

Vertraulich

Landeshauptstadt Mainz

2. August 2022

Gutachten

Konzernfinanzierung





Ernst & Young Law GmbH
Rechtsanwaltsgesellschaft
Steuerberatungsgesellschaft
Glücksteinallee 1
68163 Mannheim

Dr. Oliver Wittig
Telefon +49 621 4208 20961
Telefax +49 6196 8024 20961
oliver.wittig@de.ey.com
www.de.ey.com

Regina Dembach
Telefon +49 6196 996 24974
Telefax +49 6196 8024 24974
regina.dembach@de.ey.com
www.de.ey.com

Ernst & Young GmbH
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft
Mergenthalerallee 3-5
65760 Eschborn/Frankfurt/M.

Michael Pfundt
Telefon +49 6196 27616
michael.pfundt@de.ey.com
www.de.ey.com

Frauke Lange
Telefon +49 6196 27636
frauke.lange@de.ey.com
www.de.ey.com

Nur vom Adressaten zu öffnen
Landeshauptstadt Mainz
Herrn Mossel
Postfach 38 20
55028 Mainz

2. August 2022

Gutachten: Konzernfinanzierung

Bitte beachten Sie die „Hinweise zu unserer Stellungnahme“ am Ende dieses Schreibens hinsichtlich des Ausschlusses unserer Haftung gegenüber Dritten.

Sehr geehrter Herr Mossel,
sehr geehrte Damen und Herren,

wir nehmen Bezug auf unsere Mandatsvereinbarungen vom 5. März 2021 / 1. März 2022 (Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft) und vom 11. Februar 2022 (Ernst & Young Law GmbH Rechtsanwaltsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft) und bedanken uns für die Beauftragung. Im Folgenden prüfen wir eine mögliche Darlehensgewährung zugunsten der Mainzer Stadtwerke AG (nachfolgend „MSW“) und/ oder vermittelt über die Zentrale Beteiligungsgesellschaft der Stadt Mainz mbH (nachfolgend „ZBM“) an die Mainzer Verkehrsgesellschaft (nachfolgend „MVG“). Darüber hinaus prüfen wir sämtliche weitere Fragestellungen, welche Sie mit E-Mail vom 22. Februar 2022 an uns herangetragen haben. Zur besseren Übersicht haben wir die aufgeworfenen Fragen jeweils direkt unseren rechtlichen Ausführungen vorangestellt. Die steuerlichen Ausführungen erfolgen durch die Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft; die rechtlichen Ausführungen durch die Ernst & Young Law GmbH Rechtsanwaltsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft.

Unsere Arbeiten basieren dabei auf dem im Folgenden beschriebenen allgemeinen Sachverhalt sowie den speziellen, jeweils den einzelnen rechtlichen Würdigungen vorangestellten Sachverhalten. Sollte unser Verständnis des Sachverhalts (teilweise) unzutreffend sein, bitten wir um einen entsprechenden Hinweis, da Abweichungen im Sachverhalt ggf. zu divergierenden rechtlichen Ergebnissen führen könnten.

Hieraus ergibt sich folgende Gliederung:

Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft:
Unabhängiges Mitglied von Ernst & Young Global Limited

Aufsichtsratsvorsitzender: WP/StB Georg Graf Waldersee - Geschäftsführung: RA/StB Dr. Henrik Ahlers, Vorsitzender
Jean-Yves Jégourel - WP/StB Ev Bangemann - WP/StB Jan Brorhiker - Constantin M. Gall - WP/StB Thomas H. Griess - StB Jan-Rainer Hinz
WP Dr. Andreas Muth - StB Alexander Ludwig Reiter - WP/StB Karen Somes - RA Dr. Annedore Streyl - WP/StB Prof. Dr. Peter Wollmert
Sitz der Gesellschaft: Stuttgart - Rechtsform: GmbH - Amtsgericht Stuttgart HRB 730277 - VAT: DE 147799609

Ernst & Young Law GmbH Rechtsanwaltsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft:
Geschäftsführer: RA Dr. Christian Bosse, RA/Notar Dr. Klaus Knipschild, RA/StB Prof. Dr. Michael Schaden, RA/StB Dr. Hartmut Winkler
Gesellschafter: RA/StB Dr. Henrik Ahlers, WP/StB Hubert Barth, RA Dr. Cornelius Grossmann,
RA/Notar Dr. Klaus Knipschild, RA/StB Prof. Dr. Michael Schaden, RA/StB Dr. Hartmut Winkler
Sitz der Gesellschaft: Stuttgart - Rechtsform der Gesellschaft: GmbH - Amtsgericht Stuttgart HRB 725259 - VAT: DE 257954546

-KEINE DRITTHAFTUNG-

A. Ausgangslage und Veranlassung	8
B. Zusammenfassung des Gutachtens „Konzernfinanzierung“	10
C. Rechtliche Würdigung im Einzelnen.....	23
I. Frage 1 - Darlehensgewährung.....	23
1. Ausgangslage / Veranlassung	23
2. Beihilfenrechtliche Betrachtung	23
a) Vorliegen einer tatbestandlichen Beihilfe	24
aa) Unternehmen.....	24
bb) Finanzierung der Maßnahme aus staatlichen Mitteln.....	25
cc) Selektive Begünstigung des Unternehmens durch die Maßnahme	26
dd) (Potenzielle) Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung	28
b) Möglichkeiten zur beihilfenrechtlichen Absicherung der Darlehensgewährung.....	29
aa) Durchführung eines sog. Private-Investor-Tests („PIT“)	29
bb) Öffentlicher Dienstleistungsauftrag der MVG	30
3. Kommunalrechtliche Betrachtung	31
a) Gewährung von Gesellschafterdarlehen durch die Stadt Mainz.....	31
b) Gewährung von Gesellschafterdarlehen an die Zentrale Beteiligungsgesellschaft der Stadt Mainz mbH und Weitergewährung von Gesellschafterdarlehen	33
4. Steuerrechtliche Betrachtung	33
a) Steueraspekte auf Ebene der Stadt als Darlehensgeberin	33
aa) Keine Betriebsaufspaltung infolge der Darlehensgewährung.....	34
(1) Personelle Verflechtung	34
(2) Sachliche Verflechtung.....	35
bb) Steuerliche Zuordnung der Zinseinnahmen bei der Stadt	35
cc) Zwischenfazit: Steueraspekte auf Ebene der Stadt	36
b) Steueraspekte auf Ebene der ZBM als Darlehensnehmerin	36
aa) Steuerliche Abziehbarkeit der Zinsaufwendungen	36

-KEINE DRITTHAFTUNG-

(1) Zinsschrankenregelung	36
(2) Verdeckte Gewinnausschüttung	37
bb) Gewerbesteuerliche Hinzurechnung	38
c) Steueraspekte auf Ebene der ZBM als Darlehensgeberin (darlehensweise Weiterleitung der Mittel)	39
d) Steueraspekte auf Ebene der MSW / MVG als Darlehensnehmerin bzw. MSW als Darlehensgeberin	39
5. Gesellschaftsrechtliche Betrachtung	40
a) Darlehensgewährung an die ZBM	40
aa) Unternehmensgegenstand	40
bb) Zustimmungserfordernisse	41
(1) Aufsichtsrat	41
(2) Gesellschafterversammlung	41
bb) Darlehenskonditionen	42
cc) Fazit	42
b) Darlehensgewährung an die MSW	43
aa) Unternehmensgegenstand	43
bb) Zustimmungserfordernisse	44
(1) Aufsichtsrat	44
(2) Hauptversammlung	44
bb) Darlehenskonditionen	44
cc) Fazit	45
b) Darlehensgewährung an die MVG	45
aa) Zustimmungserfordernisse	45
(1) Aufsichtsrat	45
(2) Gesellschafterversammlung	45
(3) Aufsichtsrat der MSW	45
(4) Aufsichtsrat der ZBM	46
(5) Gesellschafterversammlung der ZBM	46
bb) Darlehenskonditionen	46

-KEINE DRITTHAFTUNG-

cc) Fazit	47
6. Kreditwesenrechtliche Betrachtung.....	47
II. Frage 2 - Zuschüsse an MVG und deren Verrechnung	50
1. Ausgangslage / Veranlassung	50
2. Beihilferechtliche Betrachtung	51
a) Vorliegen einer Beihilfe	51
b) Möglichkeiten zur beihilferechtlichen Absicherung über den öDA	52
aa) Inhaltlich vom öDA umfasste Maßnahmen.....	53
bb) Abdeckung der Finanzierung dieser Maßnahmen durch den öDA.....	54
3. Zuwendungsrechtliche Betrachtung	55
a) Vorzeitiger Maßnahmenbeginn („VzM“)	55
b) Rang-, Reihenfolge und Kumulierungsvorschriften	56
c) Zuwendungsrechtliche Risiken hinsichtlich weiterer zusätzlicher zweckgebundener Finanzierungsmaßnahmen des Vorhabens.....	57
d) Zwischenergebnis.....	58
4. Umsatzsteuerliche Betrachtung	58
a) Umsatzsteuerbares Entgelt	59
b) Nicht umsatzsteuerbarer Zuschuss.....	59
c) ÖPNV	61
d) Fazit	61
5. Ertragsteuerliche Betrachtung	62
a) Verdeckte Einlage.....	62
b) Investitionszuschüsse	64
aa) Zeitpunkt der Gewinnauswirkung	64
bb) Besonderheiten bei kommunalen Eigengesellschaften	65
c) Fazit.....	66
6. Zivilrechtliche Betrachtung.....	66

-KEINE DRITTHAFTUNG-

III. Frage 3 - Zuschüsse an MSW und deren Verrechnung	67
1. Ausgangslage / Veranlassung	67
2. Förderung der Mainzer Stadtbad GmbH ("MSB")	68
a) Vorliegen einer Beihilfe	68
b) Rechtfertigung durch eine Betrauung nach dem Freistellungsbeschluss der EU-Kommission.....	69
c) Rechtfertigung durch eine Freistellung nach Art. 55 Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung ("AGVO")	69
aa) Allgemeine Voraussetzungen der Freistellung nach der AGVO	70
(1) Unterschreitung der Schwellenwerte	70
(2) Transparenz der Beihilfe	70
(3) Vorliegen eines Anreizeffektes.....	70
(4) Transparenzpflichten	70
bb) Spezifische Voraussetzungen der Freistellung nach Art. 55 AGVO	71
d) Rechtfertigung der Förderung durch eine Freistellung nach Art. 56 AGVO	71
3. Förderung von Ladeinfrastruktur.....	72
a) Vorliegen einer Beihilfe	72
a) Rechtfertigung durch eine Betrauung nach dem Freistellungsbeschluss der EU-Kommission.....	74
aa) Vorliegen einer DAWI.....	74
bb) Weitere Voraussetzungen Beihilfengewährung nach dem Freistellungsbeschluss .	76
b) Rechtfertigung durch eine Freistellung nach der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung ("AGVO")	77
aa) Allgemeine Voraussetzungen	77
bb) Art. 1 Nr. 1 Buchst. c), Art. 36 ff. AGVO (Umweltschutzbeihilfen).....	78
cc) Art. 1 Nr. 1 Buchst. c), Art. 36a AGVO (Umweltschutzbeihilfen)	79
dd) Art. 1 Nr. 1 Buchst. l), Art. 56 AGVO (Beihilfen für lokale Infrastrukturen).....	80
4. Förderung von Infrastruktur zur Wasserversorgung, insb. Brunneninfrastruktur sowie Wassernetze im Anlagevermögen der MSW AG	80

-KEINE DRITTHAFTUNG-

a) Vorliegen einer Beihilfe	81
aa) Betrachtung der Finanzierung des Wassernetzes	81
bb) Betrachtung der Finanzierung von Brunnenerrichtungen	83
b) Zwischenergebnis	86
5. Förderung von Infrastruktur der Sparte „Wärme“	86
a) Vorliegen einer Beihilfe	86
b) Rechtfertigung durch einen positiven Private-Investor-Test (nachfolgend: „PIT“)	87
c) Rechtfertigung durch eine Betrauung nach dem Freistellungsbeschluss der EU- Kommission	88
aa) Vorliegen einer DAWI	89
bb) Weitere Voraussetzungen Beihilfengewährung nach dem Freistellungsbeschluss .	90
6. Umsatzsteuerliche Betrachtung	90
7. Ertragsteuerliche Betrachtung	91
8. Zivilrechtliche Betrachtung	91
IV. Frage 4 - Cashpool / EAV; Kapitalmaßnahmen; regelmäßige Leistungen	92
1. Ausgangslage / Veranlassung	92
2. Beihilfenrechtliche Betrachtung	92
V. Frage 5 -Kapitalmaßnahmen.....	94
1. Ausgangslage / Veranlassung	94
2. Gesellschaftsrechtliche Betrachtung	95
a) Kapitalerhöhung bei der ZBM	95
aa) Durchführung.....	95
bb) „Verrechnung“ mit Darlehensforderung	95
b) Zuführung zur Kapitalrücklage bei der ZBM	96
aa) Durchführung.....	96
bb) „Verrechnung“ mit Darlehensforderung	97

-KEINE DRITTHAFTUNG-

c) Kapitalerhöhung bei der MSW	97
aa) Durchführung.....	97
bb) „Verrechnung“ mit Darlehensforderung	98
d) Zuführung zur Kapitalrücklage bei der MSW	98
3. Steuerrechtliche Betrachtung	98
4. Beihilferechtliche Betrachtung	99
a) Kapitalzuführungen zur Kapitalrücklage aus beihilferechtlicher Sicht	100
b) Kapitalerhöhungen aus beihilferechtlicher Sicht.....	102
5. Kommunalrechtliche Betrachtung	103
VI. Frage 6 -Regelmäßige Leistungen.....	103
1. Ausgangslage / Veranlassung	103
2. Beihilferechtliche Betrachtung	103
a) Finanzierungen im Rahmen einer Betrauung bzw. des ÖDA	104
b) Finanzierungen außerhalb einer Betrauung bzw. des öDA	104
3. Kommunalrechtliche Betrachtung	104
4. Steuerrechtliche Betrachtung	104
5. Gesellschaftsrechtliche Betrachtung	105
D. Hinweise zu dieser Stellungnahme	107

A. Ausgangslage und Veranlassung

Aufgrund der günstigen gewerbesteuerlichen Entwicklung verfügt die Landeshauptstadt Mainz (nachfolgend auch „**Stadt**“ genannt) über Finanzmittel, die den bislang geplanten Bestand deutlich übersteigen. Umgekehrt besteht bei Gesellschaften, an denen die Landeshauptstadt Mainz beteiligt ist, Finanzierungsbedarf. Aktuell wird an einer Zusammenstellung möglicher zu finanzierender Vorhaben gearbeitet.

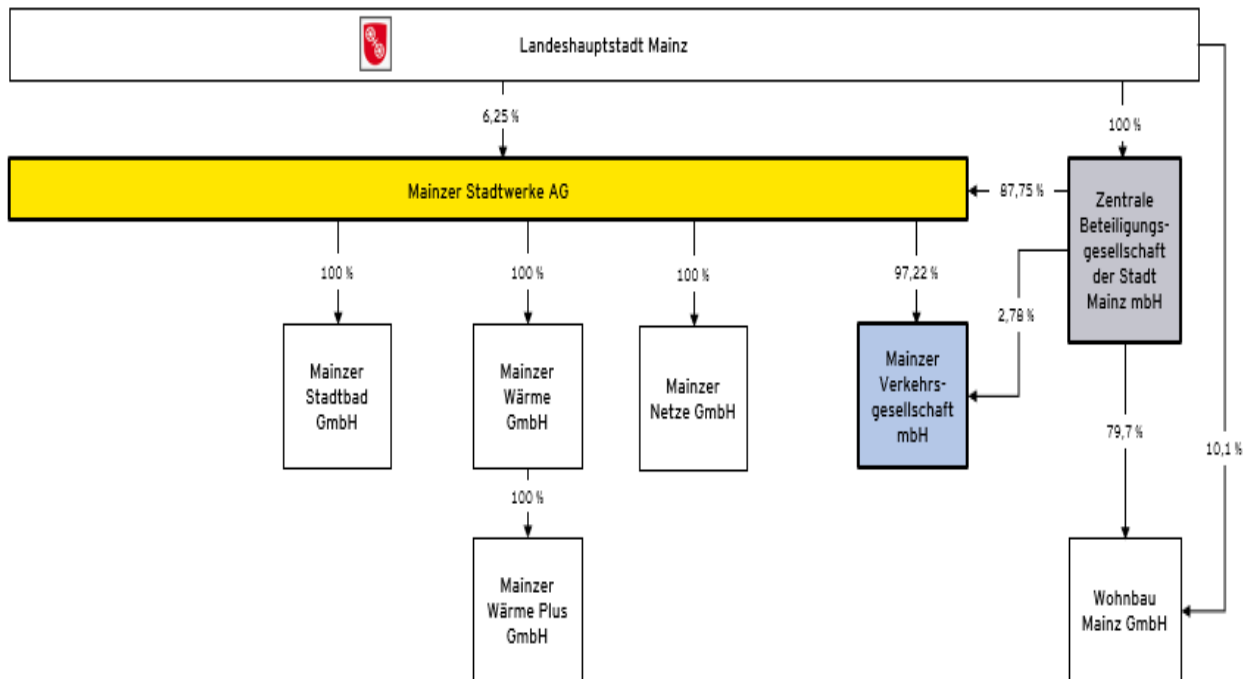
Dabei wird erörtert, auf welche Weise die Finanzmittel den Gesellschaften zur Verfügung gestellt werden können und welche rechtlichen und steuerlichen Aspekte in diesem Zusammenhang zu beachten sind. Im Kern fokussierten sich die Überlegungen auf vier Möglichkeiten, die näher betrachtet werden sollen:

- Gesellschafterdarlehen,
- Kapitaleinlagen in die Gesellschaften (gegen oder ohne Gewährung von Geschäftsanteilen),
- Zuschüsse für Investitionsvorhaben,
- Cashpool.
- Ebenfalls wird erwogen, die Mittel in die ZBM zu überführen, damit seitens der ZBM die entsprechenden Mittelallokationen in den Konzerngesellschaften vorgenommen werden können.

Bei Mittelzuwendungen an Konzerngesellschaften, welche diese dann weitergeben sollen, sind auch die Steuerungsmöglichkeiten der Stadt zu beachten. Neben der Frage nach dem Rahmen, der für die betreffenden Gesellschaften hinsichtlich der Verwaltung und Weitergabe der Mittel zu definieren ist, stellt sich die Frage der Berichterstattung durch die betreffenden Gesellschaften. Gegebenenfalls sind Anpassungen an der Governancestruktur sinnvoll. In diesem Zusammenhang sind auch die Berichtspflichten der Beteiligungsverwaltung gegenüber dem Stadtrat und dessen Fachausschuss (Ausschuss für Finanzen und Beteiligungen) zu beachten.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

Die derzeitige Konzernstruktur (mit Relevanz für diese Prüfung) stellt sich wie folgt dar:



Die Landeshauptstadt Mainz hält 100 % der Anteile an der ZBM, welche wiederum zu 87,75 % an der MSW beteiligt ist. 6,25 % der Anteile an der MSW werden direkt von der Stadt gehalten. Die MSW ist mit 6,01 % an ihrem Grundkapital beteiligt.

Unternehmensgegenstand der ZBM ist der Erwerb und die Errichtung von Unternehmen sowie die Beteiligung an Unternehmen und die Veräußerung und die Verwaltung von Unternehmen und Beteiligungen, deren Gesellschaftszweck die Erfüllung öffentlicher Aufgaben der Landeshauptstadt Mainz ist.

Tätigkeitsfelder der MSW sind die Versorgung mit Elektrizität, Gas, Wasser und Wärme, die Entsorgung, der öffentliche Nahverkehr, der Bäderbetrieb, der Betrieb eines Hafens, der Betrieb der städtischen Fernmeldeanlagen, das Erbringen von Kommunikationsdienstleistungen jeglicher Art, die Baulandentwicklung, die Entwicklung und gewerbsmäßige Vermarktung der eigenen Immobilien, der Betrieb der Straßenbeleuchtung.

Die MSW ist wiederum zu 97,22 % an der MVG beteiligt. Die übrigen Anteile i. H. v. 2,78 % werden von der ZBM gehalten. Die MVG betreibt den öffentlichen Personennahverkehr in Mainz. Die MVG ist Inhaberin der personenbeförderungsrechtlichen Genehmigungen für Straßenbahn-, Buslinien- und ergänzende Verkehre (z. B. MainzRIDER) und hält die erforderlichen Ressourcen für die Ver-

-KEINE DRITTHAFTUNG-

sorgung der Bevölkerung mit den Verkehrsdiensten einschließlich aller Overhead- und Regieleistungen vor. Die beiden Gesellschafter der MVG, die MSW und ZBM, haben bezüglich der verkehrrechtlichen Themen einen Stimmbindungsvertrag/Poolvereinbarung abgeschlossen, der eine Stimmführerschaft der ZBM vorsieht. Auf diese Weise ist eine hinreichende Kontrolle/Durchgriff der Stadt auf die MSW sichergestellt. Zudem besteht zwischen der MSW und der MVG ein Ergebnisabführungsvertrag. Mit Wirkung zum 01.01.2022 wurde die MVG durch die Landeshauptstadt Mainz im Wege einer Direktvergabe erneut mit der Erbringung von Verkehrsleistungen betraut. Der öffentliche Dienstleistungsauftrag (nachfolgend „**öDA**“) wurde für 22,5 Jahre erteilt.

Vor diesem Hintergrund ist zu prüfen, wie die MSW, deren Tochtergesellschaften und insbesondere die MVG finanziell durch die Stadt unterstützt werden können. Die Darstellung des spezifischen Sachverhalts der jeweils zu prüfenden Einzelmaßnahmen erfolgt einleitend im Rahmen der einzelnen Fragen unter **Punkt C**. Eine aus unseren Prüfungsergebnissen abgeleitete Handlungsempfehlung sowie eine Darstellung der wesentlichen Ergebnisse unserer rechtlichen Prüfung haben wir der besseren Übersicht wegen dem Gutachten als **Punkt B**. vorangestellt.

B. Zusammenfassung des Gutachtens „Konzernfinanzierung“

I. Handlungsempfehlung

Frage 1 - Darlehensgewährung

- Wir empfehlen, die Darlehen **unmittelbar an MSW/MVG** zu vergeben. Eine Einbindung der ZBM ist möglich, erscheint aber etwas komplizierter, ohne dass sich hieraus erkennbare Vorteile ergeben.
- Die Verträge müssen hinsichtlich der Mittelverwendung und deren Kontrolle die **Einflussinteressen** der Stadt reflektieren.
- **Beihilferechtlich** müssen Darlehen an die MSW marktüblich ausgestaltet werden, es sei denn, es liegt ein positiver Privatinvestorentest vor. Darlehen an die MVG sind im DAWI-Bereich über den öDA beihilferechtlich abgesichert. Für etwaige kommerzielle Tätigkeiten der MVG gilt das zu MSW Gesagte.
- **Steuerlich** dürfen die Darlehen für den Darlehensnehmer nicht unüblich nachteilig sein (verdeckte Gewinnausschüttung).

Frage 2 - Zuschüsse an MVG und deren Verrechnung

- **Beihilfenrechtlich** sind die beabsichtigten Investitionszuschüsse an die MVG über den öDA abgesichert.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

- **Zuwendungsrechtlich** bestehen hinsichtlich der Beschaffung der Elektrobusse und der Grunderneuerung von Straßenbahnstrecken Rückforderungsrisiken bei der Gewährung weiterer zweckgebundener Mittel. Diese Maßnahmen sind sorgfältig auszugestalten, um Rückforderungsrisiken zu vermeiden.
- Die **Verrechnung** der Investitionszuschüsse **mit den Darlehensforderungen** muss vertraglich gestaltet werden und wird idealerweise in den Grundzügen bereits bei den Darlehensverträgen angelegt. Die Gestaltung ist ggfs. zuwendungs- oder steuerrechtlich ergänzend zu würdigen. Um hinsichtlich der Verrechnung der Darlehensforderungen etwaige erforderliche Forderungsabtretungen bzw. -verzichte zwischen der MSW/ZBM und MVG zu vermeiden, könnte eine direkte Gewährung des Darlehens an die MVG in Betracht gezogen werden.
- Die **steuerliche Neutralität** muss als Ziel bei der Gestaltung der Maßnahmen beachtet werden und sollte im Vorfeld verbindlich mit der Finanzverwaltung abgestimmt werden.

Frage 3 - Zuschüsse an MSW und deren Verrechnung

- Hinsichtlich der **beihilfenrechtlichen Absicherung** ist zu beachten:
 - Beihilfenrechtlich sind Investitionen betreffend die Infrastruktur der Wasserversorgung unkritisch.
 - Beihilfenrechtlich sind die Investitionen im DAWI-Bereich des Taubertsbergbades im Grundsatz durch die bestehende Betrauung abgesichert, allerdings nur bis zu einer Höhe von insgesamt 15 Mio. EUR p.a. (einschließlich bestehender Kosten). Ergänzend kommt eine Freistellung der Bezuschussung nach Art. 55 AGVO in Betracht, soweit die spezifischen Voraussetzungen erfüllt sind.
 - Investitionen in die Sparte „Wärme“ stellen Beihilfen dar, die über einen positiven Privatinvestorentest oder eine Betrauung gerechtfertigt werden müssen. Eine Betrauung kommt nur ausnahmsweise dann in Betracht, wenn es sich um besonders klimafreundliche Maßnahmen mit hohem Anfangsinvestitionsbedarf handelt.
 - Beihilfenrechtlich könnte die Gewährung der Mittel zum Ausbau der Elektroladeinfrastruktur auf der Grundlage einer zeitlich vorgelagerten, durchzuführenden Betrauung der für den Ausbau zuständigen Gesellschaft erfolgen, wobei essenziell hierfür ist, dass der Ausbau der Ladeinfrastruktur als DAWI eingeordnet werden kann. Dies hängt insbesondere davon ab, ob private Investoren an den betreffenden Standorten im Ausbau der Ladeinfrastruktur tätig sind. Alternativ ließe sich auch eine Freistellung der Bezuschussung auf Grundlage der Art. 36 ff. AGVO (Umweltschutzbeihilfen) in Betracht ziehen, soweit die spezifischen Voraussetzungen erfüllt sind.
- Eine **Verrechnung der Investitionszuschüsse** mit den Darlehensforderungen ist im Wege der Aufrechnung möglich, soweit das Darlehen direkt an die MSW gegeben wird. Im Falle einer Darlehensgewährung über die ZBM vgl. Frage 2.
- Bei sämtlichen Maßnahmen ist beihilfenrechtlich zu beachten, dass keine Überkompensation vorgenommen wird.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

- Zur **Steuer** vgl. Frage 2.

Frage 4 bis 6 - Cashpool / EAV; Kapitalmaßnahmen; regelmäßige Leistungen

Die Vereinbarungen zum Cashpool sollten hinsichtlich der beihilfenrechtlichen Vorgaben (insb. individuelle Konditionen für die Cashpoolpartner auf Grundlage individueller Merkmale, wie bspw. Rating) abgesichert werden. Anstatt der Änderung der Cashpoolkonditionen können hier auch die anderen beihilferechtlichen Absicherungsinstrumente (z.B. Betrauung oder Freistellungen auf der Grundlage der AGVO) in Betracht gezogen werden.

- Aus beihilfenrechtlicher Perspektive bedürfen Kapitalmaßnahmen eines positiven Privatinvestorentests. Dies gilt nicht, soweit stattdessen auch Zuschüsse nach den oben dargestellten Grundsätzen beihilfenrechtlich gerechtfertigt wären (insbesondere Betrauung bzw. öDA).
- Bei Kapitalmaßnahmen, die eine Forderungsverrechnung vorsehen, muss die Werthaltigkeit der Forderung nachgewiesen werden.
- Bei disquotalen Kapitalmaßnahmen müssen u.U. Regelungen hinsichtlich der Zuordnung der Kapitalrücklage getroffen werden.
- Grunderwerbsteuerliche Folgen der Kapitalmaßnahmen müssen durch entsprechende Gestaltung vermieden werden.
- Regelmäßige bzw. wiederholte Leistungen, deren Beihilfenrelevanz festgestellt wurde, bedürfen der Analyse und Beachtung der beihilfenrechtlichen Vorgaben (bspw. Beihilfenhöhe im Rahmen der Betrauung, Anzeigen aufgrund der AGVO usw.).

Diese Handlungsempfehlungen basieren auf den folgenden zusammengefassten wesentlichen Ergebnissen unserer Prüfung und des Gutachtens „Konzernfinanzierung“ vom 08. April 2022.

II. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Frage 1 - Darlehensgewährung

Die Stadt Mainz plant vor Abschluss der rechtlichen Prüfung von verschiedenen Maßnahmen zur finanziellen Unterstützung der MSW AG und der MVG, ein Gesellschafterdarlehen an die MSW AG oder an die ZBM GmbH im Umfang von bis zu 100 Mio. EUR mit einer Laufzeit von ca. 5 Jahren kurzfristig zu gewähren; hiermit soll der Finanzierungsbedarf bei der MSW AG und bei der MVG abgedeckt werden. Es ist rechtlich (beihilferechtlich, steuerrechtlich, gesellschaftsrechtlich, kommunalrechtlich und nach dem Kreditwesengesetz) zu prüfen, ob ein solches Darlehen von der

-KEINE DRITTHAFTUNG-

Stadt Mainz direkt an die MSW AG oder über die ZBM GmbH an die MSW AG / MVG ausgereicht werden kann und welche Aspekte bei der Gewährung an die ZBM GmbH zu beachten sind.

1. Beihilfe- und kommunalrechtliche Betrachtung

Die Gewährung eines Gesellschafterdarlehens an die ZBM, MSW oder MVG unterliegt grundsätzlich denselben beihilferechtlichen Vorgaben, wobei die Vergabe eines Gesellschafterdarlehens stets dann keine Beihilfe darstellt, wenn lediglich eine Weiterleitung der Mittel (bspw. durch die ZBM an die MSW) vorgesehen ist.

Auf Ebene der ZBM gehen wir davon aus, dass Mittel lediglich von dieser weitergeleitet werden würden und daher keine beihilferechtliche Relevanz vorliegt.

Eine Beihilfe auf Ebene des Empfängers kann wiederum dadurch ausgeschlossen werden, dass das Gesellschafterdarlehen marktüblich ausgestaltet ist. Sollte das Darlehen nicht marktüblich ausgestaltet sein, hängt dessen Beihilfekonformität davon ab, ob die Mittelgewährung beihilferechtlich abgesichert ist.

Auf Ebene der MVG besteht eine solche beihilferechtliche Absicherung durch den bestehenden öDA, soweit ein solches Gesellschafterdarlehen entsprechend der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen gem. § 1 des öDA zweckgebunden ist. Ein Gesellschafterdarlehen für diese gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen an die MVG müsste mithin nicht marktüblich ausgestaltet werden.

Auf Ebene der MSW existiert eine solche beihilferechtliche Absicherung nicht, weshalb es einer marktüblichen Ausgestaltung des Gesellschafterdarlehens bedarf. Sollte das Darlehen hingegen besonders günstig ausgestaltet werden, müsste zur Vermeidung einer beihilferechtlich relevanten Begünstigung ein sog. positiver Privatinvestorentest vorliegen. Dieser setzt voraus, dass der vergünstigten Darlehensgewährung eine gerechtfertigte jedenfalls langfristige Renditeaussicht gegenübersteht, die auch einen privaten Investor zur Investition veranlassen würde.

Kommunalrechtlich ist eine Gewährung von Gesellschafterdarlehen ebenfalls in der Regel nur dann zulässig, wenn die überlassenen Mittel zur Erfüllung kommunaler Aufgaben nicht benötigt werden und eine Überlassung „zum Verkehrswert“ erfolgt. Wird bezüglich des Zinssatzes und der Sicherheiten Marktüblichkeit eingehalten, liegt eine Nutzungsüberlassung der Mittel „zum Verkehrswert“ vor.

Selbst unterhalb dieses Verkehrswerts - also bei einer Ausgestaltung des Gesellschafterdarlehens zu nicht marktüblichen Konditionen - kann ausnahmsweise eine Gewährung zulässig sein, wenn hierdurch gemeindliche Aufgaben erfüllt werden. Dies ist abhängig von der jeweiligen Zwecksetzung und ist je nach begünstigter Gesellschaft und Verwendung der Mittel gestaltbar.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

2. Gesellschaftsrechtliche Betrachtung

Für Darlehen an die ZBM und deren Weitergabe sind die Zustimmungen der Gesellschafterversammlung (mit Vorbefassung des Rates der Stadt) und des Aufsichtsrates der ZBM einzuholen.

Für Darlehen an die MSW und deren Weitergabe ist die Zustimmung des Aufsichtsrates der MSW einzuholen.

Die Aufnahme eines Darlehens durch die MVG ist mit Zustimmung der Gesellschafterversammlung zulässig. Zuvor ist eine Zustimmung der Gesellschafterversammlung der ZBM (mit Vorbefassung des Rates der Stadt) einzuholen.

Die Darlehenskonditionen dürfen nicht zu einem Schaden der Gesellschaften führen. Dies ist bei einer marktüblichen Ausgestaltung grundsätzlich nicht der Fall.

Der Rechtsrahmen soll sicherstellen, dass die Verwendung der Darlehensmittel im Sinn der Stadt erfolgt und diese mit ihren Gremien in angemessenem Umfang und angemessener Art und Weise informiert wird.

3. Kreditwesenrechtliche Betrachtung

Die Vorschriften des Kreditwesengesetzes finden hinsichtlich der geplanten Darlehensvergabe keine Anwendung. Für die Stadt und die beteiligten Rechtsträger greift das sog. Konzernprivileg. Einer Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde bedarf es nicht.

4. Steuerrechtliche Betrachtung

Die Darlehensgewährung an eine Tochtergesellschaft (ZBM oder MSW) führt auf Ebene der Stadt nicht zur Steuerverstrickung der Beteiligung in einem Betrieb gewerblicher Art. Unterstellt, die Beteiligungen sind bislang nicht aus anderen Gründen steuerverstrickt, erzielt die Stadt nichtsteuerbare Zinseinnahmen aus den Darlehen.

Auf Ebene der darlehensnehmenden Gesellschaften kann die steuerliche Abzugsfähigkeit des Zinsaufwands vor dem Hintergrund der sog. Zinsschrankenregelung eingeschränkt sein. Jedenfalls dürfte der Zinsaufwand zu etwa einem Viertel der gewerbsteuerlichen Hinzurechnung unterliegen und insoweit die Gewerbesteuerbemessungsgrundlage nicht mindern.

Die Darlehensverträge sind im Vorhinein klar und eindeutig auszugestalten; die Konditionen dürfen im Vergleich zum Fremdüblichen für die Darlehensnehmer nicht nachteilig sein (verdeckte Gewinnausschüttung).

-KEINE DRITTHAFTUNG-

Frage 2 - Zuschüsse an MVG und deren Verrechnung

Es ist rechtlich zu prüfen, ob für Investitionsmaßnahmen der MVG (Anschaffung von 23 Elektrobussen ca. 21 Mio. EUR, Übernahme Planungskosten für den Straßenbahnausbau ca. 4 Mio. EUR, Anschaffung neuer Straßenbahnen 14 Mio. EUR und Grunderneuerung von Straßenbahnstrecken ca. 14 Mio. EUR) „Investitionszuschüsse“ gewährt werden können; diese finanzielle Unterstützung muss steuerneutral (insbes. bzgl. USt) erfolgen und muss den Zuwendungsregelungen entsprechen (bspw. dürfen die Investitionsprojekte noch nicht durchgeführt sein bzw. dürfen nicht mit anderen Zuschussanträgen kollidieren). Die finanziellen Unterstützungsmaßnahmen sollen mit den gewährten Gesellschafterdarlehen verrechnet werden (d.h. die Forderung der Stadt Mainz gegenüber der darlehensempfangenden Gesellschaft verringert sich); es ist zu beachten, dass für die oben genannten Maßnahmen (Busbeschaffung, Planungskosten Straßenbahnbau) teilweise bereits Bundes- und Landeszuschüsse beantragt wurden. Die Gewährung von finanziellen Mitteln durch die Stadt darf diese Zuschüsse nicht gefährden.

1. Beihilferechtliche Betrachtung

Beihilferechtlich betrachtet sind die vier avisierten Maßnahmen zum aktuellen Kenntnisstand vollumfänglich vom bestehenden öDA umfasst und deren Finanzierung beihilferechtlich durch diesen abgesichert.

2. Zuwendungsrechtliche Betrachtung

Zuwendungsrechtlich sind aufgrund bereits bewilligter bzw. beantragter Fördermittel folgende Maßnahmen zu prüfen:

- **Beschaffung von 23 Elektrobussen** (Fördermittel bewilligt; Förderantrag und -bescheid liegen uns vor)
- **Grunderneuerung der Straßenbahnstrecke** (Fördermittel beantragt; Förderantrag liegt uns vor)

a) Beschaffung der Elektrobusse

Hinsichtlich der Beschaffung der Elektrobusse stellt eine zweckgebundene zusätzliche Zuschussung dieses Vorhabens durch die Landeshauptstadt Mainz ein zuwendungsrechtliches Risiko in Form eines Rückforderungsrisikos der bereits bewilligten Mittel dar.

Im Förderantrag vom 02.08.2019 (Online-Kennung: 100421957) wurde unter **Punkt E34** des Antrags erklärt:

-KEINE DRITTHAFTUNG-

„Das Vorhaben ist oder wird nicht anderweitig mit Zuwendung oder Auftrag öffentlich finanziert.“

Eine zusätzliche zukünftige zweckgebundene Finanzierung dieses konkreten Vorhabens durch „Investitionszuschüsse“ würde dieser Erklärung widersprechen und somit ein Rückforderungsrisiko auslösen.

Bezüglich der Finanzierung mittels des öDA besteht diese Problematik hingegen nicht. Da Zuwendungen in aller Regel die Anschaffungskosten handelsrechtlich mindern, haben diese keine Auswirkungen auf den Verlustausgleich auf Grundlage des öDA und eine verbotene „Doppelförderung“ besteht aufgrund der Finanzierung über den öDA nicht.

Die Zuführung von Mitteln, die nicht für dieses konkrete Vorhaben zweckgebunden, sondern zur freien Verfügung sind, dürfte also insgesamt kein zuwendungsrechtliches Risiko beinhalten.

b) Grunderneuerung der Straßenbahnstrecke

Im Förderantrag hinsichtlich der Grunderneuerung der Straßenbahnstrecken findet sich keine ausdrückliche Erklärung dahingehend, dass keine zusätzlichen öffentlichen Zuwendungen etc. zur Finanzierung verwendet werden.

