

Das Schicksal von Fördermitteln für Start-ups und andere Wachstumsunternehmen bei M&A-Transaktionen – Wird Wohltat zur Plage?

Kleine und mittlere Unternehmen (KMU) sind häufig Zielgesellschaften von Unternehmenskäufen. Die Übernahme sichert ihre Fortführung und erweitert die Perspektiven am Markt. Gerade auch Start-ups werden in vielen Fällen durch Fördermittel unterstützt. Werden die Förderungen nachträglich rechtswidrig und müssen zurückgewährt werden, wenn das Unternehmen infolge eines Unternehmenskaufs seinen KMU-Status verliert? Diese Fragen betreffen sowohl EU-Recht als auch die Rechte der Mitgliedsstaaten. Die Autoren untersuchen sie mit Blick auf due diligence und Vertragsgestaltung beim Unternehmenskauf.

I. Einleitung

Staatliche Fördermaßnahmen sind sowohl für KMUs¹⁾ als auch für größere und Großunternehmen von wichtiger Bedeutung.²⁾ Sie kommen nicht nur in Einzelfällen vor, sondern gehören zu den Standardinstrumenten der Wirtschaftspolitik und Unternehmensentwicklung. Im Rahmen der freien Marktwirtschaft gibt es gesellschaftliche (Klimaschutz), gesamtwirtschaftliche (Digitalisierung, Senkung CO₂-Ausstoß, Energieeinsparung), branchenbezogene oder regionale Förderziele. So kommt eine Vielzahl von Unternehmen in den Genuss von Fördermitteln. Meist sind es dynamisch wachsende Unternehmen mit innovativen Produkten. Die Fördermittel sind an bestimmte Förderzwecke gebunden, wie z. B. die Senkung des Energieverbrauchs. Soweit Fördermittel KMUs gewährt werden, erfolgt die KMU-Förderung entweder als Hauptzweck,³⁾ oder es werden sog. KMU-Zuschläge neben einem anderen Hauptzweck der Förderung zusätzlich gewährt. Eine Förderung in Höhe von beispielsweise 30 % für Investitionen in Energieeff-

izienzmaßnahmen kann um entweder 10 Prozentpunkte (für mittelgroße Unternehmen) oder 20 Prozentpunkte (für kleine Unternehmen) erhöht werden.⁴⁾ Grund für die KMU-Förderung ist einerseits deren gesamtwirtschaftliche Bedeutung, zum anderen deren Beitrag zu Wachstum und Innovation. Dies gilt in besonderem Maße für Start-ups, deren Geschäftskonzepte neben den VC-Investoren insbesondere auch der staatlichen Förderung bedürfen.

Dieser Beitrag befasst sich speziell mit den Auswirkungen von Unternehmenskäufen auf die Förderung von KMU. Für diese ist der Anteil der Fördergelder am Gesamtfinanzierungsvolumen viel größer als bei anderen Unternehmen. Dies gilt in be-

**) Dr. Hermann Knott, LL.M. (UPenn), Rechtsanwalt und Attorney-at-Law (New York), ist Partner von KUNZ Rechtsanwälte, Köln; Rechtsanwalt Christoph von Donat ist Partner der Kanzlei Müller-Wrede & Partner, Berlin. – Die Autoren danken Herrn Dr. Martin Winkler, M.Jur. (Oxford), LL.M./Maitrise en droit (Paris I) herzlich für die vielfältige Unterstützung und zahlreichen vorbereitenden Arbeiten für diesen Aufsatz.*

1) S. nachfolgend im Text zu deren EU-weiter Definition.

2) Im Jahr 2019 sind laut dem Transparenzregister der EU (<https://webgate.ec.europa.eu/competition/transparency/public?lang=de>) alleine 1748 KMU mit über 500.000 € gefördert worden. Im Register des Landes NRW (<https://www.efre.nrw.de/daten-fakten/liste-der-vorhaben/>) sind für das Jahr 2019 allein 949 Unternehmen mit durchschnittlicher Förderung von ca. 450.000 € aufgeführt.

3) Siehe das EU-Programm: Competitiveness of Enterprises and Small and Medium-sized Enterprises (COSME) https://ec.europa.eu/growth/smes/cosme_en.

4) Siehe beispielsweise Art. 38 Abs. 4 und 5 VO (EU) Nr. 651/2014 der Kommission v. 17. 6. 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (im Folgenden: AGVO); laut Mitteilung der EU-Kommission wurde die eigentlich Ende 2020 ablaufende Geltung der AGVO bis 2023 verlängert https://ec.europa.eu/germany/news/20200702-beihilferegeln-corona_de.

sonderem Maße für Start-ups. Außerdem sind KMU – und hier auch wieder insbesondere Start-ups – viel häufiger das Ziel von Unternehmensübernahmen, die den Verlust der KMU-Stellung mit sich bringen können.

KMU werden für Zwecke des EU-Rechts in Art. 2 Nr. 2 in Verbindung mit Anhang 1 der AGVO (nachfolgend als ‚*KMU-Definition*‘ in Bezug genommen) definiert als Unternehmen, die weniger als 250 Personen beschäftigen und die entweder einen Jahresumsatz von höchstens 50 Mio. € erzielen oder deren Jahresbilanzsumme sich auf höchstens 43 Mio. € beläuft. Diese KMUs entwickeln sich typischerweise dynamisch. Im Verlauf dieses Prozesses werden KMUs häufig von Nicht-KMUs übernommen oder sie schließen sich auf andere Weise mit einem industriellen oder finanziellen Partner zusammen. Wird das KMU im Rahmen eines Unternehmenskaufs erworben, fällt seine Eigenschaft als KMU meistens weg, weil das KMU aufgrund der nach Art. 3 Anhang 1 der AGVO erfolgenden Konzernbetrachtung förderungsrechtlich nicht mehr als eigenständiges Unternehmen⁵⁾ anzusehen ist und die vorgenannten Kennzahlen im konzernrechtlichen Verbund mit dem Käufer die relevanten Schwellen übersteigen.

Wie sich diese Veränderung darauf auswirkt, ob das KMU bereits gewährte und (ggf. teilweise) bereits genutzte Fördermittel behalten darf oder zurückgewähren muss, ist Gegenstand dieses Beitrags. Dabei soll nicht der Frage nachgegangen werden, ob im Zusammenhang mit M&A-Transaktionen von Anfang an rechtswidrig gewährte Subventionen zurückverlangt werden können. Dieses Thema war bereits Gegenstand zahlreicher Veröffentlichungen.⁶⁾ Dagegen wurde die hier zu besprechende, für die Praxis der *due diligence* und der Gestaltung des Unternehmenskaufvertrags sehr relevante Konstellation bislang kaum diskutiert:⁷⁾ Die Gewährung der Beihilfe ist rechtmäßig, aber irgendwann vor Abschluss der Investitionsphase wird das geförderte Unternehmen veräußert und verliert dadurch seinen KMU-Status. Ist die Beihilfe vollständig verwendet und wird das Unternehmen erst danach erworben, stellt sich die Frage der Rückforderung nicht.

Zunächst soll kurz der EU-beihilferechtliche Kontext sowie die Regelungen des deutschen Förderrechts im Hinblick auf eine Rückforderung der Fördermittel für die hier relevante Fallgestaltung dargestellt werden (Ziff. II). Daran schließt sich die Untersuchung der nach dem Recht des Unternehmenskaufs sehr wichtigen Frage an, wie sich das Risiko des Verlusts des KMU-Status auf die *due diligence* des Käufers und die Auskunftspflichten des Verkäufers auswirkt. Außerdem geht es darum, welche Regelungen im Hinblick auf das Risiko der Rückforderung von Beihilfen für den Unternehmenskaufvertrag zu empfehlen sind. Dabei ist zwischen *asset* und *share deal* zu unterscheiden (Ziff. III und IV). Im Anschluss daran wird – nach kurzer Darstellung der Besonderheiten, wenn EU-Förderrecht anwendbar ist (Ziff. V) – darauf eingegangen, wie sich die Ergebnisse der rechtlichen Untersuchungen auf die Vertragsgestaltung auswirken (Ziff. VI).

