

Der wirtschaftlich Berechtigte im Transparenzregisterrecht und im Privatregisterrecht

Inauguraldissertation

zur Erlangung des Doktorgrades der Rechtswissenschaft

der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg



vorgelegt von

Julius Hildebrandt

2025

Erstgutachter: Prof. Dr. Stefan J. Geibel, Maître en droit (Université Aix-Marseille III)

Zweitgutachter: Prof. Dr. Dirk A. Verse, M.Jur. (Oxford)

Tag der Disputation: 29. Oktober 2025

Vorwort

Diese Arbeit wurde als Dissertation von der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg im Jahr 2025 angenommen.

Mein Dank gilt zunächst Herrn Professor Dr. Stefan J. Geibel für die Übernahme der Betreuung und die Begutachtung dieser Arbeit sowie Herrn Professor Dr. Dirk A. Verse für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Ein ganz besonderer Dank gebührt meiner Freundin Anna Schroth. Über die vielen Jahre der Promotionszeit stand sie mir nicht nur im fachlichen Austausch und in Form hilfreicher Anregungen und Rückmeldungen zur Seite, sondern hat mich durch diese Zeit insbesondere mit unendlicher Geduld und bewundernswert starken Nerven getragen.

Auch möchte ich meinem lieben Freund Dr. Moritz Willi Schmitz danken. Wir sind damals parallel in das Projekt „Doktorarbeit“ gestartet. Sein Beistand in fachlichen und persönlichen Dingen war über die gesamte Dauer dieses Projekts sehr wertvoll.

Zutiefst dankbar bin ich zudem meiner Mutter, Karin Hildebrandt. Sie hat sich der anspruchsvollen Aufgabe angenommen, diese für sie fachfremde Arbeit mit größter Sorgfalt Korrektur zu lesen und hat damit maßgeblich zu ihrer sprachlichen Verständlichkeit beigetragen. Meinem Vater Ralf Hildebrandt sowie allen weiteren Mitgliedern meiner Familie danke ich von Herzen für Rat und beständige Unterstützung.

Zuletzt möchte ich all den weiteren Freunden und Wegbegleitern danken, die mich in den teils herausfordernden Zeiten ertragen und an meiner Seite gestanden haben. Ohne diesen Rückhalt wäre diese Arbeit nicht zu Ende gebracht worden.

Diese Arbeit beruht im Wesentlichen auf dem Stand von April 2023. Die Gesetzeslage sowie punktuell Rechtsprechung und Literatur wurden zum Oktober 2025 nachgetragen.

Inhalt

Einführung	1
A. Der Untersuchungsgegenstand im Kontext gegenwärtiger Rechtsentwicklungen	1
B. Methodik	3
C. Gang der Darstellung	4
 Kapitel 1 : Das Verständnis wirtschaftlicher Berechtigung im Transparenzregisterrecht	 6
A. Die geldwäscherechtliche Definition wirtschaftlicher Berechtigung in § 3 GwG und deren Einbeziehung in das Transparenzregisterrecht	6
I. Der originäre Geltungsbereich des § 3 GwG im Rahmen der konkreten Identifizierungspflichten der geldwäscherechtlich Verpflichteten	6
II. Überblick über die Bestimmungen des § 3 GwG	7
III. Teleologische und historische Hintergründe der Definition wirtschaftlicher Berechtigung im GwG	8
IV. Die in dieser Arbeit verwendete Terminologie der verschiedenen transparenzregisterrechtlichen Mitteilungspflichten und durch sie verpflichteten Adressaten	9
B. Der über § 19 Abs. 2 GwG anzuwendende Tatbestand wirtschaftlicher Berechtigung des § 3 Abs. 1 GwG	11
I. Die „Person“ im Sinne von § 3 Abs. 1 GwG	11
II. Eigentum, Kontrolle und Veranlassung	12
1. Eigentum als Unterfall von Kontrolle	12
2. Keine Begründung wirtschaftlicher Berechtigung im Sinne des Transparenzregisters durch Veranlassung	13
3. Zwischenergebnis	14
C. Die Bestimmung wirtschaftlicher Berechtigung an Vereinigungen im Sinne von § 20 Abs. 1 GwG mit Ausnahme der rechtsfähigen Stiftung in Anwendung des § 3 Abs. 2 GwG über § 19 Abs. 2 S. 1 GwG	15
I. Die über den Verweis des § 19 Abs. 2 S. 1 GwG in die Bestimmungen des § 3 Abs. 2 GwG einbezogenen Meldepflichtigen	15
1. Die Anwendung der Bestimmungen des § 19 Abs. 2 S. 1 GwG auf juristische Personen des Privatrechts und eingetragene Personengesellschaften	15
2. Die Auswirkung einer mehrheitlichen Beteiligung des Staates auf wirtschaftliche Berechtigung im Sinne des Transparenzregisterrechts	15
3. Die transparenzregisterrechtliche Relevanz wirtschaftlicher Berechtigung börsennotierten Gesellschaften	17
	III

