Anlage 1

Vermerk (Auszug)

Stand: Lenkungsgruppe 13.09.2022

Rechtliche und steuerliche Aspekte in Vorbereitung der Gründung einer Betreibergesellschaft für ein Digitales Innovationszentrum (DIZ)**1. Frage-/Aufgabenstellung:**

Auf der Grundlage eines Letter of Intent (LOI) haben die Vier-Tore-Stadt Neubrandenburg (NB), die Hochschule Neubrandenburg (HS) und zwei städtische Unternehmen – Neubrandenburger Stadtwerke GmbH (neu.sw) sowie Neubrandenburger Wohnungsgesellschaft mbH (neuwoges) – die Absicht, eine gemeinsame Betreibergesellschaft (BG) für ein Digitales Innovationszentrum (DIZ) zu errichten. Ein Wirtschaftsplan für die BG ist erstellt. Es zeichnet sich ab, dass trotz hoher Förderung durch das Land in den ersten Jahren Anlaufverluste entstehen können, welche durch die Gesellschafter zu tragen sind. Wirtschaftliche Zielfigur der BG eines DIZ ist, dass langfristig ein auskömmlicher Betrieb möglich ist. Aufgrund des wirtschaftsfördernden Zwecks der Gesellschaft ist nicht beabsichtigt, regelmäßige Gewinne aus der BG zu entnehmen.

Es ist dargelegt, welche rechtlichen und steuerlichen Rahmenbedingungen für Errichtung und Betrieb der Gesellschaft voraussichtlich gegeben sind und inwiefern zu Einzelaspekten noch weitergehender Klärungsbedarf besteht.

2. Rechtliche und steuerliche Rahmenbedingungen**a) Rechtliche Rahmenbedingungen****i. Gesellschaftsrecht:**

- Die Errichtung erfolgt in Form einer GmbH nach dem GmbHG. Nur in dieser Form ist eine gemeinsame Betreibergesellschaft von juristischen Personen des öffentlichen Rechts (NB, HS) und juristischen Personen des privaten Rechts (mit öffentlichem Anteilseigner), in Abgleich mit den kommunalrechtlichen Bestimmungen des Landes M-V für die wirtschaftliche Betätigung einer Kommune, möglich. Andere, theoretisch mögliche Rechtsformen (z. B. GbR, OHG, e.V., GmbH & Co. KG) erfüllen nicht die Anforderung der Haftungsbeschränkung (§ 69 Abs. 1 Ziff. 5 KV M-V). Eine AG ist nach dem Kommunalrecht wegen des begrenzten kommunalen Einflusses zur Durchsetzung des öffentlichen Zwecks (§ 68 Abs. 4, 2. Satz KV M-V) nicht zulässig.
- Es ist beabsichtigt, dass die Anteile an der BG wie folgt übernommen werden: 10 % NB, 10 % HS, 40 % neu.sw, 40 % neuwoges.
- Sollte (ggf. auch später) erwogen werden, einen Aufsichtsrat zu installieren, so kann dieser als fakultativer AR ausgestaltet werden. Für nicht im Gesellschaftsvertrag getroffene Regelungen sind auf diesen nach § 52 GmbHG ausgewählte Bestimmungen des Aktienrechts (AktG) zwingend anzuwenden. Um weiteren Sachverstand in die Organtätigkeit der BG einzubinden und weitere Protagonisten für die Umsetzung des verfolgten öffentlichen und wirtschaftlichen Zwecks aktiv einzubeziehen, kann als Alternative hierzu ebenso die Einrichtung eines Beirates (kein Aufsichtsorgan, sondern Organ mit rein beratender Funktion) erwogen werden.

