

Dr. Emanuel H. F. Ballo / Theresa Sauerwein\*

## Von der Krise in die Strafbarkeit?

### Zu den Strafbarkeitsrisiken für Unternehmensverantwortliche und Unternehmen im Zusammenhang mit Corona-Hilfsmaßnahmen

*Zu Unrecht beanspruchte Corona-Hilfen können zu strafrechtlichen Konsequenzen für die handelnden Unternehmensvertreter sowie zu empfindlichen Sanktionen für Unternehmen führen. Diese werden nachstehend behandelt.*

#### I. Einleitung

Seit Beginn der Corona-Pandemie können betroffene Unternehmen zahlreiche von Bund und Ländern geschaffene Hilfsangebote beantragen. Die Anträge erfolgen in einer Zeit, in der sich die antragsstellenden Unternehmen infolge der Auswirkungen der Pandemie in einer wirtschaftlich schwierigen, häufig existenzbedrohenden Lage befinden. Vor diesem Hintergrund kommt es häufig zu Anträgen, die unvollständige oder unrichtige Angaben enthalten – mitunter in der Absicht, Arbeitsplätze und das Unternehmen zu retten.

Das führt zu strafrechtlichen Risiken für die verantwortlich handelnden Unternehmensvertreter sowie – das wird häufig übersehen – zu erheblichen Sanktionsrisiken für die Unternehmen. Bereits über 20.000 Verdachtsfälle wegen unrechtmäßig in Anspruch genommener Corona-Hilfen oder anderer Straftaten hat es nach Aussage des Bundesgeschäftsführers des Deutschen Richterbunds, Sven Rebehn, Ende 2020 gegeben.<sup>1</sup> Die Zahl der Verdachtsfälle dürfte weiter steigen.

Im Folgenden werden zunächst die wichtigsten Hilfsmaßnahmen zur Milderung der wirtschaftlichen Folgen der Corona-Pandemie dargestellt. Anschließend werden die wesentlichen strafrechtlichen Risiken für Unternehmensverantwortliche und Unternehmen durch die Beantragung und Inanspruchnahme von Corona-Hilfsmaßnahmen behandelt. Abschließend werden die sonstigen Sanktionsrisiken für die betroffenen Unternehmen skizziert.

#### II. Staatliche Hilfsmaßnahmen

Nachfolgend soll zunächst ein kurzer Überblick über die wichtigsten Corona-Hilfen für Unternehmen gegeben werden.

##### 1. Erste Hilfsmaßnahmen im Frühjahr 2020

Im Rahmen des sogenannten Corona-Schutzschilds für Deutschland konnten im Frühjahr 2020 Soloselbstständige und Kleinstunternehmen mit bis zu zehn Beschäftigten einen

Zuschuss zu den Betriebskosten für einen Zeitraum von drei Monaten beantragen. Die Antragsteller konnten diese Sofort-Hilfen „selbst“ beantragen. Die Mandatierung eines Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers oder Rechtsanwalts war für die Antragstellung nicht erforderlich.

Den Unternehmen wurde zudem die Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge zugesagt. Gleichzeitig hat das Bundeswirtschaftsministerium einen Wirtschaftsstabilisierungsfonds („WSF“) aufgesetzt, der Unternehmen durch Kapitalmaßnahmen, Bürgschaften sowie durch KfW-Programme unterstützt.

##### 2. Die „Corona-Überbrückungshilfen I-III“ (September 2020 bis Juni 2021)<sup>2</sup>

Ziel der Überbrückungshilfen ist es insbesondere, Unternehmen zu unterstützen, die ihren Geschäftsbetrieb im Zuge der Corona-Krise ganz oder zu wesentlichen Teilen einstellen mussten.

Die „Corona-Überbrückungshilfe I für kleine und mittelständische Unternehmen“ umfasst die Fördermonate Juni bis August 2020 und konnte bei einem Umsatzrückgang von mindestens 60 Prozent gegenüber dem entsprechenden Vorjahresmonat bis zum 9.10.2020 beantragt werden. Entscheidend ist, dass sich das antragstellende Unternehmen nicht bereits zum 31.12.2019 in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befunden hatte.

Die „Corona-Überbrückungshilfe II für kleine und mittelständische Unternehmen“ umfasst die Fördermonate September bis Dezember 2020. Die Unternehmen konnten bei einem Umsatzrückgang von durchschnittlich mindestens 30 Prozent in den Monaten April bis August 2020 oder einem Umsatzrückgang von mindestens 50 Prozent in zwei zusam-

\* Dr. Emanuel H. F. Ballo ist Rechtsanwalt und Partner der Kanzlei DLA Piper UK LLP in Frankfurt a.M. im Bereich Wirtschaftsstrafrecht, Internal Investigations und Compliance sowie Lehrbeauftragter an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht; Theresa Sauerwein ist Rechtsanwältin in der Kanzlei DLA Piper UK LLP in Frankfurt a.M. im Bereich Wirtschaftsstrafrecht, Internal Investigations und Compliance.

1 <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/richterbund-rund-20000-strafverfahren-mit-corona-bezug>.

2 <https://www.ueberbrueckungshilfe-unternehmen.de/UBH/Redaktion/DE/Artikel/uebersicht-ubh.html?nn=2183686>.

menhängenden Monaten im Vergleich zum Vorjahreszeitraum ihre Anträge bis zum 31.3.2021 stellen.

