

## **BVI-Stellungnahme im Rahmen der Konsultation 01/2021 - Auslegungs- und Anwendungshinweise Besonderer Teil: Kreditinstitute gemäß § 51 Abs. 8 GwG**

### **GZ: GW 1-GW 2000-2019/0001**

Der BVI<sup>1</sup> dankt für die Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Auslegungs- und Anwendungshinweisen Besonderer Teil: Kreditinstitute gemäß § 51 Abs. 8 GwG. Wir möchten unsere Anmerkungen auf Teil 3 „Investmentgeschäft“ beschränken, weil diese Ausführungen besondere Auswirkungen auf unsere Mitglieder haben.

Teil 3 „Investmentgeschäft“ geht auf die Pflichten von geldwäscherechtlich Verpflichteten (namentlich Kreditinstituten, Verwahrstellen und Brokern) ein, die eine Geschäftsbeziehung mit einer Kapitalverwaltungsgesellschaft begründen wollen. Im Rahmen der Aufnahme einer solchen Geschäftsbeziehung sollen diese Verpflichteten prüfen, ob die Anleger eines Sondervermögens „wirtschaftlich Berechtigte des Investmentvermögens“ sind. Wir verstehen diese Vorgabe so, dass hinsichtlich der Abklärung des wirtschaftlich Berechtigten künftig nicht nur auf die Kapitalanlagegesellschaft als Vertragspartner des Verpflichteten, sondern auch auf die Anleger eines Investmentfonds abgestellt werden soll. Diese zusätzliche Verpflichtung stellt gegenüber der bisherigen langjährigen Marktpraxis eine erhebliche Verschärfung dar.

Wir sehen für diese Verschärfung keine Rechtsgrundlage. Sie steht weder mit den Vorgaben des Geldwäschegesetzes noch denen des Kapitalanlagegesetzbuchs in Einklang. Der Anleger eines Sondervermögens erfüllt nicht die Tatbestandsvoraussetzungen des § 3 GwG. Insbesondere vermittelt der bloße Erwerb und das Halten von Anteilen eines von der Kapitalverwaltungsgesellschaft verwalteten Sondervermögens dessen Anleger keine Kontrolle oder einen beherrschenden Einfluss auf die Kapitalanlagegesellschaft oder die Verwaltung des Sondervermögens. Dies gilt qua Gesetz und unabhängig davon, wieviel Anteile der Anleger an dem einzelnen Investmentvermögen hält. Der in Rede stehende Prüfungsansatz stellt eine neue und vollkommen systemfremde Verpflichtung bei der Ermittlung des wirtschaftlichen Berechtigten des Vertragspartners auf.

Auch unter Risikoaspekten halten wir die Verschärfung nicht für notwendig. Die Identifikation eines wirtschaftlich Berechtigten beim Anleger nimmt nämlich schon die depotführende Stelle des Anlegers bzw. die Kapitalverwaltungsgesellschaft selbst vor. Sie führt also nur zu einer unnötigen Doppelprüfung. Als Folge der neuen Verpflichtung ergibt sich eine zusätzliche administrative Komplexität sowie zahlreiche Folgefragen, mit deren Klärung kaum zeitnah zu rechnen sein wird, ohne dass ein entsprechender Nutzen oder eine echte Verbesserung bei der Bekämpfung von Geldwäsche erkennbar ist. Die Prüfung wird regelmäßig ins Leere laufen, weil keine natürliche Person mehr als 25 Prozent der Anteile an einem Investmentvermögen hält. Wir empfehlen daher dringend, auf die neuen Vorgaben zu verzichten,

---

<sup>1</sup> Der BVI vertritt die Interessen der deutschen Fondsbranche auf nationaler und internationaler Ebene. Er setzt sich gegenüber Politik und Regulatoren für eine sinnvolle Regulierung des Fondsgeschäfts und für faire Wettbewerbsbedingungen ein. Als Treuhänder handeln Fondsgesellschaften ausschließlich im Interesse des Anlegers und unterliegen strengen gesetzlichen Vorgaben. Fonds bringen das Kapitalangebot von Anlegern mit der Kapitalnachfrage von Staaten und Unternehmen zusammen und erfüllen so eine wichtige volkswirtschaftliche Funktion. Die 112 Mitgliedsunternehmen des BVI verwalten 3,68 Billionen Euro Anlagekapital für Privatanleger, Versicherungen, Altersvorsorgeeinrichtungen, Banken, Kirchen und Stiftungen. Deutschland ist mit einem Anteil von 27 Prozent der größte Fondsmarkt in der EU.



damit Kreditinstitute ihre Kapazitäten auf Bereiche richten können, in denen sie wegen höherer Geldwäscherisiken dringender benötigt werden.

