehen eine Nachschusspflicht bei fehlender Liquidität vor. Kaufmännisch ist es angesichts der Haftungsrisiken durchaus sinnvoll, mit kleineren Beiträgen die langfristige Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft sicher zu stellen. In der Vergangenheit haben viele Gesellschaften auf die Treuepflicht der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft verwiesen, um Nachschussklauseln dieser Art zu rechtfertigen. Die Rechtsprechung des BGHs hat Nachschussklauseln allerdings weitgehend nichtig gemacht. Der BGH<sup>10</sup> stützt sich dabei auf folgende Feststellungen:

a. Im Gesellschaftsvertrag einer Publikumsgesellschaft können über die betragsmäßig festgelegte Einlageschuld hinausgehende Beitragspflichten vereinbart werden, wenn eine derartige Aufspaltung der Beitragspflicht aus dem Gesellschaftsvertrag eindeutig hervorgeht und die Höhe der nachzuschießenden Beiträge im Gesellschaftsvertrag zumindest in objektiv bestimmbarer Weise ausgestaltet ist.

b. Nachträgliche Beitragspflichten können auch in einer Publikumsgesellschaft nur dann durch Mehrheitsbeschluss begründet werden, wenn die gesellschaftsvertragliche Bestimmung eindeutig ist und Ausmaß und Umfang einer möglichen zusätzlichen Belastung erkennen lässt. Dies erfordert die Festlegung einer Obergrenze oder sonstiger Kriterien, die das Erhöhungsrisiko eingrenzen.

c. Eine gesellschaftsvertragliche Bestimmung, die den einzelnen Gesellschafter Nachschusszahlungen verpflichtet, «soweit die laufenden Einnahmen die laufenden Ausgaben nicht decken», genügt diesen Anforderungen nicht und kann deshalb nicht Grundlage einer Nachschussverpflichtung sein.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> BGH Urteil vom 23.1.2006, Az: II ZR 126/04

Eine absolute betragsmäßige Beschränkung der Nachschusspflicht nach oben wie vom BGH gefordert, ist bei Fondsgesellschaften regelmäßig nicht der Fall. Es finden sich fast ausnahmslos Regelungen im Sinne von Buchstabe c). Eine Beschlussfassung über Nachschüsse ist nach der strengen Auslegung des BGHs daher für die Gesellschafter grundsätzlich nie verpflichtend – unabhängig davon, ob sie aus kaufmännischer Sicht erforderlich sind. Erst im Falle der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft tritt eine Zahlungspflicht ein. Jede Art von Sanierung mittels Gesellschafternachschüssen ist daher nur bei

Sanierungsbereitschaft der Gesellschafter machbar und es muss immer ein Ausfall von nicht zahlungsfähigen und/oder willigen Gesellschaftern eingeplant werden. Die Rechtsprechung des BGHs hat die wirtschaftliche Sanierung von Fondsgesellschaften massiv erschwert.

Erst in späteren Jahren, als zahlreiche Fondsgesellschaften bereits Zahlungsunfähig waren, hat der BGH mittels "Sanieren oder Ausscheiden" eine zumindest mittelbare "Beitragspflicht" der Gesellschafter bejaht.



## Außerplanmäßige Förderkürzung und Versagung der Anschlussförderung

Vor dem Hintergrund der Berliner Haushaltsnotlage hat der Senat seit Ende der 90er Jahre versucht, die Belastungen aus der Förderung zu reduzieren. In den Jahren 1987-1997 hatte das Land Berlin rund 25.000 Wohnungen gefördert. Die Kosten der Grundförderung liegen bei 3,9 Milliarden €, die Gewährung einer Anschlussförderung würde weitere 2,5 Milliarden € erfordern. Diese Kosten kommen keineswegs überraschend, sondern waren immer Teil der Konzeption und hätten auch Teil der Haushaltsplanung sein müssen.