Anlage 1

- Mit Errichtung der GmbH durch notarielle Beurkundung der Gründung und Anmeldung beim Handelsregister ist diese zunächst als GbR tätig (sog. Vor-GmbH); die Haftungsbeschränkung auf die Höhe des gezeichneten Kapitals (Stammkapital) ist erst mit der Eintragung im Handelsregister gegeben.
- Gesellschafterrechte: Die Stimmrechtsverhältnisse können ungeachtet der Höhe der Anteile vereinbart werden; üblich ist jedoch die Höhe des Stimmrechts nach den gehaltenen Anteilen. Differenziert werden kann die Höhe der erforderlichen Stimmen für die Herbeiführung von Beschlüssen in der Gesellschafterversammlung, auch je nach Art der Rechtsgeschäfte. Damit kann ein Schutz der Interessen von Minderheitsgesellschaftern, zumindest bei wesentlichen Beschlüssen, gewährt werden. Das Informationsrecht der Gesellschafter steht ihnen ungeachtet der Anteilshöhe zu (§ 52a GmbHG).
- Gesellschafterpflichten - Nachschusspflicht nach § 26 GmbH: Diese ist aus kommunalrechtlichen Gründen zu beschränken. Die HS kann sich aus haushaltsrechtlichen Gründen nur unter bestimmten Voraussetzungen an Nachschüssen beteiligen (siehe § 105 Landeshochschulgesetz - LHG M-V); sie sollte im Gesellschaftsvertrag ggf. von einer Nachschusspflicht in Abweichung von § 26 GmbHG freigestellt werden.

ii. Kommunalrecht:

- Die Gesellschafter der BG sind zu 90 % juristische Personen, auf welche die einschlägigen Bestimmungen der KV M-V für die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen (§§ 22 und 68 bis 77 KV M-V) anzuwenden sind. Darüber hinaus gilt für diese der Public Corporate Governance Kodex für die Stadt Neubrandenburg - Leitlinien guter Unternehmensführung - in der Fassung der 1. Änderung vom 21.03.2019 (Kodex). Für die Gesellschafterstellung der HS gilt Landesrecht, insbesondere § 105 Abs. 4 LHG M-V sowie damit im Zusammenhang entsprechende haushalts- und genehmigungsrechtliche Bestimmungen des Landes M-V.
- Nach § 68 KV M-V sind zunächst die Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine kommunale wirtschaftliche Betätigung zu erfüllen:
 - Der öffentliche Zweck muss das Unternehmen rechtfertigen: Öffentlicher Zweck der BG ist der Betrieb einer Einrichtung der lokalen Wirtschaftsförderung mit der spezifischen Ausrichtung eines Digitalen Innovationszentrums (DIZ). Die Errichtung und Tätigkeit des DIZ basiert auf der Digitalen Agenda für Mecklenburg-Vorpommern vom Mai 2018 der Landesregierung. Ungeachtet dieser zugrundeliegenden Landesstrategie handelt es sich für NB und ihre kommunalen Unternehmen als Gesellschafter der BG um eine Aufgabe des eigenen Wirkungskreises, insbesondere zur harmonischen Gestaltung der Gemeindeentwicklung unter Beachtung der Belange von Wirtschaft und Gewerbe (Wirtschaftsförderung; siehe § 2 Abs. 2 KV M-V).
 - Das Unternehmen muss nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf stehen: Der voraussichtliche Bedarf ist in einem Businessplan darzulegen ebenso wie der Umfang, in welchem dieser Bedarf durch die BG bedient wird. Weiter resultiert aus dem Wirtschaftsplan, in welcher Höhe mögliche Zahlungsverpflichtungen der Gesellschafter anfallen. Letztere müssen in einem angemessenen Verhältnis zur finanziellen Leistungsfähigkeit von NB und ihren kommunalen Unternehmen als Gesellschafter der BG stehen.