Zudem unterstützt der Bund mit den „Corona-November- und Dezemberhilfen“ unter anderem Unternehmen, deren Betrieb aufgrund des sogenannten „Lockdowns“ von Schließungen betroffen war. Die Betroffenen können die einmaligen Zuschüsse in Höhe von bis zu 75 Prozent des Umsatzes des Vorjahresmonats bis zum 30.4.2021 stellen.

Mit der „Corona-Überbrückungshilfe III für kleine und mittelständische Unternehmen“ wurde das Hilfsprogramm bis Ende Juni 2021 verlängert, im Umfang erweitert und das Verfahren vereinfacht. Der relevante Förderungszeitraum erstreckt sich vom 1.1.2021 bis zum 30.6.2021. Antragsberechtigt sind Unternehmen mit einem Jahresumsatz von bis zu 750 Millionen EUR, die einen Umsatzeinbruch von mindestens 30 Prozent erlitten haben. Darüber hinaus bestehen branchenspezifische Regelungen (zB neue Abschreibungsbedingungen für Saisonware oder die besondere Berücksichtigung von Stornierungen in der Reisebranche) und es werden Investitionen in die Digitalisierung gefördert.<sup>3</sup>

Im Gegensatz zu den Hilfsmaßnahmen für Kleinstunternehmen und Soloselbstständige (vgl. vorstehend unter II. 1.) erfolgt die Antragstellung durch sogenannte „prüfende Dritte“. Das sind Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer; seit der Überbrückungshilfe II auch vereidigte Buchprüfer und Rechtsanwälte. Damit die betroffenen Unternehmen schneller finanzielle Unterstützung erhalten, finden vor der endgültigen Auszahlung der beantragten Hilfen bereits Abschlagszahlungen statt.

Nach Ende der Programmlaufzeit hat eine Schluss-Abrechnung zu erfolgen. Im Rahmen dieser Abrechnung werden bei Abweichung der tatsächlich durch die Unternehmen erzielten Umsätze überhöht gewährte Zuschüsse zurückgezahlt oder zu geringe Hilfen aufgestockt. Unterbleibt die Schlussabrechnung, ist die Corona-Überbrückungshilfe in gesamter Höhe zurückzuzahlen.

### 3. Kredite der KfW<sup>4</sup>

Im Rahmen der sogenannten KfW-Corona-Hilfe (Kredite für Unternehmen) übernimmt die KfW das wirtschaftliche Ausfallrisiko. Die Antragstellung durch die Unternehmen erfolgt unmittelbar über die jeweiligen Hausbanken. Unternehmen (sowie Selbstständige und Freiberufler), die „durch die Corona-Krise in finanzielle Schieflagen geraten [sind]“, können bis zum 30.6.2021 einen „KfW-Schnellkredit 2020“ mit einem Volumen von bis zu 800.000 EUR für Anschaffungen (Investitionen) sowie laufende Kosten (Betriebsmittel) beantragen. Unternehmen, die bereits seit mindestens fünf Jahren am Markt aktiv sind, steht darüber hinaus der KfW-Unternehmerkredit – auch für größere Kreditbeträge – offen. Der Bund sichert den Schnellkredit durch eine Garantie zu 100 Prozent und den Unternehmerkredit zu 90 Prozent ab, so dass sich die Chance der Unternehmen erhöht, eine Kreditzusage zu erhalten. Voraussetzung ist, dass das Unternehmen zum 31. Dezember 2019 noch nicht in wirtschaftlichen Schwierigkeiten gewesen ist.

### 4. Kurzarbeitergeld

Darüber hinaus können alle Unternehmen – unabhängig von ihrer Größe – Kurzarbeitergeld beantragen. Die Corona-Sonderregelungen beim Kurzarbeitergeld wurden durch das Beschäftigungssicherungsgesetz<sup>5</sup> aktuell bis zum 31.12.2021 verlängert. Unternehmen können danach Kurzarbeit beantragen, wenn mehr als zehn Prozent ihrer Beschäftigten

vom Arbeitsausfall betroffen sind und der Arbeitsausfall „durch Corona oder auch andere konjunkturelle Ursachen“ begründet ist.<sup>6</sup>

In diesem Rahmen werden die Sozialversicherungsbeiträge bis zum 30.6.2021 vollständig erstattet, anschließend – längstens bis zum 31.12.2021 – bis zur Hälfte, sofern die Betriebe bis zum 30.6.2021 mit der Kurzarbeit beginnen. Unternehmen, die vollständig Kurzarbeit einführen, sind von der Verpflichtung zum Einbehalt und zur Abführung des Arbeitgeberanteils der Sozialversicherungsbeiträge befreit.

### III. Strafrechtliche Risiken für Unternehmensverantwortliche durch die Beantragung und Inanspruchnahme von Corona-Hilfsmaßnahmen

Sämtliche vorstehend dargestellten Hilfsmaßnahmen müssen von den betroffenen Unternehmen – gegebenenfalls mit Hilfe Dritter – beantragt werden. Häufig hängt die wirtschaftliche Existenz des Unternehmens vollständig von der Gewährung dieser Hilfsmaßnahmen ab. Durch die Beantragung und Inanspruchnahme kann es auch zu strafrechtlich relevanten Handlungen kommen, auf die im Folgenden näher eingegangen werden soll. Nicht Gegenstand dieser Betrachtung sind die strafrechtlichen Risiken im Zusammenhang mit der zwischenzeitlichen Lockerung der Insolvenzantragspflicht im Sinne des § 15 a Abs. 4 InsO.<sup>7</sup>

#### 1. Subventionsbetrug gemäß § 264 StGB

Im Zusammenhang mit der Beantragung und Inanspruchnahme der Hilfsmaßnahmen kommt für die handelnden Personen ein Risiko wegen Subventionsbetrugs nach § 264 StGB in Betracht.

