

BBP Bertel Gerstlauer GmbH ▪ Weißdornweg 2 ▪ 76337 Waldbronn

Stadt Wuppertal
Herrn Norbert Dölle
Abteilungsleiter Kämmerei
Ressort Finanzen
Johannes-Rau-Platz 1
42275 Wuppertal

Sitz der Gesellschaft 76337 Waldbronn
Amtsgericht Mannheim HRB Nr. 709378

Weißdornweg 2
76337 Waldbronn

Tel: 0 72 43/72 65 - 0
Fax: 0 72 43/72 65 - 2 65
eMail: info@bosch-bertel.de
Internet: <http://www.bosch-bertel.de>
UStId-Nr : DE270219863

Zeichen: 40072
Bearbeiter: Gerstlauer-ro
Datum: 18.10.2012

Fragen zur Refinanzierung der Gemeinnützige Wohnungsbaugesellschaft Wuppertal mit beschränkter Haftung („GWG GmbH“) sowie weitere Fragestellungen

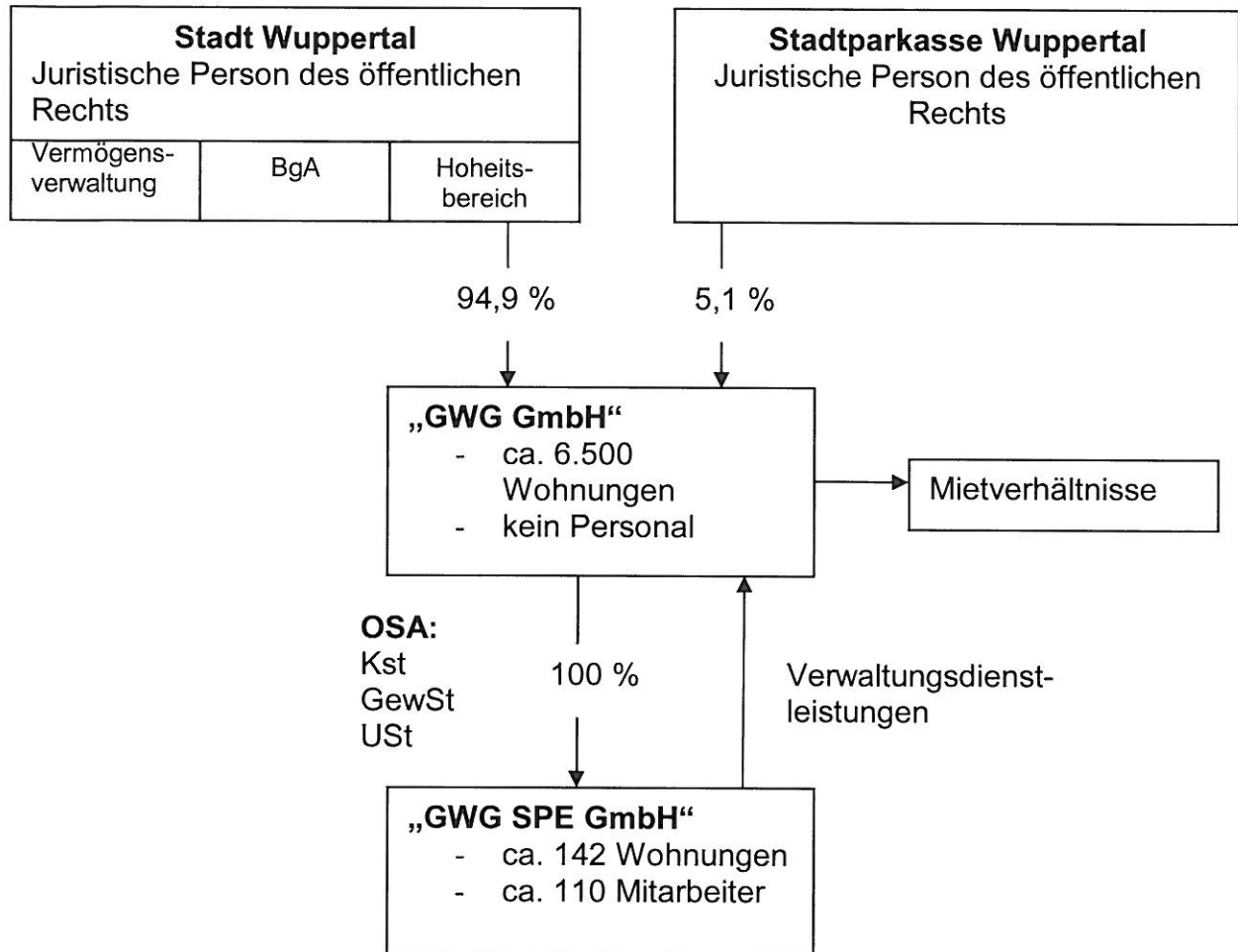
Sehr geehrter Herr Dölle,

Sie haben uns gebeten zu verschiedenen Fragestellungen Stellung zu nehmen.

Für die Durchführung des Auftrages gelten die Regelungen des zwischen der Stadt Wuppertal und der Schulte Riesenkampff Rechtsanwälts-gesellschaft mbH getroffenen Vereinbarung vom 27. März 2012. Insoweit sind wir als Auftragnehmer der Schulte Riesenkampff Rechtsanwälts-gesellschaft mbH für Sie tätig. In diesem Schreiben werden verschiedene steuerrechtliche und betriebswirtschaftliche Fragestellungen behandelt. Die Prüfung allgemeiner rechtlicher Fragestellungen (Subventionsrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht, etc.) ist nicht Gegenstand dieses Auftrags.

I Sachverhalt (Schaubild)

Übersicht – Beteiligungsverhältnisse/Struktur



II. Sachverhalt – Beschreibung

GWG GmbH, GWG SPE GmbH

Die Stadt Wuppertal hält 94,9 % der Anteile an der **Gemeinnützige Wohnungsbaugesellschaft mit beschränkter Haftung Wuppertal („GWG GmbH“)** nach den vorliegenden Informationen im „Hoheitsbereich“ der Stadt.

