



Julien Veyrassat

RA lic. iur.,
Lutz Rechtsanwälte, Zürich,
www.lawyerlutz.ch

Kreditgeschäft und GwG: neue Praxis der Kontrollstelle

Welche Kreditgeschäfte im Nichtbankensektor sind dem Geldwäschereigesetz unterstellt, welche sind es nicht? Die Kontrollstelle schafft Erleichterungen für die Praxis.

Am 30. März 2006 hat die Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei ihre neue Praxis zur Unterstellung des Kreditgeschäfts im Nichtbankensektor unter das GwG veröffentlicht. Zugleich hat sie die Verordnung über die berufsmässige Ausübung der Finanzintermediation im Nichtbankensektor (VB-GwG) mit neuen Bestimmungen betreffend das Kreditgeschäft ergänzt (Art. 3 lit. f und Art. 10a VB-GwG, in Kraft seit 1. Mai 2006). Dies gab Anlass, mit diesem Beitrag das Thema Kreditgeschäft und GwG im Nichtbankensektor – unter Berücksichtigung der Neuerungen – aufzugreifen.

1. Einleitung

Dem Geldwäschereigesetz (GwG) unterstehen die in Art. 2 GwG definierten *Finanzintermediäre*. Neben den einer spezialgesetzlichen Aufsicht des Bundes unterstellten Banken, Anlagefondsleitungen, Versicherungen, Effekthändlern und Spielbanken¹ gilt auch als Finanzintermediär, wer berufsmässig fremde Vermögenswerte annimmt oder aufbewahrt oder hilft, sie anzulegen oder zu übertragen (Finanzintermediation im Nichtbankensektor).² Der etwas missverständliche Begriff *Nichtbankensektor* umfasst nur die Finanzintermediäre nach Art. 2 Abs. 3 GwG und klammert damit nicht nur die Banken, sondern auch alle anderen Finanzintermediäre nach Art. 2 Abs. 2 GwG

aus.³ Weiter ist zu präzisieren, dass auch Art. 2 Abs. 3 GwG – wie das GwG überhaupt – nur auf den *Finanzsektor* Anwendung findet.⁴

Wer sich als Finanzintermediär im Nichtbankensektor qualifiziert, muss sich einer Selbstregulierungsorganisation (SRO) anschliessen oder sich direkt der Aufsicht der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei (Kontrollstelle) unterstellen.⁵ Neben dieser Bewilligungs- bzw. Anschlusspflicht treffen den Finanzintermediär die eigentlichen Sorgfalts- und Verhaltenspflichten unter dem GwG.⁶

2. Kreditgeschäft im Nichtbankensektor (Art. 2 Abs. 3 lit. a GwG)

Nach dem exemplarischen Katalog in Art. 2 Abs. 3 GwG⁷ gelten als Finanzintermediäre unter anderem Personen, die «das Kreditgeschäft (namentlich durch Konsum- oder Hypothekarkredite, Factoring, Handelsfinanzierungen oder Finanzierungsleasing) betreiben».⁸ Diese Definition scheint in *umfassender* Weise Kreditgeschäfte aller Art dem GwG zu unterstellen. Es ist aber zu berücksichtigen, dass auch Kreditgeschäfte nur dann vom GwG erfasst werden, wenn sie unter die massgebende Definition von Art. 2 Abs. 3 GwG fallen. Entscheidend ist mithin, ob die fragliche Tätigkeit als Kreditgeschäft zu qualifizieren ist, weiter aber auch, ob sie berufsmässig ausgeübt

wird (erfasst sein soll nur das «Betreiben des Kreditgeschäfts») und ob dabei fremde Vermögenswerte im Spiel sind. Nicht jede Kreditvergabe fällt daher unter das GwG.

2.1. Kreditgeschäft

Kredit ist ein Geschäft, bei dem der Kreditgeber dem Kreditnehmer einen bestimmten Geldbetrag zeitweise zur Verfügung stellt, gegen dessen Verpflichtung, diesen Geldbetrag zu einem bestimmten oder bestimmbaren Zeitpunkt wieder zurückzuzahlen.⁹ Der Begriff Kredit umfasst auch das Darlehen.¹⁰ Die Überlassung der Vermögenswerte erfolgt in der Regel gegen Entgelt. Dies ist aber nicht zwingend notwendig.¹¹ Gemäss der Botschaft des Bundesrates zum GwG will Art. 2 Abs. 3 lit. a GwG diejenigen Tätigkeiten erfassen, «die dem Bankgeschäft ähnlich sind. Der Unterschied liegt darin, dass keine Publikumsgelder entgegengenommen werden und die Refinanzierung in erheblichem Umfang von der Gruppe kommt, obschon eine Tätigkeit im Kreditgeschäft ausgeübt wird».¹² Bei der Unterstellung des Kreditgeschäftes unter das GwG wurde vor allem an Unternehmen gedacht, die keine *Publikumsgelder* entgegennehmen. Irrelevant ist, ob die Kreditstätigkeit mit Fremd- oder Eigenmitteln finanziert wird. Das Geldwäschereirisiko besteht bereits aufgrund der Möglichkeit für den Kreditnehmer, das erhaltene «saubere» Kapital durch Zins- und Amortisations-