#### a) Subventionsbegriff im Sinne des § 264 Abs. 8 StGB

Die unter II. 1.-4. dargestellten staatlichen Hilfsangebote können Subventionen im Sinne des § 264 Abs. 8 Nr. 1 StGB darstellen. Subventionen sind danach Leistungen aus öffentlichen Mitteln nach Bundes- oder Landesrecht an Betriebe oder Unternehmen, die wenigstens zum Teil ohne marktmäßige Gegenleistung gewährt werden und (kumulativ) der Förderung der Wirtschaft dienen. Als Subventionen gelten nach herrschender Ansicht sowohl Zuschüsse ohne Gegenleistung als auch Darlehen zu günstigeren als marktüblichen Zinsen und Konditionen oder Bürgschaften und Garantien.<sup>8</sup>

Es ist nicht erforderlich, dass die staatlichen Hilfsangebote durch formelles Gesetz geregelt werden. Vielmehr genügt es, wenn ein entsprechendes Vorgehen in den durch Haushaltsgesetze festgesetzten Haushaltsplänen vorgesehen ist.<sup>9</sup>

Sowohl die Überbrückungshilfen als auch die November- und Dezember-Hilfen werden aus öffentlichen Mitteln und nach Bundesrecht an Unternehmen gewährt, die keine Gegenleistung erbringen müssen. Ausdrückliche Ziele dieser

3 <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Schlaglichter/Corona-Schutzschild/2021-01-19-ueberbrueckungshilfe-verbessert.html>.

4 <https://www.kfw.de/inlandsfoerderung/Unternehmen/KfW-Corona-Hilfe>. BGBl. 2020 I S. 2691.

5 <https://www.arbeitsagentur.de/unternehmen/corona-virus-informationen-fuer-unternehmen-zum-kurzarbeitergeld#1478910781381>.

7 Vgl. dazu u. a. Tresselt/Kienast COVuR 2020, 21; Ganter NZI 2020, 1017.

8 Fischer StGB § 264, Rn. 9.

9 Perron in Schönke/Schröder StGB § 264 Rn. 8 mwN; Tsambikakis/Gierok in Esser/Tsambikakis PandemieStrafR § 9 Rn. 36 mit Verweis auf das Nachtragshaushaltsgesetz BGBl. I 2020 S. 556.

Corona-Hilfen sind die Förderung der Wirtschaft und die Vermeidung oder Verringerung einer durch die Folgen der Corona-Pandemie bedingten Wirtschaftskrise.<sup>10</sup>

Ob die KfW-Schnellkredite oder die KfW-Unternehmerkredite eine Subvention im Sinne des § 264 Abs. 8 Nr. 1 StGB darstellen, ist vom Einzelfall abhängig. Die ausgezahlte Kreditsumme stellt zwar eine Leistung an ein Unternehmen nach Bundesrecht dar<sup>11</sup> und soll als Liquiditätshilfe zugunsten der Unternehmen die Wirtschaft fördern. Des Weiteren werden die jeweils von der Hausbank als Subventionsmittler ausbezahlten Kredite aus öffentlichen Mitteln der KfW refinanziert.<sup>12</sup> Maßgeblich dafür, ob ein KfW-Schnellkredit oder KfW-Unternehmerkredit zumindest teilweise ohne marktgerechte Gegenleistung und damit als Subvention im Sinne des § 264 Abs. 8 Nr. 1 StGB ausbezahlt wird, ist jedoch, ob ein vergünstigter Zinssatz gewährt wird. Bei den KfW-Schnellkrediten beträgt der Zinssatz unabhängig von der Bonität des Unternehmens 3,00 Prozent pa<sup>13</sup>, bei den KfW-Unternehmerkrediten zwischen 1,00 und 2,12 Prozent pa<sup>14</sup>. Vor diesem Hintergrund ist es jedenfalls möglich, dass – insbesondere durch die Corona-Krise „angeschlagene“ – Unternehmen günstigere Kreditkonditionen erhalten als sie unter Berücksichtigung ihrer individuellen Bonität auf dem freien Markt erhalten hätten.<sup>15</sup>

Derzeit ist höchststrichterlich nicht geklärt, ob an Unternehmen ausgezahltes, aber an die Mitarbeiter weitergeleitetes Kurzarbeitergeld eine Subvention im Sinne des § 264 Abs. 8 StGB darstellt.<sup>16</sup> Im Schrifttum ist diese Frage – spätestens seit der Finanzkrise – umstritten.<sup>17</sup> Gegen die Einordnung des Kurzarbeitergeldes als Subvention spricht vor allem, dass das Kurzarbeitergeld letztlich den Beschäftigten und nicht dem Arbeitgeber zugutekommt.<sup>18</sup> Das hängt auch mit dem Zweck des Kurzarbeitergeldes zusammen: Das Kurzarbeitergeld verfolgt unmittelbar soziale Zwecke, dh es dient in erster Linie den Interessen des Arbeitnehmers (vgl. §§ 169 ff. SGB III), so dass dies lediglich für eine „Subventionsvermittlereigenschaft“ des Unternehmens spricht. Mittelbar verfolgt das Kurzarbeitergeld hingegen auch den Zweck, das Unternehmen und die Arbeitsplätze zu erhalten und somit die Wirtschaft zu fördern.<sup>19</sup> Da Letzteres nicht nur unbeabsichtigte Nebenfolge des Kurzarbeitergeldes ist, sondern auch durch den Gesetzgeber gewollt sein dürfte,<sup>20</sup> besteht das Risiko, dass Gerichte das an Unternehmen ausgezahlte Kurzarbeitergeld als Subvention im Sinne des § 264 Abs. 8 StGB ansehen könnten.<sup>21</sup>

## b) Strafbewehrte Tathandlungen

Taugliche Täter im Sinne des § 264 StGB sind zunächst die prüfenden Dritten, die für die betroffenen Unternehmen die Hilfsanträge stellen.

