

Nadja Majid / Cristina Ess / Marc Jean-Richard-dit-Bressel

## **Erste Bundesgerichtsentscheide zur Missbrauchsbekämpfung im Zusammenhang mit Covid-19-Krediten**

---

Die Aufarbeitung der Missbrauchsfälle rund um die Covid-19-Kredite beschäftigt seit ca. Mai 2020 die Strafverfolgungsbehörden und verschärft schweizweit die Überlastung der Justiz. Vier Jahre später haben die ersten Fälle auch das Bundesgericht erreicht. Die Autoren befassen sich mit dem ersten Leitentscheid und einem zweiten Entscheid des Bundesgerichts zum Covid-19-Kreditmissbrauch und beleuchten die nun höchstrichterlich geklärten Rechtsfragen zum Covid-19-Kreditbetrug und zur Geschädigtenstellung der Bürgschaftsgenossenschaften.

---

Beitragsart: Urteilsbesprechungen

Rechtsgebiete: Strafrecht

Zitiervorschlag: Nadja Majid / Cristina Ess / Marc Jean-Richard-dit-Bressel, Erste Bundesgerichtsentscheide zur Missbrauchsbekämpfung im Zusammenhang mit Covid-19-Krediten, in: Jusletter 13. Januar 2025

## Inhaltsübersicht

1. Ausgangslage
2. Die Entscheide des Bundesgerichts
  - 2.1. Tessiner-Entscheid
    - 2.1.1. Sachverhalt
    - 2.1.2. Erwägungen des Bundesgerichts
  - 2.2. Luzerner-Entscheid
    - 2.2.1. Sachverhalt
    - 2.2.2. Erwägungen des Bundesgerichts
3. Anmerkungen
  - 3.1. Bundesgericht bestätigt das Vorliegen von Arglist
    - 3.1.1. Arglist im engeren Sinne
    - 3.1.2. Opfermitverantwortung
  - 3.2. Bundesgericht konkretisiert Voraussetzung der wirtschaftlichen Betroffenheit
    - 3.2.1. Allgemein
    - 3.2.2. Auswirkungen der Pandemie auf den Geschäftsbetrieb
    - 3.2.3. Finanzielle Schieflage vor der Pandemie
  - 3.3. Verbleibende Unklarheiten zum Schaden und zur geschädigten Person
    - 3.3.1. Geschädigte Person
    - 3.3.2. Schaden

### 1. Ausgangslage

[1] Am 20. März 2020 verabschiedete der Bundesrat ein Massnahmenpaket zur Abfederung der wirtschaftlichen Folgen des Coronavirus, nachdem nur wenige Tage zuvor die «ausserordentliche Lage» i.S.v. Art. 7 des Epidemiegesetzes ausgerufen worden war. Dieses hatte (unter anderem) zum Ziel, kleine und mittlere Unternehmen vor dem Konkurs infolge pandemiebedingter Liquiditätsengpässe zu bewahren. Mithilfe von Krediten als Soforthilfe sollte den KMU Liquidität zur Verfügung gestellt werden, damit diese trotz pandemiebedingter Einnahmeausfälle ihre laufenden Fixkosten decken konnten. Zu diesem Zweck wurde die Verordnung über die Gewährung von Krediten und Solidarbürgschaften im Zusammenhang mit dem Coronavirus (aCovid-19-SBüV) erlassen. Die Idee war, in einem raschen, einfachen und unbürokratischen Verfahren Zugang zu Liquidität in Form von automatisch mit Bürgschaften besicherten Krediten zu ermöglichen.<sup>1</sup>

[2] Einzelunternehmen, Personengesellschaften oder juristische Personen mit Sitz in der Schweiz konnten ein Förderprogramm in Anspruch nehmen und damit rasch einen durch eine Solidarbürgschaft gesicherten Bankkredit erhalten, sofern sie erklärten, vor dem 1. März 2020 gegründet worden zu sein, sich im Zeitpunkt der Antragstellung nicht in einem Konkurs-, Nachlassverfahren oder in Liquidation befunden zu haben, und infolge der Covid-19-Pandemie wirtschaftlich erheblichen beeinträchtigt zu sein sowie im Zeitpunkt der Antragstellung nicht bereits Liquiditätssicherungen nach den notrechtlichen Bestimmungen im Bereich Sport oder Kultur erhalten zu haben (vgl. Art. 3 Abs. 1 aCovid-19-SBüV). Zudem musste im Kreditantrag zugesichert werden, dass die Kreditmittel ausschliesslich zur Sicherung der laufenden Liquiditätsbedürfnisse

---

<sup>1</sup> Erläuterungen der Eidgenössischen Finanzverwaltung zur Covid-19-Solidarbürgschaftsverordnung vom 14. April 2020, S. 2 ff.; SABINE D'AMELIO-FAVEZ/MICHAEL MANZ, Notrechtliche Massnahmen – Covid-19-Solidarbürgschaftsverordnung, in: Kellerhals Carrard/Bürgschaftsgenossenschaften Schweiz (Hrsg.), Corona-Kredite für KMU, Umsetzung des Massnahmenpakets und Kommentierung des Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetzes (SBüG), Zürich/Basel/Genf 2021, S. 11 ff.

der Kreditnehmerin verwendet werden und dass während der Dauer der Solidarbürgschaft keine Aktivdarlehen gewährt, keine Privat- und Aktionärsdarlehen refinanziert, keine (verdeckten) Dividenden ausgeschüttet oder Kapitaleinlagen zurückerstattet werden. Die Kreditlimite richtete sich nach gemäss bestimmten Regeln zu deklarierenden Umsatzzahlen.

[3] Um der Dringlichkeit der Situation gerecht zu werden und einen raschen, unbürokratischen Zugang zu Bankkrediten zu gewährleisten, unterlag das Antragsprozedere einem vereinfachten, standardisierten Verfahren, das im Wesentlichen auf einer Selbstdeklaration des Kreditantragstellers beruhte. Dabei war man sich bewusst, dass dieses Vorgehen ein Missbrauchspotenzial barg.

[4] Seit Mai 2020 sind die Strafbehörden nun mit der Aufarbeitung und Missbrauchsbekämpfung beschäftigt. Auch das Bundesgericht musste sich nun vier Jahre später in den nachfolgend vorgestellten und kommentierten Entscheiden mit dem Covid-19-Kreditbetrug befassen.

## **2. Die Entscheide des Bundesgerichts**

### **2.1. Tessiner-Entscheid**

#### **2.1.1. Sachverhalt**

[5] Dem Entscheid des Bundesgerichts 6B\_271/2022 vom 11. März 2024<sup>2</sup> – nun BGE 150 IV 169 – lag folgender Sachverhalt zugrunde:

[6] A. hat am 26. März 2020 bei der Bank C. im Namen der Gesellschaft D., deren Aktionär und damals einziger Geschäftsführer er war, ein Covid-19-Kredittragsformular eingereicht, dabei einen fiktiven Umsatz in der Höhe von CHF 5.9 Mio. angegeben und einen Covid-19-Kredit in der Höhe von CHF 500'000 beantragt und erhalten. Dies, obwohl sich die Gutschriften auf dem Bankkonto der D. insgesamt auf lediglich (rund) CHF 936'000 beliefen.

[7] Am 22. April 2020 hat B. für seine Einzelunternehmung einen Covid-19-Kredit in der Höhe von CHF 80'000 bei der Bank C. beantragt. Im Covid-19-Kredittragsformular hat er einen fiktiven Umsatz in der Höhe von CHF 1.05 Mio. angegeben und der Bank C. auf deren Nachfrage hin eine Bilanz mit unwahren Daten für das Jahr 2019 beigelegt, aus der sich ein entsprechender Betriebsertrag ergab. Die Bank hat der Einzelunternehmung den Kredit gewährt und auf dem Konto von B. gutgeschrieben. Die Gutschriften im Jahr 2019 beliefen sich indes auf insgesamt lediglich (rund) EUR 400'000 und CHF 1'000.

