

### 3. Die Familiengenossenschaft – eine eierlegende Wollmilchsau?

In bestimmten Kreisen wird derzeit die Rechtsform der Genossenschaft als DIE ideale Rechtsform für Immobilieninvestitionen gehypt. Angeblich sollen Erträge vollkommen steuerfrei erzielt werden können, die Genossenschaft soll Privatkosten übernehmen können, ohne dass der Gesellschafter dafür Steuern zu zahlen hat und auch Erbschaft- und Schenkungsteuern sollen bei der Übertragung des Genossenschaftsanteils nicht anfallen.

Klingt zu schön, um wahr zu sein?

Nun, wir wollen uns die Vor- und Nachteile der Genossenschaft einmal etwas genauer anschauen. Zunächst – alleine ist eine Genossenschaft nicht zu gründen und auch nicht zu betreiben. Als Genossen (Mindestanzahl 3, § 4 GenG) kann man zwar auch seine eigenen GmbHs oder Stiftungen einsetzen, so dass man in der Mitgliederversammlung auf jeden Fall die Mehrheit besitzt. Aber ganz ohne fremde Personen geht es trotzdem nicht, denn eine Genossenschaft benötigt zwingend einen Aufsichtsrat, der aus mindestens drei Personen besteht (§ 36 (1) GenG). Damit ist ein so ungezwungenes Dasein wie als 1-Mann-GmbH bei einer Genossenschaft nicht ganz so einfach. Hinzu kommt, dass die Genossenschaft zwingend Mitglied in einem Prüfungsverband sein muss, der zumindest alle zwei Jahre die Jahresabschlüsse der Genossenschaft prüfen muss (ab einer Bilanzsumme von größer 2 Mio EUR, was bei Immobiliengenossenschaften wohl schnell erreicht ist, findet die Prüfung jährlich statt). Auch muss jährlich eine „echte“ Mitgliederversammlung durchgeführt werden, doch dazu später mehr.

Von daher ist zunächst festzuhalten, dass eine Genossenschaft mit einem höheren formalen Aufwand konfrontiert ist, als andere Rechtsformen.

Was ist nun aber mit den sagenhaften Steuervorteilen der Genossenschaft?

Hier gibt es in der Tat ein paar Besonderheiten zu beachten. Grundsätzlich ist eine Genossenschaft zwar genauso körperschaft- und gewerbesteuerpflichtig wie eine Kapitalgesellschaft (GmbH, AG, UG, KGaA). Bestehen aber die Einnahmen der Genossenschaft zu mindestens 90 % aus Mieteinnahmen aus der Wohnungsvermietung an Mitglieder, dann ist diese Genossenschaft mit diesen Mieterträgen von der Körperschaft- und Gewerbesteuer befreit (§ 5 (1) Nr. 10 KStG sowie § 3 Nr. 15 GewStG). Dies ist natürlich ein Hammer!

Andererseits stellt natürlich die Vermietung an Mitglieder eine gewisse Hürde dar – können doch dann die Mieter plötzlich mitsprechen und ggfs. den Vorstand absetzen. Auch erscheint damit auf den ersten Blick eine Sozialisierung des Eigentums verbunden, was sicherlich nicht gewollt ist. Die Lösung wird von den Protagonisten des Genossenschaftsmodells darin gesehen, dass die Mieter nur sog. „investierende Mitglieder“ sind, mit deutlich beschränkten Rechten. So kann die Satzung das Stimmrecht für die investierenden Mitglieder komplett ausschließen (§ 8 (2) GenG). Allerdings ist die Idee mit der Vermietung an investierende Mitglieder nicht unumstritten – schließlich handelt es sich bei diesen lt. Gesetzestext eigentlich nur um Kapitalgeber, die die Leistungen der Genossenschaft nicht in Anspruch nehmen wollen / können. Es ist deshalb fraglich, ob überhaupt an investierende Mitglieder vermietet werden kann. Kritisch hat sich zu diesem Modell deshalb beispielsweise Hr. Dr. Matthias Zabel, Referatsleiter Genossenschaftsrecht, Genossenschaftswesen beim GdW Bundesverband deutscher Wohnungs- und Immobilienunternehmen e. V. geäußert (vgl. NZG 2019, 813). Im Übrigen ist zu bedenken, dass eine jährliche Versammlung stattfindet, zu der alle Genossen – auch die nur investierenden – einzuladen sind. Formalitäten müssen daher mit einem anderen Stellenwert versehen werden wie bei der üblichen 1-Mann-GmbH, einer Familienstiftung oder bei Immobilienbesitz im Privatbereich.

