



Missbrauch von Krediten nach COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung

BENJAMIN MÄRKLI*



MORITZ GUT**

Die geringen Voraussetzungen für die Gewährung von Corona-Überbrückungskrediten für Unternehmen bergen grosses Missbrauchspotential. Der Beitrag untersucht die verbotenen Verhaltensweisen und die Folgen des Missbrauchs, wobei das Strafrecht im Zentrum steht. Er gelangt zum Schluss, dass das vom Bundesrat vorgesehene Regime zielführend ist und die entstehenden Einschränkungen zur Missbrauchsbekämpfung sinnvoll und angemessen sind.

Die Corona-Krise hat die Welt auf den Kopf gestellt und alle Lebensbereiche durchdrungen. Als rechtsgebietsübergreifende Publikation mit starkem Aktualitätsbezug nimmt sich die AJP der rechtlichen Fragestellungen und Auswirkungen an, die mit der Corona-Krise verbunden sind. Alle Beiträge zu dieser Krise werden unverzüglich nach der Aufbereitung durch den Verlag auf www.dike.ch/corona gestellt und sind dort frei zugänglich.

Inhaltsübersicht

- I. Die Verordnung
 - A. Hintergrund
 - B. Zweck
- II. Die Strafbestimmung in Art. 23 der Verordnung
 - A. Allgemeines
 - B. (Schwerere) Strafbarkeit nach StGB
 1. Betrug (Art. 146 StGB)
 2. Urkundenfälschung (Art. 251 StGB)
 3. Konkurs- und Betreibungsdelikte
 4. Weitere Straftatbestände
- III. «Bezugsmissbrauch»
 - A. Verletzung der Anspruchsvoraussetzungen
 - B. Übersteigerte Kreditbezug
 - C. Beurteilung
- IV. Verwendungsmissbrauch
 - A. Ausschüttung
 - B. Aktivdarlehen
 - C. Gruppendarlehen
 - D. «Ins-Ausland-Schaffen»
 - E. Beurteilung
- V. Sonderprobleme und Auswirkungen
 - A. Täterschaft
 - B. Beweisfragen
 - C. Steuerfolgen
 - D. Rückführung
- VI. Ausblick

I. Die Verordnung

A. Hintergrund

Die rasante Ausbreitung der COVID-19-Krankheit in den letzten Monaten – und die Massnahmen gegen ihre Ausbreitung – haben innert kürzester Zeit zu tiefgreifenden Veränderungen geführt, die das gesellschaftliche, das politische, das öffentliche wie private Leben einschneidend betreffen;¹ Veränderungen, die auch auf die Wirtschaft gravierende Auswirkungen haben.² Zahlreiche Unternehmen haben neue, oft innovative Wege beschritten, um weiterhin zu wirtschaften. Anderen ist diese Umstellung nicht möglich, sei es, weil das Geschäftsmodell es nicht zulässt, sei es aus anderen Gründen.³ Diese Betriebe mussten ihre Tätigkeit vorübergehend einstellen oder massiv reduzieren; Einnahmen brechen weg, viele Kosten bleiben bestehen. Besonders kleinere Unternehmen ohne signifikante Kapitalreserven drohen deswegen in finanzielle Schieflage oder Konkurs zu geraten.

Damit die Schweiz nicht in eine Wirtschaftskrise gerät, hat der Bund verschiedene Massnahmen beschlossen, welche die wirtschaftlichen Auswirkungen der Pandemie und der damit verbundenen Einschränkungen abfedern

* BENJAMIN MÄRKLI, M.A., Tutor für Bundesstaatsrecht und wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität St. Gallen. Für die wertvollen Anregungen und Hinweise danke ich Herrn M.A. Manuel Angehrn, Steuerexperte.

** MORITZ GUT, M.A., Tutor für Bundesstaatsrecht und wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität St. Gallen. Für die wertvollen Anregungen und Hinweise danke ich Frau Prof. Dr. Nora Markwalder.

Diesem Aufsatz liegt der Rechtsstand vom 20. April 2020 zugrunde.

¹ Vgl. dazu MATTEO BRUNONE, *Il Covid-19 ed alcune conseguenze nel diritto del lavoro svizzero*, *Novità fiscali* (Edizione speciale Coronavirus) 2020, 18 ff., 19.

² DOMINIK RIEDER, *Gesellschaftsrechtlicher Blick auf die COVID-19-Kreditverordnung*, *Jusletter* vom 6.4.2020, N 3 f.; URS SCHENKER/VIKTORIYA CHERNAYA, *Kredite mit Bundesgarantie zur Erhaltung der Liquidität schweizerischer Unternehmen in der Corona-Krise* – 2. Auflage, Internet: <https://www.walderwyss.com/de/anwaelte/urs.schenker> > News & Publikationen > Publikationen (Abruf 11.5.2020), 4.

³ Allgemein BRUNONE (FN 1), 19.

sollen. Seitens der Privateinkünfte ist die Kurzarbeitsentschädigung zu nennen, die eine Weiterbeschäftigung und -bezahlung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern ermöglicht und so Arbeitslosigkeit verhindert.⁴ Die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber werden für einen Teil der Lohnkosten aus der Arbeitslosenkasse entschädigt. Da Selbstständigerwerbende keinen Anspruch auf diese Entschädigung haben, ist für sie eine gesonderte Massnahme vorgesehen, die Erwerbsausfälle wegen Betriebsschliessungen, Kinderbetreuung oder Quarantäne ausgleicht.⁵ Dabei wird ein Taggeld von der AHV-Ausgleichskasse bezahlt. Für Kulturschaffende bestehen Hilfsleistungen und für den Sport Subventionen.⁶ Seitens der bedrohten Unternehmen ist demgegenüber mit der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung⁷ (im Folgenden: Verordnung) das Instrument von Überbrückungskrediten geschaffen worden, die den Unternehmen in durch seuchenpolizeiliche Massnahmen bedingten Liquiditätspässen helfen sollen.⁸ Dieses Instrument wurde bereits rege genutzt; bis zum Zeitpunkt der Drucklegung dieses Beitrags wurden bereits 122'955 Kredite bearbeitet.⁹ Der vorliegende Aufsatz widmet sich dieser Verordnung (die Entwicklungen wurden bis 10. Mai 2020 berücksichtigt). Es geht aber nicht um die Betrachtung der Kredite an sich,¹⁰ sondern um die Frage, was beim Missbrauch solcher Kredite gilt. Im Zentrum stehen die strafrechtlichen Folgen.

Gewährt werden die Kredite nach dem Konzept der Verordnung durch Banken, welche ihrerseits mit dem SECO eine Vereinbarung abschliessen. Kredite bis zu 0,5 Mio. CHF kann auch die PostFinance AG gewähren (Art. 19 der Verordnung). Eine Unternehmung, die einen

Kredit beantragen möchte (im Folgenden: Kreditnehmerin), kann dies bei einer beliebigen Bank tun, wird dafür jedoch sinnvollerweise ihre Hausbank wählen, da diese die notwendigen Abklärungen einfacher vornehmen kann.¹¹ Zudem dürfen nur Kontoüberzüge bei der kreditgebenden Bank ausgeglichen werden (Art. 6 Abs. 3 lit. b der Verordnung). Auch dies wird üblicherweise für die Hausbank sprechen. Dennoch ist die Wahl der Bank frei, eine Kreditanfrage bei einer «fremden» Bank begründet allein noch keinen Missbrauch.

Den Banken gegenüber werden die Kredite durch anerkannte Bürgschaftsorganisationen gemäss der einschlägigen Rechtsetzung (vgl. dazu Art. 1 Abs. 2 der Verordnung) verbürgt. Diese Organisationen schliessen ihrerseits mit dem Bund einen Leistungsvereinbarungsvertrag (Art. 16 der Verordnung) und mit den Banken Bürgschaftsverträge (Art. 4 Abs. 3 der Verordnung), soweit die Bürgschaft nicht formlos zustande kommt (Art. 3 Abs. 3 der Verordnung). Mit der Kreditnehmerin treten sie nicht in Kontakt.¹² Fällt ein Kredit aus, wird er der Bank gegenüber von der Bürgschaftsorganisation gedeckt und dieser vom Bund erstattet; zur Wiedereinbringung der Forderung zuhanden des Bundes ist die Bürgschaftsorganisation verantwortlich (Art. 15 der Verordnung). Die Verordnung regelt zwar explizit hauptsächlich die Bürgschaften, die ja aber immer einem Kredit entsprechen. Beides ist also zusammen zu betrachten; die Anforderungen erstrecken sich mittelbar folglich auch auf die Kredite.

Die Kredite nach der Verordnung zerfallen in zwei Gruppen, wobei hier an die in den Erläuterungen eingeführten Bezeichnungen angeschlossen wird.

- Die erste Gruppe nennen die Erläuterungen «COVID-19-Kredit». Diese Kredite nach Art. 3 der Verordnung werden – faktisch fast voraussetzungslos – bis zur Höhe von 0,5 Mio. CHF an vorbestehende Unternehmen mit erheblichen Umsatzeinbussen ausgerichtet, die weder bereits in Konkurs gefallen noch bereits unterstützt worden sind. Sie werden im vollen Umfang gedeckt und sind zinsfrei (Art. 13 Abs. 3 lit. a der Verordnung).
- Darüber hinaus kann ein «COVID-19-Kredit-Plus» im Umfang von zusätzlichen 19,5 Mio. CHF (zu einer Gesamtkreditsumme von 20 Mio. CHF)¹³ nach einer

⁴ GIOVANNI MOLO/FLAVIO AMADÒ, Covid-19: implicazioni giuridiche per le imprese, *Novità fiscali* (Edizione speciale Coronavirus) 2020, 3 ff., 8 ff.; allgemein GABRIELA RIEMER-KAFKA, Einseitige Arbeitszeitveränderungen durch den Arbeitgeber, *AJP* 2017, 312 ff., 317 ff.

⁵ Internet: https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/neues_coronavirus/selbstaendige.html (Abruf 11.5.2020).

⁶ Verordnung vom 20. März 2020 über die Abfederung der wirtschaftlichen Auswirkungen des Coronavirus (COVID-19) im Kultursektor (COVID-Verordnung Kultur; SR 442.15); Verordnung vom 20. März 2020 über Begleitmassnahmen im Sportbereich zur Abfederung der Folgen von Massnahmen des Bundes zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19-Verordnung Sport; SR 415.021); vgl. auch RIEDER (FN 2), N 4.

⁷ Verordnung vom 25. März 2020 zur Gewährung von Krediten und Solidarbürgschaften in Folge des Coronavirus (COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung; SR 951.261).

⁸ Eidgenössisches Finanzdepartement, Erläuterungen zur Verordnung zur Gewährung von Krediten und Solidarbürgschaften in Folge des Coronavirus (COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung), 25. März 2020 (zit. Erläuterungen), 2.

⁹ Internet: <https://covid19.easygov.swiss/fuer-medien/> (Abruf 11.5.2020).

¹⁰ Dazu RIEDER (FN 2), N 11 ff.; SCHENKER/CHERNAYA (FN 2), 5 ff.

¹¹ SCHENKER/CHERNAYA (FN 2), 7.

¹² SCHENKER/CHERNAYA (FN 2), 8; eine Ausnahme besteht beim *ausserordentlichen* COVID-19-Kredit-Plus.

¹³ Art. 4 Abs. 2 lit. a der Verordnung; bei «erheblicher Härte» kann nach lit. b das Kreditvolumen von 20 Mio. CHF überschritten werden, doch muss das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) zustimmen. Aus der Missbrauchs-

«branchenüblichen Kreditprüfung» (so Art. 4 Abs. 1 lit. b der Verordnung) gewährt werden. Entgegen manchen Befürchtungen¹⁴ hält sich die Zahl dieser Kredite mit 388¹⁵ in Grenzen. Diese Kredite werden zu 85% verbürgt und in diesem Umfang zu 0,5% verzinst (Art. 4 Abs. 5 und Art. 13 Abs. 3 lit. b der Verordnung), während die Bank den Zins im Rahmen der nicht verbürgten 15% selbst festlegen kann. Die Stabilisierungswirkung des Kredits ist bei der Beurteilung der Kreditwürdigkeit begünstigend zu berücksichtigen;¹⁶ belastend ist demgegenüber die gesetzlich begrenzte Laufzeit des Kredits auf fünf Jahre. Selbstverständlich muss sich diese Bonitätsprüfung aber auf den Betrag des gesamten Kredits, nicht nur auf die von der Bank zu tragenden 15% beziehen.

- Als gleichsam unechte, dritte Art von Kredit kommen *normale Bankkredite* in Betracht, die natürlich weiterhin möglich sind und von der Verordnung nicht erfasst werden.