Allerdings weist der Antrag hinsichtlich der Finanzierung unter Punkt 5. des Antrags ebenfalls keine Beiträge / Zuwendungen Dritter und auch keine Eigenmittel / -leistungen aus, weshalb wir es auch diesbezüglich für zuwendungsrechtlich geboten erachten, jedenfalls keine zusätzlichen auf dieses Vorhaben bezogen zweckgebundene Mittel („Investitionszuschüsse“) der Stadt der MVG zur Verfügung zu stellen.

3. Steuerrechtliche Betrachtung

Die Gewährung von Investitionszuschüssen von der Stadt an die MVG ist grundsätzlich ertrag- und umsatzsteuerneutral möglich. In umsatzsteuerlicher Hinsicht kommt es insbesondere darauf an, dass keine Gegenleistung der MVG erbracht bzw. vereinbart wird. Eine zweiseitige Vereinbarung sollte vermieden werden. In ertragsteuerlicher Hinsicht sollten die Zuschüsse entsprechend der Auffassung der Finanzverwaltung ertragsteuerneutral als verdeckte Einlagen gestaltet werden. Da insb. die umsatzsteuerliche Abgrenzung von echtem Zuschuss und Entgelt regelmäßig mit Rechtsunsicherheiten behaftet ist, sollten die steuerlichen Folgen vor Umsetzung des Vorhabens anhand der konkreten Ausgestaltung durch Einholung einer verbindlichen Auskunft bei der Finanzverwaltung abgesichert werden.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

4. Zivilrechtliche Betrachtung

Um anstelle einer Auszahlung der Investitionszuschüsse eine Verrechnung mit bestehenden Darlehensforderungen im Konzern vornehmen zu können, wäre zunächst eine Aufrechnungslage zu schaffen, da die Stadt und die MVG ansonsten keine gegenseitigen erfüllbaren Ansprüche hätten. Zivilrechtlich wäre dies durch eine Forderungsabtretung zu erreichen. Die MVG könnte ihren Anspruch gegen die Stadt auf die Gewährung der Investitionszuschüsse zur Erfüllung ihrer Darlehensschuld in entsprechender Höhe erfüllungshalber an die ZBM/MSW abtreten. Dies wäre zivilrechtlich durch Vertrag zwischen der MVG und der ZBM/MSW möglich. Der dann der ZBM/MSW zustehende Anspruch gegen die Stadt könnte mit der Darlehensforderung der Stadt gegenüber der ZBM/MSW in entsprechender Höhe aufgerechnet werden, wenn die Darlehensforderung erfüllbar ist. Eine solche Abtretung von Forderungen aus Förderbescheiden ist zugewandungsrechtlich jedoch nicht unproblematisch und stellt jedenfalls nicht den Regelfall dar.

Alternativ wäre eine Vereinbarung zwischen der Stadt, der ZBM/MSW und der MVG denkbar, in welcher die Parteien regeln, dass die Stadt den Investitionszuschuss nicht an die MVG auszahlt, sondern gegenüber der ZBM/MSW auf ihre Darlehensforderung in entsprechender Höhe verzichtet und die ZBM/MSW wiederum in gleicher Höhe auf ihre Darlehensforderung gegenüber der MVG verzichtet. Eine solche Konstellation würde vom untersuchten Vorhaben abweichen und wäre insbesondere steuerlich separat zu würdigen.

Im Ergebnis halten wir es daher für jedenfalls rechtlich vorteilhaft, Forderungsabtretungen und -verzichte im Drei-Parteien-Verhältnis dadurch zu vermeiden, dass eine direkte Darlehensvergabe von der Stadt an die MVG erfolgt.

Frage 3 - Zuschüsse an MSW und deren Verrechnung

Es ist rechtlich zu prüfen, ob für Investitionsmaßnahmen der MSW „Investitionszuschüsse“ gewährt werden können; diese finanzielle Unterstützung muss steuerneutral (insbes. bzgl. USt) erfolgen und muss den Zuwendungsregelungen entsprechen (bspw. dürfen die Investitionsprojekte noch nicht durchgeführt sein bzw. dürfen nicht mit anderen Zuschussanträgen kollidieren). Die finanziellen Unterstützungsmaßnahmen sollen mit den gewährten Gesellschafterdarlehen verrechnet werden (d.h. die Forderung der Stadt Mainz gegenüber der darlehensempfangenden Gesellschaft verringert sich). Die Investitionsmaßnahmen betreffen i) die Wasserversorgung mit ca. 89 Mio. EUR (Brunnen sowie Wassernetze im Anlagevermögen der MSW AG, wobei das Netz an die Mainzer Netze GmbH verpachtet ist), ii) das Taubertsbergbad (bezogen auf den DAWI-Bereich des Bades, ca. 20 - 25 Mio. EUR; das Bad befindet sich im Anlagevermögen der MSW AG und wurde an die Mainzer Bad GmbH verpachtet; die Investitionszuschüsse würden ggfs. zu einer Verringerung der Anschaffungskosten des Bades im DAWI-Bereich führen und die zukünftigen Aus-

-KEINE DRITTHAFTUNG-

gleichszahlungen der Stadt in Höhe der AfA verringern), iii) die Sparte „Wärme“ mit den Gesellschaften Mainzer Wärme GmbH sowie deren Tochtergesellschaft Mainzer Wärme Plus) und ggf. iv) der Ausbau der Elektroladeinfrastruktur in der Stadt über die MSW AG bzw. deren Tochtergesellschaft Mainzer Netze GmbH.

1. Beihilferechtliche Betrachtung

Bei den avisierten Finanzierungsmaßnahmen hinsichtlich der Wassernetze und der Brunneninfrastruktur handelt es sich um Maßnahmen ohne eine beihilferechtliche Relevanz. Entsprechend stehen diesen Finanzierungsmaßnahmen jedenfalls keine beihilferechtlichen Bedenken gegenüber. Lediglich hinsichtlich der Verpachtung der Wassernetze an die Mainzer Netze GmbH kann eine Beihilfe auf Betreiberebene unter Berücksichtigung der uns vorliegenden Informationen nicht abschließend ausgeschlossen werden. Eine Beihilfe liegt insbesondere dann nicht vor, wenn ein positiver Privatinvestorentest vorliegen würde oder die Verpachtung zu marktüblichen Konditionen erfolgt, was bspw. durch öffentliche Ausschreibung erwirkt werden kann.

Bezüglich der geplanten Weiterleitung von Darlehensmitteln in Höhe von 20-25 Mio. € durch die MSW an die MSB zur Vornahme von investiven Maßnahmen im DAWI-Bereich des Taubertsbergbades gilt, dass eine Mittelgewährung auf der Grundlage der Betrauung der MSB im Grundsatz geeignet wäre, um diese Mittelgewährung beihilferechtlich abzusichern. Da auf der Grundlage einer Betrauung nach dem Freistellungsbeschluss der EU-Kommission - wie sie bei der MSB vorliegt - indes nur Ausgleichsleistungen in Höhe von max. 15 Mio. € pro DAWI/Jahr gewährt werden dürfen, könnte diese Grundlage aber nicht ausreichen, um die geplante Mittelgewährung voll abzusichern. Gegebenenfalls könnte die Mittelgewährung in der beihilfenrechtlichen Betrachtung gestreckt werden. Alternativ kann aber eine Freistellung der Mittelgewährung an die MSB auf der Grundlage von Artikel 55 der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung ("AGVO") in Betracht kommen. Nach Art. 55 der AGVO sind Investitionsbeihilfen zur Finanzierung von Sport- und multifunktionaler Freizeitinfrastruktur bis zu 30 Millionen Euro oder bis zu einer Gesamtinvestitionssumme von maximal 100 Millionen Euro je Vorhaben von der Notifizierungspflicht freigestellt. Nach der Systematik der AGVO müssen für diese Freistellung neben allgemeinen Voraussetzungen der AGVO (Transparenz, Schwellenwert, Beihilfenintensität) auch je nach Art der Maßnahme bestimmte spezifische Voraussetzungen erfüllt werden.

Die Gewährung der Mittel zum Ausbau der Ladeinfrastruktur durch die Stadt Mainz könnte auf der Grundlage einer zuvor erfolgten Betrauung der für den Ausbau zuständigen Gesellschaft nach den Vorgaben des Freistellungsbeschlusses der EU-Kommission erfolgen. Essenziell dafür wäre, dass man den Ausbau der Ladeinfrastruktur als Dienstleistung im allgemeinem Interesse

-KEINE DRITTHAFTUNG-

(“DAWI”) einordnen kann. Dies kann man durchaus begründen, da ein privater Investor den Ausbau dieser Infrastruktur aller Wahrscheinlichkeit nach nicht flächendeckend im Stadtgebiet vornehmen würde. Genau ein solcher flächendeckender Ausbau läge aber im städtischen Interesse, so dass eine öffentliche Finanzierung durch eine Betrauung in Betracht kommt. Alternativ ließe sich auch eine Freistellung der Maßnahme auf der Grundlage der AGVO (Art. 1 Nr. 1 Buchst. c), Art. 36 ff. AGVO (Umweltschutzbeihilfen) in Betracht ziehen, sofern die hier maßgeblichen Voraussetzungen erfüllt werden können.

Hinsichtlich etwaiger Finanzierungsmaßnahmen die Wärmeversorgung betreffend ist zunächst von einer beihilferechtlichen Relevanz auszugehen. Eine tatbestandliche Beihilfe kann durch einen positiven Privatinvestorentest ausgeschlossen werden, was im Grunde eine jedenfalls langfristige Renditeerwartung der avisierten Maßnahme verlangt. Hierfür bedarf es einer entsprechenden quantifizierbaren Prognose sowie der entsprechenden Wirtschaftspläne. Eine Betrauung im Bereich der Wärmeversorgung scheidet hingegen regelmäßig aus, wobei bestimmte Ausnahmen von diesem Grundsatz wie aufgezeigt gestaltbar sind. Ohne eine detailliertere Prüfung des Vorhabens kann die Annahme einer solchen Ausnahme und die Vornahme einer Betrauung jedoch nicht rechtssicher erfolgen. Ob eine solche Ausnahme im Grundsatz in Erwägung zu ziehen ist, kann insbesondere daran festgemacht werden, ob eine summarische betriebswirtschaftliche Prüfung des Vorhabens einen besonders hohen Beitrag zum Klimaschutz und der Versorgungssicherheit bei gleichzeitig deutlich überdurchschnittlichen Kosten zu Beginn der Investition ergibt.

3. Steuerrechtliche Betrachtung

Es gelten die Ausführungen zu Frage 2 entsprechend.

4. Zivilrechtliche Betrachtung

Sofern die Stadt ein Darlehen an die MSW ausgeben sollte, könnten die fälligen bzw. erfüllbaren Ansprüche auf Zahlung der Investitionszuschüsse und Ansprüche aus dem Darlehen gegeneinander aufgerechnet werden. Sollte die Stadt hingegen das Darlehen an die ZBM vergeben und diese einen Teil an die MSW weiterleiten, müsste zunächst eine Aufrechnungslage durch Forderungsabtretung geschaffen werden. Die MSW könnte ihren Anspruch gegen die Stadt auf die Gewährung der Investitionszuschüsse zur Erfüllung ihrer Darlehensschuld in entsprechender Höhe erfüllungshalber an die ZBM abtreten. Dies wäre zivilrechtlich durch Vertrag zwischen der MSW und der ZBM möglich. Der dann der ZBM zustehende Anspruch gegen die Stadt könnte mit der Darlehensforderung der Stadt gegenüber der ZBM in entsprechender Höhe aufgerechnet werden, wenn die Darlehensforderung erfüllbar ist.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

Wie zuvor im Rahmen von Frage 2 Ziff. 4. dargestellt, ist die Herstellung einer Aufrechnungslage durch Abtretung von Forderungen aus einem Zuwendungsbescheid nicht unproblematisch. Eine Ausreichung des avisierten Gesellschafterdarlehens über die ZBM ist daher aus diesem Blickwinkel rechtlich nachteilig und die Gewährung eines Gesellschafterdarlehens an die MSW vorzuzugs-würdig.

Frage 4 - Cashpool

Bei der rechtlichen Beurteilung der städtischen Maßnahmen ist zu berücksichtigen, dass die Konzernfinanzierung über Gewinnabführungsverträge / Ergebnisabführungsverträge und ein Cash-Pooling im Teilkonzern MSW AG erfolgt und ebenso ein Cash-Pooling zwischen MSW AG und ZBM besteht, d.h. die Gewährung von finanziellen Hilfen für defizitäre „DAWI-Bereiche“ ist geeignet, indirekt die Finanzierung von (Nicht-DAWI) Projekten zu ermöglichen. Dies ist rechtlich zu beurteilen.

Beihilferechtliche Beurteilung

Ob eine Beihilfenrelevanz innerhalb dieses Cashpooling-Systems zugunsten der teilnehmenden Konzerngesellschaften verhindert werden kann, hängt insbesondere davon ab, ob die Einhaltung von Marktkonditionen innerhalb des Cashpooling-Systems gewährleistet werden kann.

Dies setzt insbesondere voraus, dass die Teilnahmebedingungen individuell für jeden Teilnehmer auf Grundlage ihrer besonderen Merkmale festgelegt werden und dass die Zinssätze für die Teilnehmer des Cashpooling-Systems auf der Grundlage der Sätze und Ratings einer Geschäftsbank festgelegt werden. Weiterhin muss der verwendete Referenzzinssatz ein standardisierter Referenzzinssatz sein und schließlich sind geeignete staatliche Aufsichtsstrukturen erforderlich, die einen Missbrauch des Systems verhindern.

Sollte es vorliegend nicht möglich sein, das Cashpooling im Teilkonzern der MSW AG und im Verhältnis zur ZBM marktüblich auszugestalten, weil etwa eines der vorgenannten Kriterien nicht eingehalten wird, muss eine Rechtfertigung der dann tatbestandlichen Beihilfe über alternative Legitimationslösungen nach den allgemeinen Regelungen des EU-Beihilfenrechts herbeigeführt werden. Dies wäre im Einzelfall detailliert zu prüfen.

Frage 5 - Kapitalmaßnahmen

-KEINE DRITTHAFTUNG-

Ebenfalls ist rechtlich (beihilferechtlich, steuerrechtlich, gesellschaftsrechtlich, kommunalrechtlich) zu klären, ob eine direkte finanzielle Unterstützung der MSW AG / MVG durch Kapitalmaßnahmen bei der ZBM / MSW AG (Einzahlungen in die Kapitalrücklagen, Kapitalerhöhungen) erfolgen und das städtische Gesellschafterdarlehen mit diesen Kapitalmaßnahmen aufge-/verrechnet werden kann.

1. Beihilfe- und kommunalrechtliche Betrachtung

Grundsätzlich lässt sich feststellen, dass Kapitalmaßnahmen der Stadt sowohl in Form der Kapitalzuführung der Kapitalrücklage als auch in Form der Kapitalerhöhung zugunsten der ZBM und der MSW beihilferechtliche Relevanz zukommt. Eine tatbestandliche Beihilfe liegt nur dann nicht vor, wenn die Kapitalzuführung auch von einem wirtschaftlich rational handelnden Privaten vorgenommen werden würde und ein entsprechend positiver Privatinvestorentest vorliegt. Dieser wiederum hat unter Berücksichtigung der Wirtschaftspläne und einer quantifizierbaren Prognose hinsichtlich der avisierten Kapitalmaßnahmen zu erfolgen.

Im Falle einer tatbestandlichen Beihilfe wären Kapitalmaßnahmen für bereits betraute DAWI-Bereiche bzw. vom öDA umfasste Tätigkeiten über diese Instrumente beihilferechtlich abgesichert, soweit diese Maßnahmen ihnen unterfallen.

Kommunalrechtlich handelt es sich bei Kapitalmaßnahmen der Stadt bei ihren Beteiligungen um eine sog. wesentliche Erweiterung. Diese ist grundsätzlich unter bestimmten Voraussetzungen kommunalrechtlich zulässig, löst aber insbesondere Anzeige bzw. Vorlagepflichten aus. So sehen bereits Satzungen der ZBM und MSW eine Vorbefassung des Rates der Stadt vor. Neben der Vorbefassung der Stadt mit den Kapitalmaßnahmen ist kommunalrechtlich gem. § 92 Abs. 1 Nr. 1 GO RhPf eine Vorlage des entsprechenden Beschlusses spätestens sechs bzw. vier Wochen (im Bereich der Energieversorgung) vor der Umsetzung der Maßnahme bei der zuständigen Kommunalaufsichtsbehörde erforderlich.

2. Gesellschaftsrechtliche Betrachtung

Kapitalmaßnahmen bei der ZBM oder der MSW sind sowohl durch Kapitalerhöhungen als auch durch Leistungen in die Kapitalrücklage der jeweiligen Gesellschaft möglich. Beides wird durch die Gesellschafter beschlossen. Ein Kapitalerhöhungsbeschluss (nebst Satzungsanpassung) muss notariell beurkundet werden und bedarf einer drei Viertel Mehrheit. Die Satzungen der ZBM und MSW sehen eine Vorbefassung des Rates der Stadt vor.

Die Einlagen können grundsätzlich durch Sachmittel erbracht werden. Als solches kommt eine Darlehensforderung der Stadt gegenüber der jeweiligen Gesellschaft in Betracht. Als (verdeckte) Sacheinlage muss die Werthaltigkeit der Forderung nachgewiesen werden.

3. Steuerrechtliche Betrachtung

Einlagen der Gesellschafter von Kapitalgesellschaften sind gesellschaftsrechtliche Vermögensmehrungen, die nicht der Ertrag- oder Umsatzsteuer unterliegen. Stammkapitalerhöhungen oder Zuführungen zur Kapitalrücklage führen bei der Stadt zu einer Erhöhung der Anschaffungskosten der jeweiligen Beteiligung. Sofern disquotale Einlagen in die MSW geleistet werden sollten, so ist umstritten, ob dies in vollem Umfang zu nachträglichen Anschaffungskosten allein der Stadt führen würde.

Frage 6 - Regelmäßige Leistungen

Es ist zu klären, ob und unter welchen Voraussetzungen die finanzielle Unterstützung durch die Stadt Mainz regelmäßig geleistet werden kann.

1. Beihilfe- und kommunalrechtliche Betrachtung

Aus beihilferechtlicher Perspektive ist zwischen solchen Finanzierungsmaßnahmen zu unterscheiden, für die bereits eine Betrauung besteht oder eine Betrauung angedacht wird bzw. ein öDA besteht und solchen Finanzierungsmaßnahmen, die bisher nur einmalig betrachtet wurden und für die insbesondere auch keine Betrauung in Betracht kommt (bspw. regelmäßig hinsichtlich der Wärmeversorgung).

Solange und soweit Finanzierungsmaßnahmen inhaltlich und vom Volumen her von einer Betrauung bzw. einem öDA umfasst sind, gilt diese beihilfenrechtliche Absicherung auch dann, wenn die Finanzierung nicht einmalig, sondern regelmäßig geleistet wird. Maßnahmen, die nicht umfasst sind, sind jeweils im Einzelfall abzusichern (bspw. würde eine Freistellung auf Grundlage der AGVO eine Anzeigepflicht mit sich ziehen). Entsprechend wäre eine Wiederholung von Maßnahmen, die nicht von einem öDA oder einer Betrauung umfasst sind, beihilferechtlich ohne Rechtfertigung im Einzelfall unzulässig.

Die Wiederholung der untersuchten Finanzierungsmaßnahmen unterliegt hingegen grundsätzlich keiner abweichenden kommunalrechtlichen Beurteilung, soweit die jeweils dargestellten Vorgaben erfüllt sind.

2. Gesellschaftsrechtliche Betrachtung

Die Wiederholung der untersuchten Finanzierungsmaßnahmen unterliegt grundsätzlich keiner abweichenden gesellschaftsrechtlichen Beurteilung.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

3. Steuerrechtliche Betrachtung

Die Wiederholung von untersuchten Finanzierungsmaßnahmen führt grundsätzlich zu keinen abweichenden steuerlichen Folgen.

C. Rechtliche Würdigung im Einzelnen

I. Frage 1 - Darlehensgewährung

1. Ausgangslage / Veranlassung

In einem ersten Schritt ist angedacht, ein Gesellschafterdarlehen an die MSW oder an die ZBM im Umfang von bis zu 100 Mio. EUR mit einer Laufzeit von ca. 5 Jahren kurzfristig zu gewähren; hiermit soll der Finanzierungsbedarf bei der MSW und bei der MVG abgedeckt werden.

Es ist rechtlich (beihilferechtlich, steuerrechtlich, gesellschaftsrechtlich, kommunalrechtlich und nach dem Kreditwesengesetz) zu prüfen, ob ein solches Darlehen von der Stadt Mainz direkt an die MSW und von dort aus in Teilen weiter an die MVG oder über die ZBM an die MSW / MVG ausgereicht werden kann und welche Aspekte bei der Gewährung an die ZBM zu beachten sind.

In der Vergangenheit gewährte die Landeshauptstadt Mainz Wohnungsbaudarlehen im Rahmen der sozialen Wohnbauförderung und Sanierungsdarlehen.

Die letzten Wohnungsbaudarlehen wurden im Jahr 2019 vorzeitig abgelöst. Neue Darlehensgewährungen im Rahmen der sozialen Wohnraumförderung sind nicht mehr vorgesehen.

Sanierungsdarlehen sind per 01.04.2022 noch in 16 Fällen ausgereicht; das Gesamtvolumen der Sanierungsdarlehen beläuft sich noch auf rund eine Mio. EUR. Es handelt sich hierbei um Darlehen zur Begleichung des Sanierungsausgleichbetrages nach § 154 Abs. 5 des Baugesetzbuches (BauGB) und Darlehensgewährungen im Rahmen von Modernisierungsverträgen nach § 146 Abs. 3 BauGB. Darlehensnehmer dieser grundbuchrechtlich gesicherten Darlehensforderungen sind neben der Gemeinnütziges Siedlungswerk GmbH, Frankfurt, die Wohnbau Mainz GmbH sowie Privatpersonen (Eigentümer von Grundstücken in den Sanierungsgebieten).

2. Beihilfenrechtliche Betrachtung

Ob die beabsichtigte städtische Darlehensgewährung zugunsten der MSW und MVG sowie ggf. vermittelt über die ZBM beihilfenrechtskonform erfolgen kann, richtet sich danach, ob diese eine

-KEINE DRITTHAFTUNG-

tatbestandliche Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV¹ darstellt und bejahendenfalls, ob diese beihilfenrechtlich legitimiert werden kann.

a) Vorliegen einer tatbestandlichen Beihilfe

Nach Art. 107 Abs. 1 AEUV sind Beihilfen grundsätzlich verboten. Nach dieser Vorschrift ist eine Beihilfe dann anzunehmen, wenn die folgenden fünf Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

- Vorliegen einer Maßnahme zugunsten eines **Unternehmens**;
- Finanzierung der Maßnahme aus **staatlichen Mitteln**;
- **Begünstigung** des Unternehmens durch die Maßnahme;
- Begünstigung von **bestimmten** Unternehmen (oder Produktionszweigen) durch die Maßnahme, d. h. Selektivität der Maßnahme und
- **Verfälschung oder drohende Verfälschung des Wettbewerbs und Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.**

Das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen wird nachfolgend im Einzelnen geprüft.

aa) Unternehmen

Die künftigen Empfänger des Darlehens, also die MSW und die MVG, sind „*Unternehmen*“ im beihilfenrechtlichen Sinne.

Der beihilfenrechtliche Unternehmensbegriff des Art. 107 Abs. 1 AEUV ist weit gefasst und umfasst jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung. Unter wirtschaftlicher Tätigkeit sind dabei Tätigkeiten industrieller oder kommerzieller Art zu verstehen, die darin bestehen Güter und Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.² Eine Gewinnerzielungsabsicht ist hierbei nicht erforderlich.³

Unternehmensgegenstand der MSW ist dem Gesellschaftsvertrag zufolge die Versorgung mit Elektrizität, Gas, Wasser und Wärme, die Entsorgung, der öffentliche Nahverkehr, der Bäderbetrieb, der Betrieb eines Hafens, der Betrieb der städtischen Fernmeldeanlagen, das Erbringen von Kommunikationsdienstleistungen jeglicher Art, die Baulandentwicklung, die Entwicklung und

¹ Vgl. Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Konsolidierte Fassung, ABl. EG Nr. C 115 vom 9.5.2008, S. 47 (nachfolgend „AEUV“).

² Münchener Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3, Art. 107 Rn. 309.

³ Münchener Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3, Art. 107 Rn. 311.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

gewerbsmäßige Vermarktung der eigenen Immobilien sowie der Betrieb der Straßenbeleuchtung (§ 2 Abs. 1 ihres Gesellschaftsvertrages).

Unternehmensgegenstand der MVG ist nach dem Gesellschaftsvertrag die Erbringung von Leistungen im Bereich des öffentlichen Nahverkehrs (§ 2 Abs. 1 ihres Gesellschaftsvertrages). Nach diesen Unternehmensgegenständen sind beide Unternehmen auf Märkten tätig und stehen dort im Wettbewerb zu anderen Anbietern in den jeweils relevanten Branchen.

Auch die ZBM erbringt nach ihrem Gesellschaftsvertrag Dienstleistungen, die grundsätzlich von anderen Anbietern kostendeckend am Markt angeboten werden. Eine weitergehende beihilferechtliche Klassifizierung der ZBM kann hier jedoch erstmal dahinstehen, da sie nach unserem Verständnis die künftigen Mittel aus dem Gesellschafterdarlehen lediglich an die MSW bzw. die MVG weiterleiten soll. Eine Mittelgewährung zugunsten der ZBM und damit eine Beihilfe dürfte - vorbehaltlich der abschließenden Betrachtung der gewählten Ausgestaltung - hier zu verneinen sein.

Festzuhalten ist, dass die beihilferechtliche Unternehmenseigenschaft jedenfalls hinsichtlich der MSW und der MVG gegeben ist, so dass diese potenziell Empfänger von Beihilfen i. S. v. Art. 107 Abs. 1 AEUV sein können.

bb) Finanzierung der Maßnahme aus staatlichen Mitteln

Eine „*Finanzierung aus staatlichen Mitteln*“ liegt vor, wenn durch die Maßnahme ein staatlicher Haushalt belastet wird und die Maßnahme dem Staat zurechenbar ist.

Durch das Merkmal der Zurechenbarkeit sollen solche Maßnahmen aus dem Beihilfentatbestand ausgenommen werden, die nicht von staatlichen Entscheidungsträgern herrühren, da sich das Beihilfenverbot in Art. 107 Abs. 1 AEUV nur an die Mitgliedstaaten und nicht an private Unternehmen richtet.⁴ Vorliegend geht es bei der Ausreichung des Darlehens um eine Maßnahme, die unmittelbar von der Landeshauptstadt Mainz vorgenommen werden soll und damit dem Staat, hier der Stadt, zurechenbar ist. Die Maßnahme würde zudem auch unmittelbar einen öffentlichen Haushalt, nämlich den Haushalt der Stadt, belasten.

Auch Mittel, die von einer kommunalen Tochtergesellschaft einem anderen (kommunalen) Unternehmen gewährt werden, können staatliche Mittel sein, wenn sie der Kommune zugerechnet werden können, denn die EU-Kommission lässt es für die Zurechenbarkeit regelmäßig ausreichen, dass die beschließenden Organe mit Vertretern der öffentlichen Hand besetzt sind. Bei den

⁴ Vgl. Beihilfenbekanntmachung der EU-Kommission vom 19. Juli 2016, ABl. 2016 C 262/01 (nachfolgend: **Beihilfebekanntmachung**) Rn. 38.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

Aufsichtsräten kommunaler Unternehmen, denen neben Vertretern der Arbeitnehmer typischerweise Mitglieder kommunaler Gremien angehören, ist dies regelmäßig der Fall.

Im Ergebnis muss daher davon ausgegangen werden, dass durch das beabsichtigte Gesellschafterdarlehen der Stadt zugunsten der MSW und der MVG, sowohl in Form direkter Gewährung durch die Stadt als auch im Wege einer Weiterleitung über die ZBM, die Unternehmen MSW und MVG grundsätzlich aus staatlichen Mitteln finanzieren werden und insoweit auch beihilferechtlich relevant sind. Eine Finanzierung der Maßnahme aus staatlichen Mitteln liegt damit vor.

cc) Selektive Begünstigung des Unternehmens durch die Maßnahme

Der Beihilfentatbestand setzt weiter voraus, dass durch die Maßnahme ein Unternehmen oder ein Produktionszweig „*selektiv begünstigt*“ wird. Eine Begünstigung nach Art. 107 Abs. 1 AEUV ist jede wirtschaftliche Vergünstigung, die ein Unternehmen unter normalen Marktbedingungen, also ohne Eingreifen des Staates, nicht erhalten hätte. Verbessert sich die finanzielle Lage eines Unternehmens, weil der Staat zu von den normalen Marktbedingungen abweichenden Konditionen eingreift, liegt ein Vorteil vor. Zur Feststellung des Vorteils ist die finanzielle Lage des Unternehmens nach der Maßnahme mit der finanziellen Lage zu vergleichen, in der es sich befände, wenn die Maßnahme nicht durchgeführt worden wäre.⁵

Bei der Beurteilung des Vorliegens eines Vorteils kommt es damit vorliegend auf eine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung von Leistung und Gegenleistung unter normalen Marktbedingungen an. Die Begünstigung muss ferner selektiv wirken, also nur bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen zugutekommen. Begünstigungen können grundsätzlich in ganz unterschiedlichen Formen erfolgen, wie beispielsweise Geldzahlungen, Kapitaleinlagen in unrentable Unternehmen, Verlustübernahme ohne Aussicht, zumindest langfristig eine angemessene Rendite zu erzielen, etc. Grund und Ziel des staatlichen Eingreifens sind dabei hingegen nicht von Belang, sondern allein die Auswirkungen der Maßnahme. Wenn sich die finanzielle Lage eines Unternehmens verbessert, weil der Staat zu von den normalen Marktbedingungen abweichenden Konditionen eingreift, liegt ein Vorteil vor.

Auch Darlehen, die von der öffentlichen Hand zu Konditionen ausgereicht werden, die nicht als marktüblich eingestuft werden können, stellen eine staatliche Beihilfe dar. Bei der staatlichen Vergabe von Darlehen an Unternehmen ist entscheidend, ob das Unternehmen die betreffenden Beträge auf den privaten Kapitalmärkten zu den gleichen Konditionen hätte beschaffen können. Hätte das Unternehmen zu normalen Marktbedingungen ein Darlehen nur zu höheren Zinsen oder gegen höhere Sicherheiten erlangt, so liegt in dem so erlangten wirtschaftlichen Vorteil eine Beihilfe. Regelmäßig ist nur die Differenz zwischen den Zinsen, die das Unternehmen bei

⁵ Vgl. Beihilfebekanntmachung Rn. 66 ff.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

Beschaffung der Gelder auf privaten Kapitalmärkten hätte zahlen müssen, und den tatsächlich gezahlten Zinsen als Beihilfe i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV einzustufen. Anders kann dies bei Unternehmen in Schwierigkeiten, bei welchen die Darlehensgewährung am privaten Kapitalmarkt insgesamt schwierig ist, zu beurteilen sein.⁶

Bei Darlehen kommt es somit insbesondere auf zwei Aspekte an. Zum einen auf die Verzinsung, die ein marktübliches Niveau erreichen muss und zum anderen auf die Besicherung des Darlehens.

Bzgl. des Zinssatzes hat sich die EU-Kommission in ihrer Mitteilung über die Festsetzung der Referenz- und Abgeltungzinssätze auf die von der EU-Kommission nach Art. 9 der VO (EG) Nr. 794/20043 festgelegte Methode für die Ermittlung des Zinssatzes für Rückforderung gestützt und festgelegt, dass für die Berechnung des Zinssatzes der aktuelle Geldmarktsatz (IBOR) zugrunde zu legen und um einen Risikoaufschlag zu erhöhen ist, der sich nach dem Rating des Unternehmens und der Besicherung zu richten hat.⁷ Liegt folglich der gewählte Zinssatz unter Berücksichtigung des Ratings, der Ausfallwahrscheinlichkeit und der Besicherung unter dem marktüblichen Zins, so liegt ein Beihilfewert (sog. Bruttosubventionsäquivalent) in Höhe der Abweichung vom marktüblichen Zins vor. Befindet sich das Unternehmen in Schwierigkeiten im Sinne der Leitlinien zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten (ABl. 2014/C 249/01.) und würde es ohne staatliche Hilfe überhaupt keinen Kredit bei einer Bank erhalten können, kann sogar der Gesamtbetrag des Darlehens als Beihilfe anzusehen sein.⁸

Auf Ebene der ZBM, die die erhaltenen Mittel lediglich an die MSW (bzw. an MVG) weiterleiten soll, liegen aus unserer Sicht bereits gute Gründe dafür vor, bereits eine Begünstigung im beihilfenrechtlichen Sinne abzulehnen, da bei der ZBM kein vermögensrelevanter Vorteil verbleiben soll. Dieses Ergebnis hinsichtlich der ZBM bleibt jedoch anhand der konkret gewünschten Ausgestaltung nochmals genauer zu prüfen. Erhält beispielsweise die ZBM das städtische Darlehen und reicht die Darlehenssumme (ggf. nach ihrem Ermessen) an die MSW und die MVG weiter, bleibt

⁶ Mestmäcker/Schweitzer in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2016, Art. 107 AEUV Rn. 97.

⁷ Vgl. EU-Kommission ABl. 2008, C 14/6.

⁸ von Wallenberg/Schütte in: Das Recht der Europäischen Union, 71. EL August 2020, Art. 107 Rn. 86, 87 m.w.N. „Sofern die Satzung eines öffentlichen Unternehmens dessen Konkurs ausschließt und dies dazu führt, dass das Unternehmen Kredite zu günstigeren Bedingungen aufnehmen kann als dies sonst unter Anwendung marktgemäßer Grundsätze möglich wäre, wird auch dies von der EU-Kommission als eine einer Bürgschaft vergleichbare Dauerbegünstigung qualifiziert (EU-Kommission 13.11.1993, ABl. 1993 C 307, 3 Rn. 38.1)“ so Bartosch in: ders. EU-Beihilfenrecht, 2. Aufl. 2016, Art. 107 Rn. 36 ff.; Arhold in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, Art. 107 AEUV Rn. 245 ff.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

abschließend zu prüfen, ob aufgrund der zugrundeliegenden vertraglichen Gestaltung eine Begünstigung auf Ebene der ZBM und damit eine Beihilfe tatsächlich ausgeschlossen werden kann.

Auf Ebene der Empfänger-gesellschaften MSW (oder MVG) könnte indes je nach Ausgestaltung des Darlehens eine Begünstigung vorliegen. Hier ist relevant, ob das Darlehen nach den vorstehend benannten Gesichtspunkten als marktüblich angesehen werden kann. Ob eine solche Marktüblichkeit gegeben ist, lässt sich zum aktuellen Zeitpunkt nicht feststellen, da die relevanten Darlehenskonditionen und das Rating der Empfänger-unternehmen noch nicht bekannt sind.

Im Ergebnis ist für die Ausgestaltung des Gesellschafterdarlehens festzuhalten, dass eine beihilfefreie Ausgestaltung dann möglich ist, wenn die Konditionen des Darlehens - insbesondere dessen Verzinsung und Besicherung - den marktüblichen Konditionen unter Berücksichtigung des Ratings des vorgesehenen Darlehensempfänger entsprechen.

dd) (Potenzielle) Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung

Schließlich muss die staatliche Maßnahme zu einer „(potenziellen) Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung“ führen. Angesichts der hohen wirtschaftlichen Integration innerhalb der Europäischen Union wird dieses Tatbestandsmerkmal regelmäßig bejaht. Etwas anders gilt nur dann, wenn durch die Maßnahme ein Vorhaben gefördert wird, welches eine rein lokale Bedeutung aufweist.

In der Vergangenheit hat die EU-Kommission in verschiedenen Bereichen bei staatlichen Maßnahmen zur Förderung rein lokaler Vorhaben, eine staatliche Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV abgelehnt.⁹ Grundsätzlich wird bei der Beurteilung der rein lokalen Bedeutung von der EU-Kommission zwischen den zwei relevanten Märkten unterschieden, der Nutzerebene und der Eigentümer- bzw. Betreiberebene. Relevant ist, ob es in der entsprechenden Branche Hinweise auf grenzüberschreitende Investoren (Eigentümerebene) oder Dienstleister (Betreiberebene) gibt. Hinzu kommt gegebenenfalls die räumliche Lage (Grenznähe) und die hiermit zusammenhängende Nutzerstruktur. Sprechen die aus diesen Umständen abgeleiteten Indizien für eine Beeinträchtigung des grenzüberschreitenden Handels (Wettbewerbs), kann eine Beihilfe vorliegen. Liegen die oben genannten Indizien nicht vor, kann eine rein lokale Bedeutung angenommen werden.

⁹ vgl. hierzu die Entscheidungen der EU-Kommission vom 29. April 2015, u.a. SA.37432 „Krankenhaus Hradec Králové“; SA.37904 „Medizinisches Versorgungszentrum Durmersheim“; SA.33149 „Wirtschaftsbüro Gaarden, Kiel“; SA.38035 „Landgrafen-Klinik“; SA.39403 „Hafen von Lauwersoog“; SA.37963 „Glenmore Lodge“; SA.38208 „Golfclub“ sowie die alte Entscheidung vom 12. Januar 2001, SG(2001) D/285046 „Freizeitbad Dorsten“.).

-KEINE DRITTHAFTUNG-

Angedacht werden könnte, ob vorliegend auf Eigentümerebene (Investoren) betreffend die hier vorrangig betroffenen Versorgungsbereiche (Energie, Wärme, ÖPNV, Bäder etc.) eine beihilfenrechtlich irrelevante „rein lokale Bedeutung“ vorliegt. Nach unseren Informationen ist dies jedoch nicht der Fall. Insbesondere erscheint es keineswegs fernliegend, dass auf Eigentümer-ebene grenzüberschreitende Investoren in den jeweilige Versorgungssparten vorhanden sind. Letztlich bedürfte es hier einer Markterkundung.

