



Verfügung der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei (Kontrollstelle) vom 5. Juni 2003

Erlass einer Feststellungsverfügung durch die Kontrollstelle gegenüber einem Mitglied einer Selbstregulierungsorganisation (SRO).

- *Ein SRO-Mitglied hat Anspruch auf den Erlass einer Verfügung, in welcher seine (fehlende) Eigenschaft als Finanzintermediär im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG festgestellt wird. Sein Interesse an einer solchen Feststellungsverfügung ist als schutzwürdig zu qualifizieren (Art. 25 Abs. 2 VwVG; E. 2).*
- *Die materielle Zuständigkeit zur autoritativen Festlegung des Geltungsbereichs nach Art. 2 Abs. 3 und 4 GwG liegt auch für SRO-Mitglieder einzig bei der Kontrollstelle (Art. 25 Abs. 1 VwVG; Art. 13 GwG; E. 3).*

Das Finanzierungsleasing als Kreditgeschäft im Sinne von Art. 2 Abs. 3 Bst. a GwG.

- *Das Finanzierungsleasing gemäss Art. 2 Abs. 3 Bst. a GwG erfasst nur Leasingverhältnisse, die neben dem Lieferanten und dem Leasingnehmer eine Leasinggesellschaft als Drittbeteiligte aufweisen (E. 4.b).*
- *Abgrenzung zwischen dem unterstellten Finanzierungsleasing und dem nicht unterstellten Operatingleasing (E. 4.c).*
- *Ein Leasingverhältnis, bei dem die Leasinggesellschaft eine 100%-ige Tochtergesellschaft des Lieferanten ist, ist als Leasingverhältnis mit Drittbeteiligung zu qualifizieren (E. 4.d).*

Décision de constatation de l'Autorité de contrôle concernant un membre d'un organisme d'autorégulation (OAR).

- *Un membre d'un OAR a le droit d'obtenir une décision dans laquelle sa qualité (manquante) d'intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 3 LBA est constatée. Son intérêt à une telle décision de constatation doit être qualifiée comme digne de protection (art. 25 al. 2 PA; consid. 2).*
- *Seule l'Autorité de contrôle a la compétence matérielle de définir, au moyen d'une décision, le champ d'application de l'art. 2, al. 3 et 4 LBA, même en ce qui concerne les membres des OAR.*

Le leasing financier comme opération de crédit au sens de l'art. 2 al. 3 let. a LBA.

- *Le leasing financier au sens de l'art. 2 al. 3 let. a LBA se réfère uniquement à des relations de leasing où interviennent non seulement le fournisseur et le preneur de leasing, mais également une société de leasing (consid. 4.b).*
 - *Délimitation entre le leasing financier soumis à la LBA et le leasing opérationnel non soumis à la LBA (consid. 4.c).*
 - *Une relation de leasing, au sein de laquelle la société de leasing est une filiale à 100% du fournisseur, doit être qualifiée comme une relation de leasing avec un tiers (consid. 4.d).*
-

Emanazione di una decisione di constatazione dell'Autorità di controllo nei confronti di un membro di un organismo di autodisciplina (OAD).

- *Un membro di un OAD ha diritto all'emanazione di una decisione nella quale è accertata la sua (erronea) qualità di intermediario finanziario ai sensi dell'art. 2 cpv. 3 LRD. Il suo interesse ad una tale decisione di constatazione è qualificato come degno di protezione (art. 25 cpv. 2 PA; consid. 2).*
- *La competenza materiale per la determinazione normativa del campo d'applicazione secondo l'art 2 cpv. 3 e 4 LRD per i membri di un OAD appartiene unicamente all'Autorità di controllo (art. 25 cpv. 1 PA; art. 13 LRD; consid. 3).*

Il leasing finanziario come credito ai sensi dell'art. 2 cpv. 3 lett. a LRD.

