



Association Romande des Intermédiaires Financiers

Rue de Rive 8 - CH - 1204 Genève
Tél. 022 310 07 35 - Fax 022 310 07 39 - www.arif.ch - e-mail: info@arif.ch
TVA n° 597 247



FINMA		
ORG	26. AUG. 2010	SB
19		
Bemerkung:		
Ch		

FINMA
Autorité fédérale de surveillance
des marchés financiers
2, Einsteinstrasse
CH-3003 Berne

Anticipée par email :
julia.reidermeister@finma.ch

Genève, le 25 août 2010

Concerne : procédure d'audition concernant la circulaire « Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA » ; votre référence GB-M/M-GFK

Messieurs,

Nous vous adressons avec la présente les commentaires de l'ARIF à propos du projet de circulaire « Activité d'intermédiaire financier au sens de la Loi sur le blanchiment d'argent ».

Votre courrier du 10 juin 2010 se réfère aux commentaires de l'OIF rédigés par l'Administration fédérale des finances, reprenant pour l'essentiel la pratique de l'ancienne Autorité de contrôle.

Il serait souhaitable d'indiquer si ces textes sont encore susceptibles de servir de source d'interprétation.

Nous saluons de manière générale les améliorations de la pratique et nous nous contenterons ci-après de relever certains points qui nous semblent susceptibles de retouches ou insuffisamment explicités.

Suivant la systématique du projet de circulaire :

CM 10 à 16 (prestations accessoires) : il nous semble nécessaire de préciser que les conditions doivent être cumulativement remplies.

Au CM 13, il conviendrait d'ajouter « au-delà de la couverture des frais ». Parmi les exemples mentionnés sous CM 15, on pourrait citer celui des régies immobilières.

Concernant CM 23, nous signalons avoir eu un membre, entreprise entièrement française sur sol français, qui a demandé son affiliation pour ses activités transfrontalières.

Concernant CM 33, l'exemple donné nous semble très tiré par les cheveux. C'est plutôt la situation inverse qui pourra se produire dans la pratique, à savoir que la société sera amenée à octroyer des prêts au fiduciaire, c'est-à-dire à son véritable actionnaire. Ce cas pourrait être assimilé à l'article 3 lettre c OIF (associé détenant indirectement une participation représentant au moins 10% du capital).

Concernant CM 40, nous ne voyons aucune raison logique pour que le caractère accessoire ne soit pas considéré comme rempli lorsque le crédit est octroyé au cocontractant par une société du groupe du fournisseur et non directement par celui-ci, ceci découlant uniquement du schéma d'organisation plus ou moins horizontal ou vertical du groupe, mais relevant d'une finalité identique, à savoir de faciliter la vente de marchandises par le groupe.

La même remarque vaut pour CM 42 : même si un tiers banquier fournit un prêt back to back au fournisseur de la prestation principale, la fonction de celui-ci ne peut être qualifiée de « formelle » au regard de l'octroi de crédit, car il subit entièrement le risque de l'insolvabilité de l'emprunteur.

Pour CM 56, on pourrait mentionner l'exemple des bons d'achat.

A propos de CM 62, « négoce de monnaies », nous sommes d'avis que l'agio de 5% est trop faible et qu'il conviendrait de prendre une limite à 10% afin de séparer plus clairement ce qui relève des monnaies d'art, de ce qui relève du négoce de métaux précieux.

Dans le même ordre d'idées, nous ne comprenons pas l'exclusion du champ de la LBA des monnaies précieuses cotées en bourse, qui nous semblent clairement appartenir au domaine du négoce assujetti, quel que soit l'agio.

Concernant CM 74 et suivants, nous vous prions de nouveau de préciser s'il s'agit de critères alternatifs ou cumulatifs.

Concernant CM 77, nous vous rendons attentifs au cas des changes MIGROS, membre de l'ARIF, dont l'activité est sans doute l'une des plus importantes en Suisse dans le domaine, et en même temps très certainement inférieure à 10% du bénéfice de la MIGROS par année civile.

Nous saluons l'évolution de la notion de « société de domicile » décrite à CM 88 et suivants, qui rejoint exactement celle que l'ARIF applique depuis de nombreuses années.


A ce sujet, nous appuyons par la présente la prise de position de l'USPI, concernant le fait que les sociétés immobilières ne sauraient en principe être considérées comme des sociétés de domicile, d'abord parce que la forme de la propriété immobilière, et l'obligation d'inscription du véritable propriétaire au registre foncier, excluent en principe la possibilité d'un rapport fiduciaire entre la société et ses actionnaires quant à la détention de l'immeuble. Ensuite parce que, par définition, rien n'est plus réel qu'un immeuble, et qu'il ne s'agit donc pas d'une forme patrimoniale propre à la circulation incontrôlable d'actifs. Enfin, parce que les contraintes règlementaires et fiscales entourant la détention d'immeuble excluent en principe que celle-ci puisse être « non opérationnelle ».

A propos des CM 102 et suivants, nous considérons que, par définition, et contrairement à ce que vous indiquez, l'escrow agent n'a pas de pouvoir de disposition sur des valeurs

patrimoniales de tiers, son rôle étant en principe entièrement réglé par l'escrow agreement, qui définit à l'avance, et selon la volonté exclusive des parties à ce contrat, la destination des valeurs patrimoniales en question. La mission de l'escrow agent est de prendre la responsabilité d'exécuter ces instructions préétablies après avoir constaté que les conditions en sont remplies. Il n'est d'ailleurs souvent qu'un dépositaire médiateur des valeurs patrimoniales, celles-ci étant d'ordinaire confiées à un dépositaire bancaire.

La question de savoir s'il s'agit ou non d'une activité typique de l'avocat, couverte par le secret professionnel, nous semble irrelevante, car même dans le cadre de son activité professionnelle typique, l'avocat doit savoir qui est son cocontractant et qui est l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales qui passent en ses mains, et s'abstenir de participer à des opérations suspectes de blanchiment. Son seul privilège est d'avoir la faculté de refuser de dévoiler ces informations à des tiers.

Nous espérons que ces remarques vous seront utiles et vous prions de croire, Messieurs, à l'assurance de nos sentiments dévoués.

 Pour l'ARIE

Die Schweizerische Post
Rechts- und Stabsdienst
Viktoriastrasse 21
Postfach
3030 Bern

Telefon 058 338 63 80
Fax 058 667 33 73
www.post.ch

Postkonto -

FINMA		
ORG	13. JULI 2010	SB
79		
Bemerkung:		Shr

RSD, Viktoriastrasse 21, 3030 Bern

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Frau Julia Reidemeister
Einsteinstrasse 2
3003 Bern



Ihre Nachricht
Unser Zeichen
Kontaktperson
E-Mail
Datum

Patrick Graf / Peter Nobs
patrick.graf@postfinance.ch / peter.nobs@post.ch
12. Juli 2010

Rundschreiben 2010/x „Finanzintermediation nach Geldwäschereigesetz“

Sehr geehrte Frau Reidemeister

Besten Dank für die Einladung zum Entwurf des Rundschreibens „Finanzintermediation nach Geldwäschereigesetz“ (finma-RS) Stellung zu nehmen. Gerne nehmen wir diese Einladung wahr und erlauben uns, Ihnen zu einigen Randziffern des vorliegenden Entwurfs des Rundschreibens unsere Bemerkungen zu unterbreiten:

RZ 60 – Geld- und Wertübertragung (Art. 4 Abs. 1 Bst. c und Abs. 2 VBF)

Das finma-RS äussert sich zur Geld- und Wertübertragung nicht. Die Definition in der VBF in Art. 4 Abs. 2 entspricht nicht der Definition im Reglement 2010 der Selbstregulierungsorganisation Post (RSRO) Art. 1 lit. h oder derjenigen von Art. 6 lit. d GwV-FINMA im Entwurf. Wir gehen davon aus, dass die Definitionen nicht angepasst werden müssen, da u.E. die VBF sich nicht zur Art und Weise, wie die unterstellten Finanzintermediäre ihre Sorgfaltspflichten erfüllen müssen, da dies Sache der von der FINMA zu genehmigenden SRO-Reglemente bzw. der FINMA selber für die ihr direkt unterstellten Finanzintermediäre ist.