a) Systematische, historische und teleologische Erwägungen gegen eine meldepflichtige wirtschaftliche Berechtigung an börsennotierten Gesellschaften	17
aa) § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GwG als Einschränkung des Tatbestands nach § 3 Abs. 1 GwG	17
bb) Das Verhältnis von § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GwG zu § 20 Abs. 2 S. 2 GwG a.F.	17
cc) Die Beurteilung der Streichung des § 20 Abs. 2 S. 2 GwG a.F. in diesem Zusammenhang	18
b) Das zu einer Meldepflicht börsennotierter Gesellschaften führende Dilemma im Umgang mit ihren Tochtergesellschaften	19
4. Die Voraussetzung der Eintragung für eine transparenzregisterrechtliche wirtschaftliche Berechtigung an Personengesellschaften	21
5. Zwischenergebnis	21
II. Die erforderliche Grundlage von Kontrolle im Sinne von § 3 Abs. 1, 2 GwG im Rahmen des § 19 Abs. 2 S. 1 GwG	22
1. Das teilweise vertretene formale Verständnis von Kontrolle und die Forderung nach einer gesellschaftsrechtlichen Grundlage	22
2. Rein schuldrechtliche Begründung von Kontrolle	23
3. Rein faktische Begründung von Kontrolle	24
4. Zwischenergebnis	25
III. Die Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Kontrolle nach § 3 Abs. 2 GwG im Rahmen des § 19 Abs. 2 S. 1 GwG	25
IV. Bestimmbarkeit wirtschaftlicher Berechtigung in den von § 19 Abs. 2 S. 1 GwG umfassten Meldepflichtigen anhand der Kriterien von „Geschäftsinitiative“ und „Geschäftsrisiko“	27
1. Abstraktionsversuch in Anlehnung an die steuerrechtliche Mitunternehmerschaft	27
2. Die hieran angelehnten Kriterien von „Geschäftsrisiko“ und „Geschäftsinitiative“	28
V. Die Anwendung der Fiktion des § 3 Abs. 2 S. 5 GwG im Recht des Transparenzregisters	30
1. Die dogmatischen Bedenken gegen eine transparenzregisterrechtliche Anwendung	30
2. Die Einführung des § 20 Abs. 3a GwG als teleologische Grundlage für die Anwendbarkeit des § 3 Abs. 2 S. 5 GwG	31
VI. Die konkrete Beurteilung von wirtschaftlicher Berechtigung an den von § 19 Abs. 2 S. 1 GwG i.V.m. § 20 Abs. 1 GwG adressierten Meldepflichtigen	32
1. Anwendung der abstrakten Anforderungen wirtschaftlicher Berechtigung auf ausgewählte konkrete Fallgruppen	32
2. Der Treugeber als wirtschaftlich Berechtigter	33
3. Andere Formen „stiller“ oder „mittelbarer“ Berechtigung an dem Meldepflichtigen	34
a) Der Begriff vom „Dreibeteiligtenverhältnis“	34
b) Die Gestaltungsvielfalt „stiller“ Teilhaberrechte	35
c) Übertragbarkeit der Erwägungen auf den Testamentsvollstrecker	36
d) Zwischenfazit	36
4. Die wirtschaftliche Berechtigung persönlich haftender Gesellschafter	36
5. Die wirtschaftliche Berechtigung an einer GmbH & Co. KG	39

6.	Die wirtschaftliche Berechtigung an einer Partnerschaftsgesellschaft	41
7.	Die wirtschaftliche Berechtigung an einer börsennotierten Gesellschaft	42
D.	Die Bestimmung wirtschaftlicher Berechtigung an rechtsfähigen Stiftungen und an Rechtsgestaltungen im Sinne von § 21 Abs. 1, 2 GwG in Anwendung des § 3 Abs. 3 GwG über § 19 Abs. 2 S. 2 GwG	44
I.	Die über den Verweis des § 19 Abs. 2 S. 2 GwG in die Bestimmungen des § 3 Abs. 3 GwG einbezogenen Meldepflichtigen	44
1.	Die Anwendung der Bestimmungen des § 3 Abs. 3 GwG auf die rechtsfähige Stiftung im Rahmen des § 19 Abs. 2 S. 2 GwG	44
2.	Die Anwendung der Bestimmungen des § 3 Abs. 3 GwG auf Trusts im Rahmen des § 19 Abs. 2 S. 2 GwG	44
3.	Die Anwendung der Bestimmungen des § 3 Abs. 3 GwG auf nichtrechtsfähige Stiftungen und mit diesen vergleichbare Rechtsgestaltungen im Rahmen des § 19 Abs. 2 S. 2 GwG	46
a)	Die Eigenschaften der nichtrechtsfähigen (Treuhand)Stiftung in Abgrenzung zu der rechtsfähigen Stiftung	46
aa)	Das Kriterium der Anerkennung einer Stiftung	46
bb)	Die nichtrechtsfähige Stiftung als Treuhandstiftung im Sinne des § 21 Abs. 2 GwG	47
cc)	Die fehlende treuhänderischen Beziehungen der rechtsfähigen Stiftung	48
b)	Das Kriterium der Eigennützigkeit im Sinne des § 21 Abs. 2 Nr. 1 GwG	49
c)	Keine entsprechende Anwendung auf rechtsfähige Stiftungen	50
II.	Die Anwendung der für die wirtschaftliche Berechtigung an den Meldepflichtigen nach § 19 Abs. 2 S. 1 GwG gewonnenen Erkenntnisse auf die wirtschaftliche Berechtigung an den von § 19 Abs. 2 S. 2 GwG adressierten Meldepflichtigen	50
III.	Die konkrete Beurteilung von wirtschaftlicher Berechtigung an den von § 19 Abs. 2 S. 2 GwG i.V.m. § 21 Abs. 1, 2 GwG adressierten Meldepflichtigen	52
1.	Anwendung der abstrakten Anforderungen wirtschaftlicher Berechtigung auf ausgewählte konkrete Fallgruppen	52
2.	Die wirtschaftliche Berechtigung von Begünstigten im Sinne von § 19 Abs. 2 S. 2 GwG i.V.m. § 3 Abs. 1, 3 Nr. 3, 4 GwG	52
a)	Kein Gleichlauf von Begünstigten und wirtschaftlich Berechtigten	52
b)	Die im Stiftungsgeschäft bestimmten „in erster Linie Begünstigten“	53
c)	Wirtschaftliche Berechtigung der dem Umfang nach „Hauptbegünstigten“	53
d)	Der Hauptbegünstigte hinter einer Personenmehrheit im Sinne des § 3 Abs. 3 Nr. 4 GwG	54
e)	Wirtschaftliche Berechtigung der Personenmehrheit gemäß § 3 Abs. 3 Nr. 4 GwG selbst	55
3.	Der Stifter als wirtschaftlich Berechtigter im Sinne des Transparenzregisterrechts?	55
E.	Die GbR im Transparenzregisterrecht	56
I.	Die Entwicklung der Meldepflicht der GbR	56
1.	Das gesteigerte Vorsichtsgebot im geldwäscherechtlichen Umgang mit der GbR	56
2.	Die Meldepflicht in das GbR-Gesellschaftsregister eingetragener GbRs	57