Wir können nur vermuten, dass der Ausgangspunkt dieser Verschärfung die Feststellungen im Rahmen der ersten nationalen Risikoanalyse 2018/2019 sind, wonach die Behörden die Bedrohung des (Wertpapier-) Sektors, für Geldwäsche missbraucht zu werden, insgesamt als mittel einstufen.

Wir teilen diese Auffassung nicht, sondern schätzen die Risiken im Fondsbereich als relativ gering ein. Tatsache ist, dass Kapitalverwaltungsgesellschaften generell in hohem Maß für Geldwäscheaktivitäten sensibilisiert sind und über wirksame geldwäschebezogene Risikomanagementsysteme verfügen. Gerne überlassen wir Ihnen unsere Stellungnahme zu den Feststellungen im Risikobericht (**Anlage**).

Aus unserer Sicht sollten Verpflichtete nach dem Geldwäschegesetz bei Geschäften mit Kapitalanlagegesellschaften ausschließlich den im Geldwäschegesetz normierten risikobasierten Ansatz verfolgen. Hierzu sollte die BaFin in Anbetracht der geringen Risikosituation ausdrücklich feststellen, dass eine Abklärungspflicht in Bezug auf die Anleger des Sondervermögens nur in den Fällen besteht, in denen besondere Anhaltspunkte vorliegen.

Im Einzelnen haben wir folgende Anmerkungen:

### **Zu Ziffer 3.2 Abklärung des wirtschaftlich Berechtigten eines Investmentvermögens**

Der Entwurf sieht vor, dass ein Kreditinstitut bei einer Geschäftsbeziehung mit einer inländischen Kapitalverwaltungsgesellschaft prüfen soll, ob „*die hinter dem Investmentvermögen stehenden Anleger wirtschaftlich Berechtigte des Investmentvermögens sind*“. Hierzu wird als Begründung angeführt, dass bei Spezial-AIF „*ein faktischer Einfluss des Anlegers auf die Anlagepolitik sowie das Anlage und Risikomanagement der KVG nicht ausgeschlossen werden kann*“.

Für diesen Prüfansatz sehen wir keine rechtliche Grundlage. Der Anleger eines Sondervermögens ist weder wirtschaftlich Berechtigter der Kapitalverwaltungsgesellschaft noch des Sondervermögens, an dem er Anteile hält.

Dies ergibt sich aus den folgenden Überlegungen:

#### **1. Die Geschäftsbeziehung des Kreditinstituts besteht zur Kapitalverwaltungsgesellschaft**

Regulierte Investmentvermögen werden in Deutschland weit überwiegend als offene, und damit auf einen ständigen Anlegerwechsel angelegte Sondervermögen aufgelegt. Diese Sondervermögen sind nichtrechtsfähige Vermögensmassen, also keine eigenen Rechtssubjekte. Sie bestehen aus den von den Anlegern eingelegten Geldern und den damit angeschafften Vermögensgegenständen. § 92 Abs. 1 Satz 2 KAGB schreibt vor, dass das Sondervermögen vom eigenen Vermögen der Kapitalverwaltungsgesellschaft getrennt zu halten ist. Die Kapitalverwaltungsgesellschaft ist gemäß § 93 Abs. 1 KAGB berechtigt, in eigenem Namen über die zum Sondervermögen gehörenden Gegenstände zu verfügen. Die Ausgestaltung der investimentrechtlichen Rechtsform im Sinne einer Abweichung von den Regelrechtsformen führt zu einer Rechtsform sui generis, wobei sich die Modifikationen mit investimentrechtlichen Spezifika – insbesondere der vollständigen Weisungsunabhängigkeit der Kapitalverwaltungsgesellschaft gegenüber den Anlegern – erklärt.



Festzuhalten ist daher zunächst, dass ein Sondervermögen über keine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt. Daher ist immer die Kapitalverwaltungsgesellschaft Vertragspartner des Kreditinstituts und niemals das Sondervermögen. Für die Bestimmung des wirtschaftlich Berechtigten ist bei Geschäften zwischen einer Kapitalverwaltungsgesellschaft und einem Kreditinstitut allein auf die Ebene der Kapitalverwaltungsgesellschaft abzustellen.