II. Die für M&A Transaktionen relevanten Grundlagen des EU-Beihilferechts sowie des nationalen Förderrechts

Hinsichtlich der Rückforderung von Fördermitteln sind zum einen das sog. EU-Beihilferecht und zum anderen das für die nationale bzw. regionale Subventionsbehörde maßgebliche na-

tionale Recht zu berücksichtigen. Das EU-Beihilferecht ist seinen Grundsätzen nach in den Art. 107 ff. AEUV⁸⁾ geregelt. Danach sind von den EU-Mitgliedsstaaten gewährte Beihilfen grundsätzlich verboten, weil sie den fairen Wettbewerb im Binnenmarkt beeinträchtigen. Ausnahmsweise können sie von der EU-Kommission genehmigt werden, sofern sie mit dem Binnenmarkt vereinbar sind. Mit dem Binnenmarkt vereinbar sind nach den Ausnahmen in Art. 107 Abs. 2 AEUV vom Verbot der Gewährung von Beihilfen zum Ausgleich bestimmter Härten (z. B. infolge von Naturkatastrophen). Nach den im Ermessen der EU-Kommission stehenden Ausnahmen in Art. 107 Abs. 3 AEUV kann diese Beihilfen beispielsweise zum Ausgleich struktureller Unterschiede in den Mitgliedsstaaten mit dem Binnenmarkt für vereinbar erklären. Das grundsätzlich bestehende Beihilfeverbot erfordert eine vorab durchzuführende Mitteilung (Notifikation) von geplanten Beihilfen seitens der jeweiligen Mitgliedstaaten an die EU-Kommission. Dementsprechend dürfen sie auch nicht gewährt werden, bis die EU-Kommission über deren Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt entschieden hat.⁹⁾ Zudem kontrolliert die EU-Kommission, ob Beihilfen möglicherweise missbräuchlich verwendet werden. Ohne Genehmigung im Einzelfall sind Beihilfen nur zulässig, wenn sie von einer Beihilferegelung (Programm-genehmigung im Sinne einer generellen Freistellung¹⁰⁾) gedeckt sind oder durch einen Rechtsakt der EU-Kommission von der Notifizierungspflicht freigestellt sind. Für die Förderung von KMU werden regelmäßig die Freistellungstatbestände der AGVO und der Verordnung, die de minimis-Beihilfen regelt,¹¹⁾ genutzt.

5) Nach Art. 3 Abs. 1 Anhang 1 zur AGVO ist ein eigenständiges Unternehmen jedes Unternehmen, das nicht Partnerunternehmen oder als verbundenes Unternehmen gilt. Gem. Art. 3 Abs. 2 Anhang 1 AGVO sind „Partnerunternehmen“ alle Unternehmen, die nicht als verbundene Unternehmen gelten und zwischen denen folgende Beziehung besteht: Ein Unternehmen (das vorgeschaltete Unternehmen) hält – allein oder gemeinsam mit einem oder mehreren verbundenen Unternehmen -25 % oder mehr des Kapitals oder der Stimmrechte eines anderen Unternehmens (des nachgeschalteten Unternehmens). Gem. Art. 3 Abs. 3 Anhang 1 zur AGVO sind „Verbundene Unternehmen“ Unternehmen, die zueinander in einer der folgenden Beziehungen stehen:

- a) ein Unternehmen hält die Mehrheit der Stimmrechte der Anteilseigner oder Gesellschafter eines anderen Unternehmens;
- b) ein Unternehmen ist berechtigt, die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsgremiums eines anderen Unternehmens zu bestellen oder abzurufen;
- c) ein Unternehmen ist gemäß einem mit einem anderen Unternehmen geschlossenen Vertrag oder aufgrund einer Klausel in dessen Satzung berechtigt, einen beherrschenden Einfluss auf dieses Unternehmen auszuüben;
- d) ein Unternehmen, das Aktionär oder Gesellschafter eines anderen Unternehmens ist, übt gemäß einer mit anderen Aktionären oder Gesellschaftern dieses anderen Unternehmens getroffenen Vereinbarung die alleinige Kontrolle über die Mehrheit der Stimmrechte von dessen Aktionären oder Gesellschaftern aus.

6) *Verse/Würmnest*, ZHR 167 (2003), 403; *Soltész/Schädle*, BB 2008, 510; *Soltész/Imgenberg*, BB 2020, 194.

7) Abgesehen von einer einzigen Publikation von *Töpfer/Butler*, ZIP 2003, 1677, von der sich dieser Beitrag durch die Berücksichtigung aktueller Rechtsprechung abhebt, wird die hier dargestellte Konstellation nicht behandelt.

8) Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) In der Fassung der Bekanntmachung v. 9. 5. 2008; Die Bundesrepublik Deutschland hat dem Vertrag von Lissabon mit Gesetz v. 8. 10. 2008 (BGBl II, 1038) zugestimmt; Inkrafttreten am 1. 12. 2009, siehe Bek. v. 13. 11. 2009 (BGBl II, 1223).

9) So war es z. B. auch bei den Maßnahmen des Corona-Hilfsprogramms: Kommission, Entsch. v. 24. 03. 2020, https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_56814.

10) Mit Freistellung ist in diesem Kontext stets die generelle oder für den Einzelfall gewährte Befreiung einer Beihilfe vom im Übrigen bestehenden Verbot der Gewährung von Beihilfen gemeint.

11) VO (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission vom 18. Dezember 2013 über die Anwendung der Art. 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen.

Eine Legaldefinition des Begriffs der Beihilfe im Sinne des Europarechts besteht nicht. In Anlehnung an eine Kommentardefinition kann eine Beihilfe jede im Vergleich zu den allgemein bestehenden Markt- und Rechtsbedingungen begünstigend wirkende Maßnahme sein, die öffentliche Finanzmittel belastet.¹²⁾ Sie ist damit deutlich weiter gefasst als der deutsche Subventionsbegriff.¹³⁾

In Art. 1 lit. f) EU-BeihilfeVerfVO¹⁴⁾ ist geregelt, dass eine Beihilfe, die unter Missachtung des Notifizierungsverfahrens gewährt wurde, von Anfang an rechtswidrig ist. Nach Art. 16 Abs. 1 EU-BeihilfeVerfVO ist die EU-Kommission hinsichtlich rechtswidrig gewährter und mit dem Binnenmarkt unvereinbarer Beihilfen grundsätzlich verpflichtet, durch Beschluss festzustellen, dass der betreffende Mitgliedstaat alle notwendigen Maßnahmen zu ergreifen hat, um die Beihilfe vom Empfänger zurückzufordern. In der Konstellation, in der der im Zeitpunkt der Bewilligung gegebene KMU-Status infolge eines späteren Unternehmenskaufs entfällt, stellt sich dann die Frage, ob die Förderung dadurch nachträglich insgesamt rechtswidrig werden kann, weil der KMU-bezogene Förderzweck weggefallen ist. Für die Beurteilung dieser Frage ist auf einer ersten Stufe das EU-Beihilfenrecht und auf einer zweiten Stufe das nationale Recht des jeweiligen Mitgliedsstaats maßgeblich. Die Rückforderung selbst erfolgt nämlich nach nationalem Verfahrensrecht. Weiterhin soll die statistisch gesehen häufiger vorkommende Konstellation¹⁵⁾ analysiert werden, in der die Fördermittel aus EU-Mitteln mitfinanziert werden,¹⁶⁾ insbesondere aus dem Europäischen Fonds für regionale Entwicklung. Insoweit ist dann zusätzlich noch das EU-Förderrecht zu beachten. Dieses ist vom EU-Beihilferecht zu trennen.

Eine Legaldefinition des Begriffs der Subvention gibt es im deutschen Recht nicht. Als Subventionen werden vermögenswerte Zuwendungen oder Vergünstigungen bezeichnet, die die öffentliche Hand zur Förderung eines im öffentlichen Interesse liegenden Zwecks im hier relevanten Zusammenhang an private Unternehmen vergibt.¹⁷⁾ Nach deutschem Recht können Subventionen in der Form eines Bewilligungsbescheids sowie eines öffentlich- oder privatrechtlichen Vertrags gewährt werden. In unserem Beispielfall (Unternehmenskauf vor Abschluss einer geförderten Maßnahme) betrifft der Bewilligungsbescheid eine mehrschichtige Subvention: Danach bestehen die Förderungszwecke zum einen in einem allgemeinen Zweck (z. B. Energieeffizienz, Art. 38 AGVO), welcher auch von anderen Unternehmen unabhängig von seiner Größe verfolgt werden kann; zum anderen in der Förderung mit Bezug auf den KMU-Status, weswegen ein zusätzlicher Aufschlag gewährt werden kann.

