



# SRO-SLVASSL

⊕ Selbstregulierungsorganisation des Schweizerischen Leasingverbandes SRO/SLV

## Einschreiben

Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA  
Herren Franz Stirnimann und  
Léonard Bôle  
Einsteinstrasse 2  
3003 Bern

FINMA		
OPS	26. JULI 2010	SB
Mg		
Bemerkung:		FLY

Zürich, 23. Juli 2010  
X0454268.doc

## Anhörung zum Rundschreiben „Finanzintermediation im Sinne des Geldwäschereigesetzes“

Sehr geehrte Herren

Über das Forum-SRO wurden wir mit Schreiben vom 10. Juni 2010 eingeladen, zum Entwurf des oben genannten Rundschreibens der FINMA Stellung zu nehmen. Wir danken Ihnen dafür und benützen die Gelegenheit zur Stellungnahme gerne. Die im genannten Schreiben angesetzte Frist zur Stellungnahme bis 12. Juli 2010 wurde der SRO/SLV freundlicherweise bis und mit 23. Juli 2010 erstreckt. Die heutige Eingabe erfolgt demnach fristgemäss.

In den nachfolgenden Ausführungen beschränken wir uns darauf, nebst einer Vorbemerkung zur Form und zum Inhalt des Rundschreibens speziell zu den das Leasinggeschäft (direkt oder indirekt) betreffenden Themen Stellung zu nehmen.

### 1. Vorbemerkung zu Form und Inhalt des Rundschreibens

Die FINMA wurde in Art. 12 VBF ermächtigt, Ausführungsbestimmungen zur bundesrätlichen Verordnung zu erlassen. Dass dafür die Form eines Rundschreibens gewählt wurde, erscheint uns bezüglich der Normenhierarchie stufengerecht.

Hingegen wäre es sinnvoll gewesen, wesentlich mehr Inhalt aus dem von der Eidg. Kontrollstelle erarbeiteten Unterstellungskommentar, namentlich die dort aufgeführten Beispiele und tabellarischen Übersichten über unterstellte und nicht unterstellte Tätigkeiten, zu übernehmen. Man hätte wohl mit Vorteil diesen Kommentar mit Bezug auf die (erklärermassen wenigen) Neuerungen in der VBF überarbeitet, an Stelle einer Neufassung mit deutlich weniger Erklärungen für Einzelfragen. Die entsprechende Kritik der SRO VQF in ihrer Eingabe vom 8.7.2010 teilen wir grundsätzlich.

### 2. Zu Ziff. III. A. c Handelsfinanzierungen (Rz. 27 f. RS)

Die hier enthaltene Definition des Finanzierungsleasinggeschäftes entspricht der bisherigen Praxis der Kontrollstelle, indem der Einbezug der Leasinggesellschaft als dritte Partei und

damit das Vorliegen eines Dreiparteiengeschäftes als typwesentlich für das Finanzierungsleasing angesehen wird. Das Direkt- oder Herstellerleasing wird demzufolge als dem GwG nicht unterstelltes Geschäft bezeichnet.

Diese Meinung scheint auch aus dem Kurzkomentar des Bundesrates zur VBF zum Ausdruck zu kommen, indem dort zu Art. 3 vermerkt ist:

„Nicht als Kreditgeschäft gelten weiter insbesondere Geschäfte, die nicht (im Wesentlichen) auf Profit ausgerichtet sind:

- ...;

- die Gewährung von Krediten, die akzessorisch zu einem anderen Rechtsgeschäft erfolgen (Bst. f). Darunter sind etwa Zahlungsaufschübe zu verstehen, die einzelnen Kunden im Zusammenhang mit einem Warenkauf gewährt werden. Sie sind entweder als Zahlungsmodalität zu betrachten oder stellen ein direktes Leasingverhältnis dar, welches nicht erfasst wird.“

(Zitat aus Kurzkomentar zur VBF, S. 4 unten/5 oben).

Genau betrachtet hat aber der Bundesrat nur ausgesagt, dass ein Kredit, der nicht im Wesentlichen auf Profit ausgerichtet und als Zahlungsmodalität anzusehen ist, auch in einem direkten Leasingverhältnis erblickt werden kann. Er hat nicht einfach das Direkt- oder Herstellerleasing generell von einer GwG-Unterstellung ausgenommen, sondern nur (zu Recht) das akzessorische Kreditgeschäft, welches auch in einem direkten Leasingverhältnis zum Ausdruck kommen kann. Dies ist sicher nicht bereits dann der Fall, wenn an einem ganz normalen Leasinggeschäft nur zwei statt (wie mindestens bisher üblich) drei Parteien beteiligt sind. Denn normalerweise sind an einem Kreditgeschäft nur zwei Parteien beteiligt. Die Anzahl beteiligter Parteien kann also niemals ein Abgrenzungskriterium für die Frage sein, ob ein Kreditgeschäft vorliegt oder nicht.

