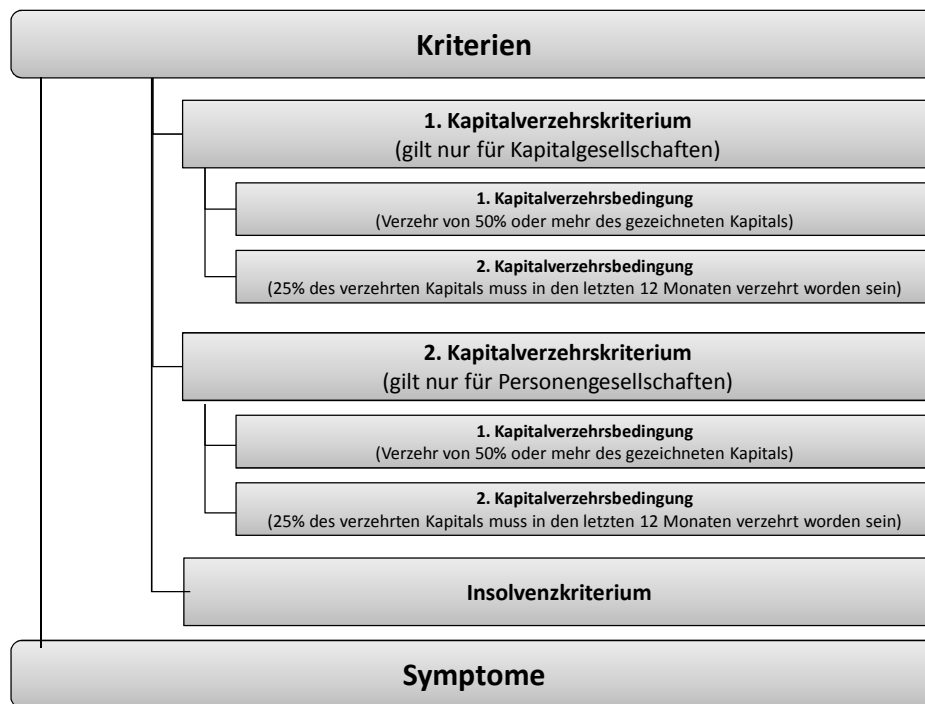


Teil 2
Investitionszulagengesetz 2010
Kommentierung und Handbuch

von
G. Brüggem und C. Geiert

Anhang 1 zu § 9 Struktur des U.i.S.-Tatbestands

1. U.i.S. – Kriterien und Symptome



1.1 Die Kriterien

Die U.i.S.-Leitlinien¹ der Kommission umfassen in der Ziffer 10 zwei Kriterien. Die Kriterien des zu großen Kapitalverzehr (Kapitalverzehrskriterium) und das Insolvenzskriterium. Die Leitlinien der Kommission stellen zwar wörtlich nur auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Unternehmen ab, bei denen mindestens ein Gesellschafter unbeschränkt haftet. Gleichwohl gelten diese Vorgaben aufgrund der Verweisungen in der U.i.S. Richtlinie auf Richtlinien aus früheren Jahren² für alle Kapitalgesellschaften. Für Personengesellschaften gibt es eigene Maßstäbe. Das Kapitalverzehrskriterium bei Kapitalgesellschaften (**1. Kapitalverzehrskriterium**) knüpft

¹ vgl. ABl. EU 2004 Nr. C 244, S. 1ff.

² Die Kommission verweist zu den Gesellschaftsrechtsformen, die sie erfasst wissen will, auf Artikel 1 Absatz 1 Unterabsatz 1 der Richtlinie 78/660/EWG des Rats, ABl. L 222 v. 14.08.1978, S. 11, zuletzt geändert durch die Richtlinie 2003/51/EG des Europäischen Parlaments und des Rats, ABl. L 178 vom 17.07.2003, S. 16 sowie auf Artikel 17 der Richtlinie 77/91/EWG des Rats (ABl. L 26 vom 30.01.1977, S. 1), zuletzt geändert durch die Beitrittsakte 2003.

für die Feststellung des U.i.S.-Tatbestands an einen qualifizierten Kapitalverzehr an. Wenn dieser qualifizierte Kapitalverzehr vorliegt, gilt eine Gesellschaft als ein Unternehmen in Schwierigkeiten. Dieser qualifizierte Kapitalverzehr liegt vor, wenn zwei Bedingungen erfüllt sind. Die erste Bedingung lautet, dass die Hälfte des „gezeichneten Kapitals“ verzehrt sein muss (**1. Kapitalverzehrbedingung**). Die zweite Bedingung verlangt, dass davon in den letzten 12 Monaten ein Viertel verbraucht worden sein muss (**2. Kapitalverzehrbedingung**).