In den allgemeinen Nebenbestimmungen zu dem Bewilligungsbescheid ist regelmäßig eine Mitteilungspflicht des Zuwendungsempfängers gegenüber der Bewilligungsbehörde vorgesehen. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass sich der Verwendungszweck oder sonstige für die Bewilligung der Zuwendung maßgebliche Umstände ändern oder wegfallen, oder falls sich herausstellt, dass der Verwendungszweck gar nicht oder mit der bewilligten Zuwendung nicht zu erreichen ist.¹⁸⁾ Außerdem ist in den allgemeinen Nebenbestimmungen regelmäßig ein Prüfungsrecht der Bewilligungsbehörde verankert. Dabei

handelt es sich um ein Mittel der Behörde, mit dem sichergestellt werden soll, dass die Subvention zweckentsprechend verwendet wird. Aufgrund dieses Prüfungsrechts ist die Bewilligungsbehörde berechtigt, Bücher, Belege und sonstige Geschäftsunterlagen anzufordern sowie die Verwendung der Zuwendung durch örtliche Erhebungen¹⁹⁾ zu prüfen oder durch Beauftragte prüfen zu lassen.²⁰⁾ Die Bewilligungsbehörde dürfte sich nach Erfahrungen aus der Vergangenheit auf den Standpunkt stellen, dass der Erwerb eines KMU durch ein Nicht-KMU einen die Mitteilungspflicht auslösenden Umstand darstellt.

III. Rückforderung einer Förderung infolge des Verlustes des KMU-Status beim Anteilskauf (*share deal*)

Zunächst soll in Bezug auf die hier relevante Fallgestaltung – Rückforderung der Fördermittel wegen Verlust des KMU-Status infolge eines Unternehmenskaufs – ein Anteilskauf (*share deal*) näher untersucht werden. Dabei werden zunächst die materiell-rechtliche Berechtigung der Rückforderung der Subvention und sodann verfahrensrechtliche Aspekte untersucht.

1. Rückforderbarkeit der Zuwendung

Hinsichtlich der materiell-rechtlichen Beurteilung eines Anspruchs auf Rückforderung einer Förderung stellt sich zunächst die Frage, inwieweit in unserer Konstellation EU-Beihilferecht und inwieweit deutsches Verwaltungsrecht maßgeblich ist.

1.1 Beurteilung nach EU-Beihilferecht

Ausgangspunkt in unserer Konstellation kann zum einen eine Förderung mit freigestellten Investitionsbeihilfen für Energieeffizienzmaßnahmen nach Art. 38 AGVO sein, die einen KMU-Zuschlag gem. Art. 38 Abs. 5 AGVO enthält. Maßgeblich für die Freistellung ist das Vorliegen der in der AGVO genannten Voraussetzungen. Sollte eine Beihilfe auf der Basis der AGVO gewährt worden sein, ohne dass die Freistellungsvoraussetzungen vorliegen, so hat die EU-Kommission die Befugnis, nachträglich das Beihilfekontrollverfahren einzuleiten,²¹⁾ das bei Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt regelmäßig einen Rückforderungsbeschluss zur Folge hat. Nach der Rechtsprechung des EuGH hat die mitgliedstaatliche Einrichtung, die die Beihilfe gewährt hat (Bewilligungsbehörde), die Mittel

12) *Vedder/Heintschel von Heinegg*, Europäisches Unionsrecht, 2. Aufl., 2018, Art. 107 AEUV Rz. 7.

13) *Heidenbain*, Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, 1. Aufl., 2003, § 3 Rz. 2.

14) VO (EU) 2015/1589 des Rates v. 13. 7. 2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, („EU-BeihilfeVerfVO“).

15) 2017 wurden KMUs in Deutschland durch staatliche Mittel mit ca. 1,066 Mrd. € subventioniert; durch die EU mit ca. 5,8 Mrd. € siehe dazu 27. Subventionsbericht, Drucks. 19/15340, Übersicht 10, S. 55.

16) *von Wallenberg/Schütte*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 69. EL 2/2020, Art. 107 AEUV Rz. 128.

17) *Matzen*, in: *Knott*, Unternehmenskauf, 6. Aufl., 2019, Rz. 1207.

18) Siehe Art. 5 Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung (ANBest-P) NRW https://www.brd.nrw.de/wirtschaft/wirtschafts_arbeitsmarkt_foerderung/pdf/ANBest-P.pdf.

19) Dabei handelt es sich um Sachverhaltsermittlungen vor Ort, die für die Prüfungsentscheidung von Relevanz sein können vgl. *Nomos-BR/von Lewinski/Burbat*, BHO, 1. Aufl., 2013, § 94 Rz. 5.

20) Siehe Art. 7 ANBest-P NRW.

21) *Nowak*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., 2016, Art. 10 AGVO Rz. 1.

aber bereits vor einem derartigen Beschluss aus eigener Initiative zurückzufordern, wenn sie bemerkt, dass die Freistellungsbedingungen nicht vorliegen.²²⁾

Es sind daher für beide Fördertatbestände die Fragen zu beantworten, zu welchem Zeitpunkt ein KMU nach Unionsrecht bei einem *share deal* seinen KMU-Status verliert und zu welchem Zeitpunkt und über welchen Zeitraum der KMU-Status als Freistellungsbedingung gegeben sein muss.

1.1.1 Verlust des KMU-Status

Die Frage des Zeitpunkts der Änderung des KMU-Status stellt sich vor dem Hintergrund, dass ein Unternehmen den KMU-Status gem. Art. 4 Abs. 2 der KMU-Definition grundsätzlich erst verliert, wenn es in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren zu einer Überschreitung der o. g. Schwellenwerte kommt. Nach Auffassung der EU-Kommission gilt diese Bestimmung jedoch nicht bei einer Änderung der Eigentumsverhältnisse.²³⁾ Diese Rechtsauffassung der Kommission erscheint gut vertretbar, auch wenn sie keine Stütze im Wortlaut der KMU-Definition selbst findet. Die Bestimmung in Art. 4 Abs. 2 der KMU-Definition soll den KMU Planungssicherheit verschaffen, wenn sie die Schwellenwerte kurzfristig überschreiten. Die typischen Schwierigkeiten eines KMU bei der Unternehmensfinanzierung, die durch die bevorzugte Behandlung von KMU im EU-Förderrecht und im EU-Beihilferecht ausgeglichen werden soll, sind durch eine kurzfristige Überschreitung der Schwellenwerte nicht zwangsläufig beseitigt. Mit einer Mehrheitsbeteiligung eines größeren Unternehmens kann aber unterstellt werden, dass ohne eine zeitliche Verzögerung ein verbesserter Zugang zum Kapitalmarkt erreicht werden kann. Diese Argumentation wird auch durch die ständige EuGH-Rechtsprechung gestützt: Bei der Beurteilung des KMU-Status seien nicht allein die formalen Voraussetzungen der KMU-Definition heranzuziehen. Vielmehr sei zu berücksichtigen, dass das in der KMU-Definition enthaltene Kriterium der Unabhängigkeit eines Unternehmens dazu dient, die wirtschaftliche Realität der KMU besser zu erfassen und auf diese Weise solche Unternehmen aus dieser Kategorie auszuklammern, die über eine stärkere Wirtschaftskraft als ein KMU verfügen. Die Privilegierung der KMU bei der Förderung soll ausschließlich den Unternehmen zugutekommen, die sich in der Situation eines KMU befinden.²⁴⁾

Mit Wirksamkeit des Erwerbs von Anteilen beim Unternehmenskauf, mit dem der Käufer die Mehrheit der Geschäftsanteile am Zielunternehmen erwirbt, werden Käufer und Zielgesellschaft „verbundene Unternehmen“ i. S. v. Art. 3 Abs. 3 KMU-Definition. Wenn die verbundenen Unternehmen zusammen die KMU-Schwellenwerte in Art. 2 der KMU-Definition (weniger als 250 Beschäftigte, max. 50 Mio. EUR Jahresumsatz oder max. 43 Mio. € Jahresbilanzsumme) überschreiten, verliert das Zielunternehmen (spätestens) seinen KMU Status. Vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung ist eine bereits vor Wirksamkeit der Transaktion erfolgende Einbindung des Ziel-KMU in Finanzierungs-, Zulieferer-, Marketing- oder Vertriebsstrukturen im Vorgriff auf einen geplanten *share deal* im Einzelfall kritisch zu würdigen.²⁵⁾ Sobald das Zielunternehmen faktisch in den Unternehmensverbund eingliedert ist, geht es seines KMU-Status verlustig.

