

Wirtschaftsstabilisierungsfondsgesetz (WStFG)

Becker / Heyder / Paudtke

2021

ISBN 978-3-406-76011-2

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

nehmen der Primärproduktion landwirtschaftlicher Erzeugnisse nicht übersteigen.⁵⁸

Eine Kombination der verschiedenen in dem Befristeten Beihilfenrahmen genannten Maßnahmen ist möglich. Beihilfen nach Abschnitt 3.2. dürfen nicht mit Beihilfen nach Abschnitt 3.3. für dasselbe zugrunde liegende Darlehen kombiniert werden.⁵⁹ Sie dürfen allerdings für unterschiedliche Darlehen kombiniert werden, sofern der Gesamtdarlehensbetrag je Unternehmen die in lit. d. des jeweiligen Abschnitts des Befristeten Beihilfenrahmens genannten Obergrenzen nicht übersteigen.⁶⁰ Ein Beihilfempfangener kann im Rahmen mehrerer auf der Grundlage des Abschnitts 3.2. gewährter Maßnahmen Beihilfen erhalten, sofern der Gesamtdarlehensbetrag je Empfänger die unter lit. d. und e. genannten Obergrenzen nicht übersteigt.⁶¹ Darüber hinaus ist zu beachten, dass sämtliche nach Abschnitt 3.1. gewährten Zuschüsse die Grenze von 800.000 EUR nicht überschreiten dürfen. Zudem weist die Kommission darauf hin, dass bei einer Kombination mit anderen Beihilfen die Grenzwerte der AGVO und der De-Minimis-VO eingehalten werden müssen.⁶²

Die grundlegenden Fördervoraussetzungen der Sonderprogramme der KfW, insbesondere der Ausschluss von Unternehmen, die bereits vor dem 01.01.2020 in Schwierigkeiten waren, sind daher bereits in dem Befristeten Beihilfenrahmen festgelegt.⁶³

⁵⁸ Mitteilung der Kommission vom 19.3.2020 „Befristeter Rahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19“, C(2020) 1863 final Rn. 23; Mitteilung der Kommission vom 3.4.2020 „Änderung des Befristeten Rahmens für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19“, C(2020) 2215 final Rn. 13.

⁵⁹ Mitteilung der Kommission vom 19.3.2020 „Befristeter Rahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19“, C(2020) 1863 final Rn. 24a; Mitteilung der Kommission vom 13.5.2020 „Änderung des Befristeten Rahmens für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19“, C(2020) 3156 final Rn. 25.

⁶⁰ Mitteilung der Kommission vom 19.3.2020 „Befristeter Rahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19“, C(2020) 1863 final Rn. 20, 24a; Mitteilung der Kommission vom 3.4.2020 „Änderung des Befristeten Rahmens für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19“, C(2020) 2215 final Rn. 11; Mitteilung der Kommission vom 13.5.2020 „Änderung des Befristeten Rahmens für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19“, C(2020) 3156 final Rn. 25.

⁶¹ Mitteilung der Kommission vom 19.3.2020 „Befristeter Rahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19“, C(2020) 1863 final Rn. 24a; Mitteilung der Kommission vom 13.5.2020 „Änderung des Befristeten Rahmens für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19“, C(2020) 3156 final Rn. 25, 29.

⁶² Mitteilung der Kommission vom 19.3.2020 „Befristeter Rahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19“, C(2020) 1863 final Rn. 20; Mitteilung der Kommission vom 3.4.2020 „Änderung des Befristeten Rahmens für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19“, C(2020) 2215 final Rn. 11.

⁶³ *Möhlenkamp* BB 2020, 904 (905).

16 **b) Exkurs: „Unternehmen in Schwierigkeiten“ nach AGVO.** Die in allen deutschen Förderprogrammen in der Corona-Pandemie enthaltene Voraussetzung, dass eine Förderung von Unternehmen ausgeschlossen ist, die sich bereits am 31.12.2019 in Schwierigkeiten befanden, wird sich als ein zentrales Ausschlusskriterium herausstellen. So hat sich die KfW gezwungen gesehen, dieses Ausschlusskriterium in mehrfachen Aktualisierungen ihrer Merkblätter immer deutlicher hervorzuheben. Auch in der Literatur hat dieser Ausschlussgrund unmittelbare Kritik hervorgerufen.⁶⁴ Aus diesem Grund soll dieses Merkmal bereits hier in einem Exkurs vertieft behandelt werden.

