

# Handreichung zum Thema „Unternehmen in Schwierigkeiten“

Die Fördermittel zur Vermeidung von Liquiditätsengpässen wegen Einnahmeausfällen im Kontext der wirtschaftlichen Auswirkungen der „Corona Pandemie“ werden u. a. auf der Grundlage der Bundesregelung Kleinbeihilfen 2020, genehmigt am 24.03.2020, geändert und genehmigt durch die EU-KOM am 11.04.2020, ausgereicht. Dort ist u. a. festgelegt, dass keine Förderungen an Unternehmen ausgereicht werden dürfen, die sich am **31. Dezember 2019** in Schwierigkeiten befanden (im Sinne der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung).

Mit den Anträgen bis zu einer Höhe von 20.000 Euro ist diesbezüglich eine Eigenerklärung des Antragstellers abzugeben. Bei Anträgen über 20.000 Euro ist die Frage, ob sich das Unternehmen in Schwierigkeiten befunden hat, von einem Steuerberater bzw. einer Steuerberaterin zu beurteilen und – sofern er/sie zu einer positiven Einschätzung kommt – zu bescheinigen.

Die nachfolgenden Ausführungen sollen helfen, die Beantwortung der Frage, ob es sich um ein Unternehmen in Schwierigkeiten handelt, strukturiert zu bearbeiten. Teil I gibt einen Einblick in die Rechtsgrundlage, den Artikel 2 Nr. 18 der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung, Teil II beschreibt den Fall eines kleinen oder mittleren Unternehmens, das weniger als drei Jahre am Markt ist. Teil III ist für alle anderen Unternehmen einschlägig.

## Teil I: Die Rechtsgrundlage: Artikel 2 Nr. 18 der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO)

Im Artikel 2 Nr. 18 der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung ist definiert, was ein „Unternehmen in Schwierigkeiten“ ist. Ein Unternehmen ist demnach dann in Schwierigkeiten, wenn mindestens einer der folgenden Umstände (a) bis (e) zutrifft:

a) Bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung, also z. B. einer AG, KGaA, UG (haftungsbeschränkt) oder GmbH gilt als Unternehmen in Schwierigkeiten, wenn mehr als die Hälfte des gezeichneten Stammkapitals infolge aufgelaufener Verluste verlorengegangen ist. 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. Der Begriff „Stammkapital“ umfasst gegebenenfalls alle Agios. Von dieser Regelung sind Unternehmen ausgenommen, die noch keine drei Jahre bestehen.

b) Eine Gesellschaft, bei denen zumindest einige Gesellschafter für die Schulden der Gesellschaft unbeschränkt haften (z. B. OHG oder KG) ist dann ein Unternehmen in Schwierigkeiten, wenn mehr als die Hälfte der in den Geschäftsbüchern ausgewiesenen Eigenmittel infolge aufgelaufener Verluste verlorengegangen sind (ausgenommen sind KMU, die noch keine drei Jahre bestehen).

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.

## **Teil II: Kleine und mittlere Unternehmen, die zum Zeitpunkt der Antragstellung weniger als drei Jahre am Markt tätig sind**

Neu gegründete KMU werden in den ersten 3 Jahren seit Gründung unabhängig von ihrer Rechtsform grundsätzlich nicht als Unternehmen in Schwierigkeiten betrachtet.

Dies gilt allerdings nicht, wenn über das Vermögen des Unternehmens das Insolvenzverfahren eröffnet wurde oder das Unternehmen nach innerstaatlichem Recht (Insolvenzordnung) die vorgesehenen Voraussetzungen für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens auf Antrag seiner Gläubiger erfüllt (siehe unten III.3).

Hinweis: Wenn Sie sich nicht sicher sind, ob es sich bei Ihrem Unternehmen um ein KMU handelt, beachten Sie bitte folgende Richtwerte bei nicht verpartnerten und nicht verbundenen Unternehmen: Das Unternehmen ist dann ein KMU, wenn es weniger als 250 Beschäftigte hat und entweder der Umsatz unter 50 Mio. Euro liegt oder die Bilanzsumme unter 43 Mio. Euro liegt.

