



Gutachterliche Stellungnahme
in Sachen MWVLW wg. TZM GmbH
(818/21-JE)

Mandant: Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau
Rheinland-Pfalz

Aktenzeichen: 818/21

Bearbeiter: Rechtsanwalt/Steuerberater Jochen Eberhard

Datum: 18.08.2021

Betreff: Technologiezentrum Mainz GmbH
hier: Stellungnahme zu den gutachterlichen Feststellungen der
Atax Treuhand GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Sankt Ing-
bert, vom 22.11.2019

A. Sachverhalt

Gesellschafter der im Jahr 1987 gegründeten und im Handelsregister des Amtsgerichts Mainz unter HRB 3705 eingetragenen Technologiezentrum Mainz GmbH (nachfolgend „**TZM**“), deren voll eingezahltes Stammkapital 511.291,88 EUR beträgt, sind das Land Rheinland-Pfalz („**Land**“) und die Grundstücksverwaltungsgesellschaft der Stadt Mainz GmbH („**GVG**“) mit einer Beteiligung in Höhe von jeweils 49 % des Stammkapitals sowie die Stadt Mainz mit einer Beteiligung von 2 %.

Ursprünglich galt der bei der Gründung beschlossene Gesellschaftsvertrag vom 28.04.1987. Ausweislich des beim elektronischen Handelsregister hinterlegten historischen Handelsregistrauszugs wurde der Gesellschaftsvertrag durch Beschlüsse der Gesellschafterversammlung im November 1990 erstmalig abgeändert. Diese Fassung liegt uns nicht vor. Durch uns nicht vorliegenden Beschluss vom 29.05.2002 wurde der

Gesellschaftsvertrag der TZM erneut abgeändert und angabegemäß insgesamt neu gefasst. Hierbei handelt es sich um die derzeit noch geltende Fassung vom 29.05.2002 (UR.-Nr. 0773/2002 L des Notars Dr. Wolfgang Litzenburger mit Amtssitz in Mainz). Ausweislich § 2 des Gesellschaftsvertrages ist Gegenstand der Gesellschaft ist *„die Errichtung und der Betrieb eines Technologiezentrums. Es hat die Aufgabe, junge, technologieorientierte und innovative Unternehmen aufzunehmen und zu unterstützen. Den Unternehmen stehen darüber hinaus eine moderne Kommunikationsstruktur sowie ein umfassendes Dienstleistungsangebot zur Verfügung.“* § 19 (Vermögensverteilung) des Gesellschaftsvertrages in der Fassung vom 29.05.2002 enthält in Abweichung von der Ursprungsfassung, die noch keine vergleichbare Regelung hierzu enthielt, folgende Regelung:

„Die ausschließlich von den Gesellschaftern finanzierten Vermögenswerte werden im Falle der Liquidation der Gesellschaft vorab an diese Gesellschafter verteilt. Die Verteilung des verbleibenden Vermögens richtet sich nach § 72 GmbHG.“

Ob die Fassung des Gesellschaftsvertrages aus November 1990 bereits eine entsprechende Regelung enthielt, ist uns unbekannt. Angabegemäß soll diese Regelung allerdings erst 2002 Eingang in die Satzung gefunden haben.

Entsprechend des v.g. Unternehmensgegenstandes war bis in das Jahr 2019 die Vermietung an und die Beratung und Unterstützung von technologieorientierten Unternehmensgründungen Gegenstand und Zielsetzung des Unternehmens. Zur Verwirklichung des Unternehmenszwecks hat die Gesellschaft durch Kaufvertrag vom 10.10.2002 das Gründerzentrum für Biotechnologie „An der Goldgrube“ (nachfolgend **„Biotechnikum“** genannt) in Mainz im Wege der Erbpacht erworben. Die Erwerbskosten wurden in Höhe von 65 % durch Mittel des Landes sowie in Höhe von 35 % durch die GVG finanziert. Hierzu hat das Land auf erstmaligen Antrag der TZM vom 04.06.2002 der TZM durch das Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau (MWVLW) auf Grundlage der Förderbescheide vom 28.11.2002, 05.04.2004 sowie 29.09.2004 insgesamt För-

dermittelt in Höhe von 4.281.759,13 EUR gewährt. Die Gewährung der Fördermittel erfolgte ausweislich der v.g. Bescheide im Wege der Projektförderung zweckgebunden für den Erwerb des Biotechnikums. Gem. Ziffer 4 der Nebenbestimmungen zum Bescheid vom 28.11.2002 in der Fassung vom 05.04.2004 (siehe dort Seite 4, 2. Absatz) ist die Bindungsfrist für Investitionen gem. Nr. 4.2.3 VV zu § 44 BHO, Teil I in Verbindung mit Nr.4.1. ANBest-P auf 15 Jahre und für Geräte auf 6 Jahre (beginnend ab dem Tag der letzten Mittelauszahlung) festgesetzt. Den Eigenanteil in Höhe von 35 %, der sich ausweislich des Bescheides vom 29.09.2004 auf 2.436.812,61 EUR belief, hat die TZM angabegemäß durch ein endfälliges Gesellschafterdarlehen der GVG in Höhe von 3,0 Mio. EUR finanziert. Maßgeblich hierfür war der Darlehensvertrag vom 11.02.2002. Dieser sah keine Sicherheitenbestellung vor. Darüber hinaus hat die Gesellschaft in 2007 eine Büroetage im sog. Bonifaziusturm in Mainz zu eigenen Zwecken sowie zum Zwecke der Weitervermietung angemietet.

Im den Geschäftsjahren 2003 bis 2017 hat die Gesellschaft durchgängig Verluste erwirtschaftet, die sich in einer Größenordnung zwischen ca. 46 TEUR und 388 TEUR (jahresdurchschnittlich rd. 125 TEUR) erzielt, die von den Gesellschaftern entsprechend ihrer Beteiligungsquote ausgeglichen wurden. Hiervon entfielen auf das Land ca. 808 TEUR. In 2018 wies die TZM einen Jahresfehlbetrag in Höhe von ca. ./. 103 TEUR aus, der jedoch von den Gesellschaftern nicht ausgeglichen wurde.

In 2019 hat die Gesellschaft das Erbbaurecht gegen Zahlung eines Kaufpreises in Höhe von 3.720.000,00 TEUR an die Fa. BioNTech veräußert und nach Auflösung des verbliebenen Sonderpostens für Investitionszuschüsse einen Buchgewinn in Höhe von € 2.682.802,34 erzielt. Zu diesem Zeitpunkt war das Darlehen der GVG bereits vollständig getilgt. Zum Teil erfolgten die Tilgungen dieses Darlehens aus den jährlichen Verlustausgleichen der Gesellschaft und ausweislich des Auszugs aus dem Jahresbericht 2018 des Landesrechnungshofs Rheinland-Pfalz zur TZM in den Jahren 2013 bis 2015 sowie dem Jahresabschluss der Gesellschaft per 31.12.2015 zum Teil aber auch durch gesonderte quotale Dotierungen der Kapitalrücklage der TZM durch die Gesellschafter.

Nach Berücksichtigung eines operativen Verlustes ergab sich für 2019 unter Berücksichtigung des v.g. Buchgewinns laut Angabe im Wirtschaftsplan für das Geschäftsjahr 2021 ein Jahresüberschuss i.H.v. 2.095.481,62 EUR, der auf neue Rechnung vorgetragen wurde.

Infolge der durch den Verkauf des Biotechnikums wegfallenden Mieteinnahmen erzielt die Gesellschaft seitdem keine nennenswerten Umsatzerlöse mehr. In der Folgezeit nach dem Verkauf des Biotechnikums haben sich die Vertreter des Landes (Frau Staatssekretärin Schmitt) sowie der Stadt (OB Ebling und Dezernentin Matz) darauf verständigt, den Betrieb der TZM in gemeinsamer Verantwortung fortzuführen und inhaltlich dergestalt neu zu strukturieren, dass sich die TZM künftig auf die Förderung und Unterstützung technologieorientierter Gründungen, vorrangig in den Bereichen Biotechnologie, Medizin, Pharmazie und Life Sciences konzentriert. Hierbei soll die Unterstützung von Ausgründungen aus der Universitätsmedizin Mainz besonders im Fokus stehen. In seiner Sitzung vom 11.09.2019 hat der Aufsichtsrat der TZM das Ergebnis der Abstimmung von Land und Landeshauptstadt zur Kenntnis genommen und hierzu mehrere flankierende Beschlüsse gefasst. U.a. hat der Aufsichtsrat empfohlen, die Satzung der TZM entsprechend der neuen Ausrichtung anzupassen und zu präzisieren. Zudem hat der Aufsichtsrat empfohlen zu beschließen, dass das Land zum 01.01.2020 11 % der Stammkapitalanteile der TZM von der GVG übernimmt. Weiterhin hat der Aufsichtsrat die Geschäftsführung beauftragt, eine Wertermittlung der TZM einzuholen. Wegen der Einzelheiten der Beschlussfassungen des Aufsichtsrats wird ergänzend auf das Protokoll der 98. Aufsichtsratssitzung vom 11.09.2019 verwiesen. In Ergänzung der v.g. Ausführungen hat das MWVLW mit Schreiben vom 19.02.2021 mitgeteilt, dass die Gesellschaft seit 2020 eine Neuausrichtung in Richtung Förderung von Gründungen speziell aus dem Medizinbereich und den Lifesciences möglichst auch mit weiteren institutionellen Partnern der öffentlichen Hand. Hierzu soll die GmbH auch weiterhin attraktive Mietangebote unterbreiten sowie Beratungsleistungen und Unterstützung unterhalb marktüblicher Preis anbieten.

