

Beat Brechbühl / Jean-Luc Chenaux / Daniel Lengauer / Thomas Nösberger

Covid-19-Kredite – Rechtsgrundlagen und Praxis der Missbrauchsbekämpfung

Eine Standortbestimmung

Die Autoren stellen die Rechtsgrundlagen des Covid-19-Kreditregimes basierend auf der Solidarbürgschafts(not-)verordnung vor, geben einen Einblick in die Praxis der Missbrauchsbekämpfung und schliessen mit einer Würdigung des in der Wintersession zur Beratung anstehenden Solidarbürgschaftsgesetzes (E-Covid-19-SBüG).

Beitragsart: Wissenschaftliche Beiträge

Rechtsgebiete: Wirtschafts- und Wirtschaftsverwaltungsrecht; Strafrecht; Bankrecht

Zitiervorschlag: Beat Brechbühl / Jean-Luc Chenaux / Daniel Lengauer / Thomas Nösberger, Covid-19-Kredite – Rechtsgrundlagen und Praxis der Missbrauchsbekämpfung, in: Jusletter 5. Oktober 2020

Inhaltsübersicht

1. Hintergrund
2. Covid-19-Solidarbürgschaftsverordnung (Covid-19-SBüV)
 - 2.1. Zielsetzung
 - 2.2. Umsetzung
 - 2.3. Systematik und Überblick
 - 2.4. Kreditarten
 - 2.4.1. Covid-19-Kredite (\leq CHF 500'000)
 - 2.4.2. Covid-19-Kredite Plus ($>$ CHF 500'000)
 - 2.5. Berechtigte
 - 2.6. Höhe
 - 2.7. Voraussetzungen und Zusicherungen
 - 2.8. Verzinsung
 - 2.9. Amortisation und Dauer
 - 2.10. Vorgehen
 - 2.11. Rolle der Bürgschaftsgenossenschaften
 - 2.12. Rolle der Banken
 - 2.13. Rolle der SNB
3. Praxis der Missbrauchsbekämpfung
 - 3.1. Übersicht und System
 - 3.2. Prozesse
 - 3.3. Vorgehen bei einem vermuteten Fehler
 - 3.4. Informationsaustausch
 - 3.5. Missbrauchsfälle
 - 3.6. Strafverfahren
 - 3.6.1. Übertretungsstraftatbestand Art. 23 Covid-19-SBüV
 - 3.6.2. Betrug (Art. 146 StGB)
 - 3.6.3. Urkundenfälschung (Art. 251 StGB)
 - 3.6.4. Konkurs- und Betreibungsdelikte
 - 3.6.5. Strafbefreiung und Wiedergutmachung
 - 3.6.6. Bürgschaftsgenossenschaft als Privatklägerin
 - 3.6.7. Umstrukturierungen
4. De lege ferenda: Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetz (E-Covid-19-SBüG)
 - 4.1. Systematik
 - 4.2. Überblick
 - 4.3. Würdigung
 - 4.3.1. Grundsätzliches
 - 4.3.2. Regelungsverzicht
 - 4.3.3. Regelungs- bzw. Klärungsbedarf

1. Hintergrund

[1] Das Corona-Virus hat über Nacht eine Krise verursacht, die nicht nur einzelne Branchen oder Personengruppen betrifft, sondern alle Staaten, alle Branchen, alle Unternehmen, alle Menschen. Die Bedrohung war global, die Krisenbewältigung national. Die Gefährlichkeit des Virus wurde zunächst unterschätzt, ebenso die Notwendigkeit der Schwere der Eingriffe in die Freiheitsrechte der Bürger/innen.

[2] Ähnliches gilt für die wirtschaftlichen Folgen der Stilllegung weiter Teile der Wirtschaft. Im Frühjahr 2020 brachen Angebot und Nachfrage weltweit gleichzeitig ein. Ab dem 9. März 2020 kam es zu grossen Verwerfungen an den Geldmärkten und zu Engpässen bei der Liquidität, weil Anleger Sicherheit in Bargeld suchten und Firmen ihre Kreditlinien zogen. Darauf reagierten

die Notenbanken mit dem Drucken von Geld in nie dagewesenem Ausmass. Von Mitte März bis Mitte April 2020 wurde in den USA, der EU und Japan über USD 2.7 Billionen Liquidität geschaffen – mehr als während des Höhepunkts der internationalen Finanzkrise in 2008.¹ Die Staaten wiederum beschlossen massive Ausgabeprogramme, so z.B. die EU ein solches über EUR 750 Milliarden.

[3] Die Gretchenfragen im März und April 2020 war in der Schweiz dieselbe wie weltweit: Wie solvent sind die Unternehmen und wie lange reicht ihre Liquidität, um die «ausserordentliche Lage» und den Lockdown zu überstehen? Der Bundesrat beauftragte das EFD anfangs März, mit Unterstützung des WBF und des EDI, eine Unterstützung von besonders betroffenen, wirtschaftlich gesunden Unternehmen zu prüfen und entsprechende Mittel zu beantragen, um deren Liquidität zu sichern. Im Vordergrund standen dabei die KMU. Das EFD legte dem Bundesrat wenige Tage danach die Eckpunkte der Covid-19-Solidarbürgschaftsverordnung (Covid-19-SBüV) vor, die an der Medienkonferenz vom 25. März 2020 kommuniziert wurden.²

[4] Auf dieser Basis beantragte der Bundesrat den eidgenössischen Räten einen Verpflichtungskredit von CHF 20 Milliarden für allfällige Ausfälle bei Bürgschaften im Jahr 2020. Die Finanzdelegation der eidgenössischen Räte stimmte den Krediten am 23. März 2020 zu. Am 25. März 2020 verabschiedete der Bundesrat die Verordnung zur Gewährung von Krediten und Solidarbürgschaften in Folge des Coronavirus (Covid-19-SBüV; SR 951.261).³ Sie trat am 26. März 2020 in Kraft und gilt längstens für die Dauer von sechs Monaten ab Inkrafttreten (Art. 7d RVOG). Am 26. März 2020 wurden bereits die ersten Kredite gewährt. Am 3. April 2020 beantragte der Bundesrat aufgrund der Entwicklung der Kreditanträge einen Zusatzkredit von CHF 20 Milliarden. Das Parlament stimmte dem Zusatzkredit anlässlich der ausserordentlichen Session im Mai 2020 zu.

[5] Auch nach Auslaufen des Programms braucht es für die Bewirtschaftung und die Missbrauchsbekämpfung der ausstehenden Kredite eine Rechtsgrundlage; entsprechend beantragt der Bundesrat dem Parlament mit Vorlage vom 18. September 2020 die Überführung der Notverordnung ins ordentliche Recht. Geplant ist die Beratung des Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetzes (E-Covid-19-SBüG) in der Wintersession 2020 durch beide Räte und das Inkrafttreten per 1. Januar 2021.

[6] Der vorliegende Beitrag gibt einen Überblick über die Covid-19-Solidarbürgschaftsverordnung (Covid-19-SBüV), stellt die praktische Missbrauchsbekämpfung vor, mit der Kellerhals Carrard und die Autoren durch die vier Bürgschaftsgenossenschaften beauftragt wurden, und schliesst mit einer kritischen Würdigung im Vorfeld der Beratung des E-Covid-19-SBüG.

¹ KASPAR VILLIGER, Stresstest für die Demokratie, Bern 2020, S. 68.

² Medienmitteilung vom 20. März 2020, Coronavirus: Massnahmenpaket zur Abfederung der wirtschaftlichen Folgen, <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-78515.html> (alle Websites zuletzt besucht am 25. September 2020).

³ Medienmitteilung des Bundesrats vom 25. März 2020, abrufbar unter: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-78572.html>.

2. Covid-19-Solidarbürgschaftsverordnung (Covid-19-SBüV)

2.1. Zielsetzung

[7] Das Ziel des Bundesrats war, den KMU eine Überbrückungsfinanzierung bis Ende März 2020 anzubieten, um ihre Liquidität zur Deckung der laufenden Fixkosten während mindestens dreier Monate sicherzustellen. Dies im Hinblick darauf, dass der Umsatz zu je einem Drittel die Lohnkosten (gedeckt durch Kurzarbeitsentschädigung), die variablen und die fixen Kosten decken muss und die anderen staatlichen Unterstützungsmassnahmen aufgrund der aufwendigeren Bearbeitung erst mit Verzögerung eine Wirkung entfalten würden. Es musste unbedingt vermieden werden, dass an sich gesunde Unternehmen aufgrund einer sich rasch verschlechternden Liquiditätssituation die Geschäftstätigkeit aufgeben und die Angestellten entlassen.

[8] Die Hilfe sollte sofort, zielgerichtet und unkompliziert erfolgen. Diese Ziele wurden erreicht. Im Zeitraum zwischen 26. März und 31. Juli 2020 wurden durch die 122 Banken und die Post-Finance AG folgende Kredite gewährt:

- 135'021 Covid-19-Kredite bis CHF 500'000 mit einem Bürgschaftsbetrag von durchschnittlich CHF 103'000, ausmachend total rund CHF 13.8 Mrd., und
- 1'130 Covid-19-Kredite Plus bis CHF 20 Mio. mit einem Kreditbetrag von durchschnittlich CHF 2,7 Mio. Franken, ausmachend einen Bürgschaftsbetrag von total rund CHF 2.6 Milliarden Franken.

[9] Für eine abschliessende Würdigung ist es noch zu früh, weil wesentliche Elemente dazu fehlen (wie z.B. Rückzahlungsrate der Kredite), doch eines steht bereits heute fest: Die Zielsetzung der Liquiditätssicherung der KMU während des Lockdowns und der ersten Corona-Welle wurde erreicht.

2.2. Umsetzung

[10] Um in der sehr kurzen zur Verfügung stehenden Zeit ein funktionsfähiges Finanzierungsinstrument bereitstellen zu können, musste einerseits auf bestehende Strukturen, Ressourcen und Prozesse zurückgegriffen werden und andererseits mussten neue Lösungen eingebaut werden. So wurde, unter Nutzung des bestehenden Kreditvergabekanals des Bankensystems und aufbauend auf dem bestehenden System der Gewährung von Finanzhilfen an Bürgschaftsorganisationen für KMU, ein Instrument geschaffen, das einen raschen und unbürokratischen Zugang zu Liquidität gewährleisten sollte.

[11] Das Programm bestand aus drei Pfeilern:

- Rascher und unbürokratischer Zugang zu Bankkrediten für die KMU;
- Verbürgung der Bankkredite durch die vier vom Bund anerkannten Bürgschaftsorganisationen mittels Solidarbürgschaften;⁴

⁴ Im Gegensatz zur ebenfalls in Frage kommenden einfachen Bürgschaft wurde auf dem bekannten System der Solidarbürgschaft aufgesetzt, wo der Bürge sogar vor dem Hauptschuldner belangt werden kann.

- Entschädigung der Bürgschaftsorganisationen für Verluste aus diesen Bürgschaften durch den Bund.

[12] Massgebend für das schweizerische Bürgschaftswesen ist das Bundesgesetz über die Finanzhilfen an Bürgschaftsorganisationen für KMU (sowie die Verordnung über die Finanzhilfen an Bürgschaftsorganisationen für KMU).⁵ Dieses regelt u.a. die Finanzhilfen, welche der Bund den Bürgschaftsorganisationen ausrichtet sowie die Voraussetzungen zur Anerkennung als Bürgschaftsorganisation. Zurzeit gibt es vier Bürgschaftsgenossenschaften:⁶

- BG Ost-Süd,
- BG Mitte,
- Cautionnement romand und
- BG SAFFA für Frauen.

[13] Die BG SAFFA für Frauen ist schweizweit tätig. Demgegenüber wird von den anderen Bürgschaftsgenossenschaften jeweils eine bestimmte Region umfasst.⁷

[14] Im Vergleich zum bestehenden System musste aber das Vorgehen zur Beantragung der verbürgten Kredite stark vereinfacht und beschleunigt werden. Dies wurde erreicht mit einer Standardisierung der Vorgaben und der Dokumente (Bürgschaftsverträge, Kreditanträge) sowie einer Vereinfachung der Prozesse (Selbstdeklaration durch die Antragstellenden). Ein wesentlicher Faktor war insbesondere auch die Bezeichnung der Banken als Erstanlaufstellen für die kreditsuchenden Unternehmen. Die Bürgschaftsorganisationen ihrerseits waren in der Lage, durch diesen sehr raschen und flexiblen Beizug Dritter ihre Kapazitäten für die Verarbeitung der Bürgschaftsanträge hochzufahren. Die Schweizerische Nationalbank (SNB) führte die neue SNB-Covid-19-Refinanzierungsfazilität (CRF) ein.⁸ Die Fazilität erlaubt es den Banken, gegen Hinterlegung der vom Bund verbürgten Kredite bei der Nationalbank Liquidität zu beziehen. Mit der umgesetzten Digitalisierung von Prozessschritten (z.B. Einsatz von Robotern für die Antragsprüfung und für das Case Management) wurde die Verarbeitung und Kontrolle der Anträge sowie die Aufarbeitung von Informationsgrundlagen nochmals vereinfacht und beschleunigt.

2.3. Systematik und Überblick

[15] Die Covid-19-SBüV trat am 26. März 2020 in Kraft. Als Notverordnung ist sie befristet.⁹ Eine Verlängerung ist nur möglich, wenn der Bundesrat eine entsprechende Botschaft zur Über-

⁵ Bundesgesetz über die Finanzhilfen an Bürgschaftsorganisationen für KMU (SR 951.25) und Verordnung über die Finanzhilfen an Bürgschaftsorganisationen für KMU (SR 951.251).

⁶ Seit Jahrzehnten sind die gewerblichen Bürgschaftsgenossenschaften bereits in der Schweiz aktiv. Durch die Immobilienkrise Anfang der neunziger Jahre gerieten zahlreiche Bürgschaftsgenossenschaften in finanzielle Schwierigkeiten. Ab Inkrafttreten des alten Bundesgesetzes über die Finanzhilfen an Bürgschaftsorganisationen für KMU im Jahre 2007 wurde das Bürgschaftswesen gestärkt.

⁷ Sichere Finanzierung für Schweizer KMU, <https://kmu-buergschaften.ch/>.