zahlungen deliktischer Herkunft zurückzubehalten.¹³

Die Aufzählung in Art. 2 Abs. 3 lit. a GwG (Konsum- und Hypothekarkredite, Factoring, Handelsfinanzierungen und Finanzierungsleasing) ist nicht abschliessend. Art. 2 Abs. 3 lit. a GwG geht von einem *weiten Kreditbegriff* aus. Neben den im GwG exemplarisch aufgeführten Kreditgeschäften¹⁴ lassen sich weitere Kreditformen wie Blankokredit, Lombardkredit, Konsortialkredit, Forfaitierung, usw. anführen.¹⁵ Im Gegensatz zu den Regulierungen der EU und der FATF¹⁶ erfasst das GwG aber nicht auch *Verpflichtungskredite*. Deshalb sind Bürgschaften, Garantien, Akzeptkredite und andere Eventualverpflichtungen zugunsten Dritter keine unterstellten Finanzintermediationsgeschäfte.¹⁷ Erwähnenswert ist schliesslich, dass auch die *Kaufpreisstundung* dem GwG nicht untersteht, da sie nur eine spezielle Form der Zahlungsmodalität und nicht ein eigentliches Kreditgeschäft darstellt.¹⁸

2.2. Berufsmässigkeit

Finanzintermediär im Sinne des Gesetzes ist nur, wer die Annahme, Aufbewahrung, Anlage oder Übertragung fremder Vermögenswerte *berufsmässig* tätigt. Mithin soll nicht jede Person unter das Gesetz fallen, die nur gelegentlich eine dieser Tätigkeiten ausübt. Dieser Gedanke wird auch bei der Formulierung von Art. 2 Abs. 3 lit. a GwG aufgegriffen, welcher nur das «Betreiben des Kreditgeschäfts» dem GwG unterstellt. Berufsmässigkeit umfasst Haupt- und Nebenerwerbstätigkeiten, soweit letztere nicht unbedeutend sind. Damit wird Übereinstimmung mit dem Anwendungsbereich von Art. 305^{ter} des Strafgesetzbuches (StGB)¹⁹ erreicht.²⁰

Trotz des Hinweises in der Botschaft zum GwG auf den Einschluss auch von Nebenerwerbstätigkeiten bleibt der Begriff der Berufsmässigkeit *auslegungsbedürftig*. Die Kontrollstelle hatte daher in einem ersten Schritt eine Reihe von Kriterien für das Vorliegen berufsmässiger Finanzintermediation veröffentlicht. In einem zweiten Schritt hat sie die VB-GwG erlassen. Nach den Art. 4 ff. VB-GwG, welche bis anhin auch für das Kreditgeschäft relevant waren²¹, lag berufsmässige Kreditfähigkeit vor, wenn damit ein jährlicher Zinsertrag von mehr als CHF 20 000.– erzielt wurde, wenn in einem Geschäftsjahr Kreditverhältnisse mit mehr als zehn Kreditnehmern bestanden oder wenn das Kreditvolumen den Schwellenwert von CHF 2 Mio. überstieg.

Mit ihrer Praxisänderung hat die Kontrollstelle auch die VB-GwG teilrevidiert bzw. ergänzt. Für das Betreiben von Kreditgeschäften wird die Schwelle der Berufsmässigkeit neu *gesondert* definiert. Nach der neuen Bestimmung,

Art. 10a VB-GwG (Fassung vom 21. März 2006, in Kraft seit 1. Mai 2006), wird das Kriterium des Erlöses mit demjenigen des Kreditvolumens kombiniert angewendet. Berufsmässige Tätigkeit liegt nur noch dann vor, wenn mit der Kreditfähigkeit

- ein jährlicher Erlös von über CHF 250 000.– erzielt wird, und kumulativ
- zu einem beliebigen Zeitpunkt ein Kreditvolumen von mehr als CHF 5 Mio. vergeben ist.

Als *Erlös* gelten dabei alle Einnahmen aus den Kreditgeschäften unter Abzug des Anteils, welcher der Kreditrückzahlung (Amortisation) dient.²² Die Kriterien gemäss Art. 4 bis 7 VB-GwG sind auf das Kreditgeschäft nicht mehr anwendbar.²³

Die Neuerungen bestehen also zum einen in den auf Verordnungsstufe festgehaltenen *deutlich erhöhten* Grenzwerten für die Annahme berufsmässiger Kreditvergabe (jährlicher Erlös von über CHF 250 000.– und, kumulativ, Kreditvolumen von mehr als CHF 5 Mio.). Weiter führt die Kontrollstelle in ihrer Veröffentlichung vom 30. März 2006 drei Fälle so genannter «einfacher Kreditvergabe» auf, welche sie von den Fällen berufsmässiger Kreditfähigkeit abgrenzt und damit dem GwG nicht unterstellt, und zwar *unabhängig* vom Erreichen der Grenzwerte nach Art. 10a VB-GwG.²⁴ Beides ist vom Grundsatz her begrüssenswert. Art. 10a VB-GwG ermöglicht eine klare allgemeine Grenzziehung zwischen berufsmässiger und nicht berufsmässiger Finanzintermediation. Dass daneben noch Raum für Ausnahmen von der Unterstellung besteht, ist sinnvoll und trägt dem Wortlaut und Zweck des GwG Rechnung (vgl. dazu weiter unten).