Aufgrund der Öffnung bestimmter Märkte wie z. B. der Öffnung des Energiemarkts sowie auch der beträchtlichen Höhe des hier beabsichtigten Gesellschafterdarlehens spricht u. E. vorliegend vieles dafür, dass die Beihilfenkonformität der avisierten Finanzierungsmaßnahmen nicht rechts-sicher auf die „rein lokale Bedeutung“ gestützt werden kann.

b) Möglichkeiten zur beihilfenrechtlichen Absicherung der Darlehensgewährung

Soweit eine beihilferechtliche Relevanz des Gesellschafterdarlehens anzunehmen ist, sind poten-zielle beihilferechtliche Absicherungen zu prüfen. Im Folgenden stellen wir die zwei naheliegen-den Ausgestaltungen zur beihilferechtlichen Absicherung dar.

aa) Durchführung eines sog. Private-Investor-Tests („PIT“)

Wirtschaftliche Transaktionen von öffentlichen Stellen verschaffen der Gegenseite keinen Vorteil und stellen somit – mangels „selektiver Begünstigung“ – bereits tatbestandlich¹⁰ keine Beihilfe dar, sofern sie zu „normalen“ Marktbedingungen vorgenommen werden. Die Unionsgerichte ha-ben hierfür den Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers entwickelt, um bei öffentlichen Investitionen (insbesondere Kapitalzuführungen) festzustellen, ob eine staatliche Beihilfe vorliegt.¹¹

Für die Zwecke des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten sind nur die Vorteile und Verpflichtungen zu berücksichtigen, die mit der Rolle des Staates als Wirt-schaftsbeteiligtem zusammenhängen, nicht aber jene, die sich an seine Rolle als Träger öffentli-cher Gewalt knüpfen. Wenn der Eingriff des Staates demnach aus Gründen des Gemeinwohlinter-esses (etwa zum Zwecke der Daseinsvorsorge wie Verkehrsleistungserbringung, sozialen oder regionalen Entwicklung, Umweltschutz etc.) erfolgt, kann das Verhalten des Staates zwar aus politischer Sicht rational sein, aber nicht dazu führen, dass dieses mit dem eines marktwirtschaft-lich handelnden Wirtschaftsbeteiligten gleichgesetzt werden kann.¹² Allein die städtische Inten-

¹⁰ Aus Gründen der Übersichtlichkeit erfolgt die Prüfung im Gutachten erst an dieser Stelle.

¹¹ Beihilfebekanntmachung, Rn. 74 ff.

¹² Beihilfebekanntmachung, Rn. 77.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

tion, beispielsweise den ÖPNV weiter zu verbessern oder zum Erreichen von Umwelt- und Klimaschutzziele beizutragen, kann allein damit nicht zu einem positiven PIT führen, sofern dies nicht auch mit wirtschaftlichen Vorteilen für die Landeshauptstadt Mainz verknüpft ist.

Ob eine staatliche Maßnahme den Marktbedingungen entspricht, muss ex ante (im Voraus) auf Grundlage der zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Maßnahme - hier der avisierten Darlehensgewährung - auf Basis der verfügbaren Informationen geprüft werden. Ex-post vorgenommene wirtschaftliche Bewertungen reichen nicht aus.¹³

In der vorliegenden Konstellation ist damit, insbesondere im Hinblick auf die Darlehensgewährung zugunsten der MSW, zunächst zu prüfen und ggf. zu gestalten, ob hier eine „marktübliche“ Darlehensgewährung angenommen werden kann (vgl. hierzu unsere Ausführungen unter Ziffer I. 1.c)).

Soll aber die MSW gerade kein „marktübliches“ Darlehen, sondern ein besonders günstiges Darlehen erhalten, so ist zu prüfen, ob diese städtische Maßnahme unter anderen Aspekten als marktkonform gewertet werden kann.

In diesem Falle wäre zu betrachten, ob durch die vergünstigte Darlehensgewährung eine angemessene Gegenleistung für die Landeshauptstadt Mainz zu erwarten ist (beispielsweise höhere Kapitalrückflüsse o. ä). Der Betrachtungszeitraum kann dabei durchaus mehrere Jahre umfassen.

Gerne nehmen wir eine solche Betrachtung vor, sobald die konkrete Ausgestaltung des Darlehens feststeht.

bb) Öffentlicher Dienstleistungsauftrag der MVG

Kann über das Merkmal der Marktüblichkeit bzw. Durchführung eines PIT eine tatbestandliche Beihilfe nicht ausgeschlossen werden, ist eine sog. beihilfenrechtliche Rechtfertigungsmöglichkeit, wie eine Betrauung des Unternehmens, in Betracht zu ziehen.

Gerade im Hinblick auf die MVG bietet sich dies an, da die MVG über einen aktuellen öDA verfügt, welcher als beihilfenrechtliche Rechtfertigung für die städtische Darlehensgewährung herangezogen werden kann.

Die Landeshauptstadt Mainz hat gegenüber der MVG durch Entscheidung des Stadtrates vom 28.04.2021 sowie die anschließende Weisung über eine Weisungskette einen öDA erteilt und der

¹³ Beihilfebekanntmachung, Rn. 78.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

MVG damit die Erbringung von Verkehrsleistungen im Gebiet der Stadt Mainz, einschließlich ergänzender ÖPNV-Dienstleistungen wie der Vorhaltung der hierfür erforderlichen Infrastruktur, als gemeinwirtschaftliche Verpflichtung auferlegt.

Nach § 2 Abs. 2 des öDA kann eine städtische Ausgleichsgewährung insbesondere durch mittelbare oder unmittelbare Zuschüsse der Stadt, Bürgschaften oder konzerninterne Verrechnungen erfolgen. Diese Aufzählung ist nicht abschließend, weshalb grundsätzlich auch die städtische Darlehensgewährung auf Grundlage des öDA erfolgen kann.

Erforderlich hierfür ist, dass die Darlehensgewährung für Tätigkeiten der MVG erfolgt, welche unter die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung der MVG entsprechend des öDA zu fassen sind. Etwaige kommerzielle Tätigkeiten der MVG dürfen somit nicht von den Vorteilen eines Darlehens profitieren. Für eine städtische Darlehensgewährung als (ergänzende) Ausgleichsleistung zugunsten der MVG sind somit - wie für die übrigen Ausgleichsgewährungen zugunsten der MVG auch - eine Trennungsrechnung (§ 3 des öDA) und eine Überkompensationskontrolle (§ 2 Abs. 5 des öDA) durchzuführen.

Sodann kann der öDA als beihilfenrechtliche Rechtfertigung für die städtische Darlehensgewährung zugunsten der MVG genutzt werden.

3. Kommunalrechtliche Betrachtung

a) Gewährung von Gesellschafterdarlehen durch die Stadt Mainz

Grundsätzlich darf eine Kommune Vermögensgegenstände, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben nicht braucht, veräußern (§ 79 Abs. 1 S. 1 der Gemeindeordnung Rheinland-Pfalz - GO RhPf). Diese Vermögensgegenstände dürfen dann in der Regel nur zum Verkehrswert veräußert werden (§ 79 Abs. 1 S. 3 GO RhPf).

Für den Begriff des Vermögensgegenstandes gibt es keine Legaldefinition. Er umfasst jedoch das gesamte Aktivvermögen. „Der im Gemeindehaushaltsrecht geltende Vermögensbegriff beinhaltet daher wie auch der zivilrechtliche Begriff das Eigentum an beweglichen und unbeweglichen Sachen, sämtliche Forderungen und sonstige dingliche und obligatorische Rechte, d. h. alle Güter, die im Wirtschaftsleben in Geld bewertet werden“.¹⁴ Finanzmittel der Gemeinde fallen insofern hierunter. Die genannten Grundsätze gelten somit auch für das Verschenken von Geld.¹⁵

¹⁴ Dazert, in PdK RhPf, § 78 GO Ziff. 1.1.

¹⁵ Gern, Deutsches Kommunalrecht, 3. A., S. 451.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

Das Verbot der Veräußerung von Vermögensgegenständen, welche die Gemeinde zur Erfüllung ihrer Aufgaben braucht, und das grundsätzlich Verbot der Veräußerung unter Verkehrswert, gelten sinngemäß auch für die Überlassung der Nutzung eines Vermögensgegenstandes, vgl. § 79 Abs. 2 GO RhPf.

Der Verkehrswert ist nach Ziff. 1 der Verwaltungsvorschrift zu § 79 GO RhPf (VV zu GO RhPf) in der Regel der Wert des zu veräußernden Gegenstandes.

Die Vorgabe des § 79 Abs. 1 S. 3 GO RhPf, nur zum Verkehrswert zu veräußern, beinhaltet jedoch ausweislich des Wortlauts kein absolutes, sondern nur ein grundsätzliches Gebot. Die Formulierung „in der Regel“ lässt in besonders gelagerten Fällen Ausnahmen zu.¹⁶

Es bedarf in diesen Fällen einer besonderen Legitimierung, da der Staat kein Recht zu „Geschenken“ hat und mit öffentlichen Mitteln erworbenes Gemeindevermögen nicht zu Lasten der Allgemeinheit verschleudert werden darf.¹⁷ Liegt der mit der Veräußerung beabsichtigte Zweck im öffentlichen Interesse, ist eine Durchbrechung des Verkehrswertprinzips durchaus legitim. Insofern kann sogar eine Übertragung eines Vermögensgegenstandes zulässig sein, wenn damit eine gemeindliche Aufgabe erfüllt wird.¹⁸

Vermögensveräußerungen unter dem Verkehrswert können darüber hinaus auch aus haushaltswirtschaftlichen Gründen zulässig sein. Die Deckung eines akuten Finanzbedarfs kann eine Veräußerung unter Wert erlauben, wenn die Leistungsfähigkeit der Gemeinde die Aufnahme zusätzlicher Kredite nicht gestattet. Die Anerkennung einer Ausnahme begegnet generell umso größeren rechtlichen Bedenken, je stärker die Abweichung der Gegenleistung von dem Wert des zu veräußernden Vermögensgegenstandes zu Gunsten eines Erwerbers ist.

Die Gewährung von Gesellschafterdarlehen durch die Stadt Mainz ist insofern eine „Nutzungsüberlassung“ dieses Vermögensgegenstandes (Geld) an die Darlehensnehmer. Die Vorgaben des § 79 Abs. 1 GO RhPf gelten insofern nach § 79 Abs. 2 GO RhPf sinngemäß. Zunächst ist eine Überlassung somit nur denkbar, wenn die Vermögensgegenstände zur Erfüllung gemeindlicher Aufgaben nicht gebraucht werden. Hiervon ist im Falle der zusätzlichen Finanzeinnahmen/Finanzmittel auszugehen.

Eine Nutzungsüberlassung ist dann *in der Regel* nur zulässig, wenn dies „zum Verkehrswert“ erfolgt. Im Falle eines Darlehens - Nutzungsüberlassung - würde das verkehrsübliche Darlehenszinsen entsprechend der gewährten Sicherheiten bedeuten. Wird hier Marktüblichkeit eingehal-

¹⁶ Dazert, in PdK RhPf, § 79 GO Ziff. 2.3; OVG Münster, Urt. v. 05.08.1982 - 15 A 1634/81 - NJW 1983, 2517.

¹⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 30. 1. 1967 - III ZR 35/65 - NJW 1967, 762.

¹⁸ Vgl. Lange, KommunalR, S. 1105.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

ten, liegt eine Nutzungsüberlassung zum Verkehrswert vor. Im Ergebnis sind damit die kommunalrechtlichen Vorgaben eingehalten, wenn eine beihilfenrechtskonforme - da marktgerechte - Gewährung erfolgt (vgl. unsere Ausführungen unter Ziffer I 1.3).

Selbst unterhalb dieses Verkehrswerts ist jedoch ausnahmsweise eine Nutzungsüberlassung zulässig, wenn hierdurch *gemeindliche* Aufgaben erfüllt werden.

Auch dies ist grundsätzlich, je nach begünstigter Gesellschaft und Verwendung der Mittel, denkbar/gestaltbar.

b) Gewährung von Gesellschafterdarlehen an die Zentrale Beteiligungsgesellschaft der Stadt Mainz mbH und Weitergewährung von Gesellschafterdarlehen

Für eine Darlehensgewährung der Stadt Mainz an die ZBM gelten die oben ausgeführten Vorgaben.

Für eine Gewährung von Darlehen der ZBM an deren Tochtergesellschaften sind derartige kommunalrechtliche Vorgaben nicht vorgesehen. § 79 GO RhPf gilt ausweislich des Wortlauts nur für die Gemeinde und nicht vor kommunale Unternehmen. Auch in den §§ 85 ff. GO RhPf ist keine entsprechende Verpflichtung zu finden.

Allerdings kann das Vorgehen durch konzerninterne Beschlussvorgaben bzw. Weisungen (z. B. bei entsprechendem Gemeinderatsbeschluss) vordeterminiert sein.

Im Übrigen ist in Bezug auf die ZBM darauf hinzuweisen, dass nach § 9 Abs. 2 lit. b) des Gesellschaftsvertrags der ZBM eine Zuständigkeit des Aufsichtsrats für Strategieentscheidungen für Rechtsgeschäfte im Rahmen des Zins- und Schuldenmanagements vorgesehen ist. Insofern könnte - je nach Ausgestaltung - bereits eine Entscheidungszuständigkeit des Aufsichtsrats notwendig sein.

4. Steuerrechtliche Betrachtung

Bei den zu betrachtenden Varianten können sich auf verschiedenen Ebenen steuerliche Auswirkungen ergeben. Nachfolgend stellen wir die steuerlichen Auswirkungen der Darlehensvergabe auf Ebene der Stadt, auf Ebene der ZBM (sofern sie in die Darlehensvergabe eingebunden wird) sowie auf Ebene der MSW und der MVG dar.

a) Steueraspekte auf Ebene der Stadt als Darlehensgeberin

Die potenziellen Steuerfolgen auf Ebene der Stadt sind unabhängig davon, ob das Darlehen an die ZBM oder an die MSW/MVG ausgereicht wird. Die nachfolgenden Ausführungen gelten somit für beide Varianten gleichermaßen.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

aa) Keine Betriebsaufspaltung infolge der Darlehensgewährung

Die Darlehensvergabe durch die Stadt ist nicht als steuerliche sog. Betriebsaufspaltung zu werten.

Mit der Darlehensgewährung überlässt die Stadt in wesentlichem Umfang liquide Mittel zur Nutzung an Unternehmen, an denen sie allein beteiligt ist (unmittelbar bzw. mittelbar, unter Berücksichtigung der eigenen Anteile der MSW). Würde hierdurch seitens der Stadt mit dem jeweiligen Unternehmen eine Betriebsaufspaltung begründet, ergäben sich hieraus ertragsteuerliche Folgen auf Ebene der Stadt. So könnte dadurch ein Betrieb gewerblicher Art entstehen (Betriebsaufspaltungs-BgA) mit der weiteren Folge, dass die Anteile an den Gesellschaften notwendiges Betriebsvermögen dieses Betriebsaufspaltungs-BgA würden.

Die Betriebsaufspaltung stellt einen Zustand dar, der sich auch als Doppelunternehmen bezeichnen lässt. Kennzeichnend ist nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes, dass eine nach ihrer Art nicht gewerbliche Betätigung als gewerblich umqualifiziert wird, weil in der Tätigkeit eine sachliche und personelle Verflechtung zu einem gewerblichen Unternehmen besteht.¹⁹ Konkret auf die ins Auge gefasste Darlehensgewährung bezogen ist also zu fragen, ob hinsichtlich der Darlehensgewährung eine personelle und eine sachliche Verflechtung zwischen der Stadt als Darlehensgeber einerseits und der betreffenden Gesellschaft als Darlehensnehmerin andererseits besteht.

(1) Personelle Verflechtung

Die personelle Verflechtung im Sinn einer Betriebsaufspaltung setzt voraus, dass die Stadt bei der Darlehensnehmerin (dem „Betriebsunternehmen“ in der Terminologie der Betriebsaufspaltung) ihren Willen durchsetzen kann.²⁰ Das ist unproblematisch zu bejahen, weil die Stadt (teils unmittelbar, teils mittelbar) bei allen Gesellschaften umfassend die Stimmrechte der Gesellschafter ausübt. Diese Durchsetzungsfähigkeit ist bei der Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft auch für den Großaktionär einer AG anzunehmen²¹, so dass die personelle Verflechtung trotz der gesellschaftsrechtlichen Unterschiede zwischen GmbH und AG auch in Bezug auf die MSW gegeben ist.

¹⁹ Wacker in Schmidt, EStG, 40. A. 2021, § 15 Rn. 800.

²⁰ Vgl. hierzu Hufeld in Kirchhof/Kulosa/Ratschow, BeckOK EStG, 11. Edition Stand: 01.10.2021, § 15 Rn. 1169 ff.

²¹ Hufeld a.a.O., Rn. 1172.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

(2) Sachliche Verflechtung

Für die Annahme einer Betriebsaufspaltung muss allerdings als weiteres Merkmal hinzukommen, dass die Stadt der betreffenden Gesellschaft zumindest eine wesentliche Betriebsgrundlage überlässt. Die Darlehensgewährung müsste also, um isoliert betrachtet eine Betriebsaufspaltung begründen zu können, als Überlassung einer wesentlichen Betriebsgrundlage zu werten sein. Das ist zu verneinen.

Wesentlich sind Wirtschaftsgüter, denen ein besonderes wirtschaftliches Gewicht für den Betriebsablauf derart zukommt, dass sie „für die Fortführung des Betriebs notwendig sind oder dem Betrieb das Gepräge geben“.²² Als solche sind bei einer Betriebsaufspaltung Wirtschaftsgüter anzusehen, die zur Erreichung des Betriebszwecks erforderlich sind und ein besonderes wirtschaftliches Gewicht für die Betriebsführung besitzen. Maßgebend ist die funktionale Bedeutung des überlassenen Wirtschaftsgutes für das Betriebsunternehmen.²³

Nach diesen Grundsätzen stellen Darlehen, die dem Betriebsunternehmen gewährt werden, keine wesentliche Betriebsgrundlage dar, die eine Betriebsaufspaltung begründen können.²⁴ Denn der Vorteil des Betriebsunternehmens bei einem Darlehen beschränkt sich auf einen nur vorübergehenden Zufluss liquider Mittel und entfällt – ähnlich der Konstellation bei der Überlassung bloßen Umlaufvermögens – nach geschuldeter Rückzahlung wieder.²⁵

Mithin führt die bloße Darlehensgewährung nicht zu einer Betriebsaufspaltung.

bb) Steuerliche Zuordnung der Zinseinnahmen bei der Stadt

Da das Darlehen aus dem Hoheitsbereich der Stadt gewährt wird (und insbesondere keine Betriebsaufspaltung begründet wird, s.o.), unterliegen die Darlehenszinsen bei der Stadt nicht der Besteuerung nach § 1 Abs. 1 Nr. 6 KStG.

²² Hufeld a.a.O., Rn. 1210 mit Verweis auf Rechtsprechung des BFH.

²³ BFH, Urteil vom 9.7.2019 - X R 9/17.

²⁴ BFH, Urteil vom 9.7.2019 - X R 9/17, Tz. 42 mit Verweis auf Bauschatz in Carlé, Die Betriebsaufspaltung, 2. Aufl. Rn. 330.1; Kaligin, Die Betriebsaufspaltung, 11. Aufl., 138; Dehmer, Betriebsaufspaltung, 4. Aufl., § 3 Rn. 18; Söffing/Micker, Die Betriebsaufspaltung, 7. Aufl. Rn. 218 f.; Gluth in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 15 EStG Rn. 814; Krumm in Kirchhof, EStG, 18. Aufl., § 15 Rn. 97; Micker DStR 2012, 589; Schmidt/Wacker, EStG, 38. Aufl., § 15 Rn. 816; Bitz in Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, Kommentar, § 15 Rn. 352; a.A. Fichtelmann GmbH 2006, 345.

²⁵ BFH a.a.O. mit Verweis auf Desens/Blischke in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 15 Rn. B 137.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

Die Einkünfte der Stadt unterliegen auch nicht der beschränkten Steuerpflicht nach § 2 Abs. 2 KStG. Danach sind Körperschaften, die nicht unbeschränkt steuerpflichtig sind, mit ihren inländischen Einkünften steuerpflichtig, wenn diese einem Steuerabzug unterliegen.

Die beschränkte Steuerpflicht griffe vorliegend also, wenn die Darlehenszinsen dem Kapitalertragsteuerabzug unterlägen. Die Darlehenszinsen sind Kapitaleinkünfte nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG. Als solche unterlägen sie unter den Voraussetzungen des § 43 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. a) bis c) EStG dem Kapitalertragsteuerabzug. Allerdings sind die Voraussetzungen dieser Vorschrift nicht gegeben.

cc) Zwischenfazit: Steueraspekte auf Ebene der Stadt

Die Stadt begründet mit der bloßen Darlehensvergabe keinen Betrieb gewerblicher Art, sondern sie ist vermögensverwaltend tätig. Mithin unterliegen die Zinserträge bei ihr auch nicht der Besteuerung.

Es erfolgt auch keine indirekte Steuerbelastung (beschränkte Steuerpflicht) über definitiv wirkende Kapitalertragsteuer.

b) Steueraspekte auf Ebene der ZBM als Darlehensnehmerin

aa) Steuerliche Abziehbarkeit der Zinsaufwendungen

Grundsätzlich kann die ZBM Zinsaufwendungen, die ihr im Zusammenhang mit dem Darlehen entstehen, steuerlich als Betriebsausgabe in Abzug bringen. Eine Einschränkung könnte sich aufgrund der sog. Zinsschrankenregelung ergeben (§ 8a KStG in Verbindung mit § 4h EStG). Außerdem ist darauf zu achten, dass seitens der ZBM keine verdeckten Gewinnausschüttungen geleistet werden. Auf beide Aspekte gehen wir nachfolgend in diesem Teil ein, bevor wir anschließend unter b) die für die Gewerbesteuer zu beachtenden Hinzurechnungsregelungen und deren Auswirkungen darstellen.

(1) Zinsschrankenregelung

Die Zinsschrankenregelung beschränkt die steuerliche Abziehbarkeit von Zinsaufwendungen unter bestimmten Voraussetzungen.

Allerdings kommt die Zinsschrankenregelung nicht zur Anwendung, wenn der Betrag der Zinsaufwendungen, soweit er den Betrag der Zinserträge übersteigt („negativer Zinssaldo“), weniger als drei Millionen Euro beträgt. Im am 31.12.2020 endenden Wirtschaftsjahr zeigt der veröffent-

-KEINE DRITTHAFTUNG-

lichte Jahresabschluss der ZBM einen Zinsaufwand von 4 TEUR. Wenn ZBM das Darlehen weitergibt und damit ebenfalls Zinserträge generiert, dürfte die 3-Millionen-Freigrenze wahrscheinlich nicht überschritten werden. Ausgeschlossen werden kann dies indes nicht, insbesondere in Jahren, in denen das Darlehen noch nicht weitergereicht ist. Auch im Vorgriff auf die nachfolgenden weiteren Betrachtungen der steuerlichen Abziehbarkeit von Zinsaufwendungen auf Ebene von SWM und MVG führen wir deshalb ergänzend aus.

Bei der Zinsschranke wird immer der negative Zinssaldo betrachtet. Soweit den Zinsaufwendungen eines Jahres entsprechende Zinserträge gegenüberstehen, kann der Aufwand steuerlich abgezogen werden. Der darüberhinausgehende negative Zinssaldo ist bis zur Höhe des „verrechenbaren EBITDA“ steuerlich abziehbar. Das „verrechenbare EBITDA“ wiederum entspricht 30 % des um verschiedene Größen modifizierten steuerlichen Gewinns („maßgeblicher Gewinn“). Von einer abstrakten Darstellung der komplexen Berechnungsvorschriften sehen wir an dieser Stelle ab. Konkrete Einschränkungen der steuerlichen Abziehbarkeit der Zinsaufwendungen können, auch unter Berücksichtigung der ebenfalls rechnerisch sehr komplexen weiteren Ausnahmetatbestände²⁶, genauer betrachtet werden, sofern Sie dies wünschen.

Zunächst kann festgehalten werden, dass Zinsaufwendungen unter bestimmten Voraussetzungen die ertragsteuerliche Bemessungsgrundlage bei der ZBM mindern können, während die Zahlungen als Zinserträge auf Ebene der Stadt nicht der Besteuerung unterliegen. In der Gesamtbeurteilung ist der steuerliche Effekt der Darlehensverzinsung für die Stadt (einschließlich des Konzerns) mithin positiv oder neutral.

(2) Verdeckte Gewinnausschüttung

Verdeckte Gewinnausschüttungen mindern das Einkommen nicht (§ 8 Abs. 3 S. 2 KStG). Leistet die ZBM im Zusammenhang mit dem Darlehen verdeckte Gewinnausschüttungen an die Stadt, wäre deren Wert bei der Ermittlung des Einkommens steuerlich wieder außerbilanziell hinzuzurechnen. Außerdem unterlägen die verdeckten Gewinnausschüttungen der Kapitalertragsteuer, ohne dass dieser Steuerbetrag bei der Stadt angerechnet werden könnte. Verdeckte Gewinnausschüttungen sind deshalb im Zusammenhang mit dem Darlehen zu vermeiden.

Eine verdeckte Gewinnausschüttung i.S.d. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG ist

- eine Vermögensminderung oder verhinderte Vermögensmehrung,
- die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist,
- die sich auf die Höhe des steuerlichen Gewinns der Gesellschaft auswirkt und

²⁶ Konzernklausel bzw. Eigenkapitalvergleich, jeweils unter Berücksichtigung körperschaftsteuerlicher Einschränkungen, vgl. § 4h Abs. 2 Buchst. b und c EStG i.V.m. § 8a Abs. 2 und 3 KStG.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

- die nicht auf einem den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften entsprechenden Gewinnverteilungsbeschluss beruht.

In Bezug auf die Zinsaufwendungen ist vorliegend die Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis das wesentliche zu betrachtende Tatbestandsmerkmal. Eine Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis liegt dann vor, wenn ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter die Vermögensminderung oder verhinderte Vermögensmehrung gegenüber einer Person, die nicht Gesellschafter ist, unter sonst gleichen Umständen nicht hingenommen hätte. Es kommt also zur Vermeidung einer verdeckten Gewinnausschüttung u.a. darauf an, dass die Darlehensbedingungen fremdüblich sind. Gibt die Stadt als Gesellschafter ein Darlehen zu einem außergewöhnlich hohen Zinssatz, liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung vor.²⁷

Da die Stadt außerdem beherrschender Gesellschafter ist, müssen Vereinbarungen mit ihr im Vorhinein klar und eindeutig getroffen sein, damit sie steuerlich anerkannt werden können. Ohne eine klare und eindeutige Vereinbarung kann eine Gegenleistung nicht als schuldrechtlich begründet angesehen werden.²⁸

Mithin ist zur Vermeidung einer verdeckten Gewinnausschüttung im Vorhinein eine klare und fremdübliche Vereinbarung zu treffen.²⁹

Umgekehrt führen zu günstige Konditionen nicht zu einer verdeckten Einlage in die ZBM, da lediglich ein nicht bilanzierungsfähiger Nutzungsvorteil zugewendet wird.

bb) Gewerbesteuerliche Hinzurechnung

Der Zinsaufwand auf Ebene der ZBM wird für Gewerbesteuerzwecke teilweise wieder hinzuzurechnen sein.

Nach den Regelungen in § 8 Nr. 1 Buchst. a bis f GewStG ist ein Viertel der Summe von direkten Zinsen und fiktiven (indirekten) Zinsanteilen bestimmter Betriebsausgaben dem Gewerbeertrag hinzuzurechnen. Diese Hinzurechnung erfolgt unabhängig von der steuerlichen Behandlung der Zahlungen beim Gläubiger. Die Ermittlung der hinzuzurechnenden Beträge erfolgt in mehreren Schritten.

²⁷ Abschn. 8.5 KStH, Stichwort „Einzelfälle / Darlehenszinsen“, mit Verweis auf Rechtsprechung des BFH.

²⁸ Abschn. 8.5 KStH, Stichwort „Beherrschender Gesellschafter / Klare und eindeutige Vereinbarung“.

²⁹ Eine mögliche Nichtbesicherung der Darlehensforderung führte vorliegend nicht zu einer verdeckten Gewinnausschüttung, weil die ZBM dadurch begünstigt würde. Umgekehrt würde sich daraus auch keine steuerliche verdeckte Einlage in die ZBM ergeben, weil die Annahme einer solchen voraussetzt, dass ein bilanzierbarer Vorteil zugewendet wird. Hinsichtlich der beihilfenrechtlichen Fragen in diesem Zusammenhang verweisen wir auf die Ausführungen der Ernst & Young Law GmbH.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

Entgelte für Schulden gehen in voller Höhe in die Ermittlungsgrundlage ein, soweit diese Entgelte bei der Ermittlung des Gewinns abgezogen worden sind. Eine Hinzurechnung der Beträge zum Gewerbeertrag erfolgt allerdings nur, soweit die Summe der hinzuzurechnenden Beträge den Freibetrag von EUR 200.000 übersteigt. Die nach Berücksichtigung des Freibetrags verbleibende Summe der Zinsanteile wird dem Gewerbeertrag in Höhe von 25% zugerechnet.

Im Ergebnis kann bei vereinfachter Betrachtung also festgehalten werden, dass die Zinszahlungen aus dem Darlehen die gewerbesteuerliche Bemessungsgrundlage bei der ZBM mindern. Allerdings wirken sich nur rund drei Viertel dieses Aufwandes mindernd aus.

c) Steueraspekte auf Ebene der ZBM als Darlehensgeberin (darlehensweise Weiterleitung der Mittel)

Aus der Weiterreichung der Darlehen an die (teils mittelbaren) Beteiligungsgesellschaften resultiert bei der ZBM ein Zinsertrag, der zu versteuern ist. Der Zinsertrag mindert oder (über-)kompensiert den Zinsaufwand, der bei der ZBM gegenüber der Stadt entsteht.

Bezogen auf die Zinsschrankenregelung bedeutet dies, dass ein ggf. sonst gegebener negativer Zinssaldo gemindert oder ausgeglichen wird.

Hinsichtlich der gewerbesteuerlichen Hinzurechnung mindert der Zinsertrag aus den ausgereichten Darlehen jedoch nicht die hinzuzurechnenden Schuldzinsen aus dem Darlehensverhältnis zwischen der Stadt und der ZBM. Insoweit gilt ein Saldierungsverbot,³⁰ das die „Durchleitung“ des Darlehens durch die ZBM wirtschaftlich ungünstiger macht.

Auch im Verhältnis ZBM zu nachgelagerter Darlehensnehmerin müssen die Darlehensbedingungen fremdüblich sein und im Vorhinein klar und eindeutig vereinbart sein. Andernfalls könnte eine verdeckte Gewinnausschüttung aufgrund der Gesellschafterstellung der Stadt eintreten.

d) Steueraspekte auf Ebene der MSW / MVG als Darlehensnehmerin bzw. MSW als Darlehensgeberin

Zu den steuerlichen Aspekten auf Ebene der MSW bzw. der MVG als Darlehensnehmerin kann nach oben verwiesen werden. Es gelten die bei der ZBM als Darlehensnehmerin gemachten Ausführungen zu Zinsschranke, verdeckter Gewinnausschüttung und gewerbesteuerlicher Hinzurechnung entsprechend.

Entsprechendes gilt für die MSW als potenzielle Darlehensgeberin. Insoweit gelten die bei der Betrachtung der ZBM als Darlehensgeberin gemachten Ausführungen entsprechend.

³⁰ Frantzmänn in BeckOK GewStG, Jahndorf/Oellerich/Weiss, 1. Edition Stand: 01.02.2022, § 8 Rn 150.

5. Gesellschaftsrechtliche Betrachtung

a) Darlehensgewährung an die ZBM

Zunächst ist die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit einer Darlehensgewährung von der Stadt an die ZBM und einer Weiterreichung von dieser an die MSW und die MVG zu betrachten.

aa) Unternehmensgegenstand

Die Festlegung des Unternehmensgegenstands durch die Gesellschafterversammlung steckt den Handlungsrahmen ab, innerhalb dessen die Geschäftsführung zur Verwirklichung des Gesellschaftszwecks aktiv werden soll (§ 37 Abs. 1 GmbHG). Der Abschluss von Geschäften, die den Tätigkeitsbereich der Gesellschaft verlassen, ist zwar regelmäßig nach außen wirksam, kann aber eine Schadensersatzpflicht des Geschäftsführers auslösen (§ 43 Abs. 1 GmbHG) und unter Umständen eine Abberufung aus wichtigem Grund rechtfertigen (§ 38 Abs. 2 GmbHG).³¹

Fraglich ist daher, ob die Entgegennahme und Weiterreichung von Darlehen durch die ZBM sich im Rahmen ihres Unternehmensgegenstandes bewegt.

Gegenstand des Unternehmens der ZBM ist gemäß § 2 Abs. 1, 2 der Satzung vom 20.12.2021 der Erwerb, die Errichtung von, die Beteiligung an, die Veräußerung und die Verwaltung von Unternehmen und Beteiligungen deren Gesellschaftszweck die Erfüllung öffentlicher Aufgaben der Stadt Mainz ist. Hierzu gehören insbesondere die Versorgung mit Elektrizität, Gas, Wasser, Wärme, Telekommunikation, Verkehrsleistungen, die Entsorgung, die Wohnungswirtschaft, die Stadt- und Infrastrukturentwicklung, das Stadtmarketing und Tourismuswesen, die Wirtschaftsförderung, die Bildung und Weiterbildung und die sozialen Angelegenheiten. Gegenstand der Gesellschaft ist außerdem die Erbringung von Dienstleistungen für die Stadt Mainz - soweit Fragen der wirtschaftlichen Steuerung der städtischen Beteiligungsgesellschaften betroffen sind - und für ihre Beteiligungen, insbesondere deren zentrale Steuerung und Koordination in betriebswirtschaftlicher, organisatorischer und finanzieller Hinsicht in Übereinstimmung mit den kommunalpolitischen Zielen und Aufgaben der Stadt Mainz und den geltenden rechtlichen Bestimmungen.

Die Entgegennahme eines Darlehens von der Stadt Mainz, um diese an die MSW und die MVG weiterzureichen, kann u. E. im Rahmen dieses Unternehmensgegenstandes erfolgen. Die Darlehensaufnahme und -weiterleitung dient den von der ZBM gehaltenen Beteiligungen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben und erfolgt daher im Rahmen des Unternehmensgegenstandes der ZBM.

³¹ MüKo GmbHG/Wicke, 4. Aufl. 2022, GmbHG, § 3, Rn. 10.

bb) Zustimmungserfordernisse

(1) Aufsichtsrat

Bei der Entgegennahme und Weiterleitung der Darlehen durch die ZBM hat diese etwaige Gremienvorbehalte zu beachten.

Gemäß § 9 Abs. 2 Buchst. b) der Satzung der ZBM bedürfen Strategieentscheidungen für Rechtsgeschäfte im Rahmen des Zins- und Schuldenmanagements der vorherigen Zustimmung des Aufsichtsrates. Der Vollzug der jeweiligen Strategieentscheidung ist dem Aufsichtsrat durch Vorlage der abgeschlossenen Verträge durch die Geschäftsführung darzulegen.

Die Aufnahme eines Darlehens bei der Stadt in Höhe von bis zu EUR 100 Mio. sowie die Gewährung von Darlehen an Beteiligungsgesellschaften mit einer Gesamtsumme in gleicher Höhe stellen wesentliche Finanzierungsmaßnahmen dar. Diese Rechtsgeschäfte können die Strategie der Gesellschaft im Bereich des Zins- und Schuldenmanagements berühren. Die geplanten Maßnahmen bedürfen in diesem Fall der vorherigen Zustimmung des Aufsichtsrates. Die geschlossenen Verträge sind ihm vorzulegen.

Auch die Bestellung von Sicherheiten unterliegt der Zustimmung des Aufsichtsrates, wenn im Einzelfall ein Betrag von EUR 250.000 überschritten wird (§ 9 Abs. 2 Buchst. c) der Satzung).

(2) Gesellschafterversammlung

Die im Gesellschaftsvertrag der ZBM sowie der Geschäftsordnung der Geschäftsführung formulierten Zustimmungsvorbehalte zugunsten der Gesellschafterversammlung sehen keine ausdrücklich erforderliche Zustimmung der Gesellschafterversammlung vor.

Bei der GmbH ist eine Gesellschafterversammlung außer in den in der Satzung vorgesehenen Fällen gemäß § 49 Abs. 2 GmbHG einzuberufen, wenn es „im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheint“. Dies ist der Fall, wenn der Gesellschaft ohne Abhaltung einer Gesellschafterversammlung ein erheblicher Schaden droht. Hierzu wird die Auffassung vertreten, dass ein Geschäftsführer auch bei ungewöhnlichen Maßnahmen die Entscheidung der Gesellschafterversammlung einzuholen habe (sog. Vorlagepflicht). Zu den Geschäften, für die eine solche Vorlagepflicht postuliert wird, zählen regelmäßig auch Rechtsgeschäfte mit einzelnen Gesellschaftern, wenn diese einen bedeutenden Umfang haben, einen ungewöhnlichen Inhalt oder ein erhebliches Risiko enthalten oder besonders kostspielig sind.³²

³² Eilers/Rödding/Schmalenbach, Unternehmensfinanzierung, C. Fremdkapitalfinanzierung II. Fremdfinanzierung durch Gesellschafter 1. Kapitalgesellschaften, Rn. 362.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

Die Aufnahme von Fremdkapital fällt regelmäßig in den Kreis der von der Vertretungsmacht des Geschäftsführers umfassten Verkehrsgeschäfte. Soweit es sich aber um bedeutendere Finanzierungsmaßnahmen handelt, wird die Auffassung vertreten, dass im Innenverhältnis auch ohne eine entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag oder einer Geschäftsordnung eine Entscheidung der Gesellschafterversammlung einzuholen sei.³³

Da es sich bei einer Finanzierungssumme von bis zu EUR 100 Mio. um einen bedeutenden Umfang handeln kann, ist zu empfehlen, vorliegend vorsichtshalber auch eine Zustimmung der Gesellschafterversammlung einzuholen.

Gemäß § 15 Abs. 3 der Satzung der ZBM ist vor Entscheidungen der Gesellschafterversammlung – soweit es die Bedeutung der jeweiligen Entscheidung erfordert und gesellschaftsrechtliche Bestimmungen nicht entgegenstehen – der Rat der Stadt Mainz mit der Angelegenheit zu befassen.

bb) Darlehenskonditionen

Sowohl bei der Aufnahme des Darlehens von der Stadt als auch bei der Vergabe von Darlehen an die MSW und die MVG ist auf eine angemessene Gestaltung der Konditionen zu achten.

Unabhängig von den sich aus dem Anstellungsvertrag ergebenden Pflichten des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft obliegt dem Geschäftsführer aufgrund der Übernahme der Organstellung die Verpflichtung, die Geschäfte der Gesellschaft im Hinblick auf eine bestmögliche Erreichung des Unternehmensziels zu führen und Schaden von der Gesellschaft abzuwenden.³⁴

Daraus folgt, dass die Geschäftsführung der ZBM bei den Darlehensvereinbarungen auf angemessene Konditionen zu achten hat, um die ZBM nicht zu schädigen. Dies ist im Fall von marktüblichen Darlehenskonditionen grundsätzlich nicht der Fall. Da die ZBM das Darlehen nur weiterreichen soll, ist auch im Fall der Vereinbarung von besonders günstigen Darlehenskonditionen kein Schaden der Gesellschaft zu erwarten. Ob sich aus den Regelungen der jeweiligen Darlehensvereinbarung unangemessene Nachteile für die ZBM ergeben können, sollte anhand der konkreten Konditionen überprüft werden.

cc) Fazit

Eine Aufnahme und Weiterleitung von Darlehen durch die ZBM ist u. E. vom Unternehmensgegenstand der ZBM gedeckt. Aufgrund der bedeutenden Höhe der geplanten Darlehen sind die Zustimmungen der Gesellschafterversammlung und des Aufsichtsrates einzuholen. Im Vorfeld

³³ MüKo GmbHG/Stephan/Tieves, 3. Aufl. 2019, GmbHG, § 35, Rn. 108.