RZ 88ff – Begriff der Sitzgesellschaft

Es wäre wünschenswert, wenn die RZ 89 mit der RZ 36^{bis} im Anhang II RSRO ergänzt würde. Die RZ besagt, dass falls der Finanzintermediär trotz Vorliegen eines oder beider Indizien gemäss RZ 36 RSRO den Vertragspartner nicht als Sitzgesellschaft qualifiziert, den Grund dafür aktenkundig festhält.

Die Ausführungen zur VBF in RZ 94 beziehen sich lediglich auf die Holdinggesellschaften. Dies im Gegensatz zur RSRO RZ 37 Anhang II und VSB08, RZ 39, welche neben den Holdinggesellschaften explizit auch «Immobilien-gesellschaften etc.» erwähnen. Hier würden wir eine Erweiterung als sinnvoll erachten.


Der Kommentar zur VSB08 definiert den Begriff der Sitzgesellschaften und führt Anwendungsfälle auf. Unseres Erachtens besteht die Gefahr, dass die Ausführungen im finma-RS mit der VSB08 bzw. dem Kommentar der VSB08 nicht gleich aufgefasst werden. Es besteht mit anderen Worten die Gefahr, dass eine Gesellschaft nach VSB08 als Sitzgesellschaft taxiert wird oder werden müsste und gemäss Ausführungen zur VBF der finma nicht. Eine deckungsgleiche Formulierung/Ausführungsbestimmung zum Begriff der Sitzgesellschaft wäre daher u.E. sinnvoll und zu begrüssen.

Datum 12. Juli 2010
Seite 2

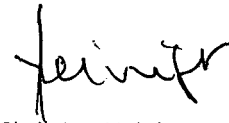
Für eine wohlwollende Prüfung der genannten Anliegen bedanken wir uns im Voraus bestens und stehen Ihnen für Fragen gerne jederzeit zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Die Schweizerische Post
Rechts- und Stabsdienst



Peter Nobs
Leiter



Christine Heiniger
Fürsprecherin, LL.M.

Frau
Julia Reidemeister
Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FINMA
Einsteinstrasse 2
3003 Bern

26. Juli 2010

Anhörung zum Rundschreiben „Finanzintermediation im Sinne des Geldwäschereigesetzes“

Sehr geehrte Frau Reidemeister

Mit Schreiben vom 10. Juni 2010 haben Sie uns eingeladen, zum oben genannten Geschäft Stellung zu nehmen. Wir danken Ihnen für diese Möglichkeit und auch für die uns gewährte Fristerstattung bis zum 26. Juli 2010.

1 Grundsätzliches

economiesuisse begrüsst die mit dem Rundschreiben beabsichtigte Konkretisierung der Verordnung über die berufsmässige Ausübung der Finanzintermediation (VBF). Eine Klarstellung ist notwendig und richtig, müssen doch alle Marktteilnehmer einfach und rechtssicher wissen, ob sie mit ihren Aktivitäten dem Geldwäschereigesetz (GwG) unterstellt sind oder nicht. Am besten erfolgt die Ausführung durch einfache Regeln und rasch nachvollziehbare Kriterien. Diese dürfen nicht zu formalistisch und müssen für jedermann verständlich sein. Ausserdem dürfen sie den Wettbewerb nicht verzerren. Dass trotz einzelnen Neuerungen an der bisherigen Praxis festgehalten werden soll, ist im Sinne der Kontinuität zu begrüssen.

economiesuisse nimmt aus einer gesamtwirtschaftlichen Sicht Stellung. Für die Detailanträge verweisen wir auf die besonders betroffenen Kreise (SRO des Leasingverbands, Schweizerische Bankiervereinigung, Swissmem), die wir unterstützen.

2 Gesetzliche Grundlage zum Erlass von Ausführungsbestimmungen

Art. 12 der Verordnung über die berufsmässige Ausübung der Finanzintermediation (VBF) ermächtigt die FINMA, die Ausführungsbestimmungen zur VBF zu erlassen. Die FINMA hat dafür die Form eines Rundschreibens gewählt. Das können wir akzeptieren.

Inhaltlich gesehen wäre jedoch auch zu erwägen, mehr aus dem Kurzkomentar zur VBF der Eidgenössischen Finanzverwaltung EFV zu übernehmen – v.a. die dort angeführten Beispiele und tabellarischen Übersichten sind hilfreiche Instrumente.

3 Einzelbetrachtungen

3.1 Zu Ziff. II. B. c Übertragung von Vermögenswerten als akzessorische Nebenleistung zu einer Hauptleistung (RZ 12-14 RS)

Die Übertragung von Vermögenswerten als akzessorische Nebenleistung zu einer Hauptleistung ist richtigerweise vom Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes (GwG) ausgenommen. Das Rundschreiben bestimmt, unter welchen Voraussetzungen eine akzessorische Nebenleistung vorliegt. RZ 13 fordert, dass diese Nebenleistung im Verhältnis zur Hauptleistung von untergeordneter Bedeutung sein muss. Aus Sicht von *economiesuisse* ist dafür zu sorgen, dass dieses Erfordernis die wirtschaftliche Realität berücksichtigt. Oft wird durch die Finanzierung eines Geschäfts die Hauptleistung erst ermöglicht. Die Finanzierung ist in diesen Fällen bezogen auf das einzelne Geschäft nicht von untergeordneter Bedeutung, wohl aber im Hinblick auf die gesamte Geschäftstätigkeit – auch ist eine Vergütung für diese Nebenleistungen üblich. Das Rundschreiben ist dahingehend anzupassen (vgl. auch Eingabe der *Swissmem* zu RZ 12-14 RS).

3.2 Zu Ziff. III. A. c Handelsfinanzierungen (RZ 27 f. RS)

Die Feststellung der FINMA in Randziffer 2 des Rundschreibens, dass das Direktleasing, bei dem der Hersteller oder Lieferant auch Leasinggeber ist, dem GwG nicht unterstellt sei, ist falsch. Gemäss Kurzkomentar des VBF ist das nach Meinung des Bundesrats 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. Das bedeutet, dass das Direkt- oder Herstellerleasing nicht generell von einer GwG-Unterstellung ausgenommen ist, sondern eben nur dann, wenn sich das Direktleasinggeschäft als akzessorisches Kreditgeschäft erweist. Diesbezüglich verweisen wir auf die weitergehenden Ausführungen der SRO des Leasingverbands.