1.1.1 Erste Kapitalverzehrbedingung

Um einen Kapitalverzehr des gezeichneten Kapitals von 50 v. Ht. oder mehr i.S.d. **erste(n) Kapitalverzehrbedingung** feststellen zu können, kommt es darauf an, was unter dem Tatbestandsmerkmal „gezeichnetes“ **Kapital** i.S.d. 1. Kapitalverzehrbedingung zu verstehen ist. Das gezeichnete Kapital ist das Stammkapital einer GmbH oder das Grundkapital einer Aktiengesellschaft. Es ist Teil des Eigenkapitals, aber nicht mit diesem identisch. Denn das Eigenkapital gliedert sich gemäß § 266 Absatz 3 Handelsgesetzbuch (HGB) in gezeichnetes Kapital - um das es hier geht - und die Kapitalrücklagen, die Gewinnrücklagen³, den Gewinnvortrag und den Jahresüberschuss⁴. Demzufolge bleiben die genannten Bestandteile des Eigenkapitals mit Ausnahme des „gezeichneten Kapitals“ für die Feststellung, ob ein Unternehmen in Schwierigkeiten vorliegt, außer Betracht. Die U.i.S.-Leitlinien stellen mit dem „gezeichneten Kapital“ auf die eigentliche haftungsrechtliche Kernsubstanz einer Kapitalgesellschaft ab. Erst wenn dieses angegriffen ist, kommt es auf die genannte quantitative Größe der zweiten Kapitalverzehrbedingung an. Bestätigt wird dieser Befund durch die europarechtlichen Vorgaben für die Bilanzgesetzgebung der Mitgliedsstaaten⁵. Danach gliedert sich das Eigenkapital in die Bestandteile

- des gezeichneten Kapitals,
- des Agios,
- der Neubewertungsrücklagen,
- der Rücklagen,
- des Ergebnisvortrags sowie

³ also gesetzliche Rücklagen, Rücklagen für eigene Anteile, satzungsmäßige bzw. gesellschaftsvertraglich vorgesehene Rücklagen und andere Gewinnrücklagen.

⁴ bei Unternehmen in Schwierigkeiten eher den Jahresverlust.

⁵ vgl. Vierte Richtlinie des Rats vom 25.07.1978 aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrags über den Jahresabschluss von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen (78/660/EWG).

- des Ergebnisses des Geschäftsjahres.

Auch auf der europäischen Ebene wird rechtlich eindeutig zwischen dem Eigenkapital und dem gezeichneten Kapital als Teilmenge des Eigenkapitals unterschieden. Dies bestätigt den auf der Grundlage des deutschen Bilanzrechts dargestellten Ansatz, dass die Grundlage für die Prüfung der ersten Kapitalverzehrbedingung der U.i.S.-Leitlinien ausschließlich das „gezeichnete“ Kapital, also das haftende Kapital im engeren Sinne ist. Bei der GmbH ist dies das Stammkapital, das zum Nennwert am Bilanzstichtag der GmbH im Handelsregister eingetragen ist⁶.

Die Kommission sieht dies teilweise anders. Beispielhaft kann hier auf die „Bull“-Entscheidung⁷ und auf die „France Télécom“-Entscheidung⁸ der Kommission verwiesen werden. In ihrer „Bull“-Entscheidung setzte sie nur das gezeichnete Kapital ins Verhältnis zum Eigenkapital und gelangte so zum zutreffenden Ergebnis, dass die erste Bedingung des Kapitalverzehrkriteriums erfüllt sei, weil das Eigenkapital kleiner als das gezeichnete Kapital sei⁹. In ihrer „France Télécom“-Entscheidung führt die Kommission zwar aus, dass gemäß dem Wortlaut der Leitlinien, die auf das gezeichnete Kapital Bezug nähmen, nicht alle Bestandteile des Eigenkapitals zu den für die Einstufung von France Télécom als Unternehmen in Schwierigkeiten relevanten Indikatoren zählen würden. Gleichwohl ging die Kommission bei ihrer Feststellung zur ersten Bedingung des Kapitalverzehrkriteriums über das „gezeichnete Kapital“ hinaus und rechnet zum Kapital, das im Rahmen der 1. Kapitalverzehrbedingung zu berücksichtigen ist, das Grundkapital und die Kapitalrücklage¹⁰. Das ist aber mit der U.i.S.-Leitlinie nicht vereinbar, weil die Rücklagen kein Teil des gezeichneten Kapitals sind. Vielmehr ist die erste Bedingung des Kapitalverzehrkriteriums erfüllt, wenn folgende Formel¹¹:

⁶ BeckBil-Komm/Förschle/Hoffmann, § 272 HGB Rn 10; Heuser, Die neue Bilanz, Rn 333.

⁷ Entscheidung der Kommission vom 13.11.2002 über den Liquiditätsvorschuss des französischen Staats an die Gesellschaft Bull (bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2002) 4366), Rn. 52.

⁸ Entscheidung der Kommission vom 02.08.2004 über die staatliche Beihilfe, die Frankreich zugunsten von France Télécom gewährt hat (bekanntgegeben unter Aktenzeichen C (2004) 3060), 2006/621/EG, Rn. 233.

⁹ Entscheidung der Kommission vom 13.11.2002 über den Liquiditätsvorschuss des französischen Staats an die Gesellschaft Bull (bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2002) 4366), Rn. 52.

¹⁰ Entscheidung der Kommission vom 02.08.2004 über die staatliche Beihilfe, die Frankreich zugunsten von France Télécom gewährt hat (bekannt gegeben unter Aktenzeichen C (2004) 3060), 2006/621/EG, Rn. 233.

¹¹ In der Formel steht EK für Eigenkapital und GK für gezeichnetes Kapital.

$$EK \leq GK \times 0,5$$

gilt. Für die Berechnung des Eigenkapitals (EK) sind das gezeichnetes Kapital (GK), die Kapitalrücklagen (KR), die Gewinnrücklagen (GR), der Gewinnvortrag/Verlustvortrag (VOR) und das Unternehmensergebnis (UE) – Jahresüberschuss/Jahresverlust zu saldieren. In ihrer erweiterten Form kann die vorstehend dargestellte Formel der ersten Kapitalverzehrbedingung auch wie folgt geschrieben werden:

$$GK + GR + VOR + UE \leq GK \times 0,5$$

Beim gezeichneten Kapital (GK) sind noch nicht geleistete Einlagen zusätzlich zu berücksichtigen. Denn das eingeforderte Kapital ist eine Teilmenge des gezeichneten Kapitals¹². Das setzt voraus, dass im Falle der Nachschussforderung diese durch Beschluss der Gesellschafterversammlung begründet wurde. Gesellschaftsvertragliche Nachschusspflichten, die noch eines Beschlusses bedürfen, werden also nicht berücksichtigt. Kapitalveränderungen sind zudem nur maßgebend, sofern sie bereits im Handelsregister eingetragen sind. Vorher erlangen diese keine Wirksamkeit, mit der Folge, dass diese beihilferechtlich ohne Relevanz sind, solange sie noch nicht eingetragen wurden. Es empfiehlt sich in diesen Fällen daher stets eine aktuelle Einsichtnahme in das Handelsregister.

Es mag auf den ersten Blick verwundern, dass nicht das Eigenkapital, sondern lediglich das gezeichnete Kapital¹³ für den U.i.S-Tatbestand maßgeblich sein soll. Doch auf den zweiten Blick ist diese Konzeption der Kommission völlig überzeugend. Wenn ein Mitgliedsstaat eine Kapitalausstattung einer Kapitalgesellschaft durch seine Gesetze als ausreichend erachtet und diese Entscheidung entsprechend normativ ausgestaltet, warum soll dann ein Unternehmen in Schwierigkeiten sein, solange es hin-

¹² Dies gilt unabhängig vom Wahlrecht der Bilanzierung als Aktivposition oder als Passivposition vgl. § 272 Abs. 1 Satz 1 und 2. Allerdings kann das Wahlrecht im Einzelfall unter dem Gesichtspunkt des Bilanzsummenkriteriums bei der KMU-Statusfrage eine Rolle spielen, weil bei der Nettomethode nach § 272 Abs. 1 Satz 3 HGB die Bilanzsumme kleiner ausfällt.