³⁴ MüKo GmbHG/Stephan/Tieves, 3. Aufl. 2019, GmbHG, § 35, Rn. 82.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

ist der Rat der Stadt mit der Angelegenheit zu befassen. Die Darlehenskonditionen dürfen nicht zu einem Schaden der ZBM führen.

b) Darlehensgewährung an die MSW

aa) Unternehmensgegenstand

Gemäß § 2 der Satzung der MSW ist Gegenstand ihres Unternehmens die Versorgung mit Elektrizität, Gas, Wasser und Wärme, die Entsorgung, der öffentliche Nahverkehr, der Bäderbetrieb, der Betrieb eines Hafens, der Betrieb der städtischen Fernmeldeanlagen, das Erbringen von Kommunikationsdienstleistungen jeglicher Art, die Baulandentwicklung, die Entwicklung und gewerbsmäßige Vermarktung der eigenen Immobilien sowie der Betrieb der Straßenbeleuchtung. Die Gesellschaft selbst tätigt keine Geschäfte im Sinne des § 34c GewO. Innerhalb dieser Grenzen ist die Gesellschaft zu allen Geschäften und Maßnahmen, so insbesondere auch zum Abschluss von Interessengemeinschaftsverträgen und Unternehmensverträgen berechtigt, die den Gesellschaftszweck fördern. Sie kann sich hierbei anderer Unternehmen bedienen, sich an ihnen beteiligen oder solche Unternehmen sowie Hilfs- und Nebenbetriebe errichten, erwerben oder pachten.

Die MSW kann grundsätzlich ein Darlehen der Stadt oder der ZBM aufnehmen. Die Verwendung der Finanzmittel hat im Rahmen ihres Unternehmensgegenstands zu erfolgen.

Die Weiterreichung eines Darlehens an die MVG bewegt sich ebenfalls im Rahmen des Unternehmensgegenstandes der MSW, da die MVG den öffentlichen Nahverkehr betreibt, was vom Unternehmensgegenstand der MSW umfasst ist und die Vergabe des Darlehens zur Förderung dieses Zweckes erfolgen würde.

Unter § 34c GewO fällt die gewerbsmäßige Vermittlung von Darlehensverträgen. Dies ist der MSW durch ihren Unternehmensgegenstand untersagt. Gewerbsmäßigkeit setzt voraus, dass die Tätigkeit - in positiver Hinsicht - selbstständig, erlaubt, auf Gewinnerzielung und gewisse Dauer gerichtet sein muss und - in negativer Hinsicht - keine Urproduktion, keinen freien Beruf und nicht die bloße Nutzung oder Verwaltung eigenen Vermögens oder eine andere gewerberechtliche Bagatelle darstellen darf.³⁵ Diese Merkmale sind in Summe nicht erfüllt. Die MSW wird kein Darlehen vermitteln. Auch eine Gewinnerzielungsabsicht liegt nach unserem Verständnis im Fall der bloßen Weiterreichung eines (Teil-)Darlehens an die MVG nicht vor.

Die Aufnahme eines Darlehens von der Stadt oder der ZBM sowie die Gewährung eines Darlehens an die MVG ist im Rahmen des Unternehmensgegenstandes der MSW zulässig.

³⁵ BVerwGE 1978, S. 6 (8).

bb) Zustimmungserfordernisse

(1) Aufsichtsrat

Gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 6 der Satzung der MSW bedarf die Aufnahme von Darlehen der Zustimmung des Aufsichtsrates, soweit im Einzelfall ein in der Geschäftsordnung des Vorstands festzulegender Betrag überschritten wird. Gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 6 der Geschäftsordnung für den Vorstand der MSW vom 03.12.2020 beträgt dieser Betrag EUR 200.000, so dass vorliegend die Zustimmung des Aufsichtsrates einzuholen ist.

(2) Hauptversammlung

Ein Hauptversammlungsbeschluss ist für die Aufnahme eines Gesellschafterdarlehens in der Regel nicht erforderlich, weil Finanzierungsfragen Maßnahmen der Geschäftsführung darstellen und deshalb gemäß der gesetzlichen Kompetenzzuweisung bei der Aktiengesellschaft in die alleinige Zuständigkeit des Vorstands fallen (vgl. § 119 Abs. 2 AktG). Nur ausnahmsweise wird eine ungeschriebene Pflicht des Vorstands bejaht, eine Entscheidung der Hauptversammlung herbeizuführen, wenn er vernünftigerweise nicht annehmen kann, er dürfe über die Durchführung der Maßnahme in ausschließlich eigener Verantwortung entscheiden. Dies wurde jedoch bisher lediglich in Fällen angenommen, in denen die geplanten Maßnahmen den Kernbereich der Unternehmenstätigkeit betrafen und eine grundlegende Änderung der Unternehmensstruktur zur Folge gehabt hätten. Die Aufnahme eines Gesellschafterdarlehens hat aber typischerweise keine vergleichbare Qualität, so dass eine ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeit regelmäßig nicht bestehen dürfte; an dieser Stelle müssen die allgemeinen Vorschriften über die Verantwortlichkeit von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern ausreichen.³⁶

Der Satzung der MSW sowie der Geschäftsordnung für den Vorstand ist kein Zustimmungsvorbehalt zugunsten der Hauptversammlung bei Finanzierungsmaßnahmen zu entnehmen. Ein Beschluss der Hauptversammlung ist daher vorliegend nicht erforderlich.

bb) Darlehenskonditionen

Auch der Vorstand der MSW ist verpflichtet, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln und darf daher grundsätzlich keine Darlehenskonditionen akzeptieren, die die MSW unangemessen benachteiligen würden. Hiervon ist bei einer Marktüblichkeit grundsätzlich nicht auszugehen. Im

³⁶ Eilers/Rödding/Schmalenbach, Unternehmensfinanzierung, C. Fremdkapitalfinanzierung II. Fremdfinanzierung durch Gesellschafter 1. Kapitalgesellschaften, Rn. 363.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

Falle der Vereinbarung von besonders günstigen Konditionen sollte der MSW ebenfalls kein Schaden entstehen, da sie das (Teil-)Darlehen an die MVG lediglich (zu gleichen Konditionen) weiterreicht. Ob sich aus den Regelungen der jeweiligen Darlehensvereinbarung unangemessene Nachteile für die MSW ergeben können, sollte anhand der konkreten Konditionen überprüft werden.

cc) Fazit

Eine Aufnahme und (teilweise) Weiterleitung von Darlehen durch die MSW ist u. E. vom Unternehmensgegenstand der MSW gedeckt. Aufgrund der Satzungsregelungen ist die Zustimmung des Aufsichtsrates einzuholen. Die Darlehenskonditionen dürfen nicht zu einem Schaden der MSW führen.

b) Darlehensgewährung an die MVG

Die MVG kann grundsätzlich ein Darlehen von der ZBM oder der MSW aufnehmen und die Finanzmittel im Rahmen ihres Unternehmensgegenstandes verwenden.

aa) Zustimmungserfordernisse

(1) Aufsichtsrat

Eine Zustimmung des Aufsichtsrates ist nach der Satzung der MVG vom 21.08.2019 sowie der Geschäftsordnung für den Aufsichtsrat nicht erforderlich.

(2) Gesellschafterversammlung

Gemäß § 7 Abs. 2.4. der Satzung der MVG bedarf die Aufnahme von Darlehen und die Bestellung von Sicherheiten der Zustimmung der Gesellschafterversammlung, soweit im Einzelfall ein in der Geschäftsordnung für die Geschäftsführung festzulegender Betrag überschritten wird. Gemäß § 5 Abs. 3 Nr. 4 der Geschäftsordnung für die Geschäftsführung der MVG ist der hierfür relevante Betrag EUR 200.000. Somit ist eine Zustimmung der Gesellschafterversammlung einzuholen.

(3) Aufsichtsrat der MSW

Gemäß § 14 Abs. 2 der Satzung der MSW bedarf der Vorstand der Zustimmung des Aufsichtsrates in bestimmten Fällen (darunter die Aufnahme von Darlehen) auch dann, wenn das Geschäft bei einem Unternehmen vorgenommen werden soll, an dem die Gesellschaft mit 50 % oder mehr

-KEINE DRITTHAFTUNG-

beteiligt ist und die Vornahme des Geschäfts mit Zustimmung des Vorstands in der Gesellschafterversammlung des Unternehmens erfolgen soll. Dies gilt allerdings nicht für die MVG, soweit der öffentliche Personennahverkehr betroffen ist.

Da das Darlehen an die MVG für den öffentlichen Nahverkehr verwendet werden wird, ist eine Zustimmung des Aufsichtsrates der MSW für die Aufnahme nicht erforderlich.

(4) Aufsichtsrat der ZBM

Gemäß § 9 Abs. 2 Buchst. i) der Satzung der ZBM bedürfen Zustimmungen der Gesellschaft zu sämtlichen Maßnahmen und Rechtsgeschäften von Tochter- und Beteiligungsgesellschaften, die nach der Satzung der jeweiligen Tochter- oder Beteiligungsgesellschaft einem Vorbehalt der Zustimmung der Gesellschafterversammlung unterliegen, der Zustimmung des Aufsichtsrates der ZBM. Nach § 9 Abs. 2 der Satzung der ZBM gilt das Zustimmungserfordernis des Aufsichtsrates allerdings hinsichtlich der unter den Buchstaben g), h) und i) aufgeführten Maßnahmen und Rechtsgeschäfte nicht, sofern hierdurch die MVG betroffen ist.

Da die Darlehensaufnahme die MVG betrifft, ist eine Zustimmung des Aufsichtsrates der ZBM nicht erforderlich.

(5) Gesellschafterversammlung der ZBM

Gemäß § 9 Abs. 2 der Satzung der ZBM ist in den vorgenannten Fällen (Maßnahmen und Rechtsgeschäfte nach § 9 Abs. 2 Buchst. g), h) oder i), die die MVG betreffen) eine vorherige Zustimmung der Gesellschafterversammlung erforderlich.

Da die Darlehensaufnahme die MVG betrifft, hat daher im Vorfeld auch die Gesellschafterversammlung der ZBM zuzustimmen.

Gemäß § 15 Abs. 3 der Satzung der ZBM ist vor Entscheidungen der Gesellschafterversammlung - soweit es die Bedeutung der jeweiligen Entscheidung erfordert und gesellschaftsrechtliche Bestimmungen nicht entgegenstehen - der Rat der Stadt Mainz mit der Angelegenheit zu befassen.

bb) Darlehenskonditionen

Auch die Geschäftsführung der MVG ist verpflichtet, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln und darf daher grundsätzlich keine Darlehenskonditionen akzeptieren, die die MVG unangemessen benachteiligen würden. Dies ist im Fall einer Marktüblichkeit grundsätzlich nicht anzunehmen. Auch im Fall von besonders günstigen Darlehenskonditionen zugunsten der MVG ist kein Schaden der Gesellschaft zu erwarten.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

cc) Fazit

Die Aufnahme eines Darlehens durch die MVG ist mit Zustimmung der Gesellschafterversammlung zulässig. Zuvor ist eine Zustimmung der Gesellschafterversammlung der ZBM einzuholen und der Rat der Stadt mit der Angelegenheit vorzubefassen. Die Darlehenskonditionen dürfen nicht zu einem Schaden der MVG führen.

6. Kreditwesenrechtliche Betrachtung

Beabsichtigt ist die Darlehensvergabe von der Stadt an die MSW (mit Weitergabe an MVG) oder von der Stadt an die ZBM mit der weiteren Darlehensvergabe an MSW/MVG. Fraglich ist, ob einer oder mehrere der beteiligten Rechtsträger insoweit einer kreditwesenrechtlichen Erlaubnis bedürfen.

Eine solche Erlaubnispflicht kann sich aus § 32 Abs. 1 S. 1 des Kreditwesengesetzes (KWG) ergeben. Danach bedarf der schriftlichen Erlaubnis der Aufsichtsbehörde, wer im Inland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen will.

Zunächst ist also zu prüfen, ob die Darlehensvergabe bzw. die Einvernahme des Darlehens den kreditwesenrechtlichen Begriff des Bankgeschäftes oder der Finanzdienstleistung erfüllt.

Den Begriff der Finanzdienstleistungen definiert der Gesetzgeber in einem Katalog in § 1 Abs. 1a KWG. Unter den Begriff fallen bspw. die Anlagevermittlung, die Anlageberatung, der Betrieb von Handelssystemen, das Platzierungsgeschäft etc. Das hier zu betrachtende Darlehensgeschäft ist unter die Begriffsbestimmungen des § 1 Abs. 1a KWG nicht zu subsumieren, stellt also keine Finanzdienstleistung dar.

Der Begriff des Bankgeschäftes wird in § 1 Abs. 1 KWG definiert. Hierunter fällt unter anderem die „Gewährung von Gelddarlehen (Kreditgeschäft)“ nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 KWG. Der Begriff umfasst darüber hinaus auch das Einlagengeschäft nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 KWG. Das Einlagengeschäft wird definiert als „die Annahme fremder Gelder als Einlagen oder anderer unbedingt rückzahlbarer Gelder des Publikums, sofern der Rückzahlungsanspruch nicht in Inhaber- oder Orderschuldverschreibungen verbrieft wird, ohne Rücksicht darauf, ob Zinsen vergütet werden“.

Die Frage, ob Bankgeschäfte getätigt werden, stellt sich mithin sowohl auf der das Darlehen gewährenden Seite (Kreditgeschäft), als auch auf der das Darlehen in Anspruch nehmenden Seite (Einlagengeschäft).

Vor einer genaueren Betrachtung des Bankgeschäftstatbestandes gehen wir auf die Ausnahmeregelung in § 2 KWG ein. Danach gelten Unternehmen, die Bankgeschäfte ausschließlich mit ihrem Mutterunternehmen oder ihren Tochter- oder Schwesterunternehmen betreiben, nicht als Kreditinstitute (§ 2 Abs. 1 Nr. 7 KWG). Sind die Voraussetzungen dieses Konzernprivilegs erfüllt,

-KEINE DRITTHAFTUNG-

ist eine Beaufsichtigung nicht notwendig, weil kein öffentliches Interesse daran besteht. Da die Rechtsverhältnisse nur die Konzernunternehmen selbst betreffen, ist der Schutz Dritter nicht erforderlich. Unternehmen, die unter dieses Konzernprivileg fallen, sind vollständig von der Anwendung der KWG-Vorschriften freigestellt.³⁷

Das Konzernprivileg gilt nur zwischen dem Mutterunternehmen und seinen Tochter- bzw. Schwestergesellschaften. Von einem Mutterunternehmen ist auszugehen, wenn das Unternehmen als Mutterunternehmen im Sinne der Art. 22 und 23 Bilanz-RL (RL 2013/34/EU) auf gesellschafts- oder vertragsrechtlicher Basis gilt oder faktisch ein beherrschender Einfluss ausgeübt werden kann, auch wenn das Unternehmen nicht Mutterunternehmen im Sinne des Gesellschafts- oder Vertragsrechts ist.

Als Mutterunternehmen gilt danach u.a. ein Unternehmen, das die Mehrheit der Stimmrechte der Aktionäre oder Gesellschafter eines anderen Unternehmens (Tochterunternehmens) hält (Art. 22 Abs. 1 Buchst. a) Bilanz-RL). Angesichts der Stimmrechtsmehrheit der ZBM bei der MSW gelten beide im Verhältnis als Mutter- und Tochterunternehmen. Mittelbar über die MSW hat die ZBM auch die Mehrheit der Stimmrechte an der MVG, so dass diese unmittelbare Tochtergesellschaft und mittelbare Enkelgesellschaft ebenfalls in den Anwendungsbereich des Konzernprivilegs fällt.³⁸

Für das Darlehensverhältnis zur Stadt (sei es seitens ZBM oder MSW/MVG) ist hinsichtlich des Konzernprivilegs zunächst festzustellen, dass die Stadt nicht „Unternehmen“ im Sinn der genannten Regelungen der Bilanz-RL bzw. des HGB ist. Im Sinne von § 290 Abs. 1 Satz 1 HGB bzw. Art. 22 Abs. 1 Buchst. a) Bilanz-RL können nur Kapitalgesellschaften Mutterunternehmen sein, nicht aber öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaften. Für das Konzernprivileg soll es aber nach Ansicht der BaFin auf die Rechtsform und den Sitz der Unternehmen nicht ankommen und es können daher sogar natürliche Personen als Mutterunternehmen eingestuft werden.³⁹ Dementsprechend gilt auch die Stadt Mainz als Mutterunternehmen aller Unternehmen, deren Stimmrechte ihr mehrheitlich zugerechnet werden. Diese Unternehmen können sich bei Bankgeschäften mit der Stadt Mainz sowie untereinander auf das Konzernprivileg berufen.

Zu beachten ist für die Anwendung des Konzernprivilegs aber, dass der jeweilige Rechtsträger Bankgeschäfte ausschließlich mit seinem Mutterunternehmen oder seinen Tochter- oder

³⁷ Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, CRR-VO, 5. Auflage 2016, § 2 KWG Rn. 29 f.

³⁸ Nach Artikel 22 Abs. 3 Bilanz-Richtlinie sind ausdrücklich auch die Stimmrechte von Tochterunternehmen dem Mutterunternehmen zuzurechnen, im deutschen Recht entsprechend umgesetzt in § 290 Abs. 3 Satz 1 HGB. Schäfer a.a.O., Rn. 32, weist darauf hin, dass unter das Konzernprivileg zweifelsfrei auch Bankgeschäfte mit „Nichten-, Tanten- und Enkelunternehmen“ fallen.

³⁹ BaFin, „Hinweise zur Bereichsausnahme des so genannten Konzernprivilegs nach KWG“, Stand 04.07.2018, Ziffer 2.b), letzter Absatz.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

Schwesterunternehmen betreiben darf. Deshalb ist weitergehend der Umstand zu untersuchen, dass die Stadt Mainz aktuell noch Modernisierungs- und Sanierungsdarlehen an Dritte ausgereicht hat.

Für die Bestimmung, was Gelddarlehen im Sinne des kreditwesensrechtlichen Tatbestands sind, ist grundsätzlich das Zivilrecht maßgeblich. Ein Gelddarlehen gewährt danach, wer einen privatrechtlichen Darlehensvertrag im Sinne von § 488 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) oder einen vergleichbaren Vertrag unter ausländischem Recht als Darlehensgeber schließt.⁴⁰

Die Rechtsnatur der in Rede stehenden Darlehen erfüllt diese kreditwesensrechtliche Definition nicht. Die Stadt Mainz schließt öffentlich-rechtliche Sanierungs-/Modernisierungsverträge gemäß § 146 Abs. 3 Satz 1 BauGB ab, bei denen die öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Vertragspartner einen Erstattungsanspruch für die Kosten der von ihnen durchgeführten Ordnungsmaßnahmen oder die Errichtung oder Änderung von Gemeinbedarfs- und Folgeeinrichtungen erhalten (§ 155 Abs. 6 BauGB) und sich im Gegenzug Ansprüche der Stadt Mainz auf einen Ausgleich der durch die Sanierung bedingten Erhöhung des Bodenwerts der Grundstücke der Eigentümer der modernisierten/sanierten Gebäude ergeben (§ 154 Abs. 1 BauGB). Diese Ausgleichsansprüche hat die Stadt Mainz auf Antrag der Eigentümer in Tilgungsdarlehen umzuwandeln (§ 154 Abs. 5 BauGB). Dadurch wird zwar ein Darlehensverhältnis generiert, die Umwandlung erfolgt jedoch durch einen einseitigen öffentlich-rechtlichen Verwaltungsakt der Stadt Mainz oder gegebenenfalls ersatzweise durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag und nicht durch einen privatrechtlichen Vertrag im Sinne von § 488 BGB. Zudem ist die Stadt Mainz gemäß § 154 Abs. 5 Satz 1 BauGB zu der Umwandlung des Ausgleichsbetrags in ein Tilgungsdarlehen auf Antrag des jeweiligen Eigentümers gesetzlich verpflichtet, sofern diesem die Erfüllung bei Fälligkeit nicht zugemutet werden kann, und handelt nicht im Sinne einer privatrechtlichen Vertragsautonomie. Deshalb betreibt sie im Hinblick auf die Modernisierungsverträge nach § 146 Abs. 3 BauGB und Sanierungsdarlehen nach §§ 154 Abs. 5 BauGB kein Kreditgeschäft im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG.

Die Modernisierungs- und Sanierungsdarlehen stehen der Anwendung des Konzernprivilegs somit nicht entgegen.

Ergänzend gehen wir noch auf den Umstand ein, dass es sich bei den Darlehen jeweils um Gesellschafterdarlehen handelt. Ungeachtet der Freistellung durch das Konzernprivileg kann sich aus diesem Umstand ebenfalls ergeben, dass das Darlehensgeschäft genehmigungsfrei ist.

Durch das jeweilige Gesellschafterdarlehen kommt in Betracht, dass ZBM, MSW oder MVG (abhängig von der Ausgestaltung des Darlehensverhältnisses) ein Einlagengeschäft und damit ein Bankgeschäft nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 KWG betreiben. Die Annahme eines Einlagengeschäfts setzt

⁴⁰ BaFin, „Merkblatt Kreditgeschäft“ vom, 08.01.2009, geändert am 02.05.2016, Ziff. 1.a) aa).

-KEINE DRITTHAFTUNG-

voraus, dass der Rückzahlungsanspruch des Darlehensgebers „unbedingt“ ist. Dies wird von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) für Gesellschafterdarlehen, jedenfalls in den hier interessierenden Konstellationen, verneint. In ihrem „Merkblatt Einlagengeschäft“⁴¹ führt die BaFin zu Gesellschafterdarlehen aus:

„Die Qualifikation dieser Gelder als Einlagengeschäft steht und fällt mit der Unbedingtheit des Rückzahlungsanspruchs. (...) Eine derartige Bedingung des Zahlungsanspruchs ergibt sich grundsätzlich aus dem gesellschaftsrechtlichen Grundsatz der Treuepflicht. Eine Ausprägung der Treuepflicht ist, dass Ansprüche des Gesellschafters gegen die Gesellschaft nicht durchsetzbar sind, wenn ihre Geltendmachung die Gesellschaft in die Zahlungsunfähigkeit triebe. Eine solche insolvenzverhindernde Entnahme- und Ausschüttungssperre ist bei Kapitalgesellschaften und diesen gleichgestellten Personenhandelsgesellschaften gesetzlich verankert.“

Nach Auffassung der BaFin fehlt es in Konstellationen wie den vorliegenden mithin an der Unbedingtheit des Darlehensrückzahlungsanspruches. Die Darlehensvergabe an ZBM, MSW oder MVG erfüllt mithin nicht den Tatbestand des Einlagengeschäfts. Der darlehensnehmende Rechtsträger entfaltet insoweit kein Bankgeschäft und bedarf deshalb auch keiner kreditwesensrechtlichen Genehmigung nach § 32 Abs. 1 KWG.

Spiegelbildlich dazu erfüllen derartige Gelder der Gesellschafter nach dem Sinn und Zweck der Norm nicht den Tatbestand des Kreditgeschäfts im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG, der Nehmer bedarf hier nicht mehr des Schutzes als der Geber.⁴²

II. Frage 2 - Zuschüsse an MVG und deren Verrechnung

1. Ausgangslage / Veranlassung

Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen ist die Frage, ob für insgesamt vier Investitionsmaßnahmen der MVG Finanzmittel der Stadt gewährt werden können. Diese Investitionsmaßnahmen von insgesamt ca. 53 Mio. EUR schlüsseln sich wie folgt auf:

- ca. 21 Mio. EUR für die Anschaffung von 23 Elektrobussen
- ca. 4 Mio. EUR für die Übernahme von Planungskosten für den Straßenbahnausbau
- ca. 14 Mio. EUR für die Anschaffung neuer Straßenbahnen
- ca. 14 Mio. EUR für die Grunderneuerung von Straßenbahnstrecken

⁴¹ BaFin, „Hinweise zum Tatbestand des Einlagengeschäfts nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG“ vom 11.03.2014, geändert am 20.08.2021.

⁴² BaFin, „Merkblatt Kreditgeschäft“ vom 08.01.2009, geändert am 02.05.2016.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

Die Finanzierung soll unter anderem im Wege einer Verrechnung mit dem zu gewährenden Gesellschafterdarlehen erfolgen.

Zu berücksichtigen ist insbesondere, dass für die genannten Maßnahmen teilweise bereits Investitionszuschüsse aus Landes- und Bundesmitteln beantragt wurden, deren Verlust durch die Finanzierungsmaßnahmen vermieden werden soll. Diese Finanzierungsmaßnahmen werden daher zunächst aus beihilfe- und zuwendungsrechtlicher Sicht zu betrachten sein. Im Nachgang erfolgt eine Betrachtung aus umsatz- und ertragssteuerlicher Perspektive sowie eine Darstellung der zivilrechtlichen Umsetzbarkeit der Verrechnung mit Darlehensforderungen.

2. Beihilferechtliche Betrachtung

Ob die beabsichtigte städtische Finanzierung der vier Investitionsmaßnahmen der MVG beihilfenrechtskonform erfolgen kann, richtet sich danach, ob diese eine tatbestandliche Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellt und bejahendenfalls, ob diese beihilfenrechtlich legitimiert werden kann.

a) Vorliegen einer Beihilfe

Die tatbestandlichen Voraussetzungen einer staatlichen Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV haben wir oben im Rahmen der Beantwortung von Frage 1 (Ziffer C.I.2.a)) bereits ausführlich dargestellt. Auch hinsichtlich der beabsichtigten städtischen Finanzierung der vier Investitionsmaßnahmen der MVG liegt eine staatliche Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV vor.

Dies ergibt sich auf folgenden Gründen:

Zunächst ist die MVG als „*Unternehmen*“ im beihilfenrechtlichen Sinne zu begreifen. Ausweislich § 2 des Gesellschaftsvertrages der MVG ist deren Unternehmensgegenstand die Erbringung von Leistungen des öffentlichen Personennahverkehrs sowie aller dazugehörigen verkehrsbezogenen Aufgaben und Dienstleistungen. Nach diesem Unternehmensgegenstand ist die MVG am Markt für Personenbeförderung tätig und steht auch mit anderen Unternehmen im Wettbewerb.

Die beabsichtigte städtische Finanzierung stellt auch eine „*Finanzierung aus staatlichen Mitteln*“ dar. Diese liegt vor, wenn durch die Maßnahme ein staatlicher Haushalt belastet wird und die Maßnahmen dem Staat zurechenbar ist. Nach unseren Informationen ist die konkrete Ausgestaltung bzw. der „*Zahlungsstrom*“ des Investitionszuschusses derzeit noch offen. Verschiedene Varianten haben wir nachfolgend unter Ziffer C. II. 6 genauer betrachtet. In sämtlichen Ausreichungsvarianten soll jedoch der städtische Haushalt belastet werden. Entweder durch die Gewährung eines direkten Zuschusses, welcher ggf. auch mit einer anderen Forderung verrechnet wird oder durch einen (Teil-) Verzicht der Rückzahlung des Darlehens.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

Durch die städtische Finanzierung der vier Investitionsvorhaben wird die MVG auch selektiv begünstigt. Eine Begünstigung liegt vor, wenn ein Unternehmen einen Vorteil erhält, den es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte. Hierbei kommt es auf eine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung von Leistung und Gegenleistung unter normalen Marktbedingungen an. Eine selektive Begünstigung ist vorliegend gegeben, da die MVG unter normalen Marktbedingungen keine derartige Finanzierung, also einen Zuschuss oder Verzicht auf die Darlehensrückzahlung, erhalten hätte.

Schließlich kann jedenfalls nicht ausgeschlossen werden, dass die staatliche Maßnahme zu einer „(potenziellen) Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung“ führt. Wie bereits dargestellt wird dieses Merkmal regelmäßig bejaht, falls keine „rein lokale Bedeutung“ nachgewiesen werden kann. Auch wenn vorliegend auf Eigentümerebene hinsichtlich des Bereichs ÖPNV eine beihilfenrechtlich irrelevante „rein lokale Bedeutung“ der Förderung angedacht werden könnte, erscheint dies aus unserer Sicht insbesondere vor dem Hintergrund der beträchtlichen Höhe der Finanzierungsmaßnahme und des Einflussbereiches der Landeshauptstadt Mainz kein rechtssicherer Weg zu sein. Es ist keineswegs fernliegend, dass auf Eigentümerebene grenzüberschreitende Investoren in den jeweiligen Versorgungssparten vorhanden sind und dass diese auch bereit wären entsprechende Investitionen zu tätigen. Aus unserer Sicht spricht daher vieles dafür, dass die Beihilfenkonformität der Finanzierungsmaßnahme nicht rechtssicher auf die „rein lokale Bedeutung“ gestützt werden kann.

b) Möglichkeiten zur beihilferechtlichen Absicherung über den öDA

Eine beihilferechtliche Absicherung der Finanzierungsmaßnahme kann über den bestehenden öDA erfolgen.

Dieser mit Stadtratsbeschluss vom 28. April 2021 (sowie anschließender Weisungskette) erteilte öDA umfasst ausweislich der Präambel die Aufgaben der Verkehrsleistungserbringung einschließlich ergänzender ÖPNV-Dienstleistung und der Vorhaltung der hierfür erforderlichen Infrastruktur. In § 1 Abs. 2 a) des öDA ist weiterhin geregelt, dass die MVG insbesondere auch mit der Anschaffung und Instandhaltung zum Zwecke der Fahrzeugvorhaltung beauftragt ist. Gemäß § 1 Abs. 2 b) des öDA ist die MVG mit dem Betrieb und der Instandhaltung der ortsfesten Infrastruktur und - nach Abstimmung mit der Stadt - auch für deren Ausbau beauftragt. Überdies sieht § 1 Abs. 2 l) des öDA vor, dass sich die MVG auch an der Entwicklung und am Einsatz innovativer Beförderungs- und Fahrzeugtechnologien einschließlich Infrastruktur beteiligt.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

aa) Inhaltlich vom öDA umfasste Maßnahmen

Die Anschaffung von 23 Elektrobussen fällt als Beschaffungsmaßnahme zur Fahrzeugvorhaltung sowohl unter die Beauftragung nach § 1 Abs. 2 a) des öDA als auch als Einsatz innovativer Beförderungs- und Fahrzeugtechnologien unter § 1 Abs. 2 l) des öDA und ist somit grundsätzlich vom öDA umfasst.

Auch die Anschaffung von neuen Straßenbahnen ist gem. § 1 Abs. 2 a) des öDA als Beschaffungsmaßnahme zur Fahrzeugvorhaltung und Sicherstellung des Fahrbetriebes vom öDA umfasst. Beide Beschaffungsmaßnahmen (die Anschaffung der Elektrobusse und der Straßenbahnen) entsprechen überdies den Verpflichtungen der MVG aus Punkt 4. „Investitionspflichten“ der Leistungsbeschreibung für die Verkehrsleistung (Anhang 1; Anlage 1 zum öDA), gemäß dessen Regelung die MVG verpflichtet ist, bis zum Jahr 2030 mindestens 25 Niederflurstraßenbahnen zu beschaffen und kontinuierlich die Busflotte zu erneuern. Der entsprechende erste Abschnitt des Punkt 4. der Leistungsbeschreibung lautet wie folgt:

„Der beabsichtigte Dienstleistungsauftrag verpflichtet den Betreiber, bis zum Jahr 2030 mindestens 25 Niederflurstraßenbahnen zu beschaffen. Der Betreiber verpflichtet sich, entsprechend der Vorgaben des öffentlichen Dienstleistungsauftrages und den mitgeltenden Dokumenten, kontinuierlich seine Busflotte zu erneuern. Darüber hinaus wird kontinuierlich in die Instandhaltung des gesamten Fuhrparks des Betreibers sowie die regelmäßige Aufrüstung auf den aktuellen Stand der Technik investiert.“

Bezüglich der Grunderneuerung von Straßenbahnstrecken wie auch hinsichtlich der entsprechenden Planungskosten für den Ausbau der Straßenbahnstrecken ist grundsätzlich davon auszugehen, dass diese als Ausbau der ortsfesten Infrastruktur unter § 1 Abs. 2 b) des öDA fallen und mithin auch von diesem umfasst sind. Klarstellend verweist § 1 Abs. 2 b) des öDA auf die Anlage 3 zum öDA „Infrastruktur“, zu ebenjener ausweislich Nr. 2 der Anlage 3 insbesondere auch 30 km Streckengleise gehören. Auch ausweislich Punkt 3. „Infrastruktur“ der Anlage 1 des öDA zählen entsprechende Gleisanlagen zur vom öDA umfassten Infrastruktur. Darüber hinaus entspricht der Ausbau des Streckennetzes um den Streckenabschnitt „Gonsenheim“ und die Querspange „Binger Straße“ auch den Investitionspflichten gem. Punkt 4. der Leistungsbeschreibung. Die Absätze 2 und 3 lauten diesbezüglich wie folgt:

„Der Betreiber ist verpflichtet, ab dem Jahr 2022 den Streckenabschnitt Gonsenheim, Gemarkungsgrenze - Finthen, Römerquelle grundhaft mit Gleisanlagen, Fahrstromversorgung und technische Anlagen zu erneuern und bis 2024 abzuschließen.“

Baurecht und politischer Beschluss vorausgesetzt ist der Betreiber verpflichtet, mit einer Querspange „Binger Straße“ das Straßenbahnnetz zu erweitern. Sie schließt westlich am Alicenplatz und östlich am Münsterplatz an das Bestandsnetz an. Eine Realisierung soll bis zum Jahr 2026 abgeschlossen sein.“

-KEINE DRITTHAFTUNG-

Mithin sind alle vier Maßnahmen grundsätzlich vom öDA umfasst. Sollten zusätzliche Maßnahmen avisiert werden, die bspw. nicht bereits von den vorgenannten Investitionspflichten umfasst sind, wäre eine Einzelprüfung dieser Maßnahme unter Hinzuziehung des Gegenstandes der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen nach § 1 des öDA sowie der Leistungsbeschreibung in Anlage 1 zum öDA vorzunehmen.

bb) Abdeckung der Finanzierung dieser Maßnahmen durch den öDA

Zusätzlich und insbesondere nachrangig zu Fördermitteln von Bund und Land sowie den eigenen Einnahmen darf die MVG gem. § 2 Abs. 2 des öDA Ausgleichszahlungen zur Finanzierung des aus den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen resultierenden Aufwandsdeckungsfehlbetrages erhalten. Solche Ausgleichszahlungen können ausweislich § 2 Abs. 2 S. 3 des öDA insbesondere durch mittelbare oder unmittelbare Zuschüsse der Stadt, Bürgschaften sowie durch konzerninterne Verrechnung im Rahmen des steuerlichen Querverbundes gewährt werden. Durch die Formulierung „insbesondere“ wird deutlich, dass neben diesen ausdrücklich genannten Finanzierungsformen auch weitere Formen, z.B. durch Darlehensgewährung und etwaige Verrechnungen vom öDA umfasst sind. Dies unterstreicht die Regelung des § 2 Abs. 3 des öDA, die ausdrücklich eine nicht abschließende Aufzählung von Ausgleichsleistungen und Finanzierungsformen vorsieht. Überdies könnte diese Ausgestaltung auch mittelbare Zuschüsse der Stadt darstellen.

Aufgrund der vorangestellten Erwägungen halten wir die geplanten Maßnahmen und auch deren Finanzierung für vom öDA vollständig umfasst, so dass eine Leistungsanpassung nicht notwendig wäre.

Sollte hingegen festzustellen sein, dass (zukünftige) einzelne Maßnahmen nicht unter die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen des öDA fallen und insbesondere auch nicht von der Leistungsbeschreibung in Anlage 1 zum öDA umfasst sind, so wäre i.S.v. § 4 des öDA zu prüfen, ob eine Anpassung des öDA erfolgen kann und insbesondere ob die Schwelle von +/- 8 Prozent nicht überschritten wird. Hinsichtlich der Leistungsanpassung ist von der MVG eine entsprechende Kalkulation hinsichtlich der voraussichtlichen Änderungen und des voraussichtlichen Soll-Ausgleichs beizufügen (vgl. § 4 Abs. 3 des öDA). Überdies sind bei Leistungsanpassungen gegebenenfalls vergaberechtliche Grenzen, insbesondere die des § 132 GWB, zu beachten und mitunter kann bei wesentlichen Änderungen i.S.d. § 132 Abs. 1 GWB ein neues Vergabeverfahren erforderlich werden.

Soweit allerdings die Maßnahmen, wie von uns angenommen, dem Anwendungsbereich des öDA unterfallen oder aber durch eine Anpassung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen nach § 4 des öDA in diesen einbezogen werden, sind die Finanzierungsmaßnahmen durch den öDA beihilferechtlich abgesichert.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

Des Weiteren müssen selbstverständlich die allgemeinen Voraussetzungen des öDA auch für die Finanzierungsmaßnahmen beachtet werden. So sind insbesondere eine Trennungsrechnung nach § 3 des öDA zu erstellen und nach § 2 Abs. 4 f. des öDA entsprechende Wirtschaftspläne aufzustellen und sowohl vorläufige als auch nachträgliche Überkompensationskontrollen durchzuführen.

Sollte eine detaillierte Prüfung der einzelnen Maßnahmen, sofern diese nicht ausschließlich in die vier geprüften Kategorien fallen, ergeben, dass diese nicht vom öDA umfasst sind, sollte zunächst eine Anpassung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen durchgeführt werden.

3. Zuwendungsrechtliche Betrachtung

Hinsichtlich der Finanzierung der vier Investitionsmaßnahmen der MVG ist neben einer beihilfenrechtlichen Betrachtung auch eine zuwendungsrechtliche Betrachtung relevant. Grund hierfür ist, dass für zwei Investitionsmaßnahmen der MVG bereits Förderanträge gestellt und teilweise auch schon bewilligt wurden. Dementsprechend sind die allgemeinen zuwendungsrechtlichen Grundsätze zu beachten. Dies bedeutet insbesondere, dass ein förderschädlicher vorzeitiger Maßnahmenbeginn zu vermeiden ist und Kumulationsvorschriften zu beachten sind.