Im Nachgang zur Aufsichtsratssitzung wurde die Atax Treuhand GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Sankt Ingbert (nachfolgend kurz „**Atax**“) mit der Ermittlung eines anteiligen Unternehmenswerts zum Zwecke der Bestimmung des Kaufpreises für eine teilweise Anteilsübertragung unter den Gesellschaftern der TZM beauftragt. Der Bericht der Atax zur Ermittlung des anteiligen Unternehmenswertes der TZM zum 01.01.2020 [**Anmerkung**: ausweislich der abschließenden Feststellung der Atax hat diese den Unternehmenswert auf den 01.01.2019 ermittelt] vom 22.11.2019 schließt mit folgender zusammenfassenden Feststellungen:

„Wir sind beauftragt, den objektivierten Wert von 11% der Geschäftsanteile der TZM zu ermitteln. Unserer Wertermittlung haben wir den Standard des Institutes der Wirtschaftsprüfer S1 „Grundsätze zu Durchführung von Unternehmensbewertung“ in der Fassung vom 2. April 2018 zugrunde gelegt. Wir haben den Wert der Anteile indirekt aus dem Wert des gesamten Unternehmens ermittelt. Bei der indirekten Anteilsbewertung wird der Wert des Unternehmensanteils aus dem Gesamtwert des Unternehmens abgeleitet. Der objektivierte Wert des Unternehmensanteils entspricht dem quotalen Wertanteil am objektivierten Gesamtwert des Unternehmens. Die TZM haben wir als Unternehmen mit nicht vorrangiger finanzieller Zielsetzung eingestuft. Demgemäß haben wir für die Wertermittlung nicht den Zukunftserfolgswert, sondern den Rekonstruktionswert angesetzt. Bewertungsstichtag ist der vorgesehene Termin der Anteilsübertragung zum 1. Januar 2019. Für das Gesamtunternehmen haben wir auf dieser Grundlage einen Rekonstruktionswert ermittelt in Höhe von EUR 3.933.951. Der anteilige Wert für 11% der Geschäftsanteile beträgt demgemäß EUR 432.735.“

Mit Ausnahme des aus der Veräußerung des Grundbesitzes verbliebenen Veräußerungserlöses verfügt die Gesellschaft aktuell über keine nennenswerten Vermögensgegenstände. Das Vermögen soll angabegemäß nach dem gemeinsamen Interesse der Gesellschafter keinesfalls ausgeschüttet werden, sondern zur Fortführung der Gesellschaft im Zuge der Neuausrichtung in die neue Aufgabe, nach derzeitiger Planung konkret in den Bau eines bedarfsgerechten Labor- und Bürogebäudes für Gründer in den zwischen dem Land und der Stadt Mainz abgestimmten Bereichen investiert werden. Im Rahmen der Angebotsaufforderung gem. Schreiben vom 19.02.2021 wurde mitgeteilt,

dass die TZM auch künftig nicht kostendeckend arbeiten, sondern auf einen Defizitausgleich durch ihre Gesellschafter angewiesen sein wird.

B. Aufgabenstellung

Gem. Schreiben des MWVLW vom 24.03.2021 in Verbindung mit dem Schreiben vom 19.02.2021 bildet Auftragsgegenstand die Einschätzung, nach welcher Wertermittlungsmethode und welcher Rechenformel die Bewertung des TZM durchgeführt werden sollte. Insoweit geht es um Klärung der grundsätzlichen Frage, welche Wertermittlungsmethode bei der genannten Zielsetzung einer Fortführung der Gesellschaft ohne Gewinnerzielungsabsicht, bei der weiterhin die Leistungserbringung aus wirtschaftspolitischen Grund im Vordergrund steht, sowohl vor dem Hintergrund der haushaltsrechtlichen Vorgaben als auch vor dem Hintergrund des kommunalen Haushaltsrechts, das in § 79 GemO vorsieht, dass Vermögensgegenstände in der Regel nur zum Verkehrswert veräußert werden dürfen, anzuwenden ist.

Wir weisen darauf hin, dass wir vereinbarungsgemäß weder überprüft bzw. plausibilisiert haben, ob die Berechnungen der Atax auf einer zutreffenden Datenbasis erfolgt sind, noch, ob die Berechnungen der Atax rechnerisch zutreffend sind. Auch haben wir keine Wertfortschreibung auf den 01.01.2021 vorgenommen. Die Prüfungen der Voraussetzungen des § 65 LHO bildete nicht Gegenstand des Auftrags.

C. Stellungnahme

Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen bildet die rechtliche Stellungnahme zu der grundsätzlichen Fragestellung, nach welcher Wertermittlungsmethode die Ermittlung der Anteilswert einer 11 %igen Beteiligung der GVG an der TZM unter Berücksichtigung der haushalts- und kommunalrechtlichen Vorgaben zu erfolgen hat, die im Zuge der ange-dachten Aufstockung der Beteiligung des Landes durch das Land von der GVG erworben werden soll. Insoweit orientieren sich die nachfolgenden Ausführungen im Interesse der leichteren Nachvollziehbarkeit an den von der Atax in ihrem Bericht getroffenen Feststellungen. Insoweit gilt Folgendes

I. Ermittlung des Werts der 11 %igen Beteiligung im Wege der sog. indirekten Anteilsbewertung

Die Atax hat den Wert der 11 %igen Beteiligung der GVG an der TZM im Wege der sog. indirekten Anteilsbewertung aus dem Gesamtwert des Unternehmens ermittelt.¹ Dies entspricht den im IDW-Standard S1 „Grundsätze für die Durchführung von Unternehmensbewertungen“ enthaltenen Empfehlungen für die Durchführung von Unternehmensbewertungen durch Wirtschaftsprüfer.² Dort heißt es:

„Während sich der Unternehmenswert als Gesamtwert des Unternehmens auf alle Unternehmenseigner bezieht, entspricht der Wert eines Unternehmensanteils dem jeweiligen Anteil eines Unternehmenseigners am Unternehmen. Der Wert für einen Unternehmensanteil kann direkt oder indirekt ermittelt werden. Bei der direkten Anteilsbewertung wird der Anteilswert direkt aus den Zahlungsströmen zwischen dem Unternehmen und dem einzelnen Anteilseigner abgeleitet. Bei der indirekten Anteilsbewertung wird der Wert des Unternehmensanteils aus dem Gesamtwert des Unternehmens abgeleitet. Der objektivierte Wert des Unternehmensanteils entspricht dem quotalen Wertanteil am objektivierten Gesamtwert des Unternehmens.“³

Bei dem IDW-Standard S 1 handelt es sich zunächst „nur“ um eine Verlautbarung des IDW, der als privatrechtlicher Verein organisiert ist. Die Verlautbarung enthält Empfehlungen für die dem Verein angehörenden Wirtschaftsprüfer (ca. 80 % des Berufsstandes) und spiegelt damit zunächst nur die Berufsauffassung dieses Kreises wider. Die Standards sind keine Rechtsnorm und damit auch nicht allgemeinverbindlich. Rein tatsächlich wirken sie allerdings tief in die Praxis hinein und finden auch in gerichtlichen Verfahren Anwendung.⁴ Im Hinblick auf die Bewertung von Anteilen entspricht die Empfehlung des

¹ vgl. Atax-Bericht, S. 10.

² vgl. Standard des Institutes der Wirtschaftsprüfer S1 „Grundsätze zur Durchführung von Unternehmensbewertungen“ (IDW S1 i.d.F. 2008; Stand: 04.07.2016), Ziffer 2.4, Rn. 13 (nachfolgend kurz „IDW-S1“ genannt).

³ vgl. IDW-S1 a.a.O.

⁴ vgl. *Großfeld/ Egger/ Tönnies*, Recht der Unternehmensbewertung, 9. Auflage 2020, Rn. 9, 13 (nachfolgend kurz *Großfeld* genannt);

IDW auch der Rechtsauffassung des Bundesgerichtshofs, der die indirekte Methode der Anteilsbewertung bei Personen- und Kapitalgesellschaften ebenso wie der überwiegende Teil der Literatur gebilligt hat.⁵

Die von der Atax gewählte Methode der indirekten Anteilsbewertung ist somit nicht zu beanstanden. Zu beachten ist aber, dass der Wert eines Anteils auch bei einer objektivierten Ermittlung nicht zwingend dem anteiligen Gesamtwert des Unternehmens entsprechen muss. Vielmehr kann es insoweit zu Abweichungen kommen. So können für eine (konkrete) Beteiligung geltende rechtliche und/ oder tatsächliche Besonderheiten eine abweichende Ermittlung erfordern. Dies ist, wie im Rahmen der Ausführungen unter nachfolgender Ziffer III. im Einzelnen dargelegt, aufgrund der in § 19 Satz 1 des Gesellschaftsvertrages enthaltenen Regelung zur Liquidationspräferenz vorliegend der Fall.

II. Ermittlung des Gesamtwerts des Unternehmens als Grundlage für die Anteilsbewertung

Die Atax hat den Unternehmenswert der TZM zum Stichtag 01.01.2020⁶, der Ausgangspunkt für die Anteilsbewertung bildet (siehe die Ausführungen unter vorstehender Ziffer I), auf Grundlage des sog. objektivierten Unternehmenswert ermittelt. Insoweit wird unter Ziffer D.I.a. des Berichts⁷ festgehalten, dass die Wertermittlung nicht aus subjektiver Sicht von Erwerber und Verkäufer, sondern auf der Grundlage eines objektivierten Unternehmenswertes erfolgen soll. Unter „E. Zusammenfassung“ des Berichts heißt es ferner, dass der objektivierte Wert des Unternehmensanteils dem quotalen Wertanteil am objektivierten Gesamtwert des Unternehmens entspricht. Letztendlich der Bewertung zugrunde gelegt hat die Atax ihrer Anteilswertermittlung allerdings sodann unter Verweis darauf, dass es sich bei der TZM um ein Unternehmen mit nicht vorrangig finanzieller

⁵ vgl. BGH Urteil vom 10.10.1979 - IV ZR 79/78, NJW 1980, 229; *Großfeld* a.a.O. Rn. 142.

⁶ Unter „E. Zusammenfassung“ des Atax-Berichts ist von einer Wertermittlung auf den Bewertungsstichtag 01.01.2019 die Rede. Tatsächlich hat die Atax jedoch den Unternehmenswert auf den 01.01.2020 ermittelt (so auch der Titel des Berichts); dies allerdings nicht unter Rückgriff auf Ist-Daten per 31.12.2019 (diese lagen zum Berichtszeitpunkt noch nicht vor), sondern für 2019 unter Zugrundelegung einer Hochrechnung für das Geschäftsjahr 2019 (vgl. Atax-Bericht S. 10/ 11).

⁷ vgl. Atax-Bericht, S. 9.

Zielsetzung handelt, den sog. Rekonstruktionswert. Dies ist missverständlich, da es sich bei dem Rekonstruktionswert gerade nicht um einen auf Grundlage der (bei objektivierter Betrachtungsweise) zu erwartenden zukünftigen finanziellen Überschüsse ermittelten Zukunftserfolgswert handelt, sondern um einen ausschließlich unter sog. Substanzwertgesichtspunkten ermittelten Gesamtwert eines Unternehmens.