¹³ So im Ergebnis z.B. Entscheidung der Kommission vom 26.04.2006 über die von Frankreich geplante staatliche Beihilfe zugunsten von Euromoteurs (C 1/2005 (ex N 426/2004)) (Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2006) 1540), 2006/747 EG, Rn. 40.

ter diesen Mindeststandard des jeweils gezeichneten Kapitals nicht zurückfällt. Schließlich war das Unternehmen, als es gegründet wurde, auch kein Unternehmen in Schwierigkeiten, obwohl es im Gründungsstadium in der Regel auch nicht über mehr Mittel als das gezeichnete Kapital verfügt, das der Mitgliedstaat für dessen Gründung vorschreibt¹⁴. Warum sollte ein Unternehmen, dem es in den Jahren vor dem Prüfungsstichtag sehr gut ging, plötzlich zu einem Unternehmen in Schwierigkeiten mutieren, nur weil es ihm unter dem Gesichtspunkt des Eigenkapitals nicht mehr so gut geht als dies ein Jahr zuvor noch der Fall gewesen ist, obwohl es deutlich über mehr Kapital als das gezeichnete Kapital verfügt, während ein anderes Unternehmen, das über deutlich weniger Eigenkapital verfügt, aber weniger von diesem eingebüßt hat, als gesund gelten sollte. Das zeigt, dass eine Bewertung der Frage, ob ein Unternehmen in Schwierigkeiten vorliegt, höchst relativ und beliebig wäre, wenn es auf das Eigenkapital und nicht auf das gezeichnete Kapital ankäme. Der von der Kommission eingeschlagene Weg ist daher richtig und zielführend. Deswegen gilt: Der Maßstab für die U.i.S.-Prüfung muss bei Kapitalgesellschaften stets der Haftungsmaßstab sein. Diesen bestimmt der Mitgliedstaat durch seine gesellschaftsrechtliche Gesetzgebung. Das Beihilfenrecht kann nur an diese Gesetzgebung anknüpfen, indem auf das gezeichnete Kapital abgestellt wird und je nach Ausmaß des Verzehrs dieses Kapitals an dieses die beihilferechtlichen Folgen geknüpft werden. Diese Feststellung, die vorliegend explizit am Beispiel der GmbH getroffen wurde, gilt natürlich für alle anderen Formen der Kapitalgesellschaften in Deutschland entsprechend. Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich um eine Aktiengesellschaft, eine GmbH, eine Unternehmergesellschaft oder eine Genossenschaft mit beschränkter Haftung handelt. Denn weder die U.i.S.-Leitlinien noch das Bilanzrecht differenzieren in dieser Frage zwischen den unterschiedlichen Kapitalgesellschaften.

Seit dem 01.11.2008 ist das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) in Kraft. Seit dem ist es Gründern möglich eine **Unternehmergesellschaft (UG)** zu gründen. Die UG ist eigentlich nichts anderes als früher die GmbH in Gründung (GmbH i.Gr.). Allerdings wirkt für die UG bereits die Haftungsbeschränkung vor der Vollständigen Kapitalisierung eines gezeichneten Kapitals von 25.000 EUR. In der Bilanz des nach den §§ 242, 264 des Handelsgesetzbuchs aufzustellenden Jahresabschlusses muss die UG gemäß § 5a GmbHG eine gesetzliche Rücklage bilden, in die ein Viertel des um einen Verlustvor-

¹⁴ Neu gegründete Unternehmen fallen allerdings nicht unter die U.i.S.-Leitlinien, vgl. Rn. 12 der Leitlinien.

trag aus dem Vorjahr geminderten Jahresüberschusses einzustellen ist. Diese Rücklage darf nur verwandt werden

1. für Zwecke des § 57c GmbHG,
2. zum Ausgleich eines Jahresfehlbetrags, soweit er nicht durch einen Gewinnvortrag aus dem Vorjahr gedeckt ist, sowie
3. zum Ausgleich eines Verlustvortrags aus dem Vorjahr, soweit er nicht durch einen Jahresüberschuss gedeckt ist.

Das „gezeichnete“ Kapital einer solchen UG beträgt das Stammkapital ohne die Rücklage nach § 5a GmbHG, solange eine Umwandlung der Rücklage nach § 57c GmbHG noch nicht stattgefunden hat.