1.1.2 Zeitpunkt für das Vorliegen der Freistellungsbedingungen

Die AGVO postuliert in Art. 3, dass die Freistellungsbedingungen erfüllt sein müssen, ohne den Zeitpunkt allgemeingültig zu definieren. In mehreren Bestimmungen stellt sie jedoch auf den „Gewährungszeitpunkt“ ab (z. B. in Art. 5 und 7 AGVO). Der Zeitpunkt der Gewährung ist seinerseits in Art. 2 Nr. 28 AGVO definiert als der Tag, an dem der Beihilfeempfänger einen Rechtsanspruch auf die Beihilfe erwirbt. Die Freistellungsbedingungen müssen daher nicht nur bei Antragstellung, sondern auch noch dann vorliegen, wenn der Bewilligungsbescheid bestandskräftig wird. In dem Zeitraum zwischen Zustellung des Bescheids und seiner Bestandskraft ist der Beihilfeempfänger daher verpflichtet, eine Änderung seines KMU-Status anzuzeigen mit der Folge, dass er die KMU-Zuschläge bzw. die KMU-Förderung ggf. nicht mehr vereinbaren darf. Rechtsfolge einer Statusänderung vor Bestandskraft des Zuwendungsbescheids ist bei der Förderung nach Art. 38 AGVO (Investitionsbeihilfen für Energieeffizienzmaßnahmen) die Reduzierung der Förderung um die KMU-Zuschläge.

1.1.3 Dauer des Vorliegens der Freistellungsbedingungen

Die AGVO sieht Haltefristen für Investitionen und Dauerarbeitsplätze vor (Art. 14 AGVO). Eine ausdrückliche Bestimmung mit dem Inhalt, dass der KMU-Status nach Gewährung der Beihilfe erhalten bleiben muss, existiert dagegen nicht. Ohne eine Rechtsgrundlage für eine nachlaufende Kontrolle kann die EU-Kommission auch bei der nachträglichen Prüfung der Vereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Binnenmarkt nur Tatumstände berücksichtigen, die sich auf den Zeitpunkt beziehen, in dem die Beihilfen gewährt wurden.²⁶⁾

Neben diesem im Verfahrensrecht verankerten Argument spricht aber auch die Zielsetzung einer KMU-Beihilfe bzw. eines KMU-Zuschlags dagegen, dass der KMU-Status des Beihilfeempfängers nach dem Zeitpunkt der Gewährung aufrechterhalten werden muss. Im Erwägungsgrund 40 der AGVO erläutert die EU-Kommission, dass KMU typischerweise Schwierigkeiten bei der Beschaffung von Kapital oder Krediten haben, es ihnen auch an Informationen über neue Technologien oder potenzielle Märkte fehlen kann und ihre Förderung deshalb im Rahmen der AGVO freigestellt wird. Die Förderung soll die typischen Schwierigkeiten des KMU überwinden, ihr Ziel ist es dagegen nicht, den KMU-Status zu perpetuieren.

Eine Beihilfe muss zudem darauf gerichtet sein, einen Anreiz für eine Verhaltensänderung des Beihilfeempfängers zu setzen (Art. 6 AGVO). Das KMU soll durch die Förderung in die Lage versetzt werden, ein Vorhaben durchzuführen, welches es ohne die Beihilfe nicht oder nicht in dem Umfang oder nicht

22) Vgl. EuGH v. 5. 3. 2019 – Rs C-349/17.

23) Vgl. EU-Kommission, Benutzerleitfaden zur Definition von KMU, 2015, S. 16.

24) vgl. EuGH v. 27. 2. 2014 – Rs C-110/13, ZIP 2014, 1065, Rz. 30 – HaTe-Fo, dazu EWiR 2014, 737 (Möller); EuGH v. 29. 4. 2004 – Rs C-91/01, Rz. 49 – SolarTech.

25) Eine solche vorzeitige Eingliederung ist bei kartellrechtlich anmeldepflichtigen Transaktionen vor dem Hintergrund des Vollzugsverbots in jedem Fall zu vermeiden.

26) EuGH v. 3. 10. 1991 – Rs C-261/89, Rz 21 – Italien/Kommission.

zu dem Zeitpunkt durchgeführt hätte. Zu dem Zeitpunkt, zu dem das KMU den Anspruch auf die Förderung erwirbt (z. B. Bestandskraft des Bescheids), soll die Entscheidung des KMU befördert werden, das betreffende Vorhaben durchzuführen. Ereignisse nach der Entscheidung für das Vorhaben sind für die Beihilfegewährung regelmäßig nicht relevant, jedenfalls dann nicht, wenn das Vorhaben tatsächlich in Angriff genommen wurde. Eine ex post Betrachtung, die zu dem Ergebnis kommt, dass das KMU die Förderung möglicherweise nicht gebraucht hätte, weil es nach der Gewährung in eine größere Unternehmensgruppe integriert wurde und die Gruppe ein vergleichbares Vorhaben auch ohne oder mit einer geringeren Förderung hätte durchführen können, ist lediglich hypothetischer Natur. Für die Frage der Rechtmäßigkeit der Beihilfe ist ausschlaggebend, dass sie dem KMU den Anreiz gab, das konkret geförderte Vorhaben in Angriff zu nehmen.²⁷⁾

Die AGVO bietet bei freigestellten Beihilfen daher keine Rechtsgrundlage für eine Rückforderung der KMU-Förderung bzw. der KMU-Zuschläge im Falle eines nachträglichen Verlusts des KMU-Status. Etwas anderes könnte sich nur aus den nationalen oder regionalen Förderprogrammen ergeben, insbesondere, wenn diese Grundlage einer beihilferechtlichen Genehmigung des betreffenden Förderprogramms sind.

1.2 Abgrenzung EU-Beihilferecht und nationales Recht

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob für die Subventionsrückforderung auf nationales Recht zurückgegriffen werden kann. Insofern ist das nationale Förderrecht, welches die Förderkriterien und das Verfahren im Verhältnis zwischen der Bewilligungsbehörde und dem Subventionsempfänger regelt, von dem EU-Beihilferecht, welches als Aufsichtsrecht das Rechtsverhältnis zwischen der EU-Kommission und dem betreffenden Mitgliedstaat betrifft, abzugrenzen.²⁸⁾ Allgemein gesprochen dient das EU-Beihilferecht dem Schutz des Binnenmarkts vor Wettbewerbsverzerrungen durch Fördermaßnahmen der EU-Mitgliedstaaten. Wenn eine Rückforderung nach EU-Beihilferecht nicht geboten ist, so bedeutet dies noch nicht, dass es der Bewilligungsbehörde verwehrt ist, die Subvention zurückzufordern. Vielmehr hat die Bewilligungsbehörde aufgrund haushaltsrechtlicher Vorgaben (vgl. §§ 44, 23 BHO) das Recht, nach nationalem Verwaltungsverfahren die Subvention zurückzufordern, wenn die Förderung nicht zweckentsprechend verwendet wird.²⁹⁾ Dieses Recht zur Rückforderung der Subvention nach nationalem Verwaltungsverfahren besteht unabhängig vom EU-Beihilferecht. Die Voraussetzungen für die Rückforderung nach beiden Rechtsgrundlagen sind also kumulativ zu prüfen, zunächst nach EU-Beihilferecht, ob die Rückforderung materiellrechtlich zulässig ist, dann im Hinblick auf die verfahrensrechtliche Durchführung nach nationalem Verwaltungsverfahren. Dementsprechend ist die Kommission nach Art. 16 BeihilfeVerfVO berechtigt, dem betreffenden Mitgliedstaat die Rückforderung der Beihilfe aufzuerlegen (Rückforderungsbeschluss). Diese erfolgt dann nach nationalem Recht.