- *Il leasing finanziario secondo l'art. 2 cpv. 3 lett. a LRD comprende unicamente le relazioni di leasing che, accanto al fornitore e all'assuntore del leasing, presentano una società di leasing come terzo interveniente (consid. 4.b).*
- *Delimitazione tra il leasing finanziario sottoposto e l'operatingleasing non sottoposto (consid. 4.c).*
- *Una relazione di leasing nella quale la società di leasing è una filiale del fornitore al 100% è da qualificare come relazione di leasing con partecipazione di terzi (consid. 4.d).*

Sachverhalt (Zusammenfassung):

Die X. AG (nachfolgend Gesuchstellerin) ist Mitglied einer von der Kontrollstelle anerkannten SRO. Sie ersuchte die Kontrollstelle um den Erlass einer negativen Feststellungsverfügung in Bezug auf ihre Unterstellung unter das GwG. Die Kontrollstelle tritt auf das Begehren ein und stellt fest, dass die Tätigkeit der Gesuchstellerin dem GwG unterstellt ist.

Aus den Erwägungen:

I. Formelles

1.- a) Nach Art. 25 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) kann die in der Sache zuständige Behörde über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlichrechtlicher Rechte oder Pflichten von Amtes wegen oder auf Begehren eine Feststellungsverfügung treffen.

b) Personen, die eine Tätigkeit als Finanzintermediär nach Art. 2 Abs. 3 GwG ausüben, müssen sich gemäss Art. 13 i. V. m. Art. 14 GwG entweder einer anerkannten SRO anschliessen oder bei der Kontrollstelle eine Bewilligung für die Ausübung ihrer Tätigkeit einholen. Da die Tätigkeit als Finanzintermediär unmittelbar öffentlichrechtliche Pflichten zur Folge hat, kann die Frage der Finanzintermediäreigenschaft grundsätzlich Gegenstand einer Feststellungsverfügung bilden.

2.- a) Gemäss Art. 25 Abs. 2 VwVG hat derjenige Anspruch auf den Erlass einer Feststellungsverfügung, der ein schutzwürdiges Interesse nachweist. Das schutzwürdige Interesse muss individuell-konkret, aktuell und spezifisch sein. Das spezifische Interesse am Erlass einer Feststellungsverfügung ist gegeben, falls dem Privaten bei Verweigerung der nachgesuchten Feststellungsverfügung ein Nachteil droht, wobei der drohende Nachteil rechtlicher oder auch rein tatsächlicher Natur sein kann (Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel 1976, S. 222; Rhinow/Krähemann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, S. 109; Saladin, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Basel 1979, S. 97).

b) Im vorliegenden Fall ist das schutzwürdige Interesse der Gesuchstellerin zu bejahen. Ihr Interesse an der Klärung ihrer Unterstellungspflicht unter das GwG ist individuell-konkret und aktuell. Auch das spezifische Interesse liegt vor: Durch den Anschluss bei einer SRO entstehen der Gesuchstellerin nicht unerhebliche Aufwendungen (u.a. administrativer Aufwand, Mitgliederbeitrag, Kosten der jährlichen GwG-Revision etc.). Bei einer Verweigerung der nachgesuchten Feststellungsverfügung würde die Gesuchstellerin riskieren, diese Aufwendungen allenfalls ohne Rechtspflicht zu tätigen.

3.- a) Die Kompetenz zum Erlass einer Feststellungsverfügung liegt nach Art. 25 Abs. 1 VwVG bei der „in der Sache zuständige[n] Behörde“. Lehre und Praxis betonen, dass die Befugnis einer Behörde zum Erlass einer Feststellungsverfügung nicht weiter gehen kann als ihre sachliche Kompetenz. Gegenstand einer Feststellungsverfügung können damit nur Rechte und Pflichten bilden, welche in die materielle Zuständigkeit der verfügenden Behörde fallen (Imboden/Rhinow, a. a. O., S. 223; BGE 108 Ib 546 f.).

