

30. November 2020
Unser Zeichen: 000105-20/DL

W&R Weigell Rechtsanwälte
Partnerschaft mbB
Briener Str. 5
80333 München
Fon +49.(0)89.2 42 15 89-0
Fax +49.(0)89.2 42 15 89-9
www.weigell.de
sekretariat@weigell.de

Liebe Mandanten,
liebe steuerliche Berater,
liebe Geschäftskollegen,

Partner Offices in
Bern
London
Milano
New York
Paris
Zug
Zürich

wir hoffen, es geht Ihnen in diesen turbulenten Zeiten den Umständen entsprechend gut und Sie sind alle gesund. Die Corona Krise hat – wohl leider – wieder einen „Höhepunkt“ erreicht. Wir befinden uns im „Light-Lockdown“, weitere Maßnahmen bzw. die Entscheidungen der Politik bzw. Regierung bleiben abzuwarten.

Die ersten Maßnahmenpakete der Bundesregierung zur Abfederung der Auswirkungen des Coronavirus bzw. die Corona Hilfsmaßnahmen sind zum jetzigen Zeitpunkt bereits ausgelaufen (hierzu unser Schreiben vom Juni 2020 unter www.weigell.de, dort „Aktuelles“).

Versprochen war eine zügige und unbürokratische Auszahlung diverser Corona Hilfsmaßnahmen – was wohl weitgehend auch erfolgt ist. Erste kritische Stimmen sprechen schon von erheblichen „Überzahlungen“.

Im Rahmen dieses Schreibens wollen wir auf einen ganz anderen Aspekt im Zusammenhang mit den Corona-Hilfsmaßnahmen eingehen – die damit möglicherweise verbunden strafrechtlichen Risiken, gerade auch für den Berufsträger/Berater. Erste Ermittlungs- bzw. Strafverfahren sind bereits eingeleitet. Bei der Staatsanwaltschaft München I wurde eine Task-Force gebildet, die ausschließlich für Straftaten im Zusammenhang mit den Corona Hilfsmaßnahmen zuständig ist. Das Vorgehen der Behörden bzw. der Staatsanwaltschaften wird sich mit Dauer der Hilfsmaßnahmen verschärfen. Zu Beginn der Pandemie waren Einzelfragen zur Antragsberechtigung noch vage und unklar. Dies hat sich geändert; zunehmend liegen auch Erfahrungswerte aus dem ersten Lockdown vor.

1. Aktueller Stand der Corona-Hilfsmaßnahmen

- Nachdem die ersten Hilfsmaßnahmen („Soforthilfe“) bereits ausgelaufen sind, werden bzw. wurden Anschlussprogramme verabschiedet. So wurde am 08.07.2020 die "Überbrückungshilfe" des Bundes eingeführt. Anders als die Soforthilfe kann die Überbrückungshilfe nur über Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwälte (also Berufsträger) beantragt werden. Nach dem Gesetzentwurf war Hintergrund dieser Regelung der Umstand, dass der Zugang zu den Maßnahmenpaketen für die Betroffenen vereinfacht werden

sollte. Ferner sollte Missbrauch vorgebeugt werden. Die Überbrückungshilfe ist ein branchenübergreifendes Bundesprogramm zur Sicherung der wirtschaftlichen Existenz von Unternehmen/Soloselbständigen/ Freiberuflern, die von der Pandemie betroffenen sind

- Die **Überbrückungshilfe Phase I** umfasste die Monate Juni bis August 2020. Anträge hierzu konnten bis **09.10.2020** gestellt werden. Zu diesem Zeitpunkt waren die tatsächlichen Umsätze für die Monate jedenfalls teilweise bekannt. Eine rückwirkende Antragstellung ist nicht möglich.
- Die derzeitige **Überbrückungshilfe Phase II** betrifft die Monate September bis Dezember 2020. Anträge können seit Mitte bzw. Ende Oktober 2020 gestellt werden.
- Die Grundstruktur der Überbrückungshilfe – auch in Phase II – als ein branchenoffenes Zuschussprogramm zu den Fixkosten bzw. Personalkosten bleibt bestehen. Änderungen bestehen im Hinblick auf die Antragsberechtigung und Förderhöhe.
- Über das Jahresende hinaus soll die Überbrückungshilfe durch **Phase III** bis Ende Juni 2021 verlängert und erweitert werden.
- Daneben besteht die **Novemberhilfe**. Bei dieser handelt es sich um eine außerordentliche Wirtschaftshilfe des Bundes für Unternehmen, Betriebe, Selbstständige, Vereine und Einrichtungen, deren Betrieb aufgrund der zur Bewältigung der Pandemie erforderlichen Maßnahmen temporär geschlossen wird, in Form einer einmaligen Kostenpauschale (<https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Pressemitteilungen/Finanzpolitik/2020/11/2020-11-12-PM-novemberhilfe-verfahren-der-abschlagszahlungen-steht.html>). Am 24.11.2020 hat der Bund eine Erweiterung der Novemberhilfe als sog. „**Dezemberhilfe**“ in Aussicht gestellt.
- Weiter besteht die Möglichkeit, KfW-Schnellkredite, KfW-Unternehmerkredite und Kurzarbeitergeld in Anspruch zu nehmen. Für weitere Einzelheiten verweisen wir auf unser Schreiben vom Juni 2020 (s.o.).