In den Jahren 2004 und 2005 war die Förderung unplanmäßig nicht um 0,13 €/m² Wfl. sondern um 0,30 €/m² Wfl. gekürzt worden. Bedingt durch die Logik der Förderung hatte dies zu einem rapiden Anstieg der Mietermiete geführt, letztlich oft auf ein Niveau in Höhe oder sogar über dem frei finanzierten Wohnungsmarkt. Viele Gesellschaften können diese Sollmieten gegenüber ihrer Mieterklientel nicht mehr durchsetzen. Um eine Vermietung überhaupt zu erreichen wurde vielfach unter der Sollmiete vermietet - der Einnahmeausfall geht zu Lasten der Fonds (Eigentümerverzicht). Nach dem Mietenkonzept 2008 betrug die Sollmiete im sozialen Wohnungsbau vielerorts 5,75 €/m² Wfl. nettokalt, ein Mietpreis der im Jahr 2008 auch eine Anmietung im frei finanzierten Wohnungsbau möglich machte. Weitreichender als die außerplanmä-Bigen Förderkürzungen traf zahlreiche

Fonds aber der Beschluss des Berliner Senats vom 04.02.2003 rückwirkend zum 01.01.2003, keinerlei Anschlussförderung mehr zu gewähren. Quasi über Nacht wurde eine der wesentlichen Kalkulationsgrundlagen vollständig gestrichen.

Gegen den Beschluss des Senats wurde ein langjähriger Rechtsstreit von zahlreichen Fondsgesellschaften geführt. Hauptargument war, dass aufgrund der über Jahrzehnte üblichen Praxis der Gewährung der Anschlussförderung und der aus der Förderlogik zwingend folgenden wirtschaftlichen Notwendigkeit, sich aus den Förderrichtlinien ein Rechtsanspruch auf Gewährung einer Anschlussförderung ableiten lasse. Die Gerichte sind dieser Auffassung, auch unter dem erheblichen politischen Druck, letztlich nicht gefolgt. Erst am 11.05.2006 hat der Bundesverwaltungsgerichtshof in einem Musterverfahren die Verwehrung der Anschlussförderung für rechtens erklärt. Für alle Fonds ab dem Förderjahr 1988 wurde keine Anschlussförderung mehr gewährt.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Expertenkommission zur Anschlussförderung im öffentlich geförderten Wohnungsbau im Land Berlin, Entwurf des Endberichtes – überarbeitete Version, veröffentlicht vom Senat für Stadtentwicklung, Dezember 2002, S5 ff.

Da die Fondskonzeption eine Förderung über 30 Jahre vorsah und die Zuschüsse zum geplanten Beginn der Anschlussförderung regelmäßig noch über die Hälfte der Einnahmen einbringen sollten, ist offensichtlich, dass das Land Berlin hier bewusst die Zahlungsunfähigkeit hunderter Fondsgesellschaften zumindest billigend in Kauf genommen hat. Ohne die Anschlussförderung war selbst bei bis dahin völlig prospektgemäßem Verlauf kaum einem Immobilienfonds im 1. Förderweg bei Förderende die volle Bedienung des Kapitaldiensts möglich.

Für die Gesellschafter einer GbR/OHG führte die Versagung der Anschlussförderung zu einer erheblichen Gefahr, sehr kurzfristig nach Ende der Förderung aus der persönlichen Haftung in Anspruch genommen zu werden bzw. sich an teureren Sanierungen beteiligen zu müssen.

Für KG-Fonds-Zeichner führte die Versagung der Anschlussförderung in vielen Fällen zur Insolvenz der Fondsgesellschaft und zur Nachversteuerung der negativen Kapitalkonten.





# Ludwig Stoiber

Wir denken in Lösungen

### Erstellt von: Dipl.-Kfm. (FH) Markus Stoiber

Ludwig Stoiber GmbH Nördliche Münchner Straße 14 A 82031 Grünwald

Telefon: 089 90 90 15 227 Telefax: 089 90 90 15 109

Geschäftsstelle Berlin Karlsruher Straße 11 10711 Berlin

Telefon: 030 8906 5241 Telefax: 030 8906 5242

Für Fragen stehe ich Ihnen jederzeit gerne telefonisch (030 89 06 52 41) oder per Mail (m.stoiber@ludwig-stoiber.de) zur Verfügung.

Alle Rechte vorbehalten, Nachdruck, Vervielfältigung, Übersetzung und Übernahme in andere Medien nur mit schriftlicher Genehmigung des Herausgebers.