17 **aa) Kritik der Literatur am Beihilfenregime der Kommission in der Corona-Pandemie.** Zum Teil wird es als politisch motivierte Entscheidung angesehen, dass die Bundesregierung die Kommission von den deutschen Beihilfeprogrammen im Rahmen des Befristeten Beihilfenrahmens notifiziert hat. Denn es handele sich bei der Corona-Pandemie um ein mit einer Naturkatastrophe vergleichbares Ereignis im Sinne des Art. 107 Abs. 2 lit. b AEUV, bei dem Beihilfen auch ohne Genehmigung der Kommission und ohne den Ausschluss von Unternehmen in Schwierigkeiten mit dem Binnenmarkt vereinbar seien.⁶⁵

18 Zudem sei eine Einschränkung der Gewährung von Beihilfen an Unternehmen in Schwierigkeiten weder in der primärrechtlichen Vorschrift des Art. 107 Abs. 3 lit. b AEUV noch in den sekundärrechtlichen Bestimmungen der AGVO vorgesehen, die gem. Art. 1 Abs. 1 AGVO nicht auf solche Beihilfen anwendbar ist. Lediglich in ihrem Befristeten Beihilfenrahmen schließe die Kommission die Beihilfengewährung nach Art. 107 Abs. 3 lit. b AEUV an Unternehmen in Schwierigkeiten nach Art. 2 Nr. 18 AGVO aus. Es sei allerdings zweifelhaft, ob die Kommission in einer unverbindlichen Mitteilung die Reichweite primärrechtlich zulässiger Beihilfen einschränken könne.⁶⁶ Bei dieser Kritik ist allerdings zu beachten, dass die Kommission in ihrem Befristeten Beihilfenrahmen ausdrücklich die Genehmigung von anderen Beihilfen auch an Unternehmen in Schwierigkeiten nicht ausschließt.⁶⁷

19 **bb) Relevanz der „Unternehmen in Schwierigkeiten“ im Beihilfenrecht.** Die Unterscheidung zwischen Unternehmen in Schwierigkeiten und Unternehmen ohne Schwierigkeiten ist im Europäischen Beihilfenrecht wesentlich. Denn die Gewährung von sog. Regelbeihilfen an Unternehmen in Schwierigkeiten ist unzulässig; lediglich konkrete Sanierungs- oder Rettungsbeihilfen für Unternehmen in der Krise sind zulässig.⁶⁸ Solche Unternehmen sind von jeder Gewährung anderer Beihilfearten per se ausgeschlossen; auch Beihilfen aus genehmigten Programmen dürfen nicht an Unternehmen in Schwierigkeiten gewährt werden.⁶⁹ Von dieser Systematik ist die Kommission erstmals in der Finanzkrise seit 2008⁷⁰

⁶⁴ Möhlenkamp.

⁶⁵ Möhlenkamp BB 2020, 904 (907).

⁶⁶ Möhlenkamp.

⁶⁷ Mitteilung der Kommission vom 19.3.2020 „Befristeter Rahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19“, C(2020) 1863 final Rn. 11ff.

⁶⁸ Erw.Gr. 14 AGVO.

⁶⁹ Grabitz/Hilf/Nettesheim/Wallenberg/Schütte AEUV Art. 107 Rn. 236; Birnstiel/Bungenberg/Heinrich/Bauer/Nordmann AEUV Art. 107 Abs. 3 Rn. 1582.

⁷⁰ Soltész/Hoff EWS 2011, 497.

und nun in der Corona-Krise abgewichen. Denn in ihren Befristeten Beihilfenrahmen in diesen Krisen hat die Kommission andere als Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen an Unternehmen als zulässig erachtet, die sich zum Zeitpunkt der Gewährung – aufgrund der Krise – in Schwierigkeiten befanden. Sie dürfen lediglich zu einem Stichtag vor dem von der Kommission angenommenen Beginn der Krise nicht in Schwierigkeiten gewesen sein.

