

Die Förderung erfolgt nicht einheitlich mittels Darlehensvertrag, sondern mittels Zuwendungsbescheid bei KMU, an denen der Freistaat als Gesellschafter beteiligt ist.

Die Förderung orientiert sich nicht an den insolvenzrechtlichen Vorschriften zur Prüfung der für eine Rentabilität erforderlichen Fortführungsprognose analog § 19 InsO.

Die Vergütungsregelungen der SAB für die Durchführung der Förderprogramme sind intransparent und nicht fondsschonend.

## 1 Prüfungsgegenstand

- <sup>1</sup> Das SMWA fördert kleinere und mittlere Unternehmen (KMU) bei der Überwindung von Liquiditätskrisen zur Vermeidung von Insolvenzen mittels zweier Fonds. Bewilligungsbehörde ist die SAB.
- <sup>2</sup> Die Ursachen der Illiquidität können vielfältig sein – dem Gros der Fälle steht in erster Linie zu wenig Kapital zur Verfügung, um erfolgreich am Wettbewerb teilnehmen zu können. Im Frühjahr 2020 hatte die Corona-Pandemie weitreichende Folgen für die Weltwirtschaft. Lockdownbedingt mussten Geschäfte schließen, zahlreiche Unternehmer waren auf Kurzarbeitergeld angewiesen bzw. mit Umsatzeinbußen konfrontiert.
- <sup>3</sup> Der SRH hat die Ordnungsmäßigkeit des Zuwendungsverfahrens beider Förderrichtlinien sowie die dazugehörigen Fonds im Zeitraum von 2018 bis 2021 geprüft. Prüfungsgegenstand waren auch die zwischen der SAB und dem SMWA geschlossenen Sondervereinbarungen.

## 2 Prüfungsergebnis

### 2.1 Zwingendes Erfordernis einer, dem Gleichheitsgrundsatz entsprechenden Bewilligung

- <sup>4</sup> Das SMWA fördert die finanziell angeschlagenen KMU durch Zuschüsse für die Erstellung eines Insolvenzplanes oder Darlehens. Allein in den Fällen, in denen der Freistaat Sachsen selbst gesellschaftsrechtlich an dem zu fördernden KMU beteiligt ist, werden Zuwendungsbescheide ausgereicht. In den übrigen Fällen erfolgt die Förderung durch privatrechtliche Darlehen. Dies stellt eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem dar und ist damit nach Ansicht des SRH ein Verstoß gegen Art. 3 GG.
- <sup>5</sup> Diese Ungleichbehandlung sei in den Fällen der Gesellschafterbeteiligung nach Ansicht des SMWA gerechtfertigt, da nur so das insolvenzrechtliche Risiko eines Forderungsausfalls aufgrund eines Nachrangcharakters des Darlehens vermieden werden könne.
- <sup>6</sup> Diese Argumentation überzeugt nicht. Ein sachlicher Grund, der die Ungleichbehandlung rechtfertigen könnte, wurde nicht dargelegt.
- <sup>7</sup> § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 InsO sieht zwingend vor, dass es sich bei Forderungen aus Gesellschafterdarlehen um sog. Nachrangforderungen handelt. Der Normzweck des § 39 InsO besagt, dass diese Forderungen erst nach vollständiger Befriedigung der vorrangigen Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO) berücksichtigt werden können. Im Ergebnis läuft dies auf einen kompletten Forderungsausfall hinaus, da eine vollständige Befriedigung der Insolvenzgläubiger in der insolvenzrechtlichen Praxis eine seltene Ausnahme darstellt. Vielmehr werden bereits die Insolvenzgläubiger in aller Regel lediglich quotal befriedigt, wobei die sog. Insolvenzquote im Durchschnitt nur 6 % beträgt.
- <sup>8</sup> Das SMWA reicht an KMU, an deren wirtschaftlichen Stabilität der Freistaat aufgrund seiner Gesellschafterstellung ein besonderes Interesse hat, die Förderung nicht in Form von Darlehen, sondern mittels Zuwendungsbescheid als Verwaltungsakt aus. Dies dient dem Zweck, die Rechtsfolgen des § 39 InsO, also die Qualifizierung als Nachrangdarlehen im Insolvenzfall, zu vermeiden. Sollte dies aufgrund dieser Verfahrenspraxis tatsächlich zu dieser insolvenzrechtlichen Folge führen, würde eine derartige Forderung aufgrund des fehlenden Darlehens-

charakters automatisch zu einer vorrangig zu berücksichtigenden Insolvenzforderung nach § 38 InsO „hinaufqualifiziert“. Demgegenüber wäre anderen „Drittgläubigern“, die in der Krise ein Gesellschafterdarlehen außerhalb der Sphäre des Freistaates an das KMU ausgereicht haben, aufgrund der zwingenden Vorschriften der InsO eine Besserstellung als einfache Insolvenzgläubiger i. S. d. § 38 InsO verwehrt.