Die Feststellung der FINMA in Rz 28 ist deshalb falsch, dass nämlich das Direktleasing, bei dem der Hersteller oder Lieferant auch Leasinggeber ist, dem GwG nicht unterstellt sei. Dies ist nach der zitierten Festlegung des Bundesrates im Kurzkomentar nur dann der Fall, wenn sich das Direktleasinggeschäft als akzessorisches Kreditgeschäft erweist. Dies ist an Hand der gleichen Kriterien zu prüfen, wie bei anderen Kreditgeschäften (vgl. dazu die nachstehenden Bemerkungen).

### 3. **Zu Ziff. III. B. f Akzessorische Kreditgewährung (Rz. 38 – 43 RS)**

Richtig ist die Bemerkung in Rz. 40 RS, dass Kredite einer Konzerngesellschaft für eine Drittpartei nicht als akzessorisch gelten. Dies hat der Bundesrat in seinem Kurzkomentar zu Art. 1 Bst. e VBF klar zum Ausdruck gebracht. Es verbietet sich demnach eine so genannte Konzernbetrachtungsweise, wonach der Lieferant und der Leasinggeber als eine Partei gelten, wenn beide als eigenständige Gesellschaft existieren, aber dem gleichen Konzern angehören.

Zu begrüßen ist auch die Regelung in Rz. 42 RS, wonach die Geldmittel für die Kreditgewährung aus den allgemeinen Mitteln des Erbringers der Hauptleistung stammen müssen und insbesondere das Back-to-back-Leasing dem GwG unterstellt ist.

Nicht befriedigend resp. unrichtig sind die allgemein formulierten Kriterien in Rzn. 39 und 41 RS sowie die Beispiele in Rz. 43 RS. Dazu ist folgendes auszuführen:

- 3.1. In Rz. 39 RS wird der Zweck des Vertragsverhältnisses hervorgehoben, welcher das Erbringen Sach- oder Dienstleistung sein müsse, die nicht dem Finanzsektor zuzurechnen ist. Diese Abgrenzung ist insofern nicht ganz korrekt, als es auch Dienstleistungen im Finanzsektor gibt, die nicht dem GwG unterstehen (z.B. das Inkasso; vgl. Rzn.7 -9 RS). Besser wäre es, den Zweck des Hauptgeschäftes zu umschreiben als „eine dem GwG nicht unterstellte Tätigkeit“.
- 3.2. In Rz. 41 RS wird das Wesen der Akzessorietät inhaltlich korrekt umschrieben. Der Verweis auf eine Beurteilung im Einzelfall ist sodann nachvollziehbar. Doch sind damit keinerlei Kriterien ersichtlich, die es dem potenziellen FI erlauben würden, selbst eine Einschätzung vorzunehmen, ob er nun dem GwG untersteht oder nicht. Es müsste aber das Ziel des Rundschreibens sein, hier Klarheit zu schaffen. Zu diesem Zwecke wird es nötig sein, quantitative Kriterien einzuführen, welche den Nachteil der Schematisierung haben und weniger perfekte Einzelfallgerechtigkeit zulassen, aber den unbestreitbaren Vorteil der Klarheit und Transparenz haben (vgl. dazu die Ausführungen unter Ziff. 3.4 und 3.5 unten).
- 3.3. Die in Rz. 43 RS als Beispiele einer akzessorischen Kreditgewährung aufgeführten *Abzahlungsverträge* und *Direktleasinggeschäfte* sind per se keine akzessorischen Geschäfte. Denn sie treten nicht zu einem anderen Geschäft hinzu und sind auch nicht einem Hauptgeschäft untergeordnet. Die FINMA setzt sich mit diesen Beispielen Widerspruch zur korrekten Definition akzessorischer Rechtsgeschäfte in Rz. 41 RS:

- Ein *Abzahlungsvertrag* ist ein in sich geschlossenes Geschäft, das bis zum Inkrafttreten des Konsumkreditgesetzes sogar im Obligationenrecht geregelt war (Art. 226a ff. aOR). Der Abzahlungsvertrag regelt ein Leistungsaustauschverhältnis, nämlich eine Lieferung seitens des Verkäufers und eine Kreditierung des Kaufpreises einerseits und die ratenweise Kaufpreiszahlung des Käufers andererseits. Die Kaufpreiskreditierung ist für den Vertrag begriffswesentlich (vgl. dazu Giger, im Berner Kommentar zum Obligationenrecht, Der Konsumkredit, Bern 2007, N 99, S. 119 f. mit zahlreichen Hinweisen). Es ist nicht möglich, diese Einheit aufzubrechen und in einen Teil „Kauf“ und einen anderen (untergeordneten) Teil „Kredit“ aufzuspalten. Gegenteilig wird von einem drittfinanzierten Abzahlungsgeschäft gesprochen und das Geschäft unter Umständen als Einheit betrachtet, wenn ein Finanzierungsinstitut mit dem Verkäufer zusammenarbeitet und den Kaufpreis finanziert (sogenanntes Koppelungsgeschäft oder drittfinanziertes Abzahlungsgeschäft; vgl. dazu Art. 21 KKG; HANS GIGER, Das drittfinanzierte Abzahlungsgeschäft, Zürich, 1993; passim).

Es ist völlig unstrittig, dass der Abzahlungsvertrag mit Konsumenten heute als Konsumkredit im Sinne von Art. 1 Abs. 1 KKG gilt (vgl. dazu u.a. HANS GIGER, a.a.O., N 199, S. 120; ROBERT SIMMEN, Barkredit und Teilzahlungsverträge unter dem neuen Konsumkreditgesetz, in: MARKUS HESS/ROBERT SIMMEN (Hrsg.), Das neue Konsumkreditgesetz (KKG), Zürich 2002, S. 35 ff. insbes. S. 39f.; XAVIER FAVRE-BULLE, Commentaire Romand, Basel 2003, N 24 zu Art. 1 KKG; BERND STAUDER, Konsumkreditrecht, in: ERNST A. KRAMER (Hrsg.) Konsumentenschutz im Privatrecht, Basel 2008, S. 234). Der Gesetzgeber selbst hat also spätestens

beim Erlass des Konsumkreditgesetzes entschieden, dass der Abzahlungs- oder Teilzahlungsvertrag ein Kreditgeschäft ist. Die FINMA kann dahinter nicht zurückgehen.

- Das *Direktleasing* ist üblicherweise ein Gebrauchsüberlassungsvertrag eigener Art mit Elementen des Kaufs, der Miete und des Darlehens, wie das Finanzierungsleasing. Der Hersteller oder Händler beabsichtigt beim Direktleasing, den Absatz seiner Güter zu finanzieren. Auch hier wird ein Leistungsaustausch vereinbart, nämlich die Gebrauchsüberlassung gegen Entgelt mit der Idee, dem Leasingnehmer die Nutzung des Leasingobjektes während seiner mutmasslichen wirtschaftlichen Lebensdauer zu verschaffen. Auch hier lässt sich das Vertragsverhältnis nicht in eine (eigentlich gemeinte) Lieferung von Gütern und eine (untergeordnete) Kreditierung auseinander nehmen. Akzessorietät hat dort keinen Platz, wo ein Leistungsaustauschverhältnis besteht und die Kreditierung für den abgeschlossenen Vertrag begriffswesentlich ist.

Richtig ist, dass das Bundesgericht in BGE 118 II 150 entschied, für das typische Finanzierungsleasing sei die Beteiligung einer dritten Partei begriffswesentlich sei (so schon THOMAS RINDERKNECHT, Leasing von Mobilien, Diss. Zürich 1984, S. 10; gl.M. HANS GIGER, Der Leasingvertrag, Systematische Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des Finanzierungsleasings, Bern 1977, S. 21). Bei der Frage der Unterstellung unter das GwG ist aber nicht zu entscheiden, ob das Direkt- oder Herstellerleasing als Finanzierungsleasing gilt, sondern ob es als Kreditgeschäft im Sinne von Art. 2 Abs. 3 Bst. a. GwG anzusehen ist und, wenn ja, ob es die Elemente der Akzessorietät zu einem anderen Hauptgeschäft aufweist oder nicht. Zweck und Funktion des Direkt- oder Herstellerleasings sind (wie soeben ausgeführt) wirtschaftlich die gleichen, wie beim Finanzierungsleasing; und der Leasingvertrag lässt sich nicht als akzessorisches Rechtsgeschäft ansehen, weil er in sich eine Einheit bildet. Es ist somit angesichts von Art. 2 Abs. 3 Bst. a GwG unzulässig, das Direkt- oder Herstellerleasing generell aus dem Anwendungsbereich des GwG auszunehmen, wie die FINMA dies im Rundschreiben vorsieht. Denn es handelt sich bei diesen Geschäften ebenfalls um Kredite, die dem GwG unterstellt sind.