1.1.2 Zweite Kapitalverzehrbedingung

Der Kapitalverzehr im Sinne der ersten Kapitalverzehrbedingung reicht für sich alleine genommen nicht aus, damit der U.i.S.-Tatbestand erfüllt ist. Vielmehr müssen die erste und die **zweite Kapitalverzehrbedingung** kumulativ vorliegen. Daher muss zudem ein Viertel des aufgebrauchten gezeichneten Kapitals während der letzten zwölf Monate verloren gegangen sein. Es können also das ganze oder fast das ganze Kapital aufgebraucht worden sein, ohne dass dies den U.i.S.-Tatbestand erfüllen würde, wenn dies länger als 12 Monate zurückliegt. Denn in solchen Fällen wäre nicht ein Viertel des gezeichneten Kapitals in den letzten 12 Monaten aufgezehrt worden und damit wäre die zweite Kapitalverzehrbedingung nicht erfüllt. Zur Feststellung der notwendigen Werte muss gegebenenfalls auf Stichtagsbilanzen abgestellt werden. Der maßgebliche Zeitpunkt, auf den für die Berechnung der 12 Monatsfrist abgestellt werden muss, ist eigentlich der Tag der Entscheidung über die Gewährung einer Beihilfe. Dies begegnet aber tatsächlichen Schwierigkeiten, weil Stichtagsbilanzen benötigt werden. Diese müssen erstellt und im Verfahren der Beihilfengewährung geprüft werden. Daher ist es zulässig, wenn die 12-Monatsfrist an den Zeitpunkt der Vorlage der Werte bei der Stelle anknüpft, die die Beihilfe gewähren soll. Das setzt allerdings voraus, dass das Verfahren der Beihilfengewährung nicht unangemessen lange andauert. Gegebenenfalls müssen neue Werte erhoben werden.

Das **zweite Kapitalverzehrkriterium** gilt für Gesellschaften, in denen mindestens ein Gesellschafter unbeschränkt für die Schulden der Gesellschaft haftet. Es ist erfüllt, wenn mehr als die Hälfte der in den Geschäftsbüchern ausgewiesenen Eigenmittel verschwunden und mehr als ein Viertel dieser Mittel während der letzten zwölf Monate verloren gegangen sind. Bei Personengesellschaften treten also an die Stelle des

.../8

gezeichneten Kapitals die **Eigenmittel**. Das gilt auch, wenn das Unternehmen bilanziert, denn es gibt kein gezeichnetes Kapital bei Personengesellschaften. Die Eigenmittel eines Unternehmens bestehen aus den Geldmitteln (GM) und den Sachmitteln (SM). Sie sind bei den Geldmitteln betragsmäßig und bei den Sachmitteln mit deren Verkehrswert in Ansatz zu bringen, weil es auf den Kapitalverzehr ankommt. Zur Feststellung der 1. Kapitalverzehrbedingung bei Personengesellschaften kann folgende Formel verwendet werden:

$$EM \leq (SM + GM) \times 0,5$$

Während bei den Kapitalgesellschaften mit dem gezeichneten Kapital eine klar konturierte Größe gegeben ist, die sich relativ leicht ermitteln lässt, verhält sich dies mit den Eigenmitteln anders.

Auf welchen Zeitpunkt ist für die Ermittlung der Eigenmittel abzustellen? Für die zweite Kapitalverzehrbedingung ist dies evident: 12 Monate vor der Beihilfengewährung. Aber welcher Zeitpunkt soll für die erste Bedingung maßgebend sein? Mangels geeigneter Angaben in den Leitlinien bleibt daher nur die Möglichkeit, den Zeitpunkt zu wählen, zu dem die Eigenmittel im Unternehmen den betragsmäßig höchsten Stand erreicht hatten. Wie bei den Kapitalgesellschaften müssen die erste und **zweite Kapitalverzehrbedingung** kumulativ vorliegen. Daher muss auch hier zudem ein Viertel der Eigenmittel während der letzten zwölf Monate verloren gegangen sein. Es können also fast alle Eigenmittel aufgebraucht worden sein, ohne dass dies den U.i.S.-Tatbestand erfüllen würde, wenn dies länger als 12 Monate zurückliegt. Denn in solchen Fällen wäre nicht ein Viertel der Eigenmittel in den letzten 12 Monaten aufgezehrt worden und damit wäre die zweite Kapitalverzehrbedingung nicht erfüllt. Umgekehrt gilt: Wurde zwar ein Viertel oder mehr der Eigenmittel aufgebraucht aber erreicht der Kapitalverzehr nicht das Maß von 50% und mehr, ist die erste Kapitalverzehrbedingung nicht erfüllt, so dass kein U.i.S. vorliegt.