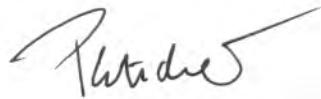
3.3 Zu Ziff. III. B. f Akzessorische Kreditgewährung (Rz. 38 – 43 RS)

Die VBF nimmt die akzessorische Kreditgewährung vom Geltungsbereich des GwG aus. Aus Sicht der Wirtschaft müssen die Kriterien, anhand welcher über diese Ausnahme entschieden wird, einfach und eindeutig abgefasst und dennoch nicht zu formalistisch sein. Jedermann muss sie verstehen und entsprechend einfach beurteilen können, ob seine Tätigkeit dem Geldwäschereigesetz untersteht oder nicht. Unumgänglich und damit entscheidend bei der Aufstellung dieser Kriterien ist, dass sie für alle Wettbewerber im Kreditgeschäft gleich lange Spiesse bieten. Wettbewerbsverzerrungen sind nicht nur aus wirtschaftspolitischer Sicht – weil sie der Gesamtwirtschaft schaden – zu vermeiden. Der Grundsatz der Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten ergibt sich schon aus der verfassungsmässig garantierten Wirtschaftsfreiheit. Hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung der Kriterien verweisen wir auf die Eingabe der SRO SLV und die Mail von Herrn Hess vom 23. Juli 2010 an die FINMA. Die vorge-

schlagenen eindeutigen und quantitativen Kriterien zu Konkretisierung unterstützen wir vollumfänglich. Sie bieten eine für jedermann verständliche, einfache und praktikable Lösung.

Wir bedanken uns für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüße



Thomas Pletscher
Mitglied der Geschäftsleitung



Sandra Spieser
Wissenschaftliche Mitarbeiterin



FINMA		
ORG	12. JULI 2010	SB
M 9		
Bemerkung:		FLP

Spettabile
FINMA
Att.ne Julia Reidemeister
Einsteinstrasse 2

3003 Berna

Lugano, 9 luglio 2010/GV

Presa di posizione sulla circolare della FINMA relativa all'attività di intermediazione finanziaria ai sensi della LRD

Egregi Signori,

vi ringraziamo per averci sottoposto il progetto a margine per una nostra presa di posizione.

In quanto unico OAD di sola lingua italiana auspichiamo che in futuro le consultazioni avvengano anche nella nostra lingua. Si tratta di temi tecnici che ci dovrebbe essere consentito poter esaminare, già in fase di progetto, nella nostra lingua madre.

Di principio sono stati apprezzati gli sforzi di semplificazione e alleggerimento di alcune interpretazioni della prassi.

Dopo attento esame del progetto di prassi ci permettiamo effettuare le seguenti osservazioni.

In generale:

Il pregio della prassi nella versione dell'ottobre 2008 era quello di rivestire la forma di una guida pratica facilmente consultabile e comprensibile, ad uso di un ampio pubblico con particolare riferimento agli IF della più varia estrazione.

Al contrario la proposta circolare FINMA ha assunto un carattere tecnico-giuridico difficilmente accessibile ad una importante fetta di potenziali utenti.

La prassi proposta tralascia, rispetto al testo attualmente in vigore, importanti settori di intermediazione finanziaria quali ad esempio il settore immobiliare. Ora apparentemente limitata all'attività del notaio. Per comprendere che viene mantenuta l'esclusione dell'attività immobiliare in genere si deve andare a fare riferimento al messaggio esplicativo della OIF.



Queste semplificazioni rischiano di generare una importante insicurezza negli IF, insicurezza che solo la vostra autorità con puntuali e ripetute prese di posizione sarà chiamata a chiarificare in tutti quegli aspetti che sono stati tralasciati o inseriti in altre norme.

Si può comprendere che una semplificazione della prassi pubblicata fosse auspicabile, mal si comprende per contro l'attuale impostazione, considerato il pubblico al quale é destinata.

Nel concreto, e limitandoci ai settori di attività dei nostri affiliati, si deplora la mancanza di chiarezza in questi settori, prima chiaramente definiti dalla prassi:

- gestione di immobili e di società immobiliari (un cui accenno interpretativo é contenuto nel messaggio di accompagnamento alla OIF);
- chiarezza sull'assoggettamento o meno del trasporto transfrontaliero di capitali. Ricordiamo che la prassi vigente esclude il rimpatrio all'estero di capitali considerandolo attività di recupero crediti, mentre l'attuale proposta resta silente su questo aspetto.
- la nuova definizione di Società di domicilio, dove l'assenza di personale e strutture é solo un indizio, mentre l'attività commerciale imporrebbe un non assoggettamento, solleva un dubbio di non poco conto legato alle attività di "transfer pricing" e di triangolazione, tutta attività ora chiaramente da assoggettare alla LRD e che un domani, in virtù di questa nuova interpretazione potrebbero essere escluse dal campo di applicazione della LRD.

Tutto quanto precede ci ha portato al convincimento che il nuovo testo elaborato non é a nostro giudizio consono, né dal profilo qualitativo né dal profilo del pubblico a cui é indirizzato, a sostituire l'attuale prassi in vigore.

Ringraziando ancora per l'opportunità che ci é stata concessa porgiamo i nostri migliori saluti.

Per l'OAD FCT



Massimo Tognola



Luca Confalonieri



Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA
Herr Léonard Bôle
Frau Julia Reidemeister
Einsteinstrasse 2
3003 Bern

FINMA		
ORG	13. JULI 2010	SB
Mg		
Bemerkung:		FLP

Per E-Mail: aml@finma.ch

Basel, 12. Juli 2010
J.22.4 PBA/ce

Rundschreiben 2010/x „Finanzintermediation nach Geldwäschereigesetz“

Sehr geehrte Frau Reidemeister, sehr geehrter Herr Bôle

Mit der Ausschreibung der Information zur Anhörung vom 11. Juni 2010 sind wir eingeladen worden, zum Entwurf des Rundschreibens bis am 12. Juli 2010 Stellung zu nehmen. Gerne nehmen wir diese Einladung wahr und erlauben uns, Ihnen zu einigen Randziffern des vorliegenden Rundschreibenentwurfs unsere Bemerkungen zu unterbreiten:

RZ 38 bis 43 – Akzessorische Kreditgewährung (Art. 3 Bst f VBF)

Grundsätzlich sind wir mit der Ausführung der akzessorischen Kreditgewährung einverstanden. Es kann unseres Erachtens nur ein akzessorisches Kreditgeschäft angenommen werden, wenn der Kreditgewährung gegenüber der Hauptleistung eine untergeordnete Bedeutung zukommt. Der sachliche Zusammenhang muss dabei natürlich Voraussetzung sein.

Sehr zu begrüssen ist so dann auch, dass die Erbringung des Kredits von einer Konzerngesellschaft des Erbringers der Hauptleistung einerseits (RZ 40) sowie auch das Back-to-Back Leasing andererseits (RZ 42) von dieser Akzessorietät ausgenommen wird. Damit bleibt ein „level playing field“ bestehen, welches künftig nicht nur die Unterstellungspflicht von selbstständigen Leasinggesellschaften vorsieht.