[8] Im April 2020 kaufte B. von seinem Treuhänder die Gesellschaft E., die keinerlei Aktivität aufwies. Am 10. Juni 2020 hat er bei der Bank F. ein Konto eröffnet. In der Folge hat er gemeinsam mit A. ein Covid-19-Kredittragsformular für die E. ausgefüllt und einen Covid-19-Kredit in der Höhe von CHF 500'000 beantragt, wobei sich dieser Betrag auf einen frei erfundenen Umsatz in der Höhe von CHF 5.78 Mio. stützte. Auf Ersuchen der Bank F. hat B. eine Bilanz für das Jahr 2019 beigelegt, die von A. durch ein Informatikprogramm erstellt worden ist und aus der sich Betriebserträge in der Höhe von rund CHF 5.78 Mio. ergaben. In Wahrheit war die E. im Jahr 2019 inaktiv und erzielte im Jahr 2018 Erträge von lediglich (rund) CHF 10'800. Die Bank F. gewährte im Anschluss daran der E. den beantragten Kredit.

---

<sup>2</sup> Pra 113 [2024] Nr. 46.

[9] Auf Anweisung von B. und A. hat sodann G. am 28. Juli 2020 für die Gesellschaft H., deren alleiniger Geschäftsführer er war, bei der Bank C. einen Covid-19-Kredit in der Höhe von CHF 480'000 beantragt und dabei einen fiktiven Umsatz in der Höhe von CHF 5.35 Mio. angegeben. Auf Nachfrage der Bank C. wurde eine Bilanz für die Jahre 2019 und 2018 eingereicht, welche wahrheitswidrige Erträge in der Höhe von (rund) CHF 5.35 Mio. für das Jahr 2019 und (rund) CHF 2.4 Mio. für das Jahr 2018 auswies. In Wirklichkeit hatte die Gesellschaft H. keine Einnahmen generiert, sondern einen Verlust in der Höhe von (rund) CHF 20'000 erlitten. Die Bank C. gewährte im Anschluss daran der H. den beantragten Kredit.

[10] Das Strafgericht hat B. und A. des mehrfachen Betrugs und der mehrfachen Urkundenfälschung im Zusammenhang mit dem Bezug der Covid-19-Kredite für die Einzelunternehmung von B. und für die Gesellschaften E. und H. schuldig gesprochen. A. wurde darüber hinaus auch im Zusammenhang mit dem Covid-19-Kredit der Gesellschaft D. schuldig gesprochen.

[11] Am 21. Dezember 2021 hat das Appellationsgericht des Kantons Tessin die Berufungen von A. und B. sowie die Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft teilweise gutgeheissen. Es hat B. und A. vom Betrug im Zusammenhang mit dem Covid-19-Kredit der Einzelunternehmung von B. und der Gesellschaft E. freigesprochen und im Übrigen die Verurteilungen bestätigt.

[12] Die Staatsanwaltschaft hat gegen das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Tessin Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht erhoben und verlangte einen Schuldspruch auch im Zusammenhang mit dem Covid-19-Kredit der Einzelunternehmung von B. und der Gesellschaft E., eventualiter die Aufhebung des Urteils und die Rückweisung der Sache ans Appellationsgericht des Kantons Tessin. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde aus den nachfolgend aufgeführten Gründen gut:

### **2.1.2. Erwägungen des Bundesgerichts**

[13] Das Bundesgericht erwägt, dass die Rechtsprechung, wonach bei der Gewährung von Kleinkrediten einzig gestützt auf Angaben des Antragsstellers ohne Durchführung einer Überprüfung keine Arglist vorliege, nicht auf die Covid-19-Kredite anwendbar sei, denn diese seien als Soforthilfe für KMU konzipiert gewesen, hätten besonderen Vorschriften unterlegen und seien an konkrete Bedingungen geknüpft gewesen. In Anbetracht der Besonderheiten der damaligen Situation und des zu ihrer Bewältigung geschaffenen Mechanismus stelle auch eine einfache Falschangabe eine arglistige Täuschung dar, und zwar unabhängig vom möglichen Bestehen eines Vertrauensverhältnisses zwischen dem Antragsteller und der kreditgewährenden Bank, denn eine Überprüfung der Angaben sei nicht nur nicht vorgesehen, sondern sei darüber hinaus auch nicht zumutbar und teilweise auch nicht möglich gewesen (beispielsweise betreffend die wirtschaftliche Betroffenheit). Eine Überprüfung hätte auch den Zweck, eine Soforthilfe zu gewähren, gefährdet. Indem der Antragsteller mit seiner Unterschrift die Geheimnisinhaber sodann von der Geheimnismwahrung befreit und den Datenaustausch zugelassen habe, habe der Antragsteller überdies den Eindruck erweckt, er habe von späteren Kontrollen nichts zu befürchten (E. 5.1.4).

[14] Betreffend den für den Betrugstatbestand erforderlichen Schaden führte das Bundesgericht aus, dieser könne auch in Form einer Vermögensgefährdung vorliegen, wenn der Kreditnehmer den Kreditgeber u.a. über seine Rückzahlungsfähigkeit bzw. seine Rückzahlungsbereitschaft täusche. Der Kredit erweise sich in einem solchen Fall als weniger sicher, was zu einer Wertminderung des Kredits in der Bilanz des Kreditgebers führe (E. 5.2.1). Mit der Gewährung des Covid-19-Kredits auf Grundlage der falschen Angaben des Antragstellers nehme die Bank, die

über die Erfüllung der in der aCovid-19-SBüV festgelegten Bedingungen getäuscht wurde, eine Vermögensverfügung vor. Die Bank als solche erleide jedoch keinen Schaden, da ihr Erstattungsanspruch durch die Solidarbürgschaft vollumfänglich gewährleistet sei (Art. 3 Abs. 1 und 3 Covid-19-SBüG). Vielmehr sei es – so das Bundesgericht – der Bürge, der zumindest in Form einer Vermögensgefährdung einen Schaden erleiden könne. Nach der Rechtsprechung könne die Gewährung von Garantien, die ein Risiko darstellen und eine Rückstellung rechtfertigen, als Vermögensschaden angesehen werden. Der unrechtmässige Erwerb von «Covid-19-Krediten» («Bezugsmissbrauch») stelle eine Art Dreiecksbetrug dar: Die getäuschte Person sei für das Vermögen des Geschädigten verantwortlich und habe zumindest *de facto* die Verfügungsgewalt über dieses Vermögen. Im Rahmen der Covid-19-Kredite habe der an die Bank gerichtete Antrag für einen Kredit auch als Antrag auf eine Solidarbürgschaft gegolten (Art. 11 Abs. 1 aCovid-19-SBüV). Die anschliessende Weiterleitung durch die Bank an die von den Bürgschaftsorganisationen benannte Zentralstelle habe automatisch die Bürgschaft aktiviert. Die Bank als Ansprechpartnerin des Antragstellers und Mitempfängerin der Falschauskunft habe somit faktisch die Befugnis gehabt, den Bürgen zu binden, und habe damit Verfügungsgewalt über dessen Vermögen gehabt (E. 5.2.2).

[15] In Anbetracht dieser Ausführungen habe die Vorinstanz Recht verletzt, indem sie das Vorliegen eines Schadens einzig gestützt auf die Zahlungsfähigkeit verneint habe, denn diese impliziere nicht automatisch auch eine Rückzahlungsbereitschaft. Vielmehr zeige der Umstand, dass B. seinen Umsatz trotz Zahlungsfähigkeit aufgebläht und eine Bilanz mit falschen Angaben vorgelegt habe, dass keine Zahlungsbereitschaft bestanden habe. Auch erwarb B. die inaktive Gesellschaft E. und bezog für diese einen Covid-19-Kredit. Dies zeige, dass er sich nicht als Kreditnehmer, sondern als Beschenker habe verhalten wollen. Unter diesen Umständen habe mehr als begründete Gefahr für eine Inanspruchnahme der Solidarbürgschaft bestanden, die eine Rückstellung rechtfertige. Das Tatbestandsmerkmal des Schadens sei daher erfüllt (E. 6.1.3).