Beide Arten von COVID-19-Krediten dauern normalerweise höchstens fünf, bei besonderer Härte höchstens sieben Jahre (Art. 13 Abs. 1 und 2 der Verordnung).¹⁷ Da die Verordnung auf sechs Monate befristet ist (Art. 25 Abs. 2 der Verordnung, der deklaratorisch die Anforderungen von Art. 185 Abs. 3 BV und Art. 7d Abs. 2 lit. a RVOG erfüllt), muss sie bis zum Ende der Laufzeit der Kredite in die ordentliche Gesetzgebung überführt werden. Kommt es dabei zu Änderungen, besteht die Gefahr, dass diffizile Probleme geschaffen werden. Aus dieser Warte ist das Vorgehen der Wirtschaftskommissionen der beiden Räte positiv zu beurteilen, vorerst mit Aufforderungen an den Bundesrat zu treten,¹⁸ der diese dann in eigener Kompetenz umsetzen oder – begründet – auf die Umsetzung verzichten kann. So kann im Dialog eine Version der Verordnung entwickelt werden, die der Gesetzgeber tatsächlich guten Gewissens unverändert übernehmen kann.

Als Kreditnehmerinnen kommen gemäss Art. 3 Abs. 1 der Verordnung «Einzelunternehmen, Personengesellschaften oder juristische Personen mit Sitz in der Schweiz» in Betracht, die im Vorjahr weniger als 500 Mio. CHF Um-

satzerlös hatten. Der Wirtschafts-Fokus der Verordnung dürfte eine eingrenzende Auslegung des Begriffs «juristische Personen» nahelegen, die insbesondere öffentliche Anstalten und Körperschaften als juristische Personen des öffentlichen Rechts ausschliessen dürfte. Sie möchte wohl darauf hindeuten, dass private Geschäftsbetriebe unabhängig von ihrer Rechtsform berechtigt sein können.

B. Zweck

Der Zweck der Verordnung ist die Leitlinie, die insbesondere zur Auslegung ihrer Bestimmungen beigezogen werden muss. Er ergibt sich nicht aus ihrem Art. 1 – der entgegen seiner Marginalie keine Zweck-, sondern eine Gegenstandsbestimmung ist –, sondern aus Art. 6 Abs. 1 der Verordnung.¹⁹ Der Text dieses Absatzes lautet:

Art. 6 Abs. 1 Verordnung

Die Solidarbürgschaft nach dieser Verordnung dient ausschliesslich der Sicherstellung von Bankkrediten für die laufenden Liquiditätsbedürfnisse des Gesuchstellers oder der Gesuchstellerin.

Im Zusammenhang mit der Definition der möglichen Kreditnehmerinnen in Art. 3 Abs. 1 der Verordnung lässt sich als Zweck der Verordnung die Sicherung der laufenden Liquidität der von den Corona-Massnahmen betroffenen Betriebe festhalten. Sowohl bereits in Konkurs gefallene Unternehmen und solche mit zu grossen Umsätzen sind ausgeschlossen. Auch dies konkretisiert den Zweck: Die Verordnung soll Betriebe vor der drohenden Zahlungsunfähigkeit bewahren, um das Land nicht in eine Wirtschaftskrise geraten zu lassen. Entsprechend tief sind die Voraussetzungen, welche die Verordnung aufstellt, denn die notwendige Liquidität soll möglichst rasch bereitgestellt werden.²⁰

Die Kredite sollen dagegen kein Mittel zur Alimentierung der Unternehmenskasse im Sinne einer flächendeckend verstandenen Wirtschaftsförderung sein. Sie dienen auch nicht dazu, durch die Massnahmen entstandene Gewinneinbussen – die nicht in einer drohenden Zahlungsunfähigkeit münden – auszugleichen, bereits konkursiten Unternehmungen eine «zweite Chance» zu bieten oder nicht gewinnträchtigen Betrieben Ersatznahmen zu verschaffen. Über diese Einschränkungen dürfen auch nicht die niederschweligen Anforderungen an die COVID-19-Kredite hinwegtäuschen.²¹

Da die COVID-19-Kredite durch Bürgschaften gesichert sind, deren Ausfälle der Bund trägt (Art. 17 der Ver-

perspektive ändert sich wenig (ausser dass von einer vertieften Prüfung auszugehen ist), weshalb dieser Ausnahmefall nicht weiter thematisiert wird.

¹⁴ SCHENKER/CHERNAYA (FN 2), 16.

¹⁵ EasyGov (FN 9).

¹⁶ SCHENKER/CHERNAYA (FN 2), 10.

¹⁷ RIEDER (FN 2), N 13.

¹⁸ Vgl. Internet: <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-wak-n-2020-04-15.aspx> und Internet: <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-wak-s-2020-04-21.aspx> (Abruf 11.5.2020).

¹⁹ Ebenso RIEDER (FN 2), N 7 f.

²⁰ Erläuterungen (FN 8), 2.

²¹ RIEDER (FN 2), N 9.

ordnung), werden sie letztlich durch die Allgemeinheit finanziert. Zwar stellen die Banken die Mittel zur Verfügung, aus denen die Kredite direkt fließen. Sie werden aber durch die Bürgschaft von den verbundenen Risiken entlastet. Bei den COVID-19-Krediten von einer allgemein finanzierten Begünstigung der unterstützten Betriebe zu sprechen, trifft demnach zu. Aufgrund der Vielzahl zu erwartender Kreditanträge besteht ein erhöhtes Potential für Missbrauch.²² Das vereinfachte, unbürokratische Verfahren zur Kreditvergabe, welches auf Selbstdeklaration beruht, und die zeitliche Dringlichkeit verschärfen die Gefahr zusätzlich.²³ Diesem Einfallstor für unberechtigte Profiteure der Notsituation möchte Art. 23 der Verordnung einen Riegel vorschieben.

II. Die Strafbestimmung in Art. 23 der Verordnung

A. Allgemeines

Flankierend zu den geschilderten Massnahmen hat der Bundesrat mit Art. 23 der Verordnung ein neues Delikt mit folgendem Wortlaut geschaffen:

Art. 23 Verordnung

Sofern keine schwerere strafbare Handlung nach dem Strafgesetzbuch vorliegt, wird mit Busse bis zu 100'000 Franken bestraft, wer vorsätzlich mit falschen Angaben einen Kredit nach dieser Verordnung erwirkt oder die Kreditmittel in Abweichung von Artikel 6 Absatz 3 verwendet.

Daraus ergeben sich drei vom Gesetzgeber definierte Fälle, die eine Strafbarkeit nach sich ziehen können: die «schwerere Strafbarkeit» nach StGB (dazu: II.B.), der «Bezugsmissbrauch» (dazu: III.) sowie der «Verwendungsmissbrauch» (dazu: IV.). Diese Varianten werden nach einigen Grundüberlegungen zum neu geschaffenen Delikt einzeln aufgezeigt und analysiert.

An erster Stelle ist die Frage zu klären, ob und wie sich die Strafbestimmung der Notverordnung mit dem in Art. 1 StGB verankerten Legalitätsprinzip und der in Art. 106 StGB verankerten Maximalhöhe der Busse von CHF 10'000 vereinbaren lässt. Art. 1 StGB verlangt als Grundlage für eine Strafe ein «Gesetz», schweigt aber zur Normstufe.²⁴ Nachdem das Bundesgericht dies in einer älteren Rechtsprechung noch zuließ, sind nach gelten-

der Praxis Strafbestimmungen im Verordnungsrecht ausgeschlossen, sofern eine Freiheitsstrafe, also ein schwerer Eingriff in die persönliche Freiheit, vorgesehen ist.²⁵ Da die Strafandrohung in Art. 23 der Verordnung keine Freiheitsstrafe vorsieht, ist sie zulässig. Gleiches gälte im Übrigen auch für schwerere Strafen, inklusive Freiheitsstrafen: Da die Verordnung keine Vollzugs-, sondern eine Notverordnung gemäss Art. 185 Abs. 3 BV ist, kann sie Grundlage für schwere Grundrechtsbeschränkungen sein.²⁶ Notverordnungen können praxisgemäss wie formelle Gesetze Strafbestimmungen enthalten.²⁷

Auch Art. 106 StGB nimmt Bezug auf «das Gesetz»: Sofern «das Gesetz» nichts anderes bestimmt, ist der Höchstbetrag der Busse CHF 10'000. Die Verordnung sieht nun aber eine Busse von bis zu CHF 100'000 vor. Nachdem die Verordnung als grundsätzlich zulässig beurteilt wurde und Notverordnungen entgegenstehendem Gesetzesrecht (an dessen Stelle sie treten)²⁸ vorgehen können, ist auch klar, dass sie als *lex specialis* für das in ihr geregelte Delikt einen gesonderten Strafrahmen vorsehen

²⁵ BGE 124 IV 23 E. 1 m.w.H.; ANDREAS DONATSCH/BRIGITTE TAG, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 9. A., Zürich 2013, 30 f.; CR CHURTIADO POZO, Art. 1 N 15 ff., in: Robert Roth/Laurent Moreillon (Hrsg.), Code pénal I, Commentaire Romand, Basel 2009; BSK StGB I-POPP/BERKEMEIER (FN 24), Art. 1 N 28 m.w.H.; GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. A., Bern 2011, § 4 N 7; GÜNTER STRATENWERTH/WOLFGANG WOHLERS, Schweizerisches Strafrecht, Handkommentar, 3. A., Bern 2013, Art. 1 N 2; PK StGB-TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Art. 1 N 13 f. m.w.H., in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafrecht, Praxiskommentar, 3. A., Zürich/St. Gallen 2018 (zit. PK StGB-Verfasser); STEFAN TRECHSEL/PETER NOLL/MARK PIETH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 7. A., Zürich 2017, 50 ff.; THOMAS GÄCHTER, Selbständiges Verordnungsrecht des Bundesrates und Gesetzesvorbehalt für Freiheitsstrafen, in: Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.), Strafrecht als Herausforderung, Zürich 1999, 231 ff., 238 f.

²⁶ THOMAS GÄCHTER, § 30 Allgemeine Grundrechtslehren, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 2. A., Zürich/St. Gallen 2015, N 109; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. A., Bern 2016, § 46 N 26 je m.w.H.

²⁷ BGE 123 IV 29 E. 4c; NAGIHAN MUSLIU, Die Umsetzung eidgenössischer Volksinitiativen, Zürich/St. Gallen 2019, 251 f.; GÄCHTER (FN 25), 243; a.M. MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Corona-Krise: Warum der Bundesrat keine Strafen erlassen darf, NZZ vom 16.4.2020, 7; DERS., Corona-Bussen sind verfassungswidrig!, Blick vom 6.4.2020, 4.

²⁸ So TSCHANNEN (FN 26), § 46 N 26; vgl. auch BGE 123 IV 29 E. 4c; DAVID RECHSTEINER, Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen, Zürich/St. Gallen 2016, N 472 f.; URS SAXER, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zürich/St. Gallen 2014, Art. 185 N 102 f. m.w.H. auf den Meinungsstand.

²² Erläuterungen (FN 8), 16 ff.; SCHENKER/CHERNAYA (FN 2), 16 f.

²³ Erläuterungen (FN 8), 3, 16 ff.

²⁴ Vgl. BSK StGB I-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N 28, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Strafrecht I, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2019 (zit. BSK StGB I-Verfasser).

kann. Dies geschieht beispielsweise auch im Steuerstrafrecht. Der Maximalbetrag der Busse, der sich ausserhalb des ordentlichen Strafrahmens von Art. 106 StGB befindet, lässt sich wohl mit Blick auf die Höhe des Kredits rechtfertigen.²⁹ An dieser Stelle ist aber kritisch zu hinterfragen, wie die Busse im Einzelfall bemessen wird. Die maximale Höhe der Busse variiert gemessen am vergebenen Kreditvolumen zwischen 20% (COVID-19-Kredit) und 0,5% (COVID-19-Kredit-Plus). Es ist unumgänglich, dass die Praxis zur Bemessung der Busse eine Bemessungsgrundlage erarbeitet (etwa in Abstufung in Bezug auf die Höhe des bezogenen Kredits), einerseits damit die in Anbetracht der Höhe der Busse nötige Rechtssicherheit gewahrt ist und es andererseits nicht zu einer Ungleichbehandlung kommt.

Die neue Strafnorm sieht als Strafe eine Busse von maximal CHF 100'000³⁰ vor und ist somit als Übertretung i.S.v. Art. 103 StGB zu qualifizieren.³¹ Die Höhe der Busse hat auf diese Qualifikation keinen Einfluss, da wie oben gesehen Abweichungen vom (ordentlichen) Maximalbetrag möglich sind.³² Dazu ist eine Verordnung – zumal eine dem formellen Gesetz gleichgestellte Notverordnung – ausreichend. Gemäss Art. 105 Abs. 2 StGB sind Versuch und Gehilfenschaft bei Übertretungen nur in ausdrücklich bestimmten Fällen anwendbar. Die Verordnung schweigt diesbezüglich, was zur Folge hat, dass dafür keine Strafbarkeit besteht.³³ Eine Anstiftung (Art. 24 und 104 StGB) zu einer Übertretung ist strafbewehrt, der blosser Anstiftungsversuch zu einer Übertretung bleibt straflos.³⁴

Die Einordnung des Deliktstypus des neu geschaffenen Delikts nach Verordnung ist schwierig. Der Bezugsmisbrauch gleicht einem «Betrug light», wobei die Erfordernisse der Arglist und des Vermögensschadens wegfallen. Die Nähe zum Betrug legt den Schluss nahe, dass es sich auch beim Verordnungsdelikt, mindestens beim Bezugsmisbrauch, – wie beim Betrug³⁵ – um ein Erfolgs- und ein Verletzungsdelikt handelt. Auch die in den Erläuterungen erwähnte Nähe zur Steuerhinterziehung (Art. 175 DBG) verstärkt die Schlussfolgerung, dass es sich um ein Erfolgsdelikt handelt.³⁶ Der Erfolg besteht

in der Auszahlung des Kredits: Gemäss dem Wortlaut der Verordnung muss der Kredit *erwirkt*, also von der Bank dem Kreditnehmer ausbezahlt werden. Dies hat zur Folge, dass auch derjenige strafbar ist, der den unrechtmässigen Kredit innert Frist zurückbezahlt, da er keinen Anspruch auf die Auszahlung hatte.