Dennoch sollte aber im Sinne der „gleich langen Spiesse“ für alle Marktteilnehmer, wie bereits im Vorfeld dieses Rundschreibens zusammen mit Ihnen und dem SRO SLV besprochen, insofern noch ein Schritt weiter gegangen werden, als dass die Ausnahmeregelung in RZ 43, letzter Satz, nur zur Geltung kommen darf, wenn für die Kreditgewährung kein eigenständiges Rechtsgeschäft getätigt wird. Das heisst, die Finanzierungsregelung muss im selben Rechtsgeschäft (Kaufvertrag) geregelt sein und darf nicht im Nachgang zusammen mit der Finanzabteilung in einem separaten Leasinggeschäft vereinbart werden können.

Dementsprechend wäre aus unserer Sicht RZ 43, zweiter Satz zu streichen oder aber wie folgt anzupassen:

„Die Kreditgewährung ..., wird ebenfalls als akzessorisch betrachtet, **sofern die Kreditgewährung kein eigenständiges Rechtsgeschäft darstellt, resp. im gleichen Vertragsverhältnis vereinbart wird**, und ist daher dem GwG nicht unterstellt.“

RZ 49 – Ausführung von Zahlungsaufträgen (Art. 4 Abs. 1 Bst. a VBF)

Die Unterstellungspflicht bei Weiterleitung von Zahlungen über das eigene Konto wird mitunter umgangen. Es ist zu beobachten, dass Kunden zuerst aus eigenen Mitteln Zahlungen an Drittpersonen leisten und sich anschliessend vom wahren Auftraggeber entschädigen lassen. Solche Kunden berufen sich auf die Ausnahme gemäss Art. 2 Abs. 3 lit. a GwG i.V.m. Art. 3 lit. b VBF; es habe eine zinsfreie Gewährung von Krediten vorgelegen (Rz. 31), weshalb keine Unterstellungspflicht anzunehmen sei. Nach Sinn und Zweck der Vorschrift von Art. 4 VBF kann es aber keine Rolle spielen, ob die Deckung kurz vor oder erst kurz nach Ausführung der Zahlung stattfindet. Aus diesem Grund sollte RZ 49 wie folgt angepasst werden (vgl. Satz in der Mitte des Textes):

„Grundsätzlich sind dem GwG alle Überweisungen und Weiterleitungen unterstellt, die im Auftrag des Schuldners der Leistung getätigt werden, **unabhängig davon, ob der Schuldner den Dienstleister vor oder erst nach dessen Vergütung an den Dritten entschädigt.**“

RZ 63 – Handel mit Rohwaren (Art. 5 Abs. 2 Bst. b VBF)

Es sollte hier ebenfalls definiert werden, dass auch der ausserbörsliche Rohwarenhandel nur bei Handel auf fremde Rechnung unterstellt wird.

RZ 82

Die Bestimmung fokussiert auf kollektive Kapitalanlagen. Dabei fehlt u.E. ein Hinweis auf die Unterstellungspflicht eines Schweizer Verwalters einer ausländischen Kapitalanlage. Dies betrifft die in der Praxis häufig anzutreffenden Fälle gemäss Art. 13 Abs. 4 lit. c KAG in denen das Offshore-Domizil der kollektiven Kapitalanlagen keine gleichwertige Aufsicht bietet und daher keine Bewilligungsmöglichkeit für den Verwalter besteht. RZ 82 sollte deshalb zur Klarstellung wie folgt ergänzt werden:

„**Vermögensverwalter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen (Art. 119 KAG), die nicht gemäss Art. 13 Abs. 4 KAG beaufsichtigt werden, fallen unter Art. 2 Abs. 3 GwG.**“

RZ 86 - Organtätigkeit für Sitzgesellschaften (Art 6 Abs. 1 Bst. d VBF)

Die Ausführungsbestimmungen im Rundschreiben werden begrüsst. Auf Seiten der Kunden wie auch bei den Selbstregulierungsorganisationen besteht jedoch noch folgende Unklarheit, die es unseres Erachtens zu beseitigen gilt:

Es existieren diverse Vermögensverwaltungsgesellschaften, deren Mitarbeiter eine Doppelstellung innehaben. Sie sind zum einen Organ oder Angestellte einer inländischen SRO-pflichtigen Vermögensverwaltungsgesellschaft. Zum anderen sind diesel-

ben im Inland wohnhaften Personen Organe von ausländischen Sitzgesellschaften. Im Sinne der bestehenden Praxis sollte deshalb klargestellt werden, dass auch eine Organtätigkeit für Sitzgesellschaften nicht als Finanzintermediation gilt, wenn diese in der Funktion als Hilfsperson für einen bewilligten Finanzintermediär ausgeübt wird und die Voraussetzungen gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. f VBF erfüllt sind. Entsprechend sollte RZ 86 sinngemäss wie folgt ergänzt werden:

„Wird die Organtätigkeit bei einer Sitzgesellschaft im Auftrag eines Finanzintermediärs ausgeübt, liegt keine Finanzintermediation vor, wenn die Voraussetzungen von Art. 1 Abs. 2 lit. f VBF erfüllt sind.“

Weiter erscheinen unseres Erachtens mit Hinblick auf steuerrechtliche und gesellschaftsrechtliche Gesichtspunkte Konstellationen problematisch, in welchen der wirtschaftlich Berechtigte gleichzeitig Organ einer Sitzgesellschaft ist. Vor diesem Hintergrund wäre es sinnvoll, die im Rundschreibenentwurf vorgesehene Differenzierung abzulehnen, wonach keine Finanzintermediation vorliegt, wenn der wirtschaftlich Berechtigte gleichzeitig Organ einer Sitzgesellschaft ist. Wir schlagen vor, letzten Satz von RZ 86 zu streichen.

RZ 89 – Begriff der Sitzgesellschaft

Es wäre wünschenswert, dass die Randziffer 89 analog der Ziffer 38 Abs. 2 VSB 08 ergänzt würde. Es erscheint uns wichtig, dass falls der Finanzintermediär den Vertragspartner trotz Vorliegen eines oder beider erwähnten Indizien nicht als Sitzgesellschaft qualifiziert, den Grund dafür aktenkundig festhält.

RZ 102 – Der Anwalt als Escrow Agent

Im Sinne einer gerechten Verantwortungswahrnehmung, der Rechtssicherheit und der Umsetzung dieser Bestimmungen in der Praxis sollten sämtliche Tätigkeiten eines Anwaltes/Notars als Escrow Agent nicht dem GWG unterstellt werden, wenn die Tätigkeit freiberuflich ausgeübt wird und ein Eintrag in einem behördlichen Berufsregister besteht.

Sollte an der im Entwurf des Rundschreibens enthaltenen differenzierten Auslegungsbestimmung festgehalten werden, ist sicherzustellen, dass der letzte Satz in RZ 103 des Rundschreibenentwurfs beibehalten wird und so weiterhin die entsprechende Verantwortlichkeit geregelt bleibt.

RZ 121 – Nahestehende Personen (Art. 7 Abs. 4 und 5 VBF)

Die Ausnahme für nahestehende Personen wird begrüsst. In der Praxis ergeben sich aber Auslegungsprobleme hinsichtlich der Unterstellungspflicht von sogenannten „Family Offices“. Sofern diese das Vermögen mehrerer Familien verwalten, spricht man von „Multi Family Offices“, die klar als Vermögensverwalter gemäss Art. 2 Abs. 3 lit. e GWG gelten. Unklar erscheint die Situation aber bei „Single Family Offices“, die sich um das Vermögen einer Familie kümmern.