[16] Betreffend die Sorgfalts- und Prüfpflichten der Bank führte das Bundesgericht aus, die Banken seien gemäss dem SECO-Massnahmenplan zur Missbrauchsbekämpfung verpflichtet gewesen, neue Kunden zu identifizieren, die wirtschaftlich berechnete Person festzustellen und die Herkunft der Vermögenswerte im Rahmen der regulatorischen Richtlinien und der Geldwäschereigesetzgebung abzuklären. Zudem habe das SECO die Banken aufgefordert, Anträge abzulehnen, die Verdachtsmomente oder Anomalien aufwiesen. Vorliegend ergebe sich aus dem Sachverhalt, dass die Bank eine Bilanz und eine Gewinn- und Verlustrechnung des Unternehmens verlangt und auf dieser Grundlage dann den Covid-19-Kredit gewährt habe. Es mache auch nicht den Anschein, dass diese Dokumente so plump gefälscht worden seien, dass die Bank ungerechtfertigterweise darauf abgestützt habe. Darüber hinaus sei gemäss Art. 7 Abs. 1 aCovid-19-SBüV in Ermangelung des endgültigen Jahresabschlusses auch eine provisorische Fassung des Jahresabschlusses zu berücksichtigen. Die Bank habe folglich nicht leichtfertig gehandelt (E. 6.2.3).

## **2.2. Luzerner-Entscheid**

### **2.2.1. Sachverhalt**

[17] Dem Entscheid 7B\_274/2022 vom 1. März 2024 lag folgender Sachverhalt zugrunde:

[18] A. hat am 31. März 2020 als Geschäftsführer mit Einzelunterschrift der Gesellschaft B. im Namen von B. gestützt auf die Covid-19-Kreditvereinbarung einen Covid-19-Kredit in der Höhe von CHF 110'000 bei der Bank C. beantragt und diesen im Anschluss daran auch erhalten. A. si-

cherte im Kreditantragsformular durch Markieren des entsprechenden Kästchens unter anderem zu, dass die Gesellschaft aufgrund der Covid-19-Pandemie namentlich hinsichtlich des Umsatzes wirtschaftlich erheblich beeinträchtigt sei, der gewährte Kredit ausschliesslich zur Sicherung der laufenden Liquiditätsbedürfnisse der B. verwendet werde und dass alle Angaben im Kreditantrag der Wahrheit entsprechen würden. Nach Auszahlung des Covid-19-Kredits wurde dieser indes einerseits für geschäftlich begründete Aufwendungen und andererseits für die Ausrichtung eines Privatdarlehens an den Vater von A. verwendet.

[19] Mit Urteil vom 24. März 2021 sprach das Kriminalgericht Luzern A. wegen Erhältlichmachung des Kredits des Betrugs, aufgrund falscher Angaben im Kreditantragsformular der Urkundenfälschung sowie wegen der Darlehensgewährung an den Vater und anderen Sachverhalten der mehrfachen ungetreuen Geschäftsbesorgung schuldig. Gegen dieses Urteil erhob A. Berufung beim Kantonsgericht Luzern. Das Kantonsgericht Luzern bestätigte die erstinstanzlichen Schuldsprüche und sprach A. zusätzlich der Widerhandlung gegen Art. 23 aCovid-19-SBüV schuldig, weil er durch die Darlehensgewährung an seinen Vater einen Teil des Covid-19-Kredits unrechtmässig verwendet habe. Daraufhin erhob A. Beschwerde in Strafsachen ans Bundesgericht. Das Bundesgericht wies die Beschwerde aus den nachfolgend aufgeführten Gründen ab:

### **2.2.2. Erwägungen des Bundesgerichts**

[20] Die für die Beantragung eines Covid-19-Kredits erforderliche wirtschaftliche Beeinträchtigung infolge der Covid-19-Pandemie i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. c aCovid-19-SBüV, welche sich etwa in anfallenden Umsatzeinbussen bzw. Verlusten oder Liquiditätsengpässen äussern konnte, habe von einer gewissen Erheblichkeit sein müssen. Einfache Einbussen genügten demzufolge nicht. Des Weiteren sei erforderlich, dass die wirtschaftliche Beeinträchtigung infolge der Covid-19-Pandemie im Zeitpunkt der Einreichung des Kreditgesuchs vorgelegen habe. Dies ergebe sich bereits aus der Zweckbestimmung nach Art. 6 Abs. 1 aCovid-SBüV, wonach die Solidarbürgschaft ausschliesslich zur Sicherstellung von Bankkrediten für die laufenden Liquiditätsbedürfnisse der Kreditnehmerin diene. Ausnahmsweise hätten jedoch auch künftig zu erwartende Liquiditätsengpässe zu einer Beantragung des Covid-19-Kredits berechtigt, sofern die Umsatzeinbusse aufgrund konkreter Verhältnisse voraussehbar gewesen sei und das betroffene Unternehmen dies anhand einer konkreten Dokumentation belegen konnte. Einzig auf dem subjektiven Befinden beruhende, unsubstantiierte und nicht objektivierbare Sorgen oder Befürchtungen hätten jedoch keine wirtschaftliche Beeinträchtigung infolge der Covid-19-Pandemie zu begründen vermocht (E. 2.3).

[21] Des Weiteren hielt das Bundesgericht bezüglich der wirtschaftlichen Beeinträchtigung infolge der Covid-19-Pandemie sinngemäss fest, dass nicht alle Branchen in gleichem Ausmass von der Covid-19-Pandemie betroffen gewesen seien: Gemäss Art. 7d Abs. 1 Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus vom 13. März 2020 seien die Arbeitgeber im Bauhaupt- und -nebgewerbe und in der Industrie verpflichtet gewesen, die Empfehlungen des Bundesamts für Gesundheit (BAG) betreffend Hygiene und soziale Distanz einzuhalten. Hierzu seien namentlich die Anzahl der anwesenden Personen auf Baustellen oder in Betrieben entsprechend zu limitieren, die Baustellen- und Betriebsorganisation anzupassen und die Nutzung namentlich von Pausenräumen und Kantinen in geeigneter Weise zu beschränken gewesen. Dass aufgrund dieser Empfehlungen bzw. Einschränkungen und der damit einhergehenden verminderten Effizienz gewisse Sorgen um die finanzielle Lage entstanden, sei zwar verständlich, reiche aber für

die wirtschaftliche Beeinträchtigung i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. c aCovid-19-SBüV nicht aus. Denn dabei handle es sich nicht um im Zeitpunkt der Kreditbeantragung bekannte und dokumentierte objektivierbare Anhaltspunkte, aufgrund derer mit hinreichender Bestimmtheit auf künftige erhebliche Liquiditätsproblemen geschlossen werden könne (E. 3.1.3).

[22] Das Bundesgericht betonte, dass es mit dem vorliegenden Entscheid nicht von der ständigen Rechtsprechung zur Arglist und zur Opfermitverantwortung abzuweichen gedenke (E. 3.2.1). Die Vorinstanz habe in diesem Zusammenhang festgestellt, dass die Banken lediglich eine Pflicht zur formellen Prüfung der Kreditantragsformulare gehabt hätten. Die Vergabe der Kredite sei grundsätzlich gestützt auf eine Selbstdeklaration erfolgt. Dies sei aufgrund der im relevanten Zeitpunkt in der Schweiz bestehenden Ausnahmesituation erforderlich gewesen. Es habe folglich eine Not-situation vorgelegen, in der die Covid-19-Kredite eine schnelle und einfach zugängliche Hilfe dargestellt hätten. Eine vertiefte Prüfung der Anspruchsberechtigung sei nicht vorgesehen und hinsichtlich der grossen Anzahl von Kreditgesuchen innert Frist auch nicht möglich oder zumindest nicht zumutbar gewesen. So hätte eine Überprüfung der Angaben gewisse Nachforschungen erfordert und wäre nur mit wesentlichem Aufwand und dementsprechend nur in einem langwierigen Prozess möglich gewesen (E. 3.2.1).

[23] Die Erwägungen enthalten keinerlei Ausführungen zum Schaden. Es findet sich lediglich der Hinweis im Sachverhalt (A.), dass eine Rückzahlung zumindest bis zum vorinstanzlichen Urteil nicht erfolgt sei.