⁸ SNB-Covid-19-Refinanzierungsfazilität: https://www.snb.ch/de/ifor/finmkt/operat/id/finmkt_crf.

⁹ Art. 185 Abs. 3 BV und Art. 7d Abs. 2 RVOG. Ausführlich: PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016, § 46 N 25 ff. Gemäss einem Teil der Lehre fehlen die Voraussetzungen für eine Notstandsverordnung (BENEDICT F. CHRIST/REBEKKA MAGDALENA KELLER/ALEKSANDRA SIMIC, § 18 Hilfemassnah-

führung ins ordentliche Recht zuhanden des Parlaments verabschiedet, was er nun auch getan hat: Um Lücken bis zum Inkrafttreten des ordentlichen Rechts zu vermeiden, hat sie der Bundesrat bis zum Inkrafttreten des E-Covid-19-SBüG verlängert.¹⁰

[16] Im ersten Teil der Covid-19-SBüV werden die Anspruchsvoraussetzungen und Kreditbedingungen für die zwei Arten von Solidarbürgschaften behandelt (Art. 3–7 Covid-19-SBüV), es folgen Vorschriften i.Z.m. den Bürgschaftsgenossenschaften (Art. 8–16 Covid-19-SBüV), der Verlusttragung durch den Bund (Art. 17–18 Covid-19-SBüV) und der SNB (Art. 20–22 Covid-19-SBüV) sowie die Strafbestimmung (Art. 23 Covid-19-SBüV).

[17] Trotz (oder wegen?) der äusserst knapp bemessenen Zeit entstand eine Verordnung, die knapp und klar ist und nur wenige, im ordentlichen Gesetz ohne Weiteres behebbare Lücken enthält und Fragen offen lässt.¹¹

2.4. Kreditarten

2.4.1. Covid-19-Kredite (≤ CHF 500'000)

[18] Damit der Zugang zu Bankkrediten zur Sicherung der Liquidität rasch und unbürokratisch erfolgen konnte,¹² kam bei Krediten bis zu CHF 500'000 ein einfaches und standardisiertes Verfahren zur Anwendung (Art. 3 Covid-19-SBüV).¹³ Diese Kredite wurden via Bank oder via die PostFinance AG¹⁴ (nur für bestehende Kunden gemäss Art. 19 Abs. 2 Covid-19-SBüV) vergeben, wobei die Bank das Kreditgesuch auf die Einhaltung der Voraussetzungen prüfte und den Kreditbetrag in Abhängigkeit des Umsatzes festlegte (vgl. Art. 7 Covid-19-SBüV).¹⁵ Mit Unterzeichnung der Kreditvereinbarung und Versand an die Zentralstelle der Bürgschaftsorganisationen war der Kredit zu 100 % verbürgt und konnte sofort freigegeben werden (Art. 3 Abs. 3 Covid-19-SBüV).¹⁶

men für Unternehmen, Rz. 9, in: Helbing Lichtenhahn Verlag [Hrsg.], Covid-19, Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, Basel 2020).

¹⁰ Siehe: Botschaft zum Bundesgesetz über Kredite mit Solidarbürgschaft infolge des Coronavirus vom 18. September 2020, S. 23 (zit. Botschaft). Ferner auch: Erläuternder Bericht zum Vorentwurf des Bundesgesetzes über Kredite mit Solidarbürgschaft infolge des Coronavirus vom 1. Juli 2020, S. 46 (zit. Erläuternder Bericht); BENJAMIN MÄRKLI/MORITZ GUT, Missbrauch von Krediten nach Covid-19-Solidarbürgschaftsverordnung, AJP 6/2020, S. 722 ff., S. 724.

¹¹ Dazu hinten in Teil 4.

¹² Gemäss BR Ueli Maurer sollte dies innerhalb von dreissig Minuten geschehen (Medienkonferenz vom 25. März 2020; abrufbar unter: <https://www.youtube.com/watch?v=OsYIIOr7aJk&v1=de-CH>).

¹³ CHRIST/KELLER/SIMIC (FN 9), Rz. 5.

¹⁴ Näher zur PostFinance AG: CHRIST/KELLER/SIMIC (FN 9), Rz. 24; DOMINIK RIEDER, Gesellschaftsrechtlicher Blick auf die Covid-19-Kreditverordnung, in: Jusletter vom 6. April 2020, Rz. 18. Die Möglichkeit der Kreditvergabe durch die PostFinance AG soll gemäss einem Teil der Lehre verfassungswidrig sein (GIOVANNI BIAGGINI, «Notrecht» in Zeiten des Coronavirus – Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrats zu Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl 121/2020, S. 239 ff., S. 256).

¹⁵ Insbesondere die Grossbanken haben für diese Kredite denn auch Roboterassistenten eingesetzt. Gemäss SABINE KELLER-BUSSE hat die UBS sechs neue Bots eingesetzt; für die gleiche Leistung wären 280 Mitarbeitende nötig gewesen (NZZ vom 7. Juli 2020, S. 17).

¹⁶ Erläuterungen der Eidgenössischen Finanzverwaltung (EFV) zur Verordnung zur Gewährung von Krediten und Solidarbürgschaften in Folge des Coronavirus (Covid-19-Solidarbürgschaftsverordnung) vom 14. April 2020, S. 4 (zit. Erläuterungen EFV Covid-19-SBüV); CHRIST/KELLER/SIMIC (FN 9), Rz. 18.

2.4.2. Covid-19-Kredite Plus (> CHF 500'000)

[19] Unternehmen mit einem Liquiditätsbedarf von mehr als CHF 500'000 konnten bei entsprechendem Umsatz *zusätzlich* umfassendere Kredite beantragen (vgl. Art. 4 Covid-19-SBüV). Der Bund bzw. die Bürgschaftsorganisationen übernahmen dabei 85 % des Verlustrisikos (Art. 4 Abs. 5 und Art. 8 lit. a Covid-19-SBüV). Weil die Banken mit 15 % im eigenen Risiko waren, nahmen sie in diesen Fällen eine branchenübliche Kreditprüfung und die Bürgschaftsorganisation eine eingehendere Prüfung des umfassenderen Gesuchs vor (Art. 4 Abs. 1 lit. b Covid-19-SBüV). Die Kreditfreigabe erfolgte erst nach der Kreditprüfung durch die Bank, der Prüfung seitens der Bürgschaftsgenossenschaft und der Unterzeichnung des Bürgschaftsvertrags.¹⁷

2.5. Berechtigte

[20] Zwischen dem 26. März und dem 31. Juli 2020 konnten Unternehmen, welche von den Folgen der Covid-19-Pandemie wirtschaftlich erheblich beeinträchtigt wurden und einen Liquiditätsengpass hatten, Kredite beantragen (Art. 6 Abs. 1 Covid-19-SBüV). Von vornherein ausgeschlossen wurden Unternehmen, die im Jahr 2019 einen Umsatzerlös von über CHF 500 Mio. erreichten (Art. 6 Abs. 2 lit. a Covid-19-SBüV).¹⁸ Ferner konnten Unternehmen, welche nach dem 1. März 2020 gegründet wurden sowie Unternehmen in einem Konkurs-, Nachlass- oder Liquidationsverfahren keinen Kredit beantragen (Art. 3 Abs. 1 lit. a und lit. b Covid-19-SBüV). Die Kredite sollten keine umfassende Wirtschaftsförderung darstellen sondern nur – aber immerhin – drohende Zahlungsunfähigkeit der Unternehmen verhindern.¹⁹

[21] Zusätzlich unterstützend wirkt, dass Covid-19-Kredite i.S.v. Art. 3 Covid-19-SBüV bei der Berechnung des Kapitalverlusts und der Überschuldung nach Art. 725 OR nicht als Fremdkapital des Unternehmens berücksichtigt werden (Art. 24 Covid-19-SBüV).²⁰

2.6. Höhe

[22] Der Gesamtbetrag des Covid-19-Kredits und des Covid-19-Kredits Plus durfte höchstens 10 % des Umsatzerlöses 2019 betragen (Art. 7 Abs. 1 Covid-19-SBüV). Die Höchstgrenze lag bei CHF 20 Mio.; eine Erhöhung wäre ausnahmsweise möglich gewesen, wurde aber nicht verlangt (vgl. Art. 4 Abs. 2 lit. b Covid-19-SBüV). Bei Jungunternehmungen wurden Schätzungen des Umsatzerlöses akzeptiert.²¹ Nach Art. 7 Abs. 2 Covid-19-SBüV wurde bei Unternehmungen, welche erst auf den 1. Januar 2020 ihre Geschäftstätigkeit aufgenommen hatten oder sich in Folge der Gründung im Jahr 2019 in einem überlangen Geschäftsjahr befanden das Dreifache der Nettolohnsumme akzeptiert.

¹⁷ Erläuterungen EFV Covid-19-SBüV (FN 16), S. 4 f.

¹⁸ Eine Einzelgesellschaft, welche einem Konzern angehörte, konnte einen Kredit beanspruchen, wenn sie selbst einen Umsatz von weniger als CHF 500 Mio. aufwies, auch wenn der konsolidierte Umsatz mehr als CHF 500 Mio. betrug (Urs SCHENKER/VIKTORIYA CHERNAYA, Kredite mit Bundesgarantie zur Erhaltung der Liquidität schweizerischer Unternehmen in der Corona-Krise, 2. Aufl., S. 6).

¹⁹ MÄRKLI/GUT (FN 10), S. 724; Erläuterungen EFV Covid-19-SBüV (FN 16), S. 9.

²⁰ Die Befristung bis 31. März 2022 soll gemäss Art. 24 E-Covid-19-SBüG – zu Recht – wegfallen. Es geht hier nur um die Berechnungsfrage; rechtlich bleiben sie Fremdkapital.

²¹ Erläuterungen EFV Covid-19-SBüV [FN 16], S. 3.

2.7. Voraussetzungen und Zusicherungen

[23] Die Kreditvergabe an den Gesuchstellenden erfolgte unter Voraussetzungen und Bedingungen gemäss Art. 3, 4 und 7 der Covid-19-SBüV. Darin waren u.a. das Verbot von Mehrfachanträgen und anderen Bundeshilfen sowie die Korrektheit der Umsatzangaben und die Bestätigung des «good standing» (kein Konkurs-, Liquidations- oder Nachlassverfahren) enthalten.

[24] Die Kreditnehmer mussten auf dem Gesuchsformular die Korrektheit dieser Angaben beim Bezug des Kredits ebenso bestätigen wie die Korrektheit der Verwendung, was insbesondere die Ausschüttung von Dividenden und bestimmte Darlehensgewährungen und -rückzahlungen während der Kreditdauer verunmöglichte.²²

[25] Dementsprechend hatte jeder Gesuchsteller folgende Zusicherungen abzugeben (Art. 4 der Covid-19-Kreditvereinbarung):

4. Zusicherung des Kreditnehmers

Mit den Bestätigungen und der Unterzeichnung dieser Kreditvereinbarung erklärt der Kreditnehmer zugunsten der Bank, der Solidarbürgin und der Schweizerischen Eidgenossenschaft:

- Der Kreditnehmer hat noch keinen Kredit nach der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung erhalten.
- Der Kreditnehmer hat keine anderen hängigen Anträge für nach der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung verbürgte Kredite.
- Der Kreditnehmer sichert zu, dass er zum Zeitpunkt der Antragstellung nicht bereits Liquiditätssicherungen gestützt auf andere notrechtlichen Regelungen des Bundes in den Bereichen Sport und Kultur erhalten hat.
- Der Kreditnehmer wurde vor dem 1. März 2020 gegründet.
- Zum Zeitpunkt der Einreichung dieser Kreditvereinbarung befindet sich der Kreditnehmer nicht in einem Konkurs- oder Nachlassverfahren oder in Liquidation.
- Der Kreditnehmer ist aufgrund der COVID-19-Pandemie namentlich hinsichtlich seines Umsatzes wirtschaftlich erheblich beeinträchtigt.
- Der Kreditnehmer wird den unter dieser Kreditvereinbarung gewährten Kreditbetrag ausschliesslich zur Sicherung seiner laufenden Liquiditätsbedürfnisse verwenden. Nicht zulässig sind insbesondere: neue Investitionen ins Anlagevermögen, die nicht Ersatzinvestitionen sind; während der Dauer der Solidarbürgschaft Dividenden oder Tantiemen auszuschütten und Kapitaleinlagen zurückzuerstatten; Aktivdarlehen zu gewähren; Privat- und Aktionärsdarlehen zu refinanzieren; Gruppendarlehen zurückzuführen; oder die Kreditmittel an eine mit dem Gesuchsteller oder der Gesuchstellerin direkt oder indirekt verbundene ausländische Gruppengesellschaft zu übertragen. Zulässig ist die Refinanzierung von seit dem 23. März 2020 aufgelaufenen Kontoüberzügen bei derjenigen Bank, die nach dieser Verordnung verbürgte Kredite gewährt.
- Alle Angaben zum Umsatzerlös des Unternehmens basieren auf dem Einzelabschluss (keine Konzernbetrachtung).
- Der Kreditnehmer bestätigt, dass alle Angaben vollständig sind und der Wahrheit entsprechen.
- Dem Kreditnehmer ist bekannt, dass er durch unrichtige oder unvollständige Angaben wegen Betrugs (Art. 146 Strafgesetzbuch), Urkundenfälschung (Art. 251 Strafgesetzbuch) etc. strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden und mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft werden kann. Zudem wird mit Busse bis 100 000 Franken bestraft, wer vorsätzlich mit falschen Angaben einen Kredit nach der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung erwirkt oder die Kreditmittel nicht zur Sicherung der oben erwähnten Liquiditätsbedürfnisse verwendet.

[26] Mit diesen Zusicherungen und dem Übertretungstatbestand von Art. 23 Covid-19-SBüV bzw. Art. 25 E-Covid-19-SBüG wurde das Fundament gelegt, um gegen Missbräuche vorzugehen.

2.8. Verzinsung

[27] Die Covid-19-Kredite bis CHF 500'000 sind bis am 31. März 2021 zinsfrei; die über CHF 500'000 hinausgehenden Covid-19-Kredite Plus weisen mindestens bis am 31. März 2021 einen Zinssatz von 0.5 % auf (Art. 13 Abs. 3 Covid-19-SBüV). Die Zinsen werden danach jährlich an die künftige Marktentwicklung angepasst (vgl. Art. 13 Abs. 4 Covid-19-SBüV²³). Es handelt sich somit um variable Zinssätze.²⁴ Gebühren wurden keine erhoben.