Für folgende Maßnahmen liegen uns Förderanträge bzw. Bewilligungen vor und geben daher Anlass zu einer zuwendungsrechtlichen Prüfung:

- **Beschaffung von 23 Elektrobussen** (Förderkennzeichen: 16EBS2004A, Förderantrag vom 02.08.2019, Zuwendungsbescheid vom 12.11.2019, Fördergeber: BMU⁴³, Programm zur Förderung der Anschaffung von Elektrobussen im ÖPNV des BMU)
- **Grunderneuerung von Straßenbahnstrecken** (Förderantrag vom 08.11.2021, Antrag auf Gewährung von Zuwendungen nach LVFGKOM/GVFG, Fördergeber: Ministerium für Klimaschutz, Umwelt, Energie und Mobilität des Landes Rheinland-Pfalz)

a) Vorzeitiger Maßnahmenbeginn („VzM“)

Zentraler Grundsatz des Zuwendungsrechts ist das Verbot des vorzeitigen Maßnahmebeginns (nachfolgend: „VzM“), soweit kein Antrag auf Genehmigung des VzM gestellt und genehmigt wurde. Dieser Grundsatz, der in Nr. 1.3 der Verwaltungsvorschriften zu § 44 Abs. 1 BHO normiert ist, ergibt sich aus der Voraussetzung einer „Anreizwirkung“ von entsprechenden mit öffentlichen Mitteln geförderten Projekten. Für die Landeshauptstadt Mainz bedeutet dies insbesondere, dass jegliche Maßnahmen, für die bereits öffentliche Fördermittel beantragt wurden

⁴³ Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

oder in Zukunft noch beantragt werden sollen, nicht begonnen werden dürfen, bevor eine entsprechende Genehmigung der Förderung erfolgt ist. Bei Baumaßnahmen gelten bestimmte vorbereitende Maßnahmen (bspw. Planungen und Bodenuntersuchungen, Leistungsphasen 1-4 der HOAI⁴⁴) nicht als VzM, es sei denn, bei der Planung handelt es sich um das zu fördernde Vorhaben. In jedem Fall ist vor Beginn etwaiger Tätigkeiten stets zu prüfen, ob das zuwendungsrechtliche Risiko des VzM droht.

Sollte die Stadt aus bestimmten Gründen dennoch frühzeitig mit der Grunderneuerung von Straßenbahnstrecken beginnen wollen, so ist zuvor gem. Nr. 1.3 S. 2 VV zu § 44 Abs. 1 BHO ein entsprechender Antrag auf Genehmigung des VzM beim Zuwendungsgeber zu stellen.

Hinsichtlich der Grunderneuerung des Straßenbahnnetzes Mainz Gonsenheim-Finthen wurde der VzM bereits positiv beschieden⁴⁵. Soweit die darin enthaltenen Vorgaben beachtet werden, ist insoweit ein VzM unschädlich.

b) Rang-, Reihenfolge und Kumulierungsvorschriften

Weiterhin kann die Rang- bzw. Reihenfolge etwaiger Finanzierungsmaßnahmen relevant sein. Wenn Zuschüssen aus Bundes- oder Landesmitteln als Bemessungsgrundlage der Zuschüsse ein Delta zwischen Investitionskosten und Eigenmitteln („Fehlbedarf“ i.S.d. Nr. 2.2.2 VV zu § 44 Abs. 1 BHO) zugrunde gelegt wird, ist diesbezüglich eine der Bewilligung der Investitionszuschüsse vorhergehende Bereitstellung der Finanzmittel durch die Stadt ein zu berücksichtigendes Risiko. Nach unserem Kenntnisstand sind allerdings für entsprechende Fördermittel des Landes bzw. des Bundes bereits alle Förderanträge jedenfalls gestellt, teilweise auch schon bewilligt worden.

Weiterhin sind etwaige Kumulierungsvorschriften oder Festlegungen hinsichtlich der Finanzierung eines Vorhabens zu berücksichtigen, um eine verbotene „Doppelförderung“ zu vermeiden. So sehen insbesondere die ANBest-P⁴⁶ unter Nr. 1.4.2 Regelungen vor, dass ein zu deckender Fehlbedarf, wenn er anteilig durch mehrere Zuwendungsgeber finanziert wird, nur jeweils anteilig vom jeweiligen Zuwendungsgeber angefordert werden darf. Insbesondere kann sich nach Nr. 2.1 auch die Zuwendung verringern, wenn nach deren Bewilligung die Deckungsmittel steigen

⁴⁴ Honorarordnung für Architekten und Ingenieure in der aktuellen Fassung vom 10. Juli 2013, BGBl. I S. 2276.

⁴⁵ Rheinland-Pfalz Ministerium für Klimaschutz, Umwelt, Energie und Mobilität, Zeichen: 5030-0050#2019/0002-0801 8707.0011.

⁴⁶ Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung; regelmäßig einbezogene Nebenbestimmungen bei Zuwendungen für einzelne Projekte.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

oder neue Deckungsmittel hinzutreten. Diese ANBest-P wurden im Zuge des Zuwendungsbescheides zur Förderung von Elektrobussen im öffentlichen Personennahverkehr des BMU (Förderkennzeichen: 16EBS2004A) für diese Förderung einbezogen und sind somit maßgeblich.

Zu prüfen ist zunächst, ob bereits eine zusätzliche Deckung des Fehlbetrages (bspw. hinsichtlich der Investition in die Elektrobusse) durch die Ausgleichsleistungen im Zuge eines öDA förder-schädlich sein könnte. Dies wäre jedenfalls dann der Fall, wenn entsprechende Zahlungen auf Grundlage des öDA zweckgebunden bezogen auf das einzelne Vorhaben wären. Da Zuwendungen in aller Regel die Anschaffungskosten handelsrechtlich mindern, haben diese keine Auswirkungen auf den Verlustausgleich auf Grundlage des öDA und eine verbotene „Doppelförderung“ besteht aufgrund der Finanzierung über den öDA mithin nicht. Diese Mechanik sollte idealerweise in der Trennungsrechnung zum öDA dokumentiert werden, um bei der späteren Erstellung des Verwendungsnachweises hierauf zurückgreifen zu können. Im Ergebnis stellt der Ausgleichsmechanismus des öDA somit keine zweckgebundene Finanzierung dar, weshalb auch keine verbotene „Doppelförderung“ vorliegt.

c) Zuwendungsrechtliche Risiken hinsichtlich weiterer zusätzlicher zweckgebundener Finanzierungsmaßnahmen des Vorhabens

Vorliegend kommen wir unter Berücksichtigung der uns zur Verfügung gestellten Dokumenten und Informationen zu dem Ergebnis, dass jedenfalls zukünftig zur Verfügung gestellte zweckgebundene Mittel für die Beschaffung der 23 Elektrobusse zuwendungsrechtliche Risiken bergen.

Diese Einschätzung beruht auf dem uns zur Verfügung gestellten Förderantrag vom 02.08.2019 (Akronym: Mainz_23_E-Busse; Online-Kennung: 100421957) und insbesondere auf den auf Seite 10 abgegebenen Erklärungen hinsichtlich einer „Öffentlichen Förderung“ unter Punkt E34 des Förderantrags. Unter diesem Punkt wurde im Antrag erklärt, dass das Vorhaben

„nicht oder nicht anderweitig mit Zuwendung oder Auftrag öffentlich finanziert [ist].“

Zur Verfügung gestellte öffentliche Mittel, die hinsichtlich dieses Vorhabens zweckgebunden sind, würden daher im Widerspruch zu den Erklärungen des Förderantrags stehen und ein Rückforderungsrisiko hervorrufen. Von der Bereitstellung zukünftiger und für dieses Vorhaben zweckgebundener Mittel der Stadt („Investitionszuschüsse“) an die MVG ist daher aus zuwendungsrechtlicher Perspektive zur Sicherung der bereits gewährten Fördermittel abzusehen.

Im Förderantrag hinsichtlich der Grunderneuerung der Straßenbahnstrecken findet sich eine solche Erklärung grundsätzlich nicht. Allerdings weist der Antrag hinsichtlich der Finanzierung unter Punkt 5. des Antrags ebenfalls keine Beiträge / Zuwendungen Dritter und auch keine Eigen-

-KEINE DRITTHAFTUNG-

mittel / -leistungen aus, weshalb wir es auch diesbezüglich für zuwendungsrechtlich geboten erachten, jedenfalls keine zusätzlichen, konkret auf dieses Vorhaben bezogenen, zweckgebundenen Mittel („Investitionszuschüsse“) der Stadt zur Verfügung zu stellen.⁴⁷

d) Zwischenergebnis

Zum status quo halten wir eine Finanzierung der beiden geförderten Maßnahmen mittels zusätzlicher weiterer zweckgebundener Finanzierungsmaßnahmen der Stadt („Investitionszuschüsse“) aufgrund der zuwendungsrechtlichen Ausführungen für rechtlich unsicher und die bereits bewilligte Förderung potenziell gefährdend („Rückforderungsrisiko“).

Ausdrücklich ist hierzu festzuhalten, dass eine Finanzierung der vier geprüften Investitionsvorhaben mittels des öDA hingegen grundsätzlich keine zuwendungsrechtlichen Risiken bergen, soweit sichergestellt ist, dass seitens der Stadt keine Zweckbindung dieser Mittel erfolgt.

Sollten entgegen des ursprünglichen dem Förderantrag beigefügten Finanzierungsplans weitere zweckgebundene Zuwendungsmittel, bspw. in Form eines städtischen Zuwendungsbescheids und oder Mittel von sonstigen Dritten für die Vorhaben verwenden werden, wären Sie ausweislich Nr. 5.1 der ANBest-P verpflichtet, dies unverzüglich der Bewilligungsbehörde anzuzeigen. Eine solche Anzeige würde aus unserer Sicht jedenfalls eine Reduzierung der gewährten Fördermittel bewirken. Von einer Bereitstellung zusätzlicher zweckgebundener Mittel („Investitionszuschüsse“) für die beiden geförderten Maßnahmen ist abzusehen.

Die weiteren avisierten Maßnahmen, für die keine Förderanträge gestellt wurden und für die auch keine Zuwendungen zu erwarten sind, sind von diesen zuwendungsrechtlichen Ausführungen nicht betroffen.

4. Umsatzsteuerliche Betrachtung

Zahlungen unter den Bezeichnungen „Zuschuss, Zuwendung, Beihilfe, Prämie, Ausgleichsbetrag u.ä.“ (Zuschüsse) können entweder Entgelt für eine Leistung an den Zuschussgeber (Zahlenden), (zusätzliches) Entgelt eines Dritten oder echter Zuschuss sein. Der Zahlende ist Leistungsempfänger, wenn er für seine Zahlung eine Leistung vom Zahlungsempfänger erhält. Der Zahlende kann ein Dritter sein (§ 10 Abs. 1 Satz 2 UStG), der selbst nicht Leistungsempfänger ist.⁴⁸

⁴⁷ Eine abschließende Prüfung des Finanzplans haben wir insbesondere vor dem Hintergrund der E-Mail von Fr. Schmitz v. 25.03.2022 mit Bezugnahme auf die avisierten mind. 10 % Eigenanteil an den Fördervorhaben und einer noch ausstehenden Prüfung durch die MVG nicht vorgenommen.

⁴⁸ Abschn. 10.2 Abs. 1 UStAE.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

a) Umsatzsteuerbares Entgelt

Zuschüsse sind Entgelt für eine Leistung an den Zahlenden, wenn ein Leistungsaustauschverhältnis zwischen dem leistenden Unternehmer (Zahlungsempfänger) und dem Zahlenden besteht, wenn ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der erbrachten Leistung und dem Zuschuss besteht, d.h. wenn der Zahlungsempfänger seine Leistung - insbesondere bei gegenseitigen Verträgen - erkennbar um der Gegenleistung willen erbringt, wenn der Zahlende einen Gegenstand oder einen sonstigen Vorteil erhält, auf Grund dessen er als Empfänger einer Lieferung oder sonstigen Leistung angesehen werden kann und wenn (beim Zahlenden oder am Ende der Verbraucherkette) ein Verbrauch im Sinne des gemeinsamen Mehrwertsteuerrechts vorliegt.⁴⁹

Ob die Leistung des Zahlungsempfängers derart mit der Zahlung verknüpft ist, dass sie sich auf den Erhalt einer Gegenleistung (Zahlung) richtet, ergibt sich aus den Vereinbarungen des Zahlungsempfängers mit dem Zahlenden, z. B. den zu Grunde liegenden Verträgen oder den Vergaberichtlinien.⁵⁰ Die Zwecke, die der Zahlende mit den Zahlungen verfolgt, können allenfalls Aufschlüsse darüber geben, ob der erforderliche unmittelbare Zusammenhang zwischen Leistung und Zahlung vorliegt. Die Annahme eines Leistungsaustauschs setzt weder auf der Seite des Zahlenden noch auf der Seite des Zahlungsempfängers rechtlich durchsetzbare Ansprüche voraus.⁵¹

Zahlungen für die Übernahme der Erfüllung von Aufgaben einer juristischen Person des öffentlichen Rechts, zu deren Ausführung sich die Parteien in einem gegenseitigen Vertrag verpflichtet haben, erfolgen grundsätzlich im Rahmen eines Leistungsaustauschs. Die Zuwendung erfolgt in diesem Fall nicht lediglich zur Subventionierung aus strukturpolitischen, volkswirtschaftlichen oder allgemeinpolitischen Gründen, wenn der Zuwendungsgeber damit auch eigene wirtschaftliche Interessen verfolgt. Besteht aufgrund eines Rechtsverhältnisses ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Leistung des Zahlungsempfängers und der Zahlung, ist die Zahlung Entgelt für die Leistung des Zahlungsempfängers.

b) Nicht umsatzsteuerbarer Zuschuss

Echte Zuschüsse liegen vor, wenn die Zahlungen nicht auf Grund eines Leistungsaustauschverhältnisses erbracht werden.⁵² Das ist der Fall, wenn die Zahlungen nicht an bestimmte Umsätze

⁴⁹ Abschn. 10.2 Abs. 2 UStAE.

⁵⁰ BFH-Urteil vom 13.11.1997, V R 11/97, BStBl. 1998 II S. 169.

⁵¹ BFH-Urteile vom 23.2.1989, V R 141/84, BStBl. II S. 638, und vom 9.10.2003, V R 51/02, BStBl. 2004 II S. 322.

⁵² BFH-Urteile vom 28.7.1994, V R 19/92, BStBl. 1995 II S. 86, und vom 13.11.1997, V R 11/97, BStBl. 1998 II S. 169.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

anknüpfen, sondern unabhängig von einer bestimmten Leistung gewährt werden, weil z. B. der leistende Unternehmer (Zahlungsempfänger) einen Anspruch auf die Zahlung hat oder weil in Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung bzw. im überwiegenden öffentlich-rechtlichen Interesse an ihn gezahlt wird.⁵³ Echte Zuschüsse liegen auch vor, wenn der Zahlungsempfänger die Zahlungen lediglich erhält, um ganz allgemein in die Lage versetzt zu werden, überhaupt tätig zu werden oder seine nach dem Gesellschaftszweck obliegenden Aufgaben erfüllen zu können. So sind Zahlungen echte Zuschüsse, die vorrangig dem leistenden Zahlungsempfänger zu seiner Förderung aus strukturpolitischen, volkswirtschaftlichen oder allgemeinpolitischen Gründen gewährt werden.⁵⁴ Vorteile in Form von Subventionen, Beihilfen, Förderprämien, Geldpreisen und dergleichen, die ein Unternehmer als Anerkennung oder zur Förderung seiner im allgemeinen Interesse liegenden Tätigkeiten ohne Bindung an bestimmte Umsätze erhält, sind kein Entgelt.⁵⁵ Die bloße technische Anknüpfung von Förderungsmaßnahmen an eine Leistung des Zahlungsempfängers führt nicht dazu, dass die Förderung als zusätzliches Entgelt für die Leistung zu beurteilen ist, wenn das Förderungsziel nicht die Subvention der Preise zugunsten der Abnehmer (Leistungsempfänger), sondern die Subvention des Zahlungsempfängers ist.⁵⁶

Ob Zuwendungen aus öffentlichen Kassen echte Zuschüsse sind, ergibt sich nicht aus der haushaltsrechtlichen Erlaubnis zur Ausgabe, sondern allein aus dem Grund der Zahlung.⁵⁷ Werden Zuwendungen aus öffentlichen Kassen ausschließlich auf der Grundlage des Haushaltsrechts in Verbindung mit den dazu erlassenen Allgemeinen Nebenbestimmungen vergeben, liegen in der Regel echte Zuschüsse vor. Denn die in den Allgemeinen Nebenbestimmungen normierten Auflagen für den Zuwendungsempfänger reichen grundsätzlich für die Annahme eines Leistungsaustauschverhältnisses nicht aus. Sie haben den Sinn, den Zuwendungsgeber über den von ihm erhofften und erstrebten Nutzen des Projekts zu unterrichten und die sachgerechte Verwendung der eingesetzten Fördermittel sicherzustellen. Grund der Zahlung ist in diesen Fällen die im überwiegenden öffentlichen Interesse liegende Förderung des Zuwendungsempfängers, nicht der Erwerb eines verbrauchsfähigen Vorteils durch den Zuwendungsgeber. Wird die Bewilligung der Zuwendungen über die Allgemeinen Nebenbestimmungen hinaus mit besonderen Nebenbestimmungen verknüpft, kann ein Leistungsaustauschverhältnis vorliegen. Besondere Nebenbestimmungen sind auf den jeweiligen Einzelfall abgestellte Regelungen, die Bestandteil jeder Zuwendung sein können und im Zuwendungsbescheid oder -vertrag besonders kenntlich zu machen

⁵³ BFH-Urteile vom 24.8.1967, V 31/64, BStBl. III S. 717, und vom 25.11.1986, V R 109/78, BStBl. 1987 II S. 228.

⁵⁴ BFH-Urteil vom 13.11.1997, V R 31/64, a.a.O.

⁵⁵ BFH-Urteil vom 6.8.1970, V R 94/68, BStBl. II S. 730.

⁵⁶ BFH-Urteil vom 8.3.1990, V R 67/89, BStBl. II S. 708.

⁵⁷ BFH-Urteile vom 27.11.2008, V R 8/07, BStBl. 2009 II S. 397, und vom 18.12.2008, V R 38/06, BStBl. 2009 II S. 749.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

sind. Dort können Auflagen und insbesondere Vorbehalte des Zuwendungsgebers hinsichtlich der Verwendung des Tätigkeitsergebnisses geregelt sein, die auf einen Leistungsaustausch schließen lassen. Entsprechendes gilt für vertraglich geregelte Vereinbarungen. Denn bei Leistungen, zu denen sich die Vertragsparteien in einem gegenseitigen Vertrag verpflichtet haben, liegt grundsätzlich ein Leistungsaustausch vor.⁵⁸ Regelungen zur technischen Abwicklung der Zuwendung und zum haushaltsrechtlichen Nachweis ihrer Verwendung sind umsatzsteuerrechtlich regelmäßig unbeachtlich.⁵⁹

c) ÖPNV

Im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs ergeben sich unterschiedliche Sichtweisen. Nach der Rechtsprechung ist danach zu differenzieren, ob Zuschüsse aus öffentlichen Kassen, die an einen Verkehrsunternehmer geleistet werden, um ihn aus strukturpolitischen, volkswirtschaftlichen oder allgemeinpolitischen Gründen nicht vom Markt auszuschließen, echte Zuschüsse sind.⁶⁰ Zahlungen, welche fließen, da der Verkehrsunternehmer Mindereinnahmen aufgrund des ermäßigten Transports von Schülern, Studenten, Lehrlingen, Auszubildende oder behinderten Menschen macht, sind steuerbares Entgelt.⁶¹

In einigen Verwaltungsanweisungen wird darauf verwiesen, dass fahrplanmäßig festgelegte Angebote, die eine ausreichende Bedienung der Bevölkerung sicherstellen sollen, nicht als konkreter Leistungsaustausch beurteilt werden. Im Gegensatz zum allgemeinen Grundsatz, dass der Ausgleich von Fehlbeträgen durchaus ein Entgelt im Leistungsaustausch sein kann, wird seitens der Finanzverwaltung teilweise vertreten, dass - sofern Zahlungen nicht gedeckte Kosten oder Verluste ausgleichen, welche dadurch entstehen, dass der Verkehrsunternehmer beispielsweise im Interesse der ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr eine Verlängerung oder Einrichtung einer Buslinie oder ähnliches vornimmt - ein echter, nichtsteuerbarer Zuschuss vorliege (Preis-Kosten-Vergleich).⁶²

d) Fazit

Vorliegend sollen Zuschüsse für Investitionsmaßnahmen der MVG im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs gewährt werden. Die Zuschüsse dienen folglich der Erfüllung der der MVG

⁵⁸ BFH-Urteil vom 18.12.2008, V R 38/06, BStBl. 2009 II S. 749.

⁵⁹ BFH-Urteil vom 28.7.1994, V R 19/92, BStBl. 1995 II S. 86.

⁶⁰ BFH v. 25.11.1986, V R 109/78, BStBl II 1987, 228.

⁶¹ Hidien/Jürgens, Die Besteuerung der öffentlichen Hand 1. Auflage 2017, § 16, Rn. 94.

⁶² OFD Nds. v. 31.3.2015, UR 2015, 487.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

nach ihrem Gesellschaftszweck obliegenden öffentlichen Aufgaben. Konkret sollen mit den finanziellen Mitteln Elektrobusse und Straßenbahnen angeschafft werden sowie Straßenbahnstrecken erneuert und geplant werden. Diese Maßnahmen dienen allgemein der Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr.

Insoweit sind die Zahlungen u. E. als echte Zuschüsse zu bewerten, die nicht der Umsatzsteuer unterliegen. Wichtig ist, dass die Zahlungen nicht an bestimmte Leistungen der MVG gegenüber der Stadt geknüpft werden. Auch eine vertragliche Vereinbarung sollte vermieden werden.

Die umsatzsteuerliche Beurteilung ist anhand der konkreten Ausgestaltung der Zuschussgewährung zu überprüfen. Da insoweit Rechtsunsicherheiten oftmals nicht gänzlich ausgeschlossen werden können, sollte im Vorfeld eine verbindliche Abstimmung mit der Finanzverwaltung erfolgen.

5. Ertragsteuerliche Betrachtung

Nachfolgend gehen wir auf die Behandlung der Zuschüsse im Rahmen der steuerrechtlichen Gewinnermittlung ein.

a) Verdeckte Einlage

Bei einem Zuschuss der öffentlichen Hand an ein von ihr geführtes Unternehmen kann eine Qualifizierung als verdeckte Einlage i. S. d. § 4 Abs. 1 Satz 8 EStG i. V. m. § 8 Abs. 3 Satz 3 KStG in Betracht kommen. Die steuerlichen Folgen einer verdeckten Einlage können sich auch bei mittelbaren Beteiligungen ergeben.⁶³

Bei einer verdeckten Einlage handelt es sich - anders als bei der gegen die Gewährung neuer Gesellschaftsanteile vollzogenen offenen Einlage - um die Zuwendung eines einlagefähigen Vermögensvorteils an eine Kapitalgesellschaft durch deren Gesellschafter oder eine dem Gesellschafter nahestehende Person, für die der Gesellschafter keine neuen Anteile erhält und die ihre Ursache im Gesellschaftsverhältnis hat. Letztere Voraussetzung ist gegeben, wenn ein Nichtgesellschafter der Gesellschaft den Vermögensvorteil bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht eingeräumt hätte.⁶⁴

Ein Barzuschuss stellt einen einlagefähigen Vermögensvorteil dar und kann grundsätzlich als verdeckte Einlage gegeben werden. Erfolgt die Gewährung eines Zuschusses im Wege der verdeckten Einlage, erhöhen sich auf Ebene des den Zuschuss gewährenden Gesellschafters die Anschaffungskosten seiner Beteiligung an der Kapitalgesellschaft um den Teilwert des eingelegten

⁶³ Gosch KStG/Roser, 4. Aufl. 2020, KStG § 8 Rn. 115.

⁶⁴ BFH v. 20.7.2005, X R 22/02, BStBl II 2006, 457; R 8.9 Abs. 1 KStR 2015.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

Wirtschaftsguts, §§ 6 Abs. 1 Nr. 5 EStG; 8 Abs. 1 KStG. Für die Kapitalgesellschaft ist die verdeckte Einlage neutral (§ 8 Abs. 3 Satz 3 KStG). Die verdeckte Einlage ist bei der Gesellschaft auf dem steuerlichen Einlagekonto i. S. d. § 27 KStG zu erfassen, so dass sie später nach Maßgabe des § 27 Abs. 1 Satz 3 KStG ohne Entstehung von Kapitalertragsteuer an den Gesellschafter wieder zurückgezahlt werden kann.

Gewährt der Gesellschafter einer Tochtergesellschaft, welche Gesellschafterin einer Einzelgesellschaft ist, der Einzelgesellschaft Vermögensvorteile, die geeignet sind, Gegenstand einer verdeckten Einlage zu sein, dann liegen nach der Rechtsprechung zwei mittelbare verdeckte Einlagen vor: Eine verdeckte Einlage des Gesellschafters der Tochtergesellschaft in die Tochtergesellschaft und eine verdeckte Einlage der Tochtergesellschaft in die Einzelgesellschaft. Denn die Gewährung der Vermögensvorteile an die Einzelgesellschaft ist geeignet, den Wert der Beteiligung der Tochtergesellschaft an der Einzelgesellschaft zu erhöhen, wodurch auch der Wert der Beteiligung des Gesellschafters an der Tochtergesellschaft erhöht wird.⁶⁵

Die Frage, ob Zuschüsse der öffentlichen Hand als verdeckte Einlage beurteilt werden können oder einen der Steuerpflicht unterliegenden Zuschuss darstellen, stellt sich in besonderem Maße bei der Finanzierung des ÖPNV durch Zuschüsse der öffentlichen Hand. Kommunale Verkehrsbetriebe können ihre Pflichten nach dem Personenbeförderungsgesetz oftmals nicht kostendeckend erfüllen. Für die Finanzierung des sich hieraus ergebenden Defizits trifft die EU-VO Nr. 1370/2007 beihilfe- und vergaberechtliche Regelungen. So haben die nach Landesrecht zuständigen Behörden als Grundlage für die Gewährung von Ausgleichsleistungen bei gemeinwirtschaftlichen Verkehren einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag zu erteilen.⁶⁶ In diesem sind u. a. die vom Verkehrsunternehmen zu erfüllenden gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen „klar zu definieren“.⁶⁷

Nach Auffassung des BMF lässt es die EU-VO Nr. 1370/2007 zu, dass die Vereinbarungen zwischen Gesellschaftern bzw. Trägern öffentlicher Verkehrsunternehmen mit den Unternehmen schuldrechtlich oder gesellschaftsrechtlich ausgestaltet sind. Sei Letzteres der Fall, führten die Leistungen der Gesellschafter bzw. Träger ertragsteuerrechtlich zu Einlagen. Maßgebend seien die Verhältnisse des Einzelfalls.⁶⁸

⁶⁵ Gosch KStG/Roser, 4. Aufl. 2020, KStG § 8 Rn. 115; BFH VIII R 159/85, BStBl. II 1987, 257.

⁶⁶ Art. 3 Abs. 1 EU-VO Nr. 1370/2007.

⁶⁷ So Art. 4 Abs. 1 Buchst. a der EU-VO Nr. 1370/2007.

⁶⁸ Schreiben des BMF an den VDV v. 12.2.2010, IV C 2-S 2706/07/10002, 2010/0095359; OFD NRW, Arbeitshilfe, S. 139 f.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

Es obliegt somit der öffentlichen Hand zu entscheiden, ob sie die Gewährung von Zuschüssen an das Verkehrsunternehmen, an welchem sie beteiligt ist, schuldrechtlich als Vergütung oder Zuschuss ausgestaltet oder aber, ob die finanziellen Mittel auf gesellschaftsrechtlicher Ebene als verdeckte Einlage in die Kapitalrücklage des Unternehmens geleistet werden.⁶⁹

Folglich wäre die Ausgestaltung als Zuschuss vorliegend möglich.

b) Investitionszuschüsse

Investitionszuschüsse haben grundsätzlich eine gewinnerhöhende Wirkung. Die Bildung eines passiven Rechnungsabgrenzungspostens kommt im Regelfall nicht in Betracht. Allein die einem Investitionszuschuss regelmäßig innewohnende Zweckbindung, das bezuschusste Wirtschaftsgut während der Nutzungsdauer für den geförderten Zweck vorzuhalten und einzusetzen, stellt nach der Rechtsprechung des BFH⁷⁰ noch keine Gegenleistung des Zuschussempfängers dar, die für sich genommen eine Rechnungsabgrenzung begründen könnte.

aa) Zeitpunkt der Gewinnauswirkung

Umstritten ist, ob sich der Investitionszuschuss bereits zum Zeitpunkt seiner Gewährung in voller Höhe gewinnerhöhend auswirkt oder aber die Gewinnauswirkung über die Nutzungsdauer des bezuschussten Wirtschaftsgutes zu verteilen ist.

Nach der Rechtsprechung des III. und IV. Senats des BFH⁷¹ führen öffentliche Investitionszuschüsse bei bilanzierenden Steuerpflichtigen grundsätzlich zu einer Minderung der Anschaffungs- oder Herstellungskosten der geförderten Wirtschaftsgüter. Sie sind damit im Jahr der Zuschussgewährung erfolgsneutral. Ergebniswirksam werden sie über die Nutzungsdauer des bezuschussten Wirtschaftsgutes durch die geringere Abschreibung.

Nach der Rechtsprechung des I. und X. Senats des BFH⁷² sind öffentliche Investitionszuschüsse hingegen grundsätzlich als Betriebseinnahme im Zeitpunkt der Zuschussgewährung sofort in voller Höhe steuerlich zu erfassen. Die Sofortversteuerung kann aber durch Ausübung eines Wahlrechts auf Minderung der Anschaffungs- oder Herstellungskosten vermieden werden. AfA und

⁶⁹ Hidién/Jürgens, Die Besteuerung der öffentlichen Hand 1. Auflage 2017, § 16 Rn. 126.

⁷⁰ BFH v. 22.1.1992, X R 23/89, BStBl II 1992, 488.

⁷¹ BFH v. 14.7.1988, IV R 78/85, BStBl II 1989, 189; BFH v. 28.4.1989, III R 4/87, BStBl II 1989, 618; BFH v. 23.3.1995, IV R 58/94, BStBl II 1995, 702; BFH v. 5.6.2003, IV R 56/01, BStBl II 2003, 801; BFH v. 29.11.2007, IV R 81/05, BStBl II 2008, 561; BFH v. 11.6.2010, IV S 1/10, BFH/NV 2010; 1851.

⁷² BFH v. 22.1.1992, X R 23/89, BStBl II 1992, 488; BFH v. 19.7.1995, I R 56/94, BStBl II 1996, 28; BFH v. 27.4.2000, I R 12/98, BFH/NV 2000, 1365.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

Sonderabschreibungen können bei Ausübung des Wahlrechtes wie auch bei der erstgenannten Auffassung nur auf den durch Abzug des Investitionszuschusses geminderten Wert der Anschaffungs-/Herstellungskosten in Anspruch genommen werden, so dass sich der Investitionszuschuss bei Ausübung des Wahlrechts auch nach dieser Ansicht über die Nutzungsdauer des bezuschussten Wirtschaftsgutes verteilt gewinnerhöhend auswirkt. Zwar ist der X. Senat des BFH der Auffassung, öffentliche Investitionszuschüsse minderten weder handels- noch steuerrechtlich die Anschaffungs- oder Herstellungskosten; er sieht jedoch das genannte Wahlrecht zumindest als rechtens an, soweit Investitionszuschüsse aus öffentlichen Mitteln zu beurteilen sind.⁷³

Der IV. Senat erkennt in seiner Rechtsprechung an, dass jedenfalls bei aus Anlass der Anschaffung von Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens gewährten (zweckgebundenen) Investitionszuschüssen ein Wahlrecht besteht, die gewährten Mittel gewinnerhöhend als Ertragszuschuss zu behandeln und die geförderten Wirtschaftsgüter mit ihren ungekürzten Anschaffungskosten zu aktivieren, um hierauf AfA oder ggf. Sonderabschreibungen vorzunehmen, oder den Zuschuss als Minderung der Anschaffungskosten mit der Folge zu behandeln, dass AfA und Sonderabschreibungen nur auf den verringerten Wert in Anspruch genommen werden können.⁷⁴ Damit wird dem Steuerpflichtigen im Vergleich zur Rechtsprechung des I. und X. Senats quasi ein „umgekehrtes“ Wahlrecht gewährt.

Auch die Finanzverwaltung⁷⁵ erkennt ein Wahlrecht des Steuerpflichtigen zwischen der sofortigen Besteuerung eines Zuschusses als Betriebseinnahme und der (zunächst) erfolgsneutralen Behandlung eines Zuschusses durch Berücksichtigung lediglich derjenigen Anschaffungs-/Herstellungskosten an, die der Steuerpflichtige selbst, also ohne Berücksichtigung der Zuschüsse, aufgewendet hat.

Im Regelfall kommt den unterschiedlichen Ansichten in der Rechtsprechung des BFH in der Praxis keine Bedeutung zu. Nach beiden Auffassungen ist die im Regelfall gewünschte Vermeidung einer sofortigen Versteuerung eines öffentlichen Investitionszuschusses durch Minderung der Anschaffungs- oder Herstellungskosten der geförderten Wirtschaftsgüter möglich bzw. sogar grundsätzlich geboten.⁷⁶

bb) Besonderheiten bei kommunalen Eigengesellschaften

Die Finanzverwaltung wendet die zuvor dargestellten Grundsätze zur Behandlung öffentlicher Investitionszuschüsse auf die Gewährung von Zuschüssen an einen BgA oder an eine kommunale

⁷³ BFH v. 22.1.1992, X R 23/89, BStBl II 1992, 488.

⁷⁴ BFH v. 11.6.2010, IV S 1/10, BFH/NV 2010, 1851.

⁷⁵ R 6.5 Abs. 2 EStR 2012.

⁷⁶ Hidién/Jürgens, Die Besteuerung der öffentlichen Hand 1. Auflage 2017, § 16, Rn. 149.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

Eigengesellschaft nur eingeschränkt an.⁷⁷ Sowohl eigene Zuschüsse einer Trägerkörperschaft an ihren BgA wie auch zweckgebundene Zuschüsse, die der Trägerkörperschaft eines BgA gewährt und von dieser an den BgA weitergeleitet werden, stellen nach Auffassung der Finanzverwaltung eine einkommensneutrale verdeckte Einlage dar. Das von der Finanzverwaltung in R 6.5 Abs. 2 EStR 2012 anerkannte Wahlrecht zur Behandlung von Investitionszuschüssen findet insoweit keine Anwendung. Die Abschreibung für die angeschafften Wirtschaftsgüter ist von den ungeminderten Anschaffungs-/Herstellungskosten vorzunehmen. Diese Grundsätze zur Behandlung der Zuschüsse bei BgA wendet die Finanzverwaltung auch auf die Vereinnahmung von Zuschüssen durch eine kommunale Eigengesellschaft an.⁷⁸

Diese Beurteilung widerspricht der dargestellten Rechtsprechung des BFH, wonach öffentliche Investitionszuschüsse keine erfolgsneutrale, sondern eine grundsätzlich steuerpflichtige Betriebseinnahme darstellen bzw. zu einer Minderung der Anschaffungs-/Herstellungskosten der bezuschussten Wirtschaftsgüter führen.

Rechtssicherheit lässt sich auch insoweit durch die Einholung einer verbindlichen Auskunft erlangen.

c) Fazit

Investitionszuschüsse, die von der Stadt nicht ausdrücklich als Zuführung zur Kapitalrücklage geleistet werden, sind grundsätzlich ertragsteuerpflichtig. Die Vermeidung einer sofortigen Besteuerung ist durch Minderung der Anschaffungs- oder Herstellungskosten der geförderten Wirtschaftsgüter möglich bzw. sogar geboten. Die Finanzverwaltung behandelt Investitionszuschüsse der öffentlichen Hand an Eigengesellschaften entgegen dieser Grundsätze als erfolgsneutrale verdeckte Einlage.

6. Zivilrechtliche Betrachtung

Die Investitionszuschüsse sollen mit den gewährten Gesellschafterdarlehen verrechnet werden. Ein Forderungsverzicht der Stadt gegenüber der MVG ist nicht möglich, da die Darlehensgewährung an die MVG entweder über die ZBM oder die MSW erfolgen soll, so dass zwischen der Stadt und der MVG kein Darlehensverhältnis bestehen wird.

⁷⁷ OFD NRW, Arbeitshilfe, S. 140 f.; BayLfSt. v. 21.8.2006, DB 2006, 1982; OFD Cottbus v. 13.1.2004, DStZ 2004, 206; kritisch Alvermann in: Streck, KStG, § 4 Rn. 51; ablehnend Müller-Gatermann, FR 2009, 319.

⁷⁸ Hidien/Jürgens, Die Besteuerung der öffentlichen Hand 1. Auflage 2017, § 16, Rn. 157.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

Denkbar ist eine Aufrechnung mit gegenseitigen Forderungen. Schulden zwei Personen einander Leistungen, die ihrem Gegenstand nach gleichartig sind, so kann jeder Teil seine Forderung gegen die Forderung des anderen Teils aufrechnen, sobald er die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken kann (§ 387 BGB).

Um eine Aufrechnungslage zu schaffen, müssten demnach zwei Rechtsträger gegenseitige Forderungen geltend machen können. Dies könnte dadurch erreicht werden, dass die MVG ihren Anspruch gegen die Stadt auf die Gewährung der Investitionszuschüsse zur Erfüllung ihrer Darlehensschuld in entsprechender Höhe erfüllungshalber an die ZBM/MSW abtritt. Dies wäre durch Vertrag zwischen der MVG und der ZBM/MSW möglich (§ 398 BGB). Der dann der ZBM/MSW zustehende Anspruch gegen die Stadt könnte mit der Darlehensforderung der Stadt gegenüber der ZBM/MSW in entsprechender Höhe aufgerechnet werden, wenn die Darlehensforderung erfüllbar ist.

Auf diesem Weg würde keine direkte Auszahlung der Investitionszuschüsse erfolgen. Voraussetzung wäre allerdings, dass der Anspruch auf die Gewährung des Investitionszuschusses abtretbar wäre. Dies ist jedenfalls regelmäßig in uns bekannten Förderbescheiden nicht vorgesehen, könnte aber mitunter ausgestaltet werden und wäre ergänzend zu prüfen.

Alternativ wäre eine Vereinbarung zwischen der Stadt, der ZBM/MSW und der MVG denkbar, in welcher die Parteien regeln, dass die Stadt den Investitionszuschuss nicht an die MVG auszahlt, sondern gegenüber der ZBM/MSW auf ihre Darlehensforderung in entsprechender Höhe verzichtet und die ZBM/MSW wiederum in gleicher Höhe auf ihre Darlehensforderung gegenüber der MVG verzichtet. Eine solche Konstellation würde vom untersuchten Vorhaben abweichen und wäre insbesondere steuerlich separat zu würdigen.

Um Forderungsabtretungen bzw. Forderungsverzichte im Drei-Parteien-Verhältnis zu vermeiden, könnte an eine direkte Darlehensvergabe von der Stadt an die MVG gedacht werden. In diesem Fall hätten die Stadt und die MVG gegenseitige Forderungen, die gegeneinander aufgerechnet werden könnten.