Die verbleibenden Anteile (5,1% vom Stammkapital) hält die Stadtparkasse Wuppertal Körperschaft des öffentlichen Rechts. Zwischen der Stadtparkasse Wuppertal und Stadt Wuppertal besteht auskunftsgemäß ein Stimmrechtsbindungsvertrag.

Die GWG GmbH ist Eigentümerin einer Vielzahl bebauter und nicht bebauter Grundstücke. Es bestehen erhebliche Verbindlichkeiten gegenüber Kreditinstituten. Die Immobilien werden überwiegend umsatzsteuerfrei (§ 4 Nr. 12 UStG) vermietet; etwa 1 % der Erlöse sind nicht von der Umsatzsteuer befreit.

Die GWG GmbH selbst beschäftigt keine Mitarbeiter. Die Verwaltung des Immobilienbestandes, die Vermietung, Bauplanung und -überwachung, usw. wird von der **GWG Stadt-und Projektentwicklungsgesellschaft mbH („GWG SPE GmbH“)** im Rahmen eines Dienstleistungsvertrages organisiert. Zwischen der GWG GmbH und der GWG SPE GmbH bestehen Organschaftsverhältnisse für Zwecke der Körperschaft-, Gewerbe- und Umsatzsteuer mit der GWG GmbH als Organträgerin (Alleingesellschafter).

Der handelsrechtliche Gewinn der GWG GmbH betrug zum 31.12.2009 238 TEUR. Der steuerliche Verlust 4.518 TEUR (in 2009 konnten zusätzlich 4.591 TEUR Zinsvorträge nach §§ 4h EStG i. V. m 8a KStG – Zinsschrankenregelung - verwendet werden). Der Unterschied zwischen handelsrechtlichem und steuerlichem Ergebnis (4.8 Mio. Euro) resultiert aus steuerlichen Mehrabschreibungen sowie Unterschiede bei der Gewinnermittlung aus Immobilienverkäufen aufgrund höher steuerlicher Buchwerte.

Die Steuerbilanz der GWG GmbH weist zum 31.12.2009 Alt-EK 02 (unversteuerte Gewinne aus Zeiten der Geltung des Anrechnungsverfahrens) in Höhe von 123.741.362 Euro aus (Bescheid zum 31.12.2009 über die gesonderte Feststellung vom Besteuerungsgrundlagen gem. §§ 27 Abs. 2, 28 Abs. 1 und 38 Abs. 1. KStG). Die EK 02 Beträge resultieren im Wesentlichen aus steuerfreien Bewertungsänderungen, d.h., durch die vorgenommene Aufdeckung der stillen Reserven im Immobilienvermögen anlässlich des Eintritts der GWG GmbH in die Steuerpflicht (entweder zum 01.01.1990 oder 01.01.1991). Die stillen Reserven wurden lediglich in der Steuerbilanz berücksichtigt während in der Handelsbilanz die Buchwerte fortgeführt wurden.

Im September 2008 wurde der (unwiderrufliche) Antrag zur Aufrechterhaltung der Altregelung im körperschaftsteuerlichen Übergangszeitraum des im Jahr 2000 abgeschafften Anrechnungsverfahrens (und der Einführung des sog. Halbeinkünfteverfahrens) gestellt. Die Antragstellung erfolgte nach § 34 Abs. 16 KStG und bindet die Gesellschaft bis zum 31.12.2019. Letztendlich hat sich die GWG GmbH aus Liquiditätsgründen für die Stellung des Antrags zur Aufrechterhaltung der alten Rechtslage entschieden.

Die körperschaftsteuerlichen Verlustvorträge betrugen zum 31.12.2009 104.183 TEUR und für Gewerbesteuer 43.341 TEUR.

II. Langfristige, eigenkapitalstärkende Rekapitalisierung der GWG GmbH

Die Stadt Wuppertal plant im Dezember 2012 der GWG GmbH den Betrag von ca. 40 Mio. Euro langfristig und zur dauerhaften Stärkung des Eigenkapitals zu überlassen. Hierzu sollen gegebenenfalls Teile des im Juni 2012 gewährten kurzfristigen Darlehens verwendet werden. Die Stadtparkasse Wuppertal soll entsprechend ihres Geschäftsanteils an der GWG GmbH an der Kapitalmaßnahme beteiligt werden. Die Stärkung des Eigenkapitals der GWG GmbH durch die nachstehend bezeichneten Maßnahmen ist vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Entwicklung der Gesellschaft unseres Erachtens sinnvoll und notwendig.

Zur Durchführung dieser Maßnahmen kommen verschiedene Möglichkeiten in Betracht, die nachstehend insbesondere aus steuerrechtlicher und wirtschaftlicher Sicht gewürdigt werden:

1. Erhöhung des Stammkapitals gem. §§ 55 ff. GmbHG

Zur Durchführung der Erhöhung des Stammkapitals ist ein notariell zu beurkundender, satzungsändernder Beschluss der Gesellschafterversammlung erforderlich.

Die Erbringung des Erhöhungsbetrags kann durch Bar- oder Sacheinlage erfolgen. Im Falle der Kapitalerhöhung durch Sacheinlage (z.B. der Einlage der gegenüber der GWG GmbH bestehenden Darlehensforderung – siehe II.) gelten die Vorschriften der Sachgründung entsprechend, d.h., neben verschiedener weiterer Voraussetzungen, ist die Werthaltigkeit der Sacheinlage (Darlehensforderung) durch eine Werthaltigkeitsbescheinigung z.B. eines Wirtschaftsprüfers nachzuweisen. Im Falle der GWG GmbH ist darauf zu achten, dass der Kapitalanteil der Stadtparkasse Wuppertal durch die Erhöhung des Stammkapitals nicht verwässert wird und zugunsten der Stadt Wuppertal mittelbar reduziert wird. Erhöht sich der Anteil der Stadt Wuppertal am Stammkapital der GWG GmbH durch diese Maßnahme auf mind. 95 % wird der Grunderwerbsteuertatbestands der Anteilsvereinigung (§ 1 Abs. 3 GrEStG) realisiert. Dies ließe sich beispielsweise dadurch vermeiden, dass die Stadtparkasse Wuppertal entsprechend ihres bisherigen Kapitalanteils an der Kapitalerhöhung teilnimmt.

