

## **Aktuelle Beihilfefragen in Insolvenzverfahren**

Die Anfragen zur Klärung beihilferechtlicher Sachverhalte haben in den vergangenen Jahren erheblich zugenommen. Zurückzuführen ist diese Entwicklung auf die höhere Prüfungsdichte durch die Europäische Kommission, die immer mehr staatliche Maßnahmen, die einzelne oder mehrere Unternehmen begünstigen, auf verbotene Beihilfen überprüft.

### *Erlass einer Beihilferückforderungsentscheidung*

Kommt die Kommission nach Durchführung eines förmlichen Prüfverfahrens zu dem Ergebnis, dass eine Beihilfe nicht mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist, erlässt sie eine Negativentscheidung, die in den Fällen, in denen die Beihilfe entgegen dem Durchführungsverbot in Art. 88 Abs. 3 EG bereits gewährt wurde, mit einer Rückforderungsentscheidung verbunden wird. Die Rückforderung materiell gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen ist, wie der EuGH in ständiger Rechtsprechung bestätigt hat, die logische Folge der Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt, mit der die durch diese Beihilfe verursachte Wettbewerbsverfälschung aufgehoben werden soll. Die Rückforderung selbst erfolgt nach nationalen Vorschriften, sofern hierdurch die sofortige und tatsächliche Vollstreckung der Kommissionsentscheidung ermöglicht wird. Die Vorschriften des nationalen Rechts sind insoweit im Lichte des Gemeinschaftsrechts auszulegen.

Ist die Rückzahlung aufgrund der wirtschaftlichen Situation des Beihilfeempfängers unmöglich, kann die Kommissionsentscheidung nach Ansicht des EuGH durch die Liquidation des Unternehmens umgesetzt werden. Die Insolvenz des Beihilfeempfängers muss in Kauf genommen werden, selbst wenn damit eine vollständige Rückzahlung nicht erreicht werden kann. Nach Ansicht der Kommission ist die Liquidation nicht ohne Wert für die Wettbewerbsbereinigung. Die Konkurrenten, die durch die gemeinschaftsrechtswidrige Beihilfe geschädigt wurden, bekommen die Gelegenheit, die vom liquidierten Unternehmen hinterlassene Marktlücke auszufüllen und die vom Insolvenzverwalter verkauften Anlagen zu erwerben, um sie effizienter einzusetzen.

### *Verfolgung der Beihilferückforderung in der Insolvenz*

Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Beihilfeempfängers besteht die Verpflichtung des Mitgliedstaates weiter, die Umsetzung der Entscheidung zu betreiben. Die Kommission fordert von der öffentlichen Hand regelmäßig, sich dabei so zu verhalten, wie bei der pflichtgemäßen Eintreibung von

Seite 2

Steuerschulden oder Sozialabgaben. Neben der Verpflichtung, die Forderung zur Insolvenztabelle anzumelden, besteht die Pflicht, alle Gläubigerrechte im Insolvenzverfahren im Interesse der Beihilfenrückforderung wahrzunehmen. Da die Vorschriften der nationalen Insolvenzordnung die Durchsetzung der Beihilfenrückforderungsentscheidung nicht praktisch unmöglich machen dürfen, stehen auch einige Regelungen der 1999 in Kraft getretenen und im Jahr 2001 bereits wieder geänderten Insolvenzordnung auf dem Prüfstand.

Zur Illustrierung der mit der Rückforderungsverpflichtung verbundenen rechtlichen Probleme sollen zwei Fragen zur Rückforderung von Beihilfen in der Insolvenz dargestellt werden, die zur Zeit noch nicht durch die Rechtsprechung des EuGH geklärt sind.