III. Frage 3 - Zuschüsse an MSW und deren Verrechnung

1. Ausgangslage / Veranlassung

Unter **Punkt III.** prüfen wir verschiedene Konstellationen hinsichtlich der Finanzierung einzelner Unternehmen des städtischen Konzerns und deren Aktivitäten dahingehend, ob Beihilfen i.S.d. EU-Beihilferechts vorliegen und soweit solche vorliegen, ob diese beihilferechtlich abgesichert werden können.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

Unter Punkt III. 2. prüfen wir die beihilferechtliche Absicherung von Zahlungen an die Mainzer Stadtbad GmbH (nachfolgend „MSB“), unter Punkt III. 3. die beihilferechtliche Absicherung der Förderung einer Ladeinfrastruktur durch die MSW und deren Tochtergesellschaft Mainzer Netze GmbH. Unter Punkt III. 4. prüfen wir sodann das Vorliegen einer tatbestandlichen Beihilfe bei Finanzierungsmaßnahmen betreffend Investitionen in die Anlagen der öffentlichen Wasserversorgung im Anlagevermögen der MSW AG (insb. Brunneninfrastrukturen und Wassernetze). Abschließend prüfen wir unter Punkt III. 5. Möglichkeiten der beihilferechtlichen Absicherung von Finanzierungsmaßnahmen betreffend die Sparte „Wärme“ der Gesellschaften Mainzer Wärme GmbH sowie deren Tochtergesellschaft Mainzer Wärme Plus.

Unter den Punkten III. 6. und 7. prüfen wir die umsatzsteuerliche und die ertragssteuerliche Behandlung der avisierten Finanzierungsmaßnahmen, bevor wir unter Punkt III. 8 auf die zivilrechtliche Verrechnung von Darlehensforderungen eingehen.

2. Förderung der Mainzer Stadtbad GmbH („MSB“)

a) Vorliegen einer Beihilfe

Die Stadt Mainz beabsichtigt, der MSB für investive Maßnahmen im DAWI-Bereich des Taubertsbergbades 20-25 Mio. € zu gewähren. Nach unserem Verständnis ist dafür zunächst die Gewährung eines Gesellschafterdarlehens an die MSW AG vorgesehen, von dem ein bestimmter Anteil an die MSB weitergeleitet werden soll. Aus unserer Sicht ist es erforderlich, dass eine entsprechende Zweckbindung bereits bei der Gewährung des Darlehens fixiert wird, um zunächst eine beihilferechtliche Relevanz in der Höhe des weiterzuleitenden Teils auf Ebene der MSW AG auszuschließen. In der Konsequenz erfüllt jedoch auch die Weiterleitung an die MSB im Grundsatz die oben unter Ziff. C I.1 beschriebenen Merkmale des Beihilfetatbestands.

Grund hierfür ist, dass es sich auf Ebene der MSB um eine mittelbare Begünstigung handelt, die ebenfalls durch den Beihilfenbegriff erfasst wird. Insbesondere lässt sich auch das Merkmal der Zwischenstaatlichkeit u.E. nicht rechtssicher ausschließen, da möglicherweise auch Nutzer aus dem EU-Ausland durch das Bad angezogen werden können. Zudem ist nicht ausgeschlossen, dass grenzüberschreitende Investoren vorhanden sind, welche Bäder in der Region errichten und betreiben. Eine rein lokale Bedeutung des Bades kann u.E. damit nicht angenommen werden. Es ist somit von einer Beihilfe auszugehen, sollte es sich bei dem Darlehen nicht um ein marktübliches Darlehen handeln.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

b) Rechtfertigung durch eine Betrauung nach dem Freistellungsbeschluss der EU-Kommission⁷⁹

Die von der Stadt beabsichtigten investiven Mittel sollen dem DAWI-Bereich des Taubertsbergbades zugutekommen. Da die Stadt Mainz die MSB mit Wirkung zum 1.1.2021 mit DAWI-Aufgaben im Bereich des Betriebs des Bades betraut hatte, wäre im Grundsatz eine Gewährung der Förderung auf der Grundlage des Freistellungsbeschlusses möglich. Allerdings ist eine Gewährung von Ausgleichsleistungen auf der Grundlage der Betrauung nach dem Freistellungsbeschluss nur bis zu einem Betrag von 15 Mio. €/a zulässig (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. a). Da die Stadt der MSB bereits jährlich Ausgleichsleistungen für den Betrieb des Bades auf Grundlage der Betrauung gewährt, wäre bei der Gewährung des Investitionszuschusses an die MSB die Obergrenze bei der Ausgestaltung zu beachten. Gegebenenfalls könnte die Gewährung der Ausgleichsleistung über mehrere Jahre gestreckt werden. Auch andere Ausgestaltungen (z.B. Vorgaben zur Mittelverwendung über mehrere Jahre) könnten denkbar sein, wobei stets zu beachten ist, dass auch auf die Laufzeit der Betrauung und die jährlichen durchschnittlichen Ausgleichszahlungen betrachtet keine Ausgleichsleistungen erbracht werden können, die über 15 Mio. p.a. betragen.

c) Rechtfertigung durch eine Freistellung nach Art. 55 Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung ("AGVO")

Zusätzlich kommt eine Freistellung der Förderung auf der Grundlage von Art. 55 AGVO in Betracht, wonach auch **multifunktionale Sport- und Freizeiteinrichtungen freistellungsfähig sein können.**

Nach Art. 3 AGVO sind Einzelbeihilfen im Sinne des Artikel 107 Absatz 2 oder 3 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar und von der Anmeldepflicht nach Artikel 108 Absatz 3 AEUV freigestellt, sofern diese Beihilfen die Vorgaben der AGVO erfüllen. Generelle und daher stets zu beachtende Voraussetzungen für die Freistellung von der Notifizierungspflicht nach der AGVO sind

- Allgemeine Vorgaben (Transparenz, Anreizeffekt, Anzeigepflicht, Dokumentation);
- die Einhaltung gruppenspezifischer Schwellenwerte;
- die Beachtung gruppenspezifischer Beihilfemaximalintensitäten.

Für die Gewährung eines Investitionszuschusses an die MSB durch die Stadt Mainz kommt eine Freistellung nach Art. 55 AGVO in Betracht, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt werden:

⁷⁹ Beschluss der EU-Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Artikel 106 Abs. 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfe in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, 2012/21/EU; nachfolgend „**Freistellungsbeschluss**“

aa) Allgemeine Voraussetzungen der Freistellung nach der AGVO⁸⁰

(1) Unterschreitung der Schwellenwerte

Nach Art. 4 Abs. 1 lit. b) AGVO dürfen Investitionsbeihilfen für Sportinfrastruktur und multifunktionale Freizeitinfrastruktur einen Schwellenwert von 30 Mio. € oder die Gesamtkosten einen Schwellenwert von 100 Mio. € pro Vorhaben nicht überschreiten. Als Beihilfenbetrag ist dabei das sog. Bruttosubventionsäquivalent, also der Beihilfenwert (hierzu sogleich unter (2)), heranzuziehen (Art. 7 Abs. 2 AGVO).

(2) Transparenz der Beihilfe

Weiterhin muss es sich bei den Beihilfen um eine sog. transparente Beihilfe handeln. Nach Art. 5 Abs. 1 AGVO liegt eine transparente Beihilfe vor, wenn sich das sog. Bruttosubventionsäquivalent, also der Beihilfenwert, im Voraus genau berechnen lässt, ohne dass eine Risikobewertung erforderlich ist. Unproblematisch ist dies bei Beihilfen in Form von Zuschüssen.

(3) Vorliegen eines Anreizeffektes

Nach Art. 6 AGVO muss die Beihilfe zudem einen sog. Anreizeffekt aufweisen. Hierfür ist es ausreichend, wenn der Beihilfenempfänger **vor Beginn** der Arbeiten einen Beihilfenantrag gestellt hat. Art. 6 Abs. 2 AGVO nennt Vorgaben, die der Beihilfenantrag enthalten muss. Hintergrund dieser Vorschrift ist, dass sichergestellt werden soll, dass das betreffende Vorhaben nur mit Hilfe der Beihilfe durchgeführt werden würde.

(4) Transparenzpflichten

Schließlich sind nach Art. 9 AGVO bestimmte notwendige Informationen bereitzustellen, damit andere Beteiligte, wie Mitgliedstaaten, Beihilfenempfänger und deren Konkurrenten sowie die Europäische Kommission, die Einhaltung der Freistellungsvoraussetzungen der AGVO überprüfen können.

⁸⁰ Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der EU-Kommission zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (ABl. L 187 vom 26. Juni 2014).

-KEINE DRITTHAFTUNG-

bb) Spezifische Voraussetzungen der Freistellung nach Art. 55 AGVO

Spezifische Voraussetzungen für Beihilfen für Sportinfrastrukturen und multifunktionale Freizeitinfrastrukturen nach Art. 55 AGVO sind darüber hinaus:

- Die Sportinfrastruktur darf gemäß Art. 55 Abs. 2 und 4 AGVO nicht nur durch einen Profisportnutzer genutzt werden, sondern transparenter, diskriminierungsfreier Zugang auch für andere Profi- oder Amateursportnutzer (jährlich mindestens 20% der verfügbaren Nutzungszeiten).
- Handelt es sich auch um eine multifunktionale Sport- und Freizeiteinrichtung, müssen dort gemäß Abs. 3 auch insbesondere Kultur- und Freizeitdienstleistungen angeboten werden.
- Wird die Sportinfrastruktur von Profisportnutzern genutzt, sind gem. Abs. 5 die Nutzungspreise und -bedingungen öffentlich bekannt zu machen.
- Beihilfen können für Investitionen können wie folgt gewährt werden: Investitionsbeihilfen einschließlich Beihilfen für den Bau oder die Modernisierung von Sportinfrastrukturen und multifunktionalen Freizeitinfrastrukturen; Art. 55 Abs. 7 a) AGVO
- Die Erteilung von Konzessionen oder Aufträgen für den Bau, die Modernisierung und/oder den Betrieb der Sportinfrastruktur durch Dritte muss zu offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen und unter Einhaltung der geltenden Vergabevorschriften erfolgen.
- Bei Investitionsbeihilfen darf gemäß Abs. 10 der Beihilfebetrug nicht höher sein als die Differenz zwischen den beihilfefähigen Kosten und dem Betriebsgewinn der Investition. Der Betriebsgewinn wird vorab, auf der Grundlage realistischer Projektionen, oder über einen Rückforderungsmechanismus von den beihilfefähigen Kosten abgezogen.

Die Einhaltung der Voraussetzungen der AGVO ist bei einer entsprechenden angestrebten beihilfenrechtlichen Absicherung zwingend. Außerdem ist zur Einhaltung der Transparenzpflichten eine Abstimmung mit dem Land Rheinland-Pfalz und der Bundesrepublik Deutschland erforderlich.

d) Rechtfertigung der Förderung durch eine Freistellung nach Art. 56 AGVO

Gemäß Art. 56 AGVO können auch Investitionsbeihilfen zur Finanzierung „lokaler Infrastrukturen“ je Vorhaben bis zu einer Höhe von 10 Millionen Euro bis zu einer Gesamtinvestitionssumme von 20 Millionen Euro von der Notifizierungspflicht befreit sein.

Lokale Infrastrukturen sind Infrastrukturen, die auf lokaler Ebene einen Beitrag zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für Unternehmen und Verbraucher und zu Modernisierung und Weiterentwicklung der industriellen Basis leisten. Die Definition ist bewusst weit gefasst. Der Begriff „lokal“ setzt aber voraus, dass die entsprechenden Einrichtungen primär den Bedürfnissen

-KEINE DRITTHAFTUNG-

von Unternehmen und Bevölkerung vor Ort dienen und von ihnen keine nennenswerte Anziehungskraft auf überregionale, insbesondere EU-ausländische Nutzer ausgeht.

Bei Freizeitbädern ist eine Unterscheidung im Einzelfall in Abhängigkeit unter anderem von ihrer Größe und Ausstattung (Abenteuerrutschen, Wellenbad, Wellnessbereich/Thermen, Übernachtungsmöglichkeiten und Restaurantbetrieb) zu treffen. Denn je nach Ausstattung des Bades kann sich das Angebot entweder an die Bevölkerung vor Ort oder an einen überregionalen Besucherkreis richten. Letzteres ist insbesondere bei den „Abenteuer- und Wasserparks“ in Spanien, Frankreich und Portugal der Fall, aber auch bei großen Spaßbädern/Thermen in Deutschland denkbar. Stets ist dabei im Rahmen einer Gesamtschau (mehrsprachiges Internetangebot, Eintrittspreise, Besucherkapazität, Auslastungsbedarf zur Kostendeckung) zu prüfen, ob sich eine lokale Ausrichtung begründen lässt.

Aus unserer Sicht ist vorliegend eine Förderung eher über Art. 55 AGVO in Betracht zu ziehen, da Art. 56 AGVO eine subsidiäre Vorschrift ist und überdies geringere Anmeldeschwellen hat.

Festzuhalten ist somit, dass aufgrund der Höhe der geplanten Investitionen in das Bad am ehesten eine Freistellung des beabsichtigten Investitionszuschusses auf der Grundlage von Art. 55 AGVO in Betracht zu ziehen ist.

3. Förderung von Ladeinfrastruktur

Die Stadt Mainz will den Ausbau der Elektroladeinfrastruktur in der Stadt über die MSW AG bzw. deren Tochtergesellschaft Mainzer Netze GmbH mit eigenen Mitteln fördern. Die finanziellen Unterstützungsmaßnahmen sollen mit den gewährten Gesellschafterdarlehen verrechnet werden (d.h. die Forderung der Stadt Mainz gegenüber der darlehensempfangenden Gesellschaft verringert sich).

a) Vorliegen einer Beihilfe

Ausgehend von dem oben unter Punkt. C I.1. dargelegten Beihilfenbegriff ist im Fall der Gewährung eines Investitionszuschusses der Stadt Mainz an die MSW AG oder die Mainzer Netze AG für den Ausbau der Ladeinfrastruktur in der Stadt von der Erfüllung des Beihilfentatbestands auszugehen. Insbesondere ist von einer Begünstigung auszugehen, wenn den Unternehmen Mittel durch die Verrechnung mit einem zuvor der MSW AG gewährten Gesellschafterdarlehen gewährt werden sollen. Auch der Verzicht auf Forderungen und Ansprüche, die die öffentliche Hand hat,

-KEINE DRITTHAFTUNG-

ist eine Begünstigung im Sinne des Beihilferechts, da sie das begünstigte Unternehmen in entsprechender Höhe entlastet.⁸¹ Sofern die Mittel an die Mainzer Netze AG weitergegeben werden, könnte von einer mittelbaren Beihilfe an diese auszugehen sein, denn der Verzicht auf die Darlehensrückzahlung durch die Stadt erfolgte in dem Fall nur, damit die MSW die frei werdenden Mittel an die Mainzer Netze AG zur Vornahme der Ausbaumaßnahmen weiterleitet. Eine entsprechende Zweckbindung müsste u.E. diesbezüglich bereits bei der Gewährung der Gesellschafterdarlehen fixiert werden, um eine beihilferechtliche Relevanz in der Höhe des Anteils, der für die Ladeinfrastruktur vorgesehen ist, auf Ebene der MSW AG auszuschließen. Auch eine Verfälschung des Wettbewerbs und Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels kann nicht rechtssicher ausgeschlossen werden. Nach der Auffassung der europäischen Gerichte kann „jede auf dem Gemeinschaftsmarkt tätigen Unternehmen gewährte Beihilfe Verfälschungen des Wettbewerbs hervorrufen und den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“.⁸² Die von der Rechtsprechung gewählte weite Auslegung entspricht der „Integrationslogik“ des Binnenmarktes, die auf eine Integration der Volkswirtschaften Europas in eine europäische Marktwirtschaft gerichtet ist und daher nur wenig Raum für eine nicht durch die Europäische Kommission kontrollierte mitgliedstaatliche Beihilfevergabe belässt. Folglich wurde in der bisherigen Rechtspraxis angesichts der hohen wirtschaftlichen Integration dieses Tatbestandsmerkmal routinemäßig bejaht. In der jüngsten Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission ist zwar eine Tendenz erkennbar, dass dieses Tatbestandsmerkmal in Einzelfällen ausgeschlossen werden kann, wenn eine Maßnahme eine „rein lokale Bedeutung“ hat. Die Europäische Kommission stellt aber bei der Prüfung, ob eine rein lokale Bedeutung vorliegt auch darauf ab, ob es grenzüberschreitende Investoren gibt.⁸³ Die geplante Förderung der MSW AG bzw. der Mainzer Netze AG soll vorliegend nur im Stadtgebiet Mainz erfolgen. Das kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich bei der Förderung der Ladeinfrastruktur um eine Maßnahme handelt, die einen Markt tangiert, der insbesondere für Investoren aus dem EU-Ausland von erheblichem Interesse sein dürfte. Das Thema Elektromobilität ist insbesondere für große Städte von erheblicher Bedeutung und aus der - auch politischen - Alltagsdiskussion nicht mehr weg zu denken. Allein daraus folgt, dass der Ausbau der Ladeinfrastruktur in einer Stadt wie Mainz für Investoren aus dem EU-Ausland durchaus von Interesse sein könnte. Folglich kann eine „rein lokale Bedeutung“ hier nicht rechtssicher angenommen werden. Eine drohende Beeinträchtigung des grenzüberschreitenden Handels und insgesamt das Vorliegen einer tatbestandlichen Beihilfe ist zu bejahen.

⁸¹ vgl. MüKoEuWettbR/Arhold, 4. Aufl. 2022, AEUV Art. 107.

⁸² So z.B. EuG, Urteil vom 11. Juni 2009, Rs.: T-189/03, Rn. 68.

⁸³ vgl. Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, Kapitel 1 Anwendungsbereich des europäischen Beihilfenrechts und Ausnahmen 1. Teil: Artikel 107 Abs. 1 AEUV - Staatliche Beihilfen Rn. 240, beck-online.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

a) Rechtfertigung durch eine Betrauung nach dem Freistellungsbeschluss der EU-Kommission

Da das Vorliegen einer Beihilfe hier nicht ausreichend rechtssicher ausgeschlossen werden kann, sind beihilfenrechtliche Absicherungsmöglichkeiten zu prüfen. In Betracht kommt hier eine Rechtfertigung über den DAWI-Freistellungsbeschluss

Ohne eine vorab bei der Europäischen Kommission erfolgte Notifizierung und Genehmigung ist die Gewährung einer Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV grundsätzlich verboten. Eine Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt und eine Befreiung von der Anmeldepflicht des Art. 108 Abs. 3 AEUV ist grundsätzlich z.B. dann möglich, wenn ein Unternehmen vor der Gewährung einer Beihilfe mit der Erbringung von Dienstleistungen aus allgemeinem wirtschaftlichem Interesse - den sog. DAWI - nach dem Freistellungsbeschluss betraut wurde und die weiteren Voraussetzungen dieses Freistellungsbeschlusses eingehalten sind.

aa) Vorliegen einer DAWI

Bezüglich der Frage, ob der Ausbau der öffentlichen Ladeinfrastruktur sowie die Gewährung etwaiger Zuschüsse durch die Stadt an die MSW AG bzw. Die Mainzer Netze GmbH unter die Voraussetzungen des Freistellungsbeschlusses fällt, ist im ersten Schritt zu prüfen, ob die von den Unternehmen übernommene Aufgabe - hier: Ausbau der öffentlichen Ladeinfrastruktur - ganz oder teilweise als DAWI eingeordnet werden kann. Eine exakte Definition des Begriffs DAWI existiert bislang nicht.⁸⁴ Generell werden darunter in der Praxis wirtschaftliche Dienstleistungen verstanden, denen die Mitgliedstaaten ein allgemeines Interesse beimessen und die von ihnen daher mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden. Unzweifelhaft ist, dass sich der Kreis der erfassten Unternehmensaktivitäten nicht nur auf Dienstleistungen i. S. d. Art. 57 AEUV beschränkt, sondern vielmehr alle wirtschaftlichen Aktivitäten zur Sicherung von Infrastruktur und Daseinsvorsorge gemeint sind.⁸⁵

Die EU-Kommission betrachtet solche Dienstleistungen als DAWI, die der Durchsetzung eines Gemeinwohlinteresses dienen,⁸⁶ mit anderen Worten „zum Wohle der Bürger oder im Interesse der

⁸⁴ Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen und allgemeinem Interesse vom 29. April 2013, SWD(2013) 53 final/2 unter 2.1., Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, AEUV Art. 106 Rn. 37.

⁸⁵ Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, AEUV Art. 106 Rn. 36; Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 52. Ergänzungslieferung (2014), EU-Arbeitsweisevertrag Art. 106, Rn. 37 f.

⁸⁶ Hirsbrunner/Litzenberger, Ein bisschen Almunia im Monti-Kroes-Paket? - Die Reform der beihilferechtlichen Vorschriften betreffend Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, EuZW 2011, 742 (742).

-KEINE DRITTHAFTUNG-

*Gesellschaft als Ganzes erbracht werden.*¹⁸⁷ Dabei genügt allerdings, dass die Aufgabenwahrnehmung im konkreten Fall dem Interesse eines Teils der Bevölkerung oder einer einzelnen Gemeinde dient.⁸⁸ Im Wesentlichen deckt sich der Terminus mit dem nationalen Begriff der Daseinsvorsorge. Ein gewichtiges Indiz für ein Handeln zugunsten der Allgemeinheit ist gegeben, wenn Unternehmen auch in Bereichen aktiv werden, wo ein solches Tätigwerden den eigenen wirtschaftlichen Interessen des Unternehmens eigentlich widerspricht.⁸⁹ In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass den einzelnen Mitgliedstaaten bei der Einordnung einer Tätigkeit als DAWI ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt ist und die EU-Kommission eine einmal vorgenommene Klassifizierung lediglich auf offenkundige Fehler überprüft.⁹⁰ Eine pauschale Einstufung bestimmter Tätigkeiten als ausgleichsfähige Gemeinwohlverpflichtung kommt insbesondere dort in Betracht, wo der Markt ein entsprechendes Angebot von sich aus überhaupt nicht bzw. in nicht vergleichbarem Maße bereitstellt, also in Fällen sogenannten Marktversagens. Ein Marktversagen kann sich auch aus dem sogenannten Universaldienstgedanken ergeben: Die Verleihung ausschließlicher Rechte hat der EuGH auch in solchen Fällen auf der Grundlage der Ausnahmebestimmung für DAWI in Art. 106 Abs. 2 AEUV für zulässig gehalten, in denen sich neu in den Markt tretende Unternehmen auf lukrative Teilmärkte beschränken, die Leistung aber nicht universal erbringen würden.⁹¹ So hat der EuGH in einer Entscheidung⁹² unter bestimmten Voraussetzungen auch die Erbringung eines Universaldienstes (hier: Rettungsdienste) als DAWI-Tätigkeit eingeordnet. Im zugrunde liegenden Fall stellte sich für den EuGH die Frage, ob der Rettungsdienst und der Krankentransportdienst mit dem Argument der effektiven Aufgabenerfüllung als DAWI-Tätigkeit betrachtet werden müssen:

„[...] Zweitens wird es den Sanitätsorganisationen durch die Erstreckung ihrer ausschließlichen Rechte auf den Bereich des nicht durch Notfall veranlassten Krankentransports gerade ermöglicht, ihre im Allgemeininteresse liegende Aufgabe Notfalltransporte unter wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen zu erfüllen. Die Möglichkeit privater Unterneh-

⁸⁷ Mitteilung der EU-Kommission, K (2011) 9404 endg., 20. Dezember 2011, Rn. 50.

⁸⁸ Calliess/Ruffert, EUV/AEU, 4. Aufl. 2011, AEUV Art. 106 Rn. 38 m.w.N.

⁸⁹ Calliess/Ruffert, EUV/AEU, 4. Aufl. 2011, AEUV Art. 106 Rdn. 38 m.w.N.; Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 52. Ergänzungslieferung (2014), EU-Arbeitsweisevertrag Art. 106, Rn. 43.

⁹⁰ Mitteilung der EU-Kommission, K (2011) 9404 endg., 20. Dezember 2011, Rn. 46, Leitfaden der EU-Kommission unter 2.4.

⁹¹ Vgl. Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. (2012), Art. 106 Abs. 2 AEUV, Rn. 108 m.w.N.

⁹² EuGH, Urteil vom 25. 10. 2001 - Rs. C-475/99.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

mer, sich auf lukrative Fahrten zu konzentrieren, könnte die wirtschaftliche Durchführbarkeit des von den Sanitätsorganisationen erbrachten Dienstes gefährden und damit dessen Qualität und Zuverlässigkeit in Frage stellen“³³ (Unterstreichung durch den Verf.)

Übertragen auf den hier zu prüfenden Fall kann wie folgt argumentiert werden: Die Ladeinfrastruktur ist wesentliche Voraussetzung für die Einführung und Etablierung der Elektromobilität in der Stadt Mainz. Sofern eine Förderung durch die Stadt unterbleibt, droht die „Gefahr“, dass sich andere Anbieter nur lukrative geografische Punkte in der Stadt aussuchen und die Einführung einer flächendeckenden Ladeinfrastruktur bzw. eine flächendeckende Versorgung mit Ladestationen und Mobilitätsdienstleistungen unterbleibt. Darin könnte das für eine DAWI notwendige Marktversagen liegen.

bb) Weitere Voraussetzungen Beihilfengewährung nach dem Freistellungsbeschluss

Nach Art. 4 des Freistellungsbeschlusses muss die Betrauung die folgenden Festlegungen enthalten:

- Dauer und Gegenstand der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung;
- das Unternehmen und - sofern erforderlich - das betreffende Gebiet;
- Art etwaiger dem Unternehmen durch die Bewilligungsbehörde gewährter ausschließlicher oder besonderer Rechte;
- Beschreibung der Parameter und des Ausgleichsmechanismus für die Berechnung, Überwachung und Änderung der Ausgleichsleistungen;
- Maßnahmen zur Rückforderung und Vermeidung von Überkompensationszahlungen und
- einen Verweis auf den Freistellungsbeschluss.

Die Ausgleichsleistungen dürfen grundsätzlich pro Jahr nicht mehr als 15 Mio. € betragen, sofern es sich um Ausgleichszahlungen für die Erbringung einer DAWI handelt. Hinsichtlich des Zeitraums der Betrauung dürfen 10 Jahre nicht überschritten werden, außer es ist eine erhebliche Investition des Dienstleistungserbringers notwendig, die nach allgemein anerkannten Rechnungslegungsgrundsätzen über einen längeren Zeitraum abzuschreiben ist (*Art. 2 Abs. 2 des Freistellungsbeschlusses*).

Die Höhe der Ausgleichsleistungen darf unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Nettokosten, die für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung verursacht werden, abzudecken (*Art. 5 Freistellungsbeschluss*). Zwingend vorgeschrieben ist eine Trennungsrechnung, sofern das Unternehmen neben der DAWI noch weitere Tätigkeiten ausübt. Ausgeglichen werden dürfen die monetären Nachteile

-KEINE DRITTHAFTUNG-

des betrauten Unternehmens. Eine Begrenzung der Förderintensität ist hier nicht ersichtlich.⁹³ Das bedeutet, dass vorliegend die Förderhöhe nur nach Maßgabe des Art. 5 Freistellungsbeschlusses begrenzt ist. Durch die Ausgleichsleistungen der Kommunen darf keine Überkompensation für die Erfüllung der DAWI entstehen. Dafür ist eine regelmäßige Kontrolle, die alle drei Jahr erfolgen muss, sicherzustellen (**Art. 6 Freistellungsbeschluss**). Schließlich ist geboten, alle notwendigen Informationen über einen Zeitraum von mindestens 10 Jahren vorzuhalten, um zu bestimmen, ob die gewährten Ausgleichsleistungen mit dem Freistellungsbeschluss zu vereinbaren sind (**Art. 8 Freistellungsbeschluss**).

Ergebnis: Sofern man den Universaldienstgedanken hier zugrunde legt, ist der Ausbau einer Ladeinfrastruktur im Stadtgebiet Mainz als DAWI zu qualifizieren. In den Grenzen des Freistellungsbeschlusses ist daher, eine die Gewährung etwaiger Förderungen durch die Stadt an die MSW AG bzw. die Mainzer Netze AG beihilfenrechtlich zu rechtfertigen.

b) Rechtfertigung durch eine Freistellung nach der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung ("AGVO")

Im vorliegenden Fall kann nicht völlig rechtssicher ausgeschlossen werden, dass es sich beim Ausbau der Ladeinfrastruktur nicht um eine DAWI handelt. Zu prüfen ist deshalb weiter, ob die AGVO als Rechtfertigung in Betracht kommt. Sofern ein Freistellungstatbestand hier erfüllt ist, ist eine Notifizierung bei der EU-Kommission nicht erforderlich. Für eine Rechtfertigung über die AGVO müssten die allgemeinen und besonderen Voraussetzungen (=Vorliegen eines Freistellungstatbestandes) der AGVO erfüllt sein.

aa) Allgemeine Voraussetzungen

Gem. Art. 4 Nr. 1 gilt die AGVO nicht für Beihilfen, die einen gewissen Schwellenwert überschreiten. Sofern man die Gewährung von Investitionszuschüssen durch die Stadt Mainz an die MSW AG bzw. die Mainzer Netze GmbH durch die Stadt als Investitionsbeihilfen für den Umweltschutz einordnet,⁹⁴ liegt der Schwellenwert gem. Art. 4 Nr. 1 Buchst. s) AGVO bei 15 Mio. EUR pro Unternehmen und Investitionsvorhaben. Gem. Art. 5 Nr. 1 AGVO gilt die AGVO nur für Beihilfen, deren Bruttosubventionsäquivalent sich im Voraus genau berechnen lässt, ohne dass eine Risikobewertung erforderlich ist. Gem. Art. 5 Nr. 2 AGVO finden sich Fallgruppen von Beihilfen, die als transparente Beihilfen anzusehen sind. Die Gewährung von Zuschüssen durch Verzicht auf Rückzahlung eines Darlehens durch die Stadt an die Unternehmen kann als transparente Beihilfe

⁹³ Anders bei der AGVO, vgl. sogleich unten.

⁹⁴ Dazu sogleich.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

eingeordnet werden, da sich das Bruttosubventionsäquivalent hier im Voraus genau berechnen lässt, und daher diese Art von Beihilfe sich nicht in Art. 5 Nr. 2 AGVO findet.

Außerdem müssen Beihilfen gem. Art. 6 AGVO einen Anreizeffekt haben, etwa indem der (zukünftige) Beihilfenempfänger vor Beginn der Arbeiten für das Vorhaben oder die Tätigkeit einen schriftlichen Beihilfeantrag in dem betreffenden Mitgliedstaat gestellt hat (Art. 6 Nr. 2 AGVO). Zudem sind die Transparenzvorschriften des Art. 9 AGVO (Veröffentlichung und Information) einzuhalten.

bb) Art. 1 Nr. 1 Buchst. c), Art. 36 ff. AGVO (Umweltschutzbeihilfen)

Bei dem Ausbau der Ladeinfrastruktur könnte es sich um Umweltschutzbeihilfen handeln. Gem. Art. 1 Nr. 1 Buchst. c) AGVO fallen Umweltschutzbeihilfen unter die Bestimmungen der AGVO. Gem. Art. 36 Nr. 1 sind Investitionsbeihilfen, die Unternehmen in die Lage versetzen, über die Unionsnormen für den Umweltschutz hinausgehen oder bei Fehlen solcher Normen den Umweltschutz zu verbessern gem. Art 108 Abs. 3 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar und von der Anmeldepflicht nach Artikel 108 Absatz 3 AEUV freigestellt. Gem. Art. 36 Nr. 2 Buchst. b) AGVO muss die Investition es dem Beihilfeempfänger im Rahmen seiner Tätigkeit ermöglichen, den Umweltschutz zu verbessern, ohne hierzu durch entsprechende Unionsnormen verpflichtet zu sein. Auch Beihilfen, die der Ersetzung von konventionellen Fahrzeugen durch Elektrofahrzeuge dienen, hat die Europäische Kommission als eine Verbesserung des Umweltschutzes in einem Bereich, in dem keine verbindlichen Unionsnormen bestehen, erachtet.⁹⁵

Der dem zugrunde liegende Beschluss der Europäischen Kommission stammt aus dem Jahre 2011 und erfasst zunächst nur die Frage, ob eine genehmigungsfähige Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 3 AEUV vorliegt.⁹⁶ Diese Frage hat die Europäische Kommission mit Prüfung der Leitlinie für Umweltschutzbeihilfen bejaht.⁹⁷ Aufgrund dieses Beschlusses lässt sich - jetzt nach Inkrafttreten der (neuen) AGVO - argumentieren, dass es sich bei der Gewährung eines Investitionszuschusses um eine Investition handelt, die es dem Beihilfeempfänger im Rahmen seiner Tätigkeit ermöglicht, die Ladeinfrastruktur auszubauen, somit die Elektromobilität zu fördern und letztlich den Umweltschutz zu verbessern.

Für die Ermittlung der beihilfefähigen Kosten gilt Art. 36 Nr. 5 AGVO. Danach sind die Investitionsmehrkosten förderfähig, die erforderlich sind, um den Umweltschutz zu verbessern (Art. 36 Nr. 5 S. 1 AGVO).⁹⁸ Gem. Art. 36 Nr. 5 AGVO darf die Beihilfenintensität 40 % der beihilfefähigen

⁹⁵ Darauf verweisen Immenga/Mestmäcker/Nowak, 5. Aufl. 2016, AGVO Art. 36 Rn. 12, beck-online.

⁹⁶ Vgl. Beschluss der EU-Kommission vom 3. März 2011, N 386/2010, am Ende unter „conclusion“.

⁹⁷ Näher Beschluss der EU-Kommission vom 3. März 2011, N 386/2010, Tz. 55 ff.

⁹⁸ Vgl. zur näheren Berechnung Art. 36 Nr. 5 S. 2 Buchst. a)-b) AGVO sowie Art. 36 Nr. 5 S. 3 AGVO.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

Kosten nicht überschreiten. Als „Beihilfeintensität“ definiert die AGVO die in Prozent der beihilfefähigen Kosten ausgedrückte Höhe der Beihilfe vor Abzug von Steuern und sonstigen Abgaben.⁹⁹

Eine Erhöhung der Beihilfenintensität ist jeweils auf Grundlage von Art. 36 Nr. 7 oder Nr. 8 AGVO möglich. Gem. Art. 36 Nr. 7 AGVO kann bei Beihilfen für mittlere Unternehmen die Intensität um 10 Prozentpunkte, bei Beihilfen für kleinere Unternehmen um 20 Prozentpunkte erhöht werden. In keinem Fall kann die Beihilfenintensität auf 100 % erhöht werden. Nach Art. 4 Nr. 1 lit. s AGVO darf die Förderung 15 Mio. pro Unternehmen und Investvorhaben nicht überschreiten.

cc) Art. 1 Nr. 1 Buchst. c), Art. 36a AGVO (Umweltschutzbeihilfen)

Die Förderung des Ausbaus der Ladeinfrastruktur durch die Stadt könnte gemäß Art. 36a AGVO freistellungsfähig sein.

Nach Art. 36a Abs. 1 AGVO sind Beihilfen für den Aufbau der Lade- oder Tankinfrastruktur für die Energieversorgung von emissionsfreien und emissionsarmen Straßenfahrzeugen für Verkehrszwecke im Sinne des Artikels 107 Absatz 3 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar und von der Anmeldepflicht nach Artikel 108 Absatz 3 AEUV freigestellt, sofern die Voraussetzungen des vorliegenden Artikels und des Kapitels I erfüllt sind. Dass die Voraussetzungen aus Kapitel I erfüllt sind, wurde oben unter aa) bereits gezeigt.

Fraglich ist, ob auch die spezifischen Anforderungen aus Art. 36a AGVO erfüllt werden können. Beihilfefähige Kosten sind nach Art. 36a Abs. 3 AGVO die Kosten für den Bau, die Installation oder die Modernisierung der Lade- oder Tankinfrastruktur. Dazu können die Kosten für die Lade- oder Tankinfrastruktur selbst, die Kosten für die Installation oder Modernisierung elektrischer oder anderer Komponenten, einschließlich des Transformators, die erforderlich sind, um die Lade- oder Tankinfrastruktur ans Netz oder an eine lokale Anlage zur Erzeugung oder Speicherung von Strom oder Wasserstoff anzuschließen, sowie die Kosten für einschlägige technische Ausrüstung, Baumaßnahmen, Anpassungen von Grundflächen oder Straßen sowie die einschlägigen Installationskosten und die Kosten für die Einholung einschlägiger Genehmigungen gehören. Mithin fallen die Kosten des Ausbaus der Ladeinfrastruktur unter Art. 36a AGVO.

Gem. Art. 36a Abs. 4 AGVO werden aber Beihilfen nach diesem Artikel im Rahmen einer Ausschreibung anhand eindeutiger, transparenter und diskriminierungsfreier Kriterien gewährt; die Beihilfeintensität kann bis zu 100 % der beihilfefähigen Kosten betragen.

Aufgrund dieses Ausschreibungserfordernisses lässt sich die Förderung des Ausbaus der Ladeinfrastruktur durch die MSW AG bzw. die Mainzer Netze GmbH u.E. nicht umsetzen.

⁹⁹ Vgl. Art. 2 Nr. 26 AGVO.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

dd) Art. 1 Nr. 1 Buchst. I), Art. 56 AGVO (Beihilfen für lokale Infrastrukturen)

Zu prüfen ist weiter, ob hier eine Rechtfertigung der Beihilfe über Art. 56 AGVO möglich ist. Gem. Art. 56 Nr. 1 AGVO sind Beihilfen für den Bau oder die Modernisierung lokaler Infrastruktur, die auf lokaler Ebene einen Beitrag zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für Unternehmen und Verbraucher und zur Modernisierung und Weiterentwicklung der industriellen Basis leisten, im Sinne des Artikels 107 Abs. 3 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar und von der Anmeldepflicht nach Artikel 108 Abs. 3 AEUV freigestellt. Auch Ladestationsinfrastruktur kann hiernach umfasst sein.¹⁰⁰

Gem. Art. 56 Abs. 3 AGVO muss die Infrastruktur jedoch interessierten Nutzern zu offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen zur Verfügung gestellt werden. Damit werden die auf der Grundlage des Art. 56 AGVO freistellungsfähigen Beihilfen de facto auf Beihilfen an die Eigentümer und (oder) Betreiber der jeweiligen Infrastruktur begrenzt.¹⁰¹ Und nach Art. 56 Abs. 4 muss die Erteilung von Konzessionen oder Aufträgen für den Betrieb der Infrastruktur durch Dritte zu offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen und unter Einhaltung der geltenden Vergabevorschriften erfolgen. Diese Maßgaben zielen darauf ab, selektive Förderungen auf der Ebene des Betreibers und Nutzers der Infrastruktur nach Art. 56 AGVO zu vermeiden. Sollte also die Förderung nur eines Unternehmens, nämlich der MSW AG oder der Mainzer Netze GmbH, beabsichtigt sein, indem z.B. diesen der Betrieb der von ihnen errichteten Infrastruktur ohne Verfahren gem. Art. 56 Abs. 4 AGVO übertragen werden soll, kann man schon aus dem Wortlaut von Art. 56 schlussfolgern, dass dies auf Grundlage von Art. 56 AGVO nicht rechtssicher begründbar ist.