Die Erhöhung des Stammkapitals ist zur Stärkung des Eigenkapitals geeignet, da hierdurch das Eigenkapital der GWG GmbH erhöht wird und sich dadurch das Bilanzbild verbessert. Die Vergütung des Gesellschafters im Zusammenhang mit der Kapitalüberlassung ist als Gewinnausschüttung (Dividende) möglich.

Im Zusammenhang mit Ausschüttungen ist zu beachten, dass Dividendenzahlungen im vorliegenden Fall nach § 38 Abs. 1 KStG – mangels ausreichenden freien Vermögens, d.h. mangels ausschüttbarer Gewinne (§ 38 Abs. 1 S. 4 KStG) – aus den Alt-EK 02 Beständen zu speisen wären. Gewinnausschüttungen würden damit vorliegend auf Ebene der GWG GmbH in Höhe von 3/7teln des Ausschüttungsbetrages zu einer Nachversteuerung führen. Auf Ebene der Gesellschafter wäre der Ausschüttungsbetrag ebenfalls steuerpflichtig. Diese Regelung zur Körperschaftsteuererhöhung greift bis zum 31.12.2019 (Übergangszeitraum vom Anrechnungsverfahren). Danach gelten die Neuregelungen vollumfänglich (§ 38 Abs. 2 KStG), d.h., Gewinnausschüttungen nach dem 31.12.2019, würden keine Körperschaftsteuererhöhung auslösen.

Die Stadtparkasse Wuppertal erhält zur Zeit eine Garantiedividende in Höhe von 73.400,00 Euro p.a.. Diese Auszahlung führt auf Ebene der GWG GmbH zu einer Nachversteuerung gem. § 38 Abs. 2 KStG in Höhe 31.457,14 Euro (3/7 des Auszahlungsbetrages). Bei einer Beteiligung der

Stadtparkasse Wuppertal an der Kapitalerhöhung der GWG GmbH wäre denkbar, dass die Garantiedividende entsprechend erhöht wird.

Aufgrund der vorstehend dargestellten ungewünschten steuerlichen Folgen der Ausschüttungen (hier: Garantiedividende) im Übergangszeitraum bis zum 31.12.2019 einerseits und der momentanen wirtschaftlichen Situation der GWG GmbH andererseits, wird angeregt zu prüfen, inwieweit es möglich ist, die Ausschüttung der Garantiedividende an die Stadtparkasse Wuppertal wenigstens teilweise hinauszuzögern auf die Zeit nach dem 31.12.2019, da für Ausschüttungen nach diesem Zeitpunkt (Ende des körperschaftsteuerlichen Übergangszeitraums) die Nachversteuerung mit 3/7 auf den Ausschüttungsbetrag ersatzlos entfällt. Die Gesellschafter der GWG GmbH könnten sich beispielsweise bereits zum jetzigen Zeitpunkt darauf verständigen, dass die Ausschüttung der Garantiedividende aus Gründen der momentan angespannten wirtschaftlichen Situation der GWG GmbH bis auf Weiteres ausgesetzt wird und zu einem späteren Zeitpunkt und bei verbesserter wirtschaftlicher Gesamtsituation zur Auszahlung kommt. Eine die Parteien bindende Regelung könnte beispielsweise in einem Stimmrechtsbindungsvertrag getroffen werden.

Alternativ könnte auch von einer Garantiedividende insgesamt abgesehen werden: Es ist zu berücksichtigen, dass eine Gewinnausschüttung nur dann vorgenommen werden kann, wenn zum Zeitpunkt des Beschlusses über die Ausschüttung und zum Zeitpunkt der Auszahlung der Dividende ausreichend ausschüttbare Gewinnrücklagen / Kapitalrücklagen (nach handelsrechtlichen Vorschriften) vorhanden sind. Zum 31.12.2010 war bei der GWG GmbH noch ausreichend ausschüttbares Eigenkapital (handelsrechtliche Gewinnrücklagen) vorhanden, um eine Ausschüttung an die Stadtparkasse Wuppertal zu gewährleisten. Die wirtschaftliche Entwicklung der GWG GmbH in den nächsten Jahren muss daher gewährleisten, dass das Kapital erhalten bleibt und dann im Jahr 2019 ausreicht, um die Ausschüttung an die Stadtparkasse Wuppertal zu finanzieren.

Bei der Garantiedividende handelt es sich um eine sog. inkongruente Ausschüttung, da die Ausschüttung abweichend von den Geschäftsanteilen nur an die Stadtparkasse Wuppertal erfolgt, während die Stadt Wuppertal keine Ausschüttung erhält. Die Frage, die sich in diesem Zusammenhang stellte war, ob die Finanzverwaltung die inkongruente Ausschüttung in der Vergangenheit ausschließlich der Stadtparkasse Wuppertal zugerechnet hat oder der Stadt Wuppertal die Ausschüttung entsprechend des Beteiligungsverhältnisses zugerechnet wurde (94.9 % von 70.400 Euro). In letzterem Falle wären die Beteiligungserträge bei der Stadt Wuppertal im Rahmen der beschränkten Steuerpflicht zu versteuern bzw. als Kapitalertragsteuerabzug auf die Ausschüttung die GWG GmbH anteilig zu berücksichtigen gewesen. Nach den erteilten Auskünften hat die Finanzverwaltung den Sachverhalt im Rahmen der Betriebsprüfung nicht aufgegriffen bzw. die inkongruente Ausschüttung anerkannt. Wir weisen darauf hin, dass sich die Einschätzung der Finanzverwaltung zu diesem Thema künftig ändern bzw. konkretisieren kann.