Ein Zusammenhang zwischen objektivierten Unternehmenswert und Rekonstruktionswert besteht nur insoweit, als dass die Ermittlung eines Rekonstruktionswerts überhaupt nur dann in Betracht kommt, wenn **(a)** im Rahmen der objektivierten Unternehmenswertmittlung festgestellt wird, dass es sich bei dem zu bewertenden Unternehmen um ein ertragsschwaches Unternehmen mit unzureichender Rentabilität handelt und **(b)** darüber hinaus es sich bei dem Unternehmen um ein Unternehmen mit nicht vorrangig finanzieller Zielsetzung handelt, bei dem der Gesichtspunkt der Leistungserstellung im Vordergrund steht.⁸ Ist nur die Voraussetzung zu Buchstabe (a) erfüllt, d.h. liegt ein ertragsschwaches Unternehmen vor, wäre im Rahmen der Bewertung neben der Beurteilung von Fortführungskonzepten auch die Beurteilung von Zerschlagungskonzepten vorzunehmen, sofern Zerschlagungskonzepte im jeweiligen Einzelfall eine mögliche Handlungsalternative darstellen.⁹ Von einer solchen Handlungsalternative ist nach der Rechtsprechung dann nicht auszugehen, wenn aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen eine Verpflichtung zur Fortführung gegeben ist.¹⁰ Sofern eine Zerschlagung eine Handlungsalternative darstellt und der Barwert der finanziellen Überschüsse aus der Zerschlagung (Liquidation) höher als der Barwert der finanziellen Überschüsse bei Fortführung des Unternehmens ist, bildet der Liquidationswert die Wertuntergrenze bei der Unternehmensbewertung. Besteht hingegen aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen ein Zwang zur Fortführung,

⁸ So auch IDW-S1 a.a.O. Rn. 152, wonach der Rekonstruktionswert bei Unternehmen mit nicht vorrangig finanzieller Zielsetzung, bei denen die Leistungserstellung im Vordergrund steht, nur dann zu ermitteln ist, wenn das Unternehmen über eine unzureichende Rentabilität verfügt; hierfür spricht auch, dass sich die Ausführungen unter Ziffer 8.2.2. des IDW-S1 finden und damit als Unterpunkt unter dem Gliederungspunkt „8.2. Bewertung ertragsschwacher Unternehmen“; ähnlich: *Großfeld* a.a.O. Rn. 128; anders scheinbar LG Hamburg, Beschluss vom 06.07.2006 - 404 O 173/03 unter Ziffer II.2.d der Entscheidungsgründe;

⁹ vgl. IDW-S1 a.a.O. Rn. 150.

¹⁰ vgl. BGH, Urteil vom 17.03.1982 - IV a ZR 27/81, NJW 1982, 2497; BGH, Urteil vom 17.01.1973 - IV ZR 142/70 - NJW 1973, 509, Rn. 13, 14; OLG Rostock, Urteil vom 06.04.2016 - 1 U 131/13, Rn. 40; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.1.2009 – 26 W 7/07.

kommt der Ansatz eines Liquidationswertes nicht in Betracht, sondern ist, sofern die Voraussetzung zu Buchstabe (b) nicht gegeben ist, im Rahmen der objektivierten Unternehmenswertermittlung auf Basis der zu erwartenden finanziellen Überschüsse ein Zukunftserfolgswert zu ermitteln. Bei nachhaltiger Verlustsituation kann dieser negativ sein. Die Differenzierung danach, ob aus tatsächlichen und/ der rechtlichen Gründen ein Zwang zur Fortführung besteht oder nicht, ist Folge der Rechtsprechung, die wiederholt klargestellt hat, dass es keinen Automatismus gibt, stets den Liquidationswert heranzuziehen, wenn dieser über dem Ertragswert liegt.¹¹

Letztendlich ergibt sich damit im Hinblick auf die Entscheidung, welches Bewertungsverfahren (objektivierter Unternehmenswert, Liquidationswert, Rekonstruktionswert) bei der Ermittlung des Gesamtwertes des Unternehmens der TZM zugrunde zu legen ist, folgende Prüfungsreihenfolge:

- (1) Zunächst ist im Rahmen einer objektivierten Unternehmensbewertung der Zukunftserfolgswert zu ermitteln.
- (2) Sodann ist aufgrund des ermittelnden Zukunftserfolgswerts zu prüfen, ob es sich bei dem zu bewertenden Unternehmen um ein ertragsschwaches Unternehmen mit unzureichender Rentabilität handelt.
- (3) Sofern Ziffer 2 zu bejahen ist, ist darüber hinaus zu prüfen, ob es sich bei dem Unternehmen um ein Unternehmen mit nicht vorrangig finanzieller Zielsetzung handelt, bei dem der Gesichtspunkt der Leistungserstellung im Vordergrund steht. Bejahendenfalls hat für das betriebsnotwendige Vermögen der Ansatz eines Rekonstruktionswertes und für das nicht betriebsnotwendige Vermögen der Ansatz eines Liquidationswertes¹² zu erfolgen.
- (4) Ist Ziffer 2 zu bejahen, aber Ziffer 3 zu verneinen, ist fernerhin zu prüfen, ob aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen ein Zwang zur Unternehmensfortführung besteht.

¹¹ vgl. BGH, Urteil vom 17.03.1982 - IV a ZR 27/81, NJW 1982, 2497; BGH, Urteil vom 17.01.1973 - IV ZR 142/70 - NJW 1973, 509, Rn. 13, 14; OLG Rostock, Urteil vom 06.04.2016 - 1 U 131/13, Rn. 40; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.1.2009 – 26 W 7/07.

¹² vgl. IDW-S1 a.a.O. Rn. 152 letzter Satz.

- a. Sofern dies zu verneinen ist, hat der Ansatz eines auf Grundlage der objektivierten Unternehmensbewertung ermittelnden Zukunftserfolgswertes zu erfolgen.
- b. Ist die Frage zu bejahen, ist der Liquidationswert zu ermitteln. Dieser kommt zum Ansatz, wenn er höher ist als der Zukunftserfolgswert, anderenfalls bleibt es beim Ansatz des Liquidationswerts.

1. Zu (1) und (2) – Ermittlung des Zukunftserfolgswerts und Vorliegen eines ertragsschwachen Unternehmens

Ausweislich des IDW-S1¹³ basiert die Bewertung eines Unternehmens auf der am Bewertungsstichtag vorhandenen Ertragskraft. Grundsätzlich beruht die vorhandene Ertragskraft auf den zum Bewertungsstichtag vorhandenen Erfolgsfaktoren. Die bewertbare Ertragskraft beinhaltet die Erfolgchancen, die sich zum Bewertungsstichtag aus bereits eingeleiteten Maßnahmen oder aus hinreichend konkretisierten Maßnahmen im Rahmen des bisherigen Unternehmenskonzepts und der Marktgegebenheiten ergeben. Mögliche, aber noch nicht hinreichend konkretisierte Maßnahmen (z.B. Erweiterungsinvestitionen/Desinvestitionen) sowie die daraus vermutlich resultierenden finanziellen Überschüsse sind danach bei der Ermittlung objektivierter Unternehmenswerte unbeachtlich.

In den Geschäftsjahren 2002 bis 2018 einschließlich hat die TZM durchgängig negative Ergebnisse (Jahresfehlbeträge) erwirtschaftet, die von den Gesellschaftern (mit Ausnahme des Jahresfehlbetrages 2018) stets entsprechend deren Beteiligungsquote an der Gesellschaft ausgeglichen wurden. Lediglich in 2019 hat die TZM einen Jahresüberschuss erzielt. Dieser war allerdings nicht Folge eines Gewinns aus dem operativen Geschäftsbetrieb – dieser war auch in 2019 defizitär -, sondern Folge des Verkaufs des Biotechnikums im Jahr 2019. Hieraus hat die TZM einen sog. außerordentlichen Ertrag erzielt, der insgesamt zu einem Jahresüberschuss führte. Der Verkauf führte allerdings zur Beendigung der wesentlichen Geschäftstätigkeit der TZM und damit Aufgabe des

¹³ vgl. IDW-S1 a.a.O. Rn. 32.

bisherigen Unternehmenskonzepts. Zwar haben sich das Land und die Stadt Mainz über eine Neuausrichtung der Gesellschaft verständigt. Ein durch die Gesellschafterversammlung beschlossenes Unternehmenskonzept und hierauf fußend eine im Betrachtungszeitraum mit einem finanziellen Überschuss schließende Planungsrechnung liegt aber (noch) nicht vor. Allein die Möglichkeit, dass die Gesellschaft zukünftig ggfls. wieder finanzielle Überschüsse erzielen könnte, reicht mangels hinreichend konkretisierter Maßnahmen nicht aus, um diese im Rahmen der Ermittlung des objektivierten Unternehmenswertes zu beachten.¹⁴ Dem steht auch die wirtschaftliche Entwicklung seit dem Verkauf des Biotechnikums entgegen. Seit dem Verkauf erzielt die Gesellschaft keine nennenswerten Erlöse mehr, so dass das Geschäftsjahr 2020 ausweislich der bis dato vorliegenden vorläufigen Zahlen wieder mit einem Verlust geendet hat und ausweislich des vorläufigen Wirtschaftsplans für das Geschäftsjahr 2021 auch für 2021 mit einem Verlust zu rechnen ist.

Die TZM verfügt damit mangels zu erwartender finanzieller Überschüsse aktuell über keinen positiven Zukunftserfolgswert. Bei der TZM handelt es sich vielmehr um ein ertragsschwaches Unternehmen mit unzureichender Rentabilität iSd. des IDW-S1.

2. Zu (3) – TZM als Unternehmen mit nicht vorrangig finanzieller Zielsetzung?

Als Unternehmen mit nicht vorrangig finanziellen Zielsetzungen sollen laut IDW-S1 Unternehmen mit unzureichender Rentabilität gelten, bei denen Gesichtspunkte der Leistungserstellung im Vordergrund stehen. Dies soll bspw. bei Non-Profit-Unternehmen der Fall sein sowie ferner insbesondere bei Unternehmen, die Aufgaben der öffentlichen Daseinsvorsorge erfüllen (z.B. in der Wohnungs- und Stadtentwicklung oder im Verkehrswesen) oder karitativen Zwecken dienen.¹⁵

In Bezug auf die Daseinsvorsorge wird diese Auffassung auch durch vereinzelte obergerichtliche Entscheidungen bestätigt. Danach soll der Rekonstruktionswert jedenfalls für

¹⁴ vgl. IDW-S1 a.a.O. Rn. 32.