Ist das Unternehmen allerdings verpartnert oder verbunden, dann ist gemäß dem geltenden Regelwerk eine umfangreiche Prüfung erforderlich. Nur so kann erkannt werden, ob es sich um ein KMU handelt. Die Regeln für diese Prüfung finden Sie in der KMU-Definition in Anhang 1 der Verordnung Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014, geändert durch Verordnung der Kommission 2017/1084 vom 14. Juni 2017, zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Art. 107 und 108 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AGVO). Als Hilfsmittel zur Analyse, ob es sich bei verbundenen oder verpartnerten Unternehmen um ein KMU handelt oder nicht, hat die EU-Kommission einen „Benutzerleitfaden zur Definition von KMU“ entwickelt, der auf der Website der EU als Download zur Verfügung steht.

## **Teil III: Unternehmen, die zum Zeitpunkt der Antragstellung mehr als drei Jahre am Markt tätig sind.**

### **III. 1. Unternehmen in haftungsbeschränkten Rechtsformen**

Eine GmbH, Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien, die länger als 3 Jahre besteht, gilt dann als Unternehmen in Schwierigkeiten, wenn mehr als die Hälfte des gezeichneten Stammkapitals in Folge aufgelaufener Verluste verloren gegangen ist.

**Wichtig:** Hierbei sind Rücklagen und alle sonstigen Elemente zu berücksichtigen, die gewöhnlich dem Eigenkapital zugerechnet werden. Dazu können auch Sonderposten für Investitionszuschüsse oder ähnlich bezeichnete Positionen (i. d. R. anteilige Zurechnung) sowie atypisch stille Beteiligungen und Genussrechte (je nach Ausgestaltung) gehören.

Zu den zu berücksichtigenden Eigenmitteln gehören auch alle eigenkapitalersetzenden Mittel. Hierzu zählen insbesondere Gesellschafterdarlehen, wenn diese mit einem Rangrücktritt versehen sind. Diesen gleichgestellt sind Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen; vgl. § 19 Abs. 2 S. 2 InsO „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“.

Gleiches kann entsprechend für beschränkte Patronatserklärungen oder sonstige Sicherungsmittel oder für sonstige Verlustausgleichsverpflichtungen (z.B. für Verlustübernahmeregelungen nach § 302 AktG oder ähnliche Regelungen) gelten.

**Sonderfall:** Sollte sich nach Berücksichtigung der o. a. Rücklagen und sonstiger Elemente herausstellen, dass das Stammkapital zu mehr als der Hälfte aufgebraucht ist, ist im Folgenden zu prüfen, ob dem Unternehmen weitere Mittel zur Verfügung stehen, „die im Allgemeinen den Eigenmitteln des Unternehmens zugerechnet werden“.

Dies kann dann der Fall sein, wenn das Unternehmen zwar bilanziell überschuldet ist, aber nach deutschem Insolvenzrecht nicht insolvenzantragspflichtig ist, weil es über erhebliche stille Reserven verfügt. In diesem Fall ist es allerdings unzulässig, einzelne stille Reserven aufzudecken. Es ist vielmehr das Vermögen der Gesellschaft unter Ansatz von Liquidationswerten unter Einbeziehung der stillen Reserven festzustellen. Dann ist zu prüfen, ob dieses so festgestellte Vermögen ausreicht, nicht nur die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu 100 % zu decken, sondern auch noch mindestens 50 % des Stammkapitals verbleibt. D. h.: In diesem besonderen Fall ist eine Überschuldungsbilanz nach den insolvenzrechtlichen Regelungen, also zu Zerschlagungswerten (Liquidationswerten) zu erstellen.