## **2. Fondsanleger sind nicht die wirtschaftlich Berechtigten der den Fonds verwaltenden Kapitalverwaltungsgesellschaft**

Gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 2 GwG besteht die Verpflichtung zur Abklärung, ob der Vertragspartner für einen wirtschaftlich Berechtigten handelt, und, soweit dies der Fall ist, dessen Identifizierung nach Maßgabe von § 11 Abs. 5 GwG vorzunehmen. Bei nicht natürlichen Personen, und als solche sind die meist als GmbH organisierten Kapitalverwaltungsgesellschaften anzusehen, sind hierfür zunächst die Eigentums- und Kontrollstrukturen des Vertragspartners zu ermitteln. Falls beim Vertragspartner, in unserem Fall also bei der Kapitalverwaltungsgesellschaft, keine natürliche Person als wirtschaftlich Berechtigter festgestellt werden kann und keinerlei Verdachtsmomente bestehen, gelten qua Fiktion die Geschäftsführer der Kapitalverwaltungsgesellschaft als wirtschaftlich Berechtigte. **Wir gehen davon aus, dass diese Abklärung auch künftig notwendig bleibt, und bitten, dies gfs. ausdrücklich in den Hinweisen klarzustellen.**

Künftig sollen bei Geschäftsbeziehungen, die Kapitalverwaltungsgesellschaften für die von ihnen verwalteten Sondervermögen eingehen, gfs. (zusätzlich?) die Anleger eines Sondervermögens als wirtschaftlich Berechtigte der Kapitalverwaltungsgesellschaft gelten. Auch wenn die BaFin für diese Abklärung einen pragmatischen Lösungsweg vorschlägt, sehen wir für diese Vorgehensweise (außer in den Fällen, in denen Anleger des Sondervermögens und Eigentümer der Kapitalverwaltungsgesellschaft personenidentisch sind, was aber regelmäßig nicht der Fall ist) keine rechtliche Grundlage.

Voraussetzung für eine entsprechende Prüfungspflicht ist, dass die Anleger eines Sondervermögens bei Geschäften für dieses Sondervermögen als wirtschaftliche Berechtigte der Kapitalverwaltungsgesellschaft (= der Vertragspartner) gelten können. Das ist aus den folgenden Gründen nicht der Fall.

Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 GwG ist wirtschaftlich Berechtigter die natürliche Person, in deren Eigentum oder unter deren Kontrolle der Vertragspartner letztlich steht, oder die natürliche Person, auf deren Veranlassung eine Transaktion letztlich durchgeführt oder eine Geschäftsbeziehung letztlich begründet wird. Neben der in § 3 Abs. 1 Satz 1 GwG enthaltenen Legaldefinition zählt § 3 Abs. 1 Satz 2 GwG eine nicht abschließende Liste von Regelbeispielen („insbesondere“) für den wirtschaftlich Berechtigten in bestimmten Fallkonstellationen auf, nämlich bei Gesellschaften, rechtsfähigen Stiftungen sowie Rechtsgestaltungen, mit denen treuhänderisch Vermögen verwaltet oder verteilt oder die Verwaltung oder Verteilung durch Dritte beauftragt wird oder bei diesen vergleichbaren Rechtsformen.

Die Anleger von Sondervermögen nach dem Kapitalanlagegesetzbuch erfüllen diese Voraussetzungen nicht. Der bloße Erwerb von Anteilen eines von der Kapitalverwaltungsgesellschaft verwalteten Sondervermögen vermittelt Anteilinhabern weder auf die Verwaltung des Sondervermögens noch auf die Kapitalverwaltungsgesellschaft selbst eine Kontrolle oder einen beherrschenden Einfluss.

Dem stehen klare gesetzliche Regeln entgegen. Nach § 92 KAGB stehen die zum Sondervermögen gehörenden Vermögensgegenstände zwar regelmäßig im Miteigentum der Anleger (bei



Immobilienfonds wird demgegenüber der Kapitalverwaltungsgesellschaft in formeller Hinsicht das Alleineigentum an den Vermögensgegenständen zugewiesen). Allerdings werden beide Modelle von dem investmentrechtlichen Grundprinzip überlagert, dass Anleger nicht befugt sind, der Kapitalverwaltungsgesellschaft Weisungen irgendwelcher Art zu erteilen. Dies gilt unabhängig davon, ob sie Anteile an einem inländischen Publikums-Sondervermögen oder einem inländischen Spezialfonds halten. Auch die Zahl ihrer Anteile spielt keine Rolle. Vielmehr hat die Kapitalverwaltungsgesellschaft kraft Gesetzes das alleinige Recht, das Sondervermögen zu verwalten (z. B. die Auswahl der Vermögensgegenstände oder der Vertragspartner, z. B. der Verwahrstelle, Broker, usw., vorzunehmen). Denn nach § 93 Abs. 1 KAGB verfügt die Kapitalverwaltungsgesellschaft über die zum Sondervermögen gehörenden Gegenstände im eigenen Namen. Sie übt die Rechte aus den Vermögensgegenständen eigenständig und weisungsfrei aus. Folglich werden die nach allgemeinen zivilrechtlichen Regeln sonst beim Treugeber verbleibende Rechte in toto von der Kapitalverwaltungsgesellschaft ausgeübt.

