

12. Juli 2010

Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA
Herrn Franz Stirnimann
Herrn Léonard Bôle
Frau Julia Reidemeister
Einsteinstrasse 2
3003 Bern

per E-Mail an julia.reidemeister@finma.ch

Entwurf Rundschreiben 2010/.. „Finanzintermediation nach Geldwäschereigesetz“ – Stellungnahme SwissHoldings

Sehr geehrte Herren
Sehr geehrte Frau Reidemeister

SwissHoldings vertritt 47 international tätige Industrie- und Dienstleistungskonzerne (ohne Bank- und Versicherungssektor). Gerne nehmen wir die Gelegenheit wahr, zum Entwurf des neuen FINMA-Rundschreibens „Finanzintermediation nach Geldwäschereigesetz“ (nachfolgend: E-RS) Stellung nehmen zu können.

Unser Verband begrüsst es grundsätzlich, dass die FINMA mit ihren Ausführungsbestimmungen zur Verordnung über die berufsmässige Ausübung der Finanzintermediation (VBF) die bisherige Praxis zur Geldwäschereibekämpfung im Nichtbankensektor im Grossen Ganzen fortzuführen beabsichtigt. Aus Sicht unserer Mitgliedfirmen ist allerdings zentral, dass diese Richtlinien die **Konzernrealität berücksichtigen** und nicht kommerzielle Tätigkeiten den Bestimmungen zur Bekämpfung der Geldwäscherei unterstellen, bei denen sich ein Geldwäschereirisiko nicht materialisieren kann.

Die vorliegende Stellungnahme enthält in einem **ersten Teil** allgemeine Bemerkungen zum E-RS, die sich hauptsächlich auf dessen Kapitel III beziehen („Kreditgeschäft (Art. 3 VBF)“), und in einem **zweiten Teil** spezifische Kommentare zu einzelnen Bestimmungen des E-RS.

1. Allgemeine Bemerkungen

1.1. Finanzierungsdienstleistungen als Nebenleistung zu einem Hauptgeschäft

Eine Umfrage unter unseren Mitgliedfirmen hat ergeben, dass die durch SwissHoldings vertretenen Konzerne ihren Kunden im Rahmen des Absatzes ihrer eigenen Produkte in unterschiedlichem Ausmass **Finanzierungsdienstleistungen aus eigenen Mitteln** gewähren. Grundsätzlich besteht zwar seitens der international tätigen Industriekonzerne geringes Interesse, zusätzlich Bonitätsrisiken für ihre Kunden zu übernehmen. Dennoch gibt es in Bereichen der Herstellung

teurer industrieller Investitionsgüter Konstellationen, in denen seitens der kommerziellen Kunden auch Finanzierungsdienstleistungen in Anspruch genommen werden.

Bei diesen Finanzierungsdienstleistungen handelt es sich um Zahlungsmodalitäten (gebräuchlich sind z.B. Zahlungsaufschübe) oder Kreditierungen (z.B. Leasing) im Rahmen der normalen Geschäftstätigkeit. Sie haben deshalb stets den Charakter einer **untergeordneten Nebenleistung zu einem Hauptgeschäft**, nämlich dem Verkauf des jeweiligen Produkts.

Solche Finanzierungen führen damit auch dazu, dass Absatzgeschäfte aus der Schweiz zustande kommen. Gerade die jüngste Finanz- und Wirtschaftskrise hat aufgezeigt, dass Kunden unserer Mitgliedfirmen tatsächlich darauf angewiesen sein können, eine flexible Finanzierungslösung von Herstellerseite zu erhalten. **In diesem Sinne fördert eine akzessorische Kreditgewährung den Absatz.** Diese Tendenz kann sich in absehbarer Zukunft gar noch verstärken, angesichts der aktuellen währungs- und wirtschaftspolitischen Verhältnisse in vielen bedeutenden Absatzmärkten von aus der Schweiz operierenden Konzernen.

