

Michael Kunz

Bundesgericht präzisiert Praxis zur Unterstellung der Kreditfähigkeit unter das Geldwäschereigesetz

Das Bundesgericht hob in Urteil 2A.62/2007 erstmals eine Entscheid über die Pflicht zur Unterstellung unter das Geldwäschereigesetz (GwG) auf. Ausgangspunkt des Verfahrens vor Bundesgericht war eine Verfügung der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei (Kontrollstelle), welche einen Verband wegen angeblicher Kreditfähigkeit im Rahmen der Zentralregulierung dem GwG unterstellt hatte.

Rechtsgebiet(e): Wirtschafts- und Wirtschaftsverwaltungsrecht

Zitiervorschlag: Michael Kunz, Bundesgericht präzisiert Praxis zur Unterstellung der Kreditfähigkeit unter das Geldwäschereigesetz, in: Jusletter 11. Februar 2008

Inhaltsübersicht

- I. Zentralregulierung
- II. Factoring als unterstellungspflichtiges Kreditgeschäft gemäss GwG
- III. Kreditgeschäfte als Sonderfall des Geldwäschereigesetzes
- IV. Feststellungsverfügung der Kontrollstelle und Beschwerdeverfahren
- V. Urteil des Bundesgerichts
- VI. Auswirkungen des Urteils auf bestehende Unterstellungen

Besprechung von Urteil 2A.62/2007 vom 30. November 2007

I. Zentralregulierung

[Rz 1] Die Zentralregulierung ist eine bei Gewerbeverbänden oft anzutreffende Dienstleistung für ihre Mitglieder und deren Lieferanten. Der Verband – mit der Einkaufsmacht seiner Mitglieder im Rücken – vereinbart mit Lieferanten von Waren für seine Mitglieder günstige Einkaufskonditionen und offeriert diesen sog. Vertrags-Lieferanten im Falle des Abschlusses eines Zentralregulierungs-Rahmenvertrages eine zentrale Abwicklung des sich aus den entsprechenden Lieferungen ergebenden Zahlungsverkehrs. In der Praxis existieren unterschiedliche Spielarten der Zentralregulierung, meist umfassen sie verschiedene Elemente des Factorings.

II. Factoring als unterstellungspflichtiges Kreditgeschäft gemäss GwG

[Rz 2] Factoring gilt gemäss Art. 2 Abs. 3 Bst. a GwG¹ als Kreditgeschäft und erfordert grundsätzlich einen Anschluss an eine Selbstregulierungsorganisation (SRO) oder eine Bewilligung der Kontrollstelle. Das Factoring ist jedoch im Obligationenrecht nicht spezifisch geregelt und gilt deshalb als Innominatkontrakt. Wann überhaupt ein dem GwG unterstelltes Factoring vorliegt, lässt sich dem Gesetz nicht unmittelbar entnehmen. Die Kontrollstelle hat deshalb in einer Publikation zu ihrer Praxis näher umschrieben, welche Formen des Factorings sie dem GwG unterstellt².

[Rz 3] Nach Auffassung der Kontrollstelle ist sowohl das echte (d.h. inklusive Übernahme des Delcredereisikos durch den Faktor) als auch das unechte Factoring (d.h. ohne Übernahme des Delcredereisikos) dem GwG unterstellt. Weil Art. 2 Abs. 3 Bst. a GwG das Factoring den Kreditgeschäften zuordnet, setzt eine Unterstellung unter das GwG gemäss dieser Praxis jedoch zwingend voraus, dass der Faktor den

Klienten tatsächlich finanziert. Ein unterstellungspflichtiges Factoring liegt somit (nur) vor, wenn der Faktor seinem Klienten vor Eingang der schuldnerischen Leistung eine Gutschrift erteilt. Konsequenterweise unterstellt die Kontrollstelle das sog. Basisfactoring, das sich auf die Verwaltung und das Inkasso von Forderungen beschränkt, nicht dem GwG, weil dort die Kreditfähigkeit fehlt. Inkassounternehmen sind deshalb vom Geltungsbereich des GwG ausgenommen, solange sie ihre Auftraggeber nicht bevorschussen.