2. Antragsverfahren für Überbrückungshilfe

Die **Überbrückungshilfe** wird derzeit in zwei Stufen gewährt:

Auf der **ersten Stufe** erfolgt die Antragstellung auf Basis einer ex ante Prognose. Die Antragsvoraussetzung sowie die Höhe der erstattungsfähigen Fixkosten sind mithilfe eines Berufsträgers darzulegen und glaubhaft zu machen.

Auf der **zweiten Stufe** erfolgt sodann der nachträgliche Nachweis (Ist-Abgleich). Hier sind die Antragsvoraussetzungen (vgl. hierzu oben) zu belegen. Spätestens Ende 2021 ist eine sog. **Schlussrechnung** einzureichen. **Es besteht eine Rückzahlungsverpflichtung bei zu Unrecht erlangter Überbrückungshilfe.**

3. Strafrechtliche Verantwortlichkeit

Grundsätzlich ist die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit zu unterscheiden. Anknüpfungspunkt für eine strafrechtliche Verantwortlichkeit können aktives Tun, Unterlassen sowie das Leisten psychischer und physischer Beihilfe sein. Dabei kommt eine Tatbegehung als Alleintäter (§ 25 Abs. 1 StGB), Mittäter (§ 25 Abs. 2 StGB) sowie als Gehilfe (§§ 26, 27 StGB) in Betracht.

Bei der Beantragung der Überbrückungshilfe droht eine Strafbarkeit – auch des Berufsträgers – gemäß § 370 AO wegen Steuerhinterziehung, wegen Subventionsbetruges gemäß § 264 StGB sowie wegen Kreditbetruges nach § 265b StGB sowie wegen Urkundenfälschung nach § 267 StGB.

Brisant dürfte vorliegend der **Subventionsbetrug (§ 264 StGB)** sein. Ob die Soforthilfe eine Subvention ist, wird diskutiert. Bei der Überbrückungshilfe dürfte es schwierig sein, den Subventionscharakter zu verneinen. In den Antragsformularen wird ausdrücklich darauf hingewiesen. Auch für die Novemberhilfe dürfte dies der Fall sein.

Subventionserhebliche Tatsachen sind gemäß § 264 Abs. 9 solche,

- „1. Die durch Gesetz bzw. aufgrund eines Gesetzes vom Subventionsgeber als subventionserheblich bezeichnet sind oder
2. von dem die Bewilligung, Gewährung, Rückforderung, Weitergewährung oder das Belassen einer Subvention oder eines Subventionsvorteils gesetzlich von dem Subventionsvertrag abhängig ist.“

Neben dem „Machen“ unrichtiger und/oder unvollständiger Angaben bei Antragstellung kann auch eine zweckwidrige Verwendung der Subvention zur Strafbarkeit führen § 264 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB. Zweckwidrigkeit ist immer dann gegeben, wenn die erhaltenen Hilfen nicht ausschließlich zur Beseitigung eines betrieblichen Liquiditätsengpasses verwendet werden – das bedeutet z.B., wenn die Kosten der privaten Lebenshaltung mit der Beihilfe beglichen werden. Für eine zweckwidrige Verwendung spricht bspw., wenn ausgezahlte Beihilfen auf das Privatkonto weiterüberwiesen oder in bar abgehoben wurden.

Als dritte Tathandlung sieht § 264 Abs. 1 Nr. 3 StGB das nicht Offenbaren subventionserheblicher Umstände vor. Dies betrifft die Einreichung der Schlussrechnung und die Verpflichtung zur Rückzahlung von zu Unrecht erlangter Hilfen.

Ein erhebliches Strafbarkeitspotenzial liegt darin begründet, dass der Subventionsbetrug nicht nur vorsätzlich, sondern auch **leichtfertig** begangen werden kann. Leichtfertigkeit ist ein erhöhter Grad an Fahrlässigkeit, der zivilrechtlich grober Fahrlässigkeit entspricht. Mithin sind Ungenauigkeiten in der Antragstellung und/oder der Abrechnung ausreichend.

Der Subventionsbetrug kann – wie dargelegt - in Stufe 1 (Antragstellung) sowie Stufe 2 (Schlussrechnung) jeweils gesondert verwirklicht werden.

Soweit Sie als Antragsteller oder Berufsträger feststellen, dass Anträge bzw. Prognoseentscheidungen unzutreffend sind, ist dies u.E. der Bewilligungsbehörde unverzüglich mitzuteilen. Eine Rückzahlung sollte erfolgen, und zwar u.E. bereits mit Erkennbarkeit der zu Unrecht erlangten Subvention und nicht erst nach Einreichung der Schlussrechnung. Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass ein Subventionsbetrug in der Alternative 3 verwirklicht wird, wenn (nachträglich) subventionserhebliche Tatsachen nicht offengelegt werden.