²² Im Detail: CHRIST/KELLER/SIMIC (FN 9), Rz. 31 ff.; RIEDER (FN 14), Rz. 30 ff.; SCHENKER/CHERNAYA (FN 18), S. 12 ff. In Ziff. 4 der Kreditvereinbarung wird der Kreditnehmer auf diese Einschränkungen aufmerksam gemacht (vgl. die jeweiligen Anhänge in der Covid-19-SBüV).

²³ Art. 4 E-Covid-19-SBüG übernimmt diese Regelung, womit der Bundesrat der in der Vernehmlassung teilweise geforderten Anpassungsmöglichkeit auf 0,0 Prozent eine Absage erteilt.

²⁴ CHRIST/KELLER/SIMIC (FN 9), Rz. 28; RIEDER (FN 14), Rz. 21.

2.9. Amortisation und Dauer

[28] Die Covid-19-Kredite müssen grundsätzlich innerhalb von fünf Jahren ab Gewährung amortisiert werden (Art. 13 Abs. 1 Covid-19-SBüV). Die Kreditgeberin kann mit Zustimmung der Bürgschaftsorganisation in *Härtefällen* ausnahmsweise eine Verlängerung von bis zu zwei Jahren gewähren (Art. 13 Abs. 2 Covid-19-SBüV). Diese Frist soll im Gesetz auf bis zu fünf Jahren angehoben werden.²⁵

[29] Die Dauer der Solidarbürgschaft regelt, wie lange die jeweilige Bürgschaftsgenossenschaft als Bürgin einzustehen hat. Sie betrifft somit das Verhältnis zwischen der kreditgebenden Bank und der Bürgschaftsgenossenschaft. Die Zeitspanne muss sinnvollerweise parallel verlaufen zur Amortisationsfrist, sonst verliert der Kreditgeber seine Sicherheit. Aus diesem Grund wirkt sich eine Verlängerung der Frist zur Amortisation i.S.v. Art. 13 Abs. 2 Covid-19-SBüV auch auf die Dauer der Solidarbürgschaft aus (Art. 5 Satz 2 Covid-19-SBüV).

2.10. Vorgehen

[30] Die Kreditvergabe erfolgte auf Grundlage der Selbstdeklaration. In Abhängigkeit der Kredithöhe kamen zwei unterschiedliche Verfahren zur Anwendung. Ein Covid-19-Kredit Plus wurde in Ergänzung zu einem Covid-19-Kredit gewährt (vgl. Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a Covid-19-SBüV) und basierte auf einer weitergehenden Bonitätsprüfung analog dem üblichen Bankenstandard.²⁶ In beiden Fällen hatten die Gesuchsteller zu bestätigen, dass alle Eingaben im eingereichten Gesuchsformular vollständig und wahr waren (Art. 11 Abs. 2 Covid-19-SBüV) und die Bedingungen gemäss Ziff. 2.7 beachtet wurden. Gleichzeitig entband der Gesuchsteller durch Unterzeichnung des Formulars die involvierten Stellen und Organisationen von den Geheimhaltungsvorschriften (Bankkunden-, Steuer- und Amtsgeheimnis), um eine effiziente Missbrauchs- bekämpfung zu ermöglichen.

2.11. Rolle der Bürgschaftsgenossenschaften

[31] Damit eine Solidarbürgschaft durch die Bürgschaftsorganisationen gewährt wurde, hatte die kreditgebende Bank die Kreditgesuche an die Bürgschaftsorganisation zu übermitteln (Art. 11 Abs. 1 Covid-19-SBüV).

[32] Dank der Verlustdeckung durch den Bund konnten die Bürgschaftsgenossenschaften überhaupt derart viele Solidarbürgschaften vergeben (vgl. Art. 8 lit. a Covid-19-SBüV); im Gegenzug gehen die wiedereingebrachten Forderungen an den Bund (Art. 15 Abs. 1 Covid-19-SBüV). Für die Festsetzung der Verlusttragung sind die verbürgten Covid-19-Kredite sowie die verbürgten Covid-19-Kredite Plus sowie deren Zinsen massgebend (Art. 17 Covid-19-SBüV). Für die Betroffenen sollte die Bürgschaftsgewährung ohne Kostenfolgen sein. Aus diesem Grund wurden von den Bürgschaftsorganisationen keine Gebühren erhoben. Für die Verwaltungskosten steht ebenfalls der Bund ein (Art. 8 lit. b und Art. 9 Covid-19-SBüV).

²⁵ Art. 3 Abs. 3 E-Covid-19-SBüG.

²⁶ RIEDER (FN 14), Rz. 12.

[33] Ihre Tätigkeit üben die Bürgschaftsorganisationen mit der nötigen Sorgfalt aus (Art. 10 Abs. 1 Covid-19-SBüV). Bei den Gesuchen überprüfte die zuständige Bürgschaftsorganisation allerdings lediglich Vollständigkeit sowie formelle Korrektheit (Art. 11 Abs. 2 Covid-19-SBüV), so wie dies die Kreditgeberinnen in Bezug auf die Kreditnehmerinnen taten.

[34] Wie bereits unter Art. 9 Verordnung vom 12. Juni 2015 über die Finanzhilfen an Bürgschaftsorganisationen für KMU kümmern sich gemäss Art. 8 E-Covid-19-SBüG die Bürgschaftsorganisationen nach Ziehung der Bürgschaft um die Bewirtschaftung der auf sie übergegangenen Forderungen, u.a. indem sie vermögensrechtliche Ansprüche eintreiben oder unbegründete solche abwehren.²⁷

[35] Die Einzelheiten der Bewirtschaftung, der Missbrauchsbekämpfung, des Reporting/Controlling sowie der Abgeltung sind Gegenstand von öffentlich-rechtlichen Verträgen zwischen Bund und jeder Bürgschaftsorganisation (Art. 16 Covid-19-SBüV bzw. Art. 6 E-Covid-19-SBüG).

2.12. Rolle der Banken

[36] Die Rolle der Banken bei der Kreditvergabe war für die Zielerreichung der Hilfe zentral. Durch das gewählte Vorgehen konnte auf bestehenden Strukturen und Kundenbeziehungen aufgebaut werden, was die rasche und speditive Abwicklung erst ermöglichte und die Transaktions- und Missbrauchsrisiken bereits ex ante reduzierte.

[37] Auch in der Bewirtschaftung und der Missbrauchsbekämpfung ist eine gute Zusammenarbeit zwischen Bund, Bürgschaftsorganisationen und Banken von grosser Bedeutung; entsprechend wurden in Verordnung und Gesetz gegenseitige Informations- und Mitwirkungspflichten stipuliert.²⁸

2.13. Rolle der SNB

[38] Die Banken hatten und sollen weiterhin die Möglichkeit haben, ihre Kreditforderungen der SNB zum Zweck der Refinanzierung zu übertragen (Art. 20 ff. Covid-19-SBüV). Im Gegensatz zur klassischen Zession sind gemäss Art. 20 Abs. 1 Covid-19-SBüV keine Formvorschriften zu beachten.²⁹ Dabei geht die Solidarbürgschaft auf die SNB über (Art. 21 Covid-19-SBüV).³⁰ Durch die Refinanzierung wird den Banken die Kreditvergabe erleichtert.³¹ Dabei erzielten die Banken beim aktuellen SNB-Leitzins von 0.75 % einen Zinsertrag. Gemäss Aussagen von mehreren Führungskräften verschiedener Banken wollen diese jedoch keinen Gewinn erzielen und würden einen allfälligen Nettoertrag spenden.³²

²⁷ Art. 15 Abs. 1 Covid-19-SBüV bzw. Art. 8 E-Covid-19-SBüG.

²⁸ So muss z.B. das EFD die kreditgebenden Banken anhören, bevor der Antrag an den Bundesrat zur Zinsanpassung formuliert wird (Art. 4 Abs. 2 E-Covid-19-SBüG); umgekehrt darf die Bank einem Rangrücktritt nur dann zustimmen, wenn vorgängig die Bürgschaftsorganisation ihr Einverständnis gegeben hat (Art. 7 Abs. 1 E-Covid-19-SBüG).

²⁹ Gemäss Art. 165 Abs. 1 OR hat die Abtretung schriftlich zu erfolgen.

³⁰ In Art. 21 Covid-19-SBüV wird dies zwingend festgehalten, weil die vertragsrechtliche Bestimmung in Art. 170 Abs. 1 OR dispositiv ist (Erläuternder Bericht [FN 10], S. 35).

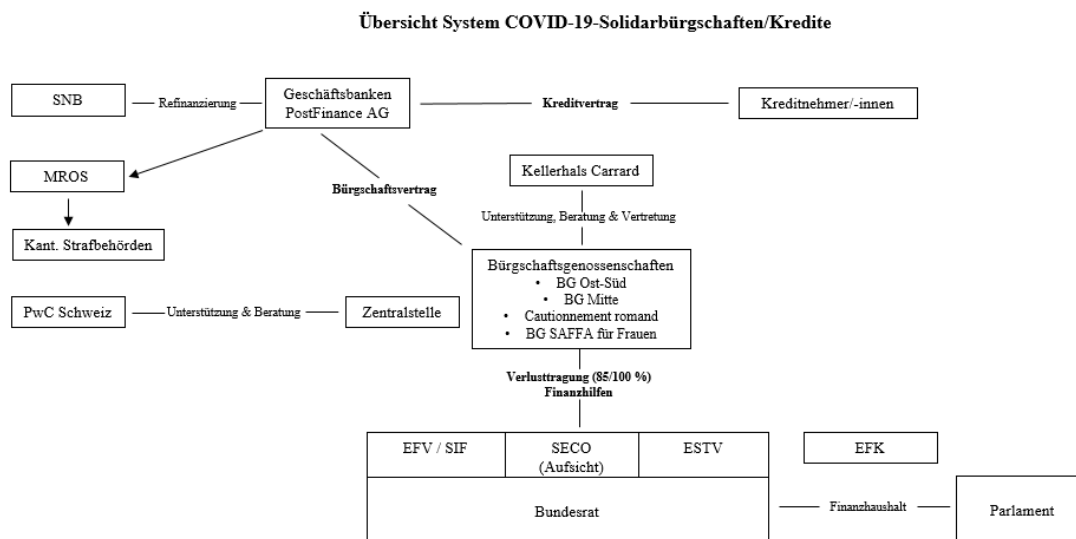
³¹ SCHENKER/CHERNAYA (FN 18), S. 9.

³² UBS verstärkt Unterstützung der Schweiz während COVID 19, Medienmitteilung der UBS vom 25. März 2020.

3. Praxis der Missbrauchsbekämpfung

3.1. Übersicht und System

[39] Das System und die involvierten Organisationen lassen sich schematisch wie folgt darstellen:³³



3.2. Prozesse

[40] Um die Bewirtschaftung und die Missbrauchsbekämpfung der ausstehenden Kredite effizient sicherzustellen, hat das SECO in Zusammenarbeit mit den Banken und den Bürgschaftsgenossenschaften verschiedene Prozesse definiert und im geschützten Bereich unter <https://covid/19.easygov.swiss> aufgeschaltet.

[41] Kontrollen wurden bereits in der Phase der Gesuchseinreichung implementiert, um das Risiko von Fehlern und Missbräuchen zu minimieren.³⁴ Im Dokument «Missbrauchsbekämpfung: Prüfkonzzept» hat das SECO sämtliche Prüfschritte aller Akteure und die Identifikation und den Umgang bei Fehlern und Missbräuchen dargestellt.³⁵ Im Rahmen des elektronischen Antragsprozesses auf *EasyGov* wurden die Vorabprüfungen mit dem UID-Register verknüpft.³⁶ Nachdem sich die antragsstellenden Kreditnehmer mit ihrer UID-Nummer identifiziert hatten, wurden die Daten aus dem UID-Register importiert und konnten nicht mehr verändert werden. Durch dieses Verfahren wurde der Nachweis der Existenz des antragstellenden Unternehmens sichergestellt. Zudem konnte auch überprüft werden, ob sich das Unternehmen im Zeitpunkt der Antragsstel-

³³ Botschaft (FN 10), S. 38.

³⁴ Botschaft (FN 10), S. 20.

³⁵ SECO Prüfkonzzept vom 23. Juni 2020 (zit. SECO Prüfkonzzept).

³⁶ Botschaft (FN 10), S. 20.

lung in Liquidation oder im Konkurs befand.³⁷ Danach prüfte die Bank im Rahmen des elektronischen Kreditantrages u.a. die Vollständigkeit der in der Kreditvereinbarung verlangten Erklärungen und Angaben sowie die Unterschrift und die Zeichnungsberechtigung.³⁸ Die Zentralstelle der Bürgschaftsorganisationen führte systematische Prüfungen der Grundvoraussetzungen und der formellen Vollständigkeit der Gesuche durch. Sie hatte auch den Auftrag, Mehrfachanträge aufzudecken.³⁹ Zudem erfolgte ein Abgleich der Kreditnehmer in Janus mit den vom SECO enthaltenen Hinweisen von Kantonspolizei und kantonalen Staatsanwaltschaften.⁴⁰

[42] Neben den Bürgschaftsorganisationen spielt auch die Eidgenössische Finanzkontrolle eine wichtige Rolle bei der Missbrauchsbekämpfung. Sie nimmt eine systematische Überprüfung sämtlicher gewährten Bürgschaften vor.⁴¹ Sie verknüpft die Daten zu den gewährten Bürgschaften mit den Mehrwertsteuer- und Verrechnungssteuerdaten.⁴² Sie plausibilisiert ausserdem das Gründungsdatum und den guten Ruf des Unternehmens. Die Eidgenössische Finanzkontrolle prüft zudem, ob sich das Unternehmen in Konkurs, in einem Nachlassverfahren oder in Liquidation befindet. Auffälligkeiten werden durch das SECO an die zuständige Bürgschaftsorganisation weitergeleitet.⁴³

[43] Für die Banken ist der «Prozess Vergabe von Krediten nach der Verordnung zu Gewährung von Krediten und Solidarbürgschaften in Folge des Coronavirus» (sog. Bankenprozessblatt) ein wichtiges Dokument. Es werden u.a. die erforderlichen Dokumente, der Prozess für die Teilnahme der Banken am Programm, der Prozess für die Kredite sowie der Prozess zur Berichtigung von Kreditvereinbarungen umschrieben. Das Bankenprozessblatt wird laufend aktualisiert und in Telefonkonferenzen zwischen dem SECO und Vertretern der Banken besprochen. Für die Banken sind zudem auch die Leitlinien zum Umgang mit Covid-19-Krediten der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg) wichtig, welche Fragen in Zusammenhang mit der bankeninternen Umsetzung der Liquiditätshilfe klären (<https://www.swissbanking.org/de/leitlinien-covid-19/kredite.pdf>).