Für die Unternehmensverantwortlichen kommt eine Strafbarkeit wegen Anstiftung oder Beihilfe nach §§ 26, 27 StGB in Betracht. Sofern die Unternehmensverantwortlichen die prüfenden Dritten im Rahmen einer Wissenherrschaft über die wirtschaftlichen Verhältnisse ihres Unternehmens zu unrichtigen oder unvollständigen Angaben über subventionserhebliche Tatsachen veranlassen, ist eine mittelbare Täterschaft im Sinne des § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB möglich.<sup>22</sup> Im Fall kollusiven Zusammenwirkens ist auch eine Mittäterschaft gemäß § 25 Abs. 2 StGB denkbar.

Im Rahmen des § 264 Abs. 1 StGB kommen insbesondere die folgenden strafrechtlich relevanten Tathandlungen in Betracht.

### aa) Antragstellung gemäß § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Die Handlungsvariante des § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB verwirklicht, wer für sich oder für andere unrichtige oder unvollständige Angaben über subventionserhebliche Tatsachen macht.

Gemäß § 2 SubvG können die auszahlenden Behörden festlegen, welche Angaben subventionserheblich sind. Subventionserheblich für die November- und Dezember-Hilfen ist beispielsweise, ob das antragstellende Unternehmen direkt oder indirekt von den coronabedingten Schließungsmaßnahmen betroffen war. Im Rahmen der Überbrückungshilfe III wird unterschieden, ob es sich um ein von den Schließungen betroffenes Unternehmen handelt oder um ein sonstiges Unternehmen mit einem Umsatzrückgang von mindestens 30 Prozent im Vergleich zum entsprechenden Vergleichsmonat.

Nach Auffassung einer mit diesen Fällen befassten Staatsanwaltschaft könnten unvollständige Angaben beispielsweise vorliegen, wenn ein Unternehmen nicht angibt, dass eine andere Unternehmenssparte die erlittenen Einbußen ausgleicht oder die Einbußen nicht auf die Corona-Krise zurückzuführen sind.<sup>23</sup> Letzteres kann der Fall sein, wenn die Unternehmenseinbußen vor der Corona-Krise eingetreten sind oder sich bereits abgezeichnet haben. In diesem Zusammenhang ist im Einzelfall fraglich, ob ein sich schon vor der Corona-Krise abzeichnender Auftragsrückgang zur Unvollständigkeit der gemachten Angaben führt, wenn er sich erst im Umsatz der „Corona-Monate“ niederschlägt.

### bb) Zweckwidrige Verwendung gemäß § 264 Abs. 1 Nr. 2 StGB

Werden die ausgezahlten Corona-Hilfen nicht gemäß des Förderungszwecks genutzt, um etwa einen aufgrund der Corona-Pandemie erlittenen Liquiditätsengpass des Unternehmens zu überbrücken, kann eine zweckwidrige Verwendung im Sinne der Handlungsvariante des § 264 Abs. 1 Nr. 2 StGB vorliegen. Insbesondere kommt ein Anfangsverdacht wegen Subventionsbetrugs gemäß § 264 Abs. 1 Nr. 2 StGB im Betracht, wenn die ausgezahlten Hilfen nicht zur Deckung laufender Fixkosten wie Gewerbemieten oder Pacht-

10 BT-Drs. 19/18100, S. 5.

11 *Tsambikakis/Gierok* in Esser/*Tsambikakis* PandemieStrafR § 9 Rn. 58 mit Verweis auf das Nachtragshaushaltsgesetz (BGBl. 2020 I S. 556; BT-Drs. 18/18100).

12 *Hellmann* in NK-StGB § 264 Rn. 15.

13 [https://www.kfw.de/inlandsfoerderung/Unternehmen/Erweitern-Festigen/F%C3%B6rderprodukte/KfW-Schnellkredit-\(078\)/](https://www.kfw.de/inlandsfoerderung/Unternehmen/Erweitern-Festigen/F%C3%B6rderprodukte/KfW-Schnellkredit-(078)/).

14 [https://www.kfw.de/inlandsfoerderung/Unternehmen/Unternehmen-erweitern-festigen/Finanzierungsangebote/KfW-Unternehmerkredit-Fremdkapital-\(037-047\)/](https://www.kfw.de/inlandsfoerderung/Unternehmen/Unternehmen-erweitern-festigen/Finanzierungsangebote/KfW-Unternehmerkredit-Fremdkapital-(037-047)/).

15 Vgl. dazu auch *Tsambikakis/Gierok* in Esser/*Tsambikakis* PandemieStrafR § 9 Rn. 59 f.

16 Vgl. *Tsambikakis/Gierok* in Esser/*Tsambikakis* PandemieStrafR § 9 Rn. 17 f.

17 Dagegen u. a. *Gaede/Laydecker* NJW 2009, 3542 (3545 f.); *Hellmann* in NK-StGB § 264 Rn. 47; *Perron* in Schönke/Schröder StGB § 264 Rn. 25; aA *Ceffinato* in MüKoStGB § 264 Rn. 57.