1.1.3 Das Insolvenzkriterium

Nach Randnummer 10 der U.i.S. Leitlinien steht das **Insolvenzkriterium** als weiteres sog. „hartes“ Kriterium neben den beiden Kapitalverzehrskriterien. Es stellt auf das Recht der Mitgliedsstaaten ab und erklärt alle Unternehmen zu Unternehmen in Schwierigkeiten, die nach dem Recht des Mitgliedsstaats insolvent sind. Dabei kommt es nicht auf die formale Betrachtungsweise an, ob ein Insolvenzverfahren angemeldet oder eröffnet wurde. Entscheidend ist lediglich, ob nach dem Recht des

.../9

Mitgliedsstaats die Voraussetzungen der Insolvenz gegeben sind. Neu gegründete Unternehmen (junge Unternehmen) fallen nicht unter die U.i.S.- Leitlinien. Sie dürfen im Rahmen dieser Leitlinie nicht gefördert werden. Ein Unternehmen gilt grundsätzlich in den ersten drei Jahren nach Aufnahme seiner Geschäftstätigkeit als neu gegründet¹⁵. Aber seit dem Inkrafttreten der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung im Sommer 2008 bestimmt Artikel 1 Absatz 7 AGFVO¹⁶, dass ein KMU in den ersten drei Jahren nach seiner Gründung für Förderungen im Rahmen der AGFVO als Unternehmen in Schwierigkeiten gilt, wenn es die Voraussetzungen des Insolvenz Kriteriums erfüllt. Für KMU in Schwierigkeiten ist eine Förderung im Rahmen der Leitlinien nicht möglich. Daran ändert auch die AGFVO nichts. Sie verändert aber den Prüfungsmaßstab für den Anwendungsbereich der Verordnung und erhebt nur das Insolvenz Kriterium und nicht die beiden Kapitalverzehr Kriterien oder die Symptome zum Maßstab der Feststellung des U.i.S.-Tatbestands. Anders ausgedrückt: Bis zum Ende des 3. Jahres ihrer Existenz (**junge KMU**) gelten KMU nur dann als U.i.S. im Sinne des § 9 Abs. 6, wenn sie insolvent sind. Auf die Kriterien oder Symptome kommt es insoweit nicht an. Ein neu gegründetes Unternehmen liegt auch dann vor, wenn dieses aus der Abwicklung oder der Übernahme der Vermögenswerte eines anderen Unternehmens hervorgegangen ist. Dies ist insbesondere im Rahmen von Insolvenzen von Bedeutung¹⁷. Die sogenannten **Auffanglösungen in der Insolvenz**, bei denen Vermögenswerte und oder Mitarbeiter auf ein anderes Unternehmen übertragen werden, sind junge KMU, wenn sie den KMU-Status erfüllen. Sie sind also solange keine U.i.S., solange diese nicht insolvent sind und können daher Investitionszulagen erhalten.

Es würde den Rahmen dieser Ausführungen sprengen, hier auf die nationalen Voraussetzungen für eine Insolvenz einzugehen. Es bleibt daher lediglich festzustellen: Würde einem Unternehmen, das die Insolvenzvoraussetzungen erfüllt, eine Beihilfe gewährt, ohne dass die Voraussetzungen der U.i.S.-Leitlinie oder bei jungen Unternehmen die der AGFVO eingehalten werden, wären alle Fördermaßnahmen nach dem Eintritt der Insolvenzvoraussetzungen auf der Grundlage der jüngeren BGH-Rechtsprechung nichtig.

¹⁵ Rn. 12 der U.i.S.-Leitlinien.

¹⁶ Verordnung (EG) Nr. 800/2008 der Kommission v. 06.08.2008 zur Erklärung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt in Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag (allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung), AGFVO.

¹⁷ Ehricke, EuzW 2005, 71, 74.