### **3. Anmerkungen**

[24] Die Frage, ob die rechtswidrige Erlangung von Covid-19-Krediten die Voraussetzungen des Betrugs erfüllt, führt in der Lehre zu Meinungsverschiedenheiten. Eine Minderheit der Lehre vertritt die Ansicht, dass insbesondere die Voraussetzungen der Arglist nicht vorliegen würden, und dass die Bürgschaftsgenossenschaften infolge der spezialgesetzlich vorgesehenen Bundesdeckung gar nicht geschädigt seien. Ebenso bestand in der Praxis der Missbrauchsbekämpfung Unklarheit darüber, nach welchen Kriterien es die wirtschaftliche Betroffenheit der Unternehmen zu beurteilen gilt.

[25] Das Bundesgericht hat sich in den vorgenannten Entscheiden erstmals zur Rechtslage äussern müssen, wobei insbesondere die nachfolgend kommentierten Erwägungen für die Praxis der Missbrauchsbekämpfung im Zusammenhang mit den Covid-19-Krediten von grosser Bedeutung sind und zur Auflösung einiger Unklarheiten beitragen:

#### **3.1. Bundesgericht bestätigt das Vorliegen von Arglist**

##### **3.1.1. Arglist im engeren Sinne**

[26] In der Lehre ist man sich uneinig, ob die unrechtmässige Erlangung eines Covid-19-Kredits die Tatbestandsmerkmale des Betrugs erfüllt.<sup>3</sup> Die Staatsanwaltschaften und die erst- sowie zweit-

---

<sup>3</sup> **Bejahend:** BENJAMIN MÄRKLI/MORITZ GUT, Missbrauch von Krediten nach Covid-19- Solidarbürgschaftsverordnung, in: AJP 2020, S. 722 ff., S. 728; 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

instanzlichen Gerichte haben diese Frage seit Beginn der Missbrauchsbekämpfung grossmehrheitlich bejaht. Das Bundesgericht befasste sich im Urteil 6B\_244/2023 vom 25. August 2023 (E. 4) sowie in den beiden vorgenannten Urteilen ebenfalls mit dieser Frage und bestätigte die Praxis in allen drei Entscheiden.<sup>4</sup> Ob dies einen Bruch mit der sonstigen Rechtsprechung zur Arglist und zur Opfermitverantwortung darstellt, ist im Folgenden zu analysieren.

[27] Einige Staatsanwaltschaften sowie erst- und zweitinstanzliche Gerichte stellten sich bisher auf den Standpunkt, bei der rechtswidrigen Erlangung eines Covid-19-Kredits liege eine arglistige Täuschung vor, weil der Beschuldigte damit gerechnet habe, dass die kreditgebende Bank aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses von einer Überprüfung der Angaben im Kreditantragsformular absehen werde. So hat beispielweise das Obergericht des Kantons Zürich in diversen Urteilen festgehalten, die Schweiz habe sich im relevanten Zeitpunkt aufgrund der Pandemie in einer Ausnahmesituation befunden. Die zur Abwendung der drohenden wirtschaftlichen Katastrophe nötige Soforthilfe habe nur durch Entgegenbringung eines besonderen Vertrauens gegenüber der Kreditnehmerin bereitgestellt werden können. Die aCovid-19-SBüV habe mit dem formlosen Verfahren ohne Überprüfung der Angaben des Kreditnehmers aufgrund ausserordentlicher Umstände ein besonderes Vertrauensverhältnis geschaffen.<sup>5</sup>

[28] Das Bundesgericht bejaht im Tessiner Fall die Arglist des konkreten Covid-Betrugs. Bevor es auf die Besonderheiten eingeht, die sich durch die aCovid-19-SBüV ergeben, fasst es ausführlich seine bisherige Rechtsprechung zur Arglist auf einer abstrakten Ebene zusammen (E. 5.1.1–3). Dabei betont das Bundesgericht, es liege in der Regel keine arglistige Täuschung vor, wenn eine Bank Kleinkredite allein gestützt auf Angaben der Kreditantragsteller vergebe, ohne Überprüfungen vorzunehmen, um die Kundenakquise nicht zu gefährden, denn es fehle an einem Vertrauensverhältnis (E. 5.1.3). Damit beugt das Bundesgericht dem Missverständnis vor, der Entscheid zum Covid-Kredit schaffe ein Präjudiz für täuschende Kleinkreditanträge. Hernach äussert sich das Bundesgericht – weiterhin auf einer abstrakten Ebene – zu den Besonderheiten der Covid-19-Kredite (E. 5.1.4): Aus den Erörterungen geht hervor, dass für die Arglist bei Covid-19-Krediten ein anderer Massstab gilt als bei herkömmlichen Kleinkrediten. Covid-19-Kredite seien als «Soforthilfe» konzipiert und nicht mit gewöhnlichen Darlehen vergleichbar. Sie hätten besonderen Vorschriften unterliegen und seien auf der Basis einer Selbstdeklaration ausgezahlt worden. Gemäss dem Missbrauchsbekämpfungskonzept des SECO sei die Prüfpflicht der Banken auf rein

---

Praxisperspektive, in: Jusletter 3. August 2020, N. 12 ff.; BRECHBÜHL/CHENAUX/LENGAUER/NÖSBERGER, Covid-19-Kredite – Rechtsgrundlagen und Praxis der Missbrauchsbekämpfung, Eine Standortbestimmung, in: Jusletter vom 5. Oktober 2020, N. 63; FRANÇOIS MICHELI/ELODIE SPAHNI, Irrégularités dans les crédits Covid-19, in: AJP 2023, S. 469 ff., S. 473 ff.; FRANÇOIS MICHELI, Art. 25 N. 66 ff., in: Kellerhals Carrard/Bürgschaftsgenossenschaften Schweiz (Hrsg.), Corona-Kredite für KMU, Umsetzung des Massnahmenpakets und Kommentierung des Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetzes (Covid-19-SBüG), Zürich/Basel/Genf, 2021; JULIE ZRYD/BENJAMIN SMADJA, Abus aux crédits Covid-19: aspects pénaux et pratiques, in: Plaidoyer 04/2021, S. 21 ff.

**Verneinend:** WOLFGANG WOHLERS/SEAN HENEGHAN/RENA PETERS, Strafrecht in Zeiten der Pandemie, Zürich 2021, S. 10 ff., S. 24 ff.; WOLFGANG WOHLERS, Nr. 32, Bezirksgericht Dietikon, Einzelgericht in Strafsachen, Urteil vom 27. April 2021 i.S. Staatsanwaltschaft gegen Privatklägerin – GG2052-M/U, Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, Urteil vom 10. Februar 2022 i.S. A. gegen Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis – SB210497-O/U/cwo, in: forumpoenale 5/2022, S. 326 ff., S. 334 ff.

<sup>4</sup> Vgl. auch das kürzlich ergangene Urteil BGer 6B\_262/2024 vom 27. November 2024, E. 1.5.3 und E. 1.10, wonach im konkreten und nicht mit den bisherigen vom Bundesgericht beurteilten Fällen vergleichbaren Einzelfall kein Betrug vorlag, da nicht hinreichend nachgewiesen wurde, dass der Beschwerdeführer im Zeitpunkt des Kreditantrags falsche Zusicherungen machte.

<sup>5</sup> Urteil OGer ZH SB230081 vom 23. September 2023, E. 2.3.2; Urteil OGer ZH 58220599 vom 27. März 2023, E. 3.2.1.2.5.



formale Aspekte beschränkt gewesen. Die Bank habe nicht aus Rentabilitätsabwägungen heraus auf die Überprüfung der Angaben verzichtet, sondern um die durch die Notsituation nötig gewordene schnelle Unterstützung zu gewährleisten. In diesem Kontext sei eine Überprüfung nicht zumutbar und teilweise auch nicht möglich gewesen (BGE 150 IV 169, E. 5.1.4).