18 Vgl. *Rau* in Schmidt Covid-19 § 19 Rn. 68; *Burgert* StraFO 2020, 181 (187).

19 Vgl. auch *Tiedemann* in LK-StGB § 264 Rn. 57; BGH NStZ 2015, 93 (95).

20 BGH NStZ 2015, 93 (95); *Tiedemann* in LK-StGB § 264 Rn. 57; vgl. auch mwN *Gaede/Laydecker* NJW 2009, 3542 (3545 f.).

21 So hat der BGH zB Fördermittel für den sozialen Wohnungsbau als Subvention qualifiziert, weil hiermit auch wirtschaftliche Zwecke verfolgt werden, BGHSt 59, 244.

22 *Ceffinato* in MüKoStGB § 264 Rn. 49; *Straßer* in Graf/Jäger/Wittig StGB § 264 Rn. 59; *Heger* in Lackner/Kühl StGB § 264 Rn. 19; *Hellmann* in NK-StGB § 264 Rn. 69; *Perron* in Schönke/Schröder StGB § 264 Rn. 65.

23 Vgl. *Burgert* StraFO 2020, 181 (186); *Rau* in Schmidt Covid-19 § 19 Rn. 70.



zahlungen, Nebenkosten, Leasingzahlungen, Lizenzgebühren, Bedienung von Krediten für Betriebsmittel etc. verwendet werden.

### cc) In Unkenntnis lassen gemäß § 264 Abs. 1 Nr. 3 StGB

Ein strafrechtlich relevantes Unterlassen im Sinne des § 264 Abs. 1 Nr. 3 StGB liegt vor, wenn die verantwortlich handelnden Personen die für die Subventionsvergabe verantwortliche Stelle in Unkenntnis über für den Subventionsnehmer nachteilhafte und subventionserhebliche Tatsachen lässt.<sup>24</sup> Des Weiteren können die Strafverfolgungsbehörden auch einen Anfangsverdacht wegen Subventionsbetrugs durch Unterlassen annehmen, wenn nach erfolgter Auszahlung die für die Gewährung der Subvention erheblichen Umstände nicht eingetreten sind und dies nicht gegenüber der zuständigen Behörde mitgeteilt wurde.<sup>25</sup>

In Bezug auf die unter II. 1. dargestellten Hilfsangebote könnte das zum Beispiel der Fall sein, wenn (entgegen der durch den Antrag zum Ausdruck gebrachten Prognose) keine Existenzgefährdung eingetreten ist. In Bezug auf die Überbrückungshilfen II und III sowie die November- und Dezember-Hilfen käme ein strafrechtlich relevantes Verhalten in Betracht, wenn – wider Erwarten – kein Umsatzeinbruch eingetreten ist oder das Unternehmen nicht von den getroffenen Schließungsmaßnahmen (unmittelbar oder mittelbar) betroffen war und diese Umstände nicht gegenüber der zuständigen Stelle offengelegt werden.

### dd) Versuchsstrafbarkeit und tätige Reue

Nach §§ 264 Abs. 4, 23 Abs. 1 Var. 2 StGB ist auch der Versuch der zweckwidrigen Verwendung im Sinne des § 264 Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar. Bei den übrigen Handlungsvarianten ist der Anknüpfungspunkt für die Strafbarkeit bereits durch die Ausgestaltung als Gefährdungsdelikt vorverlagert.<sup>26</sup>

Gemäß § 264 Abs. 6 StGB wird nicht bestraft, wer nach vorsätzlicher oder leichtfertiger Tat freiwillig verhindert, dass die Subvention gewährt wird. In der Praxis kann die Verhinderung erfolgen, indem unrichtige Angaben berichtigt, eine Mitteilung nach § 264 Abs. 1 Nr. 3 StGB nachgeholt oder der Antrag vollständig zurückgenommen wird. Tätige Reue im Sinne des § 264 Abs. 6 StGB scheidet hingegen aus, sobald der erste „Gewährungsakt“ abgeschlossen ist.<sup>27</sup> Im Rahmen der Corona-Hilfen ist fraglich, ob bereits die Abschlagszahlungen auf die November- bzw. Dezember-Hilfe den ersten Gewährungsakt darstellen. Die besseren Argumente sprechen jedoch dafür, das zu verneinen. Denn der Begriff der Abschlagszahlungen legt bereits im Rahmen der wörtlichen Auslegung nahe, dass die Leistung lediglich vorläufig und provisorisch gewährt wird.

### c) Schwerer Fall des Subventionsbetrugs im Sinne des § 264 Abs. 2 Nr. 1 StGB

Ein schwerer Fall des Subventionsbetrugs im Sinne des § 264 Abs. 2 Nr. 1 StGB liegt vor, wenn die handelnde Person aus grobem Eigennutz oder unter Verwendung nachgemachter oder verfälschter Belege für sich oder einen anderen eine nicht gerechtfertigte Subvention großen Ausmaßes erlangt. Als großes Ausmaß gelten in der Regel Förderbeträge ab ca. 50.000 EUR.<sup>28</sup> Im Gegensatz zu Sofort-Hilfen mit geringen Volumina, wird sowohl bei den November- und Dezember-Hilfen als auch bei den Überbrückungshilfen II und III ein großes Ausmaß nach § 264 Abs. 2 Nr. 1 StGB künftig häufig zu bejahen sein, so dass die unberechtigte Inanspruchnahme der Hilfen einen schweren Fall im Sinne des § 264

Abs. 2 Nr. 1 StGB begründen kann. Denn zahlreiche mittelständische und größere Unternehmen sind aufgrund ihrer Umsätze in den Vergleichsmonaten berechtigt, Hilfszahlungen in erheblichem Umfang zu beantragen, die über einen Betrag in Höhe von 50.000 EUR hinausgehen.