- 9 Eine Rechtfertigung für diese versuchte Besserstellung im Falle einer Gesellschafterstellung des Freistaates bleibt das SMWA schuldig.
- 10 Grundrechte sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Eine Besserstellung des Staates durch Reduzierung des Risikos des Forderungsausfalls im Fall der Gesellschafterstellung des Freistaates im Vergleich zu anderen Gesellschaftern ist nicht mit dem Abwehrcharakter vereinbar.
- 11 Ein allumfassendes Rechtfertigungspotential finanzieller Erwägungen, z. B. durch das fiskalische Bemühen, Ausgaben zu sparen, sieht auch das Bundesverfassungsgericht nicht als hinreichenden Differenzierungsgrund an. Dies gilt im Erst-Recht-Schluss für eine komplette Bevorzugung des Staates aufgrund seiner Gesellschafterstellung.

## 2.2 Fehlende Rentabilitätsprüfung bei Förderungen während einer finanziellen Krise

- 12 Primäre Förderziele sind bei KMU in finanziellen Schwierigkeiten die Erhaltung von Arbeitsplätzen sowie die Wiederherstellung der Rentabilität. Um zu entscheiden, ob ein finanziell angeschlagenes Unternehmen am Markt wieder gesunden kann, bedarf es nach der Auffassung des SRH in erster Linie einer insolvenzrechtlich orientierten Prüfung. Erst wenn ausgeschlossen werden kann, dass auch nach Förderung über das Vermögen des KMU ein Insolvenzverfahren eröffnet werden muss, ist nach Ansicht des SRH eine Förderung wirtschaftlich, sparsam und sinnvoll. Ist dem nicht so, liegt ein Verstoß gegen das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§ 7 SäHO) auf der Hand.
- 13 Ob ein Unternehmen überschuldet ist oder nicht, kann rechnerisch ermittelt werden. Insolvenzrechtler prüfen dabei insbesondere die sog. Fortführungsprognose i. S. d. § 19 InsO. Ist diese positiv, ist kein Eröffnungsgrund der Überschuldung gegeben; die Verbindlichkeiten eines Unternehmens können innerhalb eines 12-Monats-Zeitraums gedeckt werden, sodass eine finanzielle Gesundung überwiegend wahrscheinlich ist.

## 2.3 Fehlende Rechtsgrundlage für Massedarlehen

- 14 Der Freistaat Sachsen fördert auch Unternehmen, die gerade ein eröffnetes Insolvenzverfahren durchlaufen, mit sog. Massedarlehen. Im Prüfungszeitraum betrug deren Summe 3,1 Mio. €. Massedarlehen werden von Insolvenzverwaltern bei Massegläubigern, also bei vorrangig zu befriedigenden Gläubigern, deren Forderung nach Insolvenzeröffnung entstanden ist, aufgenommen. Sie dienen in der Regel der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes durch die Beseitigung einer Zahlungsunfähigkeit.
- 15 Die Förderrichtlinie enthält nach Ansicht des SRH keine Rechtsgrundlage für derartige Förderungen bei weit fortgeschrittener Illiquidität.

## 2.4 Mehrfache Förderung trotz fehlender Rentabilität

- 16 Der SRH hat weiterhin festgestellt, dass bei einigen untersuchten Einzelfällen kein koordinierter und zielführender Einsatz der einzelnen Förderinstrumente erfolgte. So wurden beispielsweise mehrere Darlehen nacheinander gewährt, ohne dass eine Verbesserung der Finanzlage des Unternehmens seitens der SAB geprüft wurde.

## 2.5 Intransparente Vergütungshöhe der SAB

- 17 Die SAB als Bewilligungsbehörde entnimmt nach entsprechender Abrechnung ihre Vergütung direkt aus dem durch sie verwalteten Fonds, aus denen auch die Förderung erfolgt.
- 18 Vergütungsgrundlage sind zwei Sondervereinbarungen, die mit dem SMWA geschlossen wurden. Nach Ansicht des SRH verstößt die Entnahme der Vergütung der SAB direkt aus den Fonds gegen § 4 Abs. 2 Sächsisches Förderfondsgesetz, wonach lediglich die zur Verwaltung der Sondervermögen notwendigen Kosten aus dem Fondsvermögen gedeckt werden können.