3.	Die historisch fehlende Meldepflicht der GbR	57
a)	Begründungsversuch der GbR als Rechtsgestaltung im Sinne von § 21 Abs. 2 Nr. 2 GwG	57
b)	Die zu beachtende Verschiedenartigkeit von GbR und Treuhand nach h.M.	59
II.	Verschleierungsrisiko transparenzregisterrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung durch Zwischenschaltung einer GbR?	60
1.	Mittelbare wirtschaftlicher Berechtigung der Gesellschafter einer nicht eingetragenen GbR an der Ausgangsvereinigung oder -rechtsgestaltung	60
2.	Faktische Transparenz der GbR über das Privatregisterrecht vor Einführung des GbR-Gesellschaftsregisters	61
3.	Auswirkungen der Einführung des GbR-Gesellschaftsregisters	62
F.	Zwischenergebnis in Thesen	62
I.	Wirtschaftliche Berechtigung bezieht sich immer auf die Stellung zu dem Meldepflichtigen	62
II.	Wirtschaftliche Berechtigung kann an (fast) jeder am Rechtsverkehr teilnehmenden Rechtsbeziehung mehrerer privater Personen bestehen	63
III.	Es gibt keine formalen Anforderungen an die Begründung wirtschaftlicher Berechtigung	63
IV.	Wirtschaftliche Berechtigung kann durch eine über Eigentum hergestellte formale Inhaberschaft an dem Meldepflichtigen begründet werden	64
V.	Die Merkmale von „Geschäftsrisiko“ und „Geschäftsinitiative“ können helfen, wirtschaftliche Berechtigung zu bestimmen	64
VI.	Wirtschaftlich Berechtigter kann nur eine natürliche Person sein	65
VII.	Die wirtschaftliche Berechtigung eines jeden Meldepflichtigen muss dem Transparenzregister zu entnehmen sein	65
Kapitel 2 :	Das Verhältnis von transparenzregisterrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung zum Privatrecht und dem Privatregisterrecht	66
A.	Hinführung	66
B.	Die Rechtswirkung der transparenzregisterrechtlichen Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung	67
I.	Die Einsichtnahme in das Transparenzregisters	67
1.	Der Kreis der Einsichtnahmeberechtigten gemäß § 23 Abs. 1 GwG	67
2.	Die Rechtswidrigkeit der voraussetzungslosen Einsichtnahme in nationale Transparenzregister für jedermann nach der Rechtsprechung des EuGH – C-37/20, 601/20	68
a)	Kein „berechtigtes Interesse“ im Gesetzeswortlaut des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GwG n.F.	68
b)	Die Feststellungen des EuGH	68
c)	Rechtsfolgen für die richtlinienkonforme Auslegung des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GwG	69
3.	Die Beschränkbarkeit der Einsichtnahme in das Transparenzregister gegenüber der Öffentlichkeit	70
a)	Die Maßgeblichkeit eines überwiegenden berechtigten Interesses des wirtschaftlich Berechtigten gemäß § 23 Abs. 2 S. 1 GwG	70

b)	Der abschließende Charakter der Fallgruppen des § 23 Abs. 2 S. 2 GwG für das überwiegende schutzwürdige Interesse	71
c)	Abstrakte Gefahr im Rahmen des § 23 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 GwG	71
d)	Verhältnismäßigkeitsprüfung	72
aa)	Die Begründung der Verhältnismäßigkeitsprüfung nach h.M.	72
bb)	Die dogmatischen Erwägungen gegen eine Verhältnismäßigkeitsprüfung	72
cc)	Die Auswirkungen des Urteils des EuGH – C-37/20, C-601/20 auf die teleologische Beurteilung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung auf zweiter Stufe	73
II.	Der „Wirkbereich“ und die Frage nach Publizität des Transparenzregisters	75
1.	Die Wirkungen gegenüber der Öffentlichkeit	75
a)	Das vergleichsweise geringe Transparenzbedürfnis der Mitglieder der Öffentlichkeit im Sinne des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GwG gegenüber den anderen Einsichtnahmeberechtigten	75
b)	Der einem öffentlichen Glauben entgegenstehende Zweck des Transparenzregisters	75
c)	Normative Ausprägungen der fehlenden privatrechtlichen Wirkung	76
2.	Der mit Einführung des § 12 Abs. 3 S. 3 GwG n.F. gegenüber Verpflichteten geschaffene Vertrauenstatbestand transparenzregisterrechtlicher Eintragungen	77
III.	Zwischenergebnis	78
C.	Die Gewährleistung der Richtigkeit und Vollständigkeit des Inhalts des Transparenzregisters in Anbetracht der Wirkung transparenzregisterrechtlicher Eintragungen	79
I.	Die Informationsgewinnung über die wirtschaftliche Berechtigung und deren Übermittlung an das Transparenzregister	79
1.	Der Informationsfluss „von unten nach oben“ bei Meldepflichtigen im Sinne des § 20 Abs. 1 GwG	79
2.	Die Angabepflicht im Innenverhältnis nach § 20 Abs. 3 GwG	80
a)	Die regelmäßige Wahrnehmung der Angabepflicht durch die unmittelbar an der Vereinigung berechtigten Personen	80
b)	Der Auffangcharakter des § 20 Abs. 3 S. 1 GwG n.F.	81
aa)	Die eingeschränkte Angabepflicht des Anteilseigners bei mittelbarer wirtschaftlicher Berechtigung	81
bb)	Die Lücke in der Mitteilungssystematik nach § 20 Abs. 3 GwG a.F.	82
cc)	Schließung dieser Lücke durch § 20 Abs. 3 GwG n.F.	83
c)	Keine vollständige Überwindung des Risikos eines Informationsdefizits durch die Neufassung des § 20 GwG	84
d)	Das Entfallen der Angabepflicht gemäß § 20 Abs. 4 GwG	85
3.	Der Informationsfluss in den Meldepflichtigen im Sinne des § 21 Abs. 1, 2 GwG	85
II.	Die Vorkehrungen des Transparenzregisterrechts zur Gewährleistung der Richtigkeit und Vollständigkeit des Eintragungsinhalts des Transparenzregisters	85
1.	Die Kontrolle der ausgeübten Meldepflichten durch die registerführende Stelle im Rahmen des § 18 Abs. 3 GwG	85