Überdies ist es für die Annahme eines besonders schweren Falles erforderlich, dass der Täter aus „grobem Eigennutz“ handelt. Der Täter muss dabei über das übliche kaufmännische Gewinnstreben hinausgehen.<sup>29</sup> Es liegt nahe, dass eine mit dem Sachverhalt befasste Staatsanwaltschaft es als grob eigennütziges Verhalten ansehen wird, wenn ein Unternehmen in Pandemie- und Krisenzeiten ungerechtfertigt staatliche Hilfen beantragt und das Hilfsprogramm für den eigenen Vorteil ausnutzt.<sup>30</sup>

### 2. Betrug gemäß § 263 StGB und Kreditbetrug nach § 265 b StGB

Insbesondere wenn der Straftatbestand des Subventionsbetrugs nach § 264 StGB nicht einschlägig ist, besteht im Zusammenhang mit der Beantragung von Corona-Hilfen für Unternehmensverantwortliche subsidiär das strafrechtliche Risiko des Betrugs gemäß § 263 StGB. Wenn die Inanspruchnahme von KfW-Schnellkrediten oder KfW-Unternehmerkrediten aufgrund der (guten) Bonität des Darlehensnehmenden Unternehmens zu marktgerechten Zinsen erfolgt, besteht im Fall unrichtiger Angaben im Antrag das Risiko einer Strafverfolgung wegen Betrugs gemäß § 263 StGB sowie wegen Kreditbetrugs gemäß § 265 b StGB (gegebenenfalls in Idealkonkurrenz/Tateinheit).<sup>31</sup> Wer für Unternehmen als Kreditnehmer schriftlich unrichtige oder unvollständige Angaben macht, die für das Unternehmen vorteilhaft und für die Entscheidung über den Kreditantrag erheblich sind, kann sich (auch) gemäß § 265 b Abs. 1 Nr. 1 b) StGB strafbar machen.

Auch wenn man annähme, dass mit der unrechtmäßigen Inanspruchnahme von Kurzarbeitergeld befasste Gerichte zu der Entscheidung kommen, dass das Kurzarbeitergeld keine Subvention im Sinne des § 264 Abs. 8 StGB darstellt, verbleibt das Risiko einer Betrugsstrafbarkeit der handelnden Personen.

### 3. Steuerhinterziehung gemäß § 370 AO und Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt gemäß § 266 a StGB

Ein strafrechtliches Risiko nach § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO sowie § 266 a StGB besteht, wenn Unternehmen Kurzarbeitergeld in Form der Lohnaufstockung beantragen und beziehen, die Arbeitnehmer ohne hinreichende Dokumentation aber weiterhin in größerem Umfang tätig sind.<sup>32</sup> Denn stockt das Unternehmen den infolge der Kurzarbeit gekürzten Lohn auf, muss es dennoch seiner Pflicht zur Abführung von Lohnsteuer gemäß § 3 Nr. 28 a EStG und der zusätzlich anfallenden Sozialversicherungsbeiträge gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 8 SVEV nachkommen. Bei dem ausgezahlten, aber nicht gegenüber der Finanzbehörde mitgeteilten Arbeitsentgelt handelt es sich um steuererhebliche Tatsachen im Sinne des

24 Ceffinato in MüKoStGB, § 264 Rn. 99.

25 Fischer StGB § 264 Rn. 28.

26 Fischer StGB § 264 Rn. 38; Staßer in Graf/Jäger/Wittig StGB § 264 Rn. 142.

27 Fischer StGB § 264 Rn. 41.

28 Perron in Schönke/Schröder StGB § 264 Rn. 8.

29 Fischer StGB § 264 Rn. 46; Hellmann in NK-StGB § 264 Rn. 136.

30 Vgl. auch Rau in Schmidt Covid-19 § 19 Rn. 73.

31 Tsambikakis/Gierok in Esser/Tsambikakis PandemieStrafR § 9 Rn. 60.

32 Giesel/Schomburg NSZ 2020, 327 (330).

§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO.<sup>33</sup> Die „Schwarzaufstockung“ des Kurzarbeitergelds kann darüber hinaus auch eine strafrechtlich relevante Beitragshinterziehung gemäß § 266 a StGB darstellen.

Sowohl in Hinblick auf eine mögliche Steuerhinterziehung als auch auf eine mögliche Beitragshinterziehung können Unternehmensverantwortliche nach Beendigung der Tat strafrechtliche Risiken reduzieren und gegebenenfalls vollständig abwenden: Denn eine Selbstanzeige nach § 371 AO hat regelmäßig strafbefreiende Wirkung, wenn unrichtige Angaben berichtigt, unvollständige Angaben ergänzt oder unterlassene Angaben freiwillig nachgeholt werden, bevor die Finanzbehörden auf eine mögliche Steuerverkürzung im Sinne des § 370 AO aufmerksam geworden sind. Des Weiteren kann ein Gericht gemäß § 266 a Abs. 6 S. 1 StGB von einer Bestrafung absehen, wenn der Arbeitgeber spätestens im Zeitpunkt der Fälligkeit oder unverzüglich danach der Einzugsstelle schriftlich die Höhe der vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge mitteilt und darlegt, warum die fristgemäße Zahlung nicht möglich ist, obwohl dieser sich ernsthaft darum bemüht hat. In der Folge sind gemäß § 266 a Abs. 6 S. 2 StGB die Beiträge innerhalb der von der Einzugsstelle gesetzten Frist zu entrichten.