### **Mithaftung für die Beihilferückzahlung im Fall der übertragenden Sanierung ?**

Die Anwendung nationaler Insolvenzvorschriften auf Beihilferückforderungen ist zwar inzwischen vom EuGH bestätigt worden. Auch ein Vorrang gegenüber Forderungen anderer Gläubiger ist nicht geboten. Dennoch können sich insbesondere aus der durch die Insolvenzordnung ermöglichten Betriebsfortführung vielfältige Probleme ergeben. In diesen Fällen ist weder mit einer vollständigen Rückzahlung der Beihilfen noch mit der von der Kommission als Alternative angestrebten Wettbewerbsbereinigung durch das Ausscheiden des Unternehmens vom Markt zu rechnen. Es ist folglich nicht ausgeschlossen, dass die Kommissionsentscheidung ins Leere läuft, da genau die Tätigkeit am Markt fortgeführt wird, die durch den wettbewerbsverzerrenden Eingriff des Staates ermöglicht wurde. Zur Wahrung der effizienten Beihilfekontrolle hält es die Kommission deshalb für erforderlich, denjenigen, der die Betriebstätigkeit des Beihilfeempfängers mit dem übernommenen Vermögen weiterführt, für die Beihilferückforderung unter bestimmten Umständen mithaften zu lassen. Bei dieser Ausweitung des Adressatenkreises der Beihilferückforderung auf Dritte hat die Kommission nur die Fallkonstellationen im Auge, die objektiv eine Umgehung der Beihilfenrückforderungsentscheidung darstellen, so dass nicht in jedem Fall eines Erwerbs von Vermögensgegenständen aus der Insolvenz eines Beihilfeempfängers von einer Rückzahlungspflicht durch den Erwerber auszugehen ist. Es ist vielmehr zwischen folgenden Fallkonstellationen zu differenzieren:

Werden einzelne Vermögensgegenstände nach Durchführung eines transparenten, offenen und bedingungsfreien Bietverfahrens veräußert, ist auch nach Ansicht der

Seite 3

Kommission nicht davon auszugehen, dass die Wettbewerbsverzerrung fortgeführt wird. Anstelle des veräußerten Gegenstandes kommt der vereinnahmte Kaufpreis der Masse als Gegenwert zugute. Werden die Vermögensbestandteile dagegen nicht zum Marktpreis veräußert, ist davon auszugehen, dass dem Erwerber mit der Veräußerung die gemeinschaftsrechtswidrige Beihilfe zugute kommt, die zurückgefordert werden muss.

Gehört der Beihilfegünstigte zu einer wirtschaftlich integrierten Gruppe und werden die Vermögensgegenstände auf ein anderes Mitglied dieser Gruppe übertragen, besteht aus Sicht der Kommission auch dann die Vermutung, dass die Kommissionsentscheidung umgangen werden soll, wenn ein *Marktpreis* entrichtet wird, da die Wettbewerbsverzerrung in dieser Konstellation dennoch fortgesetzt werde. Die Kommission geht deshalb davon aus, dass alle begünstigten Mitglieder der Gruppe für die Beihilferückforderung haften.

Führt ein unabhängiger Dritter den *beihilfeninfinzierten* Betrieb durch Übernahme des Vermögens aus der Insolvenz heraus weiter, prüft die Kommission anhand "objektiver Kriterien", ob ihre Entscheidung damit umgangen wird. Diese "objektiven Kriterien", die auf eine Umgehung schließen lassen, hat die Kommission bisher nicht abschließend ermittelt. In den bislang entschiedenen Fällen betrafen sie den Umfang und die Bedingungen der Übertragung, den Kaufpreis sowie den zeitlichen Zusammenhang zwischen Veräußerung der Aktiva und Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens. Die Kommission geht bei Vorliegen dieser Kriterien davon aus, dass die Veräußerung der Vermögensbestandteile zu einer Umgehung der Kommissionsentscheidung führt. Sie kehrt damit praktisch die Beweislast um, die sie normalerweise im Rahmen der Beihilfeprüfung bei der Bestimmung des Begünstigten trifft. Es wird mit Spannung erwartet, ob der EuGH diese Arbeitserleichterung für die Kommission absegnet. Ein Gegenbeweis scheint nur dann erfolgreich geführt werden zu können, wenn nachgewiesen wird, dass die Vermögensgegenstände des ursprünglichen Beihilfeempfängers in einem transparenten, offenen und bedingungsfreien Bietverfahren am Markt und damit den möglicherweise geschädigten Wettbewerbern angeboten wurden und der besten Bieter unter Berücksichtigung der Zerschlagungsvariante den Zuschlag erhielt.