¹⁵ wie vor.

Unternehmen der Daseinsvorsorge in Betracht zu ziehen bzw. maßgeblich sein. Unter den Begriff der Daseinsvorsorge, der weder bundes- noch landesgesetzlich definiert ist,¹⁶ wurde hierbei von der Rechtsprechung neben dem ÖPNV auch die Wohnbauförderung genannt. So hat das OLG Rostock die Maßgeblichkeit des Rekonstruktionswerts anstelle des Liquidationswertes für ein im Bereich der Wohnungsverwaltung und -sanierung tätiges Unternehmen damit begründet, dass für das Unternehmen im Hinblick darauf, dass es der öffentlichen Daseinsvorsorge zuzuordnen sei, ein tatsächlicher oder rechtlicher Zwang zur Fortführung bestand.

Weitergehende Rechtsprechung existiert, soweit ersichtlich, nicht. Namentlich gilt dies für die Frage, ob die Wirtschaftsförderung als Aufgabe der Daseinsvorsorge zu qualifizieren ist. Ausweislich vereinzelter Kommentarliteratur sollen die kommunale Fremdenverkehrsförderung sowie die Wirtschaftsförderung nicht vom Begriff der kommunalen Daseinsvorsorge erfasst sein.¹⁷ Dies ist auf Grundlage einer in der Literatur häufig verwendeten weiten Definition des Begriffs der Daseinsvorsorge aber nicht zwingend. Danach soll alles, was von Seiten der Verwaltung geschieht, um die Allgemeinheit oder nach objektiven Merkmalen bestimmte Personengruppen in den Genuss nützlicher Leistungen zu versetzen.¹⁸ Hierunter ließe sich durchaus auch die Wirtschaftsförderung subsummieren, wenn man die geförderten Marktteilnehmer als bestimmte Personengruppe iSd. v.g. Definition versteht. Letztendlich bedarf es vorliegend aber keiner Entscheidung, ob die Tätigkeit der TZM unter den Begriff der Daseinsvorsorge gefasst werden kann, da uE es sich bei der TZM jedenfalls um ein Non-Profit-Unternehmen handelt, bei dem nicht die Wirtschaftlichkeit, sondern die Erstellung bzw. Erbringung der gem. Unternehmensgegenstand maßgeblichen Leistungen im Vordergrund steht. Für diese Auffassung spricht, dass das OLG Rostock in der vorzitierten Entscheidung, ohne dass dies allerdings entscheidungserheblich war, auch für gemeinnützige Unternehmen die Maßgeblichkeit des

¹⁶ vgl. Leisner, WiVerw 2011, 55 ff.

¹⁷ vgl. BeckOK KommunalR Bayern/Lück, 9. Ed. 1.2.2021, GO Art. 87 Rn. 50 zur Gemeindeordnung des Freistaats Bayern.

¹⁸ vgl. Forsthoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 1973, zitiert nach BeckOK KommunalR Bayern/Lück, 9. Ed. 1.2.2021, GO Art. 87 Rn. 47.

Rekonstruktionswerts im Rahmen einer Unternehmensbewertung für möglich erachtet hat.

Damit handelt es sich bei TZM um ein Unternehmen mit nicht vorrangig finanzieller Zielsetzung.

3. Zu (4) – aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen Zwang zur Unternehmensfortführung?

Im Hinblick darauf, dass es sich bei der TZM um ein ertragsschwaches Unternehmen handelt, bei dem die Leistungserstellung handelt, kommt es auf die Klärung dieses Punktes nicht an.

4. Zwischenergebnis

Da es sich bei der TZM um ein ertragsschwaches Unternehmen handelt, bei dem die Leistungserstellung im Vordergrund steht, hat für das betriebsnotwendige Vermögen grundsätzlich der Ansatz eines Rekonstruktionswertes und für das nicht betriebsnotwendige Vermögen der Ansatz eines Liquidationswerts¹⁹ zu erfolgen. Im Hinblick darauf, dass das Vermögen der TZM weit überwiegend aus Liquidität besteht, die lediglich wertmäßig, allerdings nicht gegenständlich für den Betrieb der Gesellschaft notwendig ist und sich hieran auch nichts nach der geplanten Neuausrichtung der Gesellschaft ändern wird, ist für die Bestimmung des Gesamtwerts des Unternehmens der TZM weitestgehend der Liquidationswert anzusetzen. Der Ansatz eines objektivierten Unternehmenswerts (Zukunftserfolgswerts) kommt demgegenüber aufgrund der v.g. Ausrichtung der Gesellschaft weder auf Grundlage des IDW-S1 noch der einschlägigen Rechtsprechung im Rahmen der Ermittlung des Gesamtwerts des Unternehmens in Betracht.

¹⁹ vgl. IDW-S1 a.a.O. Rn. 152 letzter Satz.

5. Ermittlung des Gesamtwerts des Rekonstruktions- bzw. Liquidationswerts

Der Liquidationswert wird ermittelt als Barwert der Nettoerlöse, die sich aus der Veräußerung der Vermögensgegenstände abzüglich Schulden und Liquidationskosten ergeben. Dabei ist ggf. zu berücksichtigen, dass zukünftig entstehende Ertragsteuern diesen Barwert mindern.²⁰ Der Liquidationswert unterscheidet sich insoweit vom Rekonstruktionswert dadurch, dass es sich bei dem Substanzwert um den Gebrauchswert der betrieblichen Substanz handelt.

Der Substanzwert ergibt sich als Rekonstruktions- oder Wiederbeschaffungswert aller im Unternehmen vorhandenen immateriellen und materiellen Werte (und Schulden). Er ist insoweit Ausdruck vorgeleisteter Ausgaben, die durch den Verzicht auf den Aufbau eines identischen Unternehmens erspart bleiben. Dem Alter der Substanz ist durch Abschläge vom Rekonstruktionsneuwert Rechnung zu tragen, die sich aus dem Verhältnis der Restnutzungszeit zur Gesamtnutzungszeit der Vermögensteile bzw. aus dem Verhältnis des Restnutzungspotenzials zum Gesamtnutzungspotenzial ergeben (Rekonstruktionszeitwert). Aufgrund der Schwierigkeiten, die sich in der Praxis bei der Ermittlung nicht bilanzierungsfähiger, vor allem immaterieller Werte ergeben, wird i.d.R. ein Substanzwert i.S. eines (Netto-) Teilrekonstruktionszeitwerts ermittelt.²¹

Bezogen auf die TZM folgt hieraus Folgendes: In Bezug auf die Bewertung der Liquidität ergeben sich zwischen Rekonstruktions- und Liquidationswert keine Unterschiede. Sie ist stets mit dem Nennwert anzusetzen. Unterschiede ergeben sich nur in Bezug auf das betriebsnotwendige Anlagevermögen, das vorliegend aber weitestgehend nicht vorhanden ist sowie in Bezug auf die Liquidationskosten, die bei der Ermittlung eines Rekonstruktionswerts nicht in Ansatz zu bringen sind.

²⁰ vgl. IDW-S1 a.a.O. Rn. 141.

²¹ vgl. IDW-S1 a.a.O. Rn. 170.

Ausgehend hiervon kann für die Ermittlung des Gesamtwerts des Unternehmens der TZM auf die insoweit auf den 01.01.2021 fortzuschreibenden Ermittlungen der Atax zurückgegriffen werden.

III. Ermittlung des Anteilswerts der 11 %igen Beteiligung

Wie vorstehend unter Ziffer I ausgeführt, entspricht im Rahmen der indirekten Anteilsbewertung der Anteilswert grundsätzlich dem anteiligen Gesamtwert des Unternehmens, hier also dem anteiligen Liquidationswert, soweit nicht betriebsnotwendiges Vermögen vorliegt, sowie dem anteiligen Rekonstruktionswert bzgl. der restlichen Werte. Die quotale Aufteilung gilt allerdings nur mit der Maßgabe, dass sämtliche Anteile gleich ausgestattet sind, d.h. sämtliche Anteile die gleichen quotalen Rechte und Pflichten vermitteln. Dies ist Folge des sowohl im Personen- als auch Kapitalgesellschaftsrechts geltenden Grundsatzes, dass gleiche Bedingungen gleich zu behandeln sind und Gesellschafter ohne genügende sachliche Rechtfertigung nicht ungleich behandelt werden dürfen (Gleichbehandlungsgrundsatzes).²² Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass Unterschiede im Rechtsgehalt von Beteiligungen zu beachten sind.²³ Dementsprechend ist bei der Verteilung des Unternehmenswerts die unterschiedliche Ausstattung von Anteilen zu berücksichtigen.²⁴ Dies gilt namentlich dann, wenn bei Personen- oder Kapitalgesellschaften ein vom gesetzlichen Leitbild (der Gleichbehandlung) abweichender Verteilungsschlüssel für den Gewinn und/ oder den Liquidationserlös besteht.²⁵

Vorliegend enthält § 19 des Gesellschaftsvertrages in der Fassung vom 29.05.2002 (Anlage zu UR.-Nr. 0773/2002 L des Notars Dr. Wolfgang Litzenburger mit Amtssitz in Mainz) die Regelung, dass „*die ausschließlich von den Gesellschaftern finanzierten Ver-*

²² vgl. OLG Düsseldorf Beschl. v. 10.06.2009 – I-26 W 1/07 (AktE) zur Aktiengesellschaft; die Ausführungen gelten aber entsprechend für die GmbH; ebenso *Hüffer/Koch*, 15. Aufl. 2021 Rn. 4, AktG § 53a Rn. 4; *Großfeld* a.a.O. Rn. 1331.

²³ vgl. *Großfeld* a.a.O. Rn. 1331.

²⁴ vgl. BVerfG Beschluss vom 08.09. 1999 - 1 BvR 301/89, NJW-RR 2000, 842; OLG Düsseldorf Beschl. v. 10.06.2009 – I-26 W 1/07 (AktE).