Eine Klarstellung der Unterstellungspflicht von „Family Offices“ wäre wünschenswert. Insbesondere sollte dabei auch klargestellt werden, dass die Bestimmung nicht auf Situationen anwendbar ist, in welchen das Vermögen einer Familie durch externe Personen oder Gesellschaften, d.h. Personen ohne verwandtschaftliche Bindung verwaltet wird.

Für eine wohlwollende Prüfung der genannten Anliegen danken wir im Voraus bestens.

Freundliche Grüsse
Schweizerische Bankiervereinigung



Renate Schwob



Pascal Baumgartner



FINMA		
ORG	14. JULI 2010	SB
79		
Bemerkung:		S hr



SRO SBB c/o Revision Parkterrasse 14 · 3000 Bern 65

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Geldwäscherei und Finanzintermediäre
Einsteinstrasse 2
3003 Bern

Bern, 12. Juli 2010

Stellungnahme der SRO SBB zum Entwurf für das Rundschreiben „Finanzintermediation im Sinne des Geldwäschereigesetzes“ der FINMA

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken für die Möglichkeit, zum Entwurf in rubrizierter Angelegenheit Stellung nehmen zu können.

Wir erachten die vorgesehenen Ausführungen zur Verordnung über die berufsmässige Ausübung der Finanzintermediation (VBF) als sehr hilfreich, da sie mehr Rechtssicherheit in Unterstellungsfragen GwG vermitteln würden.

Die uns unterstellten Finanzintermediäre sind grösstenteils im Geldwechselgeschäft und im Geld- und Wertübertragungsgeschäft tätig. Wir erlauben uns deshalb, vor allem zu den Bestimmungen dieser Bereiche Stellung zu nehmen.

Beide Geschäfte stellen im Vergleich zur nicht GwG-relevanten Haupttätigkeit der uns angeschlossenen Finanzintermediäre (Transportleistungen) für diese nur eine akzessorische Nebenleistung dar.

Wir begrüssen die von Ihnen vorgeschlagene Bestimmung über den Geldwechsel als akzessorische Nebenleistung zu einer Hauptleistung (RZ 75ff.), wonach diese unter den genannten Bestimmungen nicht als Handelstätigkeit gilt und somit nicht dem GwG untersteht. Wir gehen davon aus, dass der in RZ 77 genannte Wert von 10% des Unternehmensgewinns uneingeschränkt gilt und nicht durch RZ 116 wieder neutralisiert wird.

Weiter begrüßen wir, dass der Geldwechsel, welcher sich als akzessorisches Geschäft als Kassageschäft abspielt und somit keine dauernde Kundenbeziehung begründet, von der anzahlbezogenen Beschränkung der Geschäftsbeziehungen ausgeschlossen ist.

Auch die Bestimmung, wonach das Geld- und Wertübertragungsgeschäft immer als berufsmässig zu beurteilen ist (RZ 124), erachten wir als sinnvoll, wird doch damit der unlöbliche Graubereich der vielen Money-Transmitter ohne Unterstellung ausgehebelt und schafft eine gleiche Ausgangsposition für alle Finanzintermediäre. Leider wird diese gewünschte restriktive Überwachung durch die Hilfspersonenregelung, deren Anwendung explizit auch bei der Geld- und Wertübertragung gestattet ist (RZ 20 – 21), wieder verwässert. Daran ändert unserer Meinung nach auch die Einschränkung nichts, dass die Hilfsperson in diesem Bereich nur für einen Finanzintermediär tätig sein darf.

Für die Bestimmung, dass die Hilfspersonenregelung auch auf bereits unterstellte (also auch überwachte) berufsmässige Finanzintermediäre Anwendung finden soll (RZ 21), sehen wir keine sachliche Notwendigkeit. Bezüglich Sorgfalt bei der Auswahl kann dem beauftragenden Finanzintermediär wohl kaum mehr zugemutet werden, als einer SRO beim Anschluss eines Finanzintermediärs oder der FINMA bei der Bewilligung anlässlich der Direktunterstellung. Das Einzige, was uns hier vertretbar und auch angebracht erscheint, ist, dass sich der beauftragende Finanzintermediär regelmässig vergewissert, dass der als Hilfsperson agierende Finanzintermediär immer noch durch eine SRO oder die FINMA überwacht wird. Alles darüber hinausgehende führt lediglich zu einer Aufblähung des administrativen Aufwands, muss doch damit der beauftragende Finanzintermediär die gleichen Überwachungs- und Ausbildungsaufgaben wahrnehmen, welche ja schon der SRO oder der FINMA übertragen sind, welche den als Hilfsperson tätigen Finanzintermediär überwacht.

Wir erachten es als sinnvoll, dass die Ausgabe von Zahlungsmitteln und das Betreiben von Zahlungssystemen dem GwG unterstellt sind (RZ 55 – 59). Wir vermissen jedoch die Begrenzung der Unterstellung auf Vermögenswerte über dem geringen Wert, wobei der geringe Wert dann noch zu definieren ist.

Zu den nicht erwähnten Punkten des Rundschreibens nehmen wir keine Stellung, da die dort aufgeführten Tätigkeiten von unseren Finanzintermediären nicht betrieben werden und wir deshalb nicht über ausreichende Praxiserfahrung in diesen Bereichen verfügen.

Freundliche Grüsse



René Angele
Stv. Leiter SRO SBB



Verena Kubitz
Leiterin Fachstelle SRO SBB

Selbstregulierungsorganisation des Schweizerischen
Anwaltsverbandes und des Schweizerischen Notarenverbandes

Organisme d'autoréglementation de la Fédération Suisse
des Avocats et de la Fédération Suisse des Notaires

Organismo di autodisciplina della Federazione Svizzera
degli Avvocati e della Federazione Svizzera dei Notai



FINMA		
ORG	13. JULI 2010	SB
79		
Bemerkung:		shr

A

Autorité fédérale de surveillance
des marchés financiers FINMA
Monsieur Léonard Bôle
Madame Julia Reidemeister
Einsteinstrasse 2
3003 Berne



Berne, le 12 juillet 2010

**GB-M/M-GFK – Procédure d'audition concernant la circulaire « Activité
d'intermédiaire financier au sens de la LBA »**

Monsieur,
Madame,

Le projet de circulaire que vous nous avez soumis par lettre du 20 juin dernier
appelle deux remarques de notre part.

a) Tout d'abord, au chiffre marginal 101, vous prévoyez que les règles qui le
précèdent « ne s'appliquent qu'aux avocats et notaires qui exercent leur activité à
titre libéral et sont inscrits au registre des avocats d'un canton ou auprès d'une
chambre notariale cantonale ou d'une chambre professionnelle étrangère
équivalente ».

Il est juste que les règles en question ne s'appliquent qu'aux avocats et notaires qui
exercent leur activité à titre indépendant de telle manière qu'elle est constitutive de
l'exercice d'une profession libérale.