1.3 Beurteilung nach deutschem Verwaltungsrecht

Es stellt sich also die Frage, ob sich die Rückforderung der gesamten Subvention nach deutschem Verwaltungsrecht ergeben kann.

Nach deutschem Verwaltungsrecht richtet sich die Rechtmäßigkeit des Widerrufs eines Verwaltungsakts, der eine einmalige oder laufende Geldleistung oder teilbare Sachleistung zur Erfüllung eines bestimmten Zwecks gewährt oder hierfür Voraussetzung ist (also einer Subvention), nach § 49 Abs. 3 Satz 1 VwVfG des jeweiligen Bundeslandes. Danach *kann* eine Subvention nachträglich widerrufen werden, wenn

1. „die Leistung nicht, nicht alsbald nach der Erbringung oder nicht mehr für den in dem Verwaltungsakt bestimmten Zweck verwendet wird;
2. wenn mit dem Verwaltungsakt eine Auflage verbunden ist und der Begünstigte diese nicht oder nicht innerhalb einer ihm gesetzten Frist erfüllt hat.“

1.3.1 Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen der KMU-Eigenschaft

Die Bewilligungsbehörde könnte sich zunächst auf den Zeitpunkt stellen, dass sowohl der Hauptzweck der Förderung in Form der Energieeffizienz als auch der KMU-bezogene Zweck der Förderung infolge des Erwerbs des KMU durch ein Nicht-KMU nicht mehr erreicht werden können. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass die Förderung der Energieeffizienz nicht an den KMU-Status gekoppelt ist und von diesem in rechtlicher Hinsicht aufgrund der jeweils eigenständigen Freistellungsregelungen in der AGVO (siehe oben) und auch betragsmäßig voneinander abtrennbar ist. Was die KMU-bezogene Förderung betrifft, so kommt es aus Sicht des Europarechts für das Vorliegen des KMU-Status abgesehen von Missbrauchsfällen grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Gewährung an (siehe oben Ziff. 1.1.2).³⁰⁾ Für diese Analyse spricht aus der Perspektive des deutschen Verwaltungsrechts auch, dass eine Subventionsbewilligung keinen Dauer-Verwaltungsakt darstellt.³¹⁾ Dies bedeutet, dass die Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit nur im Zeitpunkt der Bewilligung vorliegen müssen. Die Einordnung als Dauer-Verwaltungsakt richtet sich dabei nach dem jeweiligen Fachrecht.³²⁾ Wie oben dargestellt, müssen danach die Voraussetzungen für die Subventionsgewährung im Grundsatz nur im Zeitpunkt der Bewilligung vorliegen. Geht man in unserem Fall davon aus, dass die die Bewilligungsbehörde den Widerruf der KMU-bezogenen Subvention trotzdem damit begründet, dass der KMU-Status weggefallen ist, was nach Ansicht der Behörde aus europarechtlichen Erwägungen dazu führt, dass die Subvention zurückgefordert werden *muss*, so ist aus unserer Sicht davon auszugehen, dass die Widerrufentscheidung der Behörde an einem Ermessensfehler in Form eines Ermessensfehlgebrauchs leidet. Ein Ermessensfehlgebrauch liegt vor, wenn die Behörde von unzutreffenden tatsächlichen Gegebenheiten oder unrichtigen rechtlichen Erwägungen ausgeht.³³⁾

27) Grundlegend: EuGH v. 17. 9. 1980 – 730/79 – Philip Morris.

28) Siehe *Rösner/Bernhard*, in: Eiding/Hofmann-Hoepfel, Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 2017, § 44 Rz. 1 f.

29) *Nomos-BR/von Lewinski/Burhat*, BHO, 1. Aufl., 2013, § 44 Rz. 18 ff.

30) Siehe *Töpfer/Butler*, ZIP 2003, 1677, 1685; *Nowak*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., 2016, Art. 17 AGVO Rz. 18-19.

31) *Pietzcker/Marsch*, in: Schoch/Schneider, VwGO, 39. EL 7/2020, § 42 Abs. 1 Rz. 148.

32) *Decker*, in: BeckOK VwGO, 55. Ed. 1. 10. 2020, § 113 Rz. 21.

33) *Riese*, in: Schoch/Schneider, VwGO, 39. EL 7/2020, § 114 Rz. 64 f.

Die Behörde nimmt insoweit zu Unrecht an, dass der relevante Zeitpunkt für die Beurteilung des KMU Status derjenige der Statusänderung ist.

1.3.2 Kein Zweckfortfall wegen projektbezogener Förderung

Wenn die Behörde aufgrund der oben bereits angesprochenen Mitteilungspflichten des Subventionsempfängers zu wesentlichen Veränderungen ermittelt und prüft, ob die Subvention dem Zweck nach § 49 Abs. 3 Satz Nr. 1 VwVfG entsprechend verwendet wurde, muss durch Auslegung ermittelt werden, ob der geförderte Zweck zum Zeitpunkt der Statusänderung bereits erreicht worden ist. Hier werden die verschiedenen Ebenen des Förderungszwecks im Bewilligungsbescheid betrachtet, nämlich die Hauptförderung in Form der Energieeffizienz und die Nebenförderung in Form der KMU-bezogenen Subvention.

Wie so häufig muss auch in der Bewertung einer Subvention der Einzelfall betrachtet werden. Was sollte durch die Subvention gefördert werden? Ein bestimmtes Projekt oder ein bestimmtes Unternehmen? Im Hinblick darauf, dass § 49 Abs. 3 Satz 1 VwVfG der Behörde Ermessen einräumt, sollte ihr gegenüber argumentiert werden, dass mit der KMU-Förderung der Zweck der Förderung eines bestimmten Projekts für eine bestimmte Kategorie von Unternehmen verfolgt wird. Das geförderte Projekt (Steigerung Energieeffizienz) wird auch nach dem Verlust des KMU-Status fortgeführt. Die KMU-Förderung ist mangels im Einzelfall vereinbarter bzw. der Förderung zugrundeliegender anderslautender Bedingungen nicht daran geknüpft, dass der KMU-Status während der gesamten Programmlaufzeit fortbesteht. Solche Zusatzbedingungen, die den Fortbestand des KMU-Status für die fortdauernde Berechtigung des Verbleibs der Fördermittel beim Zuwendungsempfänger verlangen, könnten sich aber aus ergänzenden Regelungen des Förderprogramms bzw. der Förderrichtlinie nach nationalem Recht ergeben. Eine derartige Regelung, die die Perpetuierung des KMU-Status fördert, müsste sich allerdings an höherrangigem Recht messen lassen. Der damit zwangsläufig einhergehende Eingriff in die unternehmerischen Freiheiten beim Zielunternehmen und beim Erwerber könnte sowohl gegen die Grundrechte als auch gegen das europäische Primärrecht verstoßen, insbesondere die Niederlassungs- und die Kapitalverkehrsfreiheit.

Unabhängig von vorstehenden Ausführungen ist unter dem Gesichtspunkt des Bestandsschutzes der Förderzusage in jedem Fall zu berücksichtigen, inwieweit vor dem Verlust des KMU-Status (a) Mittel schon ausgegeben, (b) deren Verwendung schon vertraglich vereinbart ist bzw. (c) ohne die Verwendung der noch fehlenden Mittel der Zweck des Projekts gefährdet würde. Alle diese Umstände sprechen im Zweifel dafür, dass bereits gewährte Fördermittel nicht zurückverlangt werden können und die Projektumsetzung wegen der zweckgerechten Mittelverwendung (bzw. Verpflichtung zu Verwendung) auch für die Zukunft nicht aufgehoben werden sollte.

1.3.3 Maximal: Rückzahlung des KMU-Aufschlags

Sofern die Behörde dem nicht folgen sollte, empfehlen wir zu argumentieren, dass allenfalls der KMU-Aufschlag zurückgefordert werden darf, weil der allgemeine Zweck der Förderung

unabhängig vom KMU-Status des Empfängers verfolgt werden kann.