²⁵ vgl. *Großfeld* a.a.O. Rn. 1343, 1345 f.

mögenswerte [...] im Falle der Liquidation der Gesellschaft vorab an diese Gesellschafter verteilt [werden]“ und sich „die Verteilung des verbleibenden Vermögens [...] nach § 72 GmbHG [richtet].“

Zu klären sind der Inhalt sowie die Reichweite der Regelung einschließlich deren Auswirkungen auf die Verteilung eines Liquidationserlöses (vgl. dazu nachfolgend Ziffer 1.) sowie die Auswirkung der Regelung auf die Anteilsbewertung (vgl. hierzu die Ausführungen unter nachfolgender Ziffer 2.) im Hinblick auf die Veräußerung des Biotechnikums und des insoweit durch die Gesellschaft realisierten Veräußerungserlöses in Höhe von 3.720.000,00 EUR. Klärungsbedürftig ist insoweit insbesondere, ob das Eigentum an dem Biotechnikum (genauer gesagt Berechtigung an dem Erbbaurecht sowie den aufstehenden Gebäuden) bzw. der nach dessen Veräußerung an dessen Stelle getretene Veräußerungserlös vom Anwendungsbereich der Regelung erfasst sind, namentlich, ob es sich bei dem Biotechnikum um einen ausschließlich von den Gesellschaftern finanzierten Vermögenswert handelte, und bejahendenfalls, welche Auswirkungen dies auf die Verteilung eines Liquidationserlöses sowie die zu beurteilende Bewertung des 11 %igen Anteils hat.

1. Bestimmung des Inhalts sowie der Reichweite der Regelung

Ihrem Wortlaut nach enthält § 19 Satz 1 der Satzung eine Ausnahme von der Regelung des § 72 GmbHG, wonach das nach Befriedigung der Verbindlichkeiten verbleibende Vermögen im Falle der Liquidation zwischen den Gesellschaftern entsprechend deren Beteiligung an der Gesellschaft zu verteilen ist. Hierfür spricht auch der Regelungszusammenhang mit § 19 Satz 2 des Gesellschaftsvertrages, wonach das verbleibende Vermögen – gemeint ist das nach Verteilung des Voraberrlöses verbleibende Vermögen – entsprechend der gesetzlichen Regelung quotaal zu verteilen ist.

Dem Wortlaut nach soll eine Vorab-Verteilung der ausschließlich von den Gesellschaftern finanzierten Vermögenswerte ausschließlich an diese erfolgen. Erfasst sind nach der Regelung also nicht sämtliche Vermögenswerte, sondern nur ausschließlich die von den

Gesellschaftern finanzierten. Da der in § 19 Satz 1 des Gesellschaftsvertrages verwendete Begriff der Finanzierung dort nicht näher definiert wird, bedarf dieser der Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB. Entsprechendes gilt für den Begriff „ausschließlich“.

a. Begriff der Finanzierung

Der Begriff Finanzierung wird im betriebswirtschaftlichen Sprachgebrauch als Maßnahme der Mittelbeschaffung und -rückzahlung zwischen Unternehmern und Kapitalgebern verstanden. Unterschieden wird insoweit zwischen Innen- und Außenfinanzierung und in Bezug auf die Außenfinanzierung darüber hinaus zwischen der Eigenfinanzierung (durch die Eigentümer) sowie Fremdfinanzierung durch Gläubiger.²⁶ Auf welchem Rechtsgrund eine Mittelbeschaffung beruht und mit welchen Bedingungen diese verbunden ist, ist für den Finanzierungsbegriff und somit die Qualifizierung einer bestimmten Zwecken dienenden Mittelbeschaffungsmaßnahme als Finanzierung eben dieses Zweckes unerheblich. Ausgehend hiervon ist unter Finanzierung der Gesellschafter iSd. § 19 Satz 1 des Gesellschaftsvertrages jede Anschaffung bzw. Herstellung eines Vermögenswerts zu verstehen, die mit Mitteln der Gesellschafter erfolgt ist.

Dieses ist in Bezug auf den Erwerb und die Herrichtung des Biotechnikums der Fall. In Höhe von 65 % erfolgte der Erwerb mit Fördermitteln des Landes und in Höhe von 35 % durch von der GVG bereitgestellte Darlehensmittel. Damit erfolgte der Erwerb zu 100 % durch die Gesellschafter. Ein Eigen- oder Fremdfinanzierungsanteil war ausweislich der Fördermittelbescheide vom 28.11.2002, 05.04.2004 sowie 29.09.2004 nicht gegeben.

Der Erwerb des Biotechnikums erfolgte damit auch ausschließlich durch die Gesellschafter, so dass in Bezug auf den Erwerb des Biotechnikums der Anwendungsbereich des § 19 Satz 1 des Gesellschaftsvertrages für eine von § 72 GmbHG abweichende Vorabverteilung eines etwaigen Liquidationserlöses gegeben ist.

²⁶ vgl. bspw. Gabler Wirtschaftslexikon, Onlineversion, <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/finanzierung-33079>.

b. Erstreckung des Anwendungsbereichs der Regelung zur Vorab-Verteilung auf den Veräußerungserlös

Ihrem Wortlaut nach erstreckt sich der Anwendungsbereich des § 19 Satz 1 des Gesellschaftsvertrages ausschließlich auf die durch die Gesellschafter finanzierten Vermögenswerte. Versteht man den Begriff des Vermögenswerts gegenständlich (d.h. als Synonym für den Begriff Vermögensgegenstand), wäre der im Falle der Verwertung eines durch die Gesellschafter finanzierten Vermögenswertes realisierte Verwertungserlös nicht mehr vom Anwendungsbereich der Regelung erfasst. Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn man den Begriff Vermögenswert iSd. Regelung weitergehend dahingehend auslegt, dass der Begriff wertmäßig zu verstehen ist und damit auch die Surrogate erfasst. Für letztgenanntes Verständnis spricht uE durchaus die gemeinsame Interessenslage aller Gesellschafter, da bei der Verteilung eines Liquidationserlöses in der Regel immer die Verteilung von Werten im Vordergrund steht. Etwas anderes mag für Fälle von Sachwertabfindungsklauseln und sog. Realteilungen gelten. Dafür, dass die Gesellschafter dies bei Aufnahme der Regelung des § 19 Satz 1 des Gesellschaftsvertrages im Auge hatten, liegen uns allerdings keine Anzeichen vor. Dementsprechend spricht viel dafür, dass der Begriff wertmäßig zu verstehen ist und somit auch einen Verkaufserlös als Surrogat erfasst. Versteht man den Begriff des Vermögenswertes hingegen gegenständlich, wäre das Surrogat nicht von der Regelung erfasst. Vielmehr würde der Gesellschaftsvertrag insoweit eine Regelungslücke aufweisen, wobei nichts dafür spricht, dass diese Lücke bewusst gewählt wurde. Vielmehr wäre von einer planwidrigen Lücke auszugehen, die unter Berücksichtigung der salvatorischen Klausel in § 22 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung aufzufüllen wäre. Insoweit käme im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung auch § 285 Abs. 1 BGB zur Anwendung. Danach kann ein Gläubiger für den Fall, dass dem Schuldner die Erfüllung einer Schuld objektiv oder subjektiv unmöglich geworden ist und dieser für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch erlangt, von dem Schuldner Herausgabe des als Ersatz Empfangenem oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen. Die Vorschrift stellt nach Auffassung der Rechtsprechung sowie Teilen der Literatur eine gesetzlich geregelte ergänzende Vertragsauslegung dar, die auf dem Gedanken beruht, dass sich der Verpflichtungswille des Schuldners zur Herausgabe einer Sache auch auf

die Übertragung eines infolge des Untergangs der Sache erhaltenen Surrogats bezieht.²⁷ Die Bestimmung will nach ihrem Regelungszweck die Vermögenswerte, die im Laufe wirtschaftlicher Vorgänge Personen zugeflossen sind, welchen sie nach den maßgebenden Beziehungen zu anderen Personen nicht zukommen, denjenigen zuführen, denen sie gebühren. Die Vorschrift ist dazu bestimmt, eine unrichtig gewordene tatsächliche Verteilung der Vermögenswerte auszugleichen. Es handelt sich um einen vom Gesetzgeber aus Erwägungen der Billigkeit und mit Rücksicht auf den vermuteten Parteiwillen in das Gesetz aufgenommenen Anspruch.²⁸

Bezogen auf die vorliegende Konstellation bedeutet dies, dass den durch die Regelung des § 19 Satz 1 des Gesellschaftsvertrages begünstigten Gesellschaftern (Land und GVG) nicht nur ein Anspruch auf Vorab-Verteilung des ausschließlich durch sie finanzierten Biotechnikums zustünde, sondern aufgrund dessen Verkaufs sich der Vorabberlösanspruch an dem Veräußerungserlös in Höhe von 3.720.000,00 fortsetzt. Ein solches Verständnis der Regelung erscheint auch interessensgerecht, da anderenfalls die Anwendbarkeit der Regelung von Zufälligkeiten abhängig wäre bzw. durch Vorabverwertung von Gegenständen außerhalb eines regulären Liquidationsverfahrens die Regelung umgangen werden könnte. Aus diesem Grund ist der Anwendungsbereich der Liquidationspräferenz zudem im Wege der ergänzenden Auslegung auf reguläre Gewinnausschüttungen zu erweitern, soweit diese eine Ausschüttung des aus dem Verkauf des Biotechnikums resultierenden Veräußerungsgewinns gerichtet sind bzw. zu Folge hätten.

2. Auswirkungen des Liquidationsvorrangs auf die Anteilsbewertung

Regelungen über eine vom gesetzlichen Leitbild abweichende Verteilung des Liquidationserlöses können sich auf den Wert einer Beteiligung auswirken.²⁹ Wie diese zu berechnen ist, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls. Zu berücksichtigen sind

²⁷ vgl. BGH, Urteil vom 09.09.2020 – VIII ZR 255/19 Rn. 30; BeckOK BGB/Lorenz, 57. Ed. 1.2.2021 Rn. 1, BGB § 285 Rn. 1

²⁸ vgl. BGH Urt. v. 09.09.2020 – VIII ZR 255/19, Rn. 30.

²⁹ vgl. Großfeld a.a.O. Rn. 1345 f.

insoweit der Bewertungsanlass sowie das anzuwendende Bewertungsverfahren. Der IDW-S1 enthält hierzu keine Empfehlungen.