2.3. Insbesondere nicht unterstellte «einfache Kreditvergabe»

2.3.1. Kreditvergabe zwischen nahe stehenden Personen

Nach der neuen Praxis der Kontrollstelle fallen Kreditverhältnisse zwischen nahe stehenden Personen nicht in den Geltungsbereich von Art. 2 Abs. 3 lit. a GwG. Als nahe stehende Personen gelten Verwandte und Verschwägerete in gerader Linie, Verwandte bis zum dritten Grad der Seitenlinie, Ehegatten (auch geschiedene), Personen in eingetragener Partnerschaft, Miterben bis zum Abschluss der Erbteilung, Nacherben sowie Nachvermächtnisnehmer nach Art. 488 ZGB (Art. 3 lit. e VB-GwG, Fassung vom 21. März 2006, in Kraft seit 1. Mai 2006).

2.3.2. Kreditvergabe zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer

Während in der Literatur noch die Auffassung vertreten wurde, dass regelmässig gewährte,

verzinsliche Kredite zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern dem GwG unterstellt seien,²⁵ nimmt die Kontrollstelle nun auch solche Kreditverhältnisse vom Anwendungsbereich des GwG aus, und zwar unabhängig vom Verwendungszweck und von der Sicherung des vergebenen Kredits. Voraussetzung für das Vorliegen eines solchen Personaldarlehens ist, dass der Arbeitgeber für den Kreditnehmer aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit sozialversicherungsbeitragspflichtig ist. Diese neue Praxis der Kontrollstelle gilt auch dann, wenn das Kreditverhältnis zu (nicht weisungsgebundenen) Exekutivorganen besteht, da diese nach ständiger bundesgerichtlicher Praxis als unselbstständig Erwerbende eingestuft werden.²⁶

2.3.3. Kreditvergabe zwischen Gesellschaft und Gesellschafter

Bei Kreditverhältnissen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter spielt neben dem Kriterium der Berufsmässigkeit auch dasjenige der *Fremdheit der Vermögenswerte* eine wichtige Rolle. Darauf ist im Folgenden einzugehen.

a) Fremde Vermögenswerte

Finanzintermediär und damit dem Gesetz unterstellt ist nur, wer *fremde* Vermögenswerte u. a. annimmt und aufbewahrt. Fremd sind die Vermögenswerte dann, wenn sie im *rechtlichen* Eigentum eines anderen sind.²⁷ Massgebend ist damit grundsätzlich die rechtliche und nicht die wirtschaftliche Betrachtungsweise. Letztere kann sich aber in begründeten Einzelfällen aufdrängen, so insbesondere im Konzernverhältnis. Verwaltet die Konzernfinanzgesellschaft Konzernvermögen, so handelt es sich zwar rechtlich um fremdes Vermögen, trotzdem wird keine Finanzintermediation angenommen.²⁸ Überhaupt nimmt die Kontrollstelle alle Finanzintermediationsgeschäfte, die eine Konzerngesellschaft für andere Gesellschaften desselben Konzerns erbringt, vom Geltungsbereich des GwG aus, da sie den Konzern als Einheit betrachtet. Werden also sowohl die kreditgebende wie auch die kreditnehmende Gesellschaft innerhalb der gleichen Gruppe konsolidiert, wird auf eine Unterstellung verzichtet.²⁹

b) Massgebliche Beteiligung

Ähnlich wie beim Konzernverhältnis kann sich eine *wirtschaftliche Betrachtungsweise* auch im Fall der Kreditvergabe zwischen Gesellschaft und Gesellschafter aufdrängen. Nach der revidierten Praxis der Kontrollstelle fallen Kreditverhältnisse zwischen Gesellschaft und Gesellschafter nicht in den Geltungsbereich von Art. 2 Abs. 3 lit. a GwG, wenn der Gesellschafter an der Gesellschaft «massgeblich be-

teiligt ist. Dabei ist es unerheblich, ob die Gesellschaft oder der Gesellschafter als Kreditgeber auftritt.»³⁰ Die Kontrollstelle hat damit die unter ihrer früheren Praxis geltende kumulative Voraussetzung der Verfügung über die absolute Mehrheit sowohl der Stimmen als auch des Gesellschaftskapitals durch das Kriterium der «massgeblichen Beteiligung» ersetzt. Eine «massgebliche Beteiligung» ist gegeben, wenn der Gesellschafter direkt oder indirekt mindestens 10% des Gesellschaftskapitals und/oder (!) der Stimmen einer Gesellschaft hält. Zur Ermittlung der Höhe der Beteiligung stellt die Kontrollstelle neu nicht mehr nur auf das Aktien-, sondern auch – und zu Recht – auf das Partizipationskapital ab (nicht aber auf das Genussscheinkapital). Die Mindestbeteiligung von 10% muss während der gesamten Kreditdauer gegeben sein. Diese neue Praxis gilt auch für *andere juristische Personen*, bei denen eine kapital- oder stimmenmässige Beteiligung möglich ist (AG, Kommandit-AG, GmbH und Genossenschaft). Kreditverhältnisse zwischen *Kollektiv- oder Kommanditgesellschaften* und ihren Gesellschaftern sind ebenfalls nicht dem GwG unterstellt. Eine Ausnahme gilt im Verhältnis Kommanditgesellschaft und Kommanditär, wenn dieser nicht über eine massgebliche Beteiligung an der Gesellschaft oder nicht mindestens über 10% der Stimmen verfügt.³¹

c) Stiftungen und Vereine

Da bei *Stiftungen* und *Vereinen* grundsätzlich keine Beteiligungen möglich sind, sind Kreditgeschäfte mit diesen juristischen Personen dem GwG unterstellt. In ihrer neuen Praxis statuiert die Kontrollstelle jedoch die folgenden Ausnahmen:

- Kreditgewährung einer Stiftung an einen Begünstigten gemäss Stiftungsurkunde
- Kreditvergabe von Familienstiftungen an Begünstigte gemäss Stiftungsurkunde sowie Kreditvergabe im umgekehrten Verhältnis
- Kreditvergabe eines als gemeinnützig anerkannten und steuerbefreiten Vereins, soweit im Rahmen des gemeinnützigen Vereinszweckes ausgeübt

d) Gemeinschaftliches Eigentum an Aktien

Weiter geht die Kontrollstelle in ihrer Veröffentlichung vom 30. März 2006 auf eine Reihe von Einzelfragen ein,³² welche für die Praxis von Bedeutung sind. Im Falle von Miteigentum an Aktien fällt ein Kreditverhältnis zwischen der Gesellschaft und der Person, die Aktien im Miteigentum zusammen mit anderen hält, nicht unter das GwG, wenn der Aktienanteil dieser Person (Miteigentumsanteil) mindestens 10% des Kapitals oder der Stimmen der Gesellschaft ausmacht. Als Grund hierfür führt die Kon-

trollstelle den Anspruch eines Miteigentümers eines Aktienpaketes auf sofortige und vereinbarte Aufhebung des Miteigentums an sowie sein Recht, über die ihm bei einer Teilung zustehende Anzahl von Titeln jederzeit und ohne Einholung des Einverständnisses der anderen Miteigentümer verfügen zu können. Damit ist der Miteigentümer wie der Alleineigentümer zu behandeln.

Anders, so die Kontrollstelle, beim *Gesamteigentum*: Namentlich im Falle der Erbengemeinschaft gelte diese (und nicht etwa die einzelnen Personen) als Aktionärin, weshalb die einzelnen Personen der Gesamteigentümergesellschaft sich nicht auf das im Gesamteigentum stehende Aktienpaket berufen könnten. Kreditverhältnisse zwischen der Gesellschaft und einem einzelnen Gesamteigentümer sind daher gemäss Kontrollstelle dem GwG unterstellt. Bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise, wie sie im Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter angezeigt ist, erscheint diese Begründung allerdings fraglich. Auch wenn die Erbengemeinschaft als Aktionärin behandelt wird, liegt die wirtschaftliche Berechtigung an den Aktien ja nicht bei ihr (sie verfügt nicht über eigene Rechtspersönlichkeit), sondern bei den Gesamteigentümern (im Falle der Erbengemeinschaft bei den Erben). Für eine unterschiedliche Behandlung von Mit- und Gesamteigentümern spricht daher höchstens, dass der Gesamteigentümer im Gegensatz zum Miteigentümer nicht individuell über einen bestimmten Anteil der Aktien verfügen kann (Art. 653 ZGB) und dass beim Gesamteigentum die Teilung bzw. Aufhebung erschwert ist. Doch ändern auch diese Kriterien nichts daran, dass die Gesamteigentümer und nicht die Gesamthandschaft wirtschaftlich Berechtigte sind. Beträgt der durch die Anzahl Mitglieder dividierte Aktienanteil der Gesamthandschaft mindestens 10% des Kapitals oder der Stimmen der Gesellschaft, wären damit meines Erachtens auch Kreditverhältnisse zwischen der Gesellschaft und diesen Personen dem GwG nicht zu unterstellen.

e) Nutzniessung, Pfandrecht und treuhänderisches Eigentum an Aktien

Aufgrund der mit der *Nutzniessung* im Sinne von Art. 745 ff. ZGB verbundenen Wirkungen sind Kreditverhältnisse zwischen einer Gesellschaft und einem Nutzniesser an den betreffenden Aktien hinsichtlich Unterstellung unter das GwG gleich zu behandeln wie diejenigen zwischen einer Gesellschaft und dem (vollen) Aktionär (vgl. auch Art. 690 Abs. 2 OR). Anders jedoch bei *Pfandrechten* an Aktien. Der Pfandgläubiger hat keinerlei Aktionärsrechte. Die Besitzesübertragung hat blosser Sicherungsfunktion. Aus diesem Grund sind Kreditver-

hältnisse zwischen dem Pfandgläubiger und der Gesellschaft, deren Aktien Pfandgegenstand sind, dem GwG unterstellt. Auch das Kreditverhältnis zwischen dem *treuhänderischen* Eigentümer von Aktien und der Gesellschaft ist, unabhängig von der Höhe des treuhänderisch gehaltenen Aktienanteils, dem GwG unterstellt. Der Treuhänder übt sein (lediglich) rechtliches Eigentum auf Weisung des wirtschaftlichen Eigentümers aus. Eine Ausnahme von der Unterstellung rechtfertigt sich daher nicht.