[29] Das Bundesgericht hebt hervor, dass diese Ausprägung der Arglist unabhängig vom möglichen Bestehen eines Vertrauensverhältnisses zwischen dem Antragsteller und der kreditgewährenden Bank vorliege. Diese Äusserung bezieht sich auf die vorbestehende Beziehung zwischen der Bank und dem Antragsteller. Damit verneint das Bundesgericht indes nicht das Argument, das die Arglist täuschender Covid-19-Kreditanträge damit begründet, dass der Täter das Unterbleiben der Überprüfung des Covid-19-Kreditantrags «nach den Umständen voraussieht» (vgl. bereits BGE 74 IV 146, E. 1). Diese Voraussicht ist eine der Varianten, die gemäss ständiger Rechtsprechung die Arglist einer einfachen Lüge begründet. Dabei werden die arglistbegründenden «Umstände» meist mit einem «besonderen Vertrauensverhältnis» gleichgesetzt, doch kann die Voraussicht auch «auf klaren Regelungen oder Zusicherungen» beruhen (BGE 107 IV 169 Regeste). Allerdings genügt es nicht, bei der Eingehung eines synallagmatischen Rechtsverhältnisses einzig zur rentabilitätsorientierten Einsparung von Prüfaufwand eine Wahrheitspflicht der Gegenseite zu vereinbaren. Vielmehr braucht es einen plausiblen Grund für die Überbindung der Prüfpflicht an die Gegenpartei. Deshalb ist es für die Beurteilung der Arglist täuschender Covid-19-Kreditanträge entscheidend, dass die damalige besondere Situation rasche Auszahlungen an rund 140'000 Unternehmen erforderte, was eine materielle Prüfung der Gesuche organisatorisch unmöglich machte und die Delegation der Prüfpflicht an die Antragstellerinnen rechtfertigte.

[30] Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Arglist im Zusammenhang mit dem Covid-19-Kreditbetrug ist zu begrüssen, zumal sie eine Meinungsverschiedenheit in der Lehre direkt adressiert und klärt. Die Frage, ob inhaltlich falsche Covid-19-Kreditanträge arglistig sind, lässt sich damit generell bejahen, so dass auf dieser Ebene die Umstände des Einzelfalls kaum mehr Verteidigungspotenzial haben.

### **3.1.2. Opfermitverantwortung**

[31] Die Opfermitverantwortung wird oft verkürzt als Aspekt der Arglist betrachtet, erweist sich aber bei genauer Analyse der Rechtsprechung als selbständiges Kriterium, das nicht massgebend dafür ist, «ob die Arglist zu bejahen oder zu verneinen ist (sondern nur dafür, ob ein versuchtes oder ein vollendetes Delikt vorliegt)» (BGer 6B\_184/2020 vom 13. September 2021, E. 2.1.3; ohne Behandlung des Versuchs BGE 150 IV 169, E. 5.1.2, u.v.a.). Für die Erörterung der Opfermitverantwortung stützte sich das Bundesgericht im Tessiner Entscheid auf Einzelheiten des konkreten Sachverhalts:

[32] Der im Handelsregister beschriebene Zweck der Covid-19-Kreditnehmerin E. habe im Wesentlichen in der Förderung und Betreuung von Unternehmen mit Beratung im Bereich des Marketings, der Kundenforschung und des Kundenmanagements bestanden. Bei Eröffnung des auf die Gesellschaft E. lautenden Kontos habe B. zur Plausibilisierung der Herkunft der auf das Konto geflossenen Mittel in der Höhe von einer Million angegeben, dass es sich um Rechnungen aus der Organisation von medizinisch-chirurgischen Teams in Zusammenarbeit mit verschiedenen Kliniken/Krankenhäusern und Rechnungen aus der Implementierung der IT-Struktur zur Durchführung der Telemedizin handle (E. 6.2.3). Die Vorinstanz stellte sich auf den Standpunkt, dass diese Unstimmigkeit eine Klarstellung durch die Bank erfordert hätte. Auch das Bundesgericht führt

aus, dass die Diskrepanz zwischen dem Gesellschaftszweck und der konkret ausgeübten Tätigkeit bei der Bank zu Misstrauen hinsichtlich der wahren Gründe, weshalb B. nur wenige Tage nach Kontoeröffnung einen Covid-19-Kreditantrag übermittelte, hätte führen müssen. Dies hätte eine erhöhte Sorgfalt bei der Bearbeitung des Covid-19-Kreditantrags verlangt. Die Banken seien gemäss dem SECO-Massnahmenplan zur Missbrauchsbekämpfung verpflichtet gewesen, neue Kunden zu identifizieren, die wirtschaftlich berechnete Person festzustellen und die Herkunft der Vermögenswerte im Rahmen der regulatorischen Richtlinien und der Geldwäschereigesetzgebung abzuklären. Die Bank habe im konkreten Fall indes eine Bilanz und eine Gewinn- und Verlustrechnung einverlangt und erst gestützt darauf einen Covid-19-Kredit gewährt. Dass diese gefälscht waren (B. wurde diesbezüglich der Urkundenfälschung schuldig gesprochen), habe der Bank nicht auffallen müssen. Vor diesem Hintergrund könne der Bank nicht vorgeworfen werden, sie habe so leichtfertig gehandelt, sodass das betrügerische Verhalten von B. in den Hintergrund gedrängt werde (E. 6.2.3). Anders als die Vorinstanz verneinte das Bundesgericht folglich die Opfermitverantwortung und bejahte damit die Voraussetzungen für den Betrug. Prüfschritte wie das Verlangen einer Jahresrechnung waren bei Covid-19-Krediten mithin nicht generell, aber immerhin dann angebracht, wenn die der Bank vorliegenden Angaben offensichtlich Anlass zu Zweifeln gaben.

[33] Der Entscheid des Bundesgerichts in Bezug auf die Opfermitverantwortung ist nachvollziehbar. Die Rechtsprechung wird von Fall zu Fall herauskristallisiert werden müssen, wo in der Ausnahmesituation der Covid-19-Pandemie die Grenze zwischen leichtfertigem Verhalten und pflichtgemässer Abwicklung der bundesrätlichen Verordnung verläuft.

## **3.2. Bundesgericht konkretisiert Voraussetzung der wirtschaftlichen Betroffenheit**

### **3.2.1. Allgemein**

[34] Im Kreditantrag musste unter anderem durch aktives Markieren des sechsten Kästchens unter Ziffer 4 der Kreditvereinbarung zugesichert werden, dass die Kreditnehmerin aufgrund der Covid-19-Pandemie namentlich hinsichtlich des Umsatzes wirtschaftlich erheblich beeinträchtigt ist. Mitunter aufgrund dieser Angaben haben die Banken die beantragten Covid-19-Kredite gewährt. Ziel und Zweck der im Rahmen des vom Bundesrat aufgestellten Massnahmenpakets gewährten Covid-19-Kredite war es schliesslich, die wirtschaftlichen Auswirkungen der vom Bundesrat getroffenen Massnahmen infolge der Covid-19-Pandemie – und nicht etwa Liquiditätseingänge infolge nicht erfolgreicher Geschäftsführung oder ähnlichem – abzufedern (vgl. Art. 2 Abs. 1 Covid-19-SBüG).

[35] Im Luzerner Entscheid Urteil 7B\_274/2022 vom 1. März 2024, E. 2 und E. 3.1, konkretisiert das Bundesgericht erstmals die Bedingungen im Zusammenhang mit dieser Zusicherung in der Kreditvereinbarung. Dies ist insbesondere deshalb begrüssenswert, weil in der Praxis der Missbrauchsbekämpfung im Zusammenhang mit den Covid-19-Krediten bis anhin grosse Unsicherheit betreffend die Bedeutung und Beurteilung der wirtschaftlichen Betroffenheit herrschte.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Vgl. auch das kürzlich ergangene Urteil BGer 6B\_262/2024 vom 27. November 2024, E. 1.10.1 und E. 1.10.6, wonach im konkreten und nicht mit den bisherigen vom Bundesgericht beurteilten Fällen vergleichbaren Einzelfall

### 3.2.2. Auswirkungen der Pandemie auf den Geschäftsbetrieb

[36] Das Bundesgericht hält nun klar fest, dass ein Covid-19-Kredit nur dann beantragt werden durfte, wenn das Unternehmen infolge der Covid-19-Pandemie i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. c aCovid-19-SBüV beeinträchtigt gewesen ist. Diese wirtschaftliche Beeinträchtigung konnte sich infolge der Covid-19-Pandemie etwa in Umsatzeinbussen bzw. Verlusten oder in Liquiditätsengpässen äussern. Diese mussten allerdings von einer gewissen Erheblichkeit sein (E. 2.3). Das bedeutet also, dass Unternehmen, welche mit Blick auf die Ausübung ihrer Geschäftstätigkeit nicht oder nur am Rande von der Covid-19-Pandemie und den damit zusammenhängenden durch den Bundesrat verhängten Massnahmen berührt wurden, wirtschaftlich nicht erheblich infolge der Covid-19-Pandemie betroffen waren, weswegen sie grundsätzlich nicht berechtigt waren, einen Covid-19-Kredit zu beantragen.