Für den Fall der Ermittlung eines objektivierten Unternehmenswerts auf Basis zukünftiger finanzieller Überschüsse kann sich ein Liquidationsvorrang insbesondere bei Unternehmen mit begrenzter Lebensdauer auswirken, da dann bei einer ertragswertbezogenen Betrachtung der Barwert des Liquidationserlöses in die Berechnung des Ertragswerts einfließt. Bei Unternehmen mit unbegrenzter Lebensdauer wirkt sich dies (bei einer dem gesetzlichen Leitbild entsprechenden quotalen Gewinnverteilung) tendenziell nicht aus, da der Barwert des in „unendlicher Ferne“ zu erwartenden Liquidationsvorrangs gegen null tendiert.³⁰

Etwas anderes hat aber nach unserer Auffassung dann zu gelten, wenn kein objektivierter Unternehmenswert zu ermitteln ist, sondern – wie vorliegend - bei ertragsschwachen Unternehmen, bei denen die Leistungserbringung im Vordergrund steht, ein Rekonstruktions- und/ oder Liquidationswert. Da in diesen Fällen eine substanzwertbezogene Betrachtungsweise gilt, muss die Liquidationspräferenz unabhängig davon, ob tatsächlich eine Liquidation erfolgt, Berücksichtigung finden. Für den Fall der Berechnung eines Liquidationswerts liegt dies auf der Hand, da bei dessen Berechnung die (ggfls. nur hypothetische) Liquidation des Unternehmens Bewertungsmaxime darstellt. Ob dies grundsätzlich auch für den Fall der Ermittlung eines Rekonstruktionswerts gelten muss, kann vorliegend dahingestellt bleiben, da aufgrund folgender ergänzender Erwägungen auf jeden Fall eine Berücksichtigung des Liquidationsvorrangs geboten ist:

Zum einen wirkt der Liquidationsvorrang vorliegend nicht nur für den Fall der Liquidation, sondern auch für etwaige Gewinnausschüttungen, sofern diese auf eine Auskehr des Vermögenswertes gerichtet sind, auf den sich der Liquidationsvorrang bezieht, hier den Veräußerungserlös aus dem Verkauf des Biotechnikums, s.o. Zum anderen liegt der Ermittlung des Rekonstruktionswerts keine ertragswertbezogene, sondern substanzwertbezogene Betrachtungsweise zugrunde. Aufgrund der Liquidationspräferenz kommt den

³⁰ vgl. Großfeld a.a.O. Rn. 1346.

Anteilen dieser Substanzwert vorliegend allerdings nicht anteilig zugute, sondern nur in der durch den Gegenwert des Liquidationsvorrangs geminderten Höhe. Hinzu kommt, dass der Veräußerungserlös sich in Liquidität widerspiegelt, die nicht betriebsnotwendig ist und deshalb bei Ermittlung des Rekonstruktionswerts mit dem Liquidationswert angesetzt wird. Dass der Wert des Liquidationsvorrangs bei der Ermittlung des Anteilswerts vom Rekonstruktionswert des Unternehmens vorab in Abzug zu bringen ist, wird auch durch die aus Sicht des Landes maßgebliche Kontrollüberlegung bestätigt, dass ein Investor in einer vergleichbaren Situation nicht zur Zahlung eines anteiligen (nicht um den Wert des Liquidationsvorrangs geminderten) Rekonstruktionswerts bereit wäre, da er damit den Liquidationsvorrang aufgeben würde und wirtschaftlich dem Veräußerer einen Wert vergüten würde, der ihm aufgrund der Liquidationspräferenz ohnehin bereits wirtschaftlich zusteht.

Dementsprechend ist dem aus § 19 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags folgendem Liquidationsvorrangs bei der Anteilsbewertung dergestalt Rechnung zu tragen, dass der Wert des Liquidationsvorrangs von dem Rekonstruktionswert des Unternehmens in Abzug zu bringen ist und der Anteilswert sich allein aus dem nach Abzug dieses Wertes verbleibenden Unternehmenswert errechnet.

Im Hinblick darauf, dass das Darlehen der GVG bereits vor der Veräußerung des Grundbesitzes vollständig getilgt worden ist, ist der Finanzierungsanteil der GVG bei der Berechnung des Liquidationsvorrangs nicht mehr zu berücksichtigen. Der Liquidationsvorteil beschränkt sich auf den Finanzierungsanteil des Landes, der sich auf insgesamt 4.281.759,13 EUR belief, und ist damit im Ergebnis auf den Betrag des Veräußerungserlöses in Höhe von 3.720.000,00 EUR begrenzt.

3. Konkrete Berechnung des Anteilswerts

Für die konkrete Berechnung des Anteilswerts für eine 11 %ige Beteiligung an der TZM gilt somit Folgendes:

Ausgangspunkt der Berechnung bildet der von der Atax per 31.12.2019/ 01.01.2020 ermittelte Rekonstruktionswert iHv. 3.933.951,33 EUR. Da die Atax bei der Berechnung dieses Betrages nicht den endgültigen Jahresüberschuss per 31.12.2019 in Ansatz gebracht hat, sondern lediglich einen auf einer Hochrechnung beruhenden Betrag, ist der Rekonstruktionswert zunächst um den Differenzbetrag zwischen prognostizierten und endgültigen Jahresüberschuss per 31.12.2019 zu korrigieren. Fernerhin ist von diesem Betrag der Jahresfehlbetrag 2020 in Abzug zu bringen. Der Zwischenwert entspricht dem Rekonstruktionswert per 01.01.2021. Von dem per 01.01.2021 ermittelten Rekonstruktionswert ist sodann der Wert des dem Land im Falle einer Liquidation gem. § 19 Satz 1 des Gesellschaftsvertrages zustehende Voraberbös in Abzug zu bringen. Der sich hiernach ergebende Restbetrag stellt den Wert da, an dem alle Gesellschafter entsprechend ihrer Beteiligung zu gleichen Teilen beteiligt sind, so dass dieser zugleich auch Ausgangsgröße für die Bestimmung des 11 %igen Anteilswerts darstellt.

Hieraus leitet sich folgendes Berechnungsschema ab:

Unternehmenswert gem. Berechnung der Atax auf Basis des prognostizierten Eigenkapitals per 31.12.2019	3.933.951,33 EUR
abzgl. des Differenzbetrages zwischen prognostizierten und endgültigem Jahresüberschuss per 31.12.2019	
abzgl. Jahresfehlbetrag 2020	
abzgl. Betrag des Verkaufserlöses des Biotechnikums	<u>./. 3.720.000,00 EUR</u>
Zwischenergebnis	
davon 11 %	<u>EUR</u>

Unter Zugrundelegung der sich aus dem Wirtschaftsplan 2021 ergebenden Angaben – die der Verifizierung anhand der geprüften Jahresabschlüsse bedürfen - errechnet sich damit folgender Anteilswert:

Unternehmenswert gem. Berechnung der Atax auf Basis des prognostizierten Eigenkapitals per 31.12.2019	3.933.951,33 EUR
abzgl. des von Atax prognostizierten Jahresüberschusses per 31.12.2019	./. 2393.250,61 EUR
zzgl. Jahresüberschuss 2019 gem. Angabe im Wirtschaftsplan 2021	2.095.481,62 EUR
abzgl. Jahresfehlbetrag 2020 gem. Hochrechnung laut Wirtschaftsplan 2021	<u>./. 201.708,25 EUR</u>
Zwischenergebnis	3.434.474,09 EUR
abzgl. 100 % des Verkaufserlöses des Biotechnikums	<u>./. 3.720.000,00 EUR</u>
Zwischenergebnis	. /. 285.525,91 EUR
davon 11 %	<u>./. 31.407,85 EUR</u>

IV. Gestaltungsempfehlung

Losgelöst von der Bewertungsthematik sind unseres Erachtens im Rahmen der Umsetzung der geplanten Veränderung der Anteilsverhältnisse folgende beiden Punkte zu beachten:

1. Anpassung des Gesellschaftsvertrages

Zum einem ist zu beachten, dass sich der aus § 19 des Gesellschaftsvertrages ergebende Liquidationsvorrang nicht nur bei der geplanten Aufstockung der Landesbeteiligung um 11 % auswirkt, sondern auch im Falle etwaig späterer Anteilsübertragungen oder aber einer späteren Liquidation zugunsten des Landes zu berücksichtigen ist. Zur Vermeidung späterer Unklarheiten in diesem Punkt erscheint es insoweit ratsam, im Zuge der nach unserem Kenntnisstand ohnehin geplanten Anpassung des Gesellschaftsvertrages der TZM den Liquidationsvorrang in § 19 präziser zu formulieren bzw. auch wertmäßig festzuschreiben. Dies schließt auch eine Anpassung der Gewinnverteilungsregelung dergestalt mit ein, dass im Rahmen von etwaigen Gewinnverteilungen, der Liquidationsvorrang Beachtung findet.

2. Durchführung einer Kapitalerhöhung anstelle einer Anteilsübertragung

Zum anderen halten wir es für empfehlenswert für die Anpassung der Anteilsverhältnisse anstelle der geplanten Anteilsveräußerung den Weg der Kapitalerhöhung zu wählen. Dies aus folgenden Gründen:

Nach der im Sachverhalt skizzierten geplanten zukünftigen Ausrichtung der Gesellschaft wird es sich bei der Gesellschaft auch zukünftig um ein Unternehmen mit nicht vorrangig finanzieller Zielsetzung handeln. So sind bspw. keine Gewinnausschüttungen geplant. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Gesellschaft zur Verwirklichung ihres Unternehmenszwecks auch in Zukunft auf die Gewährung von Fördermitteln zur Finanzierung von Investitionen sowie von Jahresfehlbeträgen angewiesen sein wird, Im Falle der Umsetzung der geplanten Anpassung der Beteiligungsverhältnisse durch eine Kapitalerhöhung könnte zum einen die finanzielle Situation der Gesellschaft verbessert werden. Zum anderen könnte in Höhe des Betrages der Kapitalerhöhung die Gewährung von Fördermitteln untererbleiben.

Ausgangspunkt für die Bestimmung der Wertrelationen für die Durchführung der Kapitalerhöhung hätte in diesem Fall ebenfalls der Anteilswert zu bilden. Ausgehend davon, dass der Anteilswert aufgrund des zugunsten des Landes bestehenden Liquidationsvorrangs negativ ist bzw. (für den Fall, dass man das Geschäftsjahr 2019 als Bezugsjahr für die Bewertung wählt) allenfalls in einer Größenordnung von nahe Null liegt, müsste die Kapitalerhöhung zum Nominalwert und im Übrigen mit der Maßgabe erfolgen, dass der Liquidationsvorrang auf den Kapitalerhöhungsbetrag erweitert wird, dh. im Zuge der unter Ziffer 1 dargelegten Satzungsänderung der Liquidationsvorrang in § 19 der Satzung auf den Kapitalerhöhungsbetrag erweitert wird.