2.	Die Meldung von Unstimmigkeiten durch Verpflichtete und Behörden im Rahmen des § 23a Abs. 1 GwG und die anschließende Prüfung durch die registerführende Stelle	86
3.	Die Ahndung von Verstößen gegen transparenzregisterrechtliche Mitteilungspflichten nach § 56 Abs. 1 S. 1 Nr. 54 – 66 GwG durch das Bundesverwaltungsamt	87
III.	Zwischenergebnis	88
D.	Die Entwicklung der Verknüpfung des Privatregisterrechts mit dem Transparenzregisterrecht hinsichtlich wirtschaftlicher Berechtigung	90
I.	Die ehemalige Ausstrahlungswirkung der Privatrechtsregister auf das Transparenzregister über die Meldefiktion des § 20 Abs. 2 GwG a.F.	90
1.	Überblick über Voraussetzungen und Wirkungen des § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F.	90
a)	Der sich aus der ehemaligen Meldefiktion ergebende frühere Charakter des Transparenzregisters als unselbstständiges Sammelregister	90
b)	Das Erfordernis vollständiger Information über das Privatregisterrecht	90
c)	Die Einbeziehung des § 3 Abs. 2 S. 5 GwG in § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F.	91
d)	Transparenzdefizit des Transparenzregisters als Ursache der Aufgabe der Meldefiktion	92
2.	Die konkreten Auswirkungen der Meldefiktion des § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. für die Meldepflichtigen	92
a)	Die Beurteilung der ehemaligen Meldefiktion nach § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. für die GmbH	92
bb)	Problem: Keine elektronische Abrufbarkeit der Gesellschafterliste über das Handelsregister	93
cc)	Problem: Keine Information der Gesellschafterliste über den Beteiligungsumfang	93
dd)	Problem: Keine Information des Handelsregisters über das Geburtsdatum der Geschäftsführer	93
b)	Die Beurteilung der ehemaligen Meldefiktion des § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. für die KG	94
aa)	Meldepflicht bei wirtschaftlicher Berechtigung von Kommanditisten	94
bb)	Die Anwendung der Meldefiktion in Sonderkonstellationen der GmbH & Co. KG	94
cc)	Die Konstellation ausschließlich wirtschaftlich berechtigter Komplementäre	95
c)	Die Beurteilung der ehemaligen Meldefiktion nach § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. für die OHG	96
d)	Die Beurteilung der ehemaligen Meldefiktion nach § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. für die Partnerschaftsgesellschaft	97
e)	Die Beurteilung der ehemaligen Meldefiktion nach § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. für die nicht börsennotierte AG, SE und KGaA	97
f)	Die Beurteilung der ehemaligen Meldefiktion nach § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. für e.V. und eG	98
g)	Die Beurteilung der ehemaligen Meldefiktion nach § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. für die rechtsfähige Stiftung	98
3.	Die ehemalige Meldefiktion des § 20 Abs. 2 S. 2 GwG a.F. aufgrund börsenrechtlicher Transparenzpflichten	99
4.	Keine Meldefiktion ausländischer Registereintragungen für das deutsche Transparenzregisterrecht	99

5.	Die fehlende privatregisterrechtliche Relevanz von Rechtsgestaltungen im Sinne des § 21 Abs. 1, 2 GwG	100
II.	Die nach dem Wegfall der Meldefiktion des § 20 Abs. 2 GwG a.F. verbleibende Verknüpfung des Privatregisterrechts mit dem Transparenzregisterrecht	101
1.	Der Zugang zu privatregisterrechtlichen Informationen über das Transparenzregisterrecht gemäß § 22 Abs. 1 GwG i.V.m. § 23 GwG	101
2.	Die Überprüfung transparenzregisterrechtlicher Informationen in Abgleich mit dem Privatregisterrecht im Sinne des § 23a Abs. 1 – 3 GwG	101
3.	Die Übertragung vereinsregisterrechtlicher Informationen in das Transparenzregister durch die registerführende Stelle nach § 20a GwG	101
4.	Die Übertragung grundbuchrechtlicher Informationen im Sinne der §§ 19a, 19b GwG	102
E.	Zusammenfassung und Bewertung der Entwicklung des Transparenzregisterrechts und dessen Verknüpfung mit dem Privatregisterrecht im Umgang mit wirtschaftlicher Berechtigung	102
I.	Zusammenfassung der Entwicklungen des Transparenzregisterrechts im Hinblick auf Inhalt und Wirkung der Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung	102
II.	Bewertung des gesetzgeberischen Konzepts zur Gewährleistung der Konformität des Transparenzregisters mit der materiell-rechtlichen Rechtslage	103
III.	Bewertung der Aufgabe der Meldefiktion des § 20 Abs. 2 GwG a.F.	106

Kapitel 3 : Begriff und Erscheinungsformen privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung 109

A.	Entwicklung eines Begriffsverständnisses privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung im Lichte transparenzregisterrechtlicher Vergleichbarkeit und privatregisterrechtlicher Transparenz	109
I.	Das Fehlen einer privatrechtlichen Definition wirtschaftlicher Berechtigung	109
II.	Beschränkung der „Bezugsobjekte“ privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung im Lichte einer Vergleichbarkeit zum Transparenzregisterrecht	110
III.	Privatrechtliche wirtschaftliche Berechtigung im Lichte des Privatregisterrechts	111
1.	Der an der Herstellung von Publizität ausgerichtete Zweck des Privatregisterrechts	111
a)	Das unterschiedliche Transparenzbedürfnis von Transparenz- und Privatregisterrecht	111
b)	Publizität zur Gewährleistung von Rechtssicherheit gegenüber dem Rechtsverkehr	112
c)	„Binnenpublizität“ zur Herstellung von Rechtssicherheit im Verbandsverhältnis	112
2.	Keine wirtschaftliche Berechtigung an Bezugsobjekten, über die das Privatregisterrecht nicht informiert	113
a)	Die fehlende Eignung treuhänderischer Rechtsgestaltungen im Sinne des § 21 Abs. 1, 2 GwG als Bezugsobjekte privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung	113
b)	GbR-Gesellschaftsanteile als Bezugsobjekte wirtschaftlicher Berechtigung?	113
c)	Die rechtsfähige Stiftung als Bezugsobjekt wirtschaftlicher Berechtigung?	114
IV.	Wirtschaftliche Berechtigung als Antonym zu formaler Berechtigung	115
		IX