Beim Verwendungsmisbrauch handelt es sich zwar auch um ein Erfolgsdelikt, durch die zweckfremde Verwendung des unrechtmässigen Vermögensvorteils wird aber eine (abstrakte) Gefahr für das Vermögen des Staates geschaffen, was den Verwendungsmisbrauch zu einem Gefährdungsdelikt macht.³⁷ Diese Gefahr resp. der Gefährdungsschaden besteht darin, dass das bezogene Geld wegen der zweckfremden Verwendung nicht mehr zurückbezahlt werden kann. Es wird also bereits die blosser Vornahme von bestimmten Handlungen, nämlich die zweckfremde Verwendung des Kredits, unter Strafe gestellt.³⁸

Die Busse bemisst sich auch hier nach dem Geldsummensystem.³⁹ Gemäss Art. 106 Abs. 3 StGB sind die persönlichen Verhältnisse des Täters zu berücksichtigen und soll die Busse seinem Verschulden angemessen sein. Ausschlaggebend ist primär das Verschulden, die finanziellen Verhältnisse sind (nur) sekundär.⁴⁰ Eine Offenlegung der Gewichtung der beiden Elemente durch den Richter ist nicht erforderlich, was Intransparenz zur Folge hat. Letztlich ist die Bussenhöhe so zu bemessen, dass der Täter die Busse in einem Ausmass spürt, das seinem Verschulden entspricht.⁴¹ Umso stärker ist hier an die rechtsanwendenden Behörden⁴² zu appellieren, die Busse unter Berücksichtigung des Verschuldens und der finanziellen Verhältnisse des Täters (etwa anhand von gerichtlichen Weisungen) zu bemessen und sich nicht aufgrund der Höhe der Maximalbusse zu überhöhten Bussen hinreissen zu lassen.

²⁹ Erläuterungen (FN 8), 17.

³⁰ Dass die angedrohte Sanktion in Form einer Busse die Rückforderung allfälliger, bereits ausbezahlter Kreditbeträge nicht *ersetzt*, sondern *ergänzt*, versteht sich von selbst.

³¹ Art. 333 Abs. 3 StGB; Erläuterungen (FN 8), 17; PK StGB-TRECHSEL/BERTOSSA (FN 25), Art. 103 N 1.

³² BSK StGB I-HEIMGARTNER (FN 24), Art. 106 N 4.

³³ Erläuterungen (FN 8), 17.

³⁴ BSK StGB I-NIGGLI (FN 24), Art. 10 N 37.

³⁵ BSK StGB I-MAEDER/NIGGLI (FN 24), Art. 146 N 152.

³⁶ Erläuterungen (FN 8), 17.

³⁷ Die durch den Täter herbeigeführte Gefahr stellt dabei den verpönten Erfolg dar (MARTIN KILLIAS/NORA MARKWALDER/ANDRÉ KUHN/NATHALIE DONGOIS, Grundriss des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuchs, 2. A., Bern 2017, N 216, 218).

³⁸ Vgl. DONATSCH/TAG (FN 25), 106 f.

³⁹ BSK StGB I-HEIMGARTNER (FN 24), Art. 106 N 1.

⁴⁰ BSK StGB I-HEIMGARTNER (FN 24), Art. 106 N 19 ff.; PK StGB-TRECHSEL/BERTOSSA (FN 25), Art. 106 N 3.

⁴¹ BSK StGB I-HEIMGARTNER (FN 24), Art. 106 N 19 ff.

⁴² Es ist zu erwarten, dass die grosse Mehrzahl der Fälle im Strafbefehlsverfahren (Art. 352 ff. StPO) erledigt wird. Gerade in Anbetracht der erhöhten Maximalbusse (Art. 352 Abs. 1 lit. a StPO dürfte konzeptionell von der Busse bis maximal CHF 10'000 ausgehen) und im Sinne einer rechtsstaatlichen Absicherung wäre es aber wünschenswert, dass sich die Gerichte zumindest in einigen «Musterfällen» zur Festigung einer Praxis äussern würden.

Die Erläuterungen zur Verordnung nennen das geschützte Rechtsgut nicht. Das neue Delikt soll verhindern, dass sich die Täterin oder der Täter mit dem Kredit einen Vermögensvorteil zulasten der Allgemeinheit verschafft. Es ist eine gewisse Nähe zu den Steuerdelikten resp. zum Steuerrecht (wo etwa eine unrechtmässige Rückerstattung denkbar ist) auszumachen.⁴³ Eine weitere Parallele zum Steuerrecht zeigt sich bei der Bemessung der Busse, da auch das Steuerrecht weitaus höhere Bussen als das Kernstrafrecht kennt.⁴⁴ Die Strafbestimmung will also das (Staats-)Vermögen als solches sowie die Redlichkeit im Geschäftsverkehr schützen. Ein eigentliches Rechtsgut (des Strafrechts) lässt sich dabei aber nicht genau definieren.

Daneben gilt es, die Frage der Konkurrenz von Verordnungsnorm und klassischen Strafnormen zu untersuchen. Wie gestaltet sich das Verhältnis zwischen der Verordnungsnorm im Nebenstrafrecht und möglichen Straftatbeständen? Der Wortlaut der Verordnung ist eindeutig. Er räumt den klassischen Straftatbeständen Vorrang ein, wenn diese «schwerer» sind. Auf den ersten Blick mag die Formulierung «schwerere strafbare Handlungen» etwas unklar erscheinen und weder die Verordnung noch die Erläuterungen geben weitere Hinweise. Zur Klärung ist die Trias der Deliktskategorien (Verbrechen, Vergehen und Übertretungen [Art. 10 und 103 StGB]) heranzuziehen. Massgeblich ist dabei die Unterscheidung von schwereren und leichteren Delikten.⁴⁵ Die Qualifikation der Delikte erfolgt nach der sog. abstrakten Betrachtungsweise, also basierend auf der angedrohten Höchststrafe resp. der angedrohten Sanktion.⁴⁶ Da die Verordnung eine Übertretung mit *Busse* bis max. CHF 100'000 vorsieht, gehen aus systematischer Sicht alle *Vergehen* und *Verbrechen* des StGB (die mit Freiheitsstrafe oder Geldstrafe⁴⁷ sanktioniert werden), die erfüllt sein könnten, der Verordnungsnorm vor. Beim Zusammentreffen von *Übertretungen* nach dem StGB und der Verordnung geht diejenige

der Verordnung vor, da ihre Strafandrohung nach der abstrakten Methode schwerer wiegt. Dies zeigt, dass der Bundesrat den vorsätzlichen Missbrauch der Notsituation und der neu geschaffenen finanziellen Anreize konsequent ahnden will.

B. (Schwerere) Strafbarkeit nach StGB

Da die Strafbarkeit nach Verordnung nur vorbehaltlich schwererer Straftatbestände des StGB greift, müssen zuerst mögliche Delikte nach StGB eruiert werden. Dazu werden (zumindest theoretisch) *denkbare* Straftatbestände des StGB aufgezeigt, die im Zusammenhang mit COVID-19-Krediten einschlägig sein könnten, ohne diese ausführlich zu kommentieren. Vielmehr werden nur die Besonderheiten thematisiert, die spezifisch mit Blick auf COVID-19-Kredite relevant sind, um mögliche Fallkonstellationen zu erfassen.

Eine (schwerere) Strafbarkeit nach StGB wird – wie oben gesehen – angenommen, wenn die angedrohte Sanktion über derjenigen für die durch die Verordnung statuierte Übertretung liegt. Somit kommen alle Verbrechen und Vergehen grundsätzlich in Frage. Eine genauere Prüfung ist bei folgenden Delikten⁴⁸ angezeigt:

1. Betrug (Art. 146 StGB)

Wegen Betrug macht sich strafbar, «[w]er in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt oder ihn in einem Irrtum arglistig bestärkt und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst oder einen andern am Vermögen schädigt [...]» (Art. 146 Abs. 1 StGB). Tatbestandselemente des Betrugs sind (1) Täuschung, (2) Arglist,⁴⁹ (3) Irrtum, (4) unmittelbare Vermögensdis-

⁴³ Erläuterungen (FN 8), 17; auch zu Art. 148a StGB (Unrechtmässiger Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe) wird eine konzeptionelle Nähe deutlich.

⁴⁴ Vgl. BSK StGB I-HEIMGARTNER (FN 24), Art. 106 N 5.

⁴⁵ BSK StGB I-NIGGLI (FN 24), Art. 10 N 15; PK StGB-TRECHSEL/BERTOSSA (FN 25), Art. 103 N 1; KILLIAS/MARKWALDER/KUHN/DONGOIS (FN 37), N 211 f.

⁴⁶ BSK StGB I-NIGGLI (FN 24), Art. 10 N 43 f.; DONATSCH/TAG (FN 25), 6 f.

⁴⁷ Die Geldstrafe bemisst sich nach Art. 34 Abs. 1 StGB: Sie beträgt mindestens drei und höchstens 180 Tagessätze, wobei ein Tagessatz in der Regel mindestens CHF 30 und höchstens CHF 3000 beträgt. Die Geldstrafe bewegt sich also zwischen CHF 90 und CHF 540'000. Da die Sanktionsart der Geldstrafe aber «schwerer» ist als die Busse, würde diese immer vorgehen.

⁴⁸ In den der Verordnung angehängten Musterverträgen wird unter Ziff. 4 explizit auf eine mögliche Strafbarkeit wegen Betrugs (Art. 146 StGB), Urkundenfälschung (Art. 251 StGB) etc. hingewiesen. Diese explizit nicht abschliessende Regelung ist der Rechtssicherheit nicht zuträglich.

⁴⁹ Arglist kann bei Errichtung eines ganzen Lügengebäudes, beim Einsatz besonderer Machenschaften oder Kniffe und bei einer einfachen Lüge vorliegen (BSK StGB I-MAEDER/NIGGLI [FN 24], Art. 146 N 61 ff.; BGE 142 IV 153 E. 2.2.2; BGE 135 IV 76 E. 5.2). Die einfachen Lügen sind nur tauglich, wenn (1) sie nicht oder nur mit besonderer Mühe überprüft werden können bzw. die Überprüfung unzumutbar ist, (2) der Täter den Getäuschten von einer Überprüfung abhält, (3) der Täter nach den Umständen voraussetzt, dass der Getäuschte die Überprüfung der Angaben wegen eines besonderen Vertrauensverhältnisses unterlassen werde (BSK StGB I-MAEDER/NIGGLI [FN 24], Art. 146 N 66, 109 ff.).

position, (5) Vermögensschaden⁵⁰ sowie (6) Bereicherungsabsicht resp. Vorsatz. Die angedrohte Sanktion ist eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. Somit ist klar, dass ein möglicher Betrug Art. 23 der Verordnung vorgehen würde.

Die Tatbestandselemente 1, 3, 4 und 6 bieten keine spezifischen Probleme und können in der abstrakten Betrachtung als gegeben betrachtet werden. Problematisch sind nur die Tatbestandselemente 2 (Arglist) und 5 (Vermögensschaden):

Arglist kann bei COVID-19-Krediten durch einfache Lügen über die Kreditbedürftigkeit (falsche Angaben über Elemente nach Art. 3 Abs. 1 lit. a–d der Verordnung⁵¹) im Rahmen der Selbstdeklaration vorliegen. Dabei kann einerseits die Unmöglichkeit der Überprüfung der einfachen Lüge aufgrund der vorliegenden Dringlichkeit einschlägig sein.⁵² Wer über die Voraussetzungen falsche Angaben macht, kann andererseits aufgrund der Umstände (der erleichterten Vergabe basierend auf Selbstdeklaration) voraussehen, dass keine vertiefte Überprüfung stattfindet.⁵³ Der Fakt, dass die Kredite in der Regel bei der Hausbank – ein Vertrauensverhältnis liegt in diesen Fällen vor – ohne Überprüfung der Angaben bezogen werden, dürfte dem «klassischen» Erfordernis des Vertrauensverhältnisses sehr nahekommen. Eine Opfermitverantwortung⁵⁴ wird durch die erleichterte Vergabe von Krediten ohne materielle Überprüfung von Kreditanträgen vom Gesetzgeber mit der der Verordnung zugrunde liegenden «Einfachheit der Verfahren» geradezu ausgeschaltet.