V. Haushaltsrechtliche und kommunalrechtliche Vorgaben

1. Haushaltsrechtliche Vorgaben für die bei Erwerb von Vermögensgegenständen durch das Land zu beachtenden Werte

§ 65 LHO enthält zwar Regelungen dazu, unter welchen Voraussetzungen sich das Land an der Gründung eines Unternehmens in einer Rechtsform des privaten Rechts oder an einem bestehenden Unternehmen in einer solchen Rechtsform beteiligen darf. Die Vorschrift regelt jedoch nicht, welche wirtschaftlichen Bedingungen insoweit zu beachten sind. Insbesondere enthält § 65 LHO keine Vorgaben dafür, auf welcher Basis eine Kaufpreisermittlung zu erfolgen hat. Letztendlich gelten insoweit die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, vgl. §§ 6 Abs. 1 HGrG, 7 Abs. 1 LHO. Diese sind sowohl bei der Aufstellung als auch der Ausführung eines Haushaltsplans zu beachten. Sie verpflichten alle staatlichen Stellen und sollen letztendlich die bestmögliche Nutzung der öffentlichen Ressourcen sichern.³¹ Das Wirtschaftlichkeitsprinzip verlangt, dass der Staat mit einem bestimmten Mitteleinsatz das bestmögliche Ergebnis erzielt (Maximalprinzip) oder ein bestimmtes Ergebnis mit dem geringstmöglichen Mitteleinsatz erreicht (Minimalprinzip). Das Gebot der Wirtschaftlichkeit fordert also das günstigste Verhältnis von eingesetzten Mitteln und erstrebtem Zweck (Minimax-Prinzip; Optional-Prinzip). Es enthält sowohl die (in der amtlichen Überschrift ausdrücklich erwähnte) Sparsamkeit (Minimalprinzip) als auch die (dort nicht genannte) Ergiebigkeit (Maximalprinzip).³²

Jedenfalls ein nach den vorstehenden Grundsätzen ermittelter Anteilswert genügt den Vorgaben der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit.

Eine andere Frage ist, ob § 7 LHO der Vereinbarung eines oberhalb des Anteilswertes liegenden Kaufpreises für den Fall entgegensteht, dass die GVG eine Veräußerung der 11 % igen Beteiligung den Verkauf zu einem nur symbolischen Kaufpreis von € 1,00 ablehnen sollte, mit anderen Worten der Einigungswert (subjektiver Unternehmenswert) oberhalb des Rekonstruktions- bzw. Liquidationswertes liegen sollte. Soweit ersichtlich

³¹ vgl. von Lewinski/Burbaat HaushGrG, 1. Aufl. 2013, HGrG § 6 Rn. 2.

³² vgl. von Lewinski/Burbaat a.a.O Rn. 4.

setzen sich weder die Rechtsprechung noch das einschlägige juristische Schrifttum mit dieser Fragestellung ausdrücklich auseinander. Auch die zu § 7 BHO/ LHO ergangenen Verwaltungsvorschriften des Bundes bzw. des Landes Rheinland-Pfalz enthalten hierzu keine einschlägigen Regelungen. Letztere enthalten allerdings allgemeine Bestimmungen zum Grundsatz der Wirtschaftlichkeit. Insoweit bestimmt Ziffer 2. VV-BHO zu § 7, dass bei allein finanzwirksamen Maßnahmen – hierzu zählt auch der entgeltliche Erwerb von Geschäftsanteilen – eine sog. Wirtschaftlichkeitsuntersuchung durchzuführen ist. Nach Ziffer 2.1. VV-BHO zu § 7 müssen Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen u.a. auch mindestens Aussagen zu folgenden Teilaspekten beinhalten:

- Analyse der Ausgangslage und des Handlungsbedarfs,
- Ziele, Prioritätsvorstellungen und mögliche Zielkonflikte,
- relevante Lösungsmöglichkeiten, und deren Nutzen und Kosten (einschließlich Folgekosten), auch soweit sie nicht in Geld auszudrücken sind,
- finanzielle Auswirkungen auf den Haushalt,
- Eignung der einzelnen Lösungsmöglichkeiten zur Erreichung der Ziele unter Einbeziehung der rechtlichen, organisatorischen und personellen Rahmenbedingungen unter Berücksichtigung der Risiken und der Risikoverteilung

Unmittelbar relevante Feststellungen zu der vorliegenden Fragestellung lassen sich den vorzitierten Passagen der Verwaltungsvorschriften nicht entnehmen. Entsprechendes gilt für deren Konkretisierung in Anlage zur VV Nr. 2.3 zu § 7 BHO (Arbeitsanleitung „Einführung in Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen“; Rundschreiben des BMF vom 12. Januar 2011 – IIA3 – H 1012 – 10/08/10004 (2011/0016585)). Den Verwaltungsvorschriften kann allerdings in allgemeiner Form entnommen werden, dass im Rahmen der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit stets auch eine Prüfung der Zweck-Mittel-Relation zu erfolgen hat, d.h. Prüfung, welche finanzieller Mitteleinsatz erforderlich ist, um die angestrebten Ziele zu erreichen. Dies deckt sich auch mit entsprechenden Äußerungen im einschlägigen juristischen Schrifttum. Danach soll zu beachten sein, dass der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit ein formales Prinzip darstellt, das zwar geeignet ist, die Art der Durchführung einer bestimmten staatlichen Aufgabe zu charakterisieren, das aber selbst keine Aussagen zu den dahinterstehenden Zielen und Beweggründen gestattet. Vor diesem Hintergrund

wird im juristischen Schrifttum die Auffassung vertreten, dass das Wirtschaftlichkeitsgebot als ökonomisches Prinzip nur dann sinnvoll ist, wenn es in Relation zu einem bestimmten Ziel gesetzt wird und dann danach gefragt wird, mit welchem Mittelaufwand dieses Ziel erreicht werden kann.³³ Aus diesem Grund soll der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit nicht als starre, regelhafte Aussage, die keiner Abwägung zugänglich wäre, verstanden werden; vielmehr soll es um Optimierung im Einzelfall unter Beachtung externer Abwägungsparameter gehen, wobei im Einzelnen zu prüfen sei, welche Ziele mit welchen Maßnahmen verfolgt werden.³⁴ Nach dieser Lesart handelt es sich bei dem Maßstab der Wirtschaftlichkeit um eine spezifische Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips in finanz- und haushaltsrechtlicher Ausprägung.³⁵ Zugleich wird in der Literatur in diesem Zusammenhang auch darauf verwiesen, dass das Wirtschaftlichkeitsprinzip unbeschadet seiner prinzipiellen Verbindlichkeit einen unbestimmten Rechtsbegriff darstellt, der nicht zwingend eindeutige Schlussfolgerungen gestattet, sondern einen – nur begrenzt justitiablen – Beurteilungsspielraum eröffnet, dessen Grenzen erst dann erreicht sein dürften, wenn die Entscheidung offensichtlich unvertretbar erscheint.³⁶ Schwarz hält es in diesem Zusammenhang für vertretbar, die Grundsätze der verwaltungsgerichtlichen Planungskontrolle, wonach die für die Entscheidung zuständigen Stellen zunächst gehalten sind, alle für die Abwägung maßgeblichen Faktoren zu ermitteln, dann zu gewichten und dann eine – dann aber nur begrenzt nachprüfbar – Abwägungsentscheidung vorzunehmen, auf die Anwendung des Wirtschaftlichkeitsprinzips zu übertragen. Schwarz hält es insofern auch für grundsätzlich zulässig, *„dass ein Kauf zu einem höheren Preis als dem [gutachterlich] festgestellten Wert jedenfalls dann grundsätzlich zulässig sein dürfte, wenn dies sowohl dem Grund als auch der Höhe nach zur Erfüllung einer bestimmten Aufgabe notwendig ist und dies auch entsprechend begründet werden kann“*. Begründet wird dies von ihm mit einem Umkehrschluss aus der Regelung des § 63 Abs. 3 LHO, die zwar das grundsätzliche Gebot enthält, dass Vermögenswerte nur zu

³³ vgl. Schwarz, NordÖR 2018, 416, 418; Gröpl, in: ders. (Hrsg.), BHO/ LHO 2. Auflage 2019, § 7 BHO/ LHO Rn. 10.

³⁴ vgl. Schwarz, a.a.O.; Gröpl a.a.O. Rn. 12.

³⁵ wie vor; ferner auch: VerfGH NRW, Urt. v. 02.09.2003 – VerfGH 6/02, DÖV 2004, S. 121.

³⁶ vgl. Schwarz, a.a.O.; ebenso Gröpl a.a.O.

ihrem vollen Wert veräußert werden dürfen, allerdings Ausnahmen für den Fall des Vorliegens eines dringenden Landesinteresses zulässt. Wenn aber bei einem dringenden Landesinteresse Verkäufe unter Wert zulässig sind, d.h. in diesem Fall aus den dringenden Landesinteressen eine Störung des Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung zugelassen wird, muss dies auch für den umgekehrten Fall des Erwerbs zu einem erhöhten Preis als dem Verkehrswert gelten, wenn hierfür ein Landesinteresse besteht.