1.2. Notwendigkeit einer wirtschaftlichen und konsolidierten Betrachtung des Begriffs Finanzintermediation

Vor diesem Hintergrund und angesichts der Strukturen der international tätigen Konzerne mit Sitz in der Schweiz sind wir der Meinung, dass bei der Beurteilung, ob eine Finanzintermediation nach dem Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor (GwG) vorliegt, den **wirtschaftlichen Realitäten im Konzerngebilde** unbedingte Rechnung zu tragen ist.

Bei der Durchsicht des Kapitels III des Entwurfs entsteht demgegenüber der Eindruck, dass für die Qualifikation einer Tätigkeit als Finanzintermediation auf eine rein formelle, zivilrechtliche Betrachtungsweise abgestellt wird, die keinen Raum für eine wirtschaftliche Beurteilung der in Frage stehenden Tätigkeit lässt. Dabei wurde die formelle Betrachtungsweise, wie sie noch von der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei praktiziert worden war, eigentlich zu Gunsten einer neuen, nicht publizierten Praxis aufgegeben, nach welcher auf die Konzernrealität abzustellen ist. Behördlicherseits wurde damit anerkannt, dass ein Konzern, der eine wirtschaftliche Einheit bildet, konsolidiert betrachtet werden muss, um seine mögliche Unterstellung unter das GwG zu beurteilen. Dass dieser ökonomisch gerechtfertigte Ansatz nun wieder fallen gelassen werden soll, erweist sich für unsere Mitglieder als nachteilig und hätte **Auswirkungen, die sich mit der Zielrichtung der Geldwäschereibekämpfung nicht begründen liessen.**

Eine konsolidierte Betrachtungsweise bei der Beurteilung des Begriffs des Finanzintermediärs entspricht dem **geltenden schweizerischen Finanzmarktrecht**. Ausserhalb des Bereichs der Bekämpfung der Geldwäscherei wird ein Ansatz praktiziert, der auf die wirtschaftlichen Realitäten abstellt. Die Finanzmarktgesetzgebung verlangt vorab im Interesse der Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit, einen Sachverhalt nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu beurteilen und nicht nur auf die zivilrechtliche Form abzustellen.

Die **wirtschaftliche Betrachtungsweise** ist auch in der Gesetzgebung und Praxis der FINMA ausdrücklich anerkannt. Sie kommt z.B. im ökonomischen Prinzip „*same business, same rules*“ zum Ausdruck, das die FINMA bei der Anwendung des **Bundesgesetzes über die kollektiven Kapitalanlagen (KAG)** zum Tragen bringt.¹ Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Effektenhändler dem **Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (BEHG)** untersteht, prüft die

¹ Botschaft KAG, BBl 2005, S. 6395 ff., 6408, 6413.

FINMA, ob der Effektenhändler seine Tätigkeit „hauptsächlich im Finanzbereich“ ausübt und nimmt dabei eine konsolidierte Betrachtungsweise ein.²

Schliesslich bleibt zu erwähnen, dass die wirtschaftliche Betrachtungsweise auch im Bereich des Banken- und Versicherungsrechts ausdrücklich anerkannt wurde anlässlich der Annahme der Artikel 3b bis 3f des **Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen** (BankG), der Artikel 11 bis 14a der **Verordnung über die Banken und Sparkassen** (BankV), der Artikel 64 bis 79 des **Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen** (VAG) sowie der Artikel 191 bis 206 der **Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen** (AVO).