Beim empfangenden Gesellschafter sind die Beteiligungserträge (Gewinnausschüttungen) entsprechend der vermögensrechtlichen Zuordnung der Beteiligung an der GWG GmbH steuerpflichtig. Bei der Stadtparkasse Wuppertal befinden sich die Anteile an der GWG GmbH im Betriebsvermögen, so dass hier grundsätzlich § 8 b KStG zur Anwendung kommt, d.h., die Beteiligungserträge wären bei der Stadtparkasse Wuppertal weitgehend steuerfrei. Die Stadt Wuppertal ist mit den Beteiligungserträgen aus der GWG GmbH nach § 2 Nr. 2 KStG beschränkt steuerpflichtig, da die Anteile im Hoheitsbereich der Stadt gehalten werden. Dies bedeutet, dass auf den Ausschüttungsbetrag grundsätzlich Kapitalertragsteuern (25 % allgemein bzw. 15 % reduziert gem. § 32 Abs. 3 KStG) und der Solidaritätszuschlag anfallen.

Kapitalrückzahlungen aus einer Kapitalherabsetzung würden gem. § 38 Abs. 1 KStG als Einlagenrückgewähr unter Verwendung von Alt-EK 02 im Übergangszeitraum bis zum 31.12.2019 versteuert. Es ist zu beachten, dass die Herabsetzung und Rückzahlung von GmbH-Stammkapital sehr formal und langwierig ist (§§ 58 ff GmbHG).

2. Einzahlung in die Kapitalrücklage

Die Zuführung von Eigenkapital in die Kapitalrücklage nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB ist eine Maßnahme, die zur Stärkung des Eigenkapitals geeignet ist, da hierdurch das Eigenkapital der GWG GmbH (Posten: „Kapitalrücklage“) erhöht wird und sich damit das Bilanzbild entsprechend verbessert. Anders als bei der Erhöhung des Stammkapitals (siehe III.1) ist lediglich ein formloser Gesellschafterbeschluss über die Einstellung des zugeführten Vermögens in die Kapitalrücklage erforderlich. Die Erbringung der Einlage kann durch eine Bar- oder Sacheinlage erfolgen.

Die in die Kapitalrücklage der GWG GmbH geleisteten Beträge stehen den Gesellschaftern entsprechend ihres Anteils am Stammkapital grundsätzlich in gesamthänderischer Bindung und anteilig entsprechend ihrer Beteiligung am Stammkapital zu, unabhängig davon, wer die Kapitalrücklage erbracht hat. Wird dieser Weg gewählt, so sollte zwecks Gleichschaltung der Gesellschafter, die Einlage in die Kapitalrücklage anteilig der Beteiligung am Stammkapital erfolgen, d.h., die Stadtsparkasse Wuppertal sollte unseres Erachtens 5.1 % des Zuführungsbetrages zur Kapitalrücklage aufbringen.

Die Vergütung der Gesellschafter im Zusammenhang mit der Kapitalüberlassung ist als Gewinnausschüttung (Dividende) möglich, z.B. durch die Auszahlung einer Garantiedividende wie bisher. Im Zusammenhang mit der Anwendung des § 38 Abs. 1 KStG im körperschaftsteuerlichen Übergangszeitraum bis zum 31.12.2019 für Gewinnausschüttungen / Kapitalrückzahlungen sowie für die Besteuerung auf der Gesellschafterebene gelten die Ausführungen zur Stammkapitalerhöhung (III.1) entsprechend.

Aufgrund der ungewünschten steuerlichen Folgen der Ausschüttungen (hier: Garantiedividende) im Übergangszeitraum bis zum 31.12.2019 einerseits und der momentanen wirtschaftlichen Situation der GWG GmbH andererseits, wird angeregt zu prüfen, inwieweit es möglich ist, die Ausschüttung der Garantiedividende an die Stadtsparkasse Wuppertal wenigstens teilweise hinauszuzögern auf die Zeit nach dem 31.12.2019, da für Ausschüttungen nach diesem Zeitpunkt (Ende des körperschaftsteuerlichen Übergangszeitraums) die Nachversteuerung mit 3/7 auf den Ausschüttungsbetrag ersatzlos entfällt. Die Gesellschafter der GWG GmbH könnten sich beispielsweise bereits zum jetzigen Zeitpunkt darauf verständigen, dass die Ausschüttung der Garantiedividende aus Gründen der momentan angespannten wirtschaftlichen Situation der GWG GmbH bis auf Weiteres ausgesetzt wird und zu einem späteren Zeitpunkt und bei verbesserter wirtschaftlicher Gesamtsituation zur Auszahlung kommt. Eine die Parteien bindende Regelung könnte beispielsweise in einem formlosen Stimmrechtsbindungsvertrag getroffen werden.

3. Empfehlung

Die Stadt Wuppertal plant im Dezember 2012 der GWG GmbH den Betrag von ca. 40 Mio. Euro langfristig und zur dauerhaften Stärkung des Eigenkapitals zu überlassen. Um die GWG GmbH auf eine nachhaltige wirtschaftliche Basis zu stellen, ist – nach Rücksprache mit den Beratern der GWG GmbH (Deloitte) – eine Verstärkung des Eigenkapitals von 42,1 Mio. Euro (Stadt:

40 Mio. Euro; Sparkasse 2,1 Mio. Euro) zu empfehlen. Dabei ist eine Verbesserung des Bilanzbildes angezeigt, die durch die Stärkung des Eigenkapitals dokumentiert wird.

Daher kommen die Erhöhung des Stammkapitals (siehe III.1) bzw. die Einzahlung in die Kapitalrücklage (III.2) der GWG GmbH grundsätzlich in Betracht.

Aus unserer Sicht erscheint die Einzahlung in die Kapitalrücklage der GWG GmbH gegenüber der Erhöhung des Stammkapitals empfehlenswert, weil diese insgesamt weniger formal und einfacher zu handhaben ist, auch vor dem Hintergrund einer eventuell zu einem späteren Zeitpunkt möglichen (teilweisen) Rückzahlung der Einlage.