Das Insolvenz Kriterium führt seinem Wortlaut nach zu keiner unterschiedlichen Behandlung der verschiedenen Gesellschaftsformen. Aufgrund des deutschen Insolvenzrechts ist dies gleichwohl der Fall. Denn gemäß § 10 Abs. 1 InsO ist der Überschuldungstatbestand nur bei juristischen Personen ein Insolvenzgrund. Eine **Überschuldung** liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich. Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen oder aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, für die gemäß § 39 Abs. 2 InsO zwischen Gläubiger und Schuldner der Nachrang im Insolvenzverfahren hinter den in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 InsO bezeichneten Forderungen vereinbart worden ist, sind nicht bei den Verbindlichkeiten nach Satz 1 zu berücksichtigen.

Der weite Insolvenztatbestand ist die **Zahlungsunfähigkeit**. Ein Unternehmen ist zahlungsunfähig, wenn es nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Zahlungsunfähigkeit ist in der Regel anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat. Der dritte Insolvenzgrund ist die **drohende Zahlungsunfähigkeit**. Der Schuldner droht, zahlungsunfähig zu werden, wenn er voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen. Die drohende Zahlungsunfähigkeit ist aber nur dann ein Insolvenzgrund, wenn der Schuldner die Insolvenz beantragt.

1.2 Symptome

Wenn keine der vorstehend erörterten Kriterien erfüllt sein sollten, kann der Tatbestand eines Unternehmens in Schwierigkeiten gleichwohl gegeben sein, wenn die hierfür typischen **Symptome** auftreten. Das sind:

- steigende Verluste,
- sinkende Umsätze,
- wachsende Lagerbestände,
- Überkapazitäten,
- verminderter Cashflow,
- zunehmende Verschuldung und
- zunehmende Zinsbelastung sowie
- die Abnahme oder der Verlust des Reinvermögenswerts.

Diese Aufzählung der Symptome in den U.i.S.-Leitlinien der Kommission¹⁸ ist nicht abschließend. Die Kommission will staatliche Maßnahmen zugunsten von Unternehmen, die die Symptome haben, nach den Leitlinien für Unternehmen in Schwierigkeiten beurteilt wissen. Dabei ist die Entscheidungspraxis der Kommission uneinheitlich. Zum Teil wird auf ein oder zwei Symptome abgestellt, zum Teil wird auf das Vorliegen mehrerer Symptome abgestellt¹⁹. Aus dem Sinn und Zweck der Ziff. 4.2 Rn. 79 der U.i.S.-Leitlinien folgt, dass die Feststellung, ob ein Unternehmen in Schwierigkeiten ist, im Rahmen von Förderprogrammen für KMU auf die Prüfung der operativen Kriterien beschränkt ist. Denn die Symptome begründen lediglich eine widerlegbare Vermutung.

1.3 Negatives Eigenkapital

Zum Teil stellt die Kommission weder auf die Symptome noch auf die operativen Kriterien ab, sondern darauf, dass das Eigenkapital negativ sei²⁰. Dabei geht sie offensichtlich davon aus, dass es sich bei diesen Fällen um atypische Fälle handelt, ohne dass sie dies expressis verbis zum Ausdruck bringt. Genau dieses müsste sie aber, wenn Sie über die in ihren eigenen Leitlinien genannten operativen Kriterien und Symptome hinausgeht.

¹⁸ vgl. Ziff. 11 der Leitlinien.

¹⁹ vgl. z.B. Entscheidung der Kommission v. 16.06.2008, ABl. 2008 Nr. L 301, 21; Entscheidung der Kommission v. 02.04.2008, ABl. 2008 Nr. L 238, S. 27; Entscheidung der Kommission vom 11.03.2008 zur Änderung der Entscheidung der Kommission vom 10.05.2007 über die Maßnahmen C 1/06 (ex NN 103/05) ABl. 2008 Nr. L 235, S. 10-11; Entscheidung der Kommission vom 7.03.2007 — Staatliche Beihilfe Nr. C 10/06 (ex N555/05) — Cyprus Airways Public Ltd., ABl. 2008 Nr. L 49, S. 25–39.

²⁰ 2007/492/EG: Entscheidung der Kommission vom 24.01.2007 über die Staatliche Beihilfe C 38/2005 (ex NN 52/2004) Deutschlands an die Biriya-Gruppe, ABl. 2007 Nr. L, S. 27–40; Staatliche Beihilfe — Slowenien — Ausdehnung des Verfahrens für die staatliche Beihilfe Nr. C 19/2006 (ex NN 29/2006) — Angebliche staatliche Beihilfen zugunsten von Javor Pivka.