#### IV. Strafrechtliche Risiken für Unternehmen durch die Beantragung von Corona-Hilfsmaßnahmen

Mit der ungerechtfertigten Beantragung oder Inanspruchnahme von Corona-Hilfen gehen auch erhebliche Sanktionsrisiken für Unternehmen einher.

##### 1. Verbandsgeldbuße gemäß § 30 OWiG

Gegen ein Unternehmen kann eine Geldbuße gemäß § 30 OWiG verhängt werden, wenn die Unternehmensverantwortlichen eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen haben und dadurch entweder Pflichten, die sich auf das Unternehmen beziehen, verletzt haben oder das Unternehmen dadurch bereichert worden ist oder jedenfalls werden sollte.<sup>34</sup>

Die Verbandsgeldbuße kann bei vorsätzlicher Begehung nach § 30 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 OWiG bis zu 10 Millionen EUR und bei fahrlässiger Begehung nach § 30 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 OWiG bis zu 5 Millionen EUR betragen. Darüber hinaus gehend kann die Geldbuße nach § 17 Abs. 4 OWiG um den Teil erhöht werden, den das Unternehmen aus der Tat erlangt hat.

Eine Strafbarkeit wegen Subventionsbetrugs, Betrugs oder Steuerhinterziehung ist taugliche Anknüpfungstat im Sinne des § 30 OWiG. Beantragen Leitungspersonen die Corona-Hilfen zu Unrecht, dulden sie die zweckwidrige Verwendung im Unternehmen oder teilen den zuständigen Stellen subventionserhebliche Tatsachen nicht mit, kann dieses Verhalten die Grundlage für eine Unternehmensgeldbuße sein. Ist die zugrunde liegende Straftat oder Ordnungswidrigkeit von einem Mitarbeiter des Unternehmens begangen worden, der keine Leitungsperson im Sinne der § 30 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 OWiG ist, kommt als Anknüpfungstat eine Ordnungswidrigkeit wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 OWiG in Betracht.<sup>35</sup>

Die Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 Abs. 1 S. 1 OWiG spielt in der Praxis eine erhebliche Rolle. Danach handelt ordnungswidrig, wer als Inhaber eines Betriebs oder Unternehmens (vorsätzlich oder fahrlässig) Aufsichtsmaßnahmen unterlässt, die erforderlich sind, um in dem Betrieb oder Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu

verhindern, die den Inhaber treffen und deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist und eine solche Zuwiderhandlung durch entsprechende Maßnahmen hätte verhindert oder wesentlich erschwert werden können. Die Unternehmensleitung kann diese Aufsichtspflicht gemäß § 130 Abs. 1 S. 2 OWiG auch auf sorgfältig ausgewählte und überwachte Aufsichtspersonen delegieren.

Fahrlässig im Sinne des § 130 Abs. 1 S. 1 OWiG handelt, wer gegen die bestehenden Sorgfaltspflichten verstößt. Als Maßstab ist diejenige Sorgfalt zugrunde zu legen, die von einem ordentlichen Angehörigen des jeweiligen Tätigkeitsbereichs verlangt werden kann, um die Verletzung unternehmensbezogener Pflichten zu verhindern.<sup>36</sup>

Begeht demnach ein Mitarbeiter (der nicht zum Personenkreis des § 30 Abs. 1 Nr. 1-5 OWiG zählt) eine Straftat im Zusammenhang mit der Beantragung von Corona-Hilfen, wird eine Staatsanwaltschaft sorgfältig prüfen, ob die Leitungspersonen im Sinne des § 130 OWiG ihrer Aufsichtspflicht in gehörigem Maße nachgekommen sind. Dabei ist „erschwerend“ zu berücksichtigen, dass der in der Praxis von den Staatsanwaltschaften häufig angelegte strenge Maßstab dazu führt, dass eine fahrlässige Verletzung der Aufsichtspflicht sehr schnell angenommen wird.

##### 2. Einziehung gemäß § 73 StGB

Gegenüber Unternehmen kann alternativ zur Geldbuße im Sinne des § 30 OWiG die Einziehung von Taterträgen gemäß §§ 73, 73 b StGB angeordnet werden, wenn der Beteiligte an einer rechtswidrigen Tat oder der Täter einer mit Geldbuße bedrohten Handlung für einen anderen, insbesondere das Anstellungsunternehmen, gehandelt hat und dieses dadurch etwas erlangt hat. Liegt eine strafbare Handlung zugrunde, ist die Einziehung zwingend.<sup>37</sup>

Gegenstand der Einziehung ist das Erlangte oder ein der Höhe entsprechender Geldbetrag. In den vorstehend erörterten Konstellationen dürfte der Einziehungsbetrag häufig dem Betrag der ausgezahlten Corona-Hilfe oder des ausgezahlten Kurzarbeitergeldes entsprechen. Indem jeglicher vermögenswerte Zufluss erfasst wird, sind auch sonstige bezifferbare Vergünstigungen oder Einsparungen Tatertrag im Sinne der §§ 73, 73 c StGB.<sup>38</sup>

Wenn aus Opportunitätsgründen von der Verfolgung des Mitarbeiters abgesehen wird (zum Beispiel im Wege einer Einstellung gegen Auflage nach § 153 a StPO), kann dennoch gemäß §§ 73, 73 c, 76 a StGB der erlangte wirtschaftliche Vorteil in einem selbständigen Verfahren eingezogen werden. Dazu muss das Unternehmen aufgrund der rechtswidrigen Tat als ein anderer im Sinne des § 73 b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB bereichert worden sein. Der handelnde Täter muss die Bereicherung zudem im Interesse des Unternehmens gewollt haben.<sup>39</sup>

Alternativ zur Einziehung gemäß §§ 73 ff. StGB kann die Einziehung im Fall von Ordnungswidrigkeiten nach § 29 a OWiG erfolgen.