[44] Die Zusammenarbeit zwischen dem WBF und den vier Bürgschaftsorganisationen sowie deren Rechte und Pflichten sind in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag geregelt.

[45] Sowohl die Bürgschaftsgenossenschaften als auch Kellerhals Carrard führen ein «Q&A-Dokument», das sie regelmässig austauschen und aufdatieren, um die wichtigsten Praxisfragen einheitlich und effizient zu lösen. Der Informationsaustausch zwischen den Bürgschaftsgenossenschaften und Kellerhals Carrard wird über die Plattform Nextway abgewickelt. Die Plattform Nextway ist auch eine der Grundlagen für die Veröffentlichung von Statistiken durch das SECO.

³⁷ Botschaft (FN 10), S. 20.

³⁸ SECO Prüfkonzept (FN 35), Ziffer 5.2.1.

³⁹ Botschaft (FN 10), S. 21.

⁴⁰ SECO Prüfkonzept (FN 35), Ziffer 5.3.

⁴¹ SECO Prüfkonzept (FN 35), Ziffer 5.4.1; Botschaft (FN 10), S. 21.

⁴² SECO Prüfkonzept (FN 35), Ziffer 5.4.1; Botschaft (FN 10), S. 21.

⁴³ Erläuternder Bericht (FN 10), S. 9; SECO Prüfkonzept (FN 35), Ziffer 5.7.1 und 5.7.4.

3.3. Vorgehen bei einem vermuteten Fehler

[46] Bei einem vermuteten Fehler fordert die Bürgschaftsgenossenschaft entweder direkt den Kreditnehmer zu einer Stellungnahme oder Berichtigung auf oder informiert gemäss Bankenprozessblatt die Bank per E-Mail über den vermuteten Fehler. Diese Information an die Bank ist mit dem Hinweis verbunden, wonach ohne Berichtigung innert neunzig Tagen eine Strafanzeige gegen den Kreditnehmer erfolgt.

[47] Die Bank informiert ihrerseits den Kreditnehmer und fordert die vollständige oder teilweise Rückzahlung des Kredits und setzt eine angemessene Frist zur Berichtigung. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die Bank gemäss Ziff. 8 der Kreditvereinbarung das Recht hat, die Kreditvereinbarung aus regulatorischen oder rechtlichen Gründen (z.B. Verletzung des GwG oder der Kreditvereinbarung) jederzeitig mit sofortiger Wirkung zu kündigen.

[48] Der Kreditnehmer zahlt den Kredit je nach Berichtigungsmöglichkeit vollständig oder teilweise zurück. Wird der Fehler nicht bestätigt, muss die Kreditvereinbarung nicht berichtigt werden und die Bürgschaftsgenossenschaft wird von der Bank entsprechend informiert.

3.4. Informationsaustausch

[49] Damit das System effizient geführt werden kann, sind ein Daten- und Informationsaustausch zwischen den Bürgschaftsorganisationen, den Banken, der Schweizerischen Nationalbank, der EFK sowie den zuständigen Amtsstellen erforderlich (Art. 12 Abs. 2 Covid-19-SBüV und Art. 11 E-Covid-19-SBüG). Die Kreditnehmer haben diese Akteure in der Kreditvereinbarung vom Bankenkunden-, Steuer- und Amtsgeheimnis entbunden (Art. 12 Abs. 1 Covid-19-SBüV).

[50] Allerdings wird der Informationsaustausch durch die Geldwäschereigesetzgebung eingeschränkt. Finanzintermediäre (insbesondere Banken; vgl. Art. 2 GwG) sind gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 GwG verpflichtet, eine Verdachtsmeldung der Meldestelle für Geldwäscherei (MROS) zu erstatten, wenn sie wissen oder den begründeten Verdacht haben, dass die in die Geschäftsbeziehung involvierten Vermögenswerte aus einem Verbrechen herrühren.⁴⁴ Weil das Ermittlungsinteresse in diesem Stadium im Vordergrund steht, ist der Begriff «herrühren» weit zu verstehen und es besteht auch dann eine Meldepflicht, wenn das Verbrechen nicht einen eigentlichen einziehbaren Erlös zur Folge hat. Die Schwelle, wann ein begründeter Verdacht vorliegt, wird in Anbetracht der neuesten Rechtsprechung relativ tief angesetzt. Es ist deshalb nachvollziehbar, dass die Banken im Zusammenhang mit Covid-19-Krediten und möglichen Missbräuchen relativ schnell eine Meldung an die MROS absetzen. Die Bank ist gestützt auf Art. 10a GwG verpflichtet, weder den Kunden noch Dritte wie die Bürgschaftsgenossenschaften über die Meldung zu informieren. Es soll vermieden werden, dass der Kreditnehmer die Verdachtsmeldung bemerkt und die Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörden und die damit zusammenhängende Beweiserhebung erschweren könnte.⁴⁵ Das Informationsverbot gilt unbegrenzt. Entsprechend werden die Bürgschaftsgenossenschaften von den Banken nicht regelmässig über Missbrauchsverdachtsfälle informiert. Im Vernehmlassungsverfahren wurde angeregt, das Informationsverbot für die Covid-19-Kredite zu lockern, was jedoch aus übergeordneten Gründen (Umsetzung der Stan-

⁴⁴ Botschaft (FN 10), S. 38.

⁴⁵ Botschaft (FN 10), S. 39.

dards der «Groupe d'action financière») im Gesetzesentwurf vom Bundesrat nicht berücksichtigt wurde.⁴⁶

[51] Nach Auszahlung der ersten Kredite erfolgten zahlreiche Strafanzeigen und Verdachtsmeldungen an die MROS bei konkreten Verdachtsgründen (Art. 9 GwG). Entscheidet sich die MROS, die Meldung an die Strafverfolgungsbehörde weiterzuleiten, ist der Finanzintermediär verpflichtet, unverzüglich die Vermögenssperre während fünf Werktagen zu implementieren (Art. 10 Abs. 3 GwG). Dabei sind die Vermögenswerte des Kunden, welche ihm von der Bank anvertraut worden sind, zu sperren.⁴⁷ Fraglich ist, ob die Bank verpflichtet ist, während dieser Zeit auch keinen Kredit auszubezahlen. Streng genommen fällt die Kreditauszahlung nicht unter Art. 10 GwG, weil es hier um die Sperre der Vermögenswerte des Kunden geht und die Kreditauszahlung aus dem Vermögen der Bank stammt und somit nicht inkriminierte Vermögenswerte darstellt, welche zwecks Einziehung gesichert werden sollen. Allerdings wird die Bank – zwar nicht gestützt auf Art. 10 GwG – aber aus sonstigen Überlegungen mit grosser Wahrscheinlichkeit von der Kreditauszahlung absehen. Eine Kreditauszahlung in einem solchen Moment könnte nämlich die Bürgschaftsgenossenschaften bzw. den Bund schädigen und somit zivilrechtliche Ansprüche zur Folge haben. Auch gestützt auf die Idee, dass die Vermögenssperre eben die Einziehung sichern soll, macht es keinen Sinn, die deliktisch erlangten Kredite auszubezahlen.

3.5. Missbrauchsfälle

[52] Man kann die Missbrauchsfälle in Bezugs- und Verwendungsmisbräuche einteilen.

[53] Die häufigsten Fälle von Bezugsmissbrauch betreffen (i) das Beantragen und Erhalten mehrerer Kredite; (ii) Falschangaben zu den Umsatzerlösen und dem Gründungsdatum sowie (iii) Kreditanträge von Kreditnehmern, die sich im Konkurs oder in Liquidation befinden.

[54] Beim Verwendungsmisbrauch stehen im Vordergrund (i) Kreditnehmer, die Kredite dazu verwendet haben, um neue Investitionen ins Anlagevermögen zu tätigen, die nicht Ersatzinvestitionen sind, (ii) das Ausschütten von Dividenden oder die Zurückerstattung von Kapitaleinlagen, (iii) das Gewähren von Aktionärsdarlehen und (iv) die Rückzahlung von Gruppendarlehen oder die Verwendung der Gelder zugunsten einer verbundenen Gruppengesellschaft, die ihren Sitz nicht in der Schweiz hat.⁴⁸

[55] Die Missbrauchsfälle werden tagesaktuell, automatisch generiert und auf <https://covid19.easygov.swiss/fuer-medien/> nach Fallgruppen veröffentlicht.⁴⁹

⁴⁶ Botschaft (FN 10), S. 38.

⁴⁷ SHK GwG-LUCHSINGER, Art. 10 N 14 f., in: Peter V. Kunz/Thomas Jutzi/Simon Schären (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Geldwäschereigesetz (GwG), Bern 2017.

⁴⁸ Schreiben des SECO an die Schweizerische Staatsanwälte-Konferenz (SSK) vom 1. Juli 2020, S. 4; MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL/ANDREA JUG-HÖHENER, Die Profiteure der Krise, Ein Betrug der besonders verwerflichen Art: Strafbarkeit des Missbrauchs von Corona-Krediten aus einer Praxisperspektive, in: Jusletter vom 3. August 2020, Rz. 2 FN 3.

⁴⁹ Missbrauchsmeldungen per 25. September 2020.

Missbrauchsarten (alle Art. gemäss Verordnung)	In Abklärung	Missbrauch nicht bestätigt	Berichtigung ohne Anzeige	Laufende Verfahren	
				Anzahl	Deliktsumme *
Mehrfachanträge (Art. 3, Abs. 1)	109	85	114	14	CHF 3'885'000
Gründungsdatum (Art. 3, Abs. 1, a.)	46	26	1	1	CHF 90'000
In Konkurs-, Nachlass oder Liquidation (Art. 3, Abs. 1, b.)	10	0	4	8	CHF 766'859
Umsatzangabe (Art. 7, Abs. 1)	268	49	47	10	CHF 1'621'900
Unterstützung anderer notrechtlicher Regelungen (Art. 3, Abs. 1, d.)	0	0	0	0	0
Kreditverwendung allgemein und Ersatzinvestitionen (Art. 6, Abs. 1 und 2)	42	2	4	32	CHF 4'480'667
Kreditverwendung Dividenden, Refinanzierungen, etc. (Art. 6, Abs. 3)	351	11	6	8	CHF 2'613'000
Andere	40	4	3	8	CHF 1'104'700
Total	866	177	179	81	CHF 14'562'126

[56] Neben den Missbrauchsfällen bei denen eine Strafanzeige eingereicht wurde, gab es auch Fälle, bei welchen die Kreditnehmer fahrlässig Fehler begangen haben, was nicht strafbar ist. So hatten beispielsweise Kreditnehmer bei mehreren Banken einen Kredit beantragt, aber jeweils nicht 10 % des Jahresumsatzes, sondern einen tieferen Betrag angegeben, so dass im Effekt (alle Kredite zusammengezählt) die gewährten Kredite 10 % des Jahresumsatzes nicht überschritten haben (Art. 7 Abs. 1 Covid-19-SBüV). Das Konzept der Covid-19-Kredite ist aber so ausgestaltet, dass ein Kreditnehmer nur bei einer Bank einen Kredit beantragen darf. Solche Fälle und ähnliche Fälle wurden dahingehend bereinigt, dass die Kredite zurückgeführt wurden und vom Kreditnehmer ein neuer Kredit beantragt werden konnte. Die Ausnahmeregel, wonach die Kreditvereinbarung aufgrund fehlerhafter Angaben in derselben einmalig korrigiert werden kann, wurde mit Ende der Antragsfrist am 31. Juli 2020 hinfällig.

3.6. Strafverfahren

[57] Neben den durch MROS-Meldungen ausgelösten Strafverfahren wurden durch die Bürgschaftsgenossenschaften zahlreiche Strafanzeigen eingereicht. Erste Fälle konnten bereits mit Strafbefehlen erledigt werden.

[58] Im Kreditantrag erklärt der Kreditnehmer unter Ziff. 4 «Zusicherung des Kreditnehmers», dass ihm bekannt ist, dass er durch unrichtige oder unvollständige Angaben wegen Betrugs oder Urkundenfälschung zur Verantwortung gezogen werden kann. Es drängt sich auf, auf die wichtigsten Strafbestimmungen einzugehen, die zur Anwendung kommen können:

3.6.1. Übertretungsstraftatbestand Art. 23 Covid-19-SBüV

[59] Die Covid-19-SBüV enthält mit Art. 23 einen Übertretungstatbestand, der gleichzeitig als Auffangtatbestand wirkt. Der Wortlaut von Art. 23 Covid-19-SBüV lautet wie folgt:

«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.»

[60] Die Strafbestimmung soll in Art. 25 E-Covid-19-SBüG materiell unverändert übernommen werden, es sollen nur gesetzessystematische Änderungen vorgenommen werden.⁵⁰ Bestraft werden soll nur, wer vorsätzlich handelt. Da die einzureichenden Gesuche neu waren und die ungeübten Gesuchsteller durchaus vermeidbare Fehler machen konnten, wird auch im Gesetzesentwurf weiterhin auf einen Fahrlässigkeitstatbestand verzichtet.⁵¹

[61] Der Übertretungstatbestand kommt zur Anwendung, wenn keine schwerere strafbare Handlung nach dem Strafgesetzbuch vorliegt, d.h. kein Straftatbestand des Kernstrafrechts erfüllt ist.⁵²

3.6.2. Betrug (Art. 146 StGB)

[62] Im Kreditantrag müssen die Kreditnehmer unter Ziff. 4 «Zusicherung des Kreditnehmers» durch Ankreuzen von Formulierungen mehrere Tatsachen erklären.⁵³ Sie müssen u.a. unterschriftlich anerkennen und zusichern, dass sie noch keinen anderen Kredit nach der Covid-19-SBüV erhalten haben und auch noch keine anderen hängigen Anträge für solche Kredite bestehen. Zudem haben die Kreditnehmer anzugeben, dass sie aufgrund der Covid-19-Pandemie hinsichtlich ihres Umsatzes wirtschaftlich erheblich beeinträchtigt worden sind und zur Kenntnis genommen haben, dass der bezogene Kredit ausschliesslich zur Sicherung der laufenden Liquiditätsbedürfnisse des Unternehmens verwendet werden darf. Schliesslich haben sie zu bestätigen, dass alle Angaben vollständig sind und der Wahrheit entsprechen.