Im Europäischen Beihilfenrecht bestehen zwei unterschiedliche Definitionen eines Unternehmens in Schwierigkeiten, für die es zwei getrennte Anwendungsbereiche gibt.⁷¹ Neben der Definition des Art. 2 Nr. 18 AGVO enthalten auch die Leitlinien RuU⁷² eine ähnliche Definition. Die erstgenannte Definition ist lediglich im Anwendungsbereich der AGVO anwendbar. Nach Art. 1 AGVO sind das sämtliche unter Art. 1 Nr. 1 AGVO genannten Beihilfen, die nicht unter die Negativtatbestände des Art. 1 Nr. 2 bis 5 AGVO fallen.⁷³ Allgemeine Beihilfen für die gesamte Wirtschaft zur Überbrückung von Liquiditätengpässen in der Corona-Pandemie sind davon nicht erfasst.⁷⁴ Denn sie stellen gerade keine Regionalbeihilfen, Beihilfen für KMU, Umweltschutzbeihilfen, Beihilfen für Forschung, Entwicklung und Innovation oder eine der anderen genannten Beihilfen dar. Zudem dürften die Beihilfen die zulässige Obergrenze einer jährlichen Ausschüttung des Programms von bis zu 150 Mio. EUR nach Art. 1 Nr. 2 lit. a AGVO überschreiten.

Die Definition der Leitlinien RuU ist auf Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen an Unternehmen in Schwierigkeiten in den in Rn. 18 Leitlinien RuU genannten Sektoren anwendbar.⁷⁵ Wenn die Mitgliedsstaaten Rettungs-, Umstrukturierungs- oder vorübergehende Umstrukturierungsbeihilfen⁷⁶ nach den Leitlinien RuU gewähren wollen, müssen sie nachweisen, dass das begünstigte Unternehmen nach Rn. 19 ff. Leitlinien RuU in Schwierigkeiten ist. Im Rahmen der Corona-Pandemie haben die Mitgliedsstaaten allerdings Beihilfenprogramme aufgelegt, die die engen Grenzen der Leitlinien RuU⁷⁷ in der Regel überschreiten.⁷⁸ Eine Notifizierung im Rahmen der Leitlinien RuU kommt daher nicht in Betracht; die Definition der Leitlinien RuU für Unternehmen in Schwierigkeiten ist daher nicht unmittelbar anwendbar.

Die Definitionen der AGVO und der Leitlinien RuU sind somit nicht ohne weiteres auf die staatlichen Beihilfen in der Corona-Pandemie anwendbar.⁷⁹ Allerdings hat die Kommission in ihrem Befristeten Beihilferahmen⁸⁰ und die Bundes-

⁷¹ *Große/Weimer* EWS 2019, 20 (21 f.); *Möhlenkamp* ZIP 2014, 1.

⁷² Rn. 19 ff. Leitlinien RuU.

⁷³ *Immenga/Mestmäcker/Nowak* AGVO Art. 1 Rn. 1 ff.; *MüKoBeihilfenR/Werner* AGVO Art. 1 Rn. 1 ff.

⁷⁴ *Möhlenkamp*.

⁷⁵ Rn. 19 Leitlinien RuU.

⁷⁶ Siehe dazu Rn. 25 ff. Leitlinien RuU.

⁷⁷ Vgl. dazu Rn. 36 ff. Leitlinien RuU.

⁷⁸ Daher haben Mitgliedstaaten nur in Einzelfällen Rettungsprogramme in der Corona-Pandemie nach den Leitlinien RuU angemeldet, Mitteilung der Kommission vom 19.3.2020 „Befristeter Rahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19“, C(2020) 1863 final Rn. 14.

⁷⁹ *Möhlenkamp* BB 2020, 904 (906 f.).

⁸⁰ Mitteilung der Kommission vom 19.3.2020 „Befristeter Rahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19“, C(2020) 1863 final Rn. 22, 25, 27.

regierung in den jeweiligen Fördermaßnahmen⁸¹ die Definition der AGVO ausdrücklich für anwendbar erklärt. Die Definition der Leitlinien RuU ist dagegen mangels ausdrücklicher Erklärung nicht auf die aktuellen Fördermaßnahmen im Rahmen der Corona-Krise in Deutschland anwendbar; sie kann allerdings zur Auslegung der Definition in Art. 2 Nr. 18 AGVO herangezogen werden.