Auch wenn die Familiengenossenschaft aufgrund dieser Kritikpunkte nicht akzeptiert werden sollte, gelten steuerlich grundsätzlich dennoch die o.g. Vorteile hinsichtlich der Steuerbefreiung. Sofern zudem ein Prüfungsverband gefunden wird, der mit der Gestaltung über investierende Mitglieder auch genossenschaftsrechtlich kein Problem sieht, kann die Familiengenossenschaft (wenn auch derzeit nicht ohne Risiko) in der Praxis umgesetzt werden.

Am Vermögen ist übrigens qua Gesetz kein Genosse beteiligt, sondern der Wert des Genossenschaftsanteils entspricht immer dem Nominalwert. Dies führt auch dazu, dass im Erbschafts- oder Schenkungsfall der Genossenschaftsanteil immer nur mit seinem Nominalwert bewertet wird. Ein Genossenschaftsanteil von 2.000 EUR wird also immer auch nur mit 2.000 EUR bewertet, selbst wenn der „wahre“ Wert des Anteils aufgrund des enormen Vermögens der Genossenschaft mehrere hunderttausend oder sogar Millionen wert ist (vgl. FG Köln v. 26.11.2014, 7 K 4141/09).

Was ist nun aber mit der Übernahme „privater“ Kosten, wie bspw. Urlaubsfahrten, Kfz-Gestellung etc.? Schließlich veranstalten auch Volksbanken gerne Mitgliederreisen zu vergünstigten Konditionen – das muss doch auch bei der Familiengenossenschaft möglich sein.

Hier sehen wir die Sache deutlich kritischer wie die Protagonisten der Genossenschaftsidee. Gemäß dem Grundsatzurteil des BFH v. 11.10.1989, I R 208/85, gibt es auch bei Genossenschaften verdeckte Gewinnausschüttungen. Der Maßstab sind die Kosten der Genossenschaft – günstiger darf einem Mitglied keine Leistung angeboten werden. Falls doch, liegt eben eine vGA vor mit der Konsequenz der „ganz normalen“ Besteuerung auf Genossenschaftsebene (also ca. 30 % Steuerbelastung) sowie 25 % bzw. Teileinkünfteverfahren beim Gesellschafter. Ganz unangenehm können vGAs in größerer Dimension werden; sollte nämlich durch die vGA das oben dargestellte 90 %-Kriterium „gerissen“ werden, dann sind plötzlich auch sämtliche Mieterträge „normal“ steuerpflichtig.

#### **Fazit:**

Für Immobilienbesitzer mit fast ausschließlich wohnungswirtschaftlicher Nutzung mag die Familiengenossenschaft eine überlegenswerte Alternative sein. Der deutlich höhere formale Aufwand rechtfertigt eine Genossenschaft aber erst ab Netto-Mieterträgen in einer Größenordnung von 100 TEUR.

Für große Immobilienvermögen, unabhängig von der Nutzungsart, erscheint das erbschaft- und schenkungsteuerliche Privileg der Rechtsform überlegenswert, zumal bei anderen Rechtsformen nur entweder 300 Wohneinheiten oder die vom BFH geforderten „untypischen Zusatzleistungen“ eine Verringerung der im schlimmsten Fall existenzvernichtenden Steuerbelastung ermöglichen; für gewerblich genutzte Objekte gibt es außer der Genossenschaft aktuell keine andere Möglichkeit, die Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer zu vermeiden.

## **4. Veräußerungen und gewerblicher Grundstückshandel**

Veräußerungsvorgänge lassen sich grundsätzlich danach unterscheiden, ob sie in der betrieblichen oder privaten Sphäre eines Steuerpflichtigen erfolgen. In der betrieblichen Sphäre sind Veräußerungsgewinne- und -verluste grundsätzlich steuerpflichtig, in der privaten Sphäre handelt es sich um Vermögensdispositionen, die grundsätzlich nicht einkommensteuerpflichtig sind. Eine Ausnahme hiervon bilden §§ 22, 23 EStG (Spekulationsgeschäfte).

Nach § 23 EStG ist zunächst danach zu unterscheiden, ob Grundstücke bzw. Rechte an Grundstücken veräußert werden oder ob es sich um andere Wirtschaftsgüter handelt. Bei Letzteren liegt keine steuerpflichtige Veräußerung vor, wenn zwischen Anschaffung und Veräußerung mehr als ein Jahr vergangen ist. Werden