1.3. Konsequenzen einer formellen zivilrechtlichen Betrachtung des Begriffs Finanzintermediation

Eine formelle zivilrechtliche Beurteilung des Begriffs der Finanzintermediation nach GwG hätte zur Folge, dass die Freiheit der Konzerngesellschaften, ihre wirtschaftlichen Aktivitäten im Einklang mit dem Gesellschaftsrecht zu organisieren, drastisch eingeschränkt würde. Nach mehreren Bestimmungen des E-RS (vgl. z.B. Rz. 40 und 42) würde die Unterstellung bzw. Nichtunterstellung von Konzernaktivitäten unter das GwG davon abhängen, wie diese strukturiert sind. In dieser Hinsicht möchten wir betonen, dass **weder das GwG noch die VBF noch der VBF-Kurzkommentar des Eidgenössischen Finanzdepartements den Willen des Gesetzgebers erkennen lassen, die den Konzernen zugestandene Freiheit einzuschränken, ihre Organisation ohne Auswirkungen auf eine mögliche Unterstellung unter das GwG frei zu wählen.**

Zur Veranschaulichung dieser Ansicht greifen wir das Beispiel von Leasingaktivitäten auf, das im E-RS wiederholt erwähnt wird. Es vermag nicht zu überzeugen, dass die Unterstellung unter das GwG von der internen organisatorischen Entscheidung eines Konzerns abhängt, Leasingoperationen **betreffend Produkte des Konzerns** entweder (i) über ein Spezialdepartement der Vertriebsgesellschaft abzuwickeln (keine Unterstellung unter das GwG gemäss Rz. 28 und 43 des E-RS), (ii) als *back-to-back* Leasing zu organisieren (je nach Interpretation keine Unterstellung oder Unterstellung unter das GwG gemäss Rz. 42 des E-RS) oder (iii) über eine speziell zum Zweck der Durchführung von Leasingoperationen errichtete Konzerngesellschaft anzubieten (Unterstellung unter das GwG gemäss Rz. 40 des E-RS).

Eine wirtschaftliche Betrachtungsweise bedeutet keineswegs, dass Finanzgeschäfte betreibende Konzerngesellschaften automatisch vom Anwendungsbereich des GwG ausgeschlossen sind. Im Gegenteil. **Die Qualifikation als Finanzierungsleasing ist immer dann gerechtfertigt, wenn die betreffende Leasinggesellschaft ihre Aktivitäten weitgehend unabhängig von ihrem Industrie- oder Handelskonzern entfaltet**, indem sie sich selbständig und direkt an Kunden wendet und insbesondere auch Kredite für andere Produkte als solche des Konzerns anbietet.

SwissHoldings ist der Meinung, dass die vom Konzern – in Ausübung seiner privatrechtlichen Gestaltungsfreiheit – gewählte interne Organisation seiner Aktivitäten keinen Einfluss auf seine Unterstellung unter das GwG haben sollte. Wir sind vielmehr der Ansicht, dass die Qualifikation als Finanzintermediär nach dem GwG die Konzernrealität widerspiegeln sollte. Diese Sicht der Dinge liegt auch der VBF zugrunde, anerkennt sie doch, dass **Tätigkeiten unter Konzerngesellschaften nicht als Finanzintermediation** gelten (Art. 1 Abs. 2 Bst. e VBF). Dies belegt, dass zwei Konzerngesellschaften zwar verschiedene Rechtseinheiten sind, aufgrund ihrer ökonomischen Verbindung aber auch im Geldwäschereirecht als Einheit betrachtet werden.

² FINMA, Rundschreiben 2008/5 vom 20. November 2008, Erläuterungen zum Begriff Effektenhändler, Rz. 9.

Der E-RS verdeutlicht die Bestimmungen der VBF. Dabei gilt es unseres Erachtens zu verhindern, über den Umweg des E-RS, eine formelle Betrachtungsweise einzuführen, die **den wirtschaftlichen und kommerziellen Interessen zahlreicher Konzerne in der Schweiz offenkundig zuwiderläuft**. Es ist in der Tat denkbar, dass sich gewisse Konzerne, die ihren Sitz in der Schweiz haben oder hierher zu verlegen gedenken, dazu veranlasst sehen könnten, ihre Aktivitäten künftig von Mitgliedstaaten der Financial Action Task Force (FATF) aus zu führen, die die Konzernrealität anerkennen.