Ist bei diesem Sonderfall zum Stichtag 31.12.2019 noch mindestens 50 % des Stammkapitals erhalten, erhielten also nach Liquidation die Gesellschafter noch mindestens 50 % ihrer Einlage, handelt es sich nicht um ein Unternehmen in Schwierigkeiten.

Ob die o. a. beispielhaft aufgeführten Voraussetzungen für eine Zurechnung zum Eigenkapital gegeben sind, ist im Falle von erforderlichen Bescheinigungen durch einen Steuerberater zu bewerten und bei der Bescheinigung zu berücksichtigen und zu dokumentieren.

### Beispiele:

a)

Stammkapital	100 T€
z. B. Kapitalrücklage	+ 10 T€
Gewinnvortrag/ Verlustvortrag	- 40 T€
Jahresüberschuss/ Jahresfehlbetrag	- 45 T€
Ergebnis	25 T€
	25 < 50
→ Unternehmen in Schwierigkeiten	

b)

Stammkapital	100 T€
z. B. Kapitalrücklage	+ 10 T€
Gewinnvortrag/ Verlustvortrag	- 40 T€
Jahresüberschuss/ Jahresfehlbetrag	- 45 T€
Zwischenergebnis	25 T€
Sonstige Eigenmittel, z.B. atypisch stille Beteiligung je nach Ausgestaltung	+ 10 T€
Zwischenergebnis	35 T€
Eigenkapitalersetzende Mittel, z. B. Gesellschafterdarlehen mit Rangrücktritt	15 T€
Ergebnis	50 T€
	50 = 50
→ wegen des Erfordernisses „mehr als die Hälfte“ kein Unternehmen in Schwierigkeiten	

### **III. 2. Gesellschaften, bei denen zumindest ein Gesellschafter unbeschränkt für die Schulden der Gesellschaft haftet**

Bei Gesellschaften, bei denen zumindest ein Gesellschafter unbeschränkt haftet (z. B. KG und OHG) und die länger als 3 Jahre bestehen, handelt es sich dann um ein Unternehmen in Schwierigkeiten, wenn mehr als die Hälfte der in den Geschäftsbüchern ausgewiesenen Eigenmittel infolge aufgelaufener Verluste verloren gegangen sind.

Diese Regelung gilt grundsätzlich auch für Gesellschaften bürgerlichen Rechts und Einzelunternehmer. Eine OHG entsteht in Abgrenzung zur GbR bereits mit dem Betrieb

eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma. Entstehungsvoraussetzung ist nicht die Eintragung ins Handelsregister (Dies gilt nicht für Kleingewerbetreibende und auch nicht für all jene, die kein Handelsgewerbe im Sinne des § 1 HGB betreiben, z. B. Freiberufler).

Die Definition "Unternehmen in Schwierigkeiten" in Art. 2 Nr. 18 lit. b AGVO stellt auf die in den Geschäftsbüchern ausgewiesenen Eigenmittel ab. Es kommt also zunächst auf die Buchwerte an – und darauf basierend auf das Vermögen der Gesellschaft oder des Einzelkaufmanns. In den Geschäftsbüchern ist das Vermögen der Gesellschaft oder des Einzelkaufmanns in der Regel dann vollständig ausgewiesen, wenn sie der Buchführungspflicht gemäß §§ 238 HGB ff. unterliegen.

Befreit von der Buchführungspflicht gemäß §§ 238-241 HGB, jedoch nicht von der steuerlichen Aufzeichnungspflicht, sind gemäß § 241 a HGB Einzelkaufleute, jedoch nicht Gesellschaften, die an den Abschlussstichtagen von zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren nicht mehr als 600.000,00 € Umsatzerlöse und jeweils nicht mehr als 60.000,00 € Jahresüberschuss aufweisen. Haben sich die Einzelkaufleute in den vergangenen Jahren der Anwendung der §§ 238-241 HGB ausweislich ihrer Jahresabschlüsse freiwillig unterworfen, gilt diese Befreiung nicht.