Die Aussage im Entwurf, ein faktischer Einfluss dieses Anlegers auf die Anlagepolitik sowie das Anlage- und Risikomanagement der Kapitalverwaltungsgesellschaft könne nicht ausgeschlossen werden, ist folglich aufgrund der investmentrechtlichen Vorgaben nicht haltbar. Die Rechtsstellung des Anlegers, gleich ob eigentums- oder treuhänderisch begründet, ist vielmehr auf sein Recht zur Rückgabe seiner Anteile zum jeweiligen Anteilwert reduziert. Dies entspricht einem bloßen Wertsubstanzrecht ohne jede qualifizierte Rechtsstellung. **Falls in den Hinweisen an den bisherigen Feststellungen festgehalten werden sollte, bitten wir darum, die Aussage zum vermuteten Kontrolleinfluss der Anleger präziser darzustellen.**

Wir halten daher fest, dass die Annahme, gerade bei Spezialfonds könne ein faktischer Einfluss des Anlegers auf die Anlagepolitik sowie das Anlage- und Risikomanagement der Kapitalverwaltungsgesellschaft nicht ausgeschlossen werden, nicht zutrifft. Dies unterstellt unberechtigterweise in pauschaler Art, dass Kapitalverwaltungsgesellschaften die für sie geltenden Regeln nicht einhalten.

Letztlich bleibt festzuhalten, dass Sondervermögen nach dem KAGB bereits nach dem Gesetzeszweck auch nicht unter den Begriff „Rechtsgestaltungen, mit denen treuhänderisch Vermögen verwaltet wird“ fallen. Nach der Gesetzesbegründung hat der Gesetzgeber mit der Einfügung dieser Kategorie ausdrücklich darauf abgezielt, ausländische Rechtsgestaltungen vom GwG zu erfassen (GwOptG - BT-Drs. 17/6804, S. 24 f.). Im Übrigen würde es wiederum an den Tatbestandsmerkmalen eines „beherrschenden Einflusses auf die Vermögensverwaltung oder Ertragsverteilung“ oder einem „Veranlassen der Transaktion“ fehlen. Hierfür wird zur Begründung zur Vermeidung von Wiederholungen auf die vorherigen Ausführungen verwiesen.

### **3. Die pauschale Abklärung des wirtschaftlich Berechtigten bei jedem Investmentvermögen führt zu einem unverhältnismäßigen Erfüllungsaufwand**

Für die Abklärung des wirtschaftlich Berechtigten in der Sphäre eines Sondervermögens durch den Vertragspartner einer Kapitalverwaltungsgesellschaft besteht kein praktisches Bedürfnis. Sogar die nationale Risikoanalyse führt explizit aus, „dass die Aussagen zur Geldwäschebedrohung des Sektors [...] keine unmittelbaren Rückschlüsse auf die Bedrohungssituation einer einzelnen Kapitalverwaltungsgesellschaft zu [lassen]“.

Zudem hält der Entwurf selbst zutreffend ausdrücklich fest, dass „die Anleger der Kapitalverwaltungsgesellschaft bei Spezial-AIF bekannt sind und von dieser nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 und ggf. Nr. 2 GwG identifiziert werden“. Allein deshalb vermögen wir den Sinn einer weiteren Prüfung durch das Kreditinstitut nicht zu erkennen. Es kommt dann ja ganz offensichtlich zu einer unnötigen Doppelprüfung. Das



kann nicht gewollt sein. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn irgendwelche Anhaltspunkte vorlägen, wonach Kapitalanlagegesellschaften ihren geldwäscherechtlichen Verpflichtungen nicht ordnungsgemäß nachkommen. Dies ist aber offensichtlich nicht der Fall und wird auch im Entwurf nicht festgestellt.

Aus praktischer Sicht ist außerdem unklar, wie diese Doppelprüfung – also einerseits die Prüfung, ob die Kapitalverwaltungsgesellschaft selbst für einen wirtschaftlich Berechtigten handelt, und andererseits, ob in der Sphäre des Sondervermögens ein wirtschaftlich Berechtigter existiert - sinnvoll und angemessen dokumentiert werden kann. Im Ergebnis würde die Verschärfung dazu führen, dass für eine Kapitalverwaltungsgesellschaft im Hinblick auf die von ihr verwalteten Investmentvermögen jeweils unterschiedliche wirtschaftlich Berechtigte vorliegen können. **Muss in diesen Fällen eine getrennte Dokumentation der wirtschaftlich Berechtigten erfolgen?** Es fragt sich zudem, welchen Auswirkungen die Feststellung einer verstärkten Sorgfaltspflicht auf einer Prüfungsebene hätte. **Müsste der Vertragspartner in diesem Fall automatisch von verstärkten Sorgfaltspflichten auf beiden Ebenen ausgehen?**

Auch bei Spezialfonds ist mit häufigen Anlegerwechseln zu rechnen. Wir rechnen als Folge dieser neuen Anforderung damit, dass die neuen Abklärungspflichten zwangsläufig bei allen Beteiligten zu einem erhöhten Aktualisierungsaufwand führen werden. Regelmäßig nutzt eine Kapitalanlagegesellschaft nämlich einen Geschäftspartner, z. B. einen Broker, für alle von ihr verwalteten Sondervermögen. Daher können im Fall von Spezialfonds dann auch eine große Vielzahl von Sondervermögen betroffen sein, möglicherweise sogar im hohen zweistelligen Bereich. Den zusätzlichen Administrationsaufwand schätzen wir als hoch ein.