2. Spezifische Kommentare zu einzelnen Bestimmungen des E-RS

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen erlauben wir uns die folgenden Anmerkungen zu einzelnen Bestimmungen des E-RS:

Ad Rz. 19:

Finanzgeschäfte einer Konzerngesellschaft für den Kunden einer anderen Konzerngesellschaft stellen **nicht zwingend eine Finanzintermediation** dar. Die Rz. 19 sollte daher wie folgt abgeändert werden:

*„So ist eine Konzerngesellschaft, welche das Cash Management oder das Treasuring innerhalb eines Industrie- oder Handelskonzerns vornimmt, keine Finanzintermediärin im Sinne des GwG. Finanzgeschäfte einer Konzerngesellschaft für den Kunden einer andern Konzerngesellschaft ~~gelten~~ **fallen** hingegen ~~als Finanzintermediation~~ **nicht in den Anwendungsbereich von Art. 1 Abs. 2 Bst. e VBF**. Die Regelung von Art. 1 Abs. 2 Bst. e VBF findet analog Anwendung auf Strukturen, an deren Spitze anstelle einer juristischen Person eine natürliche Person steht.“*

Ad Rz. 26 ff. Handelsfinanzierungen:

Die Gesetzesbestimmung in Art. 2 Abs. 3 Bst. a GwG erwähnt ohne weitere Differenzierung Handelsfinanzierungen als dem GwG unterstelltes Kreditgeschäft. Diese Unterstellung erfährt immerhin durch Art. 3 Bst. e (akzessorische Kreditgewährung), Art. 3 Bst. i VBF (Handelsfinanzierungen, wenn Rückzahlung nicht durch Vertragspartei erfolgt) und Art. 7 f. VBF (Schwelle der Berufsmässigkeit) Einschränkungen.

Der **Konzernrealität** tragen die Bestimmungen zur Unterstellung von Handelsfinanzierungen allerdings nicht Rechnung: Zwar geht der Entwurf des RS bei der Unterstellung von Handelsfinanzierungen davon aus, dass solche Finanzierungen durch „Drittbeteiligte“ erfolgen, was Sinn macht, da bei dieser Konstellation der Finanzierungsgeber Handelsfinanzierungen als selbständige Dienstleistung gegenüber Dritten anbietet. Zusätzlich hält der VBF-Kurzkommentar des Eidgenössischen Finanzdepartements aber auch fest, dass „Finanzgeschäfte einer Konzerngesellschaft für eine Drittpartei als Finanzintermediation gelten“ (vgl. Kurzkommentar ad Art. 1 Abs. 2 Bst. e VBF mit Beispiel eines Finanzierungsleasings).

Demgegenüber ist SwissHoldings der Auffassung, dass Finanzierungsdienstleistungen auch dann **nicht als durch Dritte erbracht** betrachtet werden können, **wenn sie durch eine Konzerngesellschaft gegenüber den Kunden einer anderen Konzerngesellschaft erfolgen**. Beachtung der Konzernrealität im echten Sinne gebietet es, diese Konstellation nicht anders zu beurteilen, als wenn die herstellende Gesellschaft selber die Absatzfinanzierung gewährt (z.B. Direktleasing, vgl. Rz. 28 E-RS). Wir erachten deshalb die Auslegung im EFD-Kurzkommentar

als zu weit gehend, weil allein durch die Aufteilung der Aufgaben innerhalb eines Konzerns als wirtschaftlicher Einheit kein zusätzliches Geldwäscherei-Risiko entsteht. Dementsprechend bedauern wir es, dass die FINMA in ihrem RS-Entwurf diese Auslegung nicht in Frage stellt und es unterlässt, eine wirtschaftlich sinnvollere Auslegung anzuwenden (vgl. Rz. 19).