- 23 Mit Inkrafttreten der AGVO und den Leitlinien RuU im Jahre 2014 hat die Kommission ihre Definition des Unternehmens in Schwierigkeiten grundlegend geändert. Beide Rechtsakte enthalten nur noch die zuvor als „harte Kriterien“ bezeichneten Merkmale. Entfallen sind die sogenannten „weichen Kriterien“, bei denen die Kommission unter einer wertenden Gesamtbetrachtung mehrerer Faktoren bestimmen konnte, ob ein Unternehmen in Schwierigkeiten ist.⁸² Ziel der Kommission war eine Erhöhung der Rechtssicherheit; in der Literatur wurde allerdings ein erheblicher Verlust an Flexibilität kritisiert sowie die Erfassung von Unternehmen in Schwierigkeiten, die tatsächlich nicht in Schwierigkeiten sind.⁸³
- 24 Nach Art. 2 Nr. 18 AGVO ist ein Unternehmen in Schwierigkeiten, wenn mindestens einer der in lit. a bis e genannten Umstände zutrifft. Diese Voraussetzungen enthalten Umstände, die von der Rechtsform des Unternehmens abhängig (lit. a und b) und solche, die von der Rechtsform des Unternehmens unabhängig sind (lit. c bis e):

„Unternehmen in Schwierigkeiten“: Unternehmen, auf das mindestens einer der folgenden Umstände zutrifft:

- a) Im Falle von Gesellschaften mit beschränkter Haftung (ausgenommen KMU, die noch keine drei Jahre bestehen, und — in Bezug auf Risikofinanzierungsbeihilfen — KMU in den sieben Jahren nach ihrem ersten kommerziellen Verkauf, die nach einer Due-Diligence-Prüfung durch den ausgewählten Finanzintermediär für Risikofinanzierungen in Frage kommen): Mehr als die Hälfte des gezeichneten Stammkapitals ist infolge aufgelaufener Verluste verlorengegangen. Dies ist der Fall, wenn sich nach Abzug der aufgelaufenen Verluste von den Rücklagen (und allen sonstigen Elementen, die im Allgemeinen den Eigenmitteln des Unternehmens zugerechnet werden) ein negativer kumulativer Betrag ergibt, der mehr als der Hälfte des gezeichneten Stammkapitals entspricht. Für die Zwecke dieser Bestimmung bezieht sich der Begriff „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ insbesondere auf die in Anhang I der Richtlinie 2013/34/EU (1) genannten Arten von Unternehmen und der Begriff „Stammkapital“ umfasst gegebenenfalls alle Agios.
- b) Im Falle von Gesellschaften, bei denen zumindest einige Gesellschafter unbeschränkt für die Schulden der Gesellschaft haften (ausgenommen KMU, die noch keine drei Jahre bestehen, und – in Bezug auf Risikofinanzierungsbeihilfen – KMU in den sieben Jahren nach ihrem ersten kommerziellen Verkauf, die nach einer Due-Diligence-Prüfung durch den ausgewählten Finanzintermediär für Risikofinanzierungen in Frage kommen): Mehr als die Hälfte der in den Geschäftsbüchern ausgewiesenen Eigenmittel ist infolge aufgelaufener Verluste verlorengegangen. Für die Zwecke dieser Bestimmung bezieht sich der Begriff „Gesellschaften, bei denen zumindest einige Gesellschafter unbeschränkt

⁸¹ § 2 Abs. 6 Geänderte Bundesregelung Kleinbeihilfen 2020; § 1 Abs. 3 Regelung zur vorübergehenden Gewährung von Beihilfen für niedrigverzinsliche Darlehen und Direktbeteiligungen im Rahmen von Konsortialkrediten im Geltungsbereich der Bundesrepublik Deutschland im Zusammenhang mit dem Ausbruch von COVID-19 (Bundesregelung Beihilfen für niedrigverzinsliche Darlehen 2020) v. 16. 4. 2020, BAnz. 2020 AT 24. 04. 2020 B2.

⁸² Möhlenkamp.

⁸³ Möhlenkamp BB 2020, 904 (907f.); Möhlenkamp DStR 2017, 816 (818f.); Soltész EuZW 2014, 89 (96).

für die Schulden der Gesellschaft haften“ insbesondere auf die in Anhang II der Richtlinie 2013/34/EU genannten Arten von Unternehmen.

