

Positionspapier des BTE Handelsverband Textil Schuhe Lederwaren zu einem bundesweiten Änderungsbedarf der Praxis der Bewilligungsstellen bei den Überbrückungshilfen

Der BTE Handelsverband Textil Schuhe Lederwaren fordert nach der Rückmeldung seiner Mitgliedsbetriebe und nach Erfahrungsaustausch mit spezialisierten Anwälten und erfahrenen Steuerberatern eine gerechte Praxis bei den Überbrückungshilfen. Dies betrifft insbesondere (aber nicht nur) die anstehende Prüfung der von den Unternehmen eingereichten oder noch einzureichenden Schlussabrechnungen zu den erhaltenen Überbrückungshilfen.

Dieser Aufruf richtet sich an das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) sowie die auf Landesebene zuständigen Bewilligungsstellen und verlangt eine Orientierung an den rechtlichen Rahmenbedingungen. Dies betrifft insbesondere die folgenden Themenbereiche:

1. Unternehmensverbund, namentlich im familiären Kontext

Ein besonders kritisches Thema für viele Unternehmen ist das der verbundenen Unternehmen. Die Annahme eines Unternehmensverbunds hat oft nachteilige Auswirkungen für antragstellende Unternehmen: Zahlungen im Verhältnis dieser Unternehmen, zum Beispiel Mietzahlungen, können nicht als Fixkosten angesetzt werden und fallen bei der Förderung weg. Zudem werden Umsätze im Rahmen der Bestimmung des für die Förderung maßgeblichen Umsatzeinbruchs zusammengerechnet. Bei der Annahme eines Unternehmensverbunds können sich damit nachträglich erhebliche Kürzungen und damit Rückforderungen ergeben.

Nach Ziffer 5.2 der FAQ zu den Überbrückungshilfe-Programmen darf bei "verbundenen Unternehmen" nur ein Antrag für den gesamten Unternehmensverbund gestellt werden. Für die Bestimmung eines Unternehmensverbunds soll Anhang I Art. 3 Abs. 3 der EU-Verordnung 651/2014 maßgeblich sein. Dieser Anhang zählt Beziehungen zwischen Unternehmen auf, die zur Annahme eines Verbunds führen. Gemeinsam haben diese Beziehungen, dass ein Unternehmen die Möglichkeit zur **Beherrschung** des anderen hat, zum Beispiel durch Innehaben der Stimmrechts- oder Anteilsmehrheit oder durch eine Berechtigung zur Bestellung und Abberufung der Mitglieder eines Leitungs- oder Aufsichtsgremiums.

In der Praxis wenden viele Bewilligungsstellen diese Voraussetzung extensiv zu Lasten der Unternehmen an. Insbesondere werden Unternehmen miteinander verbunden, bei denen gesellschaftsrechtlich keine Beherrschung vorliegt. Die Bearbeitung erfolgt nach unserer Kenntnis häufig durch beauftragte Wirtschaftsprüfungsgesellschaften durch Bearbeiter*innen, die über keine juristische Ausbildung und/oder Kenntnisse im Gesellschaftsrecht verfügen.

Forderung 1: Die Prüfung des Begriffs des "Unternehmensverbunds" muss sich an den in Bezug genommenen europarechtlichen Rahmenbedingungen orientieren. Eine Bearbeitung durch fachkundiges Personal, namentlich Juristinnen/Juristen, muss auf Ebene der Bewilligungsstelle gesichert sein.

Ein Unternehmensverbund mit Beherrschungssituation kann nach der EU-Definition auch vorliegen, wenn die Unternehmen durch andere Unternehmen in einer dieser

Beziehungen stehen – oder, praktisch sehr relevant, durch eine "gemeinsam handelnde Gruppe natürlicher Personen". In den FAQ wird unter Fußnote 25 zu Ziffer 5.2 die Möglichkeit eröffnet, familiäre Verbindungen als ausreichend für ein gemeinsames Handeln anzusehen. Der Wortlaut lautet:

"Familiäre Verbindungen gelten als ausreichend für die Schlussfolgerung, dass natürliche Personen gemeinsam handeln."