f) Aktionärbindungsverträge

Schliesslich geht die Kontrollstelle auch noch auf Aktionärbindungsvertragsverhältnisse ein. Da diese regelmässig auf Stimmbindungen der Aktionäre ausgerichtet sind, unterstehen Kreditverhältnisse zwischen der einfachen Gesellschaft, welche die am Aktionärbindungsvertrag beteiligten Aktionäre regelmässig bilden, und der Aktiengesellschaft dem GwG dann nicht, wenn in dieser einfachen Gesellschaft mindestens 10% der Stimmen an der Aktiengesellschaft verkörpert sind. Erteilt hingegen der einzelne stimmrechtsgebundene Aktionär, der selber weniger als 10% der Stimmen hält, den Kredit oder erhält er ihn, kann er sich nicht auf das Gesamteigentum der einfachen Gesellschaft berufen und ist dem GwG unterstellt.

g) Einzelfirma

Zuletzt ist auch noch festzuhalten, dass ein Kreditverhältnis zwischen dem Inhaber einer Einzelfirma und seiner Unternehmung nie als Finanzintermediation gilt, da zwischen dem Vermögen des Inhabers und demjenigen der Unternehmung sowohl rechtliche als auch wirtschaftliche Einheit besteht.³³

2.4. Weitere Fälle nicht unterstellter Kreditvergabe

Es ist zu prüfen, ob noch weitere Fälle «einfacher Kreditvergabe» bestehen, welche ebenfalls vom Anwendungsbereich des GwG ausgenommen wären.

Dazu sind zunächst die Gründe zu analysieren, welche die Kontrollstelle für die von ihr erläuterten Ausnahmen anführt. In ihrer Veröffentlichung vom 30. März 2006 zieht sie die Grenze zwischen «den auf *Profit* ausgerichteten Geschäften» und den «Tätigkeiten, welche vornehmlich andere Ziele verfolgen und damit nicht bankähnlichen Charakter aufweisen (einfache Kreditvergabe)»; berufsmässige Kreditfähigkeit sei auf Profit ausgerichtet und falle damit unter den Geltungsbereich des GwG, nicht aber die einfache Kreditvergabe.³⁴ Das Abgrenzungskriterium der Profitausrichtung besticht aber nur bedingt. Berufsmässigkeit

kann (und wird zwar auch in den meisten Fällen), muss aber *nicht* zugleich auch Gewinnstrebigkeit bedeuten. Weiter müsste die Kontrollstelle mit dieser Begründung konsequenterweise auch alle anderen Kreditgeschäfte, welche unter die Generalklausel von Art. 10a VB-GwG fallen, darauf untersuchen, ob sie auf Profiterzielung ausgerichtet sind oder nicht: Ein jährlicher Ertrag von CHF 250 000.– (Art. 10a VB-GwG) bedeutet für sich allein noch nicht, dass das fragliche Kreditportfolio Gewinn abwirft bzw. auf Profit ausgerichtet ist. Für diese Frage ist viel mehr die Differenz zwischen Ertrag und Refinanzierungskosten massgebend. Schliesslich ist auch nicht ausgeschlossen, dass ein Unternehmen mit Personaldarlehen Gewinn erzielen kann, selbst wenn es diese zu Vorzugskonditionen gewährt. Das Kriterium der Profiterzielung taugt daher nur beschränkt zur Abgrenzung zwischen berufsmässiger und nicht berufsmässiger Finanzintermediation.

Dennoch bestehen gute Gründe für die von der Kontrollstelle erläuterten, aber auch für *weitere*, von ihr nicht genannte Ausnahmen. Wie bereits erwähnt, erfasst berufsmässige Finanzintermediation Haupt- und Nebenerwerbstätigkeiten.³⁵ Die Begriffe der Berufsmässigkeit und Erwerbstätigkeit werden in Art. 2 Abs. 3 lit. a GwG konkretisiert. Danach gelten als Finanzintermediäre Personen, die «das Kreditgeschäft [...] betreiben». Generelle Voraussetzung für die Unterstellung ist also, dass die Kreditvergabe eine eigentliche Geschäftstätigkeit darstellt, sei diese nun auf Gewinnerzielung ausgerichtet oder nicht. Entgegen der Kontrollstelle³⁶ ist unter «bankähnlich» daher nicht vordergründig die Profiterzielung zu verstehen, sondern das *Betreiben einer Geschäftstätigkeit*. Dagegen soll die nur *gelegentlich* erfolgende Kreditvergabe nicht unter das Gesetz fallen, selbst wenn damit die Grenzwerte nach Art. 10a VB-GwG überschritten werden. In jedem konkreten Fall muss daher geprüft werden, ob die in Art. 10a VB-GwG festgelegten Grenzen überschritten sind. Alsdann muss in einem zweiten Schritt untersucht werden, ob Kreditvergabe im Sinne eines Geschäftsbetriebes vorliegt. Erst wenn auch dieses Kriterium erfüllt ist, liegt eine berufsmässig ausgeübte und damit unterstellungspflichtige Tätigkeit vor. Letzteres Kriterium geht in jedem Fall den Grenzwerten in Art. 10a VB-GwG vor, da es auf Gesetzes- und damit auf übergeordneter Stufe normiert ist. Es ist dabei in Kauf zu nehmen, dass für die Frage der Unterstellung nicht nur auf starre Regeln (quantitative Schwellenwerte) abgestellt werden kann.