[37] In der Praxis kann der Umstand, ob das Unternehmen infolge der Covid-19-Pandemie wirtschaftlich erheblich beeinträchtigt war oder nicht, unter anderem anhand eines Vergleichs des Umsatzerlöses der Vorjahre (insbesondere der Jahre 2018 und 2019) mit dem Umsatz im Jahr 2020, das Jahr der Covid-19-Pandemie bzw. der Massnahmen des Bundesrates zur Eindämmung der Covid-19-Pandemie, beurteilt werden. Hierzu können abgesehen von Jahresrechnungen, die erfahrungsgemäss oftmals nicht ordnungsgemäss vorliegen, beispielsweise die Kontoauszüge des Unternehmens beigezogen und die eingegangenen geschäftlich begründeten Gutschriften verglichen werden. Stellt sich durch diesen Vergleich heraus, dass das Unternehmen gleich viel oder gar mehr Umsatzerlös im Jahr 2020 erwirtschaftet hat, stellt dies ein starkes Indiz dafür dar, dass das Unternehmen nicht aufgrund der Covid-19-Pandemie namentlich hinsichtlich des Umsatzes wirtschaftlich erheblich beeinträchtigt war und entsprechend die diesbezügliche Zusicherung in der Kreditvereinbarung falsch war.

[38] Die Unternehmen bzw. dessen Organe machen im Zusammenhang mit der Voraussetzung der wirtschaftlichen Beeinträchtigung infolge der Covid-19-Pandemie oft geltend, dass sie im Zeitpunkt der Kreditbeantragung zwar nicht mit einer Umsatzeinbusse rechneten, aber grosse Unsicherheit darüber herrschte, welche Auswirkungen die Covid-19-Pandemie auf die Geschäftstätigkeit haben wird. Man sei davon ausgegangen, dass das Unternehmen zukünftig aufgrund der Covid-19-Pandemie wirtschaftlich erheblich beeinträchtigt sein werde. Diesbezüglich hat das Bundesgericht nun klargestellt, dass ausnahmsweise auch künftig zu erwartende Liquiditätsengpässe zu einer Beantragung des Covid-19-Kredits berechtigten, sofern eine Umsatzeinbusse aufgrund konkreter Verhältnisse im Zeitpunkt der Beantragung des Kredits voraussehbar gewesen sei und das betroffene Unternehmen dies anhand einer konkreten Dokumentation belegen könne. Einzig auf dem subjektiven Befinden beruhende, unsubstantiierte und nicht objektivierbare Sorgen oder Befürchtungen hätten jedoch keine wirtschaftliche Beeinträchtigung infolge der Covid-19-Pandemie zu begründen vermocht (E. 2.3). Was aber unter der vom Bundesgericht im Entscheid festgehaltenen «konkreten Dokumentation» in diesem Zusammenhang zu verstehen ist, bleibt unklar und wird künftig zu klären sein.<sup>7</sup>

---

die erhebliche wirtschaftliche Beeinträchtigung nicht abgesprochen wurde, da es die Vorinstanz unterliess, den Vorwurf anhand des Geschäftsgangs bzw. der Buchhaltung der Gesellschaft zu belegen.

<sup>7</sup> Vgl. auch das kürzlich ergangene Urteil BGer 6B\_262/2024 vom 27. November 2024, E. 1.10.6, wonach die fehlende erhebliche wirtschaftliche Beeinträchtigung anhand des Geschäftsgangs bzw. der Buchhaltung der Gesellschaft zu belegen ist.

[39] Im Zusammenhang mit der Zusicherung in der Kreditvereinbarung betreffend die wirtschaftliche Betroffenheit des Unternehmens infolge der Covid-19-Pandemie ist sodann hervorzuheben, dass nicht per se jede Branche (im gleichen Ausmass) von der Covid-19-Pandemie betroffen war. So war etwa die Baubranche weder im Zeitpunkt der Antragsstellung noch im Verlauf der von Bundesrat verordneten Einschränkungen infolge der Covid-19-Pandemie besonders betroffen, sodass sich ein Auftragsrückgang gestützt auf die Covid-19-Pandemie aufgedrängt hätte. Dies bestätigt auch das Bundesgericht: Die Empfehlungen des Bundesrats gemäss Art. 7d Abs. 1 der Covid-19-Verordnung 2 betreffend die Hygiene und soziale Distanz hätten zwar auch mit Blick auf die Baubranche eine verminderte Effizienz der Geschäftstätigkeit der Unternehmen zur Folge gehabt, wodurch gewisse Sorgen um die finanzielle Situation der Unternehmen entstanden seien. Dies reiche allerdings – so das Bundesgericht – nicht für die Bejahung der wirtschaftlichen Beeinträchtigung i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. c aCovid-19-SBüV aus (E. 3.1.3).

[40] Dass nicht per se jede Branche im gleichen Ausmass von der Covid-19-Pandemie betroffen war, stellten auch bereits einige zweit- und erstinstanzlichen Gerichte fest. So hielt das Obergericht des Kantons Aargau im Urteil OGer AG SST.2023.45 vom 8. Januar 2024, E. 4.4.2.1, und im Urteil OGer AG SST.2022.90 vom 22. November 2022, E. 2.4.1.2.4, fest, dass beispielsweise die Baubranche weder im Zeitpunkt der Antragsstellung noch im Verlauf der von Bundesrat verordneten Einschränkungen infolge der Covid-19-Pandemie derart betroffen gewesen sei, sodass sich ein Auftragsrückgang gestützt auf die Covid-19-Pandemie aufgedrängt habe.

[41] Der nun ergangene höchstrichterliche Entscheid ist für die Praxis der Missbrauchsbekämpfung von grosser Bedeutung, zumal erfahrungsgemäss zahlreiche Covid-19-Kredite von Unternehmen beantragt wurden, welche in der Baubranche tätig waren. Das hat zur Folge, dass grundsätzlich (selbstverständlich sind Ausnahmen vorbehalten) die von in der Baubranche tätigen Unternehmen beantragten Covid-19-Kredite einen Bezugsmissbrauch darstellen, sofern nicht weitere Umstände hinzukommen, welche eine wirtschaftliche Betroffenheit infolge der Covid-19-Pandemie zu begründen vermögen. Vollständigkeitshalber ist darauf hinzuweisen, dass damit selbstverständlich noch nichts darüber gesagt ist, ob das Strafbedürfnis im konkreten Fall ein Strafverfahren rechtfertigt.

[42] Neben der Baubranche waren auch andere Branchen nicht grundsätzlich von der Covid-19-Pandemie bzw. den vom Bundesrat getroffenen Massnahmen erheblich betroffen. Zu denken ist beispielsweise an Unternehmen, welche primär im Onlinehandel tätig waren, die IT-Branche, nationale Kurier- bzw. Transportunternehmen sowie Arztpraxen oder Lebensmittelgeschäfte. So mussten auch in diesen Unternehmen höchstens Anpassungen wie z.B. die Einhaltung der Distanzregelung und der Maskenpflicht vorgenommen werden, sofern überhaupt persönliche Treffen notwendig waren. Im Übrigen konnte in diesen Unternehmen grundsätzlich wie gewohnt weitergearbeitet werden. Einige Branchen erlebten während den ersten Monaten der Pandemie gar einen wirtschaftlichen Aufschwung, da viele (andere) Geschäfte geschlossen wurden und beispielsweise Warenbestellungen vermehrt über das Internet erfolgten. Infolgedessen waren solche Unternehmen nicht in einem solchen Ausmass vom Lockdown betroffen, dass sie auf sofortige staatliche Überbrückungshilfe angewiesen waren, um ihren laufenden finanziellen Verpflichtungen nachzukommen.