Der Vermögensschaden muss aufgrund der durch die arglistige Täuschung motivierten Vermögensdisposition eintreten. Eine blosser Gefährdung des Vermögens genügt nicht.⁵⁵ Im Zusammenhang mit den COVID-19-Krediten ergibt sich folgende Besonderheit: Zwar besteht für den Kreditnehmer im Zeitpunkt des Kreditantrags kein Anspruch und er täuscht die Bank über seine Kreditbedürftigkeit (vgl. III.); einzig daraus ergibt sich aber noch kein Schaden. Dieser tritt erst mit dem Feststehen der ausblei-

benden Rückzahlung ein: entweder bei Verweigerung der Rückzahlung nach Ablauf der Kreditlaufzeit⁵⁶ oder wegen Konkurs. Dies wird bei einem Missbrauch des Kredit-Instrumentariums zwar der Fall sein, aber es handelt sich somit nicht um einen «direkten» Schaden. Der Schaden ist also «nachgelagert», weshalb von einem Erfüllungsbeitrag zu sprechen ist.⁵⁷

Somit zeigt sich, dass die Strafbarkeit von der Beurteilung der Arglist abhängt, welche einzelfallweise zu beurteilen ist.⁵⁸ Nach der hier vertretenen Auffassung ist aber anzunehmen, dass diese im Fall eines Missbrauchs von COVID-19-Krediten bejaht wird, sofern die Überprüfung des Kreditantrags tatsächlich ausgeblieben ist.

2. Urkundenfälschung (Art. 251 StGB)

Wegen Urkundenfälschung macht sich strafbar, «[w]er in der Absicht, jemanden am Vermögen oder an andern Rechten zu schädigen oder sich oder einem andern einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen, eine Urkunde fälscht oder verfälscht, die echte Unterschrift oder das echte Handzeichen eines andern zur Herstellung einer unechten Urkunde benützt oder eine rechtlich erhebliche Tatsache unrichtig beurkundet oder beurkunden lässt [oder] eine Urkunde dieser Art zur Täuschung gebraucht [...]» (Art. 251 Abs. 1 StGB). Tatbestandmerkmale sind (1) die Tathandlung (Fälschen, Verfälschen, Blankettfälschung, Falschbeurkundung, Falschbeurkunden-Lassen, Gebrauch einer unechten oder unwahren Urkunde), (2) der Vorsatz, (3) die Täuschungsabsicht sowie (4) das Handeln in Schädigungs- oder Vorteilsabsicht. Die angedrohte Sanktion ist eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. Art. 251 Abs. 2 StGB sieht eine Privilegierung für besonders leichte Fälle vor, wobei die Sanktion eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe ist. Mit den Tatbeständen des Urkundenstrafrechts soll das Vertrauen, welches im Rechtsverkehr einer Urkunde als Beweismittel entgegengebracht wird, geschützt werden.⁵⁹ Die Fälschungsdelikte schützen sowohl die Allgemeinheit als auch die privaten Geschäftsinteressen des Einzelnen vor einer unmittelbaren Verletzung u.a. durch qualifiziert unrichtige Erklärungen (Falschbeurkundung).⁶⁰

Auch hier bieten die subjektiven Tatbestandselemente des Vorsatzes, der Täuschungsabsicht resp. der Schädigungs-

⁵⁰ Ein Schaden wird mit einem Vergleich zweier Saldi ermittelt: Es wird der Saldo nach dem möglicherweise schädigenden Ereignis mit dem hypothetischen Saldo ohne das fragliche Ereignis verglichen. Ist ersterer geringerer als zweiterer, so liegt eine Schädigung vor (BSK StGB I-MAEDER/NIGGLI [FN 24], Art. 146 N 158).

⁵¹ Hier sind Varianten unterschiedlichster Natur denkbar. Es kann etwa über das Vorliegen eines Konkurses, über den Zeitpunkt der Aufnahme der Geschäftstätigkeit, über das Vorliegen eines anspruchsberechtigten Unternehmens insgesamt oder über das Ausmass der Beeinträchtigung durch die Pandemie getäuscht werden.

⁵² Erläuterungen (FN 8), 16 f.

⁵³ SCHENKER/CHERNAYA (FN 2), 9, 16.

⁵⁴ Vgl. BSK StGB I-MAEDER/NIGGLI (FN 24), Art. 146 N 68 ff.

⁵⁵ BSK StGB I-MAEDER/NIGGLI (FN 24), Art. 146 N 152.

⁵⁶ Art. 5 und 13 Abs. 1 der Verordnung; oben I.A.; Erläuterungen (FN 8), 8 f.

⁵⁷ BSK StGB I-MAEDER/NIGGLI (FN 24), Art. 146 N 183 ff.

⁵⁸ Erläuterungen (FN 8), 17.

⁵⁹ BSK StGB I-BOOG (FN 24), Vor Art. 251 N 5 m.w.H.

⁶⁰ BSK StGB I-BOOG (FN 24), Vor Art. 251 N 6.

digungs- bzw. Vorteilsabsicht keine besonderen Schwierigkeiten und können als gegeben betrachtet werden. Der näheren Betrachtung bedürfen die Qualifikation als Urkunde und die Begehungsvarianten:

a. Urkundenbegriff

Es stellt sich die Frage, ob es sich beim Kreditantrag in Form der standardisierten Kreditvereinbarung, wie er im Anhang zur Verordnung zu finden ist, um eine Urkunde handelt. Gemäss Art. 110 Abs. 4 StGB sind Urkunden Schriften, die bestimmt und geeignet sind, eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen.

Ein Computerausdruck, der von Menschen eingegebene Daten verarbeitet und wiedergibt, ist ein tauglicher Träger der Schrift, da er in der Lage ist, einen menschlichen Gedanken mindestens mittelbar auszudrücken.⁶¹ Neben diesem ersten, wohl unumstrittenen Aspekt der Urkunde stellt sich die Frage, ob die Kreditvereinbarung resp. die Schrift auf dieser Tatsachen von rechtlicher Bedeutung betrifft. Gemäss Bundesgericht sind sowohl Tatsachen, die den Sachverhalt unmittelbar betreffen, Indizien, die den Schluss auf erhebliche Tatsachen zulassen,⁶² als auch Hilfstatsachen, also Tatsachen, welche für die Beurteilung des Werts oder der Beweiskraft eines Beweismittels von rechtlicher Bedeutung sind,⁶³ rechtserheblich.⁶⁴ Rechtserhebliche Erklärungen sind etwa die Liberierung von Aktien⁶⁵ oder auch die Bezahlung einer Schuld.⁶⁶ Hingegen nicht rechtserhebliche Erklärungen sind etwa die Visitenkarte oder historische resp. politische Schriften oder etwa irrelevante Teile von Urkunden.⁶⁷

Mit der Kreditvereinbarung wird eine Schuld eingegangen, was auch bedingt, dass die Rückzahlung dieser Schuld vereinbart wird. Die Modalitäten dieser Rückzahlung sind mit der Bezahlung einer Schuld direkt verknüpft, weshalb bei der Kreditvereinbarung von einer (Absichts-)Urkunde ausgegangen werden kann; sie dient dem Beweis, dass eine Schuld des Kreditnehmers gegenüber der Bank besteht, was gemäss vorangehenden Ausführungen als rechtserheblich zu qualifizieren ist.⁶⁸

b. Falschbeurkundung

Mit der Urkundenfälschung nach Art. 251 StGB werden mehrere Begehungsvarianten pönalisiert. Im Zusammenhang mit der Erschleichung eines COVID-19-Kredits ist die Falschbeurkundung von besonderem Interesse. Eine Falschbeurkundung ist eine unrichtige Beurkundung einer rechtlich erheblichen Tatsache, was bedeutet, dass eine echte, aber unwahre Urkunde errichtet wird, bei welcher der wirkliche und der in der Urkunde enthaltene Sachverhalt nicht übereinstimmen.⁶⁹ Allerdings muss hier zwischen der Falschbeurkundung und der einfachen schriftlichen Lüge unterschieden werden. Für diese Unterscheidung ist keine klare Grenze auszumachen, wobei Kriterien für eine allgemeingültige Abgrenzung weder im Schrifttum noch in der Judikatur existieren. Gemäss Bundesgericht erfolgt die Beurteilung dieser Abgrenzung einzelfallweise unter Berücksichtigung der konkreten Umstände.⁷⁰

Wenn der Kreditnehmer also einen COVID-19-Kredit anfordert, obwohl er die Voraussetzungen von Art. 3 der Verordnung nicht erfüllt, füllt er zwar eine echte Urkunde aus, gibt da aber falsche Angaben an. Er könnte sich somit der Falschbeurkundung nach Art. 251 StGB strafbar machen. In der neueren Rechtsprechung ist der Tatbestand der Urkundenfälschung restriktiv angewendet worden,⁷¹ was eine Anwendbarkeit auf COVID-19-Kredite resp. den unberechtigten Bezug eines solchen weiter relativiert. Allerdings ist demgegenüber zu bedenken, dass die Auskunft eine doch erhebliche Rechtsfolge nach sich zieht.

3. Konkurs- und Betreibungsdelikte

Die Konkurs- und Betreibungsverbrechen oder -vergehen nach Art. 163 ff. StGB sind pauschal auszuschliessen, da die Konkursöffnung oder die Ausstellung eines Verlustscheins zwar eine objektive Strafbarkeitsbedingung ist, das Vorliegen eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens aber gleichzeitig nach Art. 3 Abs. 1 lit. b der Verordnung den Kreditanspruch ausschliesst. Konkursdelikte würden nur greifen, wenn die Gesuchstellerin im Zeitpunkt des Gesuchs bereits im Konkurs ist, dies aber verschweigt. Der Kredit würde dann direkt in die Konkursmasse fal-

⁶¹ PK StGB-TRECHSEL/ERNI (FN 25), Vor Art. 251 N 3.

⁶² BGE 73 IV 47 E. 2.

⁶³ BGE 75 IV 65 E. 2.

⁶⁴ PK StGB-TRECHSEL/ERNI (FN 25), Vor Art. 251 N 4; BGE 113 IV 77 E. 3a; BGE 102 IV 29 E. 2a.

⁶⁵ BGE 103 IV 239 E. 2a.

⁶⁶ BGE 96 IV 185 E. 3.

⁶⁷ PK StGB-TRECHSEL/ERNI (FN 25), Vor Art. 251 N 5.

⁶⁸ A.A.: Erläuterungen (FN 8), 17: Den Angaben des Gesuchstellers geht die Urkundenqualität regelmässig ab, weshalb eine Urkundenfälschung nicht vorzuliegen scheint.

⁶⁹ BSK StGB I-BOOG (FN 24), Art. 251 N 64 m.w.H. Die Urkunde ist dann wahr, wenn die Vorstellung, die der Inhalt erweckt, nach der Verkehrsauffassung mit der Wirklichkeit übereinstimmt; unwahr ist die Urkunde hingegen, wenn sich der Sachverhalt, zu dem sich die Urkunde äussert, gar nicht oder in anderer Weise ereignet hat (N 66).

⁷⁰ BSK StGB I-BOOG (FN 24), Art. 251 N 68 ff.

⁷¹ Vgl. BSK StGB I-BOOG (FN 24), Art. 251 N 71 f.

len und die Bürgschaftsorganisation würde so geschädigt werden. In einem solchen Fall sind die Anwendung von Art. 163 StGB (Betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug), sofern die Gläubigersamtheit betroffen ist,⁷² von Art. 165 StGB (Misswirtschaft) oder von Art. 166 StGB (Unterlassung der Buchführung) und das Verhältnis zu den oben genannten Delikten genauer zu prüfen.

4. Weitere Straftatbestände

Daneben gilt es kurz auf zwei weitere Tatbestände des StGB hinzuweisen, die zwar nicht schwerer sind, theoretisch dennoch anwendbar wären. Zum einen ist an Art. 172^{ter} StGB⁷³ – für geringfügige Vermögensdelikte – zu denken, zum anderen darf Art. 325 StGB⁷⁴ – bei ordnungswidriger Führung der Geschäftsbücher, also wenn der (unrechtmässig bezogene) Kredit etwa nicht verbucht wird – nicht ausser Acht gelassen werden. Die (mögliche) Anwendung dieser Straftatbestände ist aber insofern zu relativieren, als es sich bei beiden Delikten um Übertretungen handelt. Die Privilegierung nach Art. 172^{ter} StGB würde – wegen der Maximalbusse von CHF 10'000 gemäss Art. 106 StGB – zu einer mildernden Bestrafung führen, weshalb diesfalls die Strafe nach der Verordnung zur Anwendung käme.⁷⁵ In Fällen des Art. 325 StGB wird dieser kumulativ zur Anwendung kommen, da keine Vortat vorausgesetzt ist und daher kein notwendiger Sachzusammenhang besteht. Der unrechtmässige Bezug wäre – je nach Beurteilung des Einzelfalls gemäss StGB oder Verordnung – unabhängig von seiner unrichtigen Verbuchung zu bestrafen.