Es ist anzunehmen, dass diese Art von Kreditgeschäften in Zukunft zunehmen wird. Und dies nicht nur, weil auf Kundenseite Kreditbedarf besteht, sondern auch weil die Hersteller und Händler gemerkt haben, dass das Kreditgeschäft (richtig betrieben) ein lukratives Geschäft ist. Da wollen sie ebenfalls profitieren und ihre Liquidität zu bessern Zinsen einsetzen, als dies bei anderen (gesicherten) Geldanlagen möglich ist.

Zusammenfassend ist aus wirtschaftlicher Sicht zwingend davon auszugehen, dass die Lieferungen oder Dienstleistungen, die gerne als Hauptleistung gesehen werden, ohne Kreditierung gar nicht erbracht werden könnten. Die Kreditierung der Sach- oder Dienstleistung ist damit mindestens so wichtig, wie die Leistungen selbst, wenn nicht wichtiger. Von untergeordneten Kreditvereinbarungen kann jedenfalls nicht gesprochen werden und damit auch nicht von akzessorischen Krediten. Es verbietet sich dann aber auch, diese Kreditgeschäfte als nebensächlich anzuschauen. Die Unterstellung dieser Geschäfte ist anzuerkennen. Nur so bestehen alsdann auch gleich lange Spiesse für alle Wettbewerber im Kreditgeschäft, eine Notwendigkeit aus dem

Blickwinkel des verfassungsmässigen Gebotes der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden.

- 3.4. Es könnten nach dem Ausgeführten folgende Kriterien zur Feststellung eines akzessorischen Kreditgeschäftes festgelegt werden:
- a. Zur Unterstellung führt die *Absicht des Kreditgebers, gegenüber unbestimmt Vielen Kredite zu gewähren*. Diese kann als erwiesen gelten, wenn
    - der Kreditgeber nicht nur in Einzelfällen bei Lieferungen eigener Produkte Zahlungsaufschübe gewährt oder ein Direktleasing mangels anderer Finanzierungsmöglichkeit anbietet, sondern *zum Zwecke der Kreditierung oder dem Abschluss von Direktleasinggeschäften* Produkte Dritter erwirbt. Handelt er im Sinne Art. 8 VBF berufsmässig, so untersteht er mit diesen Tätigkeiten dem GwG;
    - der Kreditgeber *besondere organisatorische Massnahmen* zur Abwicklung vieler Kreditgeschäfte trifft, sei es personell, technisch oder finanziell in Zusammenarbeit mit einem Refinanzierungsinstitut (z.B. für unbestimmt viele Back-to-back-Leasinggeschäfte).
  - b. *Nicht zu unterstellen sind Kredite oder Leasinggeschäfte in Zusammenhang mit einem komplexen Lieferungsvertrag*, so zum Beispiel wenn
    - dem Kreditbetrag angesichts des *Volumens des Gesamtgeschäftes* eine *untergeordnete Bedeutung* zukommt oder die Kreditierung nur einen *geringen Teil des Entgeltes* (z.B. weniger als 50 %) des Kunden aus diesem Geschäft betrifft;
    - der *Zinsertrag*, den der Lieferant aus dem konkreten Kreditgeschäft erzielt, angesichts der Gesamtentschädigung eine *untergeordnete Rolle* spielt.

Denn ein akzessorisches Kreditgeschäft kann nur angenommen werden, wenn (1) die Kreditierung für das abgeschlossene Rechtsgeschäft nicht typwesentlich ist, (2) der Kreditgeber nicht mit der Absicht handelt, gegenüber unbestimmt Vielen Kredite einzuräumen, und (3) der Kredit im ganzen Rechtsgeschäft von untergeordneter Bedeutung ist, wie z.B. beim Kauf ein Zahlungsaufschub oder bei einem aus verschiedenen Elementen zusammengesetzten Rechtsgeschäft, welches Lieferungen, Dienstleistungen und untergeordnete Kreditelemente enthält.