- <sup>19</sup> Nach den Angaben der SAB sei die Vergütungshöhe gerechtfertigt, weil die Bank für beide Förderprogramme spezielle Fachkenntnisse vorhalten müsse, die im klassischen Kreditgeschäft nicht erforderlich wären, weil die Finanzierung von Unternehmen in Schwierigkeiten kein normales Bankgeschäft sei. Nach den Feststellungen des SRH wurde seitens der SAB auf externe Gutachten verwiesen, die teilweise insolvenzrechtlich zu beanstanden waren.
- <sup>20</sup> Der SRH hat zudem festgestellt, dass diese Vergütungsregelungen aufgrund ihrer Intransparenz nicht übersichtlich, nachvollziehbar und rechtssicher ausgestaltet sind.
- <sup>21</sup> Konkret betrug die Vergütung der SAB im Prüfungszeitraum von 2018 bis 2021 bei der Förderung von Unternehmen in der finanziellen Krise insgesamt 2,52 Mio. €. Aufgrund der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht im Zuge der Corona-Pandemie ist die Förderung im Jahr 2021 rückläufig, ohne dass sich auch die seitens der SAB entnommenen Verwaltungskosten proportional verringerten.
- <sup>22</sup> Auch bei der Förderung nach der Überwindung der finanziellen Krise steht die Quantität des Fördergeschehens in keinem nachvollziehbaren Verhältnis zur Vergütung der Bank. Obwohl es im Jahr 2021 coronabedingt weder Anträge noch Bewilligungen gab, stiegen die entnommenen Verwaltungskosten weiter an. Neben den Anträgen und Bewilligungen der Jahre 2018 bis 2021 wurden durch die SAB 8 Darlehen aus Bewilligungen vor 2018 (sog. Bestandskonten) betreut. Seit 2018 wurden lediglich 6 Anträge gestellt und 2 Bewilligungen erteilt. Der stetige Anstieg der Aufwendungen der SAB ist hiermit nicht erklärbar.
- <sup>23</sup> Das SMWA teilte mit, es bestünde keine Rechtsgrundlage auf Information über die tatsächliche Kostenstruktur sowie kein Recht auf Einsichtnahme in die Interne Leistungsrechnung der SAB. Daher könnten lediglich Plausibilitätsprüfungen stattfinden.

### 2.6 Zusammenlegung der Fonds

- <sup>24</sup> Aufgrund der hohen Vergütungen der SAB für beide Fonds und des geringen Fördergeschehens eines Fonds empfiehlt der SRH die Zusammenlegung der Fonds für alle Fördergegenstände beider Förderprogramme. So können Aufwendungen für die Verwaltung eines Fonds sowie Transferkosten eingespart werden.

## 3 Folgerungen

- <sup>25</sup> **3.1** Es ist auf eine einheitliche, dem Gleichheitsgebot entsprechende Förderung zu achten. Das SWMA sollte generell festlegen, ob die Förderung privatrechtlich mittels Darlehen oder verwaltungsrechtlich durch Zuwendungsbescheid erfolgt, um eine Ungleichbehandlung von Unternehmen, an denen der Freistaat Sachsen beteiligt ist, zu vermeiden.
- <sup>26</sup> **3.2** Der SRH schlägt als zusätzliches Förderkorrektiv die Prüfung einer Fortführungsprognose analog § 19 InsO vor, um eine einheitliche Abgrenzung zur Durchführung eines Regelinsolvenzverfahrens zu ermöglichen.
- <sup>27</sup> **3.3** Bei der Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit durch Ausreichung von Massedarlehen sollte nach Ansicht des SRH vor dem Hintergrund der Begrenzung von Wettbewerbsverfälschungen keine Förderung erfolgen. Im Übrigen ist der Richtlinienentwurf hinsichtlich der Fördervoraussetzungen bei Massedarlehen zu konkretisieren.