Festzuhalten ist allerdings, dass dies lediglich zu einer Strafbefreiung nach § 264 StGB führt, wenn und sofern die Angaben im Rahmen der ersten Phase weder leichtfertig noch grob fahrlässig – geschweige denn vorsätzlich – gewesen sind.

Eine Rückzahlung von zu Unrecht erhaltenen Beihilfen gilt grundsätzlich als Schadenswiedergutmachung und ist im Rahmen einer etwaigen Strafzumessung zu berücksichtigen. Straffreiheit kann leider nach Auszahlung der Beihilfe nicht mehr erreicht werden.

4. Potentielle Strafbarkeit des Berufsträgers

Grundsätzlich besteht die Gefahr, dass sich der Berufsträger des vorsätzlichen oder leichtfertigen Subventionsbetruges zu Gunsten eines Dritten – mithin des Mandanten – als Täter oder Teilnehmer (Gehilfe) strafbar macht.

Die Gefahr für den Berufsträger sich selbst strafbar zu machen, ist nunmehr deutlich höher als vor dem 31.05.2020. Durch das Antragserfordernis der Überbrückungshilfe über den Berater ist diese immanent, weil der Berufsträger als Antragsteller selbst Täter sein kann. Grundsätzlich kann sich der Berater zunächst auf sog. berufstypisches neutrales Verhalten berufen, dass nicht strafbar ist, wenn er den Angaben seines Mandanten vertrauen durfte. Dies gilt dann nicht (mehr), wenn die Angaben des Mandanten erkennbar falsch oder nicht plausibel sind. In der Praxis wird es sich um Einzelfallentscheidungen handeln. Die Beweiswürdigung liegt im Ermessen des Gerichtes.

5. Empfehlungen für den Berufsträger

Grundsätzlich ist zu unterscheiden, ob eine Antragstellung für ein laufendes Mandat oder als Einzelauftrag erfolgen soll. Die Risiken für Letzteres sind ungleich höher. In diesem Fall ist besondere Vorsicht geboten.

Anzuraten ist, gesonderte Mandatsvereinbarungen abzuschließen, Vollständigkeits- und Freigabeerklärungen vom Mandanten sowie Haftungsfreistellungen gegenüber Banken einzuholen.

Sämtliche Antragsvoraussetzungen sind zu dokumentieren bzw. die Belege hierzu sind zwingend vorrätig zu halten. Im Hinblick auf die Umsatzabschätzung sind die Buchhaltungsunterlagen anzufordern. Die Ermittlung der Fixkosten sowie der

Prognoseentscheidungen – sowie die Abwägungen des Berufsträgers hierzu – sind zu dokumentieren. Die Fixkosten sind glaubhaft zu machen und anhand der Buchhaltungsunterlagen zu überprüfen. Die Prognoseentscheidung betreffend die Umsätze ist ebenfalls zu plausibilisieren. Hier gilt es, sich v.a. als Berufsträger abzusichern und zu dokumentieren – sowohl die vorgelegten Unterlagen als auch die Erwägungen, die zu den einzelnen Prognoseeinschätzungen geführt haben. Hypothetische Geschehensverläufe oder reine Annahmen sind irrelevant. Zum Zeitpunkt der Antragstellung (s.o.) sind die Umsätze regelmäßig jedenfalls teilweise bekannt.

Die unterschiedlichen Fördermaßnahmen schließen sich grundsätzlich aus. Eine Vollständigkeitserklärung des Mandanten ist insoweit einzuholen.

Kann oder will dies der Mandant nicht leisten, ist dringend von einer Antragstellung Abstand zu nehmen, da das Risiko hoch ist.

Im Übrigen ist der Mandant auf seine Rückzahlungsverpflichtung hinzuweisen, wenn erkennbar wird, dass Hilfen zu Unrecht erlangt wurden.

Grundsätzlich ist der Berufsträger weiterhin an das Mandatsgeheimnis gebunden. Ohne Freigabe bzw. Einverständnis des Mandanten dürfen Anträge nicht korrigiert werden. Ein Ausweg kann auch hier die Mandatsniederlegung sein, die der Bewilligungsbehörde anzuzeigen ist.

Abschließend ist festzuhalten, dass die Vorgaben der Behörden zusehends präziser und die Erfahrungen mit den wirtschaftlichen Folgen der Pandemie zunehmen, so dass auch die Anforderungen an die Einhaltung der Antragsvoraussetzungen bzw. die Kontrolle steigen werden. Die strafrechtliche Bewertung erfolgt viel später, meist wenn das Kind schon in den Brunnen gefallen ist. Das sollte man sich bei der Antragstellung immer bewusst sein. Nachträglich Beweise wie Dokumente zu erlangen gestaltet sich in der Praxis zumeist als schwierig.

Für Rückfragen stehen wir gerne jederzeit zur Verfügung.

Bleiben Sie gesund!

Mit freundlichen Grüßen

Martina Butenschön
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Steuerrecht

Manuela Beckert
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Steuerrecht