Bei Einzelkaufleuten, die gemäß § 241a HGB von der Buchführungspflicht befreit sind und sich den Regelungen in §§ 238-241 HGB in der Vergangenheit nicht freiwillig unterworfen haben, wird beispielsweise durch eine Einnahmenüberschussrechnung gemäß § 4 Abs. 3 EStG das Betriebsvermögen aktivseitig wie passivseitig (z. B. Forderungen und Verbindlichkeiten) nicht vollständig ausgewiesen. Bei diesen Einzelkaufleuten kann das Betriebsvermögen nicht vollständig abgebildet werden, sodass es bei diesem nur auf das Kriterium gemäß Art. 2 Nr. 18 lit. c AGVO ankommen kann (siehe unten).

Bei Einzelunternehmen, die nicht der Buchführungspflicht unterliegen, ist mithin lediglich zu prüfen, ob Zahlungsunfähigkeit vorliegt. Dies gilt u. a. a. für die freien Berufe der Wissenschaft und der Kunst, soweit sie nicht kraft Rechtsform anders zu behandeln sind.

**Wichtig:** Bei Einzelkaufleuten sind nur die dem jeweiligen Unternehmen zuzuordnenden Wirtschaftsgüter (inklusive der dem Unternehmen zugehörigen Verbindlichkeiten) zu berücksichtigen. Zu beachten ist, dass ein Einzelkaufmann mehrere Unternehmen unterhalten kann. Das Privatvermögen des Einzelkaufmanns und seine privaten Verbindlichkeiten sind nicht relevant. Auch mit dem Handelsgewerbe nicht in Verbindung stehende Tätigkeiten aus Vermietung und Verpachtung sind nicht zu berücksichtigen.

Beispiel:

Betrieblich angeschaffte, hergestellte oder eingelegte Wirtschaftsgüter	500 T€
Betriebliche Finanzmittel	200 T€
sämtliche Verbindlichkeiten	- 450 T€
Zwischenergebnis	250 T€
Jahresüberschuss/ Jahresfehlbetrag	- 100 T€
Ergebnis	150 T€
	150 > ½ von 250
→ kein Unternehmen in Schwierigkeiten	

Soweit dem Einzelkaufmann oder der Gesellschaft, in der wenigstens eine Person unbeschränkt haftet, andere eigenkapitalähnliche Mittel zur Verfügung stehen, ist dann zu klären, ob diese berücksichtigungsfähig sind.

Hier wird insbesondere zu klären sein, ob aus den Verbindlichkeiten Positionen auszuschließen sind, die nicht Fremdmittel sind (sonstige Eigenmittel) oder die schlicht nicht zu passivieren sind. Das betrifft z. B.

- Verbindlichkeiten, die nur aus künftigen Gewinnen zu tilgen sind;
- Verbindlichkeiten, die mit einem sogenannten Besserungsschein versehen sind, z.B. ausgestaltet als Erlass mit bedingtem Wiederaufleben der Verbindlichkeiten;
- Verbindlichkeiten mit Rangrücktritt, z. B. von Gesellschaftern oder deren nahen Angehörigen oder verbundenen Unternehmen;
- atypisch stille Beteiligungen je nach Ausgestaltung oder Verbindlichkeiten aus Genussrechten je nach Ausgestaltung.

Bei Verbindlichkeiten, die ganz klar auf den ersten Blick Fremdmittel sind, kann sich die Sachlage bei genauerer Prüfung anders darstellen. Es kann sich z. B. bei einem Bankdarlehen, das der Gesellschaft gewährt wurde, nicht um Fremd- sondern um Eigenmittel handeln, wenn die persönlich haftenden Gesellschafter der Bank werthaltige, bankübliche Sicherheiten aus ihrem sonstigen Vermögen gestellt haben, ohne diese die Gesellschaft dieses Darlehen, in Ermangelung eigener werthaltiger Sicherheiten, niemals erhalten hätte (eigenkapitalersetzende Sicherheiten). Die Mitdarlehensnehmereigenschaft des Gesellschafters oder andere Personalsicherheiten, wie Bürgschaft oder Garantie, dürften im Regelfall keine eigenkapitalersetzenden Sicherheiten darstellen, wenn z. B. der persönlich haftende Gesellschafter ohnehin

persönlich haftet. Hier kommen wohl in erster Linie Realsicherheiten, wie Grundschulden oder auch die Verpfändung von persönlichen Bankguthaben oder auch die Abtretung werthaltiger Kapitallebensversicherungen etc. in Betracht.