- c) Das Unternehmen ist Gegenstand eines Insolvenzverfahrens oder erfüllt die im innerstaatlichen Recht vorgesehenen Voraussetzungen für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens auf Antrag seiner Gläubiger.
- d) Das Unternehmen hat eine Rettungsbeihilfe erhalten und der Kredit wurde noch nicht zurückgezahlt oder die Garantie ist noch nicht erloschen beziehungsweise das Unternehmen hat eine Umstrukturierungsbeihilfe erhalten und unterliegt immer noch einem Umstrukturierungsplan.
- e) Im Falle eines Unternehmens, das kein KMU ist: In den letzten beiden Jahren
 1. betrug der buchwertbasierte Verschuldungsgrad des Unternehmens mehr als 7,5 und
 2. das anhand des EBITDA berechnete Zinsdeckungsverhältnis des Unternehmens lag unter 1,0;

Rn. 20 der Leitlinien RuU lautet dagegen wie folgt:

25

Für die Zwecke dieser Leitlinien gilt ein Unternehmen dann als Unternehmen in Schwierigkeiten, wenn es auf kurze oder mittlere Sicht so gut wie sicher zur Einstellung seiner Geschäftstätigkeiten gezwungen sein wird, wenn der Staat nicht eingreift. Im Sinne dieser Leitlinien befindet sich ein Unternehmen daher dann in Schwierigkeiten, wenn mindestens eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt ist:

- a) Im Falle von Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Gemeint sind insbesondere die Gesellschaftsrechtsformen, die aufgeführt sind in Anhang I der Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates (ABl. L 182 vom 29.6.2013, S. 19): Mehr als die Hälfte des gezeichneten Stammkapitals (Der Begriff „Stammkapital“ umfasst gegebenenfalls alle Agios.) ist infolge aufgelaufener Verluste verlorengegangen. Dies ist der Fall, wenn sich nach Abzug der aufgelaufenen Verluste von den Rücklagen (und allen sonstigen Elementen, die im Allgemeinen den Eigenmitteln des Unternehmens zugerechnet werden) ein negativer kumulativer Betrag ergibt, der mehr als der Hälfte des gezeichneten Stammkapitals entspricht.
- b) Im Falle von Gesellschaften, bei denen zumindest einige Gesellschafter unbeschränkt für die Schulden der Gesellschaft haften (Gemeint sind insbesondere die Gesellschaftsrechtsformen, die in Anhang II der Richtlinie 2013/34/EU aufgeführt sind): Mehr als die Hälfte der in den Geschäftsbüchern ausgewiesenen Eigenmittel ist infolge aufgelaufener Verluste verlorengegangen.
- c) Das Unternehmen ist Gegenstand eines Insolvenzverfahrens oder erfüllt die im innerstaatlichen Recht vorgesehenen Voraussetzungen für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens auf Antrag seiner Gläubiger.
- d) Bei einem Unternehmen, das kein KMU ist, lag in den vergangenen beiden Jahren
 - i) der buchwertbasierte Verschuldungsgrad über 7,5 und
 - ii) das Verhältnis des EBITDA zu den Zinsaufwendungen unter 1,0.

Im Gegensatz zu der Definition des Art. 2 Nr. 18 AGVO enthält Rn. 20 Leitlinien RuU einen Satz 1, der an eine Generalklausel erinnert und von der Aufzählung des Satz 2 konkretisiert wird. Dieser Satz 1 konstituiert daher zusätzliche Voraussetzungen zu der darauf folgenden Aufzählung; insbesondere, dass das Unternehmen ohne staatlichen Eingriff zur Geschäftsaufgabe gezwungen ist.⁸⁴ Zudem ist

26

⁸⁴ Große/Weimer.

aufgrund des Grundsatzes der Einmaligkeit der Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen ein Ausschluss bei einer bestehenden Beihilfe obsolet.⁸⁵