b) Vorliegend stellt sich die Frage, ob die Feststellung der Unterstellungspflicht in die materielle Zuständigkeit der Kontrollstelle fällt, sofern eine bestimmte Person, wie die Gesuchstellerin, einer SRO angeschlossen ist. Diese Frage ist zu bejahen. Art. 13 und Art. 24 ff. GwG legen die Kompetenzausscheidung zwischen den SRO und der Kontrollstelle klar fest. Die Aufsicht der SRO über ihre Mitglieder beschränkt sich auf die „Einhaltung der Pflichten nach dem zweiten Kapitel“ des GwG. Soweit es um die Einhaltung der Sorgfaltpflichten geht, sind die SRO-Mitglieder der Verfügungskompetenz der Kontrollstelle entzogen. In diesem Bereich kann die Kontrollstelle keine materielle Zuständigkeit zum Erlass von Verfügungen beanspruchen. Etwas anderes gilt nach Art. 13 und Art. 24 ff. GwG jedoch e contrario für das erste Kapitel des GwG und dabei insbesondere für den Geltungsbereich des Gesetzes. Nach der Konzeption des GwG liegt die materielle Zuständigkeit zur autoritativen Festlegung des Geltungsbereichs nach Art. 2 Abs. 3 und 4 GwG auch für Mitglieder der SRO einzig bei der Kontrollstelle.

c) Auf das Gesuch der Gesuchstellerin um Feststellung ihrer fehlenden Eigenschaft als Finanzintermediärin ist daher einzutreten.

II. Materielles

4.- a) Gemäss Art. 2 Abs. 3 Bst. a GwG gelten insbesondere Personen als Finanzintermediäre, die „das Kreditgeschäft (namentlich durch Konsum- oder Hypothekarkredite, Factoring, Handelsfinanzierungen oder Finanzierungsleasing) betreiben“.,

b) Nach ständiger Praxis der Kontrollstelle erfasst das Finanzierungsleasing gemäss Art. 2 Abs. 3 Bst. a GwG Leasingverhältnisse, die neben dem Lieferanten (Hersteller) und dem Leasingnehmer eine Leasinggesellschaft als Drittbeteiligten aufweisen (indirektes Leasing). Die Praxis der Kontrollstelle orientiert sich insoweit an der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Finanzierungsleasing (BGE 118 II 150; BGE 119 II 236). Dementsprechend findet das GwG nach Praxis der Kontrollstelle auf direkte Leasingverhältnisse mit nur zwei Vertragsparteien keine Anwendung.

c) Im Weiteren ist das Finanzierungsleasing nach Art. 2 Abs. 3 Bst. a GwG vom sogenannten Operatingleasing abzugrenzen. Ein Finanzierungsleasing charakterisiert sich nach Lehre und Praxis im Wesentlichen dadurch, dass der Leasinggeber den Gegenstand dem Leasingnehmer für eine feste Vertragsdauer überlässt, die in der Regel annähernd der wirtschaftlichen Lebensdauer des Leasinggegenstandes entspricht, wobei die Summe der Leasingraten ungefähr den Anschaffungswert des Objektes (inkl. Finanzierungskosten) erreicht. Demgegenüber handelt es sich beim Operatingleasing um die relativ kurzfristige Überlassung von Gegenständen mit leichter Kündbarkeit nach einer allfälligen kurzen Grundmietzeit. Im Weiteren unterscheiden sich die beiden Leasingtypen durch die Verteilung der mit dem Gegenstand verbundenen Risiken und Lasten. Beim Finanzierungsleasing übernimmt der Leasingnehmer sämtliche mit dem Objekt verbundene Lasten und Risiken (Unterhalt, Versicherung, Steuern, höhere Gewalt etc.). Beim Operatingleasing trägt dagegen der Leasinggeber in der Regel die erwähnten Lasten und Risiken (vgl. zum Ganzen insbesondere: BGE 118 II 150; BGE 119 II 236; Bucher, Obligationenrecht BT, Zürich 1988, S. 32 ff.; Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich 2000, S. 331 ff.; Giovanoli, Le contrat de leasing et le droit suisse, JdT 1981 I, S. 34 ff.).