Ad Rz. 28:

Es wäre auch hier wünschenswert, für die Qualifikation nach dem GwG auf eine **wirtschaftliche Betrachtungsweise** abzustellen. Die Rz. 28 müsste demnach wie folgt ergänzt werden:

„Hingegen sind dem GwG weder das Direktleasing, bei welchem der Hersteller – respektive der Lieferant oder Händler – auch Leasinggeber ist, noch das Operating Leasing unterstellt (vgl. Rz. 43 und 44). Gehört der Leasinggeber zum gleichen Konzern wie der Hersteller – respektive der Lieferant oder Händler – und betrifft das Leasing Waren oder Dienstleistungen des Konzerns, liegt ebenfalls ein Direktleasing vor.“

Ad Rz. 38 bis 42 akzessorische Kreditgewährung:

Auch die im E-RS enthaltene Voraussetzung, nach der die akzessorische Kreditgewährung nur dann vom Anwendungsbereich des GwG ausgenommen sein soll, wenn sie durch den Erbringer der Hauptleistung selbst gewährt wird (vgl. Rz. 40 E-RS), trägt der **Konzernrealität** zuwenig Rechnung (Art. 1 Abs. 2 Bst. e VBF). Wie bei den Handelsfinanzierungen ist auch im Rahmen der akzessorischen Kreditgewährung die Konstellation denkbar, dass die Rechnungsstellung (und damit gegebenenfalls auch die Finanzierungsdienstleistung z.B. in Form von Zahlungsaufschüben oder Leasing) in einem Konzerngebilde u.U. von einer von der Produktions- oder Vertriebsgesellschaft unterschiedlichen Rechtseinheit erfolgt.

Zu den einzelnen Randziffern haben die folgenden Anmerkungen:

Ad Rz. 40:

Als Voraussetzungen zur Nichtunterstellung zentral, aber auch ausreichend, sind der Hauptzweck des Vertragsverhältnisses (vgl. Rz. 39 E-RS), die Akzessorietät (vgl. Rz. 41 E-RS) sowie der Ausschluss von Umgehungen (vgl. Rz. 42 E-RS). **Die Rz. 40 E-RS könnte deshalb ohne Weiteres gestrichen werden.** Wird dennoch daran festgehalten, gilt es unserer Meinung nach, folgenden Überlegungen Rechnung zu tragen:

Der zweite Satz der Rz. 40 stellt auf eine **rein formelle Betrachtungsweise** ab, die wir ablehnen. Dieser Satz müsste abgeändert werden, um der Konzernrealität Rechnung zu tragen. Der dritte Satz stellt gegenüber der Rz. 19 eine blosser Wiederholung dar und sollte demnach gestrichen werden. Das im vierten Satz erwähnte Beispiel eines Leasingverhältnisses entspricht ebenfalls einem formellen Ansatz. Das Beispiel umfasst sämtliche Leasingoperationen einer Konzerngesellschaft ohne jegliche Differenzierung. Demgegenüber drängt sich eine **Unterscheidung** auf zwischen (i) Finanzierungsgesellschaften, die lediglich aus Gründen der internen Organisation und Verwaltung innerhalb des Konzerns errichtet wurden und die ausschliesslich Leasingoperationen für Produkte des Konzerns durchführen, dem sie angehören und (ii) Leasinggesellschaften, die wie eine Drittgesellschaft auftreten, indem sie Finanzierungsmöglichkeiten für Produkte von anderen Gesellschaften ausserhalb ihres Konzerns anbieten.

Will man die Rz. 40 nicht gerade ganz streichen, sollte sie aufgrund dieser Überlegungen zumindest wie folgt **abgeändert** werden:

„Der Warenverkäufer oder Erbringer der Dienstleistung („Erbringer der Hauptleistung“) gewährt seiner Vertragspartei zusätzlich einen Kredit. Wird jedoch der Vertragspartei der Kredit von einer Konzerngesellschaft des Erbringers der Hauptleistung gewährt, so liegt ~~keine~~ Akzessorietät vor. ~~Finanzgeschäfte einer Konzerngesellschaft für eine Drittpartei gelten als Finanzintermediation.~~ Gehören beispielsweise in einem Leasingverhältnis Hersteller und Leasinggeber demselben Konzern an, so ist die Tätigkeit für einen ausserhalb des Konzerns stehenden Leasingnehmer nicht vom GwG erfasst, sofern sich der Leasingvertrag auf Produkte des Konzerns bezieht“