27 **cc) Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 2 Nr. 18 AGVO. (1) Rechtsformabhängige Merkmale, lit. a) und b). (a) Bilanzielle Kennzahlen.** Nach dem ersten der rechtsformabhängigen Kriterien ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Schwierigkeiten, wenn ihre Rücklagen und sonstige Elemente der Eigenmittel des Unternehmens abzüglich der aufgelaufenen Verluste des Unternehmens einen negativen Betrag ergeben, der 50% des gezeichneten Eigenkapitals des Unternehmens übersteigt. Mit anderen Worten ist ein Unternehmen in Schwierigkeiten, wenn der Quotient aus bilanziell noch vorhandenem Eigenkapital und gezeichnetem Eigenkapital kleiner als 0,5 ist. Nach dem zweiten der rechtsformabhängigen Kriterien ist eine Gesellschaft, bei der zumindest einige Gesellschafter unbeschränkt für die Schulden der Gesellschaft haften, in Schwierigkeiten, wenn mehr als die Hälfte der in den Geschäftsbüchern ausgewiesenen Eigenmittel infolge aufgelaufener Verluste verlorengegangen ist. Mit anderen Worten ist ein Unternehmen in Schwierigkeiten, wenn der Quotient aus dem Verlust und den Eigenmitteln des Geschäftsjahres größer als 0,5 ist.

28 **(b) Ermittlung der Kennzahlen.** Die Ermittlung dieser Kennzahlen ist abhängig von den angewendeten Bilanzvorschriften. Auf den ersten Blick erscheint die Ermittlung dieser Werte relativ eindeutig. So sind das vorhandene und das gezeichnete Eigenkapital bzw. die in den Büchern ausgewiesenen Eigenmittel in der Bilanz angegeben. Allerdings können sich gerade in Grenzfällen erhebliche Unterschiede in der Bewertung ergeben, je nachdem welche Grundsätze das jeweilige Bilanzrecht des Mitgliedstaates vorschreibt. Daher ist es bedeutsam, nach welchen Bilanzierungsvorschriften sich die Ermittlung des Eigenkapitals und der gegenzurechnenden Verluste nach der AGVO richtet.

29 Seit der Veröffentlichung der neuen Vorschriften zu Unternehmen in Schwierigkeiten 2014 sind in der Literatur zahlreiche Konstellationen ermittelt worden, in denen die Bestimmung des verbleibenden Eigenkapitals problematisch ist. Von diesen Konstellationen wird sich im Rahmen der Corona-Hilfen eine als besonders praxisrelevant herausstellen. Dies ist die Qualifikation von bestimmten Gesellschafterdarlehen an die Gesellschaft als Eigenkapital oder Verbindlichkeit der Gesellschaft.⁸⁶ Im deutschen Bilanzrecht kann ein Gesellschafterdarlehen mit einer entsprechend ausgestalteten⁸⁷ qualifizierten Rangrücktrittsvereinbarung jedenfalls nach umstrittenen Ansichten als wirtschaftliches Eigenkapital qualifiziert werden.⁸⁸

30 Für dieses Ergebnis spricht, dass es nach deutschem Recht selbst bei der Prüfung der insolvenzrechtlichen Überschuldung nicht auf die Betrachtung der passivischen Bestandskonten, sondern nach ganz herrschender Meinung darauf ankommt, dass das Unternehmen für das laufende und das Folgegeschäftsjahr durchfinanziert ist (→ Rn. 54ff.). Im deutschen Insolvenzrecht ist hierbei anerkannt, dass zum Beispiel Gesellschafterdarlehen mit qualifiziertem Rangrücktritt dem insolvenzrechtlichen Eigenkapital zuzurechnen sind. Bei systematischer und teleologischer Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen in Art. 2 Nr. 18 AGVO spricht vieles dafür, dass

⁸⁵ MüKoBeihilfenR./Schütte/Werner Teil 5 Rn. 76; Rn. 73 Leitlinien RuU.

⁸⁶ Möhlenkamp; vgl. allgemein Alber/Arendt BeckLexikon StBilanzR./Lahme „Gesellschafterdarlehen“ Rn. 2ff.

⁸⁷ Vgl. dazu BGH Urt. v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14, NJW 2015, 1672.

⁸⁸ MüKoGmbHG/Ekkenga GmbHG § 30 Rn. 114a; Briese DStR 2017, 799 (803f.).

diese einen ähnlichen Zweck wie die Liquiditätsbetrachtung im deutschen Insolvenzrecht verfolgen.