Aufgrund der Besonderheiten bei dem Minderheitsgesellschafter „Sparkasse“ sollten sich die Gesellschafter der GWG GmbH bereits zum jetzigen Zeitpunkt darauf verständigen, dass die Ausschüttung der Garantiedividende aus Gründen der momentan angespannten wirtschaftlichen Situation der GWG GmbH bis auf Weiteres ausgesetzt wird und frühestens im Jahr 2020 zur Auszahlung kommt, um so unter anderem auch unnötige Steuerbelastungen der GWG GmbH zu vermeiden. Eine die Parteien bindende Regelung könnte in einem Stimmrechtsbindungsvertrag getroffen werden. Die dargestellten steuerlichen und handelsrechtlichen Besonderheiten im Zusammenhang mit der Garantiedividende sind zu beachten.

IV. Weitere Unterstützungsmaßnahmen durch die Stadt

Die Stadt Wuppertal plant im Dezember 2012 der GWG GmbH den Betrag von ca. 20 Mio. Euro als Fremdkapital zu überlassen. Die Ausleihung durch den Gesellschafter Stadt erfolgt zur Stärkung der Finanzkraft der GWG GmbH. Diese Maßnahme ist aus unserer Sicht sinnvoll und trägt zur wirtschaftlichen Stärkung der GWG GmbH bei.

Zur Durchführung dieser Maßnahmen kommen verschiedene Möglichkeiten in Betracht, die nachstehend insbesondere aus steuerrechtlicher und wirtschaftlicher Sicht gewürdigt werden:

1. Gesellschafterdarlehen mit fester Verzinsung oder teilweise gewinnabhängiger Verzinsung (partiarisches Darlehen)

Bei einem Gesellschafterdarlehen handelt es sich um die Überlassung von Fremdkapital gegen Entgelt (§ 607 BGB) seitens eines oder mehrerer Gesellschafter. Es handelt sich daher um ein Kreditverhältnis und führt nicht unmittelbar zur Stärkung des Eigenkapitals des Kreditnehmers. Vom BGB-Darlehen unterscheidet sich das partiarische Darlehen dadurch, dass die Verzinsung des Kapitals auch gewinnabhängig ist.

Die Stärkung des Eigenkapitals, d.h. die Einstufung des Darlehensbetrags als „wirtschaftliches Eigenkapital“ könnte gegebenenfalls dadurch bewirkt werden, dass der Kreditvertrag mit einer sogenannten qualifizierten Rangrücktrittsvereinbarung versehen wird. Eine qualifizierte Rangrücktrittsvereinbarung ist eine vertragliche Regelung zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer die besagt, dass der Darlehensbetrag nachrangig zu allen übrigen aktuellen und zukünftigen Gesellschaftsgläubigern einzustufen ist und ausschließlich mit zukünftigen Gewinnen, einem eventuellen Liquidationsüberschuss oder mit sonstigen freien Vermögenswerten der Gesellschaft zurückgeführt werden kann. Bei der Formulierung dieser Vereinbarung sind insbesondere die steuerlichen Vorgaben zu beachten.

Die Vergütung des Kreditgebers ist in Form einer Zinsvereinbarung möglich, die auch variabel gestaltet werden kann. Denkbar ist beispielsweise eine Regelung, die einen Fixzins sowie zusätzlich einen erhöhten Zins entsprechend der Ergebnissituation zum Inhalt hat.

Beispiel:

Fixer Zinssatz von 2 % sowie zusätzlicher Zins (Zinszuschlag) bei folgenden Geschäftszahlen für das Zinsjahr mit nachträglicher Abrechnung:

[Handelsrechtliches Ergebnis vor Steuern und vor ergebnisabhängiger Vergütung:]	Zinszuschlag p.a.
2.000.000 $\geq$ Ergebnis > EUR 1.000.000	1,5 %
3.000.000 $\geq$ Ergebnis > EUR 2.000.000	3,0 %
4.000.000 $\geq$ Ergebnis > EUR 3.000.000	4,5 %
Ergebnis > EUR 4.000.000	6,0 %

Da es sich bei dem Darlehen für die GWG GmbH um Fremdkapital handelt, findet im Zusammenhang mit den Zinszahlungen und eventueller Kapitalrückzahlungen § 38 Abs. 1 KStG (Körperschaftsteuererhöhung) keine Anwendung, da diese Zahlungen keine gesellschaftsrechtlich veranlassten „Leistungen“ im Sinne dieser Vorschrift darstellen.

Bei der GWG GmbH sind die Zinsen grundsätzlich als Betriebsausgabe abzugsfähig (vorbehaltlich der körperschaftsteuerlichen und gewerbesteuerlichen Abzugsbeschränkungen). In diesem Zusammenhang ist auf die unter II.2 dargestellten Regelungen zur Zinsschranke hinzuweisen.

Die Stadt Wuppertal ist mit den aus diesem Darlehen vereinnahmten Zinsen grundsätzlich beschränkt steuerpflichtig nach § 2 Nr. 2 KStG, da die Beteiligung an der GWG GmbH entsprechend der erteilten Auskünfte dem Hoheitsbereich der Stadt zuzurechnen ist. Soweit ein (Festzins-)Darlehen bei der Stadt steuerlich der kommunalen Vermögensverwaltung bzw. dem hoheitlichen Bereich zuzurechnen ist, fallen auf die Darlehenszinsen keine Ertragsteuern (Steuerabzugsbeträge) an. Zu beachten ist aber, dass Vergütungen für die Überlassung von partiarischen (d.h. gewinnabhängig verzinslichen) Darlehen gem. § 43 Abs. 1 Nr. 3 EStG dem Steuerabzug unterliegen. Die GWG GmbH muss in diesen Fällen Kapitalertragsteuer einbehalten und diese wird dann gem. § 32 Abs. 1 KStG zur Definitivbelastung. Der Steuersatz beträgt abweichend 15 % gem. § 32 Abs. 3 S. 2 KStG.

Eine Beteiligung der Stadtparkasse Wuppertal an einem Gesellschafterdarlehen bzw. partiarisches Darlehen ist nicht notwendig, d.h. die Stadt Wuppertal könnte das Darlehen selbstständig vergeben.