[63] In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob bei fehlerhaften Angaben im Kreditantrag der Tatbestand des Betrugs nach Art. 146 StGB erfüllt ist oder es sich nur um eine einfache Lüge handelt. Gemäss herrschender Lehre und ständiger Rechtsprechung ist eine einfache Lüge dann arglistig, wenn die Überprüfung unmöglich oder unzumutbar ist oder vom Täter aktiv verhindert wird, sowie wenn der Täter aufgrund besonderer Umstände damit rechnen kann, dass das Opfer von einer Überprüfung absehen wird.⁵⁴ Eine branchenübliche Kreditprüfung war nur bei

⁵⁰ Botschaft (FN 10), S. 51.

⁵¹ Botschaft (FN 10), S. 52.

⁵² JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL/JUG-HÖHENER (FN 48), Rz. 9; MÄRKLI/GUT (FN 10), S. 727.

⁵³ JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL/JUG-HÖHENER (FN 48), Rz. 13.

⁵⁴ ANDREAS DONATSCH, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018, S. 232; BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 112, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK StGB-AUTOR/IN); STEPHAN SCHLEGEL, Art. 146 N 7, in: Wolfgang Wohlers/Gunhild Godenzi/Stephan Schlegel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 4. Aufl., Bern 2020; STEFAN TRECHSEL/DEAN CRAMERI, Art. 146 N 7, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018; MÄRKLI/GUT (FN 10), S. 728; BGE 142 IV 153 E. 2.2.2.

den Covid-19-Krediten Plus vorgesehen. Bei den Covid-19-Krediten bis zu CHF 500'000 erfolgte eine Selbstdeklaration durch den Kreditnehmer und beschränkte sich die Prüfung der Bank auf Vollständigkeit der in der Kreditvereinbarung verlangten Erklärungen und Angaben, der Prüfung der Unterschrift und der Zeichnungsberechtigung und der Schlüssigkeit der Erklärungen.⁵⁵ Aus diesem Prüfkonzept war für die Kreditnehmer voraussehbar, dass eine Überprüfung von falschen Angaben unterbleiben wird. Ein Vermögensschaden wird regelmässig vorliegen, wenn man davon ausgeht, dass die Bank den Kreditbetrag zum Schaden des Bundes auszahlte.⁵⁶ Deshalb dürfte der Tatbestand des Betruges regelmässig erfüllt sein.⁵⁷

3.6.3. Urkundenfälschung (Art. 251 StGB)

[64] Beim Kreditantrag handelt es sich jeweils um einen Antrag für eine Kreditvereinbarung, welcher als angenommen gilt, wenn die Bank den Kredit einräumt. Mit der Kreditauszahlung ist die Kreditvereinbarung mit dem Kreditnehmer somit zustande gekommen. Die Kreditvereinbarung ist dazu bestimmt und geeignet, zu beweisen, dass die Bank der Kreditnehmerin einen Kredit in der jeweiligen Höhe eingeräumt hat, sowie dass zwischen der Bank und der Kreditnehmerin eine Kreditvereinbarung mit den darin festgehaltenen Klauseln, insbesondere Ziffer 4 betreffend «Zusicherung des Kreditnehmers», besteht. Dabei handelt es sich um rechtserhebliche Tatsachen im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.⁵⁸ Bei den Kreditanträgen handelt es sich um eine qualifizierte Urkunde im Sinne der Rechtsprechung zur Falschbeurkundung,⁵⁹ mithin um eine Absichtsurkunde.

[65] In den Fällen eines Bezugsmissbrauchs wird regelmässig eine Urkundenfälschung vorliegen. Der Kreditgeber, der einen Kredit anfordert, obwohl er die Voraussetzung nicht erfüllt, füllt zwar eine echte Urkunde aus, gibt aber falsche Angaben an.⁶⁰

[66] Auch bei den Verwendungsmisbräuchen kann eine Urkundenfälschung vorliegen, wenn der Kreditnehmer bereits im Rahmen seines Kreditantrages geplant hat, den Kredit teilweise und entgegen seinen Erklärungen im Kreditantrag für neue Investitionen ins Anlagevermögen oder für Dividendenausschüttungen zu verwenden.

3.6.4. Konkurs- und Betreibungsdelikte

[67] Der Kreditnehmer muss im Kreditantrag bestätigen, dass er sich im Zeitpunkt des Antrages nicht in einem Konkurs- oder Nachlassverfahren oder in Liquidation befindet. In der Praxis gab es Fälle, in denen ein Kreditnehmer im Zeitpunkt des Kreditantrags überschuldet war und ein Verfahren betreffend Konkurseröffnung am Gericht hängig war. Damit stellte sich die Frage, ob der Kreditnehmer die Bestätigung, dass er sich nicht in einem Konkursverfahren befindet, abgeben konnte. In der deutschen Sprachfassung verwendet Art. 3 Abs. 1 lit. b Covid-19-SBüV den

⁵⁵ SECO Prüfkonzept (FN 35), Ziffer 5.2.1; JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL/JUG-HÖHENER (FN 48), S. 8.

⁵⁶ JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL/JUG-HÖHENER (FN 48), Rz. 26.

⁵⁷ Gl.M. bisherigen Lehrmeinungen dazu: JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL/JUG-HÖHENER (FN 48), Rz. 18; MÄRKLI/GUT (FN 10), S. 728.

⁵⁸ MÄRKLI/GUT (FN 10), S. 729.

⁵⁹ JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL/JUG-HÖHENER (FN 48), Rz. 33; MÄRKLI/GUT (FN 10), S. 729.

⁶⁰ MÄRKLI/GUT (FN 10), S. 729.

Begriff «Konkursverfahren», in der italienischen Version ist von «procedura die fallimento» die Rede. Demgegenüber spricht der französische Verordnungstext allein von «faillite», also wörtlich von Konkurs. In der französischen Fassung des SchKG wird bis auf eine Ausnahme (Art. 206 Abs. 3 SchKG) nicht von «procédure de faillite» gesprochen, der übliche Begriff, den die französische Version für den deutschen Begriff Konkursverfahren verwendet, ist vielmehr «faillite». Massgebend für Art. 3 Abs. 1 lit. b Covid-19-SBüV ist demnach das Konkursverfahren. Dieses startet mit der Eröffnung des Konkurses.⁶¹ Es liegt demnach kein Missbrauch vor, wenn der Kreditnehmer im Zeitpunkt des Kreditantrags überschuldet war oder ein Gläubiger ein Konkursbegehren eingereicht hat.

[68] Anders zu beurteilen sind Fälle, bei denen aufgrund von weiteren Sachverhaltselementen von einem klaren Missbrauch auszugehen ist. Ein typischer Missbrauchsfall liegt beispielsweise vor, wenn gegen den Kreditnehmer diverse Betreibungen eingeleitet wurden, ein Konkursbegehren gestellt wurde, der Kreditnehmer danach einen Kredit beantragt und erhalten hat, das Geld sofort an einen Dritten weitergeleitet hat, der nicht Gläubiger des Kreditnehmers ist, und das Konkursverfahren nach der Konkurseröffnung mangels Aktiven eingestellt wurde. In einem solchen Fall liegt ein Verstoss gegen Art. 3 Abs. 1 Covid-19-SBüV und Falschdeklaration auf dem Kreditantrag vor. Falsch sind insbesondere die Angaben auf dem Kreditantrag, dass der Kreditnehmer aufgrund der Covid-19-Pandemie hinsichtlich seines Umsatzes wirtschaftlich erheblich beeinträchtigt worden ist, und die Bestätigung, dass der bezogene Kredit ausschliesslich zur Sicherung der laufenden Liquiditätsbedürfnisse des Unternehmens verwendet werden darf. In solchen Fällen ist wiederum von einem Betrug und einer Urkundenfälschung auszugehen. Zudem müssen Konkursdelikte geprüft werden, insbesondere Misswirtschaft i.S.v. Art. 165 StGB.⁶²

3.6.5. Strafbefreiung und Wiedergutmachung

[69] Das Strafrecht kennt die Strafbefreiungsgründe des fehlenden Strafbedürfnisses (Art. 52 StGB) und der Wiedergutmachung (Art. 53 StGB). Nach Art. 8 Abs. 1 StPO sehen Staatsanwaltschaft und Gerichte im Rahmen des Opportunitätsprinzip von einer Strafverfolgung ab, wenn das Bundesrecht dies vorschreibt. Eine Strafbefreiung ist in allen Fällen zwingend, in denen die Voraussetzungen von Art. 52 und Art. 53 StGB erfüllt sind. Es handelt sich um gesetzlich statuierte Strafverfolgungsverbote.⁶³ Beide Bestimmungen erfassen Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikte. Ob sodann Urkundenfälschung (Art. 251 StGB) und/oder Betrug (Art. 146 StGB) und/oder eine blosser Übertretung i.S.v. Art. 23 Covid-19-SBüV (oder ein anderes Delikt) begangen wurde, ist für die Anwendung von Art. 52 oder Art. 53 StGB unerheblich. Da keine Strafe ausgesprochen wird, erfolgt kein Eintrag ins Strafregister (Art. 366 Abs. 2 StGB).⁶⁴

[70] Die zuständige Behörde sieht nach Art. 52 StGB von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung ab, wenn Schuld und Tatfolgen *geringfügig* sind. Die Bestimmung erfasst Bagatelldelikte, welche die Schwere und Härte einer Strafe nicht verdienen.

⁶¹ Wohl gleicher Meinung MÄRKLI/GUT (FN 10), S. 729.

⁶² JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL/JUG-HÖHENER (FN 48), Rz. 52.

⁶³ BSK StGB-RIKLIN (FN 54), Vor Art. 52–55 N 23.

⁶⁴ BSK StGB-RIKLIN (FN 54), Vor Art. 52–55 N 38. Eine Verurteilung nach Art. 23 COVID-19-SBüV bzw. Art. 25 Abs. 1 E-COVID-19-SBüG wird erst eingetragen, falls die Busse höher ist als CHF 5'000 (Art. 366 Abs. 2 lit. b StGB und Art. 3 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 VOSTRA-Verordnung). Diese Einträge erscheinen allerdings nicht im Privatauszug (Art. 371 Abs. 1 StGB).

Ziel von Art. 52 StGB ist die Entlastung der Strafjustiz vor überflüssigen Verfahren.⁶⁵ Aus dem Wortlaut der Bestimmung ergibt sich, dass Schuld und Tatfolgen geringfügig und demnach beide Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssen.⁶⁶ Die Kumulation der beiden Elemente schränkt den Anwendungsbereich dieser Bestimmung stark ein.⁶⁷ Bei Vermögensdelikten beurteilt sich die Geringfügigkeit der Tatfolge grundsätzlich nach dem entstandenen Schaden.⁶⁸ Das Verschulden richtet sich nach den in Art. 47 StGB aufgezählten Strafzumessungskriterien.⁶⁹ Es sind demnach u.a. die Schwere der Verletzung des betroffenen Rechtsguts, die Verwerflichkeit des Handelns, die Beweggründe und die Ziele des Täters zu berücksichtigen.

[71] Die zuständige Behörde sieht gemäss Art. 53 StGB von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung ab, wenn der Täter in erster Linie den Schaden gedeckt oder alle zumutbaren Anstrengungen unternommen hat, um das von ihm bewirkte Unrecht auszugleichen. Voraussetzung für eine Strafbefreiung bei einer *Wiedergutmachung* ist, dass als Strafe eine bedingte Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr, eine bedingte Geldstrafe oder eine Busse in Betracht kommt (lit. a), das Interesse der Öffentlichkeit und des Geschädigten an der Strafverfolgung gering sind (lit. b); und der Täter den Sachverhalt eingestanden hat (lit. c). In der Praxis wird zudem häufig zusätzlich verlangt, dass der Täter allfällig entstandene Verfahrenskosten bezahlt hat.⁷⁰

[72] Bei Bagatelldelikten oder einer Wiedergutmachung bevor ein Strafverfahren eingeleitet worden ist, stellt sich für die Bürgschaftsorganisationen die Frage, ob auf eine Strafanzeige verzichtet werden bzw. bei laufenden Verfahren eine Desinteresseerklärung abgegeben werden kann. Gemäss Bankenprozessblatt verzichtet die Bürgschaftsorganisation bei Abwesenheit von krimineller Energie auf die Einleitung eines strafrechtlichen Verfahrens, wenn die Berichtigung durch den Kreditnehmer innerhalb von 90 Tagen nach der Information der Bank erfolgt. Dies bedeutet, dass eine Wiedergutmachung vorliegen und die Schuld geringfügig sein muss. Nach Art. 6 E-Covid-19-SBüG schliesst das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) mit jeder Bürgschaftsorganisation einen öffentlich-rechtlichen Vertrag ab. Im Vertrag werden nach Art. 6 Abs. 2 lit. f E-Covid-19-SBüG die Voraussetzungen festgelegt, unter denen eine Strafanzeige zu erheben ist oder auf eine solche verzichtet wird.⁷¹ Bei der Vertragsredaktion wird deshalb darauf zu achten sein, dass auch das Vorgehen im Falle einer Wiedergutmachung geregelt wird. Bei der Frage, ob das Interesse der Öffentlichkeit an der Strafverfolgung gering ist oder nicht, muss festgehalten werden, dass es sich «um ein Kriterium handelt, dessen Würdigung oft nicht zu ganz trennscharfen Schwarz-Weiss-Entscheidungen führt».⁷² Weiter muss durch die Bürgschaftsorganisationen das Prinzip der Verhältnismässigkeit eingehalten werden, was beispielsweise in Art. 8 Abs. 5 E-Covid-19-SBüG in Zusammenhang mit dem Kosten- Nutzenverhältnis bei der Eintreibung von Forderungen ausdrücklich erwähnt wird. Die Bürgschaftsorganisationen

⁶⁵ BSK StGB-RIKLIN (FN 54), Art. 52 N 13a.