Diese Schlussfolgerung ist europarechtlich nicht zwingend. Wir verweisen auf den Fachaufsatz "Corona-Überbrückungshilfen: Verbundene Unternehmen allein aufgrund familiärer Strukturen" von Rechtsanwältin Ehls/Rechtsanwalt Hillemann (DStR 2023, 226 ff.) mit zahlreichen Argumenten, dass die "Schlussfolgerung" europarechtlich nicht geboten ist und verfassungsrechtlich rechtswidrig ist. Vielmehr ist im Einzelfall eine Prüfung anhand der europarechtlichen Kriterien notwendig.

Forderung 2: Ziff. 5.2 der FAQ zu den Überbrückungshilfen ist wie folgt zu ändern "Familiäre Verbindungen können im Einzelfall eine gemeinsam handelnde Gruppe von Personen im Sinne der EU-Definition darstellen, wenn die weiteren Kriterien der EU-Definition erfüllt sind."

Nur auf diese Weise kann eine gerechte, Familien nichtdiskriminierende Auslegung des Begriffs in der Praxis gesichert werden.

Davon unabhängig lässt die derzeitige Formulierung der FAQ auf die Möglichkeit schließen, dass rechtlich die "Schlussfolgerung" einer gemeinsam handelnden Gruppe bei familiären Verbindungen durch das antragstellende Unternehmen widerlegt werden kann. Einige Bewilligungsstellen gehen jedoch sogar noch weiter und vermuten bei familiären Verbindungen "*unwiderlegbar*" einen Unternehmensverbund, so die IHK für München und Oberbayern und das Regierungspräsidium Gießen. Die Rechtmäßigkeit dieser Praxis ist insbesondere im Angesicht von Art. 3 Abs. 1 (Gleichbehandlungsgebot) und Art. 6 Abs. 1 Grundgesetz (Besonderer Schutz der Familie durch den Staat) nicht gegeben. Das führt zum Beispiel dazu, dass in Bayern zwei Brüder, die unabhängig voneinander ihren Geschäften in vergleichbaren Branchen nachgehen, auf einmal als Unternehmensverbund gelten und nun die Überbrückungshilfen wegen vermeintlich "falschem Antrag" mit existenzgefährdender Wirkung zurückgefordert werden (anhängig bei Gericht, Az. bei dem VG Regensburg: RO 16 K 23.614 und RO 16 K 23.706). Es kann nicht im Sinne des Staates sein, voneinander unabhängig wirtschaftlich tätige Familienmitglieder "in Sippenhaft als Unternehmensverbund" selbst dann zu nehmen, wenn die Unternehmen keine gesellschaftsrechtlichen oder wirtschaftlichen Beziehungen unterhalten und die Familienmitglieder völlig unabhängig voneinander handeln.

Forderung 3: Die Praxis einiger Bewilligungsstellen, bei familiären Verbindungen "unwiderlegbar" einen Unternehmensverbund anzunehmen, ist aufzugeben.

Schließlich ist in der Praxis ungeklärt, wer zur "Familie" im Sinne der Ziff. 5.2 gehören soll. Eine rechtlich verbindliche Definition gibt es nicht. In der Praxis werden so selbst Cousins und Cousinen, die keine enge Beziehung haben, als Familie in einem Unternehmensverbund zusammengefasst.

Forderung 4: Das BMWK wird aufgefordert, den Begriff der "Familie" im Sinne der Ziff. 5.2 zu definieren.

2. Coronabedingter Umsatzeinbruch

Auch die Coronabedingtheit des Umsatzeinbruchs ist ein zentraler Punkt: Nach Ziffer 1.1 der FAQ zu den Überbrückungshilfen ist nur förderberechtigt, wer in einem Monat des Förderzeitraums einen coronabedingten Umsatz von mindestens 30 Prozent im Vergleich zum Referenzmonat hatte.