2. Verfahrensrechtliche Aspekte

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist Folgendes zu beachten: Nach Durchführung des behördlichen Verfahrens kommt eine Klage vor dem Verwaltungsgericht in Form der Anfechtungsklage in Betracht. Diese hat Erfolg, wenn der Rückforderungsbescheid aufgrund eines Ermessenfehlers der Behörde rechtswidrig ist. Insoweit kommt es auf eine Argumentation dahingehend an, dass es nach Europarecht für die Erfüllung des KMU-bezogenen Förderungszwecks auf den Zeitpunkt der Bewilligung der Subvention ankommt. In einem solchen Verfahren kann das Verwaltungsgericht den EuGH im Rahmen eines Vorlageverfahrens zu einer nach EU-Recht zu beurteilenden Vorfrage nach Art. 267 AEUV anrufen.

IV. Rückforderung einer Subvention infolge des Verlustes des KMU-Status im Falle des Erwerbs von Wirtschaftsgütern (*asset deal*)

Die oben dargestellte Fallkonstellation soll nachfolgend dahingehend abgewandelt werden, dass das KMU seine wesentlichen Vermögensgegenstände im Rahmen eines *asset deal* auf eine Unternehmensgruppe überträgt und infolgedessen noch während der Durchführungsphase die KMU-Voraussetzungen nicht mehr erfüllt sind. In diesem Fall ist es für die deutsche Behörde ein Leichtes zu argumentieren, dass der KMU-bezogene Förderungszweck nicht mehr erreicht werden kann, weil die Grundlage dafür infolge der Übertragung der wesentlichen Vermögensgegenstände entzogen wurde. Denn im Gegenteil zum *share deal*, bei dem die Subvention beim ursprünglichen Subventionsempfänger verbleibt, weswegen das geförderte Projekt zum Abschluss gebracht werden kann, stellt der Subventionsempfänger beim *asset deal* nach der Transaktion regelmäßig nur noch eine Hülle ohne sachliches Substrat dar, womit der KMU-bezogene Subventionszweck bei ihm, dem Verkäufer der Vermögensgegenstände, nicht mehr erreicht werden kann. In dieser Konstellation wird man schwer argumentieren können, dass der Subventionsempfänger den KMU-bezogenen Zweck der Subvention noch verwirklichen kann, es sei denn, die Subvention wird im Wege eines Änderungsbescheids auf den Erwerber übertragen (dann kann, wie oben beim *share deal* dargestellt, argumentiert werden). Für die Konstellation ohne Änderungsbescheid stellt sich die Frage, ob eine Rückforderung der KMU-bezogenen Förderung nach EU-Beihilferecht oder nach nationalem Verwaltungsrecht erfolgen kann. Die sich anschließende Frage betrifft die Möglichkeit der Haftung des Erwerbers in Bezug auf den Anspruch auf Rückforderung der Subvention.

1. Für die Rückforderung beim *asset deal* maßgebliches Recht

Zu der oben in Bezug auf den *share deal* dargestellten Argumentation, nach der das EU-Beihilferecht auf den Zeitpunkt der Gewährung der Fördermittel abstellt und eine spätere Statusänderung weder in Bezug auf die allgemeine Förderung (Energieeffizienz) noch in Bezug auf die KMU-bezogene Förderung die Rückforderung gebietet, ergeben sich keine Abweichungen.

Es fragt sich, ob sich nach nationalem Verwaltungsrecht eine Möglichkeit zur Rückforderung der KMU-bezogenen Förderung ergibt. In Betracht kommt ein Widerruf nach § 49 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 VwVfG wegen nicht zweckgerechter Verwendung. Hier kann im Unterschied zum *share deal* nicht mit einer projektbezogenen Argumentation die zweckgerechte Verwendung bejaht werden, weil das Projekt lediglich durch den Erwerber der *assets* als einer nicht am ursprünglichen Subventionsverhältnis beteiligten Person fortgeführt wird. Erforderlich wäre aber die Kontinuität in der Person des ursprünglichen Subventionsempfängers.³⁴⁾ Damit kann die KMU-bezogene Förderung nach § 49 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 VwVfG widerrufen werden. Eine andere Beurteilung ergebe sich im Fall einer Erstreckung der Subvention auf den Erwerber im Wege eines Änderungsbescheids (siehe oben).³⁵⁾

2. Rückforderung beim Erwerber

In ihrer Bekanntmachung über die Rückforderung rechtswidriger und mit dem Binnenmarkt unvereinbarer staatlicher Beihilfen (2019/C 247/01) hat die EU-Kommission unter Punkt 4.3.2.1. in Fällen wirtschaftlicher Kontinuität eine Ausweitung der Rückzahlungsanordnung auf den Erwerber befürwortet. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob diese Grundsätze in unserer Fallkonstellation dazu führen, dass eine solche Rückzahlungsanordnung in Anwendung des EU-Beihilferechts auch gegenüber dem Erwerber ergehen kann. Das EU-Beihilferecht gebietet jedoch nicht die Rückforderung der Subvention gegenüber dem ursprünglichen Empfänger (siehe oben). Dann ist eine Rückforderung gegenüber dem Erwerber der geförderten unternehmerischen Aktivität noch fernliegender. Folglich ist der Anwendungsbereich dieser Bekanntmachung gar nicht eröffnet.

Die Möglichkeit einer Rückforderung gegenüber dem Erwerber kann sich jedoch noch nach deutschem Verwaltungsrecht aus den Grundsätzen über die Rechtsnachfolge im Verwaltungsrecht ergeben. Nach diesen Grundsätzen ist anerkannt, dass bei objektbezogenen Bescheiden im Fall einer Rechtsnachfolge die Rechte und Pflichten aus dem Bescheid übergehen können.³⁶⁾ Bei der Bewilligung einer Subvention handelt es sich jedoch nicht um einen solchen objektbezogenen Bescheid.³⁷⁾ Es bleibt also bei dem Grundsatz, dass ein Widerruf nach § 49 Abs. 3 Satz 1 VwVfG an denjenigen zu richten ist, welchem gegenüber das zu widerrufende Rechtsverhältnis begründet worden ist, d. h. an den ursprünglichen Adressaten des Subventionsbescheids.³⁸⁾ Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ergibt sich nur dann, wenn der ursprüngliche Subventionsbescheid die Einbeziehung des Dritten (hier des Erwerbers) in das Subventionsverhältnis festlegt.³⁹⁾

V. Berücksichtigung des EU-Förderrechts im Fall einer Förderung aus dem Europäischen Fonds für regionale Entwicklung

Sofern eine Förderung aus dem Europäischen Fonds für regionale Entwicklung erfolgt, ist neben dem EU-Beihilferecht⁴⁰⁾ zusätzlich noch das EU-Förderrecht zu berücksichtigen. Praxisrelevant ist in der oben angesprochenen Konstellation Art. 71 EU-VO Nr. 1303/2013 (ESI-VO). Nach Art. 71 Abs. 1 lit. c)

ESI-VO wird der Förderungsbeitrag zurückgezahlt, wenn binnen fünf Jahren oder – sofern der betreffende Mitgliedsstaat bei KMU-Förderungen eine entsprechende Verkürzung auf drei Jahre nach der Abschlusszahlung getroffen hat – der Fall einer erheblichen Veränderung der Art, der Ziele oder der Durchführungsbestimmungen des Vorhabens, die seine ursprünglichen Ziele untergraben würden, eintritt. Um den Eintritt dieses Falls aufgrund des Erwerbs eines KMU durch ein Nicht-KMU zu verneinen, sollte wiederum projektbezogen dahingehend argumentiert werden, dass das geförderte Projekt auch noch nach dem Erwerb durchgeführt bzw. abgeschlossen werden kann. Weiterhin spricht für diese Sichtweise, dass der EU-Kommission nur dann eine Befugnis zur Anordnung der Rückforderung der Förderung aus EU-Beihilferecht zusteht, wenn diese nachträgliche Entwicklung berücksichtigungsfähig ist. Wie bereits oben (siehe Ziff. III 1.1.3) dargestellt, können nachträgliche Entwicklungen nur dann als neuer Umstand in Betracht gezogen werden, sofern die Berücksichtigung der Zielsetzung der KMU-Förderung dies erlaubt. Diese Zielsetzung ergibt sich aus dem Unionsrecht nicht. Sie kann sich lediglich aus den nationalen oder regionalen Förderbestimmungen ergeben. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass diese Förderbestimmungen ihrerseits unionsrechtskonform sein bzw. ausgelegt werden müssen. Da der Erwerb eines KMU grundsätzlich durch die Niederlassungsfreiheit und die Kapitalverkehrsfreiheit geschützt ist, ist zweifelhaft, ob der Erhalt des KMU-Status, der einem Erwerb tendenziell entgegensteht, ein zulässiges Förderziel darstellen kann. Eine Rückforderung kann somit regelmäßig nicht auf Art. 71 Abs. 1 lit. c) EU-VO Nr. 1303/2013 gestützt werden.