Anlage 1

- Die Gemeinde kann die Aufgabe ebenso gut und wirtschaftlich wie Dritte erfüllen: Für Errichtung und Betrieb einer BG des DIZ schließen sich vier öffentliche Partner zusammen, die aufgrund ihres jeweiligen spezifischen Know-how in der Lage sind, diese Aufgabe wirtschaftlich zu erfüllen (siehe § 2 des Letter of Intent vom 10.06.2022). Das Land M-V fördert Einrichtung und Betrieb von DIZ im Rahmen der Digitalen Agenda für Mecklenburg-Vorpommern vom Mai 2018 mit einem mehrjährigen Förderprogramm, welche sich an öffentliche Träger (Kommunen, Hochschulen etc.) richtet. Das Förderprogramm wurde seitens des Landes initiiert, da die Leistungen eines DIZ derzeit nicht von rein privatwirtschaftlichen Unternehmen entsprechend des bestehenden bzw. zu initiiierenden Bedarfs angeboten werden und ein hohes öffentliches Interesse an einer forcierten Entwicklung besteht.
 - Tätigkeiten, mit denen die Gemeinde an dem vom Wettbewerb beherrschten Wirtschaftsleben ganz überwiegend mit dem Ziel der Gewinnerzielung teilnimmt, entsprechen keinem öffentlichen Zweck: Beide Ausschlussbedingungen (im Wettbewerb stehendes privates Angebot; vorrangige Gewinnerzielungsabsicht) liegen nicht vor.
 - Die Auswirkungen der beabsichtigten wirtschaftlichen Betätigung auf die mittelständische Wirtschaft und auf das Handwerk sind zu berücksichtigen: Es wird mit Herbeiführung einer abschließenden Entscheidung über die Gründung eine diesbezügliche schriftliche Stellungnahme von der örtlich zuständigen Industrie- und Handelskammer sowie der Handwerkskammer eingeholt.
- Nach § 69 KV M-V sind weitere Bedingungen für eine kommunale wirtschaftliche Betätigung in einer Rechtsform des privaten Rechts (hier: GmbH) zu berücksichtigen:
- Bei Einrichtungen ist ein wichtiges Interesse der Gemeinde an der Privatrechtsform nachzuweisen und in einem Bericht zur Vorbereitung des Gemeindevertretungsbeschlusses unter umfassender Abwägung der Vor- und Nachteile abzuwägen, dass die Aufgabe im Vergleich zu den öffentlich-rechtlichen Organisationsformen wirtschaftlicher durchgeführt werden kann. Entfällt, da ein Gemeinschaftsunternehmen gegründet wird (siehe Gesellschaftsrecht, 1. Anstrich).
 - Durch die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages ist sicherzustellen, dass der öffentliche Zweck des Unternehmens erfüllt wird: ist berücksichtigt.
 - Die Gemeinde soll einen angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan des Unternehmens erhalten und dieser durch Gesellschaftsvertrag, Satzung oder in anderer Weise gesichert werden: ist später zu berücksichtigen im Fall, dass ein gesonderter Aufsichtsrat oder Beirat eingerichtet wird (siehe Gesellschaftsrecht, 3. Anstrich).
 - Die Haftung der Gemeinde ist auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag zu begrenzen: Es wird eine beschränkte Nachschusspflicht für die Beteiligten vorgesehen (siehe Gesellschaftsrecht, 6. Anstrich).
 - Die Einzahlungsverpflichtungen (Gründungskapital, laufende Nachschusspflicht) der Gemeinde sollen in einem angemessenen Verhältnis zu ihrer Leistungsfähigkeit stehen: Es wird davon ausgegangen, dass diese Bedingung im Kontext der drei kommunalen Beteiligten (90%) hinlänglich erfüllt wird (siehe Gesellschaftsrecht, 2. und 6. Anstrich).