Für Investitionsbeihilfen für lokale Infrastrukturen gilt gem. Art. 4 lit. z) cc) eine doppelte Anmeldeschwelle. Von der Notifizierungspflicht freigestellt sind nur Investitionsbeihilfen bis zu 10 Mio. Euro pro Infrastruktur, wobei die Gesamtkosten 20 Mio. Euro nicht übersteigen dürfen. Diese Schwellen sind kumulativ zu berücksichtigen. Förderungen, die diese Anmeldeschwellen übersteigen, sind grundsätzlich bei der EU-Kommission zu notifizieren, es sei denn, sie können nach anderen Regelungen (z.B. DAWI-Freistellungsbeschluss) legitimiert werden.¹⁰²

4. Förderung von Infrastruktur zur Wasserversorgung, insb. Brunneninfrastruktur sowie Wassernetze im Anlagevermögen der MSW AG

Es ist rechtlich zu prüfen, ob für Investitionsmaßnahmen in die Wasserversorgung i.H.v. ca. 89 Mio. EUR (insb. Investitionen in Brunnen sowie das Wassernetz, die sich im Anlagevermögen der

¹⁰⁰ MüKoEuWettbR/Otter/Ciftci, 4. Aufl. 2022, AGVO Art. 56 Rn. 11.

¹⁰¹ Immenga/Mestmäcker/Nowak, 5. Aufl. 2016, AGVO Art. 56 Rn. 11.

¹⁰² MüKoEuWettbR/Otter/Ciftci, 4. Aufl. 2022, AGVO Art. 56 Rn. 17.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

MSW AG befinden) Investitionszuschüsse von der Stadt an die MSW AG geleistet werden können. Diese Investitionszuschüsse sollen nach deren Gewährung mit dem unter Punkt I. und II. geprüften Gesellschafterdarlehen verrechnet werden, was zur Folge hätte, dass sich die Höhe der Forderung der Stadt gegenüber der MSW AG verringern würde.

Das Wassernetz der MSW AG, für das die Investitionsmaßnahmen vorgesehen sind, ist an die Mainzer Netze GmbH (nachfolgend: „**MN GmbH**“) verpachtet.

a) Vorliegen einer Beihilfe

Anhand der unter Punkt C. I. genannten Merkmale ist wiederum zu prüfen, ob eine staatliche Beihilfe vorliegt.

Wie bereits dargestellt, handelt es sich bei dem beihilferechtlichen Unternehmensbegriff um einen funktional auszulegenden Begriff, der weder an die Rechtsform noch die Art der Finanzierung gebunden ist, sondern vielmehr an die jeweils zu betrachtende Tätigkeit. Darüber hinaus ist bei der Betrachtung des Unternehmensbegriffs auch nur die jeweils für die zu untersuchende Tätigkeit verantwortliche Einheit zu betrachten und keine Gesamtbetrachtung des Unternehmens vorzunehmen. Maßgeblich ist folglich, ob es sich bei den Infrastrukturmaßnahmen, der Errichtung bzw. der Verbesserung des Wassernetzes und Brunnen, für die die Investitionszuschüsse gewährt werden sollen, um eine wirtschaftliche Tätigkeit handelt und somit die MSW ein Unternehmen im Sinne des EU-Beihilferechts darstellt. Eine wirtschaftliche Tätigkeit im vorgeannten Sinne ist jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.¹⁰³

aa) Betrachtung der Finanzierung des Wassernetzes

Bezüglich Infrastrukturen zur Wasserversorgung und Abwassernetzen differenziert die Europäische Kommission zwischen der Ebene des Betriebs dieser Infrastruktur und der Errichtung. Während der Betrieb von Wasserversorgungs- und Abwassernetzen regelmäßig als wirtschaftliche Tätigkeit zu betrachten ist, ist bei der Errichtung solcher Wasserversorgungs- und Abwassernetze davon auszugehen, dass diese Infrastrukturen in keinem unmittelbaren Wettbewerb stehen und daher nicht unter das EU-Beihilferecht fallen. Ausweislich der Beihilfebekanntmachung umfassen die Begriffe Wasserversorgungs- und Abwassernetze im Sinne dieser Randnummer die

¹⁰³ Vgl. Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV/Nowak, 1. Aufl. 2017, AEUV Art. 107 Rn. 35.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

Infrastruktur für die Verteilung von Wasser und die Ableitung von Abwasser, insbesondere die dafür verwendeten Leitungen/Rohre.¹⁰⁴

Soweit die Investitionsmaßnahmen in das Wassernetz der MSW AG sich ausschließlich auf die Errichtung oder Verbesserung (nicht reine Instandhaltung) von Infrastruktur, die für die Verteilung von Wasser und die Ableitung von Abwasser, insbesondere die dafür verwendeten Leitungen und Rohre beziehen, dürfte es sich bei der von der MSW erbrachten Leistung um eine nicht-wirtschaftliche Tätigkeit handeln, hinsichtlich der bei einer Finanzierung durch die öffentliche Hand grundsätzlich keine beihilferechtliche Relevanz besteht.

Damit die öffentliche Finanzierung dieser Infrastruktur in Gänze nicht unter die Beihilfavorschriften fällt, muss weiterhin sichergestellt werden, dass die gewährten Zuwendungen für den Bau dieser Infrastruktur nicht zur Quersubventionierung oder mittelbaren Subventionierung anderer Wirtschaftstätigkeiten einschließlich des Betriebs der Infrastruktur genutzt werden können. Dies kann vorliegend insbesondere dadurch gesichert werden, dass getrennte Bücher (sog. Trennungsrechnung) geführt werden, in denen die Kosten und Einnahmen ordnungsgemäß zugewiesen werden und gewährleistet ist, dass öffentliche Zuwendungen nicht für andere (hier wirtschaftliche) Tätigkeiten verwendet werden.¹⁰⁵

Sind diese Voraussetzungen erfüllt besteht hinsichtlich des Wassernetzes auf Eigentümerebene (Ebene des MSW AG) keine beihilferechtliche Relevanz.

Auf Betreiberebene ist zu prüfen, ob hinsichtlich des Betreibers (hier die MN GmbH als Pächterin) eine Beihilfe vorliegt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn dem Pächter ein Vorteil zukommen würde, der aus der Finanzierung durch die öffentliche Hand resultiert.

Ein solcher wirtschaftlicher Vorteil („Begünstigung“) und folglich auch eine Beihilfe kann insbesondere dadurch ausgeschlossen werden, dass der Betreiber einer Infrastruktur einen marktüblichen Preis (hier: Pachtzins) für die zur Verfügung gestellte Infrastruktur zahlt. Ein angemessener Pachtzins wäre insbesondere dann anzunehmen, wenn der Vertrag entweder ausgeschrieben worden wäre oder der Preis einem Privatinvestorentest (sog. PIT) standhalten würde. Dies wäre im Detail, insb. auch unter Berücksichtigung der avisierten Maßnahme und der damit einhergehenden Verbesserung der zur Verfügung gestellten Infrastruktur, anhand des Pachtvertrages zwischen der MSW AG und der MN GmbH zu prüfen.

Von einer beihilferechtlichen Relevanz wäre jedenfalls dann auszugehen, wenn es sich bei den avisierten Maßnahmen um solche im Rahmen des Betriebs handeln sollte oder aber wenn der

¹⁰⁴ Vgl. EU-Kommission, Beihilfebekanntmachung Rn. 221.

¹⁰⁵ Vgl. EU-Kommission, Beihilfebekanntmachung Rn. 221,212.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

Pachtvertrag mit der Mainzer Netze GmbH offensichtlich keine Marktüblichkeit aufweist. In diesem Fall wäre u.E. jedenfalls eine Beihilfe auf Ebene der Betreibergesellschaft nicht auszuschließen.

bb) Betrachtung der Finanzierung von Brunnenerrichtungen

Die Errichtung von Brunnen ist durch die zuvor zitierte Beihilfebekanntmachung nicht geregelt worden und seitens der EU-Kommission gibt es diesbezüglich u.E. auch keine einschlägige Entscheidungspraxis.

Insbesondere der Wortlaut der Beihilfebekanntmachung spricht aus unserer Sicht dafür, dass Brunnen nicht zu der Infrastruktur gezählt werden kann, die wie zuvor erläutert von der EU-Kommission auf Ebene des Eigentümers aus dem europäischen Beihilferecht ausgenommen wird. So konkretisiert die Beihilfebekanntmachung in Fußnote Nr. 328 die Begriffe „Wasserversorgungs- und Abwassernetze“ wie folgt:

„Wasserversorgungs- und Abwassernetze umfassen die Infrastruktur für die Verteilung von Wasser und die Ableitung von Abwasser, insbesondere die dafür verwendeten Leitungen/Rohre.“

Aus unserer Sicht spricht zunächst Vieles dafür, dass es sich bei Brunnen, die der Beförderung von Grundwasser an die Erdoberfläche dienen, nicht auch um eine Infrastruktur handelt, die der „Verteilung von Wasser und Ableitung von Abwasser“ dient. Entsprechend unterlägen Maßnahmen zur Finanzierung der Errichtung von Brunnen auch grundsätzlich dem EU-Beihilferecht.

Für eine grundsätzliche Differenzierung zwischen Wassernetzen und Brunneninfrastrukturen spricht u.E. auch, dass grundsätzlich, anders als bei der zuvor dargestellten Errichtung des Wassernetzes, nicht auszuschließen ist, dass Brunnen mit ähnlichen Infrastrukturen, insbesondere privat betriebenen Brunnen, in einem unmittelbaren Wettbewerb stehen, da private Investoren ebenfalls an der Förderung von Trinkwasser interessiert sein könnten. Zwar ist der Markt der Trinkwasserversorgung in Deutschland nicht liberalisiert worden, eine Liberalisierung ist jedoch grundsätzlich möglich und insbesondere in anderen Mitgliedsstaaten aber teilweise in Deutschland bereits erfolgt, wenn auch häufig wieder rückgängig gemacht worden.¹⁰⁶ Für diese grundsätzliche Differenzierung zwischen dem Wassernetz und der Brunneninfrastruktur spricht weiterhin auch eine Rechtsprechung des Landgerichts Essen. In einem anders gelagerten Fall hat das LG Essen den Umfang der „Anlagen der öffentlichen Wasserversorgung“ wie folgt umschrieben:

¹⁰⁶ Vgl. z.B. die Bewertung von *Schneider* in: Wurzel/Schraml/Gaß Komm. Unternehmen, D. Rechts- und Betriebsformen Rn. 7, beck-online; vgl. zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe, NVwZ 2000, 794, beck-online.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

„[...] Anlagen der öffentlichen Wasserversorgung [...], bestehend aus Rohrleitungen (Haupt-, Versorgungs- und Hausanschlussleitungen) nebst Zubehör (Wasserbehälter, Pumpwerke, Druckregelanlagen, Druckerhöhungsanlagen, Messgeräte zur Wassermengen- und durchfluss-Messung, Wasserzähler, Fernwirkanlagen inkl. Fernwirkleitungen, sowie Armaturen [...]“¹⁰⁷

Im Ergebnis kommen wir daher zu dem Schluss, dass eine Herausnahme von Brunneninfrastrukturen aus dem Beihilfebegriff jedenfalls nicht aus Rn. 221, 211, 212 der Beihilfebekanntmachung resultiert.

Eine Anwendung des EU-Beihilferechts könnte allerdings auch ohne eine spezielle Regelung entsprechend der für Wassernetze ausgeschlossen sein. So normiert § 50 Abs. 1 WHG zunächst, dass es sich bei der der Allgemeinheit dienenden Wasserversorgung (öffentliche Wasserversorgung) um eine Aufgabe der Daseinsvorsorge handelt. Als öffentlich gilt die Wasserversorgung dann, wenn sie aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Satzung nicht nur vorübergehend erfolgt.¹⁰⁸ Ausweislich § 1 Abs. 1 der „Satzung über die öffentliche Wasserversorgung der Stadt Mainz vom 27.09.1990“ (nachfolgend: „**Satzung**“) obliegt der Stadt Mainz im Stadtgebiet

„die Versorgung der Einwohner mit Trink- und Brauchwasser sowie die Bereitstellung von Wasser für öffentliche Zwecke einschließlich Brandschutz und die Abgabe von Wasser für gewerbliche und sonstige Zwecke.“

Folgerichtig handelt es sich in der vorliegend zu prüfenden Konstellation um einen solchen Fall der öffentlichen Wasserversorgung. Es handelt sich bei der Versorgung der Bevölkerung mit Trink und Brauchwasser i.S.v. § 1 der Satzung auch um eine Pflichtaufgabe der Stadt Mainz, die ihr im eigenen Wirkungskreis zugewiesen ist.¹⁰⁹ Eine entsprechende landesrechtliche Regelung findet sich für die Landeshauptstadt Mainz in § 46 Abs. 1 LWG RP.

Aufgrund dieser Verpflichtung der Stadt zur Versorgung der Bevölkerung mit Trink- und Brauchwasser stellt sich vorliegend die Frage, ob entsprechende Brunnen im Eigentum der Trägerin der Wasserversorgung (ausweislich § 2 der Satzung ist dies u.a. die MSW AG) überhaupt in einem Wettbewerb mit ähnlichen Infrastrukturen stehen können oder ob nicht der allgemeine Ausnahmetatbestand, geregelt in der Rn. 211 des Beihilfebekanntmachung, vorliegend auch für Brunnen, die der öffentlichen Wasserversorgung dienen, greift.

¹⁰⁷ Vgl. LG Essen Urt. v. 20.10.2014 - 3 O 328/13, BeckRS 2015, 2272, beck-online.

¹⁰⁸ Vgl. Czychowski/Reinhardt WHG § 6 Rn. 40, § 50 Rn. 4.

¹⁰⁹ Vgl. SZDK/Göbel, 51. EL Februar 2017, WHG § 50 Rn. 17, beck-online.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

Die Kommission vertritt diesbezüglich die Auffassung, dass beim Bau einer Infrastruktur Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedsstaaten und Wettbewerbsverfälschungen in der Regel dann ausgeschlossen sind, wenn

- Eine Infrastruktur in der Regel keinem unmittelbaren Wettbewerb ausgesetzt ist,
- in dem betreffenden Wirtschaftszweig nur vernachlässigbar kleine private Finanzmittel aufgebracht werden und
- die Infrastruktur nicht so ausgestaltet ist, dass sie selektiv ein bestimmtes Unternehmen oder einen bestimmten Wirtschaftszweig begünstigt, sondern für die Gesellschaft insgesamt von Nutzen ist.¹¹⁰

Diese Voraussetzungen liegen vor.

Die Brunneninfrastruktur dürfte keinem tatsächlichen Wettbewerb ausgesetzt sein, da die Mainzer Wasserversorgung soweit für uns ersichtlich ausschließlich durch die Stadtwerke Mainz erbracht wird. Hierfür spricht insbesondere auch der in § 5 Abs. 1 der Satzung geregelte Anschluss- und Abnahmezwang für Wasser der öffentlichen Versorgungsanlage. Es ist nicht ersichtlich, weshalb es im konkreten Fall private Investoren geben sollte, die entsprechende Infrastrukturen errichtet hätten, zu denen die zu betrachtenden Brunnen im Wettbewerb stehen könnten. Durch den Anschluss- und Abnahmezwang ist ein wettbewerblicher Markt im Wesentlichen ausgeschlossen.

Aus den gleichen Erwägungen dürften auch nur vernachlässigbar kleine private Finanzmittel in dem betreffenden Wirtschaftszweig getätigt werden. Im Rahmen einer summarischen Prüfung konnten wir keine nennenswerten privaten Aktivitäten in diesem Wirtschaftszweig und im geographischen Umfeld der Stadt identifizieren.

Schließlich ist die Infrastruktur auch nicht so ausgestaltet, dass sie ein selektives Unternehmen begünstigt, sondern sie ist der Gesellschaft insgesamt von Nutzen. Selbstverständlich steht die Brunneninfrastruktur der MSW AG zur Verfügung, diese ist/wird Eigentümerin der Brunnen und auch über diese exklusiv verfügen. Hierin besteht allerdings u.E. keine Begünstigung der MSW AG, da eine entsprechende Brunneninfrastruktur schlichtweg erforderlich ist, um es der MSW AG als Trägerin der öffentlichen Wasserversorgung zu ermöglichen, ihre zuvor dargelegte Pflichtaufgabe zu leisten. Das Vorhalten einer Brunneninfrastruktur seitens der MSW AG stellt u.E. insbesondere deswegen keine Begünstigung dar, da selbst für den Fall, dass eine Übertragung der Aufgabe der Wasserversorgung auf einen privaten Dritten (grds. möglich nach § 46 Abs. 1 S.4 LWG RP) erfolgen würde, eine Gewährleistungsverantwortung bestehen bleiben würde, die bei Ausfall eines privaten Trägers wieder in die Erfüllungsverantwortung umschlägt.¹¹¹ Mithin wird

¹¹⁰ Vgl. EU-Kommission, Beihilfebekanntmachung, Rn. 211.

¹¹¹ Vgl. SZDK/Gößl, 51. EL Februar 2017, WHG § 50 Rn. 17, beck-online.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

die MSW AG durch die Ausstattung mit einer entsprechenden Infrastruktur nicht begünstigt, sondern gerade erst in die Lage versetzt, ihren Leistungs- und Gewährleistungspflichten zu entsprechen, völlig losgelöst von der Frage, ob eine Erbringung dieser Versorgungsleistungen auch durch einen Dritten erbracht werden könnte. Schließlich ist die Infrastruktur auch für die Gesellschaft insgesamt von Nutzen, da die Versorgung mit Trink- und Brauchwasser eines der grundlegendsten Bedürfnisse der Gesellschaft befriedigt und eine Grundvoraussetzung für ein gesellschaftliches Leben darstellt.

b) Zwischenergebnis

Aufgrund der vorangestellten Argumentation gehen wir davon aus, dass es sich bei den avisierten Finanzierungsmaßnahmen in die Wassernetze und die Brunneninfrastruktur um Maßnahmen ohne eine beihilferechtliche Relevanz handelt. Entsprechend stehen diesen Finanzierungsmaßnahmen jedenfalls keine beihilferechtlichen Bedenken gegenüber.

Der guten Ordnung halber weisen wir darauf hin, dass es hinsichtlich der öffentlichen Finanzierung von Brunnen keine einschlägige Rechtsprechung gibt und es hinsichtlich der Einordnung der Wasserversorgung als hoheitliche oder nicht hoheitliche Tätigkeit sehr divergierende Ansichten gibt und weder eine finale politische oder rechtliche Entscheidung ersichtlich ist. Aufgrund dieser Erkenntnisse ist für den Fall einer Prüfung dieser Maßnahmen durch die EU-Kommission nicht auszuschließen, dass diese zu einer anderen Bewertung der Sach- und Rechtslage käme.

Entsprechend könnte zusätzlich eine Betrauung der MSW AG in Betracht gezogen werden, um eine möglichst umfassende beihilferechtliche Absicherung zu gewährleisten, auch wenn diese aufgrund unserer Prüfungsergebnisse nicht zwingend notwendig sein dürfte.

5. Förderung von Infrastruktur der Sparte „Wärme“

Zu prüfen ist weiterhin, ob Finanzierungsmaßnahmen zugunsten der Gesellschaften Mainzer Wärme GmbH (nachfolgend „MW GmbH“) und der Mainzer Wärme Plus GmbH (nachfolgend „MWP“) durch die Stadt zum Zwecke von Investitionen in das Wärmenetz und Anlagen zur Erzeugung und Verteilung von Wärme, beihilferechtliche Relevanz haben und falls ja, wie diese Finanzierungsmaßnahmen beihilferechtlich abgesichert werden könnten.

a) Vorliegen einer Beihilfe

Zu prüfen ist mithin abermals, ob die Tätigkeiten der MW GmbH und der MWP wirtschaftliche Tätigkeiten darstellen und somit der beihilferechtliche Unternehmensbegriff erfüllt ist.

Wie bereits zuvor dargestellt, hängt die Einordnung einer Einheit als Unternehmen im beihilferechtlichen Sinne davon ab, ob diese wirtschaftlich tätig wird. Die MW GmbH und die MWP sind

-KEINE DRITTHAFTUNG-

auf dem Markt der Wärmeversorgung tätig und stehen somit im Wettbewerb zu anderen Anbietern der Wärmeversorgung, beispielsweise auch Gas- oder Ölversorgern. Falls die Tätigkeiten der Gesellschaften in der Sparte „Wärme“ unrentabel sein sollten, so käme es hierauf jedenfalls nicht an. Die MW GmbH und die MWP sind Unternehmen im beihilferechtlichen Sinne.

Auch die weiteren bereits dargestellten Voraussetzungen des Beihilfetatbestandes liegen vor.

Es handelt sich wie bereits dargestellt um eine Finanzierung der Maßnahme aus staatlichen Mitteln, die zu einer selektiven Begünstigung der MW GmbH und der MWP führt. Eine selektive Begünstigung könnte nur dann ausgeschlossen werden, wenn es sich bei der Finanzierungsmaßnahme um ein marktübliches Vorgehen handeln sollte (dazu sogleich unter Punkt b)). Des Weiteren dürfte eine Einordnung der Maßnahme als eine solche mit „rein lokaler Bedeutung“ aufgrund des Volumens der Finanzierungsmaßnahme im „Millionen-Bereich“ nicht ausreichend rechtssicher zu begründen sein, weshalb auch von einer jedenfalls potenziellen Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung auszugehen ist.

Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass die avisierten Finanzierungsmaßnahmen in der Sparte „Wärme“ Beihilfen i.S.d. EU-Beihilferechts darstellen. Zu prüfen sind daher etwaige Handlungsoptionen zur Rechtfertigung dieser grundsätzlich verbotenen Beihilfe.

b) Rechtfertigung durch einen positiven Private-Investor-Test (nachfolgend: „PIT“)

Wie bereits dargestellt würde ein positiver, nach den Vorgaben der Europäischen Kommission erstellter und durchgeführter, PIT bereits zum Ausschluss einer selektiven Begünstigung und damit einer tatbestandlichen Beihilfe führen. Einer Rechtfertigung bräuchte es dann mangels einer tatbestandlichen Beihilfe nicht mehr. Wirtschaftliche Transaktionen von öffentlichen Stellen verschaffen der Gegenseite keinen Vorteil und stellen somit – mangels „selektiver Begünstigung“ – bereits tatbestandlich keine Beihilfe dar, sofern sie zu „normalen“ Marktbedingungen vorgenommen werden. Die Unionsgerichte haben hierfür den Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers entwickelt, um bei öffentlichen Investitionen (insbesondere Kapitalzuführungen) festzustellen, ob eine staatliche Beihilfe vorliegt.¹¹²

Für die Zwecke des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten sind nur die Vorteile und Verpflichtungen zu berücksichtigen, die mit der Rolle des Staates als Wirtschaftsbeteiligtem zusammenhängen, nicht aber jene, die sich an seine Rolle als Träger öffentlicher Gewalt knüpfen. Wenn der Eingriff des Staates demnach aus Gründen des Gemeinwohlinteresses erfolgt, kann das Verhalten des Staates zwar aus politischer Sicht rational sein, aber nicht dazu führen, dass dieses mit dem eines marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten

¹¹² Vgl. EU-Kommission, Beihilfebekanntmachung, Rn. 74 ff.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

gleichgesetzt werden kann.¹¹³ Allein die städtische Intention, beispielsweise zu einer Wärmever-sorgung beizutragen, kann damit nicht allein zu einem positiven PIT führen, sofern dies nicht auch mit wirtschaftlichen Vorteilen für die Stadt verknüpft ist.

Diesbezüglich ist insbesondere der geplante Investitionshorizont zu berücksichtigen und es be-darf jedenfalls einer langfristigen Rentabilitätsaussicht, wie sie auch ein privater Investor zur Grundlage einer Investitionsentscheidung machen würde.¹¹⁴ Auf kurzfristige Gewinne kommt es hingegen nicht (ausschließlich) an.

Ob eine staatliche Maßnahme, wie hier die avisierte Finanzierungsmaßnahme, den Bedingungen des Marktes entspricht, muss ex ante auf Grundlage, der zum Zeitpunkt der Investitionsentschei-dung über die Maßnahme und auf Basis aller zur Verfügung stehenden Informationen geprüft werden. Eine ex-post durchgeführte Bewertung der Wirtschaftlichkeit reicht nicht aus, da offen-kundig erst im Nachhinein festgestellt werden könnte, ob bereits eine Beihilfe (ungerechtfertigt) gewährt worden ist.¹¹⁵

Im Ergebnis müsste ein PIT daher auf Basis der aktuell verfügbaren Informationen ergeben, dass den avisierten Finanzierungsmaßnahmen ein entsprechender Wertzuwachs auf Ebene der Emp-fängergesellschaften in entsprechender Höhe jedenfalls langfristig aber im Rahmen eines be-stimmbaren Zeitraumes betrachtet, gegenüberstehen wird. Einen Rückfluss der Mittel benötigt es hingegen nicht, da auch dem privaten Investor ein Wertzuwachs bei seinen Beteiligungen als entsprechende Rendite ausreichen kann und darf.

Zum Zwecke der Durchführung eines PIT bedürfte es daher einer detaillierten Darstellung der avisierten Maßnahme und der Vorlage eines Wirtschaftsplanes mitsamt einer quantifizierbaren Prognose hinsichtlich der Investitionen und den damit erworbenen Assets.

c) Rechtfertigung durch eine Betrauung nach dem Freistellungsbeschluss der EU-Kommis-sion

Sollte ein PIT bspw. mangels entsprechender Informationen nicht durchgeführt werden können oder aber negativ ausfallen, bedürfte es weiterhin einer Rechtfertigung der (dann tatbestandli-chen) Beihilfe.

Eine Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt und eine Befreiung von der Anmeldepflicht des Art. 108 Abs. 3 AEUV ist grundsätzlich z.B. dann möglich, wenn ein Unternehmen vor der Gewährung

¹¹³ Vgl. EU-Kommission, Beihilfebekanntmachung, Rn. 77.

¹¹⁴ Vgl. Birnstiel/ Bungenberg, Europäisches Beihilfenrecht, 1. Aufl., Art. 107 Rn. 105 ff.

¹¹⁵ Vgl. EU-Kommission, Beihilfebekanntmachung, Rn. 78.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

einer Beihilfe mit der Erbringung von Dienstleistungen aus allgemeinem wirtschaftlichem Interesse - den sog. DAWI - nach dem Freistellungsbeschluss betraut wurde und die weiteren Voraussetzungen dieses Freistellungsbeschlusses eingehalten sind.

aa) Vorliegen einer DAWI

Zunächst ist zu prüfen, ob es sich bei der Versorgung der Bevölkerung mit Wärme ganz oder teilweise um DAWI handelt. Wie bereits dargestellt existiert keine exakte oder abschließende Definition des Begriffs DAWI. Die zuvor unter Punkt 2. a) dargelegten Grundsätze für das Vorliegen einer DAWI gelten auch hier. Im Wesentlichen deckt sich der Terminus mit dem nationalen Begriff der Daseinsvorsorge, wobei ein gewichtiges Indiz für eine DAWI gegeben ist, wenn die Leistung, die der Staat zu fördern beabsichtigt, nicht bzw. nicht zu den (ausreichenden) Konditionen von privaten Anbietern bereitgestellt wird (sog. Marktversagen). Ein solches Marktversagen liegt vor, wenn die Erbringung der Leistung, in der Form wie sie die öffentliche Hand wünscht, zu Defiziten führt.¹¹⁶

Dies ist nach unseren Erfahrungen mit Tätigkeiten im Bereich der Wärmeversorgung regelmäßig nicht der Fall. Die Wärmeversorgung ist regelmäßig kein defizitäres Geschäft. Sollte die Sparte „Wärme“ entgegen unserer ersten Einschätzung defizitär sein, so käme eine DAWI-Betrauung unter Umständen in Betracht.

Gleichwohl gibt es vereinzelt Fälle dahingehend, dass auch die Versorgung der Bevölkerung mit Wärme eine betrauungsfähige DAWI darstellen kann. Dies ist dann der Fall, wenn besondere Umstände vorliegen, aufgrund derer die von der öffentlichen Hand gewünschten Bedingungen (z.B. erschwingliche Preise für die Allgemeinheit) für eine Wärmeversorgung der Allgemeinheit von Unternehmen nicht zur Verfügung gestellt werden, so dass staatliche Intervention erforderlich wird.¹¹⁷

Allerdings ist in dem entschiedenen Fall u.a. darauf abgestellt worden, dass Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Art. 57 der Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern in der damaligen Fassung eine Pflicht normierte, dass die Gemeinden zur Erbringung einer erschwinglichen und zuverlässigen

¹¹⁶ Vgl. Calliess/Ruffert, EUV/AEU, 4. Aufl. 2011, AEUV Art. 106 Rdn. 38 m.w.N.; Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 52. Ergänzungslieferung (2014), EU-Arbeitsweisevertrag Art. 106, Rn. 43.

¹¹⁷ So beispielsweise entschieden hinsichtlich der städtischen Geothermie Unterschleißheim AG, EU-Kommission, SA 31261 (2011/N) - Deutschland, Kommunalbürgerschaft für städtische Geothermie Unterschleißheim.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

Fernwärmeversorgung ihrer Einwohner als grundlegende Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sicherzustellen hatten.¹¹⁸ Eine entsprechende Verpflichtung der Gemeinden findet sich in der GO RP hingegen u.E. nicht.

Zudem stellt die EU-Kommission fest, dass in dem entschiedenen Fall durch die Investition in die Geothermie-Fernversorgung und deren Betrieb im Vergleich zur konventionellen Wärmeversorgung größere positive Effekte entstehen und gleichermaßen besondere finanzielle Merkmale aufweist. So würde die Errichtung einer Geothermie-Fernversorgung besonders hohe anfängliche Investitionskosten hervorrufen, die wiederum zu einer zusätzlichen Risikoprämie führen und mit hin in die Nutzergebühren einfließen dürften, was wiederum den Zielen der Behörden entgegenstehen würde, möglichst erschwinglich eine Wärmeversorgung zur Verfügung zu stellen. Vor diesem Hintergrund tritt ausweislich der Argumentation der EU-Kommission auch die Tatsache zurück, dass diese Versorgung grundsätzlich auch von Privaten erbracht werden könnte, da jedenfalls nicht ersichtlich ist, dass die Kräfte des Marktes diese Art von Dienstleistung (Geothermie-Fernversorgung) zu den von der GO Bayern festgelegten Bedingungen anbieten können.¹¹⁹

Aus unserer Sicht ist eine Übertragbarkeit der Entscheidung der EU-Kommission hinsichtlich der Geothermie-Fernversorgung aus dem Jahr 2011 auf die von uns zu prüfende Konstellation nicht anzunehmen. Die zitierte Entscheidung ist ersichtlich insbesondere vor dem Hintergrund der Besonderheiten der Geothermie-Technologie ergangen.

Eine Betrauung der MW GmbH und/oder der MWP mit der Erbringung der Wärmeversorgung als eine echte DAWI scheidet aus unserer Sicht daher aus. Es sein denn, es handelt sich hier um eine Anlage, die, weil sie besonders umweltfreundlich ist, eine hohe Anfangsfinanzierung erfordern würde. Dafür liegen aber keine Informationen vor.

bb) Weitere Voraussetzungen Beihilfengewährung nach dem Freistellungsbeschluss

Sollte im Ergebnis eine Betrauung infrage kommen, so müssten auch die weiteren Voraussetzungen des DAWI-Beschlusses vorliegen, die bereits unter Punkt VII. 2. (2) dargestellt worden sind.

6. Umsatzsteuerliche Betrachtung

Für die umsatzsteuerliche Beurteilung der Gewährung von Zuschüssen für Investitionsmaßnahmen der MSW im Bereich Wasserversorgung, Bad, Wärme und Elektroladeinfrastruktur gelten die unter Ziffer C. II. 4. a), b) genannten Grundsätze.

¹¹⁸ Vgl. EU-Kommission, SA 31261 (2011/N), Rn. 27.

¹¹⁹ Vgl. EU-Kommission, SA 31261 (2011/N), Rn. 28, 29.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

Die Zuschüsse dienen der Erfüllung der der MSW nach ihrem Gesellschaftszweck obliegenden öffentlichen Aufgaben. Konkret sollen mit den finanziellen Mitteln Brunnen und Wassernetze, das Taubertsbergbad, die Sparte Wärme sowie Elektroladeinfrastruktur ausgebaut bzw. erneuert werden.

Solche Zahlungen können als echte Zuschüsse zu bewerten sein, die nicht der Umsatzsteuer unterliegen. Wichtig ist auch hierbei, dass die Zahlungen nicht an bestimmte Leistungen der MSW oder ihrer Tochtergesellschaften gegenüber der Stadt geknüpft werden. Auch eine vertragliche Vereinbarung sollte vermieden werden.

Die umsatzsteuerliche Beurteilung ist anhand der konkreten Ausgestaltung der Zuschussgewährung zu überprüfen. Da insoweit Rechtsunsicherheiten oftmals nicht gänzlich ausgeschlossen werden können, sollte im Vorfeld eine verbindliche Abstimmung mit der Finanzverwaltung erfolgen.

7. Ertragsteuerliche Betrachtung

Für Investitionszuschüsse, die von der Stadt nicht ausdrücklich als Zuführung zur Kapitalrücklage an die MSW geleistet werden, gelten unsere Ausführungen unter C. II. 5. entsprechend. Solche Zuschüsse sind grundsätzlich ertragsteuerpflichtig. Die Vermeidung einer sofortigen Besteuerung ist durch Minderung der Anschaffungs- oder Herstellungskosten der geförderten Wirtschaftsgüter möglich bzw. sogar geboten. Die Finanzverwaltung behandelt Investitionszuschüsse der öffentlichen Hand an Eigengesellschaften entgegen dieser Grundsätze regelmäßig als erfolgsneutrale verdeckte Einlage.

Um im Vorfeld Rechtssicherheit hinsichtlich der ertragsteuerlichen Behandlung zu erlangen, wäre eine verbindliche Auskunft der Finanzverwaltung zu beantragen.

8. Zivilrechtliche Betrachtung

Um eine Auszahlung der Investitionszuschüsse zu vermeiden und stattdessen eine Verrechnung mit einer Darlehensforderung der Stadt vornehmen zu können, muss eine Aufrechnungslage bestehen (vgl. oben unter C. II. 6.). Sofern die Stadt ein Darlehen an die MSW ausgeben sollte, könnten die fälligen bzw. erfüllbaren Ansprüche auf Zahlung der Investitionszuschüsse und Ansprüche aus dem Darlehen gegeneinander aufgerechnet werden.

Sollte die Stadt hingegen das Darlehen an die ZBM vergeben und diese einen Teil an die MSW weiterleiten, müsste zunächst eine Aufrechnungslage durch Forderungsabtretung geschaffen werden (vgl. oben unter C. II. 6.). Alternativ könnten auch hier Verzichtvereinbarungen im Drei-Parteien-Verhältnis erwogen werden. Hinsichtlich der sich aus einer solchen Alternative ergebenden weiteren Prüfungserfordernisse dürfen wir nach oben verweisen.

IV. Frage 4 - Cashpool / EAV; Kapitalmaßnahmen; regelmäßige Leistungen

1. Ausgangslage / Veranlassung

Bei der rechtlichen Beurteilung der städtischen Maßnahmen ist zu berücksichtigen, dass die Konzernfinanzierung über Gewinnabführungsverträge / Ergebnisabführungsverträge und ein Cash-Pooling im Teilkonzern MSW AG erfolgt und ebenso ein Cash-Pooling zwischen MSW AG und ZBM besteht, d.h. die Gewährung von finanziellen Hilfen für defizitäre „DAWI-Bereiche“ ist grundsätzlich geeignet, indirekt die Finanzierung von (Nicht-DAWI) Projekten zu ermöglichen. Dies wird im Folgenden rechtlich gewürdigt.

Die in der Unternehmensgruppe MSW vorhandene Liquidität sowie die der ZBM wird bei der Mainzer Stadtwerke AG (kurz MSW) im Cashpool gebündelt. Hieraus wird der kurzfristige Finanzbedarf der einzelnen Gesellschaften gedeckt bzw. der Finanzüberhang auf das Mutterunternehmen übertragen. Einzelheiten hierzu regelt die „Richtlinie Finanzierung im Konzern ZBM“, die uns in der Version V0.8 mit Stand vom 02.12.2021 vorliegt.

Gemäß der Richtlinie sollen die Cashpooling-Konten der teilnehmenden Parteien auf monatlicher Basis zu marktgerechten Konditionen verzinst werden. Ist der Saldo des Verrechnungskontos negativ (Forderung an MSW), so hat die Gesellschaft gegen den Master MSW einen Anspruch auf Zahlung des Habenzinssatzes. Umgekehrt gilt, ist der Saldo positiv (Verbindlichkeit ggü. MSW), so hat die MSW einen Anspruch auf Zahlung des Sollzinssatzes ggü. der Gesellschaft. Vereinbarungsgemäß werden die Geldströme mit dem 1-Monats-Euribor zuzüglich 80 Basispunkten verzinst. Für das Cashpooling werden keine separaten Sicherheiten durch die Cashpoolpartner gestellt. Der Cashpool kann auch langfristig von einer Tochtergesellschaft in Anspruch genommen werden. Eine Differenzierung der Cashpooling-Konditionen nach individuellen Merkmalen der Cashpoolpartner findet nach den Verträgen nicht statt.

2. Beihilfenrechtliche Betrachtung

Im Teilkonzern der MSW AG und im Verhältnis zwischen der ZBM und der MSW AG führt die Anwendung des Cashpoolings dazu, dass jede Verfügung über die Mittel des Cashpooling-Systems eine Maßnahme über staatliche Mittel im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV sein und damit der EU-beihilfenrechtlichen Kontrolle unterliegen kann.

Durch die Teilnahme am Cashpooling müssen die beteiligten Konzerngesellschaften nicht mehr (ausschließlich) am Markt Kapital beschaffen, sondern können auf das zentrale Konto des Teilkonzerns MSW AG zurückgreifen. Soweit sich Liquiditätsüberschuss und Liquiditätsbedarf innerhalb des Teilkonzerns ausgleichen, kann der Konzern durch dieses interne Bankensystem erhebliche Einsparungen erzielen und muss nicht auf externe Banken zurückgreifen. Damit wird nicht nur jederzeit intern die Liquidität gewährleistet. Unter Umständen verfügen die MSW AG oder

-KEINE DRITTHAFTUNG-

eine/mehrere Konzerngesellschaften über eine vergleichsweise bessere Bonität und können damit zu günstigeren Konditionen an Fremdmittel gelangen. Fraglich ist, ob und inwiefern eine Beihilfenrelevanz innerhalb dieses Cashpooling-Systems zugunsten der teilnehmenden Konzerngesellschaften verhindert werden kann.