En revanche, il ne paraît pas justifié de limiter l'exception aux avocats qui sont
inscrits sur un registre cantonal. Cette inscription n'est nécessaire que pour ceux
qui exercent la représentation en justice (art. 2 al. 1, 6 al. 1, 8 al. 1 let. d LLCA).

Bon nombre d'avocats qui exercent comme indépendants choisissent de ne pas
demander leur inscription sur un registre cantonal, précisément parce qu'ils
n'exercent pas la représentation en justice. Il n'en reste pas moins qu'ils sont
avocats au sens de la LBA, tenus par le secret professionnel dont la violation est
sanctionnée par l'art. 321 CP.

Nous vous proposons dès lors de rédiger comme suit la première phrase du chiffre marginal 101 :

Ces règles ne s'appliquent qu'aux avocats et notaires dont l'activité s'inscrit dans l'exercice d'une profession libérale. Elles ne s'appliquent aux notaires que s'ils sont inscrits auprès d'une chambre notariale cantonale ou d'une chambre professionnelle étrangère équivalente.

b) Les chiffre marginaux 102 à 104 nous paraissent trop restrictifs. L'avocat est d'abord choisi comme consignataire ou, pour reprendre vos termes, comme *escrow agent*, à cause de la confiance que lui font les parties. Il n'a pas toujours à mettre en oeuvre ses compétences juridiques pour débloquer les valeurs qui lui ont été confiées. Si on le préfère à d'autres consignataires comme les banques, les experts-comptables, les gérants de fortune ou toutes autres personnes de confiance, c'est aussi parce qu'il fait l'objet d'une surveillance exercée par une autorité étatique à laquelle il est facile d'avoir recours. Cela vaut aussi pour le notaire consignataire qui n'intervient pas pour l'achat d'un immeuble.

En d'autres termes, chaque fois que les parties font appel à un avocat ou à un notaire pour être consignataire, c'est d'abord à cause de la confiance qu'elles peuvent placer en lui.

Il offre la garantie du contrôle neutre de l'échange harmonieux des prestations, la plupart du temps dans l'exécution d'un contrat synallagmatique. Le rôle qu'il assume comme consignataire est le même que celui que remplit le notaire en relation avec l'achat d'un immeuble et dont nous nous félicitons de la manière dont vous l'avez réglé au chiffre marginal 106.

En résumé, nous vous demandons de modifier le chiffre marginal 102 pour lui donner la teneur suivante :

Un consignataire (*escrow agent*) est en principe soumis à la LBA dès lors que l'exécution du contrat de consignation (*escrow agreement*) va de pair avec un pouvoir de disposition sur des valeurs patrimoniales des tiers. Toutefois, ce principe ne vaut pas pour l'avocat ou le notaire. Pour déterminer s'il est soumis à la LBA, il convient d'examiner si les parties au contrat de consignation (*escrow agreement*) l'ont choisi pour des raisons étrangères à sa qualité d'avocat ou de notaire.

c) Dans la version française de votre circulaire, nous vous suggérons de remplacer le terme *Inhaltsverzeichnis* par celui de table des matières et, comme nous l'avons fait plus haut, de remplacer l'expression « *escrow agent* » par « consignataire » et celle d'« *escrow agreement* » par « contrat de consignation ».

Nous vous remercions de l'attention que vous porterez à ce qui précède et nous vous prions d'agréer, Messieurs, nos salutations très distinguées.



Peter Lutz
Président



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 Gewerbenossen.

- 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.

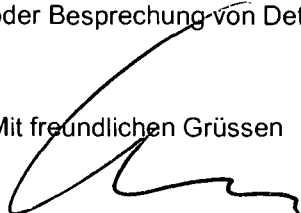
Jedenfalls muss im Text von Rz. 122 Klarheit geschaffen werden, indem entweder der Einschub „exklusiv des Amortisationsanteils“ im ersten Satz gestrichen wird oder im zweiten Satz eingefügt wird:

„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

Selbstregulierungsorganisation
SRO Post
Helvetiastrasse 17
3030 Bern

Telefon 058 338 09 50
Fax 058 667 33 68

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht; finma
Herr Franz Stirnimann, Leiter Märkte
Herr Léonard Bôle, Leiter Geldwäscherei und
Finanzintermediäre
Einsteinstrasse 2
3003 Bern

Ihre Nachricht
Unser Zeichen
Kontaktperson

E-Mail Peter Senn
Datum peter.senn@sro.post.ch
12. Juli 2010

Rundschreiben 2010/x; „Finanzintermediation nach Geldwäschereigesetz“

Sehr geehrter Herr Stirnimann, sehr geehrter Herr Bôle

Mit Schreiben vom 10. Juni 2010 an den Präsidenten des Forum-SRO haben Sie die Selbstregulierungsorganisationen eingeladen, bis am 12. Juli 2010 zum Entwurf des Rundschreibens 2010/x Stellung zu nehmen. Besten Dank für die uns gewährte Möglichkeit.

Der Präsident des Forum-SRO wird Ihnen im Namen des Vereins eine konsolidierte Antwort zur Anhörung einreichen. Die SRO Post schliesst sich deren Inhalt vorbehaltlos an.

In der vorliegenden Sache steht die SRO Post auch in Kontakt und im Informationsaustausch mit der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg). Um Doppelspurigkeiten zu vermeiden, verweisen wir auf die Antwort der SBVg, die Ihnen separat Bemerkungen zu einigen Randziffern des vorliegenden Rundschreibenentwurfs unterbreiten wird. Die SRO Post teilt die Linie der SBVg und kann sich diesen Ausführungen vollumfänglich anschliessen.

RZ 60 und 124 - Geld- und Wertübertragungsgeschäft

Die SRO Post begrüsst die Tatsache, dass mit Art. 9 VBF das Geld- und Wertübertragungsgeschäft immer berufsmässig ausgeübt wird. Mit der Unterstellung derjenigen Person, welche diese Dienstleistung Dritten zur Abwicklung anbietet, entfällt der Nachweis einer unterstellungspflichtigen Tätigkeit durch die finma. Es ist dies namentlich für die Marktaufsicht eine wesentliche Vereinfachung bei der Ermittlung und Qualifizierung von Finanzintermediären.

Die umfassende (vereinfachte) GwG-Aufsicht über die Dienstleistungsanbieter des Geld- und Wertübertragungsgeschäfts ermöglicht eine Professionalisierung, mindert gegenüber den beaufichtigten Finanzintermediären Wettbewerbsverzerrungen und schützt letztlich den Finanzplatz Schweiz vor Rechts- und Reputationsrisiken.

Damit rechtfertigt sich andererseits wiederum der Verzicht auf die bis anhin apodiktisch und wenig zweck- und zielführenden so genannt spezifischen Sorgfaltspflichten, die der Finanzintermediär bisher bei jedem Kleinstbetrag vor Ausführung der Transaktion mit der Identifikation der Vertragspartei und der Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person wahrzunehmen hatte. Die weiteren Ausführungen dazu sind in der Antwort der SRO Post zur Anhörung der Geldwäschereiverordnung-FINMA festgehalten.

Datum 12. Juli 2010
Seite 2

Wir bitten Sie um Kenntnisnahme.

Freundliche Grüsse

Selbstregulierungsorganisation
SRO Post

sig.

Bernhard Antener
Leiter

sig.