Weitere Straftatbestände sind zwar denkbar, sind aber – vorbehaltlich der Ausnahmesituationen im Einzelfall – in der COVID-19-Kredit-Situation regelmässig *nicht erfüllt*. Es handelt sich dabei um die Folgenden:

- Art. 137 ff. StGB: Diese Delikte setzen eine Sache voraus, die sich der Täter aneignet oder zur Aneignung wegnimmt. Da im Zusammenhang mit COVID-19-Krediten der Sachbegriff nicht anwendbar ist, fallen diese Tatbestände ausser Betracht. Art. 138 Abs. 2 StGB geht vom Vermögenswert aus, doch auch in diesem Fall fällt der Aspekt der Aneignung weg, da die

Verordnung ein Täuschungsdelikt (vergleichbar mit Betrug oder Steuerdelikten) enthält.

- Art. 147 StGB (Betrügerischer Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage): Dazu wäre eine Einwirkung auf einen elektronischen oder vergleichbaren Datenverarbeitungs- oder Datenübermittlungsvorgang nötig. Die Kreditvereinbarung ist aber nicht vollautomatisiert, weshalb die geforderte Einwirkung im Regelfall nicht vorliegt.
- Art. 151 StGB (Arglistige Vermögensschädigung): Eine Strafbarkeit wegen arglistiger Vermögensschädigung verlangt ein Handeln ohne Bereicherungsabsicht. Eine Gesuchstellerin, die einen unrechtmässigen Kredit erwirken will, wird im Regelfall aber mit Bereicherungsabsicht handeln. Auch die Vermögensschädigung ist nicht ersichtlich oder zumindest fraglich.
- Art. 305^{bis} StGB (Geldwäscherei): Eine missbräuchliche Verwendung der Kredite ist unzulässig; sie kann aber nicht Vortat der *Geldwäscherei* sein, da es sich um eine Übertretung handelt. Dafür müsste unabhängig eine Strafbarkeit aus Verbrechen oder qualifiziertem Steuerdelikt hinzutreten.

Die obigen Ausführungen haben gezeigt, dass «schwerere» strafbare Handlungen des StGB auszumachen sind, deren Anwendung aber nicht pauschal beurteilt werden kann. Die Ausgestaltung des Einzelfalls wird entscheidend sein.

III. «Bezugsmissbrauch»

In der Folge soll die erste Strafbarkeitsvariante nach Art. 23 der Verordnung, der «Bezugsmissbrauch», beleuchtet werden. Danach macht sich strafbar, «wer vorsätzlich mit falschen Angaben einen Kredit nach dieser Verordnung erwirkt [...]».⁷⁶ In einem ersten Schritt werden die Voraussetzungen gemäss Verordnungstext aufgezeigt. In einem zweiten Schritt erfolgt eine Beurteilung des Bezugsmissbrauchs.

Der Bezugsmissbrauch setzt Vorsatz voraus (Art. 12 Abs. 2 StGB), der Täter muss also mit Wissen und Willen handeln. Auch die eventualvorsätzliche Begehung ist strafbar. Das Erfordernis des Vorsatzes zeigt, dass eine gewisse kriminelle Energie für eine Strafbarkeit vorliegen muss, was wiederum zum Ausschluss der Strafbarkeit im denkbaren Fall führen dürfte, dass bei der Kreditver-

⁷² BSK StGB I-HAGENSTEIN (FN 24), Art. 163 N 91.

⁷³ BSK StGB I-WEISSENBERGER (FN 24), Art. 172^{ter} N 1 ff. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass es sich diesfalls um ein Antragsdelikt handelt und eine Strafbarkeit somit von einem Strafantrag der Bank, die den Kredit vergibt, abhängig ist.

⁷⁴ BSK StGB I-NIGGLI/HAGENSTEIN (FN 24), Art. 325 N 1 ff.

⁷⁵ Zudem gilt es anzumerken, dass Art. 23 der Verordnung als Offizialdelikt ausgestaltet ist, was den «Vorrang» der Verordnung weiter verstärkt.

⁷⁶ Der Vorsatz bezieht sich grammatikalisch nur auf den Bezugsmissbrauch. Beim Verwendungsmisbrauch ist eine fahrlässige Begehung schwer vorstellbar.

einbarung etwas «übersehen» wird, also fahrlässig nicht angegeben wird. Dies ist in Anbetracht des Verordnungszwecks, schnell und unbürokratisch Finanzhilfen auszurichten, gerechtfertigt.

Der COVID-19-Kredit muss mit falschen Angaben erwirkt werden. Diese Formulierung ist etwas vage. Da aber nur eine vollständige Einhaltung aller Voraussetzungen zu einem COVID-19-Kredit berechtigt, müssen sie kumulativ erfüllt sein oder es besteht umgekehrt eine Strafbarkeit, sobald alternativ eine der Vorgaben nur fingiert ist. Die Vorgaben für einen COVID-19-Kredit sind folgende: (1) Gründung des Unternehmens vor 1. März 2020 (Art. 3 Abs. 1 lit. a der Verordnung); (2) Nichtvorliegen des Konkurs- oder Nachlassverfahrens oder der Liquidation im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung (Art. 3 Abs. 1 lit. b der Verordnung); (3) Vorliegen einer erheblichen wirtschaftlichen Beeinträchtigung (des Umsatzes)⁷⁷ aufgrund der COVID-19-Pandemie⁷⁸ (Art. 3 Abs. 1 lit. c der Verordnung); (4) keine Liquiditätssicherung gestützt auf notrechtliche Regelungen in den Bereichen Sport oder Kultur zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung (Art. 3 Abs. 1 lit. d der Verordnung); (5) kein Umsatzerlös über 500 Mio. CHF im Jahr 2019 (Art. 6 Abs. 2 lit. a der Verordnung)⁷⁹; (6) Bemessung des Kredits nach Art. 7 der Verordnung; (7) Entbindung von Geheimhaltungsvorschriften (Art. 12 Abs. 2 der Verordnung). Bei einem COVID-19-Kredit-Plus ist zudem (8) die Einhaltung von Art. 4 der Verordnung nötig, wobei insbesondere die Bonitätsprüfung korrekt ablaufen muss. Falsche Angaben liegen immer dann vor, wenn die Angaben nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmen, wenn also über den relevanten Sachverhalt getäuscht wird.

⁷⁷ Hier ist fraglich, wann diese Grenze erreicht wird. Die Umsatzeinbusse wird beispielhaft aufgeführt, allerdings berechtigen Umsatzeinbussen, die nicht direkt im Zusammenhang mit der Pandemie stehen (etwa die Schliessung der Unternehmung oder der Verlust einer Produktionsstätte), nicht zu einer Unterstützung nach Verordnung (Erläuterungen [FN 8], 6). Die offene Formulierung dürfte zu zahlreichen Problemen führen, sofern keine Kriterien geschaffen werden, um zu bestimmen, wo diese Grenze liegt. Eine «willkürliche» Vergabe resp. Ablehnung von Krediten bahnt sich hier an. Allerdings gilt es auch zu berücksichtigen, dass eine starre Grenze den Umständen im Einzelfall nicht gerecht werden würde, da die Beeinträchtigungen in Abhängigkeit der Branche unterschiedlichster Natur sein können. Als Massstab für die Erheblichkeit sollte etwa die Beeinträchtigung gelten, die konkursrelevant ist.

⁷⁸ Folgerichtig berechtigt die selbstverschuldete Herbeiführung der erheblichen wirtschaftlichen Beeinträchtigung *nicht* zu einem COVID-19-Kredit.

⁷⁹ Bei der Voraussetzung nach Art. 6 Abs. 2 lit. b der Verordnung handelt es sich nach der hier zugrunde liegenden Konzeption um einen Verwendungsmisbrauch (vgl. unten IV.).

Daraus ergeben sich zwei Begehungsvarianten: Ein COVID-19-Kredit wird erwirkt, obwohl die Anspruchsvoraussetzungen nicht erfüllt sind, oder es wird ein überhöhter Kredit erwirkt.

A. Verletzung der Anspruchsvoraussetzungen

Ein COVID-19-Kredit kann also erwirkt werden, wenn im Rahmen der Anspruchsvoraussetzungen falsche Angaben gemacht werden. Dies ist etwa dann der Fall, wenn das Unternehmen nach dem 1. März 2020 gegründet wurde, in der Kreditvereinbarung aber eine Gründung vor dem 1. März 2020 angegeben wird. Der Kreditnehmer gibt alle erforderlichen Zusicherungen ab, obwohl er diese oder Teile davon in Tat und Wahrheit gar nicht erfüllt. Es wird also ein COVID-19-Kredit *erschlichen*. Dass diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind, kann die Bank aufgrund der ausbleibenden materiellen Überprüfung nicht feststellen. Beim COVID-19-Kredit-Plus ist diese Variante auch erfüllt, wenn über die Bonität getäuscht wird.

Die Begehungsvariante des Erschleichens ist nur aufgrund der fehlenden vertieften Prüfung der Voraussetzungen möglich. Für die Zukunft wäre demnach anzudenken, zusätzliche Prüfungsschritte einzuführen. Dass auf diese Prüfung verzichtet wurde, war in der ersten Fassung der Verordnung nachvollziehbar, da diese auf die «Chaos-Phase» ausgerichtet war, in der schleunigst und ohne Hürde Kredite zu erteilen waren. Nach und nach wird diese Dringlichkeit abnehmen, so dass eine gründlichere Prüfung auch für die ausführenden Banken in den Bereich des Möglichen rückt. Das Erschleichen könnte so weitgehend ausgeschlossen werden oder wäre nur noch durch Betrug möglich – und dann entsprechend strafbar. (Nur) unter diesen Umständen wäre es auch möglich, der Forderung der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats (WAK-N)⁸⁰ nachzukommen und den Banken, die trotz vertiefter Prüfung grob fahrlässig einen Kredit erteilen, eine Mithaftung aufzuerlegen.

B. Übersteigter Kreditbezug

Die zweite Begehungsvariante ist so ausgestaltet, dass die Kreditnehmerin unter Verletzung von Art. 6 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 7 der Verordnung über die Höhe des (mutmasslich) verbürgten Betrags falsche Angaben macht. Die falschen Angaben sind hier darin zu suchen, dass ein falscher, also ein überhöhter Jahresabschluss als Bemes-

⁸⁰ Oben I.A., bei und in FN 18.

sungsgrundlage eingereicht wird. Gemäss Art. 7 Abs. 1 der Verordnung beträgt der verbürgte Betrag höchstens 10% des Umsatzerlöses des letzten massgebenden Jahres, also grundsätzlich des Jahres 2019.⁸¹ In diesem Fall ist der Täter in der Lage, einen überhöhten Kredit zu erschleichen. In solchen Konstellationen dürften aber regelmässig die je einschlägigen Urkundendelikte erfüllt sein und den Verordnungsdelikten vorgehen.

C. Beurteilung

Mit der Variante des Begehungsmissbrauchs ist eine neue Norm geschaffen worden, die von der Konzeption her begrüssenswert ist, da der Missbrauch von verbürgten Krediten auch in Krisenzeiten strafbar sein soll. Es zeigt sich aber, dass mit dem Tatbestand erhebliche Unsicherheiten einhergehen und es letztlich an den rechtsanwendenden Behörden liegen wird, unter Beachtung des Analogieverbots eine klare Linie zu finden. Von einer ausufernden Anwendung der Strafbestimmung ist abzuraten. Stattdessen ist der Weg über die «schwerere» Strafbarkeit nach StGB zu suchen, um dabei auf Rechtsprechung und Erfahrungswerte zurückgreifen zu können.

IV. Verwendungsmisbrauch

Die zweite Strafbarkeit nach Art. 23 der Verordnung bezieht sich auf die Verwendung des Kredits «in Abweichung von Artikel 6 Absatz 3» der Verordnung. Dieser Absatz lautet wie folgt:

Art. 6 Abs. 3 Verordnung

Während der Dauer der Solidarbürgschaft ausgeschlossen sind:

- a. die Ausschüttung von Dividenden und Tantiemen sowie das Zurückerstaten von Kapitaleinlagen;
- b. die Gewährung von Aktivdarlehen oder die Refinanzierung von als Aktivdarlehen ausgestalteten Privat- und Aktionärsdarlehen, mit Ausnahme der Refinanzierung von seit dem 23. März 2020 aufgelaufenen Kontoüberzügen bei derjenigen Bank, die den nach dieser Verordnung verbürgten Kredit gewährt;
- c. das Zurückführen von Gruppendarlehen; und
- d. die Übertragung von mittels einer Solidarbürgschaft nach dieser Verordnung besicherten Kreditmitteln an eine mit dem Gesuchsteller oder der Gesuchstellerin direkt oder indirekt verbundene Gruppengesellschaft, die ihren Sitz nicht in der Schweiz hat.