Dieses Problem besteht auch im Energiesteuerrecht. Denn bestimmte steuerliche Vergünstigungen im Rahmen der EEG-Umlage dürfen nicht an Unternehmen in Schwierigkeiten nach Rn. 19 der Leitlinien RuU gewährt werden.⁸⁹ Insofern stellt sich auch in diesem Bereich die Frage nach der Ermittlung des Eigenkapitals bzw. der Eigenmittel eines Unternehmens. In diesem Zusammenhang hat die Zollverwaltung in ihrem Merkblatt sämtliche Drittrangmittel ohne weitere Einschränkung in Bezug auf die Ausgestaltung der Rangrücktrittsvereinbarung dem Eigenkapital zugeschlagen.⁹⁰ Überträgt man diese rechtliche Bewertung auf die AGVO, dürften auch dort Drittrangmittel dem Eigenkapital zugerechnet werden können.

Ob eine solche Frage in den Rechtsordnungen anderer Mitgliedstaaten ebenfalls diskutiert wird bzw. ob sich sogar bereits eine einheitliche Beantwortung dieser Frage herauskristallisiert hat, ist derzeit nicht abzuschätzen. Die europäischen Vorschriften enthalten jedenfalls keine Aussage zu dieser speziellen Sachfrage.

Eine vergleichbare Streitfrage dürfte sich auch bei einem Forderungsverzicht durch den Gesellschafter mit Besserungsvereinbarung stellen.⁹¹ Auch bei werthaltigen Patronatserklärungen finanzstarker Konzernmuttergesellschaften für fehlende Eigenmittel der Tochtergesellschaft stellt sich die Frage, ob diese das Eigenkapital der Tochter stärken können.⁹² Die jeweiligen Bewertungsgrundsätze können in den verschiedenen Mitgliedstaaten ebenfalls unterschiedlich sein.

(c) Anwendbares Recht zur Ermittlung der Kennzahlen. Grundsätzlich sind Vorschriften des Unionsrechts nach dem Grundsatz der autonomen Auslegung nicht anhand der nationalen, sondern anhand von übergeordneten, europäischen Begrifflichkeiten zu definieren.⁹³ Ein solcher übergeordneter, europäischer Begriff des Eigenkapitals müsste daher auch in Bezug auf die AGVO bestehen.

Im Rahmen des Europäischen Bilanzrechts ist durch die IAS-VO⁹⁴ und zuletzt die Europäische Bilanz-RL⁹⁵ in wesentlichen Teilen eine Harmonisierung erfolgt.⁹⁶ Diese Regelungen gelten in den Mitgliedsstaaten – zum Teil durch Umsetzungsrechtsakte – bereits. Von einer vollständigen Harmonisierung des Bilanzrechts kann aber aufgrund der vielen Ausnahmeregelungen in der Europäischen Bilanz-RL⁹⁷ nicht ausgegangen werden. Daher kann nicht von einem autonomen unionsrechtlichen Begriff der Bilanzierung gesprochen werden. Denn der europäische

⁸⁹ Vgl. ausführlich Große/Weimer.

⁹⁰ Merkblatt – Staatliche Beihilfen im Energie- und Stromsteuerrecht, Stand: 1.11.2019, Ziff. 3.2 lit. a), b) und f); *Möhlenkamp* BB 2020, 904 (907).

⁹¹ Briese.

⁹² *Möhlenkamp* BB 2020, 904 (908); *Große/Weimer* EWS 2019, 20 (23f.).

⁹³ Groeben/Schwarze/Hatje/*Gaitanides* P.II. Rn. 63.

⁹⁴ Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.7.2002 betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards (IAS-VO).

⁹⁵ Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates (Europäische Bilanz-RL).

⁹⁶ Vgl. Erw.-Gr. 10 Europäische Bilanz-RL.

⁹⁷ Vgl. dazu nur Kreipl/Mosel/Peters.