### **3.2.3. Finanzielle Schieflage vor der Pandemie**

[43] Neben der vom Bundesgericht behandelten Fallkategorie, wonach die Zusicherung betreffend die wirtschaftliche Betroffenheit des Unternehmens falsch war, weil die Covid-19-Pandemie keinen Einfluss auf die Geschäftstätigkeit bzw. den Umsatz des Unternehmens hatte, und dieses somit trotz Covid-19-Pandemie seine Geschäftstätigkeit wie gewohnt weiterführen konnte, hat sich in der Praxis der Missbrauchsbekämpfung eine weitere Fallkategorie herauskristallisiert, bei welcher diese Zusicherung in der Kreditvereinbarung als falsch erachtet werden muss. Unternehmen, welche sich bereits vor der Covid-19-Pandemie in einer finanziellen Schieflage befanden bzw. mit finanziellen Schwierigkeiten zu kämpfen hatten, waren ebenfalls nicht aufgrund der Covid-19-Pandemie wirtschaftlich erheblich beeinträchtigt. Die Covid-19-Kredite dienten schliesslich nicht dazu, Liquiditätsengpässe aufgrund nicht erfolgreicher Geschäftsführung/Geschäftstätigkeit auszugleichen, sondern waren als Notfallhilfe konzipiert, um Unternehmen zu unterstützen, die aufgrund der vom Bundesrat zur Eindämmung der Pandemie angeordneten Massnahmen erhebliche Umsatzeinbussen hinnehmen mussten und während der Pandemie Schwierigkeiten hatten, ihre laufenden Fixkosten zu begleichen.<sup>8</sup>

[44] Starke Indizien für die bereits vor der Covid-19-Pandemie vorherrschende finanzielle Schieflage eines Unternehmens sind praxisgemäss die bereits bestehende Überschuldung, wenn das Fremdkapital des Unternehmens seine Aktiven übersteigt, oder die Zahlungsunfähigkeit, wenn berechnete Betreibungen gegen das Unternehmen unbezahlt bleiben. Auch ist an Unternehmen zu denken, welche lediglich formell bestanden, jedoch keiner Geschäftstätigkeit nachgingen und entsprechend weder Umsatz noch Kreditoren aufwiesen. Ein Unternehmen, welches sich bereits vor der Covid-19-Pandemie in einer finanziellen Schieflage befand oder gar nie Umsatz generierte, konnte gar nicht infolge der Covid-19-Pandemie hinsichtlich seines Umsatzes wirtschaftlich erheblich betroffen sein.

[45] In diesem Zusammenhang ist zudem festzuhalten, dass die Organe eines Unternehmens, welches sich bereits vor der Covid-19-Pandemie in einer finanziellen Schieflage befand und trotzdem einen Covid-19-Kredit beantragte, in aller Regel ihrer Pflicht zur Benachrichtigung des Gerichts gemäss aArt. 725 Abs. 2 OR nicht nachgekommen waren. Hätten sich die Organe pflichtgemäss verhalten, so wäre höchstwahrscheinlich bereits vor der Covid-19-Pandemie der Konkurs über das Unternehmen eröffnet worden. Entsprechend hätte das Unternehmen bei pflichtgemäßem Vorgehen keinen Covid-19-Kredit beziehen dürfen.

## **3.3. Verbleibende Unklarheiten zum Schaden und zur geschädigten Person**

### **3.3.1. Geschädigte Person**

[46] Der Tessiner Entscheid hält überzeugend fest, die Bank erleide keinen Schaden, da die Bürgschaft ihren Erstattungsanspruch vollumfänglich gewährleiste (E. 5.2.2.). Unsicherheit besteht indessen darüber, ob der Schaden die Bürgschaftsorganisation oder den Bund trifft, der als Rück-

---

<sup>8</sup> EFD, Erläuterungen zur Verordnung zur Gewährung von Krediten und Solidarbürgschaften in Folge des Coronavirus [Covid-19-Solidarbürgschaftsverordnung], Bern, 14. April 2020, S. 2, wonach der Bundesrat für «an sich gesunde Unternehmen» verhindern wollte, dass sie infolge Corona-bedingter Liquiditätsengpässe in den Konkurs getrieben würden.

bürge zugunsten der Bürgschaftsorganisation eine Bürgschaft einging, um sie im Falle einer Inanspruchnahme zu entschädigen. Zwar fehlt eine ausdrückliche Erörterung in diesem Sinne, doch suggeriert das Bundesgericht einen solchen Zusammenhang, indem es den «Bürgen» («fideiussore») und die «Bürgschaftsorganisation» («organizzazioni che concedono fideiussioni») unterscheidet: Die Weiterleitung des Kreditantrags «durch die Bank an die von den Bürgschaftsorganisationen benannte Zentralstelle aktivierte automatisch die vom Bürgen geleistete Bürgschaft» (BGE 150 IV 169, E. 5.2.2). Das ist nach hier vertretener Meinung so zu verstehen, dass die Schweizerische Eidgenossenschaft als Rückbürgin die geschädigte Person ist und der Bürgschaftsorganisation lediglich eine organisatorische Funktion zukommt, einschliesslich der Mitwirkung im Strafprozess als Privatklägerin (vgl. Art. 5 Abs. 2 lit. c Covid-19-SBüG). Das ergibt sich auch aus dem Brief vom 1. Juli 2020, mit welchem das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) die Schweizerische Staatsanwälte-Konferenz (SSK) bat, «die zuständige Bürgschaftsorganisation als Statthalter der geschädigten Partei bzw. des Bundes» als Privatklägerin zuzulassen.

[47] Die Frage, ob die Bürgin oder der Rückbürg als geschädigt anzusehen sei, hat nach hier vertretener Meinung keine Bedeutung für die strafrechtliche Beurteilung, führte aber bereits dazu, dass kantonale Gerichte Anklagen gemäss Art. 329 StPO zur Verbesserung zurückgewiesen haben. Dies ist nicht angebracht, solange die Anklageschrift den Sachverhalt, wie die Covid-19-Solidarbürgschaftskredite strukturiert waren, korrekt beschreibt. Wer nach Massgabe dieses Sachverhalts als geschädigt zu gelten hat, ist eine Rechtsfrage, die das Gericht gemäss Art. 350 Abs. 1 StPO unabhängig von der in der Anklageschrift vorgenommenen rechtlichen Würdigung beurteilt.

### 3.3.2. Schaden

[48] Unbefriedigend ist die bundesgerichtliche Begründung des Schadens im Tessiner Entscheid. Die Vorinstanz hatte in Bezug auf den Covid-19-Kredit an das Einzelunternehmen E. einen Gefährdungsschaden des Bürgen verneint, da der Einzelunternehmer stets über genügend Mittel zur Rückzahlung verfügt habe. Das Bundesgericht kritisierte, die Vorinstanz stütze sich allein auf die dem Kreditnehmer zugeschriebene Rückzahlungsfähigkeit. Eine Rückzahlungsfähigkeit impliziere aber nicht zwingend auch eine Rückzahlungsbereitschaft. Aus dem von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt lasse sich nicht auf eine solche schliessen. Vielmehr scheine es, dass die beschuldigte Person B. trotz der angeblichen wirtschaftlichen Lage den Umsatz des Einzelunternehmens künstlich aufgebläht und eine Bilanz sowie eine Gewinn- und Verlustrechnung mit falschen Daten vorgelegt habe. Diese Täuschung sei bereits Ausdruck der mangelnden Bereitschaft zur Rückzahlung der erhaltenen Gelder (BGE 150 IV 169, E.6.1.3).

[49] Das Argument, wonach sich in der Täuschung der fehlende Rückzahlungswille manifestiere, ist nicht stichhaltig. Fehlende Rückzahlungsfähigkeit und fehlender Rückzahlungswille sind ungeschriebene alternative Tatbestandselemente der Veruntreuung gemäss Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB. Wer vortäuscht, das Treuhandobjekt trotz rechtmässiger Verwendung verloren zu haben, bringt dadurch fehlenden Rückzahlungswillen zum Ausdruck. Dieser Zusammenhang lässt sich nicht ohne Weiteres auf den Kredit-Betrug übertragen. Insbesondere der Engpasstäter kann durchaus mit arglistigen falschen Angaben ein Darlehen erschwindeln und gleichwohl ernsthaft gewillt sein, nach der erhofften Überwindung der Krise alles korrekt zurückzuzahlen.