III. Kreditgeschäfte als Sonderfall des Geldwäschereigesetzes

[Rz 4] Zusätzlich zur begrifflichen Unschärfe des Gesetzes gesellten sich im vorliegenden Fall die Besonderheiten der Unterstellung des Kreditgeschäftes. Gemäss der Generalklausel von Art. 2 Abs. 3 GwG sind Finanzintermediäre Personen, die berufsmässig fremde Vermögenswerte annehmen oder aufbewahren oder helfen, sie anzulegen oder zu übertragen³. Genau dies geschieht beim Kreditgeschäft gerade nicht, der Zahlungsfluss verläuft – jedenfalls zu Beginn der Geschäftsbeziehung – gerade umgekehrt, nämlich vom Kreditgeber zum Kreditnehmer, vom Finanzintermediär zur Vertragspartei. Das Kreditgeschäft ist insofern ein Sonderfall unter den Tätigkeiten, welche dem GwG unterstellt sind, weil der Finanzintermediär als Kreditgeber zunächst gar keine fremden Vermögenswerte entgegennimmt⁴. Das erhöhte Geldwäschereisiko (und damit die Begründung für die Unterstellung unter das GwG) besteht erst später bei Zins- und Amortisationszahlungen. Diese könnte der Kreditnehmer ja aus verbrecherisch erworbenen Vermögenswerten bestreiten.

IV. Feststellungsverfügung der Kontrollstelle und Beschwerdeverfahren

[Rz 5] Im vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall stellten die Vertrags-Lieferanten ihre Rechnungen auf den Namen der jeweils belieferten Mitglieder des Verbandes aus und schickten sie an Letzteren. Dieser bezahlte den Vertrags-Lieferanten periodisch die Rechnungen und übernahm ihnen gegenüber auch das Delcredereisiko. Die Verbandsmitglieder erhielten die Rechnungen der Vertrags-Lieferanten periodisch vom Verband zugestellt und zahlten diesem die Rechnungsbeträge.

[Rz 6] Aufgrund der tatsächlichen Zahlungsströme kam es regelmässig zu Vorauszahlungen des Verbandes an die

¹ SR 955.0.

² Dina Beti, Kontrollstelle, Der persönliche und räumliche Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes im Nichtbankensektor [Unterstellungskommentar Kst], Stand: 22. Dezember 2004, S. 8 f. Ziff. 2.2.2, abrufbar unter www.gwg.admin.ch/d/dokumentationen/publikationen/gwg_auslegung/index.php. Die am 30.3.2006 publizierte Weiterentwicklung der Praxis zur Kreditfähigkeit brachte für die Handelsfinanzierungen keine Änderungen (Die Unterstellung des Kreditgeschäftes unter das Geldwäschereigesetz, Kontrollstelle GwG, 30.3.2006, abrufbar unter www.gwg.admin.ch/d/dokumentationen/publikationen/gwg_auslegung/pdf/42168.pdf).

³ Diese Tätigkeiten sind im Übrigen auch vom praktisch gleich lautenden Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB erfasst, welcher die mangelnde Sorgfalt bei diesen Finanzgeschäften unter Strafe stellt.

⁴ Die Kreditfähigkeit wird deshalb von Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB gar nicht erfasst.

Vertrags-Lieferanten. Diese Vorauszahlungen erachtete die Kontrollstelle als Finanzierung und damit als Teil eines unterstellungspflichtigen Factorings gemäss Art. 2 Abs. 3 Bst. a GwG. Dass von den Vertrags-Lieferanten nachweislich keine Zahlungen – weder Zins- noch Amortisations- noch andere Zahlungen – an den Verband zurückflossen und sich damit die bei Kreditgeschäften theoretisch vorhandene Gefahr der Geldwäscherei gar nie verwirklichen konnte, liess die Kontrollstelle unbeachtet.

[Rz 7] Gegen die Feststellungsverfügung der Kontrollstelle erhob der Verband Verwaltungsbeschwerde beim Eidgenössischen Finanzdepartement, welche am 12. Dezember 2006 abgewiesen wurde. Hierauf gelangte der Verband mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht⁵.

V. Urteil des Bundesgerichts

[Rz 8] Im Verfahren vor Bundesgericht bestritt der Verband, dass es sich bei seiner Tätigkeit überhaupt um ein (unterstellungspflichtiges) Factoring handelte. Weiter machte er geltend, dass die Zentralregulierungs-Lieferanten im Rahmen ihrer gegenseitigen Geschäftsbeziehungen kein Geld waschen könnten. Eine Unterstellung unter das Geldwäschereigesetz sei deshalb unsinnig und nutzlos.

[Rz 9] Die Vorinstanz beharrte vor Bundesgericht auf ihrer Auffassung, wonach die Beschwerdeführerin eine Finanzintermediärin nach Art. 2 Abs. 3 lit. a GwG sei, da die Tätigkeit, die sie für die Lieferanten ausübt, ein unterstellungspflichtiges Factoring darstelle.