Anlage 1

- Nach den Bestimmungen des § 73 Abs. 1 sind weitere Bestimmungen bei einer kommunalen Beteiligung mit maßgeblichem Einfluss an einem Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts anzuwenden. Diese sind geübte Praxis in den Gesellschaftsverträgen der städtischen Beteiligungen, ebenso im städtischen Kodex verankert und finden im Gesellschaftsvertrag der BG Berücksichtigung.
- Nach § 75 KV M-V – Wirtschaftsgrundsätze ist das Unternehmen so zu führen, dass der öffentliche Zweck (hier: Wirtschaftsförderung) erfüllt wird. Unternehmen sollen einen Ertrag für den Haushalt der Gemeinde abwerfen, soweit dadurch die Erfüllung des öffentlichen Zwecks nicht beeinträchtigt wird (Abs. 1): Da die BG einen wirtschaftsfördernden Zweck erfüllen soll, sind Gewinnerzielung und Ausschüttung an die Gesellschafter nicht vordergründig zu verfolgen. Der Jahresgewinn der BG soll allerdings so hoch sein, dass nach Möglichkeit langfristig für die technische und wirtschaftliche Fortentwicklung des Unternehmens notwendige Rücklagen erwirtschaftet werden. Die Erzielung einer mindestens marktüblichen Verzinsung des Eigenkapitals ist dagegen aufgrund des wirtschaftsfördernden Zwecks ebenso nicht vordergründig (Abs. 2).
- Nach § 77 KV M-V – Anzeigepflichten ist die Entscheidung der Gemeinde über die Errichtung ... der BG bei unmittelbarer und/oder mittelbarer Beteiligung der Gemeinde mit mehr als 20 % der Rechtsaufsichtsbehörde anzuzeigen. Sie wird wirksam, wenn die Rechtsaufsichtsbehörde die Verletzung von Rechtsvorschriften nicht innerhalb von zwei Monaten nach Eingang der erforderlichen Unterlagen geltend gemacht oder wenn sie vor Ablauf der Frist erklärt hat, dass sie keine Verletzung von Rechtsvorschriften geltend macht. Rechtsgeschäfte auf der Grundlage von Entscheidungen der Gemeinde nach Satz 1 dürfen erst vollzogen werden, wenn das Anzeigeverfahren nach Satz 2 abgeschlossen ist: Die Rechtsaufsichtsbehörde ist in einem Vorverfahren bereits anhand LOI über die Absicht der Gründung informiert worden, steht dem aufgrund des öffentlichen Zwecks positiv gegenüber und wird in den weiteren Verfahrensschritten einbezogen, um eine frühzeitige Zustimmung zu erlangen.

iii. Beihilfenrecht:

...

b) Steuerliche Rahmenbedingungen

...

c) Weitere rechtliche Aspekte

- Personalgestellung der Gesellschafter an die BG: sofern die Stadt Personal stellt → *Prüfung BgA Personalgestellung und Unternehmereigenschaft ab 2023 nach UStG*
- Geschäftsführung: Die Geschäftsführung der BG kann durch die Bestellung und Anstellung eines/mehrerer hauptamtlich tätiger Geschäftsführer bzw. Geschäftsführerinnen erfolgen. Für die Zeit der Gründung und Aufnahme des Geschäftsbetriebes über mehrere Jahre, ggf. auch dauerhaft kann aus Kostengründen vorzugsweise ein oft praktiziertes Modell zur Anwendung kommen: nebenamtliche Geschäftsführertätigkeit durch eine von den Gesellschaftern gestellte Person und Anstellung eines DIZ-Betriebsleiters oder einer DIZ-Betriebsleiterin für die operative Betriebsdurchführung, mit entsprechend darauf ausgerichteter Handlungsvollmacht und Vertretungsbefugnis, später ggf. als weiterer Geschäftsführer bzw. Geschäftsführerin (somit Doppelgeschäftsführung).

Anlage 1

- In diesem Fall wird zwischen der BG und dem Gesellschafter ein Management- und Dienstleistungsvertrag (MDV) geschlossen, der die Erbringung und Vergütung der Managementleistung zum Gegenstand hat. Zwischen der BG und dem Geschäftsführer bzw. der Geschäftsführerin wird weiter aus steuerlichen und Versicherungsgründen ein (entgeltloser) Anstellungsvertrag geschlossen, der die übrigen Einsatzbedingungen regelt. Der Geschäftsführer bzw. die Geschäftsführerin ist durch die Gesellschafterversammlung zu bestellen, die vorgenannten Verträge bedürfen ebenso der Zustimmung durch die Gesellschafterversammlung.
- Für die Erbringung weiterer technischer und kaufmännischer Dienstleistungen der Gesellschafter gegenüber der BG sind entsprechende Leistungsverträge abzuschließen, mit Zustimmung durch die Gesellschafterversammlung. Die Vergütung erfolgt zu orts-/branchenüblichen Entgelten (siehe § 2 Abs. 3 lit d LOI).