Gewähren sich etwa Geschäftspartner Kredite in einer nach Art. 10a VB-GwG relevanten

Höhe, um ein Unternehmen aufzubauen oder zu sanieren, kann eine solche Kreditvergabe – vergleichbar mit dem Gewähren von Personaldarlehen – nicht ohne Weiteres als «Betreiben eines Kreditgeschäfts» bezeichnet werden. Auch Kreditverhältnisse zwischen Privaten können nicht schon dann als berufsmässige Kreditvergabe qualifiziert werden, sobald die Grenzwerte nach Art. 10a GwG überschritten werden; eine Ausnahme von der Unterstellung lässt sich mit anderen Worten im privaten Bereich nicht nur für die Kreditvergabe zwischen nahe stehenden Personen begründen. Entsprechend dem Wortlaut des Gesetzes sind also sämtliche Fälle, in denen mit der Kredit-tätigkeit nicht ein eigentliches Geschäft betrieben wird, vom Anwendungsbereich des GwG auszunehmen. Dies erfordert eine Prüfung im Einzelfall. Eine vorweg vorgenommene Eingrenzung auf bestimmte Kategorien ist meines Erachtens nicht zulässig.

Für eine Unterstellung unter das GwG ist demnach ein *Dreifaches* erforderlich: Mit der Kreditvergabe wird (i) ein jährlicher Erlös von über CHF 250 000.– erzielt und (ii) das Kreditvolumen übersteigt den Grenzwert von CHF 5 Mio.; schliesslich (iii) muss Kreditvergabe im Sinne eines Geschäftsbetriebes vorliegen.

3. Zusammenfassung

Das Kreditgeschäft ist dem GwG unterstellt, wenn es berufsmässig ausgeübt wird und dabei fremde Vermögenswerte involviert sind. Mit dem am 1. Mai 2006 in Kraft getretenen Art. 10a VB-GwG hat die Kontrollstelle deutlich höhere Grenzwerte für die Annahme berufsmässiger Kredit-tätigkeit festgelegt, welche überdies eine Qualifikation im Einzelfall auf einfachem Wege ermöglichen. Ein unerwartetes «Hineinrutschen» unter den Anwendungs-

→ Für eilige Leser

GwG-Unterstellung: Lockerungen beim Kreditgeschäft

Grundsätzlich hat die Kontrollstelle gemäss Art. 2 Abs. 3 Bst. a. GwG jedes Kreditgeschäft dem GwG unterstellt. Am 15. September 2002 hat sie jedoch Schwellenwerte unter dem Kriterium der «Berufsmässigkeit» erlassen (SR 955.20, VB-GwG). Bis anhin galt demnach als Finanzintermediär, wenn ein Aktionär «seiner AG» ein Darlehen gewährte, falls er nicht die absolute Mehrheit sowohl der Stimmen als auch des Gesellschaftskapitals hielt.

Neu ab 1. Mai 2006: Art. 10a VB-GwG

Die Schwellenwerte der Berufsmässigkeit wurden (nur für die Kreditgeschäfte) wie folgt angehoben: Als «berufsmässig» gelten Kreditgeschäfte mit einem Gesamtvolumen von über 5 Mio. Fr. und einem Erlös pro Kalenderjahr von über Fr. 250 000.– (Art. 10a VB-GwG). Gar nicht unterstellt sind Kredite bei folgenden Kriterien:

- Kreditvergabe zwischen Gesellschaft und Gesellschafter, falls dieser über eine massgebliche Beteiligung verfügt (= mindestens 10% der Stimmen oder des Gesellschaftskapitals),
- Kreditvergabe zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer,
- Kreditvergabe zwischen nahe stehenden Personen (gemäss Definition nach VB-GwG = Verwandte und Verschwägere in gerader Linie, Verwandte bis zum 3. Grad der Seitenlinie, Ehegatten (auch geschiedene), Personen in eingetragener Partnerschaft, Miterben bis zum Abschluss der Erbteilung, Nacherben und Nachvermächtnisnehmer nach Art. 488 ZGB)

Einsatz des STVIUSF hat sich gelohnt

Der STVIUSF hatte schon immer die Unterstellung von Darlehen mit einem Zinsertrag von über Fr. 20 000.– (= Kreditgeschäfte) unter das GwG als sehr fragwürdig kritisiert. Insbesondere bei KMU waren solche Darlehen zur Überbrückung von Liquiditätsengpässen innerhalb einer AG nicht selten. Dass hier eine GwG-Unterstellung kaum Sinn machte, lag auf der Hand. In der Arbeitsgruppe «Geldwäschereibekämpfung» der *economiesuisse* (unser Vertreter: Christian Herrmann) hat die SRO-STVIUSF im Mandat des STVIUSF und des Schweizerischen Gewerbeverbandes SGV diese «alte» Unterstellungspraxis klar kritisiert. Die Arbeitsgruppe hat den Kontakt zur Kontrollstelle gesucht und nun mit dem Resultat des erhöhten Schwellenwertes einen beachtlichen Teilerfolg erzielt. Die KMU-Betriebe sind nun weitgehend von der Unterstellungspflicht verschont. Der Einsatz des STVIUSF hat sich somit gelohnt.