Im Fall der Mithaftung des Erwerbers für die Beihilferückforderung verlangt die Kommission, dass der ursprüngliche Beihilfeempfänger und der Erwerber

Seite 4

gesamtschuldnerisch in Anspruch genommen werden. Aus Verhältnismäßigkeitsgründen wird überlegt, den Erwerber aber nur in Höhe des Wertes des übernommenen Vermögens haften zu lassen, ein Grundsatz, der sich an den früheren § 419 BGB anlehnt.

Die Möglichkeit der Haftungserweiterung auf Dritte macht deutlich, dass in der due-dilligence nicht nur beim Share-deal sondern auch beim Asset-deal mit dem Ziel der Betriebsfortführung aus der Insolvenz die beihilferechtliche Vergangenheit genau beleuchtet werden muss, um Rückforderungsrisiken auszuschließen. Es kann sich auch empfehlen, die Kommission frühzeitig in ein Veräußerungsverfahren einzubinden.

#### **Durchführung eines Insolvenzplanverfahrens trotz Beihilferückforderung?**

Insolvenzverwalter und Schuldner haben gemäß §§ 217 ff InsO die Möglichkeit, dem Insolvenzgericht einen Insolvenzplan vorzulegen, der die Rechtsstellung der Beteiligten ändert. Zur Annahme des Insolvenzplans müssen die Gläubiger mehrheitlich in zuvor nach sachgerechten Kriterien gebildeten Gruppen zustimmen. Für die öffentliche Hand als Gläubiger der Beihilferückforderung stellt sich die Frage, unter welchen Umständen einem Insolvenzplan zugestimmt werden kann.

Der EuGH hat jüngst in einem spanischen Fall, in dem die öffentliche Hand im Rahmen einer Umschuldung auf eine Forderung verzichtet hat, wieder entschieden, dass sich das Verhalten der öffentlichen Hand daran messen lassen muss, ob sich ein privater Gläubiger in dieser Situation genauso verhalten hätte. Dieser Ansatz könnte auch auf das Insolvenzplanverfahren übertragen werden. Beinhaltet demnach der Insolvenzplan einen Teilverzicht auf die Beihilferückforderung, so müsste die öffentliche Hand genau wie jeder andere Gläubiger eine kaufmännische Abwägung zwischen dem Betrag aus dem Insolvenzplan und dem Betrag vornehmen dürfen, den sie bei einer quotalen Befriedigung erlangen könnte. Diese Frage ist bisher jedoch weder von der Kommission noch höchstrichterlich geklärt worden.

Wesentlich problematischer erscheinen die Insolvenzpläne, die überhaupt keine Beihilferückzahlung vorsehen. Eine Zustimmung erscheint ausgeschlossen, da die Rückforderung durch eine Entscheidung der Kommission angeordnet wird und damit insoweit der Dispositionsfreiheit des Mitgliedstaates entzogen wird. Auch ein

Seite 5

Überstimmen durch *geschickte* Gruppenbildung oder ein Ersetzen der Zustimmung qua Obstruktionsverbot gemäß § 245 InsO ist beihilferechtlich bedenklich, da die von der Kommission mit der Beihilfenrückforderungsentscheidung geahndete Wettbewerbsverzerrung weder durch die vollständige Rückzahlung der Beihilfen, noch die Einstellung der unternehmerischen Tätigkeit noch durch das oben geschilderte Anbieten der Vermögensgegenstände des begünstigten Unternehmens am Markt beendet wird. Solange der EuGH nicht über die Vereinbarkeit von Insolvenzplänen mit dem Gemeinschaftsrecht entschieden hat, sollte der Versuch unternommen werden, im Einzelfall trotz der Hürden, die die neue Verfahrensverordnung aufstellt, eine Unbedenklichkeitsbestätigung der Kommission zu erlangen.