Die Erfassung von Anlegern als wirtschaftlich Berechtigte wird auch Auswirkungen auf die Meldepflichten zum Transparenzregister haben. Eine Kapitalverwaltungsgesellschaft wird ihre eigenen wirtschaftlich Berechtigten melden. Regelmäßig werden dies ihre Geschäftsführer als sog. fiktive wirtschaftlich Berechtigte sein. Wenn nun aber ein Kreditinstitut auch in der Sphäre des Investmentvermögens einen wirtschaftlich Berechtigten ermittelt, kann dies zu einer Unstimmigkeitsmeldung führen, sofern nach dem Verständnis der BaFin ein Anleger im konkreten Fall als wirtschaftlich Berechtigter der Kapitalverwaltungsgesellschaft anzusehen ist (siehe hierzu unsere Frage auf Seite 6). Wir bitten daher dringend, besonderes Augenmerk auf die praktischen Auswirkungen der neuen Vorgaben auf die Pflichten im Zusammenhang mit dem Transparenzregister zu richten. Denkbare Fallkonstellationen und hieraus resultierende Fragestellungen sollten noch vor Erlass dieser Hinweise abschließend mit dem Bundesverwaltungsamt geklärt werden.

Die Feststellungen zu Publikums-Investmentvermögen interpretieren wir so, dass die Vermutung gilt, dass bei diesen Investmentvermögen nicht zu prüfen ist, ob in der Sphäre des Investmentvermögens ein wirtschaftlich Berechtigter existiert, außer, das Kreditinstitut hat positive Kenntnis davon, dass ein Anleger mehr als 25% der Anteile des Publikums-Investmentvermögens hält. Eine besondere Nachforschungspflicht besteht offenbar nicht. **Fraglich ist nur, oder ein Kreditinstitut dann die Geschäftsführer der Kapitalverwaltungsgesellschaft als fiktive wirtschaftlich Berechtigte feststellen und dokumentieren muss oder ob das Kreditinstitut gänzlich auf die Feststellung eines wirtschaftlich Berechtigten in der Sphäre des Publikums-Investmentvermögens verzichten kann.** Letzteres wäre ausdrücklich zu begrüßen, weil hiermit eine ressourcenintensive Ermittlungspflicht entfallen würde.

Angesichts des zweifelhaften Nutzens sowie der mit der Verschärfung verbundenen komplexen Folgeprobleme und -fragen bitten wir, diese noch einmal zu überdenken. Wir schlagen vor, alternativ einen

riskobasierten Ansatz zu verfolgen, unabhängig davon, ob es sich um einen Spezial- oder ein Publikumssondervermögen handelt. Den Umfang der Abklärungspflichten in Bezug auf die Anleger des Sondervermögens sollten die Vertragspartner der Kapitalverwaltungsgesellschaft eigenverantwortlich bestimmen dürfen. Dabei sollte für Geschäftsbeziehungen mit Kapitalverwaltungsgesellschaften – insbesondere, weil der Kapitalverwaltungsgesellschaft ihre Anleger in Spezial-AIF und den depotführenden Stellen die Anleger in Publikums-Sondervermögen bekannt sind – klarstellend ausdrücklich festgestellt werden, dass eine Abklärungspflicht in Bezug auf die Anleger des Sondervermögens nicht besteht, sofern nicht besonderen Anhaltspunkte vorliegen.

#### 4. Sonstige Anmerkungen

Einige Ausführungen im Entwurf sind darüber hinaus nicht präzise genug und bedürfen daher einer Überarbeitung.

Bemerkenswert ist insbesondere, dass die Hinweise den Anleger eines Investmentvermögens an einer Stelle als „wirtschaftlich Berechtigter **des Investmentvermögens**“, und dann an anderer Stelle wieder als „wirtschaftlich Berechtigten **der KVG**“ bezeichnen. Wir vermuten, dass es sich hierbei nicht um einen redaktionellen Fehler handelt. Vielmehr dürfe diese Ungenauigkeit schlichtweg Ausdruck davon sein, dass sich die neue aufsichtliche Anordnung dogmatisch nicht hinreichend begründen lässt und sich folglich – als notwendige Voraussetzung für behördliches Handeln - gar nicht unter bestehendes Recht subsumieren lässt.