⁶⁶ BSK StGB-RIKLIN (FN 54), Art. 52 N 19.

⁶⁷ BSK StGB-RIKLIN (FN 54), Art. 52 N 20.

⁶⁸ BSK StGB-RIKLIN (FN 54), Art. 52 N 19.

⁶⁹ BSK StGB-RIKLIN (FN 54), Art. 52 N 15.

⁷⁰ Siehe BSK StGB-RIKLIN (FN 54), Vor. Art. 52–55 N 36 f., Art. 52 N 37, Art. 53 N 50.

⁷¹ Botschaft (FN 10), S. 32.

⁷² BSK StGB-RIKLIN (FN 54), Art. 53 N 30.

nehmen deshalb in den konkreten Einzelfällen eine Güterabwägung vor und müssen auch die Interessen der Steuerzahler berücksichtigen.

3.6.6. Bürgschaftsgenossenschaft als Privatklägerin

[73] Ein Privatkläger tritt neben der Staatsanwaltschaft auf und verfügt über verschiedene Informations-, Mitwirkungs- und Kontrollrechte, wie etwa das Akteneinsichtsrecht, das Recht auf Stellung von Beweisanträgen und die Teilnahme an Verfahrenshandlungen sowie das Ergreifen von Rechtsmitteln.

[74] Die Covid-19-SBüV enthält keine Regelung zur Parteistellung der Bürgschaftsgenossenschaften. Die Parteistellung ist jedoch wichtig, um ein effizientes Missbrauchsregime zu implementieren. In den meisten Kantonen wurden die Bürgschaftsgenossenschaften in der Praxis denn auch als Privatklägerinnen zugelassen. Dies rechtfertigt sich insbesondere deshalb, weil gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein Vermögensschaden bereits vorliegt, «wenn das Vermögen in einem Masse gefährdet wird, dass es in seinem wirtschaftlichen Wert vermindert ist, d.h. wenn der Gefährdung im Rahmen einer sorgfältigen Bilanzierung durch Wertberichtigung oder Rückstellung Rechnung getragen werden muss».⁷³ Im System der Kreditgewährung nach der Covid-19-Solidarbürgschaftsverordnung hat der Bund der Gefährdung seines Vermögens im Rahmen einer sorgfältigen Bilanzierung durch Rückstellungen Rechnung zu tragen.⁷⁴ Mit anderen Worten ist letztlich der Bund geschädigte Person. Da die Bürgschaftsgenossenschaften gemäss Art. 15 Abs. 1 Covid-19-Solidarbürgschaftsverordnung bei Bürgschaftsverlusten alle Vorkehrungen zu treffen haben, welche zur Wiedereinbringung des Forderungsbetrags nötig sind, und ihnen das Treffen solcher Vorkehrungen nur möglich ist, wenn ihnen das hierfür erforderliche Instrumentarium offensteht, ist ihnen als Statthalterinnen bzw. Erfüllungsgehilfinnen des Bundes Privatklägerstellung zuzuerkennen. Die Bürgschaftsgenossenschaften müssen die ihr vom Bund übertragenen öffentlichen Aufgaben im Zusammenhang mit der Missbrauchsbekämpfung unabhängig davon wahrnehmen können, ob eine Honorierung der kreditgebenden Bank bereits erfolgt ist. Wurde diese von den Bürgschaftsgenossenschaften bereits befriedigt, sind letztere gestützt auf Art. 121 Abs. 2 StPO i.V.m. Art. 507 Abs. 1 OR jedenfalls zur Zivilklage berechtigt. Die Stellung als Privatklägerin lässt sich auch aus Art. 18a Covid-19-SBüV herleiten, wonach die Organe sowie alle mit der Geschäftsführung befassten Personen u.a. gegenüber der Bürgschaftsorganisation persönlich und solidarisch für den Schaden verantwortlich sind.

[75] In Art. 5 Abs. 2 lit. c E-Covid-19-SBüG ist vorgesehen, dass sich die Bürgschaftsorganisationen in Strafverfahren «als Privatklägerinnen konstituieren können und sämtliche damit verbundenen Rechte und Pflichten haben». Gemäss Botschaft haben die Bürgschaftsorganisationen eine uneingeschränkte Parteistellung als Privatklägerinnen zur Wahrung der Interessen des Bundes nach Art. 118 ff. StPO. Diese Möglichkeit besteht auch in Strafverfahren, die vor der formellen Ziehung oder Honorierung der Bürgschaft durchgeführt werden.⁷⁵

⁷³ BGer 6B_150/2017 vom 11. Januar 2018 E. 3.2.

⁷⁴ Vgl. JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL/JUG-HÖHENER (FN 48), Rz. 25 ff.

⁷⁵ Botschaft (FN 10), S. 32.

3.6.7. Umstrukturierungen

[76] Umstrukturierungen sind in der Covid-19-SBüV nicht geregelt. Gemäss Ziff. 12 der Kreditvereinbarung darf der Kreditnehmer seine Rechte und Pflichten unter der Kreditvereinbarung weder abtreten noch sonst wie übertragen. Da das Verhältnis zwischen der verbotenen Verwendung der Covid-19-Kredite, dem Obligationenrecht und dem Fusionsgesetz (FusG) Fragen aufgeworfen hat, musste eine Praxis entwickelt werden. Die Praxis wurde in den Leitlinien zum Umgang mit Covid-19-Krediten der Schweizerischen Bankiervereinigung festgehalten:⁷⁶ Grundsätzlich darf der Kreditnehmer die Rechte und Pflichten aus dem Kreditverhältnis nicht übertragen. Zulässig ist mit Zustimmung der Kreditgeberin hingegen die Übertragung im Rahmen einer *Umstrukturierung nach dem FusG*, sofern sie mit der Übertragung sämtlicher Aktiven und Passiven oder zumindest des wesentlichen Teils des Kreditnehmers oder mit einer Umwandlung des Kreditnehmers verbunden ist.⁷⁷ Begründet wird dies damit, dass das Fusionsgesetz zum Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger bei jeder Umstrukturierung flankierende Massnahmen vorsieht (insbesondere Art. 6, 25 f., 45–48, 68, 75 FusG). Zudem wird jede Umstrukturierung ins Handelsregister eingetragen (Art. 21, 51, 66, 73 FusG). Der Handelsregistereintrag und die gesetzlich vorgesehenen Belege sind öffentlich zugänglich (Art. 10 HRegV). Ein nach Fusionsgesetz umstrukturierter Kreditnehmer mit Sitz in der Schweiz kann Vertragspartei mehrerer Kreditvereinbarungen gemäss Covid-19-SBüV sein. Mit dem Zweck der Covid-19-Solidarbürgschaftsverordnung nicht vereinbar und unzulässig sind dagegen Umstrukturierungen, die der Übertragung von Aktiven und Passiven des Kreditnehmers ins Ausland dienen.⁷⁸ Singularsukzessionen zur Übertragung von Rechten und Pflichten aus dem Kreditverhältnis, z.B. mittels Zessionen nach Art. 164 OR sind ebenso nach bisheriger Praxis unzulässig. Dies entspricht insbesondere der Ziff. 12 der Kreditvereinbarung im Anhang 2 der Covid-19-Solidarbürgschaftsverordnung, die solche Arten von Abtretungen unterbindet.

[77] In Art. 2 Abs. 4 E-Covid-19-SBüG schlägt der Bundesrat nun eine Regelung vor, die weitgehend der bisherigen Praxis entspricht. Die Bürgschaftsorganisationen müssen schriftlich oder elektronisch über die Umstrukturierung informiert werden. Ihre schriftliche Zustimmung ist jedoch nicht mehr erforderlich.⁷⁹ Gemäss Botschaft des Bundesrates sind Singularsukzessionen zur Übertragung von Rechten und Pflichten aus dem Kreditverhältnis weiterhin unzulässig.⁸⁰

4. De lege ferenda: Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetz (E-Covid-19-SBüG)

4.1. Systematik

[78] Das Covid-19-Kreditbürgschaftssystem kann in drei Phasen unterteilt werden:⁸¹

⁷⁶ Leitlinien zum Umgang mit COVID-19-Krediten der SBVg, Stand vom 9. September 2020 (zit. Leitlinien SBVg), Ziff. 19.

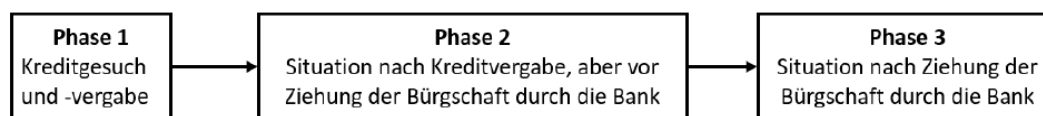
⁷⁷ Leitlinien SBVg (FN 76), Ziff. 19.

⁷⁸ Leitlinien SBVg (FN 76), Ziff. 19.

⁷⁹ Botschaft (FN 10), S. 29.

⁸⁰ Botschaft (FN 10), S. 28.

⁸¹ Botschaft (FN 10), S. 13.



[79] Covid-19-Kredite konnten nur bis am 31. Juli 2020 verlangt werden (Art. 11 Abs. 1 Covid-19-SBüV). Damit ist die *Phase 1* bei Inkrafttreten des SBüG bereits abgeschlossen. Entsprechend müssen die Bestimmungen für die Kreditgenehmigung nicht ins ordentliche Recht überführt werden. Für die materiell-rechtliche Beurteilung der Phase 1 bleibt das dannzumal geltende Recht relevant, d. h. die Covid-19-SBüV mit ihren Anhängen.⁸²

[80] Auch für die *Phasen 2 und 3* hat die Covid-19-SBüV nach wie vor Bedeutung und zwar im Sinne der Kontinuität: Erstens sollen die wesentlichen Elemente des gewählten Kredit-Bürgschaftsystems (Banken – SNB – Bürgschaftsorganisationen) bestehen bleiben. Damit soll zweitens Rechtssicherheit geschaffen werden, denn bei Veränderung wichtiger Parameter und dementsprechender Vertragsanpassungen drohten je nachdem Tausende vorzeitiger Kündigungen durch die Banken oder Tausende von Konkursen von Unternehmen, beides mit entsprechender Folge für die Bürgschaftsgenossenschaften/Steuerzahler und beides volkswirtschaftlich und politisch unerwünscht. Drittens ist diese Kontinuität auch im Lichte der späteren Rechtsanwendung relevant, so etwa bei der Beurteilung von allfälligen Sorgfaltspflichtverletzungen der Banken,⁸³ Missbrauchsfällen der Kreditnehmer beim Kreditbezug oder in Bezug auf die Flexibilität der Bürgschaftsgenossenschaften bei der Bewirtschaftung der Bürgschaften (Verlängerungsmöglichkeiten, Rangrücktritte, Kostenbeteiligungen).

[81] Die Bestimmungen des E-Covid-19-SBüG können systematisch wie folgt unterteilt werden:

[82] Der Fokus liegt auf den Aspekten von Phasen 2 und 3: Bewirtschaftung der auf die Bürgschaftsgenossenschaften übergegangenen Forderungen, vorzeitige Honorierung der Bürgschaft, Rangrücktritte sowie (Verwendungs-) Missbrauchsverhinderung und -bekämpfung.

[83] Zusätzlich werden die nach wie vor aktuellen Regelungen aus der Covid-19-SBüV ins ordentliche Recht überführt: Dauer der Bürgschaft; Amortisation und Zinsen; Rechte und Pflichten der Bürgschaftsorganisation; Daten- und Informationsaustausch; vereinfachte Übertragung der Kreditforderungen an die Schweizerische Nationalbank (SNB) zum Zweck der Refinanzierung; Haftung der geschäftsführenden Organe; Strafbestimmung; Recht zur Strafanzeige; beschränkte Abweichung vom Kreditvergabeverbot für die PostFinance AG.

4.2. Überblick

[84] Während sich der SBüG-Entwurf formell und systematisch von der SBüV unterscheidet, gibt es nur geringe materielle Unterschiede.

[85] Die für die *Kreditnehmer* wesentlichen Regelungen sind stichwortartig die Folgenden:

⁸² Dazu auch die Erläuterungen EFV Covid-19-SBüV (FN 16).

⁸³ Z.B. führen der hohe Zeitdruck und der Kreditzweck (in dubio pro Liquidität) zu einer Reduktion des Sorgfaltsmassstabs.

[86] *Zweck* (Art. 2 E-Covid-19-SBüG): Verwendungsverbote grundsätzlich wie bisher, insbesondere auch das Verbot von Einlagen in Cash Pools; Klarstellung, dass Bedienung von at arm's length Darlehen, welche vor Abschluss des Covid-19-Kredits bestanden, möglich sind, ebenso wie neu die Verwendung von Covid-19-Krediten für Investitionen.

[87] *Dauer und Amortisation* (Art. 3 E-Covid-19-SBüG): Fünf Jahre, in erheblichen Härtefällen und gestützt auf einen Amortisationsplan bis max. auf zehn Jahre verlängerbar, sofern voraussichtlich die finanziellen Risiken des Bundes reduziert werden.

[88] *Zinssatz* (Art. 4 E-Covid-19-SBüG): Bis 31. März 2021 0 % (für Covid-19-Kredite) und 0.5 % (für Covid-19-Kredite Plus); anschliessend jährliche Festlegung durch den Bundesrat auf Antrag des EFD nach Anhörung der Banken.

[89] *Rangrücktritt/Vorzeitige Honorierung* (Art. 7 E-Covid-19-SBüG): Unter den Voraussetzungen, dass ein Sanierungs- oder Liquidationsplan vorliegt, eine Opfersymmetrie umgesetzt wird, dem Unternehmen Neugeld zufließt und der Bund durch die Massnahme sein Risiko voraussichtlich reduzieren kann, kann die Bürgschaftsorganisation einem Rangrücktritt oder einer vorzeitigen Honorierung der Bürgschaft zustimmen.