Der Begriff ist nicht eindeutig definiert, was den Bewilligungsstellen Raum für ihre scharfe Prüfpraxis verschafft. So nehmen einige Bewilligungsstellen nun an, ein Umsatzeinbruch könne nur dann coronabedingt sein, wenn das antragstellende Unternehmen von staatlichen Schließungsanordnungen "unmittelbar oder mittelbar" betroffen gewesen ist. Diese Auslegung ist sehr streng und war in den FAQ nie enthalten oder auch nur angedeutet. Ähnlich streng ist eine Auffassung, wonach ein coronabedingter Umsatzeinbruch nach dem "Freedom Day" im März 2022 stets ausscheiden soll. Einzelne Bewilligungsstellen – darunter die Hamburgische Investitions- und Förderbank (IFB) – vertreten dies neben der Überbrückungshilfe IV auch für die Überbrückungshilfe III plus. Neuerdings gibt es die vereinzelte Tendenz, nur noch "ausschließlich" coronabedingte Umsatzeinbrüche anzuerkennen. Diese Ausschließlichkeit soll dann vom antragstellenden Unternehmen durch Unterlagen positiv nachgewiesen werden. Ein solcher Nachweis ist aber ersichtlich nur schwer möglich: Wie soll ein Unternehmen beweisen, dass ein Umsatzeinbruch zu 100 statt beispielsweise zu 80 oder 95 Prozent auf die Coronapandemie zurückzuführen ist? Diese Frage stellt sich umso mehr, als der prüfende Dritte bereits im Rahmen der Antragstellung und bei den Schlussabrechnungen die Coronabedingtheit des Umsatzeinbruchs plausibilisiert hat. Wenn die Bewilligungsstellen im Rahmen der Schlussabrechnungen, wie schon geschehen, den Unternehmen auferlegen, positiv nachzuweisen, dass ein coronabedingter Umsatzeinbruch vorliegt, wird es angesichts der harten Praxis der Bewilligungsstellen zu vielen Rückforderungen kommen.

Forderung 5: Das BMWK wird aufgefordert, die Bewilligungsstellen anzuweisen, von der Richtigkeit der Angabe des prüfenden Dritten des antragstellenden Unternehmens auszugehen, dass ein coronabedingter Umsatzeinbruch vorliegt, es sei denn, der Bewilligungsstelle liegen tatsächliche, einzelfallbezogene Hinweise vor, dass die Angaben des prüfenden Dritten und/oder des Unternehmens falsch sind.

3. Neue Fixkostenpositionen in der Schlussabrechnung

Die Bewilligungsstellen achten im Rahmen der Schlussabrechnung sehr darauf, ob es Abweichungen zum ursprünglichen Antrag gibt, die sich für das antragstellende Unternehmen positiv auswirken. Besonders problematisch ist dabei die Konstellation, dass in der Schlussabrechnung Fixkostenpositionen auftauchen, die im Antrag noch nicht oder nicht in dieser Höhe enthalten waren. In diesen Fällen sind bundesweit sehr kritische Nachfragen der Bewilligungsstellen oder sogar pauschale Ablehnungen zu beobachten.

Auf Intervention der Bundessteuerberaterkammer hat sich das BMWK nun dahingehend geäußert, dass neue oder erhöhte Fixkostenpositionen auch ohne Änderungsantrag in "begründeten Einzelfällen" berücksichtigt werden können. Dies

liegt allerdings im Ermessen der Bewilligungsstellen, die eine eigene Plausibilitätsprüfung auf Basis angeforderter Rechnungen und Zahlungsnachweise durchführen sollen. Es gibt keine Richtlinien, wie prüfende Dritte die Begründungen vornehmen sollen und nach welchen Kriterien die "begründeten Einzelfälle" zu bewerten sind.

Forderung 6: Das BMWK wird aufgefordert, verbindliche Vorgaben für

- die prüfenden Dritten aufzustellen, wie die Erhöhung von Fixkostenpositionen zu begründen oder nachzuweisen ist und

- die Bewilligungsstellen aufzustellen, wie die Erhöhung von Fixkosten zu prüfen sind, wobei hierauf zu achten ist, dass die Plausibilitätsprüfung der prüfenden Dritten im Rahmen der Schlussabrechnung nicht ohne Anlass in Zweifel gezogen wird.

**4. Einsatz von fachkundigem Personal und rechtsstaatlichen Grundsätzen
genügende Bearbeitung von Anträgen**

Viele Bewilligungsstellen setzen auf Personal von großen Beratungshäusern, die in millionenschweren Ausschreibungen beauftragt werden. Die Ausschreibungen haben – siehe L-Bank in Baden-Württemberg – oft ein Volumen in zwei- bis dreistelliger Millionenhöhe. Die Sachkunde des eingesetzten Personals hat sich in vielen Fällen als fragwürdig erwiesen. Oftmals fehlen offenbar wirtschaftliche und/oder rechtliche Kenntnisse.