2. Stille Beteiligung (typisch)

Nach § 230 HGB entsteht eine stille Gesellschaft, wenn sich ein Gesellschafter an einem Handelsgewerbe, das ein anderer betreibt, mit einer Vermögenseinlage beteiligt, die in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts übergeht. Die stille Gesellschaft tritt nach außen nicht in Erscheinung. Vielmehr ist allein der Inhaber zur Ausübung von Geschäften berechtigt. Neben der Beteiligung am Gewinn kann mit dem stillen Gesellschafter auch eine Verlustbeteiligung vereinbart werden. Am Verlust der Gesellschaft nimmt der stille Gesellschafter allerdings höchstens in Höhe der eingezahlten oder noch ausstehenden Einlage teil (§ 252 Abs. 2 HGB).

Die variabel gestaltbare Erfolgsbeteiligung des stillen Gesellschafters ist in der Gewinn- und Verlustrechnung erfolgswirksam auszuweisen: Erzielt die Gesellschaft einen Gewinn, stellt die Vergütung des stillen Gesellschafters eine Betriebsausgabe dar. Bei einem Verlust ist die Verlustbeteiligung des stillen Gesellschafters als Betriebseinnahme zu erfassen (gegen Reduzierung der Einlage des stillen Gesellschafters).

Handelsrechtlich nimmt der stille Gesellschafter nur bis zur Höhe seiner vertraglichen Einlage am Verlust der Gesellschaft teil. Diese Begrenzung der Verlustbeteiligung kann allerdings vertraglich abbedungen werden. Wird die Einlage des stillen Gesellschafters mit laufenden Verlustanteilen verrechnet, erleidet der stille Gesellschafter einen steuerrechtlich relevanten Vermögensverlust.

Da es sich bei der stillen Beteiligung für die GWG GmbH bei entsprechender Gestaltung um Fremdkapital handelt, findet im Zusammenhang mit Zinszahlungen und Kapitalrückzahlungen § 38 Abs. 1 KStG keine Anwendung (Körperschaftsteuererhöhung), da diese Zahlungen keine gesellschaftsrechtlich veranlassten „Leistungen“ im Sinne dieser Vorschrift darstellen. Zur Verbesserung des Bilanzbildes müsste bezüglich des Kapitals eine qualifizierte Rangrücktrittsvereinbarung (siehe IV.1) getroffen werden.

Der typisch stille Gesellschafter erzielt aus seiner Beteiligung Kapitaleinkünfte i.S.d. § 20 EStG. Die Erträge aus der stillen Beteiligung unterliegen dem Kapitalertragsteuerabzug (§ 43 Abs. 1 Nr. 3 EStG).

Eine Beteiligung der Stadtsparkasse Wuppertal als still Beteiligter wäre grundsätzlich nicht erforderlich.

3. Stille Beteiligung (atypisch)

Der stille Gesellschafter verlässt den Bereich der bloßen vermögensverwaltenden Tätigkeit dann, wenn er neben der bloßen Beteiligung am Erfolg (Gewinn und Verlust) auch an den stillen Reserven des Unternehmens partizipiert (sog. atypisch stiller Gesellschafter). In diesen Fällen liegt in der Regel eine Mitunternehmerschaft i.S.d. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG vor. Für die Stadt Wuppertal ergäbe sich aus einer solchen Gestaltung der Kapitalüberlassung, dass die stille Beteiligung als BgA zu qualifizieren wäre (mitunternehmerische Beteiligung) und die Kapitalanteile an der GWG GmbH als notwendiges Betriebsvermögen in den BgA einzulegen wäre und auch längerfristig – ohne erhebliche Gestaltungsmöglichkeiten – dort verbleiben würden. Dies ist nicht sinnvoll vor dem Hintergrund der Anwendung der Zinsschrankenregelung, da die Beteiligung an der GWG GmbH dann nicht mehr als hoheitliches Vermögen geführt werden kann und der .

Eine Beteiligung der Stadtsparkasse Wuppertal als stiller Beteiligter wäre grundsätzlich nicht erforderlich.

4. Genussrechtskapital

Genussrechte sind schuldrechtliche Ansprüche des Inhabers gegen die Gesellschaft auf Teilnahme am Gewinn und/oder am Liquidationserlös, ohne dass der Inhaber des Genussrechts Gesellschafter wird. Genussrechte sind sehr flexibel ausgestaltbar auch im Hinblick auf die Qualifizierung als wirtschaftliches Eigenkapital (qualifizierte Rangrücktrittsvereinbarung).

Genussrechte gewähren einen Anspruch auf eine bestimmte Ergebnisbeteiligung. Die Vereinbarung einer Mindestverzinsung stellt die Einstufung des Genussrechtskapitals als Fremdkapital sicher. Zinsen entfallen jedoch, soweit ein handelsrechtlicher Bilanzverlust besteht oder durch die Zinszahlung entstehen würde. Für diesen Fall kann ein Nachzahlungsanspruch in den Folgejahren vereinbart werden. Die Zinsen können vereinbarungsgemäß laufend oder am Ende der Laufzeit des Genussrechts ausbezahlt werden. Das Genussrechtskapital wird üblicherweise am Ende der Laufzeit in einem Betrag zurückgezahlt, es können aber auch Kündigungsrechte vereinbart werden. Der Cash Flow der Gesellschaft kann daher je nach Vereinbarung während Laufzeit unbelastet bleiben. Aus unserer Sicht ergeben sich gegenüber einem Gesellschafterdarlehen keine relevanten Vorteile.

Eine Beteiligung der Sparkasse an der Schaffung von Genussrechtskapital wäre grundsätzlich nicht erforderlich.

5. Empfehlung

Die Stadt Wuppertal plant im Dezember 2012 der GWG GmbH den Betrag von ca. 20 Mio. Euro als Ausleihung (Fremdkapital für die GWG GmbH) zu überlassen.

Im folgenden Beispiel wird ein Zinssatz von 2,0 % p. a. bis max. 8,0 % p. a., je nach Jahresergebnis der GWG GmbH (Basis Konzernabschluss) vorgeschlagen. Diese Zinssätze sind unter Berücksichtigung der alternativen Finanzierungsmöglichkeiten der GWG GmbH nach einer Kapitalverstärkung von 40 Mio. Euro (feste Zinssätze für die GWG dann ca. 2,5 % bis 4 %) in etwa marktüblich. Sicherheitshalber sollten jedoch klare einseitige Kündigungsmöglichkeiten der GWG und der Stadt in einem Vertrag fixiert werden.