Entgegen unserer Hinweise im Vorfeld der Konsultation will die BaFin offenbar weiter außer Acht lassen, dass sich bei Rechtsgestaltungen, in der eine Kapitalverwaltungsgesellschaft für ihre Anleger ein Investmentvermögen verwaltet, weder aus dem Wortlaut noch aus Sinn und Zweck des § 3 GwG eine rechtliche Verpflichtung zur Identifizierung eines wirtschaftlich Berechtigten des Investmentvermögens herleiten lässt. Mit Blick auf die notwendige Risikoeinschätzung lässt die BaFin außerdem weiterhin den Umstand unberücksichtigt, dass Anleger von Investmentvermögen bereits im Rahmen der Verwahrung ihrer Anteile einem intensiven KYC-Prozess durch die jeweilige depotführende Stelle unterworfen sind. Gegenüber den Anlegern von Spezialfonds erfolgen diese Maßnahmen sogar stets direkt durch die Kapitalverwaltungsgesellschaft, weil die Anleger die Kunden der Kapitalverwaltungsgesellschaft sind. Für eine Mehrfachprüfung besteht also weder eine rechtliche Notwendigkeit noch ein tatsächliches Bedürfnis. Diese Mehrfachprüfung bedeutet nur einen bürokratischen, nutzlosen Aufwand.

Insoweit erlauben wir uns, nochmals folgende Aspekte ausdrücklich zu unterstreichen:

- Das rechtlich unselbständige Investmentvermögen besitzt keine eigene Rechtsfähigkeit. Somit kann das Investmentvermögen bereits aus Rechtsgründen nicht für Dritte handeln.
- Selbst wenn der Anleger des Investmentvermögens für einen wirtschaftlich Berechtigten handeln würde, würde letzterer damit nicht als wirtschaftlich Berechtigter **der Kapitalverwaltungsgesellschaft** gelten. Denn ein sog. „faktischer Einfluss“ käme - allerdings allenfalls auch nur theoretisch - in Bezug auf die Verwaltung des Fonds in Betracht, an dem der Anleger unmittelbar selbst Anteile hält. Das Vermögen dieses Fonds ist aber zum einen getrennt vom übrigen Vermögen der Kapitalanlagegesellschaft, zum anderen macht es in der Regel auch nur einen Bruchteil des insgesamt von der Kapitalverwaltungsgesellschaft verwalteten Vermögens aus. Insofern kann ein Anleger allein durch den Kauf von Fondsanteilen an einem Investmentvermögen, das von einer Kapitalverwaltungsgesellschaft verwaltet wird, niemals wirtschaftlich Berechtigter der verwaltenden Kapitalverwaltungsgesellschaft sein.



Unterstrichen wird die Unrichtigkeit der Betrachtungsweise der BaFin durch die Aussage in den Hinweisen, wonach der Anleger eines Investmentvermögens „aufgrund der Systematik des § 3 Abs. 2 GwG zwangsläufig zum wirtschaftlich Berechtigten wird, wenn er mehr als 25% der Anteile eines Investmentvermögens hält“. Hier verkennt die BaFin offenbar die Systematik des § 3 Abs. 2 GwG. Zum einen gilt es zu beachten, dass sowohl natürliche als auch juristische Personen Anleger von Investmentvermögen sein können. Hinsichtlich natürlicher Personen als Anleger– die Richtigkeit der Betrachtungsweise der BaFin unterstellt – würde die Formulierung passen. Bei juristischen Personen, also den typischen Anlegern von Spezialfonds, hingegen nicht. Das verdeutlichen folgende Beispiele:

- Natürliche Person als Anleger hält mehr als 25 % der Anteile: Anleger ist wirtschaftlich Berechtigter.
- Juristische Person als Anleger hält mehr als 25 % der Anteile. Hinter ihm steht eine natürliche Person als „echter“ wirtschaftlich Berechtigter: diese natürliche Person (nicht der Anleger!) ist wirtschaftlich Berechtigter.
- Juristische Person als Anleger hält mehr als 25 % der Anteile, aber es gibt keine natürliche Person als „echten“ wirtschaftlich Berechtigten. Nach § 3 Abs. 2 Satz 5 GwG gilt dann als fiktiver wirtschaftlich Berechtigter der gesetzliche Vertreter, der geschäftsführende Gesellschafter oder der Partner des Vertragspartners (Vertragspartner=Kapitalverwaltungsgesellschaft). **Sind nach dem Verständnis der BaFin in diesen Fällen die Geschäftsführer der KVG als fiktive wirtschaftlich Berechtigte des betreffenden Investmentvermögens zu dokumentieren?** Wir weisen schon jetzt darauf hin, dass dies dann in 99 Prozent aller Fälle der Fall sein würde.