Von dem Ergebnis der obigen Beispielrechnung sind sodann nach Abzug aller sonstigen Eigenmittel, jene Fremdmittel, für die die Gesellschafter oder auch Dritte für die Gesellschaft werthaltige Sicherheiten gestellt haben, die nicht zum Vermögen der Gesellschaft gehören (eigenkapitalersetzende Sicherheiten), in Abzug zu bringen.

Ergibt sich sodann ein Wert von 50 % oder mehr, so handelt es sich nicht um ein Unternehmen in Schwierigkeiten im Sinne von Art. 2 Nr. 18 lit. b AGVO. Artikel 2 Nr. 18 lit. c AGVO bleibt unberührt.

### **III. 3. Zu Art. 2 Nr. 18 lit. c AGVO: „Insolvenzverfahren“**

Unabhängig von der Rechtsform handelt es sich immer um ein Unternehmen in Schwierigkeiten, wenn dieses Unternehmen Gegenstand eines Insolvenzverfahrens ist.

Gegenstand eines Insolvenzverfahrens ist das Unternehmen bereits dann, wenn lediglich ein Insolvenzantrag beim Insolvenzgericht eingegangen ist.

Ferner handelt es sich immer dann um ein Unternehmen in Schwierigkeiten, wenn das Unternehmen die Voraussetzungen nach innerstaatlichem Recht (Insolvenzordnung) für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens auf Antrag seiner Gläubiger erfüllt.

Dies ist einerseits der Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit gemäß § 17 InsO und die hierzu ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung und andererseits bei juristischen Personen (§ 19 Abs. 1 InsO), nicht rechtsfähigen Vereinen (§ 11 Abs. 1 S. 2 InsO) sowie bei Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit, bei der kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist (§ 19 Abs. 3 S. 1 InsO), jedoch nicht, wenn zu den persönlich haftenden Gesellschaftern eine andere Gesellschaft gehört, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist (§ 19 Abs. 3 S. 2 InsO) der Tatbestand der Überschuldung i.V.m. der hierzu ergangenen Rechtsprechung.

Zu beachten ist, dass das Gesetz zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zur Begrenzung der Organhaftung bei einer durch die



COVID-19-Pandemiebedingten Insolvenz (COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz–COVInsAG) vom 27.03.2020 (BGBl. 2020 I Nr. 14, S. 569), welches am 01.03.2020 rückwirkend in Kraft getreten ist, für die Beurteilung, ob es sich um ein Unternehmen in Schwierigkeiten per **31.12.2019** handelte, unerheblich ist.

Bei Einzelunternehmen, die wie unter III. 3. ausgeführt, nicht der Buchführungspflicht unterliegen, ist lediglich zu prüfen, ob Zahlungsunfähigkeit vorliegt. Dies gilt u. a. a. für die freien Berufe der Wissenschaft und der Kunst, soweit sie nicht kraft Rechtsform anders zu behandeln sind. Bei gemischten Betrieben ist die jeweilige Ausgestaltung zu prüfen. Bei z.B. einer Vertragsarztpraxis, die ein Arzt unterhält und daneben einen Kurbetrieb, dürfte es sich um zwei unterschiedliche Unternehmen handeln, wobei das eine gewerblich ist. Gleiches gilt für die Kleingewerbetreibenden gemäß § 1 Abs. 2 HGB. Auf die Kommentierung und Rechtsprechung hierzu wird verwiesen.