(Erich Schibli, lic.iur., Geschäftsführer SRO-STVIUSF)

bereich des GwG, wie dies unter den zuvor massgeblichen Art. 4 bis 7 VB-GwG noch der Fall war, dürfte nunmehr ausgeschlossen sein, was sehr begrüssenswert ist.

Doch selbst bei Überschreitung der Grenzwerte bleibt Raum für Ausnahmen von der Unterstellung. Während die Kontrollstelle diese Ausnahmen in ihrer revidierten Praxis auf drei Fälle «einfacher Kreditvergabe» (Kreditvergabe zwischen Gesellschaft und Gesellschafter, Arbeitgeber und Arbeitnehmer und zwischen nahe stehenden Personen) begrenzt, wird mit diesem Beitrag für einen *offenen* Katalog von Ausnahmen plädiert. Nur wenn die Kreditvergabe im konkreten Fall auch eine eigentliche Geschäftstätigkeit darstellt, soll sie unter den Anwendungsbereich des GwG fallen. Eine fixe Kategorisierung bringt zwar unwidersprochen Vorteile bei der Prüfung der Unterstellungspflicht mit sich, trägt dem Gesetzeswortlaut (Personen, die «das Kreditgeschäft [...] betreiben») und auch dem Zweck des GwG aber zu wenig Rechnung.

Es ist zu hoffen, dass die Kontrollstelle diese Überlegungen bei der Umsetzung ihrer neuen Praxis berücksichtigt wird. ■

¹ Art. 2 Abs. 2 GwG.

² Art. 2 Abs. 3 GwG.

³ Vgl. etwa die vollständige Bezeichnung der VB-GwG: «Verordnung der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei vom 20. August 2002 über die berufsmässige Ausübung der Finanzintermediation im Nichtbankensektor»; die VB-GwG betrifft ausschliesslich die Finanzintermediäre nach Art. 2 Abs. 3 GwG (Art. 1 VB-GwG); vgl. auch Praxis der Kontrollstelle «Der persönliche und räumliche Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes im Nichtbankensektor» vom 22. Dezember 2004 (nachstehend zit. Unterstellungskommentar Kst), S. 5.

⁴ Was bereits aus dem vollständigen Titel des Gesetzes hervorgeht: «Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG)»; *Rohr*, Bin ich Finanzintermediär? Ein Handbuch zur Auslegung von Art. 2 Abs. 3 GwG, Bern 2004, S. 6.

⁵ Art. 11 und 13 f. GwG; Anwälte und Notare können sich allerdings nicht direkt der Kontrollstelle unterstellen, sie müssen sich einer SRO anschliessen (Art. 14 Abs. 3 GwG).

⁶ Art. 3–10 und 14 GwG enthalten die *Grundzüge* dieser Pflichten. Die Einzelheiten sind Gegenstand der Verordnung der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei über die Pflichten der ihr direkt unterstellten Finanzintermediäre (GwV Kst, massgebend im Falle einer Direktunterstellung) und der Reglemente und Satzungen der jeweiligen SRO.

⁷ Die Aufzählung ist nicht abschliessend.

⁸ Art. 2 Abs. 3 lit. a GwG.

⁹ *Emch/Renz/Arpagaus*, Das Schweizerische Bankgeschäft, 6. Auflage, Zürich 2004, S. 234.

¹⁰ Beim Darlehen (in der Bankenpraxis der sog. *feste Vorschuss*) stellt der Kreditgeber dem Kreditnehmer im Sinne der Legaldefinition Art. 312 OR die gesamte Darlehensvaluta von Anfang an zur Verfügung. Anders etwa der Kontokorrentkredit, bei welchem der Kreditgeber dem Kreditnehmer eine Limite einräumt, innerhalb welcher dieser Bezüge tätigen kann (vgl. *De Capitani*, in: Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Herausgeber *Niklaus Schmid*, Band II, Zürich 2002, S. 677 f.).

¹¹ *Rohr*, a.a.O., S. 30.

¹² Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor vom 17. Juni 1996, BBl 1996 Bd. III (nachstehend zit. Botschaft GwG), S. 1118.

¹³ Praxis der Kontrollstelle «Die Unterstellung des Kreditgeschäfts unter das Geldwäschereigesetz» vom 30. März 2006 (nachstehend zit. Praxis der Kontrollstelle vom 30. März 2006), S. 1 mit Hinweisen; *Rohr*, a.a.O.

¹⁴ Zur Definition der einzelnen Kreditarten vgl. *Emch/Renz/Arpagaus*, a.a.O., S. 249 ff., *De Capitani*, a.a.O., S. 678 ff., *Rohr*, a.a.O., S. 31 ff.; vgl. auch die gesetzliche Definition des Konsumkredites in Art. 1 ff. des Bundesgesetzes vom 23. März 2001 über den Konsumkredit (KKG).

¹⁵ *De Capitani*, a.a.O., S. 680 f.; Unterstellungskommentar Kst, S. 13 ff.; *Rohr*, a.a.O., S. 35 ff.; Praxis der Kontrollstelle vom 30. März 2006, S. 8 ff.