[50] Der Covid-19-Kredit-Betrug unterscheidet sich dadurch erheblich vom herkömmlichen Kreditbetrug, dass es bei den Zusicherungen im Kreditantrag nicht um die Verminderung des Aus-

fallrisikos geht, sondern um die Berechtigung, die in der aCovid-19-SBüV reglementierte staatliche Unterstützung zu erhalten. Wenn ein herkömmlicher Kreditbetrüger eine manipulierte Jahresrechnung oder eine falsche Betriebsregisterauskunft vorlegt, besteht der Schaden im Unterschied zwischen dem Ausfallrisiko gemäss den wirklichen und den vorgetäuschten Tatsachen. Diese Erhöhung des Ausfallrisikos entspricht dem klassischen Gefährdungsschaden gemäss der ständigen Formel des Bundesgerichts, die auch im Tessiner Entscheid zitiert wird: Der Schaden könne auch in einer Gefährdung der Aktiven in einem solchen Masse bestehen, dass ihr wirtschaftlicher Wert sinke (BGE 150 IV 169, E. 5.2.1).

[51] Die Zusicherungen im Covid-19-Kreditantragsformular zielen jedoch nicht auf das Ausfallrisiko, sondern darauf, die vom Bundesrat festgelegten Bedingungen für den Anspruch auf einen Hilfskredit zu prüfen. Dabei ging es darum, die dringendsten Liquiditätsbedürfnisse von operativen Unternehmen zu sichern, die aufgrund der Massnahmen des Bundesrates zur Pandemiebekämpfung in ihrer Geschäftstätigkeit wirtschaftlich erheblich behindert wurden. Zwar lässt die Zusicherung, dass das Unternehmen vor der Pandemie einen bestimmten Umsatz bzw. eine bestimmte Nettolohnsumme erzielen musste, auch gewisse Rückschlüsse auf dessen Bonität zu. Doch das war nur eine Nebenfolge. Der Umsatz wurde als gut verfügbare Kennzahl zur Abschätzung des Liquiditätsbedarfs gewählt. Für die Bonität ist er kein zuverlässiger Indikator, da er nichts über den Aufwand und das Verhältnis von Aktiven und Fremdkapital aussagt. Die Täuschung über den Umsatz steht daher nicht in einem adäquaten Kausalverhältnis zum Ausfallrisiko und ist deshalb keine taugliche Grundlage zur Begründung eines Gefährdungsschadens nach dem herkömmlichen Muster (vgl. dazu auch die Beschwerdeführerin gem. BGE 150 IV 169, E. 6.1.1). Dies gilt umso mehr für das Kriterium der Betroffenheit durch die Pandemie (oben, Rz. 34 ff.). Das Unternehmen, das durch die Schutzmassnahmen keine nennenswerte Beeinträchtigung seiner operativen Tätigkeit erlitt, verfügte im Zeitpunkt der Kreditgewährung über eine bessere Bonität als dasjenige, das seinen Geschäftsbetrieb einstellen musste.

[52] Der Bund bürgte nicht deshalb für Covid-19-Kredite, weil er sich an einem Kreditgeschäft mit möglichst tiefem Ausfallrisiko und sicheren Zinserträgen beteiligen wollte. Die Kredite bis 500'000 CHF waren zinslos und boten keinerlei Sicherheiten für das Risiko des Rückbürgen. Der einzige Grund, weshalb der Bund eine Struktur zur schnellen Kreditzahlung aufbaute und dafür riskante und unbezahlte Rückbürgschaften einging, bestand in der sozialen Verantwortung, Hilfe zur Abfederung der wirtschaftlichen Folgen der Pandemie zu leisten. Der Covid-19-Kredit ähnelt im Charakter einer Subvention oder einer Sozialhilfeleistung. Der Schaden besteht darin, dass aufgrund falscher Angaben in den Kreditanträgen Geldbeträge ausgezahlt wurden, ohne dass die in der aCovid-19-SBüV festgelegten Voraussetzungen für eine Hilfeleistung in der jeweiligen Höhe erfüllt waren.

[53] Der Schaden wird nicht dadurch neutralisiert, dass eine Forderung gegen die unterstützten Unternehmen in der Höhe der Unterstützungsleistung bestand. Denn die Liquidität, die als Darlehen gewährt wird, ist grundsätzlich sicherer und damit werthaltiger als die Rückzahlungsforderung. Das gewerbsmässige Kreditgeschäft trägt diesem Wertunterschied durch Zinsen Rechnung, die unter Berücksichtigung der Bonität, der Sicherheiten und der Laufzeit festgelegt werden. Der Bund wollte dieses Risiko ohne Zinsen, ohne Sicherheiten und ohne Bonitätsprüfung einzig dann eingehen, wenn die in der aCovid-19-SBüV festgelegten und im Covid-19-Kreditantragsformular bestätigten Voraussetzungen für den Anspruch auf einen Hilfskredit erfüllt waren. Soweit der durch absichtliche Täuschung bewirkte Irrtum über diese Voraussetzungen kausal für die Kre-

ditauszahlung war, erlitt der Bund einen Schaden, und zwar unabhängig von der Bonität seiner Schuldnerin im Einzelfall.<sup>9</sup>

[54] Die Tessiner Staatsanwaltschaft legte diesen Zusammenhang als Beschwerdeführerin überzeugend dar. Sie führte aus, dass im Falle der Covid-19-Kredite der Betrug in der Inanspruchnahme des Förderprogramms liege, ohne dass ein Anspruch darauf bestehe, wobei der Schaden darin bestehe, dass das Vermögen des Bürgen in Höhe des Kreditbetrags gefährdet sei, ohne dass der Zweck der Beihilfe durch Übergangskredite erreicht werde (BGE 150 IV 169, E. 6.1.1). Es ist bedauerlich, dass sich das Bundesgericht nicht weiter mit diesen Argumenten der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt hat und den Schaden – wenn auch im Ergebnis zutreffend – mit einer Begründung bestätigt hat, die einer kritischen Analyse nicht standzuhalten vermag.

---

NADJA MAJID, Dr. iur., Rechtsanwältin, ist seit über drei Jahren Mitglied des White-Collar Crime und Litigation Teams bei Kellerhals Carrard und berät und vertritt Klienten in den Bereichen des Wirtschaftsstrafrechts sowie in den Bereichen des Vertragsrechts.

CRISTINA ESS, Rechtsanwältin, MLaw, ist seit über zwei Jahren Mitglied des White-Collar Crime und Litigation Teams bei Kellerhals Carrard und berät und vertritt Klienten in allen Bereichen des Wirtschaftsstrafrechts und des Allgemeinen Strafrechts.

Kellerhals Carrard wurde von den vier anerkannten Bürgschaftsgenossenschaften des Bundes (BG Mitte, BG Ost-Süd, BG SAFFA und Cautionnement romand) mit der juristischen Unterstützung im Rahmen der Missbrauchsbekämpfung im Zusammenhang mit den Covid-19-Krediten mandatiert. Dr. Nadja Majid und Cristina Ess co-leiten das Covid-19-Team von Kellerhals Carrard Zürich, welches die Bürgschaftsgenossenschaften bei der Aufarbeitung des Missbrauchsfälle unterstützt und vertreten diese in zahlreichen Strafverfahren in der gesamten Ostschweiz. Aus Gründen der Transparenz wird offengelegt, dass die Autorinnen an den vorliegend kommentierten Entscheiden des Bundesgerichts sowie an den zugrunde liegenden Strafverfahren nicht direkt mitgewirkt haben.

MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, seit 1998 als Staatsanwalt und seit 2008 zusätzlich als Abteilungsleiter bei der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich für die Klärung von Verdachtsgründen für qualifizierte Wirtschaftskriminalität verantwortlich. Ferner ist er Titularprofessor für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Zürich und Professor an der Zurich Law School ZLS.

---

<sup>9</sup> Vgl. auch das kürzlich ergangene Urteil BGer 6B\_262/2024 vom 27. November 2024, E. 1.6.3, wonach der Schaden zu bejahen ist, wenn die Rückzahlung des Kredits gefährdet war. Dass ein Kredit später zurückgezahlt wurde, schliesst eine Schädigung nicht aus, da ein vorübergehender Schaden genügt.