[Rz 10] Die II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts hiess die Verwaltungsgerichtsbeschwerde am 30. November 2007 in Fünferbesetzung gut, hob den Entscheid der Vorinstanz auf und stellte in ihrem Urteil ausdrücklich fest, dass die im Rahmen der Zentralregulierung erbrachten Dienstleistungen des Verbandes nicht in den Geltungsbe- reich des GwG fallen.

[Rz 11] Im Unterschied zu den Vorinstanzen stellte das Bundesgericht bei der Auslegung des Gesetzestextes bezüglich Kreditfähigkeit und Factoring massgeblich auf Sinn und Zweck des GwG ab und berücksichtigte die vom Verband geltend gemachte fehlende Geldwäschereigefahr. Es hielt hierzu ausdrücklich Folgendes fest (vgl. E.8):

«Die in Art. 2 GwG verwendete Regelungstechnik, die den Kreis der Finanzintermediäre lediglich in einer offenen und beispielhaften Weise umschreibt, erfordert, bei

der Auslegung dem Sinn und Zweck der Norm neben dem Wortlaut ein erhöhtes Gewicht beizumessen.»

[Rz 12] Der betroffene Verband bevorschusste zwar unbestrittener Massen die Zentralregulierungs-Lieferanten. Weil es aufgrund der vertraglich vereinbarten Zahlungsströme nie zu Zins- oder Amortisationszahlungen der Zentralregulierungs-Lieferanten an den Verband kam, konnte sich die bei Kreditgeschäften ansonsten virulente Geldwäschereigefahr auch nach Auffassung des Bundesgerichts gar nie verwirklichen. Die Situation war vergleichbar mit Inkassounternehmen, die von der Kontrollstelle nicht dem GwG unterstellt werden, obwohl sie allein nach dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 3 GwG erfasst werden könnten. Diese wurden von der Kontrollstelle u.a. nicht unterstellt, weil beim Inkasso gemäss Art. 3 GwG die Auftraggeber als Vertragsparteien identifiziert werden müssen, nicht jedoch die Schuldner, welche ja die relevanten Zahlungen an den Finanzintermediär leisten. Die fehlende Qualifizierung der Inkassounternehmen als Finanzintermediäre wurde vom Bundesgericht denn auch nicht beanstandet.

[Rz 13] Daraus ergeben sich für das Bundesgericht folgende Voraussetzungen für die Unterstellung der Kreditfähigkeit (vgl. E.8):

Wer Kreditgeschäfte betreibt, gilt demnach nur dann als Finanzintermediär, wenn die vom Gesetz vorausgesetzte erhöhte Geldwäschereigefahr (vgl. BBl 1996 III 1117) überhaupt eintreten kann, d.h. wenn zur Zins- und Rückzahlung des Kredits verbrecherisch erlangte Mittel eingesetzt werden können (vgl. E. 4). Andernfalls würden die dem Finanzintermediär auferlegten Pflichten zum Selbstzweck. Der vorinstanzlichen Gesetzesauslegung, welche die Frage, ob ein Risiko der Geldwäscherei bei den Kundenbeziehungen der Beschwerdeführerin bestehen kann, gänzlich ausblenden will, ist daher nicht zu folgen.

VI. Auswirkungen des Urteils auf bestehende Unterstellungen

[Rz 14] Die Kontrollstelle wird aufgrund des Bundesgerichtsentscheides nicht nur ihre bisherige publizierte Praxis zum Factoring und zur Kreditfähigkeit generell überprüfen und in einzelnen Bereichen anpassen müssen. Falls aufgrund der nun beanstandeten Praxis bereits Unterstellungen erfolgt sein sollten, müssten diese wegen fehlender Rechtsgrundlage auch von Amtes wegen aufgehoben werden.

⁵ Weil der angefochtene Entscheid vor dem Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) gefällt wurde, richtete sich das Verfahren gemäss Art. 132 Abs. 1 BGG noch nach dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG; BS 3 531). Gegen Entscheide der Kontrollstelle, die seit dem 1.1.2007 ergangen sind, muss die Beschwerde nun beim Bundesverwaltungsgericht eingereicht werden.

Der Autor, Fürsprecher Michael Kunz, LL.M., ist Inhaber von KUNZ COMPLIANCE, www.compliance.ch, Rechtsberatung für E-Finance und Compliance, in Bern. Der Autor beriet die Beschwerdeführerin im Verfahren vor der Kontrollstelle und in den Beschwerdeverfahren.

* * *