Darüber hinaus verstehen wir den Sinn der Formulierung „bei einem normalen Risiko“ nicht. Weder im Geldwäschegesetz noch in den AuA AT existiert eine Schwelle >25 % (unabhängig vom Risiko). Wir bitten insoweit um Streichung bzw. eine entsprechende Klarstellung.

Sollte die BaFin an dem im Entwurf beschriebene Prüfungsansatz festhalten, regen wir dringend an, die entsprechenden Passagen zu korrigieren und konkretisieren. Angesichts der beschriebenen systematischen Ungenauigkeiten sehen wir uns außerstande, eigene Formulierungsvorschläge zu unterbreiten.

Wir würden uns freuen, wenn Sie unsere Anmerkungen berücksichtigen würden, und stehen Ihnen für Erläuterungen gerne zur Verfügung.

\*\*\*\*\*

**„Die Bedrohung des Sektors, für Geldwäsche missbraucht zu werden, wird von den beteiligten Behörden insgesamt als mittel eingestuft. (...) Diese Einschätzungen stützen sich unter anderem darauf, dass die Transaktionen in diesem Sektor in der Regel komplex sind und insbesondere im Bereich der Spezialfonds hohe Volumina umfassen.“**

Der Umstand, dass Kapitalverwaltungsgesellschaften als Geldsammelstellen agieren, macht diese nicht zwangsläufig besonders anfällig für ihren Missbrauch zur Einschleusung inkriminierter Gelder in den Wirtschaftskreislauf. Viele Kapitalverwaltungsgesellschaften sind mit Banken oder Versicherungen verbunden. Das jeweilige Banken- oder Versicherungsvertriebsnetz wird dann auch zum Fondsabsatz genutzt. Daneben gibt es einige unabhängige Kapitalanlagegesellschaften. Namhafte internationale Fondsgesellschaften haben über eigene Töchter Markzugang in Deutschland.

Zudem sollte berücksichtigt werden, dass der Bericht für den allgemeinen Wertpapiersektor feststellt, dass angesichts der anerkanntermaßen relativ geringen Anlagesummen grundsätzlich eine niedrige Bedrohungssituation besteht. Dies sollte gleichermaßen für den Publikumsfonds-Sektor gelten, weil es sich hierbei um standardisierte Produkte für Kleinanleger handelt. Anleger von Publikumsfonds sind als Kunden ihrer jeweiligen depotführenden Stellen in deren geldwäscherechtlichen Kontrollen einbezogen. Diese Stellen gleichen die wirtschaftlichen Verhältnisse ihrer Kunden mit den Transaktionen ab und können so Auffälligkeiten feststellen. Die Geldwäschekontrollen deutscher Institute werden im Bericht in Bezug auf Qualität und Wirksamkeit generell für angemessen erachtet (Seite 60 der Risikoanalyse).

#### **Transaktionen in Anteilscheinen sind regelmäßig auch nicht komplex:**

- Käufe von Investmentanteilscheinen sind nicht komplex, weil Publikumsfondsanteile ganz einfach über die Hausbank, eine Online-Bank, die Börse oder über einen Fondsvermittler erworben werden können;
- der Erwerb oder die Rückgabe von Anteilscheinen ist nur im Rahmen einer Kontobeziehung möglich. Barzahlungen sind nicht möglich;
- der Erwerb oder die Rückgabe von Anteilscheinen können nur über die jeweilige depotführende Stelle des Anlegers erfolgen. Diese Stellen sind selbst Verpflichtete nach dem Geldwäschegesetz und beziehen folglich sämtliche Anleger, als Kunden ihres Instituts, in ihr Geldwäsche-Monitoring-System ein. Die Zahlung des Kaufpreises/Rücknahmepreises für die Anteile erfolgt per Überweisung;
- bei Anteilrückgaben sind bei Immobilien-Publikumsfonds Halte- und Kündigungsfristen zu beachten (24/12 Monate);<sup>1</sup>
- die Beteiligung der Anleger an Investmentfonds erfolgt sowohl bei Publikums- als auch bei Spezialfonds allein über die Ausgabe von verbrieften Anteilscheinen.<sup>2</sup> Diese Inhaberanteilscheine müssen als Sammelurkunde verbrieft werden (sog. Zwangsgiro);<sup>3</sup>
- Spezialfondsanteile eignen sich nicht zur freien Übertragung an Dritte, weil die Übertragung regelmäßig durch einen Zustimmungsvorbehalt der Kapitalverwaltungsgesellschaft abgesichert ist;<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> § 255 Abs. 4 und 4 KAGB

<sup>2</sup> § 95 KAGB

<sup>3</sup> § 95 Abs. 1 Satz 3 KAGB

<sup>4</sup> § 277 KAGB



- Die Zeichnung und Verwahrung von Spezialfondsanteilen erfolgt regelmäßig bei der inländischen Verwahrstelle<sup>5</sup> des Fonds, wobei der Vertrieb der Anteile regelmäßig direkt durch die Kapitalverwaltungsgesellschaft erfolgt.