Ad Rz. 42:

Der zweite Satz der Rz. 42 bedarf einer Präzisierung. **Ein back-to-back Leasing kann ebenfalls auf die interne Organisation des Konzerns zurückzuführen sein** (der Hersteller schliesst einen Leasingvertrag mit einem Kunden des Konzerns und einen „spiegelbildlichen“ Leasingvertrag mit einer anderen, auf Leasinggeschäfte spezialisierten Gesellschaft des Konzerns ab). Nach dem Wortlaut der Rz. 42 ist jede Art von back-to-back Leasing als Finanzintermediation zu qualifizieren. Das Privatrecht lässt den Konzernen jedoch die **Freiheit, ihre Leasingaktivitäten auf verschiedenen Arten abzuwickeln**, nämlich (i) über ein Spezialdepartement der Vertriebsgesellschaft oder (ii) über eine Konzerngesellschaft, die speziell zum Zweck der Durchführung von Leasingoperationen errichtet wurde (siehe oben zu Rz. 40), aber ebenso auf der Grundlage eines Leasing back-to-back für Produkte des Konzerns, wobei dies ohne Einfluss auf die Unterstellung unter das GwG bleiben sollte. Der Hinweis auf das back-to-back Leasing sollte daher aufgehoben bzw. zumindest wie folgt präzisiert werden, um der Konzernrealität Rechnung zu tragen:

„Die Mittel zur Kreditgewährung stammen aus den allgemeinen Mitteln des Erbringers der Hauptleistung. Werden hingegen die eine akzessorische Kreditgewährung beinhaltenden Verträge durch analoge Kreditverträge mit einer dritten Kreditgesellschaft refinanziert, sodass der Erbringer der Hauptleistung im Hinblick auf die Kreditgewährung nur eine formelle Funktion wahrnimmt, so liegt keine Akzessorietät vor (~~bsp. Back-to-Back Leasing~~). Eine Kreditgesellschaft, die demselben Konzern angehört wie der Erbringer der Hauptleistung, gilt nicht als dritte Kreditgesellschaft.“

Ad Rz. 43:

Unter Bezugnahme auf unsere Anmerkung zu Rz. 28 oben, sind wir der Meinung, dass diese Bestimmung wie folgt zu präzisieren ist:

„Beispiele: Als akzessorische Kreditgewährung kann beispielsweise die Stundung, die Einräumung einer Zahlungsfrist oder der Abzahlungsvertrag betrachtet werden. Die Kreditgewährung beim Direktleasing, bei dem der Hersteller oder Händler selbst oder eine Gesellschaft, die demselben Konzern angehört wie der Hersteller oder Händler, der Leasinggeber bzw. die Leasinggeberin ist, wird ebenfalls als akzessorisch betrachtet und ist daher dem GwG nicht unterstellt.“

SwissHoldings vertritt deshalb überzeugt die Auffassung, dass die Regulierung der Geldwäschereibekämpfung in der Schweiz mit Augenmass ausgestaltet werden muss. Vorschriften, die auf eine rein formelle Betrachtungsweise abstellen und die Konzernrealität ausblenden, vermögen die **Qualität des Abwehrdispositivs gegen die Geldwäscherei nicht zu verbessern**, führen zu **regulatorischer Arbitrage** zulasten der Schweiz und **gefährden unnötig Finanzierungsdienstleistungen** bedeutender Konzerne aus der Schweiz heraus.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anmerkungen und stehen Ihnen im Falle von Rückfragen oder für eine weitergehende Besprechung unserer Überlegungen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen

SwissHoldings

Geschäftsstelle



Fürspr. Christian Stiefel
Mitglied der Geschäftsleitung



Silvan Jampen
Fürsprecher, M.B.L.-HSG

cc SH-Komitee