VI. Praktische Empfehlungen für das Vorgehen im Rahmen eines Unternehmenskaufs – Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

Nach § 49 Abs. 3 Satz 2 i. V. m. § 48 Abs. 4 VwVfG kann ein Subventionsbescheid in unserer Konstellation nur innerhalb eines Jahres seit dem Zeitpunkt, in dem die Behörde von Tatsachen Kenntnis erhält, welche den Widerruf rechtfertigen, widerrufen werden. Vor diesem Hintergrund empfehlen wir in einem ersten Schritt, als Käufer beim Erwerb eines KMU in der *due diligence* besonderes Augenmerk darauf zu richten, ob die Zielgesellschaft KMU-bezogene Subventionen erhalten hat. Zu diesen Maßnahmen zählt insbesondere die Anforderung der Subventionsbescheide sowie der diesbezüglichen Dokumentation (Antrag, Bewilligungsbescheid, evtl. allgemeine Nebenbestimmungen, Verwendungsnachweise) bei der Zielgesellschaft und deren Prüfung.

Besondere Vorsicht ist geboten bei sog. vorläufigen Subventionsbescheiden, d. h. Subventionsbescheide, die unter dem Vorbehalt der endgültigen Entscheidung im Schlussbescheid

34) BVerwG v. 26. 8. 1999 – BVerwG 3 C 17.98, NVwZ-RR 2000, 196, 197 f.

35) *Töpfer/Butler*, ZIP 2003, 1677, 1678.

36) *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 9. Aufl., 2018, § 35 Rz. 259 f.

37) BVerwG v. 26. 8. 1999 – BVerwG 3 C 17.98, NVwZ-RR 2000, 196, 197.

38) BVerwG v. 26. 8. 1999 – BVerwG 3 C 17.98, NVwZ-RR 2000, 196, 197 f.

39) BVerwG v. 26. 8. 1999 – BVerwG 3 C 17.98, NVwZ-RR 2000, 196, 198.

40) *von Wallenberg/Schütte*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 69. EL 2/2020, Art. 107 AEUV Rz. 128.

ergehen.⁴¹⁾ In diesen Fällen ist die Behörde in ihrer Schlussentscheidung nicht an die §§ 48, 49 VwVfG und die vorstehend genannte Jahresfrist oder andere Verjährungsfristen gebunden.⁴²⁾ Sollte sich im Rahmen der Prüfung der Subventionsbescheide herausstellen, dass tatsächlich eine KMU-bezogene Subvention gewährt wurde, so sollte gegenüber der Subventionsbehörde ein proaktiver Ansatz verfolgt werden und der geplante Unternehmenserwerb vorgestellt werden. Dadurch wird sichergestellt, dass die Jahresfrist für den Widerruf zu laufen beginnt. Außerdem lässt sich auf diese Weise Klarheit über das geplante Vorgehen der Behörde erzielen. Die Parteien des Unternehmenskaufvertrages sollten nicht darauf spekulieren, dass die Behörde diese Frist untätig verstreichen lässt.

1. Garantie und Freistellung

Wir empfehlen, dass der Käufer vom Veräußerer zumindest eine Garantie bzw. Freistellung von Risiken verlangt, die sich darauf beziehen, dass die Förderung rechtmäßig gewährt worden ist und keine Gründe bestehen, diese zurückzufordern. Es liegt im Interesse des Käufers, diese Garantie spezifisch darauf zu erstrecken, dass die Durchführung des Unternehmenskaufs keinen Grund zur Rückforderung darstellt. Der Verkäufer wird einwenden, diese Rechtsfrage könne der Käufer doch selbst prüfen. Dies trifft deswegen nur teilweise zu, weil die rechtliche Beurteilung von Fakten abhängen kann, die dem Käufer nicht bekannt sind. Man kann in den Verhandlungen dann die Garantie darauf beschränken, dass der Verkäufer dem Käufer alle Tatsachen mitgeteilt hat, die für die Beurteilung der anfänglichen oder nachträglich eintretenden Rechtswidrigkeit der der Zielgesellschaft gewährten Fördermittel relevant sind. Insoweit kann Bezug auf den Inhalt des *due diligence*-Berichts und weitere Unterlagen (z. B. Protokolle von Management-Interviews) genommen werden, die zu Beweis Zwecken ja sowieso häufig als Anlage zum Unternehmenskaufvertrag genommen werden.

Solche Garantien können auch in den Umfang von Gewährleistungsversicherungen einbezogen werden.⁴³⁾ Um die Fördermittel-Garantie in die Gewährleistungsversicherung einzu beziehen, darf sie allerdings nicht als in die Zukunft gerichtete Garantie (sog. *forward-looking statements*) ausgestaltet sein. Diese Garantien sind generell nicht versicherbar.⁴⁴⁾ Eine solche Ausgestaltung ist aus Käufersicht allerdings auch gar nicht nötig. Für ihn kommt es darauf an, dass die Förderung zum Zeitpunkt des Erwerbs des Unternehmens rechtmäßig ist, die Mittel zweckgerecht verwendet wurden und der Erwerb keine Rückforderungsansprüche auslöst. Der zuletzt genannte Aspekt ist aus Verkäuferperspektive schwierig zuzugestehen und sollte daher, soweit möglich, vorab flankierend mit der Behörde abgestimmt werden.

Dementsprechend sollte der Erwerber vom Veräußerer über eine vertragliche Garantie hinaus eine Freistellung der Zielgesellschaft (bzw. ggf. auch des Erwerbers) von einer künftigen Rückforderung der KMU-bezogenen Subvention verlangen, soweit die Rückforderung auf Maßnahmen bis zum (und einschließlich dem) Vollzug des Erwerbs beruhen. Alle danach erfolgenden Handlungen der Zielgesellschaft können ja vom Käufer kontrolliert werden.

2. Verjährung; zehnjährige Frist zur Rückforderung nach EU-Beihilferecht

Hinsichtlich der Dauer dieser Freistellung ist noch Folgendes zu berücksichtigen: Nach Art. 17 BeihilfeVerfVO kann die Kommission Beihilfen innerhalb einer Frist von zehn Jahren zurückfordern. Diese Regelung ist nach der Rechtsprechung des EuGH selbst dann anzuwenden, wenn die Verjährungsfrist nach nationalem Recht bereits abgelaufen ist.⁴⁵⁾ Freilich kommt diese Vorschrift nach der hier vertretenen Ansicht, nach der die Beihilfen durch den Unternehmenskauf nicht nachträglich rechtswidrig werden, nicht zur Anwendung. Die Regelung setzt ja voraus, dass der EU-Kommission eine Befugnis zur Rückforderung zusteht,⁴⁶⁾ was nach der hier vertretenen Ansicht abzulehnen ist.⁴⁷⁾ Zwar erfolgt die Rückforderung einer Subvention in unserer Konstellation nach deutschem Verwaltungsverfahrenrecht zweistufig innerhalb wesentlich kürzerer Verjährungsfristen: Auf der ersten Stufe ist ein Widerruf des Subventionsbescheids nach § 49 Abs. 3 Satz 1 VwVfG erforderlich, der binnen Jahresfrist ab dem Zeitpunkt, zu dem die Behörde von Tatsachen Kenntnis erhält, welche den Widerruf rechtfertigen, erfolgen muss. Auf der zweiten Stufe erfolgt dann die Rückforderung der Subvention nach § 49a Abs. 1 VwVfG. Dieser Rückforderungsanspruch verjährt innerhalb der dreijährigen kenntnisabhängigen allgemeinen Verjährungsfrist (Jahresendverjährung) nach §§ 195, 199 Abs. 1 BGB.⁴⁸⁾ Dies schließt aber nach der genannten EuGH-Entscheidung die Durchführung eines Rückforderungsbeschlusses der Kommission innerhalb der Zehn-Jahres-Frist des § 17 EU-BeihilfeVerfVO nicht aus.