Die Bestimmung schliesst bestimmte Verhaltensweisen aus, die zu einer missbräuchlichen Verwendung führen; die Höhe des Kredits ist unerheblich, relevant ist nur,

ob ein Kredit vorhanden ist. Selbstverständlich werden nur COVID-19-Kredite und COVID-19-Kredit-Plus erfasst, nicht aber reguläre Bankkredite. Nicht strafbar ist nach explizitem Wortlaut des Art. 23 der Verordnung gegen Art. 6 Abs. 2 lit. b der Verordnung (Investitionen ins Anlagevermögen).⁸² Obzwar dieser ebenfalls einen Verwendungs- und keinen Bezugsmisbrauch beschreibt, ist der Verstoss nicht im gleichen Masse sozialschädlich: Die Mittelverwendung ist zwar zweckwidrig, da sie Kreditberechtigte besserstellt als nicht berechnigte Unternehmen. Sie führt so zu einer unbeabsichtigten Wettbewerbsverzerrung, die nicht vom wirtschaftspolizeilichen Ziel erfasst ist. Da die Mittel aber immerhin geschäftswirksam eingesetzt werden, wird dem Verordnungszweck – Konkursverhinderung – dennoch gedient. Entsprechend soll diese Verwendung von der Strafbarkeit gemäss Verordnung ausgeschlossen werden; da sie aber vertragswidrig ist (nach Art. 6 Abs. 4 der Verordnung), stehen den Banken allenfalls vertragliche Ansprüche zu, etwa die Erstattung der Differenz zur Verzinsung eines normalen Kredits.

Die «Dauer der Solidarbürgschaft» nach Art. 6 Abs. 3 der Verordnung bezieht sich für jede Kreditnehmerin auf die konkrete Dauer der Bürgschaft im Einzelfall. Das Verbot gilt während dieser Dauer *umfassend*, da die Mittel aus den COVID-19-Krediten von den übrigen Finanzen nicht abgesondert werden können: Alles Geld vermischt sich, es liegt gleichsam in *einem* Topf. Solange die COVID-19-Kredite nicht amortisiert sind, sind demnach alle der nachfolgend beschriebenen Verhaltensweisen strafbar, wenn die Zahlungen aus den Finanzen der Kreditnehmerin stammen.⁸³ Dies verdeutlicht auch die Formulierung im Ingress der Aufzählung in Art. 6 Abs. 3 der Verordnung, wonach die Handlungsweisen pauschal und nicht etwa bezogen auf die Kreditmittel «ausgeschlossen» sind.

A. Ausschüttung

Die Überlegung hinter dem Verbot von Ausschüttungen ist einfach: Durch die Aufnahme eines COVID-19-Kredits gibt ein Unternehmen zu verstehen, wirtschaftlich äusserst angeschlagen zu sein. In einer solchen Situation soll der Bilanzgewinn vorab zur Deckung der Kosten verwendet werden; eine Auszahlung an den Verwaltungsrat (Tantieme; Art. 677 OR) oder das Aktionariat (Dividende; Art. 675 OR) kommt erst in Frage, nachdem die Schuld

⁸¹ Art. 7 der Verordnung äussert sich zu den «Spezialfällen», wenn etwa der Jahresabschluss noch nicht vorliegt.

⁸² Dazu auch RIEDER (FN 2), N 28.

⁸³ Ebenso RIEDER (FN 2), N 31.

bei der Allgemeinheit getilgt ist – also der Kredit amortisiert wurde. Die Rückerstattung von Kapitaleinlagen ist mit der Auszahlung solcher Beiträge vergleichbar, da so ebenfalls Mittel aus der Gesellschaft abgeführt werden.

Soll der Sinn der Regelung nicht unterlaufen werden, kann sie nicht nur die genannten Vorgänge umfassen, sondern muss sich auch auf die in der Praxis anerkannten Substitutionsvorgänge erstrecken, namentlich auf die *verdeckte Gewinnausschüttung*. Es handelt sich dabei um wirtschaftlich nicht gerechtfertigte Leistungen, unabhängig vom Titel, unter dem sie erfolgen, die einer nahestehenden Person zufließen.⁸⁴ Auch wesensgleiche Parallelvorgänge bei anderen Rechtsformen werden erfasst.

Dies wirkt sich auf die Zulässigkeit von Boni für den Verwaltungsrat oder mitarbeitende Aktionäre aus, die bisweilen⁸⁵ hinterfragt wurde: Sie entscheidet sich entlang der Qualifikation des Bonus als Lohn. Dies wurde – im Rahmen der Finanzkrise – ausführlich diskutiert.⁸⁶ Für die Zwecke der Beurteilung ihrer Zulässigkeit nach der Verordnung ist RIEDER darin zuzustimmen, dass die Boni jedenfalls dann zulässig sind, wenn sie zugesicherte Lohnbestandteile sind.⁸⁷ Soweit sie kein Lohnbestandteil, sondern eine Gratifikation sind, sind sie als Leistung im Sinne der Verordnung zu werten. Auch wo der Bonus zwar Lohnbestandteil ist, die Gesamtsumme des Lohns aber zu einem Missverhältnis führt, ist der «überschießende» Teil des Lohns als Paralleltatbestand zu werten und damit vom Verbot erfasst.

B. Aktivdarlehen

Diese Bestimmung schliesst die Verwendung des COVID-19-Kredits zur Tätigkeit weiterer Kreditgeschäfte aus; sie kann allerdings nicht als Beispiel für

eine besonders gelungene Gesetzgebung gelten. Die erste Alternative ist noch klar: Während der Laufzeit der COVID-19-Kredite ist es verboten, Darlehen zu gewähren. Die Kredite sollen notwendige Liquidität bereitstellen; dies schliesst es notwendig aus, sie als Darlehen Dritten zu geben. Unklar ist dagegen, was die «Refinanzierung von als Aktivdarlehen ausgestalteten Privat- und Aktionärsdarlehen» meint. Gemeinhin wird unter Refinanzierung die Kapitalbeschaffung für die Vergabe von Krediten verstanden, also *funding* im weiteren Sinne.⁸⁸ Diese Bedeutung passt im Kontext der Verordnung nicht. Eine systematische⁸⁹ und historische⁹⁰ Auslegung lässt nur die Wortbedeutung «Rückzahlung oder Verzinsung von Krediten» zu. Das Erfordernis des «als Aktivdarlehen ausgestalteten» Kredits bezieht sich demnach auf die Seite des Kreditgebers; für die Kreditnehmerin ist es ein *Passivdarlehen*. Ein «Privat- oder Aktionärsdarlehen» ist ein von jeglichen Privaten oder von Aktionären ausgerichtetes Darlehen; dies ergibt sich aus den Erläuterungen, die Bankkredite als Privatdarlehen begreifen und für sie eine Ausnahme vorsehen.⁹¹ Im Ergebnis verbietet die zweite Alternative während der Laufzeit des COVID-19-Kredits jegliche Zinszahlungen oder Amortisationen von Darlehen, mit Ausnahme der ordentlichen Rückzahlung oder Verzinsung von Bankkrediten (also der Verzinsung oder Amortisation zum vertraglich geschuldeten Zeitpunkt im vertraglich geschuldeten Umfang). Hiervon sieht Art. 6 Abs. 3 lit. b Halbsatz 2 der Verordnung eine Ausnahme auch für die *ausserordentliche* Rückzahlung oder Verzinsung von Kontoüberzügen ab dem 23. März 2020 bei der kreditgebenden Bank vor. Bei diesen Rückzahlungen handelt es sich um eine zweckkonforme Verschiebung des Mittels innerhalb wesensgleicher Positionen, da die aufgelaufenen Kontoüberzüge ebenfalls dem Bedürfnis nach Liquidität geschuldet sind.

Diese Einschränkung geht zu weit. Nachvollziehbar ist, dass keine *ausserordentlichen* Amortisationen oder Zinszahlungen bei vorbestehenden Krediten erwünscht sind (da die Mittel aus den COVID-19-Krediten nicht dem Schuldenabbau dienen sollen). Ebenso besteht bei *neuen* Krediten ein erhöhtes Missbrauchspotential, da die Gestaltung der Konditionen Begünstigungsgefahren birgt und schon das Hinzufügen neuer Passivpositionen

⁸⁴ G.L.M. SCHENKER/CHERNAYA (FN 2), 13; allgemein dazu BGE 95 I 174 E. 1; PETER BRÜLSAUER/MARCO MÜHLEMANN, in: Martin Zweifel/Michael Beusch (Hrsg.), Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, 3. A., Basel 2017 (zit. BSK DBG-Verfasser), Art. 58 N 221 ff.; JÜRIG DUBS, Verdeckte Gewinnausschüttungen, solidarische Mithaftung – Zündstoff im Steuerstrafrecht, AJP 2009, 70 ff., 71 f.; MARKUS REICH, Steuerrecht, 3. A., Zürich 2020, § 20 N 20 ff.

⁸⁵ Vgl. Fraktion der Schweizerischen Volkspartei (V), Die verfassungsmässige Ordnung ist wiederherzustellen und weitere finanzielle Verpflichtungen sind vom Parlament zu beschliessen, 7.4.2020, Internet: <https://www.svp.ch/wp-content/uploads/Dringende-Forderungen-der-SVP-Bundeshausfraktion-an-den-Bundesrat-v9.pdf> (Abruf 11.5.2020), Ziff. 5.

⁸⁶ Vgl. dazu etwa WESSELINA UEBE/THOMAS GEISER, Arbeitsrecht, in: Andreas Kellerhals/Tobias Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU, Überblick und Kommentar 2016/17, Zürich/St. Gallen 2017, 143 ff., 170 f. m.w.H. auf die Praxis.

⁸⁷ RIEDER (FN 2), N 33.

⁸⁸ MAX BOEMLE/MAX GSELL/JEAN-PIERRE JETZER/PAUL NYFFELER/CHRISTIAN THALMANN, Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zürich 2002, 890 f.

⁸⁹ Art. 6 Abs. 3 lit. c und Art. 13 Abs. 1 der Verordnung.

⁹⁰ Erläuterungen (FN 8), 9.

⁹¹ Erläuterungen (FN 8), 9: «[I]n diesem eingeschränkten Rahmen gelten Bankkredite nicht als Privatdarlehen.»

den Mittelfluss beeinflusst. Schliesslich rechtfertigt sich auch eine Unterscheidung im Hinblick auf *Aktionärsdarlehen*. Dieser Begriff muss Darlehen von Gesellschaftern jeglicher Art erfassen und sich also auch auf Kredite durch Personengesellschafter, Genossenschafter usw. erstrecken, nicht bloss auf Aktionäre. Da es sich hierbei um nahestehende Personen handelt, ist die Vergleichbarkeit mit Art. 6 Abs. 3 lit. a eher gegeben und auch die Gefahr einer Begünstigung grösser. Dagegen ist kein Grund ersichtlich, dieses Verbot auf *ordentliche* Refinanzierungen vorbestehender Kredite gegenüber Dritten zu erstrecken, wobei zwischen Verzinsung und Amortisation zu unterscheiden ist.

Durch *Zinsen* werden die Kredite nicht zurückgeführt, sondern es handelt sich gerade bei ordentlichen Fremdkapitalzinsen um einen Teil des vom Verordnungszweck erfassten Liquiditätsbedürfnisses. Weshalb die in den Erläuterungen aufgestellte Ausnahme (die im Übrigen einer Grundlage im Verordnungstext entbehrt!) auf Bankkredite beschränkt ist, erschliesst sich nicht.⁹² Richtigerweise müssen u.E. ordentliche Zinszahlungen bei sämtlichen – vorbestehenden – Darlehen zulässig sein. Da das Verwendungsverbot in Art. 6 Abs. 3 der Verordnung sämtliche Mittel der Kreditnehmerin erfasst, bestünde sonst gar keine Möglichkeit der vertragskonformen Leistung mehr.

Wiederum mit Ausnahme der ordentlichen Amortisation von Bankkrediten ist auch die vollständige oder teilweise *Amortisation* jeglicher Darlehen verboten. Dies ist grundsätzlich sachgerecht, denn je nach Höhe des Kredits kann die Amortisation im Unterschied zur Zinszahlung zu einer ungebührlichen Verschärfung der Liquiditätsknappheit führen. Auch hier gibt es aber keinen Grund, Bankkredite anders zu behandeln als übrige Privatkredite. Soll überhaupt eine Rückzahlung zulässig sein, sind alle (vorbestehenden) Darlehen gleich zu behandeln.

C. Gruppendarlehen

Vergleichbar mit dem Verbot der Privat- und Aktionärsdarlehen schliesst diese Bestimmung die Rückzahlung von Gruppendarlehen aus. Es handelt sich dabei um Darlehen von Mutter-, Tochter- oder Schwestergesellschaften, also ebenfalls um der Kreditnehmerin Nahestehende. Wie bei der Amortisation von Gesellschafterdarlehen ist hier eine Rückführung ausgeschlossen, auch bei vertraglicher Fälligkeit eines vorbestehenden Darlehens. Dagegen sind die vorbestehend vereinbarten, ordentlichen Zinszahlungen für Gruppendarlehen nicht vom Verbot erfasst.