Im Ergebnis hat damit entsprechend der sich aus den Verwaltungsvorschriften für § 7 LHO ergebenden Vorgaben (vgl. hierzu Ziffer 2.1. f. VV-BHO zu § 7) eine Wirtschaftlichkeitsuntersuchung zu erfolgen. Im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung hat sodann auch die Verhältnismäßigkeitsprüfung einschließlich der Abwägung der Zweck-Mittel-Relation zu erfolgen. Hierbei kann unseres Erachtens auch folgenden Überlegungen Rechnung getragen werden:

- Zunächst könnte unseres Erachtens dem Umstand Rechnung getragen werden, dass zwischen den Beteiligten ursprünglich eine Übertragung der Geschäftsanteile bereits mit Wirkung zum 01.01.2020 abgestimmt war, mithin der 01.01.2020 der Anteilsbewertung als Stichtag zugrunde gelegt werden sollte. In diesem Fall aber würde der Jahresfehlbetrag 2020 den Rekonstruktionswert nicht mindern und es ergäbe sich aufgrund des vorläufigen Zahlenwerks lediglich noch ein in geringer Höhe negativer Kaufpreis der sich gemessen am Gesamtwert des Unternehmens in einer Größenordnung nahe Null bewegt hätte.
- Aufgrund der gesellschaftsvertraglichen Regelungen verfügt das Land nicht über die für eine Beschlussfassung über eine etwaige Liquidation der Gesellschaft erforderliche Mehrheit von mindestens 75 % der Stimmen und kann damit nicht gegen den Willen eine Auskehr des Liquidationserlöses unter Berücksichtigung des Liquidationsvorrangs zugunsten des Landes durchsetzen. Insoweit ließe sich zwar durchaus mit Verweis auf die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht die Auffassung vertreten, dass für die GVG und die Stadt Mainz eine Verpflichtung zur Mitwirkung an einer Liquidation besteht. Im Zweifelsfall müsste dies aber prozessual durchgesetzt werden, womit nicht nur ein nicht unerhebliches Prozessrisiko, sondern auch eine Ver-

zögerung verbunden wäre, währenddessen dem Land kein Zugriff auf den Liquidationserlös zwecks Rekonstruktion der Gesellschaft über einen neuen Rechtsmantel möglich wäre.

- Fernerhin bestünde in diesem Fall das Risiko, dass die Stadt Mainz bzw. die GVG nicht bereit wären, sich an der Neugründung sowie der laufenden Finanzierung des neugegründeten Unternehmens zu beteiligen.
- Schließlich verbleibt für das Land losgelöst davon, dass wir die Ausführungen in unserer Stellungnahme in Bezug auf den Liquidationsvorrang für belastbar erachten und gute Chancen sehen, dies erforderlichenfalls auch erfolgreich gerichtlich durchzusetzen, ein Prozessrisiko, dass ein etwaig zur Entscheidung berufenes Gericht sich selbst im Falle eines einvernehmlichen Liquidationsbeschlusses nicht der Argumentation in Bezug auf die Auslegung des § 19 des Gesellschaftsvertrages anschließt und dem Land lediglich einen dessen Beteiligung an der Gesellschaft entsprechenden prozentualen Teil des Liquidationserlöses zuspricht.

Diese Überlegungen können unseres Erachtens durchaus in die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung einfließen und im Ergebnis einen Kaufpreis rechtfertigen, der sich zwischen dem nach vorstehenden Ausführungen ermittelten endgültigen Anteilswert sowie dem ohne Berücksichtigung des Liquidationsvorrangs ermittelten anteiligen Unternehmenswert liegt. Unseres Erachtens sollte insoweit aber im Rahmen der Kaufpreisverhandlungen eher kein ein über dem Nennwert der Geschäftsanteile liegender Wert akzeptiert werden.

2. Kommunalrechtliche Vorgaben für die Veräußerung von Gemeindevermögen

Insoweit bestimmt § 79 Satz 3 GemO, dass eine Veräußerung von Gemeindevermögen grundsätzlich zum Verkehrswert zu erfolgen hat. Die Regelung findet allerdings auf die GVG nicht unmittelbar Anwendung. Als 100 %ige Tochtergesellschaft der Stadt Mainz hat diese aber ebenso wie das Land sowie die Stadt Mainz die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten. Der unter Berücksichtigung dieser Stellungnahme ermittelte Anteilswert für die 11 %ige Beteiligung genügt diesen Vorgaben, siehe oben. Entsprechendes würde aus Sicht der GV selbstverständlich für den Fall der Vereinbarung eines höheren Kaufpreises gelten.

D. Zusammenfassung

- 1) Die von der Atax für die Bewertung der 11 %igen Beteiligung an der TZM gewählte Methode der indirekten Anteilsbewertung, dh. Herleitung des Anteilswert aus dem Gesamtwert des Unternehmens, ist nicht zu beanstanden.
- 2) Gleichfalls ist die von der Atax erfolgte Gesamtbewertung unter Zugrundelegung des sog. Rekonstruktionswerts nicht zu beanstanden, da es sich bei der TZM um ein ertragsschwaches Unternehmen handelt, das vorrangig der Leistungserstellung, nämlich der Wirtschaftsförderung, dient. Der auf den 01.01.2020 ermittelte Rekonstruktionswert bedarf der Fortschreibung auf den 01.01.2021. Hierzu bedarf es der Ermittlung der endgültigen Jahresfehlbeträge für 2019 und 2020. Dies sollte auf Basis der geprüften Jahresabschlüsse der Gesellschaft erfolgen.
- 3) Aufgrund der in § 19 des Gesellschaftsvertrages enthaltenen Regelung, wonach die ausschließlich von den Gesellschaftern finanzierten Vermögensgegenstände im Falle einer Liquidation der Gesellschaft vorrangig an diese Gesellschafter zu verteilen ist, käme dem Land, das den Erwerb des Biotechnikums durch Fördermittel in einen den Erlös aus der Veräußerung des Biotechnikums übersteigenden Höhe finanziert hat, bis zu dem Betrag des Veräußerungserlöses (3.720.000,00 EUR) ein Anspruch auf vorrangige Befriedigung aus einem Liquidationsüberschuss (Liquidationsvorrang).
- 4) Diesem Liquidationsvorrang ist im Rahmen der Anteilsbewertung dadurch Rechnung zu tragen, dass von dem zum Übertragungstichtag zu ermittelnden Rekonstruktionswert des Unternehmens ein Betrag in Höhe des Veräußerungserlöses von 3.720.000,00 in Abzug zu bringen ist und sich der Anteilswert nur nach dem nach Abzug verbleibenden quotalen Rekonstruktionswert bestimmt wird.
- 5) Aufgrund unserer vorläufigen Berechnungen beläuft sich der Anteilswert für eine 11 %ige Beteiligung an der TZM per 01.01.2021 auf einen Betrag in Höhe von vorläufig **./i. 31.407,85 EUR**.

- 6) Ein nach den vorstehenden Grundsätzen ermittelter Anteilswert genügt den Vorgaben der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. Soweit der endgültige Anteilswert dem vorläufigen Anteilswert entspricht, wäre es aus unserer Sicht mit den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit durchaus noch vereinbar, einen symbolischen Kaufpreis in Höhe von 1,00 EUR als Einigungswert (sog. subjektiver Anteilswert) mit der Begründung zu vereinbaren, dass ursprünglich zwischen den Beteiligten eine Übertragung der Geschäftsanteile bereits in 2020 erfolgen sollte und damit der Anteilsbewertung der 01.01.2020 als Stichtag zugrunde gelegen hätte. Dann aber würde der Jahresfehlbetrag 2020 den Rekonstruktionswert nicht mindern und es ergäbe sich aufgrund des vorläufigen Zahlenwerks ein Kaufpreis in einer Größenordnung nahe Null. Auch halten wir es für vertretbar, wenn im Rahmen der haushaltsrechtlich gebotenen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung den unter Ziffer C.V.1. genannten Gesichtspunkten Rechnung getragen wird und auf dieser Basis die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung dazu führt, dass auch ein oberhalb des nach den dargelegten Grundsätzen ermittelten Anteilswertes liegender Wert als Kaufpreis (sog. Einigungswert) vereinbart werden darf. Ein Betrag, der die Höhe des Nennwerts der Geschäftsanteile übersteigt, erscheint insoweit aber nur sehr schwerlich vertretbar.
- 7) Zu beachten ist, dass sich der aus § 19 des Gesellschaftsvertrages ergebende Liquidationsvorrang nicht nur bei der geplanten Aufstockung der Landesbeteiligung um 11 % auswirkt, sondern auch im Falle etwaig späterer Anteilsübertragungen oder aber einer späteren Liquidation zugunsten des Landes zu berücksichtigen ist. Zur Vermeidung späterer Unklarheiten in diesem Punkt erscheint es insoweit ratsam, im Zuge der nach unserem Kenntnisstand ohnehin geplanten Anpassung des Gesellschaftsvertrages der TZM den Liquidationsvorrang in § 19 präziser zu formulieren bzw. auch wertmäßig festzuschreiben. Dies schließt auch eine Anpassung der Gewinnverteilungsregelung dergestalt mit ein, dass im Rahmen von etwaigen Gewinnverteilungen, der Liquidationsvorrang Beachtung findet.

- 8) Angesichts der nach dem Willen der Gesellschafter im Sachverhalt skizzierten geplanten zukünftigen Ausrichtung der Gesellschaft und dem hieraus folgenden Umstand, dass es sich bei dem TZM auch zukünftig um ein Unternehmen mit nicht vorrangig finanzieller Zielsetzung handeln wird, d.h. namentlich keine Gewinnausschüttungen geplant ist, sondern davon auszugehen ist, dass die Gesellschaft zur Verwirklichung ihres Unternehmenszwecks auch in Zukunft auf die Gewährung von Fördermitteln zur Finanzierung von Investitionen sowie von Jahresfehlbeträgen angewiesen sein wird, halten wir es für empfehlenswert, die geplante Veränderung der Anteilsverhältnisse zugunsten des Landes nicht über eine Anteilveräußerung umzusetzen, sondern den Weg der Barkapitalerhöhung zu wählen. Hierdurch wird die finanzielle Situation der Gesellschaft verbessert und in Höhe des Betrages der Kapitalerhöhung die Gewährung von Fördermitteln vermieden. Ausgangspunkt für die Bestimmung der Wertrelationen für die Durchführung der Kapitalerhöhung hätte in diesem Fall ebenfalls der Anteilswert zu bilden. Ausgehend davon, dass der Anteilswert aufgrund des zugunsten des Landes bestehenden Liquidationsvorrangs negativ ist bzw. (für den Fall, dass man das Geschäftsjahr 2019 als Bezugsjahr für die Bewertung wählt) allenfalls in einer Größenordnung von nahe Null liegt, müsste die Kapitalerhöhung zum Nominalwert und im Übrigen mit der Maßgabe erfolgen, dass der Liquidationsvorrang auf den Kapitalerhöhungsbetrag erweitert wird.
- 9) Vorstehende Feststellungen beruhen auf dem angegebenen Sachverhalt. Sie stehen unter dem Vorbehalt, dass sich insoweit keine wesentlichen Veränderungen ergeben.

Bonn, 18.08.2021


Jochen Eberhard
Rechtsanwalt
Steuerberater