Freilich könnte diese Regelung nur zur Anwendung kommen, wenn die Kommission die hier vertretene Ansicht ablehnen würde und sich zur Rückforderung berechtigt ansehen würde. Dann sind allerdings die Grundsätze des Vertrauensschutzes zu berücksichtigen. Deren Anwendung hatte der EuGH in der Entscheidung *Antunes da Cunha*⁴⁹⁾ abgelehnt, da die Beihilfe von Anfang an mangels in dem entschiedenen Fall erforderlicher Anmeldung bei der Kommission (Art. 2 BeihilfeVerfVO) rechtswidrig war. Dies ist ja bei den hier besprochenen Fällen der eventuellen nachträglichen Rechtswidrigkeit der Beihilfen gerade nicht der Fall.

Mit letzter Sicherheit ausschließen lässt sich eine Anwendung der Vorschrift auch in der hier relevanten Konstellation nicht, vor allem dann nicht, wenn die die Fördermittel gewährende Behörde nicht im Rahmen des Unternehmenserwerbs angesprochen wurde. Denn spätestens mit Veröffentlichung dieses Aufsatzes darf die Problematik und die daraus resultierende Rechtsunsicherheit als bekannt vorausgesetzt werden. Eine Anwendung von Art. 17 BeihilfeVerfVO kommt jedenfalls dann

41) Teuber, NVwZ 2017, 1814, 1818.

42) BVerwG v. 15. 3. 2017 – BVerwG 10 C 1.16, NVwZ 2017, 1893.

43) Deubert/Lewke, BB 2020, 235.

44) Hoger/Baumann, NZG 2017, 811, 812.

45) EuGH v. 30. 4. 2020 – Rs C-627/18 – Antunes da Cunha Lda.

46) Siehe Mederer, in: von der Groeben/Schwarze, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., 2015, Art. 108 AEUV Rz. 63.

47) Siehe oben III 1.1.3.

48) BVerwG v. 15. 3. 2017 – BVerwG 10 C 3.16, NVwZ 2017, 969.

49) Siehe oben Fußn. 46.

in Betracht, wenn das (beihilferechtlich von der Kommission genehmigte) nationale oder regionale Förderprogramm, das der Gewährung der Fördermittel im konkreten Fall zugrunde liegt, eine explizit von der hier vertretenen Ansicht abweichende Regelung zur nachträglichen Rückforderung der Fördermittel nach Verlust des KMU-Status enthält. Aus Käufersicht müsste die lange Verjährungsfrist dann auch im Erwerbsvertrag berücksichtigt werden. Ein solches Verlangen erschwert die Verhandlungen natürlich erheblich. Auch insoweit ist eine Abstimmung des Risikos mit der zuständigen Behörde nützlich. Wie die D&O-Versicherungen auf diese Rechtslage reagieren, darf auch mit Spannung erwartet werden. Mit überwiegender Wahrscheinlichkeit dürfte die lange Verjährungsregelung aber im hier besprochenen Kontext nicht zur Anwendung kommen.

Im deutschen Verwaltungsrecht ist der Zeitpunkt umstritten, in dem der Rückforderungsanspruch entsteht. Das Entstehen des Rückforderungsanspruchs ist Voraussetzung für den Beginn des Laufs der dreijährigen kenntnisabhängigen Verjährungsfrist nach §§ 195, 199 Abs. 1 BGB. Teilweise wird beim Widerruf für die Vergangenheit vertreten, dass der Rückforderungsanspruch rückwirkend ab dem Zeitpunkt des Erlasses des Subventionsbescheids entsteht. Argumentiert wird insoweit, dass ein Widerruf mit Wirkung für die Vergangenheit zur Folge hat, dass der Zuwendungsbescheid rückwirkend entfällt, weswegen der Rechtsgrund für die Zahlungen entfällt. Vor diesem Hintergrund wäre die Zuwendungsbehörde schon ab Erlass des widerrufenen Subventionsbescheids zur Rückforderung berechtigt.⁵⁰⁾ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass ein Anspruch erst dann i. S. v. § 199 Abs. 1 BGB entstanden ist, wenn er im Wege der Klage geltend gemacht werden kann.⁵¹⁾ Dies ist im Fall eines Rückforderungsanspruchs aus § 49a VwVfG der Zeitpunkt des Erlasses des Widerrufsbescheids.⁵²⁾ In diesem Zeitpunkt wird regelmäßig Kenntnis der anspruchsbegründenden Umstände seitens der Behörde gegeben sein.⁵³⁾ Damit sollte aus Käufersicht die Freistellung für eine Dauer von drei Jahren ab dem Schluss des Jahres, in dem der Widerrufsbescheid erlassen wurde, verlangt werden.

3. Auskunftspflicht des Verkäufers, Beteiligung des Verkäufers am Verfahren betreffend eine eventuelle Rückforderung

Aus Sicht des Erwerbers ist es wichtig, über sämtliche Informationen betreffend die Gewährung und Verwendung der

Subvention zu verfügen. Das hilft auch dem Veräußerer, weil er dann geltend machen kann, dem Erwerber hätten alle erforderlichen Auskünfte vorgelegen. Sollte es nach Übernahme des Unternehmens zu Verfahren, etwa betreffend die Rückforderung der Subventionen, kommen, so sollte diese Prozesse, ähnlich wie bei einer Steuerklausel im Unternehmenskaufvertrag, der Käufer als neuer Inhaber des Unternehmens verantwortlich führen. Außerdem ist – ebenfalls parallel zur Steuerklausel – die Mitwirkung des Verkäufers zu regeln. Diese betrifft Auskunftspflichten des Käufers und ggf. Zustimmungserfordernisse des Verkäufers, etwa zu einem Vergleich oder zur Klagerücknahme. Auch der Verkäufer hat im Regelfall ein erhebliches Interesse am erfolgreichen Ausgang dieser Verfahren. Es kommt auch ein Weisungsrecht des Verkäufers gegenüber dem Käufer und der Zielgesellschaft hinsichtlich der Führung der Verfahren in Betracht. Sollte der Käufer den Verkäufer nicht in die Führung der Verfahren bezüglich der Rückforderung der Subvention einbeziehen, sollte eine Regelung getroffen werden, nach der der Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer aus der Freistellung entsprechend angepasst wird. Der daraus entstehende Schaden ist allerdings schwer nachweisbar. Schließlich sollte auch die Frage geregelt werden, ob und inwieweit der Verkäufer an den Kosten für die Führung der Verfahren zu beteiligen ist.

VII. Bewertung und Ausblick

Förderpolitisch ist die bestehende Rechtsunsicherheit, die zu einem erheblichen Teil dem Unionsrecht zugerechnet werden kann, äußerst kontraproduktiv. Start-ups werden in ihrer Entwicklung gehemmt, wenn die rechtlichen Bedingungen einer Übernahme oder Mehrheitsbeteiligung unklar sind. Auch erscheint es ein unerwünschtes Resultat, dass es für mit Fördermitteln ausgestattete KMU, die aufgrund der Pandemie in Schwierigkeiten geraten sind, erschwert ist, die Anlehnung an ein größeres, finanzstarkes Unternehmen oder einen Unternehmensverbund zu suchen. Ziel der KMU-Förderung sollte nicht die Perpetuierung des KMU-Status sein.

50) Scherer-Leyendecker/Laboranowitsch, NVwZ 2017, 1837, 1840; Folnovic/Hellriegel, NVwZ 2016, 638, 641.

51) Teuber, NVwZ 2017, 1814, 1815; BeckOGK/Piekenbrock, 1. 11. 2020, § 199 BGB Rz. 16; Jauernig/Mansel, BGB, 18. Aufl., 2021, § 199 Rz. 2.

52) Teuber, NVwZ 2017, 1814, 1816.

53) Teuber, NVwZ 2017, 1814, 1817.