D. «Ins-Ausland-Schaffen»

Schliesslich ist es verboten, Kreditmittel an nahestehende Gesellschaften im Ausland zu übertragen. Grund dafür ist, dass es die *Schweizer* Allgemeinheit ist, die den Kredit ermöglicht, und entsprechend auch nur die Liquiditätsbedürfnisse in der Schweiz gesichert werden sollen.⁹³ Massgeblich für die Bestimmung ist der Sitz der betroffenen Gesellschaft und dass es eine «irgendwie verbundene»⁹⁴ Gesellschaft ist. Erfasst sind jegliche Übertragungen, also Zahlungen oder sonstige Transaktionen; insbesondere werden damit in Abweichung zum oben Gesagten auch ordentliche Zinszahlungen für Gruppendarlehen aus dem Ausland ausgeschlossen.

Dies bedeutet für die Kreditnehmerin im Ergebnis, dass auch vertraglich geschuldete Leistungen an ausländische Gruppengesellschaften unzulässig sind. Da es umgekehrt auch der ausländischen Gesellschaft (gemäss ausländischem Handelsrecht) verwehrt sein dürfte, einfach auf die Leistung der Schweizer Gesellschaft zu verzichten, sind die geschuldeten Leistungen an ausländische Gruppengesellschaften während der Laufzeit des COVID-19-Kredits zu thesaurieren oder zu verrechnen und dürfen erst wieder bezahlt werden, wenn der Kredit nicht mehr in den Büchern ist.

Unklar ist, ob es sich bei der Formulierung, wonach die Wegschaffung «von mittels einer Solidarbürgschaft nach dieser Verordnung besicherten Kreditmitteln» ausgeschlossen ist, um ein gesetzgeberisches Versehen handelt oder ob für diesen Fall tatsächlich kein generelles Handlungsverbot, sondern eine Sperrziffer angedacht ist. Die legistische Qualität von Art. 6 Abs. 3 der Verordnung würde für Ersteres, die doch ziemlich deutliche Formulierung für Letzteres sprechen.

E. Beurteilung

Die Regelungen zum Bezugsmissbrauch gleichen einem Drahtseilakt. Es ist eine sorgsame Abwägung zwischen Bindung und Freiheit erforderlich, mit gravierenden Folgen für jeden Fehltritt. Auf der einen Seite steht der effektive Schutz relativ niederschwellig gewährter und dennoch umfangreicher Beträge, die auf Kosten der Allgemeinheit gesprochen werden; greift er zu kurz, macht er den Bund zum Selbstbedienungsladen. Demgegenüber steht das Ziel, wirtschaftlich herausgeforderte Betriebe in einer besonderen Lage möglichst wenig in ihrer Wirtschaftstätigkeit zu beeinträchtigen; im schlimmsten Fall

⁹² Erläuterungen (FN 8), 9.

⁹³ Erläuterungen (FN 8), 17.

⁹⁴ So die Erläuterungen (FN 8), 17.

ist die Medizin tödlicher als die Krankheit und die Auflagen würgen ein Unternehmen förmlich ab.

Die Gesamtbeurteilung führt zu einer positiven Bilanz. Zwar wirken sich die Einschränkungen sehr einschneidend auf die Betriebe aus,⁹⁵ insbesondere weil sie nicht nur die Verwendung der spezifischen Kreditmittel beschlagen, sondern das gesamte Geschäftsvermögen erfassen. Es ist aber auch zu berücksichtigen, dass die COVID-19-Kredite unter äusserst erleichterten Bedingungen gesprochen werden und daher ein erhöhtes Missbrauchsrisiko nicht auszuschliessen ist. Zudem ist die Schaffung eines Anreizes – auch eines dringenden Anreizes! – zur raschen Rückzahlung der Kredite gerechtfertigt. Schliesslich ist positiv zu beurteilen, dass die tatsächlich strafbewehrten Verhaltensweisen relativ eng auf Transaktionen zugeschnitten sind, bei denen ein (im Vergleich zu ihrer wirtschaftlichen Bedeutung) deutlich erhöhtes Missbrauchsrisiko besteht. Umgekehrt wird unerwünschtes, aber nicht gleichermassen verwerfliches Verhalten, etwa die unzulässigen Investitionen ins Anlagevermögen, zwar verboten, aber von der Strafbarkeit ausgenommen.

V. Sonderprobleme und Auswirkungen

A. Täterschaft

Der unternehmerische Kontext der Strafbestimmung ruft reflexartig die Assoziation zur Unternehmensstrafbarkeit hervor. Deren Anwendung kann aber aus mehreren Gründen direkt ausgeschlossen werden. Einerseits verlangt die (subsidiäre) Unternehmensstrafbarkeit nach Art. 102 Abs. 1 StGB eine Anlasstat in Form eines Verbrechens oder Vergehens im Unternehmen. Art. 23 der Verordnung ist wie gesehen als Übertretung ausgestaltet, was zur Folge hat, dass keine taugliche Anlasstat vorliegt. Andererseits ist die (kumulative) Unternehmensstrafbarkeit nach Art. 102 Abs. 2 StGB nur anwendbar, sofern eine der im Gesetz abschliessend aufgezählten Katalogtaten vorliegt. Bei Art. 23 der Verordnung handelt es sich nicht um eine der vorgesehenen Katalogtaten. Zudem wird die Anwendung der Unternehmensstrafbarkeit in Art. 105 Abs. 1 StGB für Übertretungen pauschal ausgeschlossen.⁹⁶ Die Unternehmensstrafbarkeit entstand als Reaktion auf die durch die Komplexität des Unternehmens bedingten Beweisprobleme für den Nachweis der Strafbarkeit.⁹⁷ Primär anspruchsberechtigt für COVID-19-Kredite (Art. 3 der

Verordnung) sind aber Selbstständigerwerbende sowie kleinere und mittlere Unternehmen (KMU). Innerhalb dieser Gruppe dürfte die Komplexität der Unternehmensorganisation eher gering sein, was die Anwendbarkeit der Unternehmensstrafbarkeit auch von der Konzeption her ausschliesst. Bei der Strafbarkeit nach der Verordnung handelt es sich also um eine Individualstrafbarkeit des Handelnden im Unternehmenskontext und nicht um eine Unternehmensstrafbarkeit.

Der Bezugsmissbrauch ist ein Allgemeindelikt, doch bleibt vorerst unklar, wer tauglicher Täter ist resp. wer sanktioniert werden soll. Da es sich um ein Erfolgsdelikt handelt,⁹⁸ macht sich der Handelnde strafbar. Primäre Anspruchsgruppe der COVID-19-Kredite sind Selbstständigerwerbende sowie KMU. In diesen Fällen dürfte sich der Kreis der Zeichnungsberechtigten sehr klein halten.⁹⁹ Aufgrund dieser «einfachen» Struktur wird es keine grossen Schwierigkeiten bereiten, die Zeichnungsberechtigten zu eruieren.¹⁰⁰ Täterin wird im Normalfall die unterzeichnende Person der Kreditvereinbarung seitens des Unternehmens (in der Regel die Zeichnungsberechtigte) sein. Davon abzuweichen wäre dort, wo eine Anstiftung oder eine Begehung durch mittelbare Täterschaft oder in Mittäterschaft¹⁰¹ erstellt wäre. Dies ist etwa dann gegeben, wenn ein Dritter, zum Beispiel ein anderer Zeichnungsberechtigter oder ein Vorgesetzter des Unterzeichnenden, um den Bezugsmissbrauch weiss, diesen aber nicht verhindert. Verhindert er den Bezugsmissbrauch willentlich nicht (obwohl er über die nötige Handlungsmacht verfügen würde), kann von einem bewussten und gewollten Zusammenwirken, also von einer Begehung in Mittäterschaft, ausgegangen werden. Kann der Dritte den Bezugsmissbrauch hingegen aufgrund der fehlenden Handlungsmacht nicht verhindern, bleibt er aufgrund des fehlenden willentlichen Zusammenwirkens straflos.¹⁰²

Die schon beim Bezugsmissbrauch bestehende Unklarheit über die mögliche Täterschaft ist beim Verwendungsmissbrauch dagegen verstärkt gegeben. Während in jenem Fall heuristisch auf die den Antrag unterzeichnende Person abgestellt werden kann, ist das Gleiche in diesem Fall mangels Zurechenbarkeit nicht möglich: Bloss weil eine Person den Kreditantrag unterschrieben hat,

⁹⁵ RIEDER (FN 2), N 45.

⁹⁶ Vgl. BSK StGB I-HEIMGARTNER (FN 24), Art. 106 N 4.

⁹⁷ BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER (FN 24), Art. 102 N 8.

⁹⁸ Vgl. II.A.

⁹⁹ Meistens wird es sich um Einzelunternehmen mit einem bis zwei Zeichnungsberechtigten handeln.

¹⁰⁰ Diese wird regelmässig im Handelsregister ersichtlich sein.

¹⁰¹ Vgl. DONATSCH/TAG (FN 25), 173 ff.

¹⁰² Diese Folgerungen sind auch auf grössere Unternehmen zu übertragen, die einen COVID-19-Kredit-Plus (Art. 4 der Verordnung) beantragen. Auch in dieser Konstellation wird sich in erster Linie der Unterzeichnende strafbar machen.

rechtfertigt es sich nicht, ihr für die restliche Laufzeit des Kredits die volle Verantwortung für die Einhaltung der Verwendungsvorschriften aufzubürden. Unter Umständen verfügt sie nicht einmal über die notwendigen Befugnisse, um eine konforme Verwendung effektiv durchzusetzen; im Extremfall hat sie den Betrieb längstens verlassen. Abzustellen ist beim Verwendungsmisbrauch vielmehr auf die effektiven Entscheidungsbefugnisse zum Begehungszeitpunkt: Die Strafbarkeit liegt bei der entscheidenden und nicht bei der ausführenden Person. Im Rahmen von COVID-19-Krediten werden die Entscheidung und die Ausführungsbefugnis (aufgrund der Unternehmensstruktur) häufig in der Person des Geschäftsführers zusammentreffen.¹⁰³ Hingegen wird sich die ausführende Person in grösseren Unternehmungen oftmals in einem Abhängigkeitsverhältnis befinden und die zweckwidrige Verwendung aufgrund von Weisungen ohne Willen, also nicht vorsätzlich, ausführen und lediglich Tatmittler sein. Wer um einen Verwendungsmisbrauch weiss, diesen aber trotz entsprechender Entscheidungsbefugnis (willentlich) nicht verhindert, kann Mittäter des Delikts sein. Kann er den Verwendungsmisbrauch hingegen mangels Handlungsmacht (etwa wegen personeller Unterzahl im Entscheidungsgremium) nicht verhindern, bleibt er aufgrund des fehlenden willentlichen Zusammenwirkens strafflos.

B. Beweisfragen

Im Zusammenhang mit dem Bezugsmissbrauch dürften sich diverse Beweisschwierigkeiten ergeben. So ist etwa fraglich, wie der Vorsatz bewiesen werden soll. Insbesondere im Szenario, in dem die Umsatzeinbussen noch nicht direkt eingetroffen sind, aber (z.B. aufgrund von absehbaren Zahlungsausständen von Gläubigern) als sehr wahrscheinlich erscheinen, ist denkbar, dass ein Kredit «vorsorglich» beantragt wird, um etwa Lohnkosten oder sonstige Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen.¹⁰⁴ In einem solchen Fall wird es schwierig sein, einen Kreditbetrüger von einem lauterem Unternehmen zu unterscheiden. Ein «vorsichtiges» Unternehmen, welches die Liquidität sicherstellen will, läuft hier also Gefahr, sich strafbar zu machen. Diese Beweisprobleme ergeben sich aus der (gegen-

wärtigen) vereinfachten Vergabe der Kredite und werden durch das unklare Erfordernis der «erheblichen» Einbusse noch verschärft. Immerhin wird die Problematik durch den Vorsatz, also Handeln wider besseres Wissen, gelindert.

Die Beweisprobleme sind beim Verwendungsmisbrauch weniger ausgeprägt. Beweisrechtlich befinden wir uns hier im «normalen» Wirtschaftsstrafrecht. Die dort bestehenden Probleme und Möglichkeiten sind bei der Beurteilung der missbräuchlichen Verwendung der COVID-19-Kredite unverändert gegeben. Zu beweisen sind wirtschaftliche Zusammenhänge und Transaktionen anhand der Buchhaltung.

C. Steuerfolgen

Steuerrechtlich sind die COVID-19-Kredite wie übrige Kredite zu behandeln, es stellen sich diesbezüglich also keine Sonderprobleme. Sie sind als Passivkredit in der Bilanz aufzuführen und zählen zum Fremdkapital. Es ist allerdings wahrscheinlich, dass aufgrund der Entbindung von Geheimhaltungsvorschriften (Art. 12 der Verordnung) im Rahmen der Überprüfung der Daten in einigen Fällen Steuerdelikte bekannt werden. Staatliche Behörden dürfen die entsprechenden Daten ohne Weiteres an die zuständigen Steuerämter weiterleiten.