- <sup>28</sup> **3.4** Im Falle einer eingetretenen Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung sollte nach Ansicht des SRH generell keine Förderung erfolgen, weil ein drohender Forderungsausfall in diesen Fällen nach den Feststellungen des SRH überwiegend wahrscheinlich ist.
- <sup>29</sup> **3.5** Der SRH hat dem SMWA die Festlegung von transparenten Vergütungssätzen auf der Grundlage der tatsächlich entstandenen Kosten für die konkret erbrachten Leistungen vorgeschlagen. Nur so könne die Vergütungsvereinbarung eine Anreizfunktion für eine sparsame Wirtschaftsführung sicherstellen.
- <sup>30</sup> **3.6** Das SMWA sollte die im Rahmen der Prüfung in Aussicht gestellte Zusammenlegung der Fonds weiterverfolgen.

#### 4 Stellungnahme

- <sup>31</sup> **4.1** Das SMWA widerspricht der Rechtsauffassung des SRH, dass die Bewilligung von Rettungs- und Umstrukturierungsdarlehen durch Zuwendungsbescheide anstelle von privatrechtlichen Darlehensverträgen in den Fällen, in denen der Freistaat Sachsen stiller Gesellschafter des Zuwendungsempfängers ist, gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstößt. Es mangle bereits an einer relevanten Ungleichbehandlung. Der Freistaat bzw. die SAB als Insolvenzgläubiger würden weder im Wege der Eingriffs- noch der Leistungsverwaltung tätig, sodass es für eine rechtswidrige Ungleichbehandlung an einem staatlichen Handeln fehle, welches Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Art. 3 GG sei. Selbst wenn man von einer Ungleichbehandlung ausgehen würde, wäre diese jedenfalls gerechtfertigt. Die Gesellschafterstellung des Freistaats bzw. der SAB ergäbe sich nicht wie bei anderen Gesellschaftern aus einer auf Gewinnerzielung gerichteten wirtschaftlichen Betätigung, sondern aus der Gewährung einer Wirtschaftsförderung in Form einer zeitlich befristeten stillen Beteiligung. Diese unterschiedliche Intention und Wirkweise der Gesellschafterstellung rechtfertige es, bei der späteren Gewährung eines Förderdarlehens die Rechtsfolgen eines Gesellschafterdarlehens in einer Insolvenz durch nur der öffentlichen Hand zustehende Instrumente – die Gewährung durch Verwaltungsakt – zu begrenzen. Das SMWA gehe deshalb auch davon aus, dass diese Argumentation in einer insolvenzrechtlichen Auseinandersetzung die Besserstellung der öffentlichen Hand als stiller Gesellschafter rechtfertigt mit der Folge, dass diese Bestand hätte.
- <sup>32</sup> **4.2** Das SMWA kritisiert eine fehlende Differenzierung zwischen der Bewilligung kurzfristiger Rettungsdarlehen als „Brückenfinanzierung“ und der Bewilligung von langfristigen Umstrukturierungsdarlehen. Bei Letzterem sei eine qualifizierte Fortführungsprognose wesentlicher Bestandteil des erforderlichen Sanierungskonzeptes. Für die Gewährung von Rettungsdarlehen sei die vorherige Prüfung der Fortführungsprognose zeitlich und kapazitiv nicht leistbar und zudem weder beihilferechtlich noch zuwendungs- oder haushaltsrechtlich geboten. Auch schreibe die bundesrechtliche Rahmenregelung keine Fortführungsprognose vor.
- <sup>33</sup> **4.3** Die Richtlinie enthielte mit den Regelungen für Rettungsdarlehen eine ausreichende Rechtsgrundlage für die Gewährung von Massedarlehen. Deshalb werde der Feststellung des SRH ausdrücklich widersprochen, dass die Förderung ohne Rechtsgrundlage erfolgte. Das SMWA sei aber bereit, die Richtlinie um eine ausdrückliche Regelung zu ergänzen.
- <sup>34</sup> **4.4** Auch bei dieser Prüfungsfeststellung verkenne der SRH die unterschiedlichen Voraussetzungen und Konditionen für Rettungs- und Umstrukturierungsdarlehen. Es entspreche dem normalen Verlauf einer Förderung von Unternehmen in Schwierigkeiten, dass ein Rettungsdarlehen auf Grundlage eines Umstrukturierungsplanes in ein Umstrukturierungsdarlehen umgeschuldet wird. Dies sei in den vom SRH bemängelten Einzelfällen der Fall.