V.	Die Voraussetzung einer in der Berechtigung angelegten, gegenwärtigen wirtschaftlichen Teilhabe an dem Bezugsobjekt	116
1.	Die im natürlichen Wortsinn <i>wirtschaftlicher</i> Berechtigung angelegte wirtschaftliche Teilhabe an dem Bezugsobjekt	116
2.	Die Systematik des § 3 Abs. 2 S. GwG im Rahmen des § 19 Abs. 1, 2 GwG	116
3.	Der Sinn und Zweck eines privatrechtlichen Begriffsverständnisses von wirtschaftlicher Berechtigung	117
a)	Kein privatrechtliches Bedürfnis für ein sich in Einfluss oder Verantwortung erschöpfendes Begriffsverständnis wirtschaftlicher Berechtigung	117
b)	Gegenwärtige Teilhabe als dem Privatregisterrecht entsprechende Berechtigungsform	118
c)	Vergütung gewährt keine wirtschaftliche Teilhabe an dem Bezugsobjekt	118
4.	Ausschluss von Rechtspositionen an Bezugsobjekten ohne wirtschaftliche Teilhabe	118
a)	Keine wirtschaftliche Berechtigung von Organwaltern und Bevollmächtigten	118
b)	Keine wirtschaftliche Berechtigung von Testamentsvollstreckern und Insolvenzverwaltern	119
c)	Keine wirtschaftliche Teilhabe von Nacherben und Anwartschaftsberechtigten	119
d)	Keine wirtschaftliche Teilhabe durch Verwertungs-, Aussonderungs- und Befriedigungsrechte	119
aa)	Keine wirtschaftliche Berechtigung aus einer Verpfändung oder einer Pfändung von GmbH-Gesellschaftsanteilen	119
bb)	Keine wirtschaftliche Berechtigung von Aussonderungsgläubigern	120
cc)	Keine wirtschaftliche Berechtigung des Insolvenzgläubigers	120
e)	Keine wirtschaftliche Teilhabe an einer Vereinsmitgliedschaft	121
VI.	Das Bedürfnis einer wirtschaftlichen Ausrichtung des Bezugsobjekts	121
1.	Die Legitimationswirkung wirtschaftlicher Teilhabe durch privatregisterrechtliche Offenlegung wirtschaftlicher Berechtigung	121
2.	Die fehlende Eignung der Genossenschaft und der genossenschaftlichen Mitgliedschaft als Bezugsobjekte privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung	122
3.	Die fehlende Eignung der Partnerschaft als Bezugsobjekt privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung	123
VII.	Das Konzernrecht als eigenständiges Regelungsgebiet wirtschaftlicher Berechtigung	124
1.	Unternehmensverträge als Regelungsmaterie des Konzernrechts	124
2.	Abschließende Beurteilung derartiger Berechtigungsverhältnisse nach konzernrechtlichen Maßstäben	125
VIII.	Keine wirtschaftliche <i>Berechtigung</i> durch wirtschaftliche Teilhabe allein	126
IX.	Zwischenergebnis und Auswertung des verbleibenden Untersuchungsfelds	126
B.	Die Bestimmung von in mittelbarer wirtschaftlicher Teilhabe an Handelsgesellschaften angelegten Erscheinungsformen privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung	128
I.	Der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen	128
1.	Zulässigkeit	128
2.	Rechtsnatur und Wirkung des Nießbrauchs an Gesellschaftsanteilen	129
		X

3.	Formbedürftigkeit des Nießbrauchs im Sinne des § 15 Abs. 3 GmbHG	130
4.	Terminologie	131
a)	Die gängige Unterscheidung zwischen Ertragsnießbrauch und Vollnießbrauch	131
b)	Unterscheidung zwischen dem „einfachen“ und dem „qualifizierten“ Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen	131
5.	Der „einfache“ Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen nach dem gesetzlichen Grundkonzept	132
a)	Die Maßgeblichkeit des Nutzungsbegriffs gemäß § 1068 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1030 Abs. 1 BGB i.V.m. § 99 Abs. 2 und 3 BGB, § 100 BGB	132
b)	Die Vermögensrechte des Nießbrauchers bei einem „einfachen“ Nießbrauch an Geschäftsanteilen	132
c)	Keine Verwaltungsbefugnisse des Nießbrauchers bei Fehlen anderweitiger vertraglicher Regelungen	133
d)	Die an eine Gesellschafterstellung geknüpfte Geschäftsführungsbefugnis und die organschaftliche Vertretungsmacht als besondere Verwaltungsbefugnisse	135
e)	Die Bedeutung des § 1071 BGB	135
f)	Informationsrecht des Nießbrauchers bei einem reinen Ertragsnießbrauch nach dem gesetzlichen Grundkonzept	137
g)	Die Pflichten des Nießbrauchers eines „einfachen“ Nießbrauchs	137
6.	Der vertragliche Ausbau des Nießbrauchs an Gesellschaftsanteilen	138
a)	Zulässigkeit des „qualifizierten“ Nießbrauchs in OHG, KG und GmbH	138
b)	Grenzen der Gestaltungsfreiheit „qualifizierter“ Nießbrauchsverhältnisse	139
aa)	Der Kernbereich der Gesellschafterstellung	139
bb)	Der Grundsatz der Selbstorganschaft in Personengesellschaften	141
c)	Die mit der „qualifizierten“ Ausgestaltung des Nießbrauchs einhergehende Erweiterung der Pflichten des Nießbrauchers	142
II.	Das treuhänderische Halten von Gesellschaftsanteilen	143
1.	Zulässigkeit	143
2.	Rechtsnatur und Wirkung von Treuhandverhältnissen über Gesellschaftsanteile	144
a)	Die schuldrechtliche Wirkung der Treuhandabrede	144
b)	Der differenzierte Umgang der h.M. mit der Treuhand in Ansehung der Art ihres Zustandekommens	145
aa)	Die verschiedenen Begründungsformen der Treuhand	145
bb)	Das Anwartschaftsrecht des Treugebers	145
cc)	Der eingeschränkte dingliche Schutz des Treugebers einer „eigentlichen Treuhand“ nach der Rechtsprechung des BGH hinsichtlich § 47 InsO und § 771 ZPO	147
c)	Die Anwendung gesellschaftsrechtlicher Bestimmungen auf die Treuhand	148
d)	Stellungnahme	150
3.	Die Formbedürftigkeit der Treuhand im Sinne des § 15 Abs. 3, 4 GmbHG	151
4.	Terminologie	153