d) Wie sich aus den massgebenden Beweismitteln ergibt, handelt es sich bei der Gesuchstellerin um eine 100%-ige Tochtergesellschaft der Genossenschaft Y.. Die Gesuchstellerin hat der Kontrollstelle verschiedene Leasingverträge eingereicht. Nach den eingereichten Verträgen kauft die Gesuchstellerin bei der Genossenschaft Y. Gegenstände aus dem Automobilsektor und überlässt diese anschliessend den Leasingnehmern zum Gebrauch. Die Gesuchstellerin bestreitet, dass im vorliegend zu beurteilenden Fall ein Leasingverhältnis mit Drittbeteiligung (indirektes Leasing) gegeben ist. Die Gesuchstellerin macht diesbezüglich geltend, als Tochtergesellschaft der Genossenschaft Y. (Lieferantin) dürfe sie nicht als Dritte qualifiziert werden. Dieser Einwand der Gesuchstellerin überzeugt nicht. Tatsache ist, dass Konzerngesellschaften nach schweizerischer Rechtsordnung grundsätzlich als rechtlich selbstständige Subjekte gelten. Nur ausnahmsweise ist die wirtschaftliche Einheit auch rechtlich relevant, wird also der Konzern auch rechtlich als Einheit behandelt und die juristische Selbstständigkeit der Konzerngesellschaften nicht beachtet (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, 60 N 25). Im vorliegenden Fall besteht kein Anlass, die rechtliche Selbstständigkeit der Gesuchstellerin auszublenden. Die vorliegende Situation ist im Übrigen klar zu unterscheiden von der Praxis der Kontrollstelle zur Behandlung von Finanzgeschäften innerhalb eines Konzerns.

Gemäss dieser Praxis sind Gesellschaften, die insbesondere das Konzerntreasuring für andere Gesellschaften desselben Konzerns besorgen, unter bestimmten Voraussetzungen nicht dem GwG unterstellt, da die Anwendung der einschlägigen Sorgfaltspflichten nach GwG in der Tat wenig Sinn machen würde, wenn es sich beim Kunden um eine Gesellschaft desselben Konzerns handelt. Die dargestellte Konzernpraxis ist vorliegend nicht anwendbar, da die Gesuchstellerin ihre Finanzdienstleistungen nicht gegenüber anderen Konzerngesellschaften, sondern gegenüber konzernexternen Drittpersonen (Leasingnehmer) erbringt.

e) Die Gesuchstellerin sandte der Kontrollstelle, auf deren Ersuchen hin, insgesamt fünf von der Gesellschaft abgeschlossene Leasingverträge zu. Gemäss Ziffer 2.3 der Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB) der von der Gesuchstellerin abgeschlossenen Leasingverträge trägt der Leasingnehmer die Kosten und das Risiko für Lieferung und Montage des Leasingobjekts. Nach Ziffer 3.3 der AVB haftet der Leasingnehmer für die Gefahr des zufälligen Untergangs, Verlustes, Diebstahls, Vernichtung oder vorzeitigen auf sein Verschulden oder Verschulden Dritter oder auf höhere Gewalt zurückzuführenden Defektes infolge unsachgemässen oder sachgemässen Gebrauchs. Im Weiteren sieht Ziffer 8.1 der AVB vor, dass der Leasingnehmer das Leasingobjekt auf eigene Kosten zu unterhalten hat. Wartungs- und Servicevorschriften sind zu beachten, Reparaturen gehen zu seinen Lasten. Schliesslich ist den Leasingverträgen zu entnehmen, dass diese für die feste Dauer von zwischen 2 bis 5 Jahren abgeschlossen werden und die Summe der über die vereinbarte feste Vertragsdauer vom Leasingnehmer geschuldeten Leasingraten in etwa dem Anschaffungspreis des Leasingobjektes entsprechen. Aufgrund dieser Vertragsmodalitäten ist die von der Gesuchstellerin ausgeübte Tätigkeit als Finanzierungsleasing im Sinne von Ziffer 4.c vorstehend zu qualifizieren.

f) Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist die von der Gesuchstellerin ausgeübte Tätigkeit als Finanzierungsleasing im Sinne von Art. 2 Abs. 3 Bst. a GwG zu qualifizieren. Aufgrund der Tatsache, dass die Gesuchstellerin nach eigenen Angaben pro Jahr ca. 100 Leasingverträge abschliesst, übt sie ihre Tätigkeit auch berufsmässig im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG i. V. m. Art. 5 VB-GwG aus. Insgesamt ist festzuhalten, dass die Gesuchstellerin eine unterstellungspflichtige Tätigkeit nach Art. 2 Abs. 3 Bst. a GwG ausübt, weshalb ihr Gesuch um Feststellung der Nichtunterstellung unter das GwG abzuweisen ist. Eine positive Feststellungsverfügung oder andere Massnahmen erübrigen sich im vorliegenden Fall, da die Gesuchstellerin bereits einer SRO angeschlossen ist.