¹⁶ Financial Action Task Force on Money-laundering, ein zwischenstaatliches Gremium, dessen Zweck darin besteht, Politiken zur Bekämpfung der Geldwäscherei zu entwickeln und zu fördern (Praxis der Kontrollstelle vom 30. März 2006, S. 1 FN 6).

¹⁷ Botschaft GwG, S. 1117; Praxis der Kontrollstelle vom 30. März 2006, S. 1 f.

¹⁸ Praxis der Kontrollstelle vom 30. März 2006, S. 9.

¹⁹ Tatbestand der mangelnden Sorgfalt bei Finanzgeschäften.

²⁰ Botschaft GwG, S. 1117; *De Capitani*, a.a.O., S. 668.

²¹ Vgl. etwa *Rohr*, a.a.O., S. 32.

²² Art. 3 lit. f VB-GwG (Fassung vom 21. März 2006, in Kraft seit 1. Mai 2006).

²³ Praxis der Kontrollstelle vom 30. März 2006, S. 14.

²⁴ Praxis der Kontrollstelle vom 30. März 2006, S. 2 ff.

²⁵ *De Capitani*, a.a.O., S. 681.

²⁶ Praxis der Kontrollstelle vom 30. März 2006, S. 7 f.

²⁷ So erfolgt im Normalfall etwa die Rück- oder Abzahlung eines Kredites durch Übertragung von Geld aus dem Eigentum des Kreditnehmers (oder eines Dritten) in dasjenige des Kreditgebers. Letzterer nimmt damit fremde Vermögenswerte an.

²⁸ *Rohr*, a.a.O., S. 8 f.; *Thelesklav/Wyss/Zollinger*, GwG Geldwäschereigesetz, Kurzkommentar, Zürich 2003, GwG Art. 2 N 13.

²⁹ Unterstellungskommentar Kst, S. 15, 39 f.

³⁰ Praxis der Kontrollstelle vom 30. März 2006, S. 2.

³¹ Praxis der Kontrollstelle vom 30. März 2006, S. 2 f.

³² Praxis der Kontrollstelle vom 30. März 2006, S. 4 ff.

³³ Praxis der Kontrollstelle vom 30. März 2006, S. 3.

³⁴ Praxis der Kontrollstelle vom 30. März 2006, S. 2.

³⁵ Vgl. Botschaft GwG, S. 1117.

³⁶ Praxis der Kontrollstelle vom 30. März 2006, S. 2.

La traduction française complète paraîtra dans le numéro 2006/4 du TREX. Elle sera déjà accessible à mi-juin sur le site www.trex.ch

→ Pour les lecteurs pressés

Assujettissement à la LBA: allègements pour les affaires de crédit

En principe et conformément à l'art. 2, al. 3, lit. A LBA, l'organe d'autorégulation considérait que toutes les opérations de crédit étaient assujetties à la LBA. Le 15 septembre 2002, il a toutefois édicté des critères limites en matière «d'activité à titre professionnel» (RS 955.20, OAP-LBA). L'assujettissement demeurerait même lorsqu'un actionnaire octroyait un prêt à «son SA» au cas où il ne détenait pas à la fois la majorité des voix à la SA et la majorité du capital-social.

Nouveau à partir du 1^{er} mai 2006: art. 10a OAP-LBA

Les critères limites d'activité à titre professionnel ont été modifiés comme suit (uniquement pour les affaires de crédit): sont considérées comme «réalisées à titre professionnel» les opérations de crédit d'un volume global supérieur à 5 millions de francs et d'un revenu par année civile supérieur à Fr. 250 000.– (art. 10a OAP-LBA). Les crédits ne sont pas du tout assujettis dans les cas suivants:

- Octroi de crédits entre société et sociétaire si ce dernier détient un participation déterminante (= au moins 10% des voix ou du capital-social),
- Octroi d'un crédit entre employeur et employés,
- Octroi de crédit entre proches (selon la définition OAP-LBA = des parents et alliés en ligne directe, des parents en ligne collatérale jusqu'au troisième degré, des conjoints [même divorcés], des personnes vivant dans le cadre d'un partenariat enregistré, des cohéritiers jusqu'à la clôture du partage successoral et des appelés et des substitués du légataire au sens de l'art. 488 CC)

L'engagement STVIUSF a porté ses fruits

La STVIUSF a depuis toujours critiqué le fait que les crédits d'un revenu d'intérêt supérieur à Fr. 20 000.– (= opérations de crédit) soient assujettis à la LBA. De tels prêts sont en effet assez fréquents auprès des PME où ils permettent de surmonter des problèmes de liquidités momentanés au sein d'une SA. Il était évident qu'assujettir de telles opérations à la LBA n'avait aucun sens. Au sein du groupe de travail «lutte contre le blanchiment d'argent» d'économiesuisse (notre représentant: Christian Herrmann), l'OAC STVIUSF a clairement critiqué cette «ancienne» pratique d'assujettissement, sur mandat du STVIUSF et de l'Union Suisse des Arts et Métiers. Le groupe de travail a pris contact avec l'organe de contrôle et vient d'obtenir un remarquable succès partiel avec ces critères limites d'assujettissement moins stricts. Les PME sont ainsi épargnées de l'obligation d'assujettissement. L'engagement du STVIUSF a donc porté ses fruits.

(Erich Schibli, lic.iur., directeur OAC STVIUSF)