[90] *Kapitalverlust/Überschuldung* (Art. 24 E-Covid-19-SBüG): Covid-19-Kredite werden bei der Berechnung des Kapitalverlusts und der Überschuldung nach Art. 725 OR während der gesamten Laufdauer des Kredits nicht als Fremdkapital des Unternehmens berücksichtigt, während sie aus Sicht der Rechnungslegung Fremdkapital sind und bleiben.

[91] *Haftung* (Art. 22 E-Covid-19-SBüG): Solidarische, persönliche Haftung der obersten Verwaltungs- oder Leitungsorgane sowie aller mit der Geschäftsführung oder Liquidation der Kreditnehmer befassten Personen und damit Klarstellung, dass Organe ohne solche Funktion (Revisionsstelle, GV) nicht haften.

[92] Art. 22 E-Covid-19-SBüG schafft eine besondere Haftungsregelung, welche die im Gesellschaftsrecht vorgesehene Verantwortlichkeitsklage ergänzt.⁸⁴

[93] *Strafbestimmung* (Art. 25 E-Covid-19-SBüG): Übernahme der Bestimmung gemäss Art. 23 SBüV, somit auch Verzicht auf einen Fahrlässigkeitstatbestand; Verjährungsbestimmung neu 7 Jahre für Widerhandlungen gegen das SBüG und gegen die SBüV sowie Klarstellung der Strafanzeigeberechtigung des SECO und der Bürgschaftsgenossenschaften; die Parteistellung wird den Bürgschaftsgenossenschaften in Art. 5 Abs. 2 lit. c E-Covid-19-SBüG ausdrücklich eingeräumt.

[94] *Aufgaben der Revisionsstelle* (Art. 23 E-Covid-19-SBüG): Stellt die Revisionsstelle im Rahmen ihrer Revision der Jahres- oder Konzernrechnung eine Verletzung des Verwendungsverbots fest, setzt sie dem Unternehmen eine angemessene Frist zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustandes; verstreicht diese ungenutzt, muss die Revisionsstelle die Bürgschaftsgenossenschaft informieren. Der Revisionsstelle wird grundsätzlich keine Pflicht auferlegt, zusätzliche Prüfungshandlungen vorzunehmen, die über diejenigen hinausgehen, die gemäss Selbstregulierung zu tä-

⁸⁴ Der Anwendungsbereich dieser Sonderregelung beschränkt sich materiell auf die unzulässige Verwendung der verbürgten Kredite. Eine Verletzung von Art. 2 Abs. 2 E-Covid-19-SBüG stellt jedoch auch eine Verletzung der Sorgfaltspflicht der Organe oder der Personen dar, die mit der Geschäftsführung und der Liquidation der Gesellschaft befasst sind. Daher ist unseres Erachtens ein Zusammentreffen der im Spezialgesetz und in den Bestimmungen des OR vorgesehenen Klagen anzunehmen. Die ergänzende und sinngemässe Anwendung von Art. 754 ff. OR kann auch insofern gerechtfertigt sein, als dass das durch E-Covid-19-SBüG etablierte System summarisch ist und Fragen offen lassen kann (so auch: SCHENKER/CHERNAYA [FN 18], S. 18).

tigen sind.⁸⁵ Es bestehen unterschiedliche Meinungen zur Frage, ob die gemäss Standes- und Berufsregeln nötigen Prüfungshandlungen geeignet sind, potentielle Missbräuche aufzudecken.⁸⁶ Abgesehen davon wird diese Regelung voraussichtlich nur eine kleine Minderheit der Kreditnehmer (schätzungsweise 10–15 %) betreffen, weil die kleinen Gesellschaften von der Möglichkeit eines Opting-Out gemäss Art. 727a Abs. 2 OR Gebrauch gemacht und auf eine Revisionsstelle verzichtet haben.

[95] *Aufgaben der Bürgschaftsgenossenschaften* (Art. 5 E-Covid-19-SBüG): Festlegung der Rechte – inklusive der explizit eingeräumten Parteistellung in Strafverfahren – und Pflichten der Bürgschaftsorganisationen und ihres Handlungsspielraums für die Verwaltung, Überwachung, Abwicklung der Bürgschaften und für die Verhinderung, Bekämpfung und Verfolgung des Missbrauchs.

[96] *Vertrag zwischen Bund und Bürgschaftsgenossenschaften* (Art. 6 E-Covid-19-SBüG): Gegenstand des öffentlich-rechtlichen Vertrags, der zwischen WBF und jeder Bürgschaftsorganisation abgeschlossen wird, sind Leistungen und Entschädigung, Berichterstattung und Abrechnung, Informationspflichten und Datenverwendung sowie Leitlinien für die Bewirtschaftung (z.B. Voraussetzungen für die Zustimmung zu einem Rangrücktritt) und für die Missbrauchsbekämpfung (z.B. Pflicht zur oder den Verzicht auf Strafanzeige).

[97] *Bewirtschaftung der übergebenen Forderungen* (Art. 8 E-Covid-19-SBüG): Oberstes Ziel ist die möglichst vollständige Wiedereinbringung der auf die Bürgschaftsgenossenschaft übergebenen Forderung, wozu sie alle notwendigen Vorkehren treffen soll; ist die volle Einbringung nicht möglich, wird der Bürgschaftsorganisation eine Palette von Massnahmen zur Verfügung gestellt, um den Ausfall zu minimieren: Rangrücktritt, Teilverzicht, Kostenbeteiligung (bis CHF 100'000), Zustimmung zu einem Nachlassvertrag und – als ultima ratio – Verzicht auf die Geltendmachung der Forderung unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips; «Kann»-Vorschrift des Bundesrats zur Durchsetzung einer einheitlichen Praxis.

[98] *Verhinderung, Bekämpfung und Verfolgung von Missbrauch* (Art. 10 E-Covid-19-SBüG): Pflicht zur engen Zusammenarbeit von WBF mit EFD, EFK, weiteren Bundesstellen, den Kantonen und den Bürgschaftsorganisationen bei der Missbrauchsbekämpfung.

[99] *Informations- und Datenaustausch* (Art. 11 E-Covid-19-SBüG): Grundsätze der Datenbearbeitung zum Zweck der Kreditabwicklung, Übernahme ins ordentliche Recht, wonach das Bankkunden-, Steuer-, Revisions- oder Amtsgeheimnis gegen die Bearbeitung, Verknüpfung und Bekanntgabe der Personendaten und Informationen nicht geltend gemacht werden kann.

⁸⁵ Botschaft (FN 10), S. 49.

⁸⁶ Im Falle einer verbotenen Dividendenausschüttung ist dies u.E. zu bejahen, weil die Revisionsstelle sich sowohl im Rahmen der ordentlichen als auch der eingeschränkten Revision zum Antrag des Verwaltungsrats an die Generalversammlung über die Verwendung des Bilanzgewinnes äussert, den Antrag also prüfen muss. Ein Antrag des Verwaltungsrats, trotz verbürgtem Kredit eine Dividende auszuschütten, ist u.E. nicht gesetzeskonform (gl. M. EXPERTsuisse, Abschlussprüfung, S. 4; Treuhand Suisse, Fragen und Antworten zur eingeschränkten Revision, 15. April 2020, S. 4, <https://www.treuhandswissse.ch> Publikationen Aktuelle Infos zum Coronavirus [besucht am 18. September 2020]). Bei den anderen Arten von Verwendungsmissbrauch (Gewährung von Aktivdarlehen, Rückzahlung von Aktionärs- oder Gruppendarlehen, Übertragung der Gelder an verbundene Gruppengesellschaften ausserhalb der Schweiz) stellt sich die Frage, ob die Kontrolle dieser Geldflüsse Gegenstand der Prüfung durch die Revisionsstelle ist, was der Branchenverband EXPERTsuisse verneint. Dem könnte man entgegenhalten, dass sich die Revisionsstelle im Rahmen der pflichtgemässen Prüfung der Fortführungsfähigkeit mit der Frage des (Weiter-)Bestandes des verbürgten Kredits beschäftigen muss, was die Möglichkeit der Kündigung des Kredits wegen Missbrauchs einschliesst und das Thema von Art. 23 E-Covid-19-SBüG ist.

[100] *Verlusttragung* (Art. 13 ff. E-Covid-19-SBüG): Verluste und Verwaltungskosten der Bürgschaftsgenossenschaften werden materiell durch den Bund getragen; entsprechend gehen die durch die Bürgschaftsgenossenschaft später teilweise oder ganz eingetribenen Forderungen ebenfalls an den Bund.

[101] *Refinanzierung* (Art. 19 ff. E-Covid-19-SBüG): Die Banken sollen weiterhin die Möglichkeit haben, ihre Kreditforderungen der SNB zum Zweck der Refinanzierung zu übertragen; um der grossen Anzahl der Abtretung und Rückübertragung von Forderungen Rechnung zu tragen, wird auf das Formerfordernis der Schriftlichkeit verzichtet.

[102] *Inkrafttreten und Geltungsdauer* (Art. 28 E-Covid-19-SBüG): Die ursprünglich auf sechs Monate befristete Covid-19-SBüV wird bis zum Inkrafttreten des Covid-19-SBüG verlängert, um Lücken zu verhindern. Das Inkrafttreten ist – vorbehaltlich der Beratung beider Räte im Dezember 2020 – auf den 1. Januar 2021 geplant. Das Gesetz selber soll auf den 31. Dezember 2032 befristet werden.

4.3. Würdigung

4.3.1. Grundsätzliches

[103] Der Entwurf des Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetzes enthält u.E. alle notwendigen Instrumente, um einerseits die gesetzten Ziele (rasche Liquiditätshilfen an Schweizer KMU) zu erreichen und diese nicht durch zusätzliche Regeln nach Auszahlung der Kredite zu erschweren und um andererseits einen möglichst hohen Anteil der Solidarbürgschaften wieder einzubringen (durch sachgerechte Bewirtschaftungs- und Missbrauchsbekämpfungsmassnahmen) und dies ebenfalls nicht durch systematische Ausnahmen und Erleichterungen zu verhindern.

[104] Ein zentraler Aspekt für die Zielerreichung ist das Konzept der *Härtefall-Lösungen im Einzelfall für an sich überlebensfähige Unternehmen*, das folgende Elemente enthält: Erstens die Verlängerung der Amortisationsfrist um maximal fünf Jahre; zweitens die vorzeitige Honorierung der Bürgschaft im Einvernehmen mit der kreditgebenden Bank (was dann von Bedeutung ist, wenn die Kreditgeberin das Kreditverhältnis auflösen möchte, was u.U. Zahlungsunfähigkeit des Kreditnehmers verursachen könnte) und drittens die Möglichkeit der Bürgschaftsgenossenschaften, ganz oder teilweise auf die Geltendmachung der Forderung zu verzichten und sich unter bestimmten Voraussetzung an Sanierungen zu beteiligen durch Kostenübernahmen, Abschluss von Nachlassverträgen und Rangrücktrittserklärungen. Durch den Eingriff in die Berechnung des Aktivenüberschusses⁸⁷ konnte der Bund den betroffenen KMU eine Entlastung auch in Bezug auf ihre Bilanz verschaffen, ohne dass sich damit seine Stellung im Falle des Konkurses des Kreditnehmers verschlechtert hätte. Die gesetzlich gewährte Erleichterung trifft daher im Konkursfall des Kreditnehmers auch die übrigen Gläubiger, die allenfalls weniger für ihre Forderungen erhalten. Ob dies zu einer effektiven Schlechterstellung der Gläubiger führt oder gerade den gegenteiligen Effekt hat, indem weniger Konkurse eröffnet werden, wird sich zeigen.⁸⁸ Die Tatsache, dass

⁸⁷ Covid-19 Kredite bis CHF 500'000 dürfen gemäss Art. 24 E-Covid-19-SBüG bei der Berechnung des Aktivenüberschusses (Aktiven abzüglich Fremdkapital) vom Fremdkapital ausgeklammert werden. Rechnerisch steigt dadurch der Aktivenüberschuss, indem von gleichbleibenden Aktiven weniger Fremdkapital abgezogen wird. Mit grösstem Aktivenüberschuss werden die Schwellenwerte für die Handlungspflichten des Verwaltungsrates (Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven, respektive Null) später erreicht.

⁸⁸ Botschaft (FN 10), S. 50.

rund 46'000 Kreditnehmer im rechtlichen Inkasso der Steuerverwaltung erfasst sind und gegen 7'000 Firmen wegen säumigen Steuerzahlungen bereits eine Betreuung eingeleitet wurde, deutet schon auf eine (vorbestehende) schlechte Bonität vieler Kreditnehmer hin.⁸⁹ Dass durch Covid-19-Kredite finanzielle Probleme der Kreditnehmer, die schon vor der Covid-19-Krise bestanden, nicht aus der Welt geschafft werden können, versteht sich von selbst und ist auch nicht Aufgabe des Staates.⁹⁰

[105] Die Instrumente der Missbrauchsbekämpfung basierten bisher auf der Notverordnung und konnten in der Praxis bereits umgesetzt und getestet werden. Sie haben sich grundsätzlich als griffig erwiesen, weshalb sie ins ordentliche Recht überführt wurden. Den Bürgschaftsgenossenschaften kommt bei der Missbrauchsbekämpfung eine zentrale Rolle zu, folgerichtig sollen sie gemäss E-Covid-19-SBüG ausdrücklich Parteistellung im Strafverfahren erhalten. Der partielle Verzicht auf die Aufhebung des Informationsverbots nach Art. 10a GwG reduziert demgegenüber die Effizienz in der Bürgschaftsbewirtschaftung und Missbrauchsbekämpfung, was zu bedauern ist. Die Bekämpfung von Missbräuchen darf nicht dazu führen, dass die Entwicklung eines Unternehmens mit einem Covid-19-Kredit eingeschränkt bzw. auf Investitionen und Innovationen verzichtet wird. Entsprechend führt Art. 2 E-Covid-19-SBüG das Verbot von Neuinvestitionen nicht weiter und erlaubt die Übertragung der Covid-19-Kredite im Rahmen einer Umstrukturierung nach dem Fusionsgesetz, sofern sie mit der Übertragung sämtlicher Aktiven und Passiven oder zumindest wesentlichen Teilen des Unternehmens oder mit einer Umwandlung verbunden ist. Damit scheinen eine Übernahme eines Vermögens oder eines Geschäfts nach Art. 181 OR (sog. «Asset Deals») und Vermögensübertragungen von Einzelunternehmen, die nicht im Handelsregister eingetragen sind und damit nicht nach FusG erfolgen, von dieser neuen Regelung ausgenommen zu sein; es wäre begrüssenswert, wenn diese beiden Sachverhalte im Rahmen der Gesetzesberatung auch noch ausdrücklich als zulässig bezeichnet würden.