Die Folgen sind:

- Unsinnige, an der wirtschaftlichen Realität von Unternehmen vorbeigehende Nachfragen, die zu erheblichem Aufwand bei Unternehmen und prüfenden Dritten führen.
- Die Bezweiflung der Angemessenheit von Rechnungen, die tatsächlich sowohl dem Grunde wie der Höhe nach üblich sind (insbesondere Handwerkerrechnungen, Kosten für Softwarelizenzen).
- Extrem lange Bearbeitungszeiten auf Seiten der Bewilligungsstellen (gelegentlich bis zu 12 Monate zwischen zwei Fragen) und gleichzeitig Setzen sehr kurzer Fristen gegenüber den antragstellenden Unternehmen.
- Erlass von Bescheiden ohne Rechtsbehelfsbelehrungen (beispielsweise in Hessen).
- Erlass von Bescheiden, die schon dem äußeren Anschein nach rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht genügen, beispielsweise weil sie statt Begründungen nur Fragezeichen ("???" in der rechtlichen Begründung enthalten.

Forderung 7: Das BMWK und die Bewilligungsstellen werden aufgefordert, bei der Bearbeitung von Anträgen/Schlussabrechnungen im Rahmen der Überbrückungshilfen wirtschaftlich und rechtlich geschultes Personal einzusetzen und rechtsstaatliche Grundsätze einzuhalten.

5. Vermeidung von Interessenkollisionen bei den beauftragten Beratungsunternehmen

Es ist bekannt, dass einzelne Bewilligungsstellen das gleiche Beratungsunternehmen, das die Prüfung der Anträge und Schlussabrechnungen übernimmt, auch für die Vertretung in gerichtlichen Verfahren beauftragen (Beispiel: IFB Hamburg / KPMG). Hier entsteht für viele Unternehmen der "böse Schein", dass Anträge abgelehnt bzw. Rückforderungsbescheide aus monetären Interessen dieser Unternehmen erlassen werden, um die betroffenen Unternehmen in ein kostenintensives und für die Beratungsunternehmen wirtschaftlich interessantes Klageverfahren zu treiben.

Forderung 8: Das BMWK und die Bewilligungsstellen werden aufgefordert, auf Seiten der Bewilligungsstellen sicherzustellen, dass das gleiche Unternehmen oder miteinander assoziierte Unternehmen nicht sowohl die Antragsbearbeitung/Bearbeitung der Schlussabrechnungen einerseits übernehmen und andererseits zugleich die Bewilligungsstellen in gerichtlichen Verfahren vertreten, um den Anschein der Befangenheit zu verhindern.

6. Zeitliche Zuordnung von Fixkostenpositionen

Ein weiterer Problemschwerpunkt ist die zeitliche Zuordnung von Fixkostenpositionen zu den einzelnen Fördermonaten: Nach der klaren Aussage von Ziffer 2.4 der FAQ zu den einzelnen Überbrückungshilfe-Programmen sind ausschließlich solche Verbindlichkeiten förderfähig, die dem Förderzeitraum zuzuordnen sind. Eine falsche zeitliche Zuordnung von Fixkosten kann also erhebliche Folgen haben. Die FAQ treffen eigentlich eine klare und praktikable Regelung: Nach Ziffer 2.4 der FAQ soll der Zeitpunkt der Fälligkeit maßgeblich sein, wie er sich aus der ersten Rechnungsstellung ergibt. Der Zeitpunkt der tatsächlichen Zahlung soll hingegen außer Betracht bleiben. Der Begriff der Fälligkeit ist wiederum rein nach dem Zivilrecht zu bestimmen. § 271 BGB regelt, dass eine Zahlung im Grundsatz sofort fällig ist, außer die Parteien treffen eine abweichende Vereinbarung.

Für den Fall einer Stundung (nachträgliche, einvernehmliche Verschiebung der Fälligkeit) trifft Ziffer 2.6 der FAQ zu ÜBH II bzw. 2.10 bei ÜBH III bis IV eine abweichende Regelung. Diese lässt sich so zusammenfassen, dass eine Stundung nie zulasten des antragstellenden Unternehmens geht: Wäre die Zahlung ursprünglich im Förderzeitraum fällig gewesen, ist es aufgrund der Stundung aber nicht, so kann sie dennoch angesetzt werden. War sie ursprünglich nicht im Förderzeitraum fällig, ist es durch Stundung aber, so kann sie auch angesetzt werden.