- 3.5. Die von der FINMA vorgesehenen und die oben genannten Kriterien für die Qualifikation eines Kredites als akzessorisches Rechtsgeschäft haben den Nachteil, dass sie die Frage der Unterstellung unter das GwG nicht ganz uneindeutig beantworten. Es stellt sich deshalb die Frage, ob, und wenn ja welche, quantitativen Kriterien eingeführt werden könnten, um für mehr Transparenz zu sorgen. Nicht weiter helfen irgendwelche Verhältniszahlen (Ratios), wie zum Beispiel das Verhältnis des Zinsumsatzes aus Kreditgeschäften zum Gesamtumsatz oder einem bestimmten Spartenumsatz des Unternehmens. Die dabei verwendeten Begriffe dürften in den Büchern gerade internationaler Konzerne kaum eine adäquate Abbildung finden. Die Diskussion würde sich dann auf die Ebene der Buchführung und deren Standards verlagern.

Hingegen wäre es durchaus denkbar, bisher bereits bekannte und in der VBF verwendete quantitative Kriterien einzuführen. Die unter Ziff. 3.4. a. oben erwähnte Absicht, gegenüber unbestimmt Vielen zu handeln, könnte so zum Beispiel dann als vermutet gelten, wenn mit mehr als 20 Kunden solche Kreditverträge (inkl. Leasing und Abzahlungsgeschäften) abgeschlossen werden und (kumulativ) eine berufsmässige Tätigkeit gemäss Art. 8 VBF vorliegt. Eine Unterstellung würde also angenommen (1) bei einem Kreditvolumen über 5 Mio., (2) gleichzeitiger Erzielung von Zins-einnahmen von über 250'000.00 jährlich und (3) gleichzeitig über 20 laufenden Kreditverträgen.

#### 4. Zu Ziff. III. B.g (Rz. 44 RS) Operating Leasing

Die Begriffsdefinition für das Operating Leasing, welches dem GwG nicht unterstellt werden soll, scheint uns ausreichend.

#### 5. Zu Ziff. VIII. C. (Rz. 122 f. RS) Kreditgeschäft (Art. 8 VFB)

Den Unterstellungskommentar hatte ich so verstanden, dass zur Bestimmung des Kredit- resp. Vertragsvolumens beim Leasing die ganze Leasingrate (Zins- und Amortisationsanteil, aber exkl. MWST) zu berücksichtigen ist; hingegen bei den jährlichen Einnahmen nur die Zinsanteile aus den Leasingraten (ebenfalls exkl. MWST). Der Wortlaut von Rz. 122 RS scheint nun aber die Schwelle der Berufsmässigkeit markant zu erhöhen, indem auch beim ausstehenden Leasingvolumen nur die Zinskomponente zu berücksichtigen ist. Dies scheint mir im Quervergleich zum Barkreditgeschäft nicht einleuchtend.

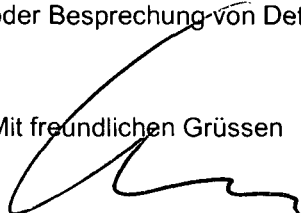
Jedenfalls muss im Text von Rz. 122 Klarheit geschaffen werden, indem entweder der Einschub „exklusiv des Amortisationsanteils“ im ersten Satz gestrichen wird oder im zweiten Satz eingefügt wird:

„Berufsmässigkeit im Leasinggeschäft liegt deshalb dann vor, wenn der Gesamtwert aller Leasingverträge den Schwellenwert von 5 Millionen Franken überschreitet, wobei jeder Leasingvertrag mit dem Gesamtvolumen aller zu zahlenden **Leasingraten (exklusive Amortisationsanteile in den Leasingraten)** zu Buche schlägt ...“ (Einschübe fett gedruckt).

Der in Rz. 123 RS festgehaltene Grundsatz, dass bei einer gemischter Tätigkeit die berufsmässige Tätigkeit in einem Gebiet ausreichend ist, um den FI generell als berufsmässig tätig anzusehen, ist unseres Erachtens richtig.

Wir bitten Sie aus all diesen Gründen um Berücksichtigung unserer Ausführungen. Für Rückfragen oder Besprechung von Detailfragen steht der Unterzeichnete jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen



Dr. Markus Hess  
Sekretär SRO-Kommission