a)	Das Fehlen einer einheitlichen Terminologie für die Unterscheidung verschiedener Treuhandverhältnisse	153
b)	Die Ausklammerung der sogenannten „unechten“ Treuhand aus dem dieser Arbeit zugrunde liegendem Treuhandverständnis	153
c)	Unterscheidung zwischen der „einfachen“ und der „qualifizierten“ Treuhand über Gesellschaftsanteile	154
5.	Die „einfache“ Treuhand an Gesellschaftsanteilen nach dem gesetzlichen Grundkonzept	154
a)	Allgemein: Der Treuhänder als alleiniger Inhaber gesellschaftlicher Rechte und Pflichten	154
b)	Ausnahmsweise: Berücksichtigung des Treugebers im Verbands- und Außenverhältnis	156
aa)	Keine <i>Berechtigung</i> des Treugebers	156
bb)	Insbesondere: Einbeziehung in die Kapitalschutzbestimmungen in der GmbH	156
cc)	Keine allgemeine Einbeziehung des Treugebers in die Außenhaftung im Personengesellschaftsrecht	158
6.	Der vertragliche Ausbau der Treuhand an Gesellschaftsanteilen	158
a)	Zulässigkeit der „qualifizierten“ Treuhand	158
aa)	Die Rechtslage in Personengesellschaften	158
bb)	Die Rechtslage in Kapitalgesellschaften	159
b)	Die mit der „qualifizierten“ Ausgestaltung der Treuhand einhergehende Erweiterung der Pflichten des Treugebers	162
III.	Die Unterbeteiligung	164
1.	Zulässigkeit	164
2.	Rechtsnatur und Wirkung der Unterbeteiligung	165
a)	Die Unterbeteiligung als „stille Beteiligung an einem Gesellschaftsanteil“	165
b)	Die Unterbeteiligung mit Treuhandcharakter	166
3.	Grundsätzlich keine Formbedürftigkeit der Unterbeteiligung im Sinne des § 15 Abs. 3, 4 GmbHG	167
4.	Terminologie	168
a)	Die Typisierung verschiedener Unterbeteiligungsverhältnisse und die Unterscheidung zwischen der „typischen“ und der „atypischen“ Unterbeteiligung	168
b)	Unterscheidung zwischen der „einfachen“ und der „qualifizierten“ Unterbeteiligung	169
5.	Die „einfache“ Unterbeteiligung nach dem gesetzlichen Grundkonzept	169
a)	Die Beschränkung der Unterbeteiligung auf das Innenverhältnis	169
b)	Der Streit um die Treuepflicht des Unterbeteiligten	170
c)	Keine Berechtigung des Unterbeteiligten an dem Gesellschaftsanteil bei Insolvenz des Hauptbeteiligten	171
6.	Der vertragliche Ausbau der Unterbeteiligung	172
a)	Beschränkung der Wirkung auf das Innenverhältnis	172
b)	Aufwertung der Rechtsstellung des „atypischen“ Unterbeteiligten bei Insolvenz des Hauptbeteiligten?	172
c)	Zulässigkeit der „qualifizierten“ Unterbeteiligung	173

aa) Die Rechtslage in Personengesellschaften	173
bb) Die Rechtslage in Kapitalgesellschaften	173
d) Die mit der „qualifizierten“ Ausgestaltung der Unterbeteiligung einhergehende Erweiterung der Pflichten des Unterbeteiligten	175
IV. Zweifel an der Übertragbarkeit der Feststellungen auf „qualifizierte“ mittelbare Teilhaberrechte an einer GbR	176
V. Keine über die mittelbare wirtschaftliche Teilhabe an fremden Unternehmen hinausgehende <i>Berechtigung</i> durch die Verpfändung oder Pfändung von Personenhandelsgesellschaften	178
VI. Die Lehre von der Doppelzuständigkeit am Gesellschaftsanteil als bestehender Ansatz für eine vereinheitlichte Behandlung der Rechtsinstitute mittelbarer wirtschaftlicher Teilhabe an fremden Unternehmen	179
VII. Zwischenergebnis in Thesen	180
1. Bei „einfacher“ Ausgestaltung fehlt Nießbraucher, Treugeber und Unterbeteiligten die wirtschaftliche <i>Berechtigung</i> an dem Gesellschaftsanteil	180
2. Die <i>Berechtigung</i> an dem Gesellschaftsanteil folgt nicht aus der Rechtsnatur des Rechtsinstituts mittelbarer wirtschaftlicher Teilhabe	181
3. Die Anwendbarkeit von § 15 Abs. 3, 4 GmbHG trifft keine Aussage über die Übertragung von wirtschaftlicher <i>Berechtigung</i>	182
4. Bei „qualifizierter“ Ausgestaltung sind Nießbraucher, Treugeber und Unterbeteiligter wirtschaftlich Berechtigte an dem Gesellschaftsanteil	182
5. Terminologische Uneinheitlichkeit und das Fehlen verlässlicher Regelungswerke offenbaren ein privatrechtliches Klarstellungsbedürfnis im Umgang mit mittelbaren wirtschaftlichen Teilhaberrechten an Gesellschaftsunternehmen	183
6. Die Merkmale wirtschaftlicher <i>Berechtigung</i> bedingen die Beurteilung ihrer Rechtsnatur	184
C. Die Rechtsstellung des Destinatärs einer rechtsfähigen Stiftung als Erscheinungsform privatrechtlicher wirtschaftlicher <i>Berechtigung</i>	185
I. Der Rechtsanspruch der Destinatäre gegen die Stiftung auf Ausschüttung der Stiftungsleistung als Ausdruck einer wirtschaftlichen Teilhabe an der rechtsfähigen Stiftung	185
1. Wirtschaftliche Teilhabe als Grundvoraussetzung privatrechtlicher wirtschaftlicher <i>Berechtigung</i>	185
2. Die Maßgeblichkeit der Satzung und der Stiftungsverfassung für die Rechtsstellung der Destinatäre	185
3. Bei Existenz einer ausdrücklichen anspruchsbegründenden Satzungsregelung	186
4. Bei Fehlen einer ausdrücklichen anspruchsbegründenden Satzungsregelung	187
a) Das Bedürfnis einer eigenständigen Causa nach <i>Muscheler</i>	187
b) Das Stiftungsgeschäft als mögliche Causa	187
c) Auslegung des Stiftungsgeschäfts kann eigenständige Causa erforderlich machen	188
5. Die sich hieraus ergebende Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses zwischen Destinatär und Stiftung	189
II. Die abgesehen von dem Ausschüttungsanspruch bestehende Rechtsstellung der Destinatäre	190