Bislang hat die EU-Kommission nur sehr vereinzelt zur Vereinbarkeit des Cashpoolings aus Sicht des EU-Beihilfenrechts Stellung genommen. Instruktiv erscheint in diesem Zusammenhang der Beschluss der EU-Kommission vom 21. Oktober 2016 in der Sache Klinikum Osnabrück (SA.36798). In diesem Verfahren hatte die EU-Kommission über eine Beschwerde gegen das Kontenpooling-System der Stadt Osnabrück zu entscheiden. Spezifisch ging es um ein konzerninternes Kontenpooling-Darlehen zugunsten des Klinikums Osnabrück, einer 100%-Tochter der Stadt Osnabrück.

Im Ergebnis hielt die EU-Kommission die finanzielle Beziehung zwischen der Stadt und dem Klinikum unter Verwendung des Cashpooling-Systems der Stadt für marktüblich und damit begünstigungsfrei. Daher fehlte es insoweit bereits tatbestandlich an einer Beihilfe. Eine Beihilfe setzt nämlich zwingend eine Begünstigung voraus. Eine Begünstigung liegt nur dann vor, wenn ein Unternehmen einen wirtschaftlichen Vorteil erhält, den es unter normalen Marktbedingungen, d.h. ohne Eingreifen des Staates, nicht erhalten könnte.

Die EU-Kommission begründet die Einhaltung von Marktkonditionen, wenn folgende Kriterien erfüllt sind:

- Erstens müssen die Teilnahmebedingungen individuell für jeden Teilnehmer auf Grundlage ihrer besonderen Merkmale festgelegt werden. Das entspricht dem, was eine Gruppe von Unternehmen für ihre Mitglieder tun würde, um einen Missbrauch des Systems zu vermeiden. Zu diesen Bedingungen gehören insbesondere eine Obergrenze für Entnahmen und die geltenden Zinssätze.
- Zweitens werden die Zinssätze für die Teilnehmer des Cashpooling-Systems auf der Grundlage der Sätze und Ratings einer Geschäftsbank festgelegt. Ändert sich das Rating eines Teilnehmers, so ändern sich auch die Kreditkonditionen (z.B., wenn er in finanzielle Schwierigkeiten gerät oder fortwährend mehr Mittel entnimmt als er einzahlt).
- Drittens ist der verwendete Referenzzinssatz ein standardisierter Referenzzinssatz. Der von der Stadt Osnabrück verwendete EONIA (Euro Overnight Index Average) ist ein weltweit anerkannter Maßstab für kurzfristige unbesicherte Geldmarktkredite im Euro-Währungsgebiet. Den von der Europäischen Bankenvereinigung und der Europäischen Zentralbank eingeführte Maßstab nutzen hauptsächlich Banken. Der EIONA kann durch Hinzufügen spezifischer Margen für jeden Teilnehmer des Cashpooling-Systems individuell angepasst werden.
- Viertens sind geeignete staatliche Aufsichtsstrukturen erforderlich, die einen Missbrauch des Systems verhindern.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

Bei Einhaltung dieser vorstehenden Kriterien ist die konzerninterne Liquiditätssicherung durch ein Cashpooling-System beihilfefreie für alle teilnehmenden Konzernunternehmen. etc.).

Sollte es vorliegend nicht möglich sein, das Cashpooling im Teilkonzern der MSW AG und im Verhältnis zur ZBM marktüblich auszugestalten, weil etwa eines der vorgenannten Kriterien nicht eingehalten wird, muss über alternative Legitimationslösungen nach den allgemeinen Regelungen des EU-Beihilfenrechts. Diese alternativen Legitimationslösungen sind De-minimis-Regeln, DAWI-Betraung, AGVO-Freistellungen usw.

Insbesondere wird im Einzelfall intensiv zu beleuchten sein, ob eine marktübliche Gestaltung eines Cashpoolings zugunsten defizitärer Tochtergesellschaften, deren Defizite die Konzernmutter über Ergebnisabführungsverträge auffängt, rechtlich überhaupt noch möglich und zweckmäßig ist oder ob nicht die Gestaltung des über das Cashpooling gewährten Vorteils über alternative Lösungen wie z.B. eine Betraung vorzugswürdig und rechtssicherer erscheint.

V. Frage 5 -Kapitalmaßnahmen

1. Ausgangslage / Veranlassung

Es ist zu prüfen, ob eine direkte finanzielle Unterstützung der MSW AG und/oder der MVG durch Kapitalmaßnahmen zugunsten der ZBM und/oder MSW AG erfolgen und das städtische Gesellschafterdarlehen (**wie insb. unter Punkt I. geprüft**) mit diesen Kapitalmaßnahmen aufgerechnet bzw. verrechnet werden kann. Diesbezüglich betrachtet werden sollen insbesondere Einzahlungen in die Kapitalrücklagen oder Kapitalerhöhungen bei den genannten Gesellschaften.

Diese Prüfung erfolgt zunächst unter **Punkt V. 2.** und **3.** aus gesellschafts- und steuerrechtlicher Perspektive. Des Weiteren beleuchten wir die angedachten Maßnahmen unter **Punkt V. 4.** hinsichtlich deren beihilferechtlicher Relevanz und Möglichkeiten der beihilferechtlichen Rechtfertigung. Abschließend erfolgt unter **Punkt V. 5.** eine Betrachtung der kommunalrechtlichen Voraussetzungen eines Handelns entsprechend der angedachten Finanzierungsmaßnahmen.

2. Gesellschaftsrechtliche Betrachtung

a) Kapitalerhöhung bei der ZBM

aa) Durchführung

Eine Kapitalerhöhung ist eine Satzungsänderung. Sie bedarf eines notariell beurkundeten Gesellschafterbeschlusses mit einer Mehrheit von drei Viertel der abgegebenen Stimmen bzw. einer im Gesellschaftsvertrag für Satzungsänderungen vorgesehenen größeren Mehrheit (§ 53 GmbHG). Die Satzung der ZBM sieht keine größere Mehrheit vor (§ 18 Abs. 2 der Satzung). Gemäß § 15 Abs. 3 der Satzung der ZBM ist vor Entscheidungen der Gesellschafterversammlung – soweit es die Bedeutung der jeweiligen Entscheidung erfordert und gesellschaftsrechtliche Bestimmungen nicht entgegenstehen – der Rat der Stadt Mainz mit der Angelegenheit zu befassen.

Die Einlage kann in Geld- oder Sachleistungen bestehen. Ohne ausdrückliche Regelung im Beschluss über die Kapitalerhöhung ist die Einlage in bar zu erbringen.

Die Übernahmeerklärung durch die Stadt bedarf ebenfalls der notariellen Beurkundung oder Beglaubigung (§ 55 Abs. 1 GmbHG). Sie kann vor, nach oder getrennt von dem Kapitalerhebungsbeschluss abgegeben werden.

Der Beschluss über die Kapitalerhöhung ist durch sämtliche Geschäftsführer (§ 78 GmbHG) in öffentlich beglaubigter Form (§ 12 HGB) zur Eintragung im elektronischen Handelsregister anzumelden. Der Anmeldung sind die Niederschrift des Beschlusses über die Kapitalerhöhung in Ausfertigung oder beglaubigter Abschrift, die Übernahmeerklärungen oder beglaubigte Abschriften derselben (§ 57 Abs. 3 Nr. 1 GmbHG), die Liste der Übernehmer (§ 57 Abs. 3 Nr. 2 GmbHG), eine geänderte Gesellschafterliste i. S. d. § 40 GmbHG und der vollständige Wortlaut des Gesellschaftsvertrages mit der Bescheinigung des Notars nach § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG beizufügen (§ 57 Abs. 3 Nr. 3 GmbHG).

Die Kapitalerhöhung wird mit der Eintragung im Handelsregister wirksam (§ 54 Abs. 3 GmbHG).

bb) „Verrechnung“ mit Darlehensforderung

Forderungen des Gesellschafters gegen die Gesellschaft (z. B. aus Darlehen) können als Sacheinlage eingebracht werden. Die Notwendigkeit eines dem Sachgründungsbericht entsprechenden

-KEINE DRITTHAFTUNG-

Sacherhöhungsberichts analog § 5 Abs. 4 GmbHG ist hierbei umstritten.¹²⁰ Jedenfalls bedarf es eines Wertnachweises.¹²¹

Eine Verrechnung von Forderungen des Gesellschafters gegen die Gesellschaft mit einer Bareinlageverpflichtung ist nur unter den Voraussetzungen des § 19 Abs. 4 GmbHG möglich (sog. verdeckte Sacheinlage). Eine Forderung gegen die Gesellschaft kann als verdeckte Sacheinlage eingebracht werden, wenn sie nach den Vorstellungen der Beteiligten entweder unmittelbar mit der Bareinlageforderung aufgerechnet, verrechnet oder durch Hin- und Herzahlen mit ihr verknüpft werden soll. Eine einseitige Aufrechnung des Gesellschafters gegen die Einlageforderung ist demgegenüber aufgrund des Aufrechnungsverbots des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG außerhalb der regulären Sachübernahme stets unzulässig.

b) Zuführung zur Kapitalrücklage bei der ZBM

aa) Durchführung

Neben der formellen Kapitalerhöhung besteht auch die Möglichkeit, dass die Stadt der ZBM liquide Mittel durch eine andere Zuzahlung in das Eigenkapital zuführt, die nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB in der Kapitalrücklage auszuweisen sind. Eine solche freiwillige Zuzahlung in das Eigenkapital wird gesellschaftsrechtlich als zulässig angesehen und erfordert auch keine satzungsmäßige Grundlage.¹²² Ausreichend ist, dass die Gesellschafter über die Notwendigkeit und den Umfang von freiwilligen Zuzahlungen im Rahmen eines Gesellschafterbeschlusses mit einfacher Mehrheit eine Vereinbarung treffen¹²³, womit gleichzeitig auch der Wille dokumentiert wird, die Zuzahlung in das Eigenkapital der Gesellschaft zu leisten und nicht etwa als Ertrag auszuweisen.

Gemäß § 15 Abs. 3 der Satzung der ZBM ist vor Entscheidungen der Gesellschafterversammlung – soweit es die Bedeutung der jeweiligen Entscheidung erfordert und gesellschaftsrechtliche Bestimmungen nicht entgegenstehen – der Rat der Stadt Mainz mit der Angelegenheit zu befassen.

¹²⁰ Gegen Sachgründungsbericht: Lutter/Hommelhoff/Bayer § 56 GmbHG Rz. 7; LG Memmingen 2 HT 278/04 v. 18.10.04, NZG 05, 322; aA: OLG Stuttgart 8 W 295/81 v. 19.1.81, GmbHR 82, 109, 112 mit Anm. Priester; vgl. auch Timm GmbHR 80, 286, 290; Ehlke GmbHR 85, 284, 290.

¹²¹ BayObLG 3 Z BR 276/94 v. 2.11.94, DB 95, 35.

¹²² Vgl. Niese/Hemme GmbHR 2014, 293 (294 f.), unter Hinweis auf KG Berlin v. 20.12.1999 - 2 U 6691/98, NZG 2000, 688.

¹²³ Vgl. Förtschle/Heinz in Winkeljohann/Förtschle/Deubert, Sonderbilanzen, 5. Aufl. 2016, Teil Q, Rn. 126; Niese/Hemme GmbHR 2014, 293 (294).

bb) „Verrechnung“ mit Darlehensforderung

Sachleistungen oder der Erlass von Forderungen des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft können ebenfalls Mittel einer Zuzahlung i. S. d. § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB sein, wenn dies zu einer Vermögensmehrung bei der Kapitalgesellschaft führt. Um eine Zuführung zur Kapitalrücklage ausweisen zu können, muss ein Aktivposten angesetzt oder erhöht werden bzw. ein Passivposten ganz oder teilweise wegfallen.¹²⁴ Demzufolge könnte auch ein Verzicht der Stadt auf eine Forderung aus dem der ZBM gewährten Darlehen eine Zuführung zur Kapitalrücklage darstellen.

c) Kapitalerhöhung bei der MSW

aa) Durchführung

Die reguläre Kapitalerhöhung bei einer AG vollzieht sich in zwei Phasen. Am Anfang steht der Kapitalerhöhungsbeschluss der Hauptversammlung, der auf die Abänderung der Satzung hinzielt. Auf den Kapitalerhöhungsbeschluss finden im Ausgangspunkt die allgemeinen formellen und materiellen Anforderungen Anwendung, denen jeder Beschluss der Hauptversammlung unterliegt. Im Hinblick auf seinen Grundlagencharakter statuieren § 182 Abs. 1 und Abs. 2 AktG aber besondere Mehrheits- und Zustimmungserfordernisse (drei Viertel Mehrheit). Der Beschluss ist gemäß § 130 Abs. 1 AktG notariell zu beurkunden. Gemäß § 17 Abs. 2 der Satzung der MSW ist vor einem Beschluss der Hauptversammlung über Änderungen der Satzung, Maßnahmen der Kapitalbeschaffung und Kapitalherabsetzung im Sinne von §§ 179 bis 240 AktG, soweit zwingende gesellschaftsrechtliche Bestimmungen nicht entgegenstehen, der Rat der Stadt Mainz i. S. v. §§ 88 Abs. 5, 87 Abs. 3 Nr. 1a) Gemeindeordnung für Rheinland-Pfalz mit der jeweiligen Angelegenheit zu befassen.

Der Beschluss ist durch den Vorstand und den Aufsichtsratsvorsitzenden zur Eintragung im Handelsregister anzumelden (§ 184 AktG). Nach § 188 Abs. 4 AktG zulässig und in der Praxis üblich ist es allerdings, die Anmeldung des Erhöhungsbeschlusses erst gemeinsam mit der Anmeldung der Durchführung der Kapitalerhöhung (§ 188 AktG) vorzunehmen.

Die zweite Phase besteht in der Durchführung der beschlossenen Kapitalerhöhung durch Abschluss der Zeichnungsverträge für die neuen Aktien, die Leistung der Einlagen auf diese und die abschließende Anmeldung der vollzogenen Durchführung beim Handelsregister. Der Abschluss der Zeichnungsverträge erfolgt so, dass die Einleger (Inferenten) die Zeichnungsscheine unterzeichnen (§ 185 AktG) und damit gegenüber der Gesellschaft das Angebot auf Übernahme der neuen Einlagen abgeben, das sodann von der Gesellschaft angenommen wird. Anschließend ha-

¹²⁴ Lüdicke/Sistermann, UnternehmenStR, § 8 Eigenkapitalmaßnahmen der Gesellschafter Rn. 92.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

ben die Zeichner den gesetzlich vorgeschriebenen Mindestbetrag zur endgültigen freien Verfügung des Vorstands einzuzahlen bzw. die vereinbarte Sacheinlage einzubringen (§ 188 Abs. 2 S. 1 i. V. m. § 36 Abs. 2, § 36a AktG). Zum Abschluss ist die Durchführung der Kapitalerhöhung zur Eintragung im Handelsregister anzumelden (§§ 188, 37 AktG). Erst die Eintragung der Durchführung führt zum Wirksamwerden der Kapitalerhöhung (§ 189 AktG) und zur materiellen Änderung der Satzung. Die formelle Änderung des Satzungstextes muss durch einen weiteren Beschluss vollzogen werden.¹²⁵

Nimmt die ZBM an der Erhöhung des Stammkapitals nicht teil, so verringert sich ihre Beteiligungsquote an der MSW.

bb) „Verrechnung“ mit Darlehensforderung

Gemäß § 183 AktG kann eine Kapitalerhöhung grundsätzlich mit Sacheinlagen vorgenommen werden. Insofern könnte auch eine Darlehensforderung eingebracht werden. Die Sacheinlage unterliegt einer Prüfungspflicht (§ 183 Abs. 3 AktG) bzw. einer Bewertungspflicht mit weiteren Voraussetzungen (§ 183a i. V. m. § 33a AktG).

d) Zuführung zur Kapitalrücklage bei der MSW

Die Ausführungen zur ZBM gelten insoweit entsprechend (siehe oben unter C. V. 2. b)).

Zu beachten ist, dass die Kapitalrücklage grundsätzlich gesamthänderisch gebunden ist. Sollte die Zuführung zur Kapitalrücklage bei der MSW nicht quotaal durch die Stadt und die ZBM erfolgen, stellt sich die Frage, ob die Gesellschafter von der grundsätzlich quotalen Bindung einer Kapitalrücklage abweichen und durch eine entsprechende schuldrechtliche Vereinbarung eine personenbezogene disquotale Beteiligung an der Kapitalrücklage herbeiführen können. Diese Frage ist bisher - soweit ersichtlich - noch nicht Gegenstand einer Entscheidung in der Zivilrechtssprechung gewesen. Die Idee einer solchen „quotenabweichenden Rücklagenzuordnung“ ist auch im Schrifttum bisher nur vereinzelt erörtert worden; sie hat aber grundsätzlich Zustimmung erfahren.¹²⁶

3. Steuerrechtliche Betrachtung

Einlagen der Gesellschafter von Kapitalgesellschaften sind gesellschaftliche Vermögensmehrungen, die nicht der Ertragsteuer unterliegen. Offene Einlagen sind bereits deshalb gewinnneutral,

¹²⁵ MüKoAktG/Schürnbrand/Verse, 5. Aufl. 2021, AktG § 182 Rn. 4, 5.

¹²⁶ Ott: Die personengebundene Kapitalrücklage bei der GmbH - Steuerliche Folgen der disquotalen Einzahlung und Einlagenrückgewähr, DStR 2021, 897.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

weil der Erhöhung der Aktiva der Kapitalgesellschaft ein entsprechendes Gesellschaftskapital gegenübersteht. Eine außerbilanzmäßige Korrektur im Rahmen der Einkommensermittlung ist nicht erforderlich.

Die Einzahlung des erhöhten Stammkapitals bzw. in die Kapitalrücklage führt bei der Stadt zu einer Erhöhung der Anschaffungskosten der Beteiligung.

Unbeschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaften müssen die "nicht in das Nennkapital geleisteten Einlagen" am Schluss eines jeden Wirtschaftsjahres außerhalb der Steuerbilanz in einer steuerlichen Nebenrechnung im sog. steuerlichen Einlagekonto erfassen und fortschreiben (§ 27 Abs. 1 KStG).

Umstritten ist, ob disquotale Einlagen in vollem Umfang zu nachträglichen Anschaffungskosten alleine beim leistenden Gesellschafter führen oder sich die Anschaffungskosten nur in Höhe der jeweiligen Anteilsquote des Leistenden erhöhen, während die disquotale Einlage im Übrigen als nachträgliche Anschaffungskosten der Anteile der Mitgesellschafter zugeordnet wird. Soweit ersichtlich existiert hierzu bisher keine Finanzrechtsprechung. Teilweise wird vertreten, dass auch die disquotale Einlage eines Gesellschafters nur bei diesem, nicht aber bei den Mitgesellschaftern zu nachträglichen Anschaffungskosten der Beteiligung führe.¹²⁷ Eine Ausnahme bestehe dann, wenn der Gesellschafter mit der Einlage nicht vorrangig eigenwirtschaftliche Interessen verfolgt, sondern seinen Mitgesellschaftern einen Vorteil zuwenden will. In einem solchen Fall liege eine mittelbare verdeckte Einlage vor, mit der im abgekürzten Zahlungsweg auch eine Zuwendung an die Mitgesellschafter bezweckt ist, womit sich deren Anschaffungskosten anteilig erhöhen.¹²⁸

4. Beihilferechtliche Betrachtung

Es folgt eine beihilferechtliche Prüfung der dargestellten Möglichkeiten, namentlich der Kapitalzuführung in die Kapitalrücklage und der regulären Kapitalerhöhung. Da aus unserer Sicht keine beihilferechtliche Differenzierung hinsichtlich der jeweiligen Maßnahmen in Bezug auf die jeweils in Erwägung gezogene Gesellschaft erforderlich ist, erfolgt die Prüfung der Maßnahmen losgelöst von der jeweiligen Gesellschaft.

Ob die staatliche Zuführung finanzieller Mittel eine unerlaubte Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellt oder nicht, hängt grundsätzlich von der Beantwortung der Frage ab, ob wiederum

¹²⁷ Vgl. Gosch in Kirchhof, EStG, 19. Aufl. 2020, § 17 Rn. 93; Kotzenberg/Riedel DB 2019, 2655 (2658); a. A. Schulze-Osterloh BB 2018, 427 (430 f.).

¹²⁸ Vgl. Schulze-Osterloh BB 2018, 427; Hübner/Friz/Grünwald DStR 2019, 1945 (1952); Kotzenberg/Riedel DB 2019, 2655 (2658); van Lishaut/Ebber/Schmitz Ubg 2012, 1 (7).

-KEINE DRITTHAFTUNG-

die bereits dargestellten Tatbestandsvoraussetzungen eine Beihilfe i.S.d. EU-Beihilferechts vorliegen.¹²⁹ Kritisch ist bezüglich Kapitaleinlagen aus staatlichen Eigenmitteln regelmäßig das Merkmal der „Begünstigung“ zu betrachten, das im Kern ein Ungleichgewicht zwischen der Leistung (hier der Kapitalzuführung zur Kapitalrücklage oder die Kapitalerhöhung) und der Gegenleistung voraussetzt.¹³⁰

a) Kapitalzuführungen zur Kapitalrücklage aus beihilferechtlicher Sicht

Bei den in Erwägung gezogenen Kapitalzuführungen handelt es sich um staatliche Maßnahmen aus staatlichen Mitteln im Sinne des EU-Beihilferechts. Diese Maßnahmen sind auch selektiv, da sie sich nur auf einzelne Unternehmen beziehen werden.

Ob einer Kapitalzuführung ein begünstigender Charakter zukommt, hängt nach ständiger Kommissions- und Rechtsprechungspraxis davon ab, ob sich das Handeln der Hand im Falle einer Kapitalzuführung am Vergleichsmaßstab eines an Rentabilitätsabwägungen orientierten Privatinvestors messen lassen kann. Im Umkehrschluss lässt sich festhalten, dass Kapitalzuführungen von der öffentlichen Hand an private Unternehmen, die den Marktbedingungen entsprechen keine Beihilfen i.S.d. EU-Beihilferechts darstellen.¹³¹

Eine Marktüblichkeit ist regelmäßig dann gegeben, wenn der Gegenwartswert des erwarteten zukünftigen Cash Flow aus dem Finanzierungsvorhaben den eingesetzten Investitionsbetrag übersteigt.¹³²

Teilweise wird vertreten, dass neben der reinen Wirtschaftlichkeit auch weitere Aspekte für einen interessierten Anleger zu beachten sind. So dürfte z.B. ein öffentlicher Investor auch wirtschaftspolitische Ziele und eine globale oder sektorale Strukturpolitik verfolgen.¹³³ Überwiegend wird diese Einbeziehung weiterer Aspekte jedoch abgelehnt und lediglich auf die (rein wirtschaftliche)

¹²⁹ Vgl. *Witting*, MüKoEuWettbR, Teil 7. Finanzielle Transfers und Transaktionen Rn. 3, beck-online.

¹³⁰ Vgl. *Calliess/Ruffert/Cremer* AEUV Art. 107 Rn. 10; *Koenig/Kühling/Ritter* EG-BeihilfenR Rn. 67; *Imenga/Mestmäcker/Mestmäcker/Schweitzer* AEUV Art. 107 Abs. 1 Rn. 85 ff.; *Müller-Graff* ZHR 1988, 403 (418).

¹³¹ Vgl. EU-Kommission, Beihilfebekanntmachung Rn. 97; *Traupel*, in: *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht, 2013, Art. 107 Abs. 1 AEUV - Fallgruppen (Kapitalzuführungen), Rn. 518; *Frenz*, Hdb Europarecht, Band 3: Beihilfe- und Vergaberecht, 2006, Kap. 2 Rn. 178.

¹³² Vgl. EU-Kommission, Mitteilung der Kommission über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, (93/C 307/03), Rn. 35.

¹³³ Vgl. z.B. *Traupel*, in: *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht, 2013, Art. 107 Abs. 1 AEUV - Fallgruppen (Kapitalzuführungen), Rn. 533.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

Wirkung der Maßnahme abgestellt.¹³⁴ Unabhängig davon, welcher Betrachtungsweise man folgen möchte, ist jedenfalls dann die Grenze des marktwirtschaftlichen Handelns erreicht, wenn Kapitalzuführungen selbst langfristig jede Aussicht auf Rentabilität vermissen lassen.¹³⁵

Da vorliegend eine Ausschreibung o.ä. zur Ermittlung einer Marktüblichkeit nicht in Betracht kommt, ist wiederum ein Privatinvestorentest („PIT“) durchzuführen. Dieser im Grunde für Unterstützungsmassnahmen zugunsten von Unternehmen in Schwierigkeiten entwickelte Test, stellt nach gefestigter Rechtsprechung und Praxis der Kommission auch für Kapitalzuführungen bei gesunden Unternehmen das richtige Instrument dar.¹³⁶ Diese Durchführung eines „Als-Ob-Vergleichs“, muss positiv ausfallen, so dass festzustellen ist, dass der öffentliche Investor agiert, als ob es sich um einen privaten Investor handeln würde.

Die Kommission nimmt diesbezüglich an, dass ein positives Ergebnis vorliegt, wenn die gegenwärtig zu erwartenden zukünftigen Dividendenzahlungen und/oder Kapitalzuwächse unter Berücksichtigung etwaiger Prämien für das wirtschaftliche und unternehmerische Risiko den eingesetzten Investitionsgegenstand übersteigen. Eine Investition bzw. Kapitalzuführungen, die gemessen an diesem Maßstab auch langfristig kein „positives“ Geschäft darstellen, intendieren mit hin eine Beihilfe.¹³⁷ Auf Basis dieser Grundsätze sowie einer Aufzählung von nichtmarktüblichen Beteiligungen der öffentlichen Hand, die im Rahmen eines Bulletin der damaligen EG veröffentlicht wurden, jedoch nach weit verbreiteter Ansicht nach wie vor Gültigkeit besitzen, können folgende Kapitalzuführungen jedenfalls als Beihilfe identifiziert werden:¹³⁸

- Kapitalzuführungen, wenn es unter Berücksichtigung der Finanzlage des Unternehmens nicht gerechtfertigt erscheint, innerhalb einer angemessenen Frist eine normale Rendite der Kapitalmittel zu erzielen;
- Kapitalzuführungen, wenn ein Unternehmen aufgrund nicht ausreichender Selbstfinanzierungsmöglichkeiten nicht in der Lage ist, am Kapitalmarkt zur Durchführung eines Investitionsprogramms langfristige Finanzmittel zu erhalten;
- Kapitalzuführungen, die nur vorübergehend und zu Konditionen festgelegt sind, die keinen hinreichenden Ertrag erwarten lassen;
- Kapitalzuführungen, bei denen der „pari passu“-Grundsatz missachtet wird.

¹³⁴ Vgl. Quandt: Kapitalzuführungen für Privatunternehmen in der Krise: Eine beihilferechtliche Betrachtung (Gewa 2020, 305).

¹³⁵ Vgl. EuGH, (91/C-303/88) Eni/Lanerossi, Slg1991, I-1433, Rn. 22.

¹³⁶ Vgl. Traupel, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, 2013, Art. 107 Abs. 1 AEUV – Fallgruppen (Kapitalzuführungen), Rn. 534.

¹³⁷ Vgl. Witting, MüKoEuWettbR, Teil 7. Finanzielle Transfers und Transaktionen Rn. 5, beck-online.

¹³⁸ Vgl. Bulletin EG, 9-1984, Beteiligungen der öffentlichen Hand am Kapital von Unternehmen, Kap. 5.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

Aus diesen dargestellten Grundsätzen lässt sich ableiten, dass eine etwaige Kapitalzuführung der Kapitalrücklage bei der ZBM oder der MSW nur dann keine beihilferechtliche Relevanz aufweist, wenn die Kapitalzuführung auch von einem wirtschaftlich rational handelnden Privaten vorgenommen werden würde (positiver PIT).

Um dies zu gewährleisten, bedarf es einer ex-ante Betrachtung der wirtschaftlichen Auswirkungen der in Erwägung gezogenen Kapitalzuführungen zur Kapitalrücklage bei der jeweiligen Gesellschaft. Diese Betrachtung muss u.a. die avisierten (teilweise langfristig angelegten) Finanzierungsmaßnahmen sowie entsprechende Wirtschaftspläne berücksichtigen und zu einer gerechtfertigten Renditeerwartung durch die Stadt führen, damit der PIT positiv ausfällt. Diese Renditeerwartung muss überdies auch eine ausreichende Risikoprämie für das wirtschaftliche Risiko umfassen. Auf einen Rückfluss an Mitteln (bspw. durch Dividenden) kommt es im Rahmen der Renditeerwartung hingegen nicht an. Auch ein Wertzuwachs der Beteiligung entspricht einer rationalen Renditeerwartung eines Privatinvestoren.¹³⁹

Zum Zwecke der Durchführung eines PIT bedürfte es daher einer detaillierten Darstellung der avisierten Maßnahme und der Vorlage eines Wirtschaftsplanes mitsamt einer quantifizierbaren Prognose hinsichtlich der Investitionen und den damit erworbenen Assets.

Soweit eine tatbestandliche Beihilfe vorliegt, weil bspw. keine entsprechende Renditeaussicht besteht, müsste eine entsprechende Kapitalmaßnahme beihilferechtlich gerechtfertigt werden. Eine entsprechende beihilferechtliche Rechtfertigung von Kapitalmaßnahmen besteht insbesondere für die MVG, soweit Maßnahmen betroffen sind, die vom öDA umfasst sind. Soweit sich die Kapitalmaßnahmen hingegen nicht auf Bereiche erstreckt, die wie zuvor geprüft durch den öDA bzw. eine Betrauung umfasst sind, so würde es sich im Falle eines negativen Privatinvestorentests um eine verbotene Beihilfe handeln.

b) Kapitalerhöhungen aus beihilferechtlicher Sicht

Bzgl. der formellen Kapitalerhöhung ergeben sich aus beihilferechtlicher Sicht keine zu den Ausführungen unter **Punkt a) „Kapitalzuführungen zur Kapitalrücklage aus beihilferechtlicher Sicht“** abweichenden Voraussetzungen bzw. Aspekte.

Voraussetzung für eine beihilfenfreie Ausgestaltung ist auch bei Kapitalmaßnahmen zur Erhöhung des Kapitals das Vorliegen eines positiven PIT, mithin eine jedenfalls langfristig gerechtfertigte Renditeaussicht bei einer ex-ante Betrachtung und unter Berücksichtigung einer erforderlichen Risikoprämie oder eine beihilferechtliche Rechtfertigung bspw. durch Betrauung oder öDA.

¹³⁹ Vgl. *Traupel*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, 2013, Art. 107 Abs. 1 AEUV – Fallgruppen (Kapitalzuführungen), Rn. 542.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

5. Kommunalrechtliche Betrachtung

Grundsätzlich darf eine Kommune in Rheinland-Pfalz sich unter bestimmten Voraussetzungen an Unternehmen in der Rechtsform des Privatrechts beteiligen, vgl. § 87 GO RhPf. Da die Stadt bei allen infrage kommenden Gesellschaften bereits jedenfalls mittelbar beteiligt ist, handelt es sich bei einer Kapitalmaßnahme lediglich um eine wesentliche Erweiterung.¹⁴⁰ Da aufgrund der bereits bestehenden Beteiligung die grundsätzlichen Voraussetzungen des § 87 GO RhPf erfüllt sein dürften, besteht nur Anlass zur Prüfung der Voraussetzungen der wesentlichen Erweiterung.

Eine wesentliche Erweiterung von Beteiligungen an Unternehmen in der Rechtsform des privaten Rechts zieht kommunalrechtlich betrachtet insbesondere Beratungs- und Vorlagepflichten mit sich. Für den Fall der wesentlichen Erweiterung sieht § 92 Abs. 2 Nr. 1 GO RhPf vor, dass hierüber zunächst die Gemeinde beraten und entscheiden muss. Es bedarf mithin eines Beschlusses des Stadtrates. Ausweislich § 92 Abs. 2 Nr. 1 GO RhPf bedarf es überdies einer Vorlage des Beschlusses zur wesentlichen Änderung der Beteiligung an einem Unternehmen mit einer Rechtsform des privaten Rechts, bei der zuständigen Kommunalaufsichtsbehörde.

Diese Vorlage und Anzeige müssen spätestens sechs Wochen vor ihrem Vollzug erfolgen. Diese Frist reduziert sich im Bereich der Energieversorgung (also bspw. im Falle der wesentlichen Erweiterung hinsichtlich der MSW AG) auf vier Wochen.

VI. Frage 6 -Regelmäßige Leistungen

1. Ausgangslage / Veranlassung

Es ist zu prüfen ob und unter welchen Umständen eine finanzielle Unterstützung von Gesellschaften des städtischen Konzerns regelmäßig geleistet werden kann.

2. Beihilferechtliche Betrachtung

Aus beihilferechtlicher Perspektive ist diesbezüglich zwischen solchen Finanzierungsmaßnahmen zu differenzieren, für die bereits eine Betrauung erfolgt bzw. ein öDA erteilt worden ist und solchen, die bisher einmalig und bspw. für eine konkrete Investition betrachtet wurden.

¹⁴⁰ Vgl. PdK RhPf B-1, GemO § 85 3.2, beck-online.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

a) Finanzierungen im Rahmen einer Betrauung bzw. des öDA

Eine formelle Betrauung bzw. die Erteilung eines öDA stellen beihilferechtlich betrachtet Instrumente dar, die gerade dazu ausgelegt sind, regelmäßige Zahlungen aus Mitteln der öffentlichen Hand an den Begünstigten leisten zu können, ohne dass bei jeder Zahlung eine grundsätzliche beihilfenrechtliche Rechtfertigung geprüft werden muss. Soweit folglich eine zu finanzierende Maßnahme inhaltlich und hinsichtlich ihres Volumens unter den Anwendungsbereich einer Betrauung bzw. eines öDA fallen, ist die entsprechende Finanzierung durch diesen Betrauungsakt bzw. öDA beihilferechtlich abgesichert. Weiterhin zu beachten sind selbstverständlich die Mechanismen der Überkompensationskontrolle der jeweiligen Betrauung bzw. des öDA.

b) Finanzierungen außerhalb einer Betrauung bzw. des öDA

Bezüglich etwaiger Finanzierungsmaßnahmen, die nicht durch eine formelle Betrauung oder einen öDA beihilferechtlich abgesichert sind, ist dies anders zu bewerten. Soweit eine Maßnahme die zuvor dargestellten Voraussetzungen einer Beihilfe kumulativ erfüllt, stellt dies zunächst eine grundsätzlich verbotene Beihilfe dar.

Mangels einer beihilferechtlichen Absicherung dieser Finanzierungsmaßnahmen ist eine regelmäßige oder auch unregelmäßige Wiederholung mit beihilferechtlichen Risiken verbunden und sollte dementsprechend im Einzelfall geprüft werden. Insbesondere bei Maßnahmen, die noch nicht im Rahmen dieses Gutachtens geprüft wurden, gilt es zu prüfen, ob eine beihilferechtliche Absicherung durch eine etwaige Betrauung oder einen öDA bereits herbeigeführt wurde oder werden könnte.

3. Kommunalrechtliche Betrachtung

Kommunalrechtlich ergeben sich für die Wiederholung etwaiger Finanzierungsmaßnahmen zunächst keine zusätzlichen Voraussetzungen, soweit die dargestellten kommunalrechtlichen Voraussetzungen hinsichtlich der Gewährung etwaiger öffentlicher Darlehen bzw. der Erbringung von Kapitalmaßnahmen erfüllt sind.

4. Steuerrechtliche Betrachtung

Steuerlich ergeben sich für die Wiederholung etwaiger Finanzierungsmaßnahmen zunächst keine zusätzlichen Voraussetzungen, soweit die dargestellten steuerlichen Voraussetzungen hinsichtlich der Gewährung etwaiger öffentlicher Darlehen bzw. der Zahlung von Investitionszuschüssen oder der Erbringung von Kapitalmaßnahmen erfüllt sind.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

5. Gesellschaftsrechtliche Betrachtung

Gesellschaftsrechtlich ergeben sich für die Wiederholung etwaiger Finanzierungsmaßnahmen zunächst keine zusätzlichen Voraussetzungen, soweit die dargestellten gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen hinsichtlich der Gewährung etwaiger öffentlicher Darlehen bzw. der Zahlung von Investitionszuschüssen oder der Erbringung von Kapitalmaßnahmen erfüllt sind.

-KEINE DRITTHAFTUNG-

Für Rückfragen stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Ernst & Young Law GmbH
Rechtsanwaltsgesellschaft
Steuerberatungsgesellschaft

Dr. Oliver Wittig
Rechtsanwalt

Regina Dembach
Rechtsanwältin

Ernst & Young GmbH
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

Michael Pfundt
Rechtsanwalt
Steuerberater
Fachanwalt für Steuerrecht

ppa. Frauke Lange
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Steuerrecht

-KEINE DRITTHAFTUNG-

D. Hinweise zu dieser Stellungnahme

Diese Stellungnahme beruht auf den uns überlassenen Unterlagen und mündlich erteilten Auskünften. Für den Fall, dass der dieser Stellungnahme zu Grunde liegende Sachverhalt oder die getroffenen Annahmen unzutreffend sind oder sich ändern, kann sich dies auf die Gültigkeit der Aussagen dieser Stellungnahme auswirken.

Diese Stellungnahme beruht auf dem Rechtsstand zum Zeitpunkt des Datums dieser Stellungnahme und gibt unsere Interpretation der relevanten gesetzlichen Bestimmungen und die hierzu ergangene Rechtsprechung wieder.

Im Zeitablauf treten Änderungen bei Gesetzen, der Interpretation von Rechtsquellen sowie in der Rechtsprechung ein. Derartige Änderungen können eine Fortschreibung dieser Stellungnahme erforderlich machen.

Wir weisen ausdrücklich darauf hin, dass wir ohne gesonderten Auftrag nicht verpflichtet sind, diese Stellungnahme auf Grund einer Änderung der zu Grunde liegenden Fakten bzw. Annahmen oder Änderungen in der Gesetzgebung oder Rechtsprechung zu überprüfen und gegebenenfalls fortzuschreiben.

Diese Stellungnahme wurde ausschließlich für unseren Mandanten im Rahmen der mit unserem Mandanten geschlossenen Mandatsvereinbarung erstellt. Sie ist nicht dazu bestimmt, Dritten als Entscheidungsgrundlage zu dienen. Dritten gegenüber übernehmen wir keinerlei Verpflichtungen, Verantwortung oder Sorgfaltspflichten (keine Dritthaftung), es sei denn, wir haben einem Dritten gegenüber im Vorhinein schriftlich etwas Abweichendes bestätigt.