<sup>35</sup> **4.5** Das SMWA weist darauf hin, dass das teilweise nicht lineare Verhältnis von Antragseingang bzw. Bewilligungen damit begründet sei, dass die SAB speziell für diese Förderprogramme Personal mit besonderen Fachkenntnissen vorhalten muss, weil die Finanzierung von Unternehmen in Schwierigkeiten kein normales Bankgeschäft sei. Aus diesem Grund gäbe es hier immer einen von den tatsächlichen Bewilligungsvolumina unabhängigen Grundaufwand.

<sup>36</sup> **4.6** Eine weitere Stellungnahme zur Fondszusammenlegung erfolgte nicht.

## 5 Schlussbemerkungen

<sup>37</sup> **5.1** Der SRH bedauert die in der Stellungnahme vom 5. Mai 2023 zum Entwurf des Jahresberichtsbeitrages abweichende Positionierung des SMWA im Vergleich zum vorangegangenen Austausch der Rechtsansichten. In seiner Stellungnahme zum Entwurf der Prüfungsmitteilung vom 28. Februar 2023 hatte das SMWA die Ungleichbehandlung unstreitig gestellt. Daher wurde eine Ungleichbehandlung auch im Abschlussgespräch mit dem SRH am 20. April 2023 nicht mehr problematisiert. Vielmehr wurde seitens des SMWA dem Hinweis des SRH, dass jedwede gesellschaftsrechtliche Stellung des Darlehensgebers des Freistaates als Rechtsfolge aufgrund des Finanzierungscharakters im Ergebnis eine Nachranggläubigerschaft i. S. d. § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 InsO nach sich ziehen könnte, und zwar unabhängig ob ein Zuwendungsbescheid oder Darlehensvertrag vorliegt, im Gespräch zugestimmt. Das SMWA räumte dabei selbst ein, die Förderung – unabhängig von möglichen gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen – zukünftig ausschließlich in Form von privaten Darlehensverträgen ausreichen zu wollen. Dass die Ausreichung eines Darlehens mittels Verwaltungsakt rechtlich nicht als Leistungsverwaltung des Freistaates zu qualifizieren und damit die Anwendbarkeit des Art. 3 GG ausgeschlossen sein soll, ist aus Sicht des SRH rechtlich nicht nachvollziehbar.

<sup>38</sup> **5.2** In der Förderrichtlinie wird als Förderzweck die Rentabilität, also die wirtschaftliche Gesundung des Unternehmens, vor die Klammer gezogen, d. h. sie ist nach Ansicht des SRH unabhängig von der Art des Darlehens vorab zu prüfen. Eine solche Vorprüfung war in den geprüften Einzelfällen nicht dokumentiert. Ist bereits bei der Gewährung einer „Brückenfinanzierung“ absehbar, dass eine Umschuldung in ein Umstrukturierungsdarlehen erfolgen muss, weil bei Fälligkeit nicht mit einer Darlehensrückzahlung zu rechnen ist, so ist nach Ansicht des SRH zwingend die Prüfung einer positiven Fortführungsprognose geboten. Die bundesrechtlichen Regelungen bilden – so bereits der Wortlaut – lediglich die Rahmenbedingungen ab. Für die konkrete Ausgestaltung sind die Länder aufgrund ihrer Haushaltshoheit zuständig. Die jeweiligen Förderrichtlinien sind seitens des Freistaates so auszugestalten, dass der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit in § 7 SÄHO gewährleistet ist.

<sup>39</sup> **5.3** Der SRH begrüßt die Bereitschaft des SMWA zur Ergänzung der Förderrichtlinie.

<sup>40</sup> **5.4** Der SRH hat insbesondere im Abschlussgespräch deutlich gemacht, dass die Umwandlung von Rettungs- in Umstrukturierungsdarlehen nicht zu beanstanden ist. Bemängelt wurde allerdings die Ausreichung mehrerer, hintereinander gelagerter Darlehen ohne Erreichung des Förderzwecks – der wirtschaftlichen Gesundung des in die Liquiditätskrise geratenen Unternehmens.

<sup>41</sup> **5.5** Der SRH verkennt nicht, dass aufgrund der insolvenzrechtlichen Komplexität des Fördergeschehens besondere Fachkenntnisse erforderlich sind. Dies hat jedoch keinen Einfluss auf die Feststellung des SRH, dass die Vergütungshöhe der SAB transparent und nachvollziehbar sein muss.

<sup>42</sup> **5.6** Der SRH hält an seiner Folgerung der Zusammenlegung der Fonds ausdrücklich fest.