Aufgrund der dargestellten Rahmenbedingungen empfehlen wir die Begebung eines partiarischen Darlehens ohne Verlustbeteiligung mit einer fixen Verzinsung von etwa 2,0 v. H. p. a. sowie einer gewinnabhängigen Verzinsung von bis zu 6 v. H. entsprechend nachfolgender Staffelung:

Ergebnis gemäß des testierten Konzernabschlusses der GWG GmbH nach Ertragssteuern und nach Gewinnausschüttung an den Minderheitsgesellschafter, Stadtparkasse Wuppertal aber vor Gewinnbeteiligung des partiarischen Darlehens	Zinszuschlag p.a.
2.000.000 $\geq$ Ergebnis > EUR 1.000.000	1,5 %
3.000.000 $\geq$ Ergebnis > EUR 2.000.000	3,0 %
4.000.000 $\geq$ Ergebnis > EUR 3.000.000	4,5 %
Ergebnis > EUR 4.000.000	6,0 %

Diese Vorgehensweise führt auch zu einem positiven Liquiditätsergebnis vor Auszahlung des Zinszuschlages. Ergänzend sollte eine Thesaurierung der Zinsen und/oder des Zinszuschlages zur Schonung der Liquidität der GWG in Erwägung gezogen werden.

Alternativ wäre die Begebung eines einfachen Festzinsdarlehens denkbar.

Zu beachten ist, dass bei gewinnabhängiger Verzinsung die Zinsen gem. § 43 Abs. 1 Nr. 3 EStG dem Steuerabzug unterliegen. Wird hingegen ein einfaches Darlehen vereinbart (ohne dass die Zinsen gewinnabhängig gestaltet sind) muss auf diese Zinsen kein Steuerabzug vorgenommen werden, d.h., Zinsen auf diese Darlehen bleiben im Ergebnis wegen § 2 Nr. 2 KStG seitens der Stadt Wuppertal steuerfrei.

Zur Durchführung der Maßnahme scheiden Kapitalmassnahmen wie unter **III.1** (Erhöhung des Stammkapitals) und **III.2** (Einzahlung in die Kapitalrücklage) beschrieben aus, da die Stadt Wuppertal die jederzeitige Rückzahlbarkeit der Beträge und laufende Vergütungen aus der Finanzierung erwartet. Aufgrund der laufenden Zinszahlungen an die Stadt Wuppertal sind lediglich Finanzierungsinstrumente sinnvoll, die steuerlich als „Fremdkapital“ einzustufen sind (Problematik der Körperschaftsteuererhöhung nach § 38 KStG). Daher scheiden vorstehende Eigenkapitalinstrumente (Schaffung von Stammkapital und Kapitalrücklagen) aus.

In Betracht kommen demnach folgende Instrumente: die Begebung eines Gesellschafterdarlehens bzw. gewinnabhängigen partiarischen Darlehens (**IV.1**), die Begründung einer stillen Gesellschaft (**IV.2** und **IV.3**) und die Überlassung von Genussrechtskapital (**IV.4**).

Das Gesellschafterdarlehen (**IV.1**) als Finanzierungsinstrument ist flexibel in seiner Gestaltung z.B. auch im Hinblick auf eine Qualifizierung als "wirtschaftliches Eigenkapitals" (qualifizierte Rangrücktrittsvereinbarung) falls dies gewünscht ist. Die Zinsaufwendungen sind u.a. auch variabel und gewinnabhängig gestaltbar und bei der GWG GmbH grundsätzlich steuerlich abzugsfähig. Zinszahlungen (im körperschaftsteuerlichen Übergangszeitraum bis zum 31.12.2019) können auch jederzeit erfolgen ohne steuerliche Konsequenzen in Bezug auf § 38 Abs. 2 KStG (Körperschaftsteuererhöhung). Allerdings wäre die Ertragslage und die Liquiditätssituation der GWG GmbH durch die Zinszahlungen belastet. Das Gesellschafterdarlehen kann seitens der Stadt Wuppertal als Gesellschafter einseitig, d.h. ohne Mitwirkung der Stadtparkasse Wuppertal, wie z.B. bei der Kapitalrücklage, begeben werden (keine Partizipation der Stadtparkasse – vgl. **III.2**). Eine Verlustbeteiligung des Darlehensgebers findet nicht statt, d.h. es bleibt bei der Ergebnisverteilung gem. GmbH-Satzung.

Die stille Gesellschaft ermöglicht zwar eine Beteiligung am Gewinn und Verlust. Die Verlustbeteiligung sollte jedoch vertraglich abbedungen werden, soweit die Stadtparkasse Wuppertal kein entsprechendes Beteiligungsverhältnis eingeht. Für diesen Fall würden entstehende Verlustanteile aus der stillen Beteiligung vorab an die Stadt Wuppertal weitergegeben werden.

Wie beim Gesellschafterdarlehen stellt das Kapital des still Beteiligten bei entsprechend vereinbarter qualifizierter Rangrücktrittsklausel wirtschaftlich Eigenkapital dar. Aufgrund der Gesellschafterstellung der Stadt Wuppertal bei der GWG GmbH sind die Varianten Gesellschafterdarlehen und stille Beteiligung ohne Verlustbeteiligung nahezu identisch. Die durch die stille Gesellschaft vermittelten Informations- und Kontrollrechte stehen der Stadt Wuppertal ohnehin aus dem Gesellschafterverhältnis zu, so dass eine stille Beteiligung (ohne

Verlustbeteiligung) gegenüber dem Gesellschafterdarlehen (IV.3) vorliegend keine wesentlich weiteren Gestaltungsspielräume eröffnet.

V. Rekommunalisierung des Grundvermögens der GWG GmbH

Ferner wurde geprüft, inwieweit eine möglichst grunderwerbsteuerneutrale Übertragung des Grundvermögens der GWG GmbH an die Stadt Wuppertal möglich ist.