Peter Senn
Leiter Fachstelle

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Frau Julia Reidemeister
Einsteinstrasse 2
3003 Bern

Zürich, 12. Juli 2010

Anhörung Rundschreiben 2010/x „Finanzintermediation nach Geldwäschereigesetz“

Sehr geehrte Frau Reidemeister,
Sehr geehrte Damen und Herren,

Wir danken Ihnen für die Zustellung der Anhörungsunterlagen und die Möglichkeit, dazu Stellung zu beziehen. Gerne lassen wir Ihnen nachfolgend unsere Kommentare zukommen.

Wir unterstützen die vorgeschlagenen Änderungen und Präzisierungen und haben lediglich zu einem Punkt eine Bemerkung: Wir würden es begrüssen, wenn in Ziffer 10 ff. die Voraussetzungen für nicht (mehr) dem GwG unterliegende akzessorische Nebenleistungen noch präziser umschrieben würden, damit hier die gewünschte Rechtssicherheit erreicht werden kann. Für unseren Berufsstand ist es insbesondere relevant, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen Geldzahlungen im Zusammenhang mit der Führung der Buchhaltung für einen Kunden als akzessorische Nebenleistungen gelten.

Wir bitten Sie, unsere Kommentare zu berücksichtigen, und stehen Ihnen für Rückfragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

TREUHAND  KAMMER



Michael Riesen
Präsident Kommission für Finanzmarktfragen



Günter Büchler



FINMA		
ORG	2. AUG. 2010	SB
Mg		
Bemerkung:		FL

**AUTORITÉ FÉDÉRALE DE
SURVEILLANCE DES MARCHÉS
FINANCIERS (FINMA)**
Einsteinstrasse 2

3003 BERNE

Paudex, le 30 juillet 2010
AF/OR/ir

Procédure d'audition relative à la circulaire « Activité d'intermédiaire financier au sens de la loi sur le blanchiment d'argent »

Madame, Monsieur,

L'USPI Suisse est l'organisation faîtière romande des professionnels de l'immobilier. Elle se compose des associations cantonales de l'économie immobilière implantées dans les six cantons romands. A ce titre, elle est le porte-parole de quelque 400 entreprises et de plusieurs milliers de professionnels.

Nous vous remercions d'avoir accepté de prolonger le délai pour vous adresser la présente au 30 juillet 2010 et sommes désormais en mesure de vous faire part de notre prise de position.

La circulaire, qui contient des dispositions d'exécution de l'Ordonnance sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel du 18 novembre 2009 (OIF), a notamment pour objet de préciser les critères à remplir pour qu'une personne soit considérée comme intermédiaire financier au sens de l'article 2 al. 3 de la Loi sur le blanchiment d'argent (LBA).

Elle remplace ainsi la pratique intitulée « Champ d'application personnel et territorial de la loi sur le blanchiment dans le secteur non bancaire » (ci-après la « pratique ») qui avait été adoptée par l'ancienne Autorité de contrôle LBA.

Cette ancienne pratique définissait les critères et conditions d'assujettissement à la LBA, notamment s'agissant des activités dans le domaine de l'immobilier.

Ces dispositions revêtaient un caractère particulièrement important pour ce domaine d'activité dès lors que la LBA, dont la dénomination complète est « Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchissement d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier », ne concerne a priori pas les activités liées au domaine de l'immobilier.

Dès lors que le projet de circulaire prévoit une réglementation différente pour certaines activités liées à l'immobilier, ou s'abstient de régler expressément certaines questions qui l'étaient dans l'ancienne pratique, et compte tenu des conséquences extrêmement importantes qui en découlent pour les membres de nos associations – assujettissement ou non à la LBA –, nous nous permettons de nous déterminer comme suit :

1. GENERALITES

Comme indiqué en-tête de la présente, la LBA a en principe vocation, conformément à sa dénomination, à s'appliquer uniquement aux activités relevant du secteur financier.

Ainsi, les activités relevant du domaine de l'immobilier sont en principe, et sous réserve d'exceptions dûment justifiées et admissibles, exclues du champ d'assujettissement de la LBA.

Aucune disposition de la LBA, ou même de l'OIF, ne permet en effet de considérer que les activités liées au domaine de l'immobilier seraient, par principe, comprises dans le champ d'application de la loi.

L'ancienne pratique de l'Autorité de contrôle avait toutefois étendu le champ d'application de la loi de manière à assujettir plusieurs activités relevant du domaine d'activité de l'immobilier à la LBA. La conformité de cette pratique au regard de la loi était cependant douteuse.

Le projet de circulaire ne se prononce toutefois pas expressément sur plusieurs questions autrefois spécifiquement réglées par la pratique. Or la sécurité du droit impose de clarifier ces points de manière à ce que les personnes concernées puissent être en mesure de déterminer si leurs activités sont ou non assujetties à la LBA.

Nous examinerons ci-dessous la question de l'éventuel assujettissement à la LBA de différentes activités liées au domaine de l'immobilier.

2. GERANCE IMMOBILIERE

L'encaissement de loyers et des charges pour le compte d'un propriétaire était et demeure considéré comme une activité de recouvrement de créances non assujettie à la LBA (art. 1 al. 2 let. b OIF ; chiffres 7 à 9 Circulaire).

En outre, l'utilisation des avoirs pour effectuer des paiements en faveur de tiers pour le compte du propriétaire était et demeure également une activité non assujettie à la LBA (art. 1 al. 2 let. c OIF ; chiffres 10 à 16 Circulaire).

Nous comprenons en conséquence que la nouvelle circulaire ne modifie pas la pratique s'agissant de l'activité de gérance immobilière, qui demeure non assujettie à la LBA.

3. ADMINISTRATION D'UNE SOCIETE IMMOBILIERE

L'article 6 al. 1 let. d OIF prévoit que l'activité d'organe d'une société de domicile est considérée comme une activité d'intermédiation financière.

L'article 6 al. 2 OIF précise que sont considérées comme des sociétés de domicile les personnes morales, sociétés, établissements, fondations, trusts, entreprises fiduciaires et constructions semblables qui n'exercent pas une activité de commerce ou de fabrication ou une autre activité exploitée en la forme commerciale.

Les chiffres 91 à 94 de la circulaire offrent des exemples concrets de ce qui est réputé être une société de domicile et de ce qui ne l'est pas.

Toutefois, les sociétés immobilières ne sont mentionnées dans aucune des deux catégories. Il existe dès lors une insécurité juridique importante concernant cette question, compte tenu en particulier de l'ancienne pratique de l'Autorité de contrôle.

En effet, celle-ci avait développé la pratique suivante concernant les sociétés immobilières (chiffre 2.5.1.2.2 Pratique) :

« Une société immobilière est soit une société qui a pour seul actif un immeuble mais qui a confié la gestion de cet immeuble à un tiers, soit une société qui détient un immeuble et procède à sa gestion. Alors que dans le premier cas, la dite société est incontestablement une société de domicile, dans le second il s'agit d'une société active opérationnellement. L'administration d'une société immobilière, dont la fortune est composée exclusivement ou en partie d'un immeuble, ne se distingue pas de l'administration d'une autre société de domicile. Ce sont par conséquent les organes chargés de l'administration de la société immobilière qui sont soumis à la LBA. La société immobilière qui effectue la gestion d'immeubles est par contre dans certaines circonstances soumise elle-même à la LBA. »

Cette pratique ne saurait être maintenue dès lors que les considérations sur lesquelles elle repose ne sont pas fondées.