Die missbräuchliche Verwendung der COVID-19-Kredite kann zudem Steuerfolgen nach sich ziehen. Da sie nicht zu Vorteilen gegenüber einer rechtmässigen Verwendung führen darf, wirken sich die Verhaltensvorschriften der Verordnung auf die Qualifikation von Vorgängen aus. Dies ist insbesondere beim Verwendungsmisbrauch nach Art. 6 Abs. 2 lit. b sowie Abs. 3 lit. b–d der Verordnung der Fall. Da solchen Verwendungen ein (zulässiger) Rechtsgrund fehlt, sind sie steuerlich so zu behandeln, wie wenn sie nicht erfolgt wären, und auf den durch sie geschmäleren Gewinn wieder aufzurechnen. Zudem können je nach Konstellation zur Strafe wegen missbräuchlicher Verwendung der COVID-19-Kredite noch Steuerstraffolgen hinzutreten.

Die Strafbarkeit gemäss Verordnung ist von den Steuer- und Steuerstraffolgen unabhängig, da erstere die Verwendung der Mittel an sich betrifft, letztere die steuerliche Behandlung der Geschäftstätigkeit. Dies sind separate Lebenssachverhalte. Eine Kumulation von Straf- und Steuerstraffolgen führt daher zu *keiner* verpönten Doppelbestrafung.¹⁰⁵ Schwerere Steuerstraffolgen stehen auch

¹⁰³ Treffen ein Bezugs- und ein Verwendungsmisbrauch zusammen, ist nach den die Missbräuche begehenden Personen zu unterscheiden. Werden beide von der gleichen Person begangen, ist der Bezugsmissbrauch als mitbestrafte Vortat zum Verwendungsmisbrauch zu sehen. Bei Erfüllung durch verschiedene Personen sind beide wegen des jeweiligen Missbrauchs individuell strafbar (Person A wegen Bezugs- und Person B wegen Verwendungsmisbrauch).

¹⁰⁴ In anderem Zusammenhang mahndend auch RIEDER (FN 2), N 43.

¹⁰⁵ Hierzu etwa BSK DBG-DONATSCH/YOUSSEF (FN 84), Art. 186 N 44 (und ferner N 49 ff., allerdings zum Verhältnis zwischen Steuerdelikten).

der Anwendung der (subsidiären) Strafbestimmungen nach Art. 23 der Verordnung nicht entgegen: Einerseits betreffen sie separate Lebenssachverhalte, andererseits sind sie keine Strafen des Strafgesetzbuches.

D. Rückführung

Beim Ausfall eines Kredits sollen alle möglichen Massnahmen zur Wiedereinbringung ergriffen werden (Art. 15 Abs. 1 der Verordnung). Schon generell verlangt die Verordnung also, die Auswirkung von Verlusten auf die Allgemeinheit möglichst zu minimieren. Umso eher soll bei missbräuchlichen Ausfällen der Verlust auf die fehlbare Person zurückgeführt und die Allgemeinheit entlastet werden. Wiedereinbringungsmassnahmen sind von den Bussen nach der Verordnung oder anderen strafrechtlichen Sanktionen unabhängig. Diese dienen den Zwecken des Strafrechts (Abschreckung, Sühne usw.), jene der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes.

Der COVID-19-Kredit wird durch Vertrag zwischen der Bank und der Kreditnehmerin errichtet.¹⁰⁶ Bei erschlichenen COVID-19-Krediten (oder bei der Übersteigerung des Betrags) dürfte der Vertrag zwischen Bank und Geschwisterin zwar entstehen, aber – zivilrechtlich – wegen Täuschung gemäss Art. 28 OR anfechtbar sein. Möchte die Bank den Mangel nicht «heilen», indem sie den erschlichenen Kredit als regulären Bankkredit im nämlichen Umfang weiterführt, kann sie die bereits erbrachten Leistungen rückabwickeln. Ähnliches gilt für die missbräuchliche Verwendung der COVID-19-Kredite. Diese verstösst zwar gegen objektives Recht, als Rechtsfolge ist aber die Nichtigkeit (Art. 20 Abs. 1 OR) ungeeignet. Aufgrund der hohen Zahl an COVID-19-Krediten entstünde gesamtwirtschaftlich eine erhebliche Rechtsunsicherheit durch eine Vielzahl nichtiger Zahlungen. Gegen die Nichtigkeit spricht auch Art. 6 Abs. 4 der Verordnung, der sonst überflüssig würde. Auch hier ist daher sinnvollerweise von einer blossen Anfechtbarkeit auszugehen; auch hier wären die Zahlungen vertraglich rückabzuwickeln oder *ob causam finitam* zu kondizieren.¹⁰⁷

Art. 18a der Verordnung enthält eine Haftungsklausel für den Verwendungsmisbrauch. Gemäss dieser Bestimmung haften «die Organe sowie alle mit der Geschäftsführung oder der Liquidation der Darlehensnehmerin oder des Darlehensnehmers befassten Personen» für Schäden wegen einer nach Art. 6 der Verordnung unzulässigen

Verwendung – also nicht nur aufgrund des strafbewehrten Verwendungsmisbrauchs, sondern auch für Investitionen ins Anlagevermögen. Der Wortlaut der Bestimmung erfasst alle Organe (genauer: deren Mitglieder). Beim Verwaltungsrat und der Revisionsstelle wirft dies keine Probleme auf, bei der Generalversammlung¹⁰⁸ hingegen schon, da deren Mitglieder typischerweise nicht mit der Geschäftsführung betraut sind. Dennoch macht der Text der Verordnung deutlich, dass *alle* Organe erfasst sind und im Rahmen ihrer Zuständigkeit haftbar sein können, auch wenn die Erläuterungen zur Haftungsbestimmung nur die geschäftsführenden Organe nennen.¹⁰⁹ Demnach erfasst Art. 18a der Verordnung nach seinem Wortlaut und Zweck zwar auch die Aktionärinnen und Aktionäre, aufgrund mangelnder Einflussmöglichkeit dürften die Haftungsvoraussetzungen in vielen Fällen (mindestens dort, wo ein Aktionär oder eine Aktionärin keine kontrollierende Stellung innehat) nicht gegeben sein, da es an der Kausalität fehlt. Die Haftung ist eine solidarische und persönliche Haftung und zwar gemäss Verordnung gegenüber «Gläubigerinnen und Gläubigern des Unternehmens, der kreditgebenden Bank, der Bürgschaftsorganisation sowie gegenüber dem Bund». Als Spezialbestimmung geht Art. 18a der Verordnung den Art. 754 ff. OR vor, die aber subsidiär ebenfalls anwendbar bleiben.

Im Konkurs ist zudem die paulianische Anfechtung nach Art. 285 ff. SchKG möglich. Die *Schenkungsanfechtung* (Art. 286 SchKG) und die *Überschuldungsanfechtung* (Art. 287 SchKG) können zwar je nach ihren Voraussetzungen punktuell einschlägig sein, im vorliegenden Zusammenhang des Missbrauchs ist aber vor allem die *Absichtsanfechtung* nach Art. 288 SchKG relevant. Sie dient dazu, absichtliche Gläubigerschädigungen – oder die Bevorzugung einzelner Gläubiger zum Nachteil der übrigen Gläubiger – zurückzuführen.¹¹⁰ Sie steht daher auch dort zur Verfügung, wo die anderen Arten nicht zum Tragen kommen, da ein Tatbestandsmerkmal fehlt oder die zeitliche Distanz der Handlung zum Konkurs zu gross

¹⁰⁶ Oben I.A.

¹⁰⁷ Zur Nichtigkeit BGE 143 III 600 E. 2.8.1; zur Kondiktion ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. A., Bern 2017, N 31.55.

¹⁰⁸ Wie bereits in IV.B. erwähnt, sind alle Arten von Gesellschaften betroffen (die Verordnung nennt nicht nur die AG, sondern formuliert rechtsformneutral), also auch die Verwaltung und Gesellschafterversammlung der GmbH etc. Die folgenden Ausführungen gelten mutatis mutandis auch für sie.

¹⁰⁹ Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD, COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht, Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen, Stand 16. April 2020, 9; vgl. auch den Unterschied zu den Formulierungen in Art. 754 f. OR; hierzu auch SCHENKER/CHERNAYA (FN 2), 17 f.

¹¹⁰ DIETER ZOBL, Fragen zur paulianischen Anfechtung, SJZ 2000, 25 ff., 26.

ist.¹¹¹ Kernpunkt der Anfechtung muss immer die Absicht der Schädigung oder Sonderbevorzugung sein; «mit der Anfechtungsklage sollen nur eigentliche Machenschaften unterbunden bzw. rückgängig gemacht werden», während im Übrigen, auch unter allenfalls prekären wirtschaftlichen Verhältnissen, ein möglichst freies Wirtschaften ohne Gefahr der Anfechtung möglich sein soll.¹¹² Entsprechend sind auch die finanziellen Verhältnisse nicht erheblich.¹¹³ Vonseiten der oder des Begünstigten ist vorausgesetzt, dass sie oder er die eigene Besserstellung oder die Schlechterstellung der übrigen Gläubiger erkennen konnte oder hätte erkennen müssen, wobei im Zweifelsfall eine Nachfragepflicht besteht.¹¹⁴ Auch hier tragen Nahestehende die Beweislast für die Unkenntnis¹¹⁵ und aufgrund der Nähe ist die Erkennbarkeit der Absicht eher zu bejahen.¹¹⁶ Daher dürften die Voraussetzungen beim Verwendungsmissbrauch im Regelfall gegeben sein. Dass daneben auch die weiteren Mittel des SchKG eingesetzt werden sollen (etwa die Anfechtung von Verrechnungstatbeständen¹¹⁷), versteht sich von selbst.

VI. Ausblick

Wie sich gezeigt hat, vermengt sich das Geld aus den COVID-19-Krediten mit den übrigen finanziellen Mitteln der Kreditnehmerin. Während dieser Dauer bleiben bestimmte Verhaltensweisen verboten (Art. 6 Abs. 3 der Verordnung), und zwar für das gesamte Vermögen der Gesellschaft. Dies schränkt die wirtschaftliche Handlungsfreiheit erheblich ein; insbesondere ist die Aufnahme neuer Kredite unter Umständen erschwert und Zahlungen an verbundene Gesellschaften im Ausland sind ganz ausgeschlossen. Die Unternehmen haben daher einen Anreiz, die Kredite möglichst bald zurückzuzahlen.¹¹⁸

Natürlich ist es auch möglich, den COVID-19-Kredit durch einen gewöhnlichen Bankkredit abzulösen, indem die Mittel des neuen Kredits verwendet werden, um den COVID-19-Kredit zu amortisieren.¹¹⁹ Die Verwendung

durch die Kreditnehmerin wie auch die Verzinsung durch die Bank sind beim neuen Kredit von den Vorschriften der Verordnung nicht mehr erfasst. Im Ergebnis nimmt dann die Zinslast zu, dafür besteht eine grössere Handlungsfreiheit und ein weiterer Zeithorizont. Es ist zu erwarten, dass mittelfristig eine deutliche Nachfrage nach solchen Ersatzprodukten bei den Banken auftauchen wird.

Im Rahmen der Bonitätsprüfung für COVID-19-Kredite ist es denkbar, dass Banken, Bürgschaftsorganisationen oder Behörden auf (vergangene oder laufende) Unstimmigkeiten stossen. Bei solchen Zufallsfunden fragt sich, ob diese einer Anzeigemöglichkeit oder -pflicht unterliegen, insbesondere vor dem Hintergrund der umfassenden Entbindung von Geheimhaltungsvorschriften (Art. 12 der Verordnung). Das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) hält die Banken in diesem Zusammenhang an, festgestellte Missbräuche oder Betrugsversuche bei der zuständigen kantonalen Staatsanwaltschaft zur Anzeige zu bringen.¹²⁰

¹¹¹ FRANCO LORANDI, Sicherungsgeschäfte in der Insolvenz des Sicherungsgebers, AJP 2005, 1299 ff., 1305.

¹¹² HANS-UELI VOGT, Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung und ihre Bezüge zur aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe, AJP 2010, 1075 ff., 1085.

¹¹³ LORANDI (FN 111), AJP 2005, 1308 f.

¹¹⁴ LORANDI (FN 111), AJP 2005, 1308.

¹¹⁵ Art. 288 Abs. 2 SchKG.

¹¹⁶ LORANDI (FN 111), AJP 2005, 1308.

¹¹⁷ Art. 214 SchKG; vgl. dazu ZOBL (FN 110), 27.

¹¹⁸ RIEDER (FN 2), N 31.

¹¹⁹ RIEDER (FN 2), N 46.

¹²⁰ EFD, FAQ COVID19 Überbrückungshilfe > Fragen zur Abwicklung > Was machen Banken mit missbräuchlichen Gesuchen?, Internet: <https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/covid19-ueberbrueckungshilfe/faq.html> (Abruf 11.5.2020).