**„Aufgrund der allgemein hohen Geldwäschegefahr im Immobiliensektor werden Immobilienfonds als besonders bedroht eingestuft. Die aktuellen Branchenzahlen bestätigen den allgemeinen Trend, in immobile Sachwerte zu investieren, anschaulich. Insbesondere offene Immobilien-Spezialfonds verbuchen seit Jahren steigende Mittelzuflüsse. Aufgrund der geringeren Anzahl an Investoren und der individuellen Ausgestaltung von Spezialfonds werden diese insgesamt als besonders bedroht eingestuft.“**

**Bei der Anlage in Anteilen an Immobilien-Spezialfonds sehen wir eine Geldwäschegefahr als eher gering an.**

- Anteilschein- und Immobilientransaktionen können nur unbar, also über eine Konto-Verbindung abgewickelt werden;
- der Finanzsektor im Immobilienbereich ist im Vergleich zum Nichtfinanzsektor im weitaus größeren Maße für Geldwäscheaktivitäten sensibilisiert und verfügt über wirksame geldwäschebezogene Risikomanagementsysteme;
- eine Kapitalanlagegesellschaft unterzieht jeden Investor dem sog. Know your Customer-Prinzip. Der Spezialfondskunde ist der KVG also persönlich bekannt. Bei Begründung der Geschäftsbeziehung werden alle geldwäscherechtlich notwendigen Maßnahmen getroffen. Den Identifikationsvorgang betrachten Kapitalanlagegesellschaften nicht nur als Feststellung der Identität des Neukunden, sondern als ein prozesshaftes Verfahren, das Kundensorgfaltspflichten für die gesamte Dauer der Geschäftsbeziehung begründet.

**Ursache der anhaltend steigenden Nachfrage nach Immobilien-Spezialfonds ist vor allem das positive Marktumfeld.**

- Institutionelle Anleger haben im Niedrigzinsumfeld ein verstärktes Interesse daran, Immobilien als weitere Asset-Klasse in die Allokation aufzunehmen;
- in den zurückliegenden Jahren tendierten zahlreiche institutionelle Investoren, beispielsweise Versicherungen und Pensionskassen, dazu, direkt gehaltene Immobilienbestände zu veräußern und stattdessen ihre Immobilieninvestitionen mittels eines Spezialfonds fortzusetzen.

**Die spezifische Kundengruppe (professionelle und semiprofessionelle Anleger)<sup>6</sup> bei Immobilien-Spezialfonds trägt zu einer Minderung des Risikos bei.**

- Immobilien-Spezialfonds haben eine spezifische Anlegergruppe: Es handelt sich um institutionelle Investoren – also Pensionskassen, Versorgungswerke oder Versicherungen. Sie investieren vergleichsweise konservativ, in der Regel risikoavers und mit einem sehr langfristigen Horizont. Innerhalb der BVI-Mitgliedsgesellschaften stellen

---

<sup>5</sup> §§ 68 ff KAGB

<sup>6</sup> § 1 Abs. 6 KAGB

Versorgungswerke die weitaus größte Anlegergruppe (49% des verwalteten Fondsvermögens);

- deutsche Investoren stellen die übergroße Mehrheit. Ausländische Investoren bedienen sich nur in Ausnahmefällen dieses Anlagevehikels, weil es ihnen aus ihren Heimatmärkten nicht bekannt ist;
- die praktische Bedeutung für eine an den Bedürfnissen der (semi-) professionellen Anleger orientierte individuelle Produktgestaltung ist gering. Die meisten Spezialfonds-Anleger wenden nach unseren Erkenntnissen im Wesentlichen die für Immobilien-Publikumsfonds geltenden Bestimmungen an, weil die Anleger aufgrund anderweitiger Regulierungsvorgaben oder durch selbst gesetzte Anlagerichtlinien an die wesentliche Einhaltung dieser Bestimmungen hierzu verpflichtet sind.

**Besonders im Rahmen des Verkaufs von Immobilien besteht aufgrund der teilweise erheblichen Summen eine hohe Geldwäschegefahr.**

**Wir sehen bei Verkaufstransaktionen von Immobilienfonds eine eher niedrige Geldwäschegefahr.**

- Kapitalverwaltungsgesellschaften sind generell in hohem Maß für Geldwäscheaktivitäten sensibilisiert und verfügen über wirksame geldwäschebezogene Risikomanagementsysteme. Dies gilt sowohl hinsichtlich ihrer Spezialfondsanleger als auch der Käufer von Fondsimmobilen.
- potentielle Käufer von Immobilien werden einer intensiven due-dilligence unterzogen.
- Transaktionen werden nur unbar über ein Sperrkonto bei der Verwahrstelle des Fonds abgewickelt.