En premier lieu, la LBA vise en principe uniquement les activités du secteur financier. Des exceptions sont certes envisageables, mais doivent être dûment justifiées. Or aucune justification particulière n'est avancée en l'espèce pour déroger à cette règle, si bien qu'il convient de s'en tenir au principe même de la loi.

L'argumentation principale qui est avancée et qui permettrait de justifier l'assimilation d'une société immobilière à une société de domicile est de considérer que celle-ci n'est pas une société opérationnelle, dès lors qu'elle n'exercerait aucune activité en la forme commerciale.

Or une telle argumentation est manifestement erronée dès lors qu'une société immobilière est incontestablement une société opérationnelle. En effet, son activité consiste à mettre à disposition des logements contre une rémunération, le loyer. La fourniture de telles prestations de services implique la réalisation de nombreuses activités administratives, financières et techniques, consistant notamment à entretenir et à rénover les appartements et les parties communes, à payer les fournisseurs, à rédiger des baux, à conclure des contrats d'entretien ainsi que des assurances, à employer un concierge, à procéder à l'encaissement des loyers, etc...

Ainsi, la location de logements constitue incontestablement une activité commerciale, si bien qu'une société immobilière ne saurait en aucun cas être assimilée à une société de domicile.

L'ancienne pratique de l'autorité de contrôle admettait d'ailleurs expressément cet état de fait dès lors qu'elle considérait qu'une société immobilière ne constituait pas une société de domicile si la société procédait elle-même à la gestion de l'immeuble.

Or on ne voit pas en quoi le fait de déléguer la gestion de l'immeuble à un tiers, par exemple à une régie, pourrait modifier la nature même de l'activité de la société ou sa qualification.

En outre, du point de vue de la prévention contre le blanchiment d'argent, on ne voit pas en quoi le risque de blanchiment serait plus élevé lorsqu'une société immobilière délègue la gestion de l'immeuble à un tiers, justifiant un assujettissement à la LBA de ses administrateurs, de la situation où elle procède elle-même à la gestion.

Ainsi, la distinction pratiquée entre les sociétés qui procèdent elles-mêmes à la gestion de l'immeuble et celles qui confient la gestion à des tiers apparaît sans pertinence. Il convient en conséquence de traiter les deux situations de la même manière et de considérer qu'une société immobilière constitue une société opérationnelle.

Finalement, si l'on fait abstraction, conformément à la pratique relative aux sociétés de domicile, de l'existence de la société, il apparaît que l'administrateur de la société immobilière détient, respectivement gère, l'immeuble pour le compte de l'ayant droit économique. Or, selon l'article 2 al. 3 let. g LBA et l'article 6 al. 1 let. c OIF, seule la conservation, respectivement la gestion, de valeurs mobilières pour un cocontractant est considérée comme une activité d'intermédiation financière. Il n'existe dès lors aucun rattachement dans la loi pour considérer, sur la base du raisonnement relatif aux sociétés de domicile, que l'administration d'une société immobilière constitue une activité assujettie à la LBA.

Etant donné l'existence de l'ancienne pratique ainsi que du fait que celle-ci doit être abrogée pour les raisons exposées ci-dessus, nous considérons qu'il est nécessaire de préciser dans la circulaire qu'une société immobilière ne constitue pas une société de domicile.

En conséquence, nous proposons de compléter la circulaire par un chiffre 94bis (nouveau) :

Sont en règle générale réputées ne pas être des sociétés de domicile :

[...]

- les sociétés immobilières, soit les sociétés qui détiennent principalement ou exclusivement un ou plusieurs immeubles, à l'exclusion de valeurs patrimoniales mobilières.

4. COURTAGE IMMOBILIER

Aussi longtemps que l'agent immobilier n'a pas de pouvoir de disposition sur des valeurs patrimoniales, l'activité de courtage ne relève pas de l'intermédiation financière.

En revanche, il y a activité d'intermédiation financière lorsque le prix n'est pas directement payé au vendeur, mais transféré à un tiers. Si ce tiers agit sur mandat du vendeur, et que celui-ci transfère le prix d'acquisition au mandant, il s'agit d'un recouvrement de créance non assujetti à la LBA.

En revanche, si le tiers transfère le prix d'achat à une autre personne que le vendeur, ou s'il agit sur mandat de l'acheteur, il s'agit d'une activité d'intermédiation financière assujettie à la loi.

Cette pratique, développée par l'Autorité de contrôle, demeure valable sous le régime de l'OIF et de la circulaire (art. 1 al. 2 let. b OIF; chiffres 7 à 9 Circulaire).

5. TRANSFERT DE VALEURS PATRIMONIALES A TITRE ACCESSOIRE

Les personnes actives dans l'immobilier, soit notamment les gérants d'immeubles, les architectes, les ingénieurs ou les promoteurs peuvent, dans certaines circonstances, être amenés à effectuer des transferts de valeurs patrimoniales à des tiers pour le compte de leur mandant.

Il en va ainsi, par exemple, lorsque le propriétaire verse une somme à la régie mandatée pour la gestion d'un immeuble, afin que celle-ci paie les entreprises ayant réalisé des travaux de rénovation dans l'immeuble.

Des architectes ou des ingénieurs, mandatés pour la réalisation d'un projet et la coordination de travaux, peuvent également être amenés à effectuer des paiements à différentes entreprises pour le compte du maître d'ouvrage.

Dans toutes ces situations, le transfert de valeurs patrimoniales doit être considéré comme une prestation accessoire à une prestation principale, non assujettie à la LBA, tel que le prévoit de manière générale et non explicite l'article 1 al. 2 let. c OIF et les chiffres 10 à 15 de la circulaire.

Toutefois, dès lors que l'ancienne pratique de l'Autorité de contrôle divergeait dans les cas mentionnés ci-dessus, il convient, pour davantage de clarté et de sécurité juridique, de compléter le chiffre 15 de la circulaire comme suit :

*Exemples : on est en présence d'une prestation accessoire lorsqu'un établissement médico-social, outre la prestation contractuelle principale, paie pour le compte de ses clients des biens ou des services de tiers à partir d'un dépôt ouvert préalablement à cet effet, lorsqu'un administrateur de biens utilise une partie des recettes perçues pour effectuer des paiements en faveur de tiers pour le compte du propriétaire **ou lorsqu'un mandataire effectue des paiements à des entreprises au nom et pour le compte du maître d'ouvrage pour des contrats d'entreprise conclu par lesdits mandataires au nom et pour le compte du maître d'ouvrage.***

* * * * *

Nous vous remercions de l'attention que vous voudrez bien porter à la présente et demeurons à votre entière disposition pour toutes questions ou compléments que vous pourriez souhaiter.

Nous vous prions de croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de nos salutations distinguées.

**UNION SUISSE DES PROFESSIONNELS
DE L'IMMOBILIER**

Le président



Jean-Hugues Hiltpold

Le secrétaire



Olivier Rau

PS : la présente vous est adressée par voie électronique et l'original suit par la poste.

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 Effekthändler 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 Effekthändler, 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 Drittgeseellschaft 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