1.	Die Ausstattung von Destinatären mit stiftungsbezogenen Verwaltungsbefugnissen	190
2.	Verpflichtungen der Destinatäre gegenüber der Stiftung	191
III.	Zwischenergebnis	192
D.	Zwischenergebnis für Kapitel 3	193
Kapitel 4 :	Publizität wirtschaftlicher Berechtigung im Privatregisterrecht	195
A.	Die Erscheinungsformen wirtschaftlicher Berechtigung in den Privatrechtsregistern	195
I.	Publizität wirtschaftlicher Berechtigung im Handelsregister?	195
1.	Die Frage nach der Notwendigkeit einer ausdrücklichen Eintragungsgrundlage	195
2.	Eintragung eines Nießbrauchs an Gesellschaftsanteilen	196
a)	Meinungsstand	196
b)	Stellungnahme	198
aa)	Auch dem Handelsregister kommt „Binnenpublizitätswirkung“ zu	198
bb)	Gleichwohl keine Eintragungsfähigkeit „einfacher“ Nießbrauchsverhältnisse	199
cc)	Unzureichender Informationswert des Nießbrauchsvermerks bei „qualifizierter“ Ausgestaltung	200
dd)	Keine systemkonforme Würdigung der Eintragungspflicht „qualifizierter“ Nießbrauchsverhältnisse de lege lata	200
3.	Eintragung von Unterbeteiligungs- und Treuhandvermerk	201
a)	Meinungsstand	201
b)	Stellungnahme	202
4.	Zwischenergebnis	203
II.	Publizität wirtschaftlicher Berechtigung in der Gesellschafterliste?	204
1.	Die Frage nach der Notwendigkeit einer ausdrücklichen Eintragungsgrundlage	204
a)	Kein strenger numerus clausus des Listeninhalts	204
b)	Auslegung und Einordnung des § 2 GesLV	205
2.	Eintragung eines Nießbrauchs an Gesellschaftsanteilen	206
a)	Die fehlende Eintragungsfähigkeit des Nießbrauchs nach h.M.	206
b)	Die Teilnahme des Nießbrauchsvermerks an der Rechtsscheinwirkung des § 16 Abs. 3 GmbHG	207
c)	Keine sich auf die Teilnahme an der „Binnenpublizitätswirkung“ nach § 16 Abs. 1, 2 GmbHG beschränkende Rechtsscheinwirkung des Nießbrauchsvermerks	209
3.	Eintragung von Unterbeteiligungs- oder Treuhandvermerk	210
4.	Zwischenergebnis	210
III.	Publizität wirtschaftlicher Berechtigung im Stiftungsregister?	211
1.	Der grundsätzlich abschließende Inhalt der in § 2 StiftRG k.F. aufgezählten Eintragungen	211
2.	Die über die Einbeziehung der Satzung in die Transparenz von Stiftungen entstehende mittelbare Registeröffentlichkeit der Stiftungsdestinatäre	212
3.	Die Kritik an der Registeröffentlichkeit von Stiftungssatzungen	212