Diese klare und praktikable Regelung der FAQ wird von den Bewilligungsstellen allerdings höchst unterschiedlich interpretiert – die Folge ist ein bundesweiter Flickenteppich von Regelungen. So praktizieren einige Bewilligungsstelle bei Rechnungen mit einem "Zahlungsziel" ein Wahlrecht zwischen der Ansetzung im Monat der Rechnungsstellung und der Ansetzung im Monat des Ablaufs des Zahlungsziels. Auf Nachfrage erklärt eine Bewilligungsstelle dann aber, dass dies nur gelte, wenn es sich um einen "Zahlungszeitraum" (Beispielformulierung: "zahlbar bis") handle – nicht hingegen bei "festen Zahlungszielen" mit der Formulierung "zahlbar am".

Andere Bewilligungsstellen ermöglichen unter bestimmten Voraussetzungen doch die Ansetzung im Moment der Zahlung. Eine Bewilligungsstelle hat im August 2022 noch

mitgeteilt, sie sehe ein pauschales Abstellen auf den Zeitpunkt der Rechnungsstellung vor – im Oktober 2022 allerdings teilte sie mit, man halte sich eng an die FAQ, es sei die Fälligkeit maßgeblich.

Forderung 9: Das BMWK und die Bewilligungsstellen werden aufgefordert, eine einheitliche, rechtssichere und praktikable Regelung zum Thema der zeitlichen Zuordnung von Fixkostenpositionen bei den Schlussabrechnungen zu finden. Bereits eingereichte Schlussabrechnungen dürfen hierdurch keine Nachteile erfahren.

7. Abschreibung von Saisonwaren

Die Möglichkeit, Abschreibungen von Saisonwaren als förderfähige Position einzubringen, ist für die Textil-, Schuh- und Lederwarenbranche besonders relevant. Diese ergibt sich aus Anhang 2 der FAQ zu den Überbrückungshilfen III bis IV. Voraussetzung ist nach den FAQ, dass es sich um Ware handelt, "die nicht saisonübergreifend im Sortiment der Händlerin oder des Händlers beziehungsweise der Einkaufskooperation vorhanden ist und stark überdurchschnittlich in den Winter- bzw. Frühlings- oder Sommermonaten abgesetzt wird". Nur dann handelt es sich um Saisonware im Sinne der FAQ.

Die Abschreibung kann im Grundsatz von jedem Beteiligten am Handel mit Saisonwaren in Anspruch genommen werden, also von Hersteller-, Großhandels- oder Einzelhandelsunternehmen. Allerdings darf eine Ware jeweils nur einmal abgeschrieben werden, also nicht auf jeder Stufe der Handelskette. Für Einzelhandelsunternehmen gilt, dass diese in einem Vergleichsmonat 2019 mindestens 70 Prozent ihres Umsatzes mit stationärem Handel erzielt haben müssen, um berechtigt zu sein.

In der Praxis werden die im Ausgangspunkt klaren Regeln oft branchenfremd ausgelegt. Die Angemessenheit der angesetzten Werte wird von Bearbeitern ohne Kenntnisse von den branchenüblichen Abschreibungen bestritten. Das führt zu erheblichem Bürokratieaufwand für die Unternehmen und prüfenden Dritten und zu unbegründeten Rückzahlungsverlangen.

Forderung 10: Das BMWK und die Bewilligungsstellen werden aufgefordert, eine einheitliche, rechtssichere und praktikable Verwaltungspraxis zu der Beurteilung von Abschreibungen von Saisonwaren bundesweit anzuwenden, die den branchentypischen Besonderheiten Rechnung trägt, und geschultes Personal bei der Prüfung der Schlussabrechnungen einzusetzen.

Hinweis: Das Positionspapier wurde erstellt in Zusammenarbeit mit Fieldfisher Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB, Am Sandtorkai 68, 20457 Hamburg, Tel. 040 8788 698 0, www.fieldfisher.com. Ansprechpartner: Dennis Hillemann, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Tel. 040 8788 698 526, E-Mail Dennis.Hillemann@fieldfisher.com.