Eine weitestgehend grunderwerbsteuerfreie Übertragung des Grundvermögens an die Stadt wäre allenfalls nach einer Umwandlung der GWG GmbH in eine Personengesellschaft (GWG GmbH & Co. Kommanditgesellschaft) möglich. Dieser Vorgang hätte - nach einer Wartefrist von 5 Jahren nach Eintragung der Umwandlung - die Anwendung des § 6 Abs. 2 GrEStG ermöglicht (Übertragung von Grundstücken von einer Gesamthand in das Alleineigentum eines Gesellschafters). Jedoch führt die Umwandlung der GWG GmbH in eine Personengesellschaft aufgrund der vorhandenen ausschüttbaren Gewinne lt. Feststellungsbescheid zum 31.12.2009 in Höhe von ca. 68 Mio. Euro zu erheblichen Steuerbelastungen im Rahmen der Umwandlung, insb. gem. § 7 UmwStG, da die GWG GmbH Anteile dem Hoheitsbereich der Stadt Wuppertal zugeordnet sind. Hieraus ergäbe sich eine Steuerbelastung (Kapitalertragsteuer nebst Solidaritätszuschlag) von etwa 17,7 Mio. Euro. Es wäre allerdings noch zu prüfen, ob für diesen Fall die Regelung des § 32 Abs. 3 KStG (15 %ige Kapitalertragsteuer) zur Anwendung kommt. Für diesen Fall würde sich die Steuerbelastung auf ca. 10 Mio. Euro reduzieren. Zusätzlich wäre mit der pauschalen Besteuerung der nicht mit Körperschaftsteuer belasteten Ergebnisanteile zu rechnen.

Ferner wäre noch denkbar, die Anteile an der GWG GmbH in einen BGA der Stadt Wuppertal zu übertragen. Die Einlage der GWG GmbH Anteile ist jedoch an sehr enge Voraussetzungen gebunden, da ein reiner Holding-Betrieb nicht ausreicht, um einen BgA zu begründen. Ferner würde die Einlage der GmbH-Anteile, die anschließende Umwandlung der GWG GmbH in eine Personengesellschaft und die Überführung der Grundstücke in die Stadt Wuppertal (mit nur anteilig anfallenden Grunderwerbsteuern) zu erheblichen Steuerbelastungen im Millionenbereich führen. Auch sind die Einzelmaßnahmen nur mit zeitlichem Versatz durchzuführen.

Aufgrund der resultierenden erheblichen steuerlichen Belastungen erscheint eine erneute Prüfung erst für die Zeit nach dem 31.12.2019 sinnvoll.

VI. Begründung umsatzsteuerlicher Organschaftsverhältnisse

Ferner sollten Überlegungen angestellt werden, wie die GWG GmbH in ein umsatzsteuerliches Organschaftsverhältnis als Organgesellschaft einbezogen werden kann. Hierbei sind verschiedene Eingangsvoraussetzungen zu gewährleisten:

Unternehmereigenschaft des Organträgers: Organträger kann auch eine juristische Person des öffentlichen Rechts sein (2 Abs. 3 UStG iVm § 4 KStG) z.B. mit einem BgA (Gebäudemanagement der Stadt Wuppertal), wenn sie Leistungen gegen Entgelt auf privatrechtlicher Grundlage unter den gleichen rechtlichen Bedingungen wie ein privater Wirtschaftsteilnehmer erbringt. Eine solche Tätigkeit würde einen BgA begründen. Allein die Beteiligung oder die Überlassung wesentlicher Betriebsgrundlagen (steuerliche Betriebsaufspaltung) an eine Kapitalgesellschaft/Tochtergesellschaft reicht nicht aus, um die Unternehmereigenschaft in diesem Sinne zu begründen. Der Organträger muss selbst originär

unternehmerisch (eigener Geschäftsbetrieb) tätig sein. Die reine Holdingfunktion des Organträgers reicht nicht aus, um die Unternehmereigenschaft nach Umsatzsteuerrecht zu begründen.

Diese Vorgehensweise würde erfordern, dass die Anteile an der GWG GmbH in einen entsprechenden Träger-BgA eingelegt werden müssten. Hieraus ergeben sich allerdings im Zusammenhang mit der Zinsschrankenregelung (§ 8a KStG) bei der GWG GmbH Einschränkungen insb. wenn der Eigenkapitaltest nicht geführt werden kann (vgl. zum gesamten Komplex vorstehend II.2 inkl. der Rückausnahmen zur Anwendung der Zinsschrankenregelung).

Finanzielle Eingliederung bedeutet, dass der Organträger in der Lage sein muss mit seiner Anteilsmehrheit seinen Willen in der Organgesellschaft durchzusetzen.

Die organisatorische Eingliederung nach 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG ergibt sich aus der Beteiligung und aus dem Umstand, dass die Geschäftsführer der Organgesellschaft leitende Mitarbeiter beim Organträger sind.

Für die wirtschaftliche Eingliederung iSd § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG muss eine wirtschaftliche Verflechtung zwischen den Unternehmensbereichen des Organträgers und der Organgesellschaft bestehen, d.h. die Betriebe müssen sich über das finanzielle Beteiligungsverhältnis hinaus fördern und ergänzen. Dies kann sich auch daraus ergeben, dass verschiedene Organgesellschaften in so einem Verhältnis stehen. Es müssen in diesem Zusammenhang stets Leistungen ausgetauscht werden, die im Rahmen der gegenseitigen Förderung eine gewisse Bedeutung haben und nicht nur ganz nachrangig sind. Das ist nach den gegenwärtigen Verhältnissen nicht der Fall, da der Bereich Gebäudemanagement der Stadt Wuppertal nur sehr geringfügige Erlöse ausweist. In diesem Zusammenhang sollte geprüft werden inwieweit es sinnvoll wäre, die Mitarbeiter der GWG SPE GmbH eventuell in den BgA Gebäudemanagement der Stadt Wuppertal zu übernehmen um eine stärkere wirtschaftliche Verflechtung herbeizuführen.

Für Rückfragen stehen wir selbstverständlich gerne jederzeit zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Alexander Gerstlauer
Wirtschaftsprüfer