Normgeber hat den Mitgliedsstaaten in der Ausgestaltung ihrer Bilanzierungsvorschriften gerade Wahlrechte eingeräumt und die Herausbildung eines europäischen Rechtsbegriffs bewusst unterlassen. Ein einheitlicher europäischer Begriff der Bilanzierung oder der Bestimmung des Eigenkapitals bzw. der Eigenmittel, der auch für die Auslegung der AGVO herangezogen werden könnte, existiert daher nicht. Auch die beihilfenrechtlichen Vorschriften können daher nicht von einem einheitlichen, autonomen Begriff des Eigenkapitals bzw. der Eigenmittel ausgehen.⁹⁸

36 Dies lässt sich nur sinnvoll auflösen, wenn die Bilanzvorschriften des zuständigen Mitgliedsstaates die unions- und beihilfenrechtliche Einordnung als Unternehmen in Schwierigkeiten bestimmen. Die in der AGVO genannten Kennzahlen sind daher nach den Bilanzvorschriften des zuständigen Mitgliedsstaates zu ermitteln. Sie sind mangels eines unionsrechtlich einheitlichen Begriffs des Eigenkapitals zur Auslegung des Art. 2 Nr. 18 AGVO heranzuziehen.

37 Ein solcher Bezug auf die nationalen Vorschriften ist Art. 2 Nr. 18 AGVO auch nicht fremd. In Art. 2 Nr. 18 lit. c AGVO liegt ein Unternehmen in Schwierigkeiten vor, wenn ein Insolvenzverfahren nach den innerstaatlichen Vorschriften eingeleitet wurde oder eingeleitet werden müsste.⁹⁹ Denn auch das Insolvenzrecht ist in den Mitgliedstaaten noch nicht hinreichend harmonisiert, als dass die Zugrundelegung eines einheitlichen unionsrechtlichen Begriffs sinnvoll wäre.¹⁰⁰ Zudem konstatiert Art. 2 Nr. 18 lit. a AGVO selbst, dass die Ermittlung des Eigenkapitals nicht einheitlich erfolgt. So sind die Verluste von den Rücklagen „und allen sonstigen Elementen, die im Allgemeinen den Eigenmitteln des Unternehmens zugerechnet werden“ abzuziehen. Insbesondere in Bezug auf die Bestimmung des Eigenkapitals lässt die Norm daher eine Berücksichtigung weiterer Bilanzposten ausdrücklich zu, solange dies der überwiegenden Meinung entspricht. Die Vorschrift lässt daher in den unter → Rn. 29ff. genannten Fällen die Bestimmung des Eigenkapitals nach den Normen und herrschenden Ansichten des Mitgliedsstaates zu.

38 **(d) Kritik in der Literatur an „harten Kriterien“ der AGVO.** Der Rückgriff des Art. 2 Nr. 18 AGVO auf „harte“ bilanzielle Kennwerte eines Unternehmens führt dazu, dass Unternehmen bereits zu einem sehr frühen Zeitpunkt als in Schwierigkeiten gelten. Nach dem deutschen Recht ist bei Aufzehrung des hälftigen Eigenkapitals lediglich die obligatorische Einberufung einer Gesellschafterversammlung vorgesehen, § 49 Abs. 3 GmbHG. Im Beihilfenrecht sind solche Unternehmen unmittelbar von der Gewährung jeglicher Regelbeihilfe ausgeschlossen und es kommt nur unter ganz eingeschränkten Voraussetzungen die Gewährung einer Rettungs- oder Umstrukturierungsbeihilfe in Betracht. Gleichwohl ist die Rettung oder Umstrukturierung solcher Unternehmen oft weder beabsichtigt noch erforderlich, um deren finanzielle Situation zu verbessern. Eine Verbesserung der wirtschaftlichen Situation aus eigener Kraft ist häufig möglich.¹⁰¹ Die Regelung der AGVO ist daher vielfacher Kritik ausgesetzt.¹⁰² Insbesondere im Kontext der staatlichen Hilfsprogramme in der Corona-Pandemie wird dieser Regelung vorgeworfen, sie führe zu diskriminierenden Ergebnissen.¹⁰³

⁹⁸ Vgl. Möhlenkamp BB 2020, 904 (907f.); Große/Weimer EWS 2019, 20 (22ff.).

⁹⁹ MüKoBeihilfenR/Schütte/Werner/Bauer/Nordmann.

¹⁰⁰ Bornemann NZI-Beilage 2019, 6; Kreplin/Nerlich MAH Insolvenz/Minck § 45 Rn. 15ff.

¹⁰¹ Möhlenkamp.

¹⁰² Möhlenkamp BB 2020, 904 (907f.); Möhlenkamp DStR 2017, 816 (818f.).

¹⁰³ Möhlenkamp BB 2020, 904 (907f.).