4.3.2. Regelungsverzicht

[106] In Zeiten abundanter Regulierung ist festzustellen, dass sich die Covid-19-Solidarbürgschaftsregeln in Bezug auf Klarheit und Kürze wohltuend von anderen Regulierungen – auch und gerade solche unter ordentlichem Recht – abheben. Dass die Covid-19-SBüV zweckmässig, austariert und sachgerecht war, zeigt sich erstens darin, dass die überwiegende Mehrheit der Vernehmlassungsantworten positiv ausfiel und zweitens, dass nur wenige materiell-rechtliche Anpassungen im E-Covid-19-SBüG vorgenommen wurden. Entsprechend ist vorweg zu würdigen, was der Gesetzesentwurf *nicht* enthält:

[107] *Keine à fonds perdu-Beiträge für Branchen:* In der Öffentlichkeit und von einzelnen Teilnehmenden an der Vernehmlassung wurden à fonds perdu-Beiträge für ganze Branchen statt rückzahlbare Darlehen gefordert. Dieser Forderung ist der Bundesrat nicht gefolgt, weil Branchenlösungen unfair seien gegenüber denjenigen Unternehmen, die keine Covid-19-Kredite beantragt haben, nicht alle Unternehmen in einer Branche gleich betroffen seien und Fehlanreize zur Folge hätten, die den Strukturwandel behindern würden.⁹¹ Dieser Argumentation ist des-

⁸⁹ Covid-19 Prüfungen, Dritter Zwischenbericht der Eidgenössischen Finanzkontrolle vom 31. Juli 2020, S. 40.

⁹⁰ Vgl. auch Botschaft (FN 10), S. 2.

⁹¹ Botschaft (FN 10), S. 17.

halb zuzustimmen, weil die Vorlage eine einzelfallgerechte Härtefallregelung sehr wohl vorsieht (siehe dazu oben).

[108] *Kein Verbot variabler Lohnbestandteile (Bonus)*: Der Bundesrat ist der Ansicht, dass ein generelles Bonusverbot einen unverhältnismässigen Eingriff in die interne Unternehmensorganisation darstellen und heikle arbeitsrechtliche Fragen aufwerfen würde.⁹² Umso mehr als hohe Bonifikationen in KMU eher die Ausnahme darstellen. Dazu kommt, dass Boni auch ohne Regelung im SBüG basierend auf das Rechtsmissbrauchsverbot von Art. 2 Abs. 2 ZGB unzulässig wären, wenn sie eindeutig zur Umgehung der Verwendungsverbote von Art. 2 E-Covid-19-SBüG eingesetzt würden.

[109] *Keine Fristverlängerung*: Die von einzelnen Teilnehmenden der Vernehmlassung geforderte Fristverlängerung für die Einreichung von Kreditgesuchen über den 31. Juli 2020 fand zurecht keinen Eingang in den Entwurf; eine solche hätte dem Nothilfecharakter widersprochen und wäre unnötig gewesen, denn der Bedarf an Liquidität nahm zwischen Mai und Juli ab – so stark, dass nicht einmal die zweite Tranche von CHF 20 Mrd. benötigt wurde. Würde ein zweiter Lockdown verhängt, müsste u.E. die Lage allerdings neu beurteilt werden.

[110] *Keine Fixierung des Zinssatzes auf 0.0 Prozent*: Damit wird die notwendige Flexibilität geschaffen, um auf ein verändertes Zinsumfeld zu reagieren und kontraproduktive Effekte zu verhindern, denn sonst würden die kreditgebenden Banken den Amortisationsdruck auf die Kreditnehmer bei steigenden Zinsen erhöhen, womit das Konkurs- und Ausfallsrisiko ebenso zunähme.

[111] *Keine Veröffentlichung individueller Daten*: Würde dieser Forderung des EDÖB nachgegeben, führte dies zu einer unerwünschten Aufweichung der Privatsphäre; die Veröffentlichung von aggregierten Daten reicht für die Bedürfnisse der Öffentlichkeit aus.

[112] *Keine Erweiterung der Strafbarkeit*: Durch den Verzicht auf die Erweiterung der Strafbarkeit (z.B. der Fahrlässigkeit) wurde sowohl der Rechtssicherheit als auch den hektischen und neuen Umständen Rechnung getragen.

[113] *Keine Ergänzung des Anhangs zur Jahresrechnung und keine flächendeckenden Prüfungen*: Im Anhang zur Jahresrechnung Aussagen über die Verwendung der Covid-19-Kredite zu machen, wie das teilweise gefordert wurde, scheidet an der Tatsache, dass erstens Einzelunternehmen und Personengesellschaften, die weniger als CHF 500'000 Umsatz erzielen, gar keine Jahresrechnung mit Anhang erstellen müssen (Art. 957 Abs. 2 OR) und zweitens die Bürgschaftsorganisationen die Jahresrechnungen aller Kreditnehmer hätten einverlangen und sichten müssen. Die flächendeckende Prüfung aller Kreditnehmer im Fall einer zeitlich befristeten und einmaligen Darlehensgewährung erscheint unverhältnismässig im Lichte der bisher überwiegenden Deklarationsehrlichkeit bzw. relativ geringen Missbrauchsvolumen.

4.3.3. Regelungs- bzw. Klärungsbedarf

[114] Zusätzlich zu den im letzten Abschnitt von Ziff. 4.3.1. oben erwähnten Punkten gibt es für die praktische Umsetzung des neuen Gesetzes und im Hinblick auf möglichst grosse und rasche Rechtssicherheit für die betroffenen Parteien Klärungsbedarf in Bezug auf einige unbestimmte Rechtsbegriffe. Gesetzestechnisch kann dies aufgrund des Detaillierungsgrades ohne Weite-

⁹² Botschaft (FN 10), S. 25.

res durch einen Hinweis zuhanden der Materialien erfolgen; explizite Gesetzesanpassungen sind nicht erforderlich.

[115] *Ausschüttungsverbot*: Art. 2 Abs. 2a E-Covid-19-SBüG verbietet die Ausschüttung in allen Formen von Eigenmitteln wie Dividenden, Kapitaleinlagen und Tantiemen; der Begriff der Ausschüttung ist *weit auszulegen*, umfasst somit auch verschleierte Formen wie verdeckte Dividenden, verdeckte Rückerstattung von Einlagen oder alle anderen Formen von geldwerten Leistungen ohne gleichwertige Gegenleistung (z. B. niedrige, ausserhalb des Marktes gewährte Mietzinse, überhöhte und steuerlich nicht anerkannte management fees oder bei Einzelfirmen Erhöhung des in den vorangehenden Geschäftsjahren üblichen Lohns/Privatentnahme).⁹³ Es stellt sich zudem die Frage, ob eine Dividende (zulässigerweise) beschlossen, aber nicht ausgeschüttet werden kann. Nach dem Wortlaut und dem erklärten Zweck des Gesetzes scheint sich das Verbot auf die Fälle der Ausschüttung (distribution) und damit auf den Abfluss liquider Mittel zu beschränken. Unter diesem Gesichtspunkt erschiene die Genehmigung einer nicht ausgeschütteten Dividende als zulässig. Durch den Beschluss einer Dividende wird aber in jedem Fall das Eigenkapital verkleinert, was im Widerspruch zu Art. 24 E-Covid-19-SBüG steht, wonach Covid-19-Kredite bei der Berechnung des Kapitalverlusts/Überschuldung nicht berücksichtigt werden und so faktisch das Eigenkapital erhöhen. Eine Klärung drängt sich angesichts der praktischen Relevanz der Frage auf.

[116] *Darlehen und Rückzahlung*: Art. 2 Abs. 2 lit. b E-Covid-19-SBüG verbietet die Gewährung von Darlehen oder die Rückzahlung⁹⁴ von Darlehen von Gesellschafterinnen und Gesellschaftern oder von nahestehenden Personen.⁹⁵ Der Begriff des Darlehens umfasst nicht die Schenkung oder die à fonds perdu-Finanzierung.⁹⁶ Es wäre wünschenswert, dass der Gesetzgeber den Begriff auf diese Fälle ausweitet, auch wenn das Rechtsmissbrauchsverbot vorbehalten bleibt. Das Verbot von Darlehen führt sodann zum Ausschluss jeglicher Form von Einlagen eines Kreditnehmers auf ein Cash-Pool-Konto. Solche Einlagen, die in der Regel aus Überschussliquidität finanziert werden, werden buchhalterisch als Darlehen qualifiziert (sofern es sich nicht um eine vorbestehende Pflicht zur Rückerstattung von Einlagen handelt, die gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. b in fine zulässig ist) und damit nicht gleich behandelt wie Bankkredite, was u.E. nicht sachgerecht ist:⁹⁷ So wäre es zulässig, den Covid-19-Kredit für Einlagen auf ein Bankkonto oder sogar für die Rückzahlung eines vorbestehenden Kredits bei der Bank zu verwenden, wenn dieser Kredit von der Bank ausserordentlich gekündigt wurde, sofern es sich nicht um eine Umschuldung bestehender Kredite handelt.⁹⁸

⁹³ Vgl. insbesondere die Beispiele bei CR CO II-CHENAUX/GACHET, Art. 678 OR N 28 ff., in: Pierre Tercier/Marc Amstutz/Rita Trigo Trindade (Hrsg.), *Commentaire romand, Code des obligations II*, 2. Aufl., Basel 2017 (zit. CR CO II-AUTOR/IN); BSK OR II-VOGT, Art. 678 OR N 12 ff., in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht II*, 5. Aufl., Basel 2016.

⁹⁴ Auf die Begriffe des Aktiv- bzw. Privatdarlehens wird neu verzichtet, da sie gemäss Vernehmlassung in der Praxis offenbar zu Auslegungsproblemen geführt haben (Botschaft, S. 26).

⁹⁵ Als nahestehende Person betrachtet die Rechtsprechung eine natürliche oder juristische Person, die zu den Gesellschaftern enge wirtschaftliche oder persönliche, beispielweise verwandtschaftliche Beziehungen unterhält (vgl. CR CO II-CHENAUX/GACHET [FN 93], Art. 678 OR N 19 ff.; vgl. auch BGer 2C_16/2015 vom 6. August 2015 E. 2.3.2; auch BGE 138 II 57 E. 2.3 und BGE 138 II 545 E. 3.4).

⁹⁶ Nicht unter das Verbot der Gewährung neuer Darlehen fällt die Zahlung des Ausgabetrags für Gesellschaftsanteile, insbesondere bei der Liberierung von Aktien im Rahmen einer Kapitalerhöhung (Botschaft [FN 10], S. 26).

⁹⁷ Botschaft (FN 10), S. 26.

⁹⁸ Botschaft (FN 10), S. 26.

[117] *Liquiditätsabfluss*: Art. 2 Abs. 2 lit. d E-Covid-19-SBüG schliesst jegliche Übertragung von durch eine Solidarbürgschaft gesicherten Mitteln auf eine Gruppengesellschaft mit Sitz im Ausland aus, die in irgendeiner Weise mit dem Kreditnehmer verbunden ist. Im Unterschied zu den Buchstaben a), b) und c) von Art. 2 E-Covid-19-SBüG bezieht sich Buchstabe d) ausdrücklich auf die Verwendung der Mittel aus den verbürgten Krediten und nicht auf die gesamte Liquidität des Unternehmens. Die Übertragung anderer liquider Vermögenswerte muss deshalb zulässig sein, wobei eine eindeutige Rückverfolgung (Tracing) der Herkunft der verwendeten Mittel erforderlich ist. Es stellt sich auch die Frage, ob das Verbot der Abflüsse ins Ausland nicht auch auf Einzelunternehmen ausgeweitet und jede Form der Übertragung von Mitteln aus dem Kredit ins Ausland ausgeschlossen werden sollte, sofern eine solche Übertragung nicht auf einer Transaktion zu Marktbedingungen beruht oder auf vorbestehenden Verpflichtungen beruht.

[118] *Bezugsmissbrauch*: Art. 23 E-Covid-19-SBüG umfasst nach dem Wortlaut nur Verwendungsmisbräuche gemäss Art. 2 Abs. 2 E-Covid-19-SBüG. Sogenannte Bezugsmissbräuche – Erlangen eines Kredits durch falsche Angaben im Kreditgesuch – sind nicht eingeschlossen und lösen daher prima vista keine Handlungspflicht der Revisionsstelle aus. Da ein unrechtmässig bezogener Kredit sachlogisch nicht ordnungsgemäss verwendet werden kann, erscheint es sachgerecht, den Anwendungsbereich von Art. 23 E-Covid-19-SBüG auch auf den *Bezugsmissbrauch* auszudehnen. Weil Art. 23 E-Covid-19-SBüG eine Massnahme zur Bekämpfung des Missbrauchs von verbürgten Krediten ist und der Missbrauch prinzipiell im unerlaubten Abfluss von Liquidität besteht, ist rasches Handeln erforderlich. Entsprechend ist der Begriff der «angemessenen» Frist eng auszulegen und sollte gemäss der hier vertretenen Meinung i.d.R. *zwei Wochen* nicht überschreiten, sonst wird diese Bestimmung inhaltsleer.

Dr. iur. BEAT BRECHBÜHL, LL.M, Rechtsanwalt und Managing Partner bei Kellerhals Carrard.

Prof. Dr. iur. JEAN-LUC CHENAUX, Rechtsanwalt und Partner bei Kellerhals Carrard.

Dr. iur. DANIEL LENGAUER, LL. M., Rechtsanwalt und Partner bei Kellerhals Carrard.

Prof. Dr. rer. pol. THOMAS NÖSBERGER, Certified Public Accountant und Konsulent bei Kellerhals Carrard.

Offenlegung der Interessenbindung: Kellerhals Carrard ist von den Bürgschaftsorganisationen mit der rechtlichen Vertretung im Rahmen der Missbrauchsbekämpfung betraut worden.