<sup>33</sup> Wicke/Wicke AO-StB 2020, 57 (60).

<sup>34</sup> Berndt in Berndt/Theile UnternehmensStrafR Teil 5 Rn. 467.

<sup>35</sup> Berndt in Berndt/Theile UnternehmensStrafR Teil 5 Rn. 467.

<sup>36</sup> OLG Düsseldorf LSK 1983, 050130; WuW 2007 = BeckRS 2007, 379; Niesler in Graf/Jäger/Wittig OWiG § 130 Rn. 70.

<sup>37</sup> Joecks/Meißner in MüKoStGB § 73 Rn. 1.

<sup>38</sup> Altenhain/Fleckenstein in Matt/Renzikowski StGB § 73 Rn. 4.

<sup>39</sup> Heger in Lackner/Kühl StGB § 73 b Rn. 2; Achenbach in Achenbach/Ransiek/Rönnau WirtschaftsStrafR-HdB 1. Teil 2. Kapitel Rn. 32.

## V. Weitere Sanktionsrisiken

Neben den straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktionen können Unternehmen infolge ungerechtfertigt erlangter Corona-Hilfen auch weitere signifikante Folgen treffen.

So sind nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 WRegG rechtskräftige Bußgeldentscheidungen in das Wettbewerbsregister einzutragen, die nach § 30 OWiG (gegebenenfalls in Verbindung mit § 130 OWiG) wegen in § 2 Abs. 1 WRegG benannten Straftaten – zum Beispiel Betrug, Subventionsbetrug, Vorenthaltung und Veruntreuung von Arbeitsentgelt oder Steuerhinterziehung – ergangen sind. Die Eintragung erfolgt gemäß § 2 Abs. 2 S. 2 WRegG, wenn die natürliche Person, gegen die sich das Urteil oder die Bußgeldentscheidung gerichtet hat, als für die Leitung des Unternehmens Verantwortliche gehandelt hat. Der Gesetzgeber hat ausdrücklich klargestellt, dass dazu auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung gehört.

Öffentliche Auftraggeber sind ab einem Nettoauftragsvolumen in Höhe von 30.000 EUR gemäß § 6 Abs. 1 WRegG verpflichtet, eine Registerabfrage vorzunehmen. Ein zwin- gender Ausschluss vom Vergabeverfahren zulasten des gelisteten Unternehmens erfolgt zwar nicht, aber der öffentliche Auftraggeber entscheidet gemäß § 6 Abs. 5 WRegG „nach Maßgabe der vergaberechtlichen Vorschriften in eigener Verantwortung über den Ausschluss eines Unternehmens von der Teilnahme an dem Vergabeverfahren“. Im Wettbewerbsregister gelistete Unternehmen haben folglich geringere Chancen, den Zuschlag zu erhalten als nicht gelistete Unternehmen.

Darüber hinaus werden Geldbußen im Sinne des § 30 OWiG ab einer Höhe von 200 EUR gemäß § 149 Abs. 2 Nr. 3

GewO in das Gewerbezentralregister eingetragen. Auch das hat jedenfalls für Unternehmen, die regelmäßig an (öffentlichen) Ausschreibungen teilnehmen, erhebliche Nachteile und stellt einen Wettbewerbsnachteil dar.

Zudem besteht gemäß § 321 Nr. 3 SGB III eine Schadensersatzpflicht gegenüber der Bundesagentur für Arbeit, wenn das Unternehmen seine Berechnungs-, Auszahlungs-, Aufzeichnungs- und Mitteilungspflichten u. a. bei Kurzarbeitergeld nicht erfüllt hat. Neben der Hauptforderung in Höhe des unrechtmäßig ausgezahlten Betrags drohen dem Unternehmen also auch Zinsforderungen.

Schließlich sind die erheblichen Reputationsrisiken zu nennen, die mit der Einleitung staatsanwaltschaftlicher Ermittlungen gegen Mitarbeiter, Leitungspersonen und das Unternehmen selbst einhergehen. Nicht selten werden derartige Ermittlungsverfahren bekannt und sind Gegenstand öffentlichkeitswirksamer Medienberichterstattung.

## V. Fazit

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die strafrechtlichen und sonstigen Sanktionsrisiken für Unternehmensverantwortliche und Unternehmen erheblich sind. Insbesondere vor dem Hintergrund der dargestellten Konsequenzen für Unternehmen kann jedenfalls bezweifelt werden, ob es tatsächlich eines sogenannten Unternehmensstrafrechts bedarf, das aller Voraussicht nach unter dem „Deckmantel“ des „Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft“ bzw. dem Verbandssanktionengesetzes noch in dieser Legislaturperiode verabschiedet werden soll, oder die derzeitigen Regelungen im Ordnungswidrigkeitengesetz (vgl. §§ 29 a, 30, 17 Abs. 4 OWiG) und im Strafgesetzbuch (vgl. §§ 73 ff. StGB) nicht ausreichen. ■