4. Keine privatrechtlichen Wirkungen der Satzungsöffentlichkeit durch die fehlende Einbeziehung der Satzung in die Publizitätswirkung des Stiftungsregisters	214
IV. Zwischenergebnis	214
B. Die unterschiedlichen Anforderungen an die materielle Richtigkeitsgewähr einer im Privatregisterrecht in Erscheinung tretenden wirtschaftlichen Berechtigung gegenüber dem Transparenzregisterrecht	215
I. Das aus den privatrechtlichen Wirkungen für den Rechtsverkehr erwachsende Bedürfnis zur Gewährleistung von Rechtswahrheit	215
II. Die Mechanismen zur Gewährleistung der Richtigkeit und Vollständigkeit des Eintragungsinhalts des Handelsregisters im Vergleich zum Transparenzregisterrecht	216
1. Die gerichtliche Richtigkeitsgewähr des Handelsregisters im Zeitpunkt der Eintragung	216
a) Die tradierte Doppelfunktion des Handelsregisters	216
b) Die materiell-rechtliche Prüfungstiefe der Registergerichte	217
c) Das Ermessen des Registergerichts über die zu treffenden Maßnahmen	218
2. Herstellung materiell-rechtlicher Richtigkeit nach Eintragung einer unrichtigen Tatsache oder Unrichtigwerden einer einstmals richtig eingetragenen Tatsache	219
a) Die den Bestandsschutz handelsregisterrechtlicher Eintragungen überwindenden Korrekturbefugnisse und -pflichten der Registergerichte	219
b) Rechtsschutzmöglichkeiten des von einer falschen Handelsregisterlage beeinträchtigten Rechtsinhabers	219
c) Mitwirkung anderer Behörden an der Korrektur des Handelsregisters	220
3. Vergleich der die privatrechtlichen Wirkungen des Handelsregisters rechtfertigenden Mechanismen materieller Richtigkeitsgewähr mit dem Transparenzregisterrecht	220
III. Die Mechanismen zur Gewährleistung der Richtigkeit und Vollständigkeit des Eintragungsinhalts der Gesellschafterliste im Vergleich zum Handels- und Transparenzregisterrecht	222
1. Die Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste bei Einreichung	222
a) Keine materielle Rechtskontrolle durch das Registergericht	222
b) Rechtskontrolle des neu einzutragenden Inhalts durch den Notar bei dessen Zuständigkeit nach § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG	223
c) Rechtskontrolle des neu einzutragenden Inhalts durch die Geschäftsführer bei deren Zuständigkeit nach § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG	224
d) Die Abgrenzung der Zuständigkeiten von Geschäftsführung und Notar bei mittelbarer Mitwirkung des Notars	225
2. Herstellung materiell-rechtlicher Richtigkeit nach Eintragung einer unrichtigen Tatsache oder Unrichtigwerden einer einstmals richtig eingetragenen Tatsache	227
a) Möglichkeit des Registergerichts zur Korrektur der Gesellschafterliste	227
b) Möglichkeit des einreichenden Notars zur Korrektur der Gesellschafterliste	228
c) Korrektur der Gesellschafterliste durch die Geschäftsführer	228
aa) Meinungsstand	228
bb) Stellungnahme	230

d) Rechtsschutzmöglichkeiten des von einer falschen Gesellschafterliste beeinträchtigten Rechtsinhabers	231
e) Mitwirkung anderer Behörden an der Korrektur der Gesellschafterliste	231
3. Haftung bei Unrichtigkeit der Gesellschafterliste	232
a) Geschäftsführerhaftung	232
b) Notarhaftung	233
4. Kritik an der privatrechtlichen Wirkungen der Gesellschafterliste	233

C. Die Möglichkeit einer de lege ferenda systemstimmigen Einpassung wirtschaftlicher Berechtigung in das Privatregisterrecht **236**

I. Eintragung des wirtschaftlicher Berechtigung zugrunde liegenden Rechtsinstituts mittelbarer wirtschaftlicher Teilhabe an fremden Unternehmen in seiner konkreten „qualifizierten“ Ausgestaltung	236
II. Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung „als solcher“ in Handelsregister und Gesellschafterliste	238
1. Skizzierung	238
2. Die dogmatische Einordnung der Rechtsgemeinschaft zwischen wirtschaftlich Berechtigtem und Gesellschafter	239
3. Die Teilnahme wirtschaftlicher Berechtigung an der „Binnenpublizität“ von Handelsregister und Gesellschafterliste	241
a) Keine Benachteiligung der Gesellschaft und der Mitgesellschafter	241
b) Die Auswirkungen wirtschaftlicher Berechtigung auf die Wahrnehmung der Verwaltungsbefugnisse	242
aa) Grundsatz einer alternativen Wahrnehmungsbefugnis	242
bb) Das Bedürfnis nach einer Zweifelsregelung	242
cc) Die Vorzüge gegenüber alternativen Ansätzen der Zuweisung von Verwaltungsbefugnissen	243
c) Die Einbeziehung des wirtschaftlich Berechtigten in die mit dem Gesellschaftsanteil verbundenen Pflichten gegenüber der Gesellschaft	245
aa) Treuepflicht des wirtschaftlich Berechtigten	245
bb) Der wirtschaftlich Berechtigte als Schuldner von Sozialansprüchen	245
4. Die Teilnahme wirtschaftlicher Berechtigung an der Publizität von Handelsregister und Gesellschafterliste im Rechtsverkehr	247
a) Die Auswirkungen wirtschaftlicher Berechtigung auf die Verfügungsbefugnis über den Gesellschaftsanteil	247
b) Die Auswirkungen wirtschaftlicher Berechtigung auf die Möglichkeit gutgläubigen lastenfreien Erwerbs des Gesellschaftsanteils	248
aa) Die de lege lata uneinheitliche Bewertung der Übertragungssicherheit der Grundverhältnisse	248
bb) Die Herstellung eines Rechtsscheins von Handelsregister und Gesellschafterliste für die „Lastenfreiheit“ wirtschaftlicher Teilhaberrechte Dritter an einem Gesellschaftsanteil	249
cc) Die Rechtfertigung des Risikos eines Rechtsverlusts des Nießbrauchers „einfacher“ Nießbrauchsverhältnisse	250

c) Die Einbeziehung des wirtschaftlich Berechtigten in die Gesellschafterhaftung in Personenhandelsgesellschaften	251
aa) Die de lege lata unterschiedlichen Kriterien einer persönlichen Haftung von Nießbraucher, Treuhänder und Unterbeteiligten an Gesellschaftsanteilen	251
bb) Die Überwindung formaler Bedenken gegen eine Außenhaftung	252
cc) Die Einbeziehung in die Außenhaftung des wirtschaftlich Berechtigten	252
dd) Vorschlag einer sekundären Ausfallhaftung des wirtschaftlich Berechtigten	254
5. Der Tatbestand wirtschaftlicher Berechtigung	254
a) Systematische Erwägungen	254
b) Abstrakte Definition wirtschaftlicher Berechtigung	255
c) Die Ausnahmen von dem vollständigen Gleichlauf der Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsanteil	255
d) Die Aufnahme geeigneter Grundverhältnisse als Regelbeispiele	256
e) Materiell-rechtliches Zustimmungserfordernis der Mitgesellschafter	256
f) Die Anwendbarkeit der jeweiligen Rechtsscheinvorschriften	257
g) Keine Beschränkung wirtschaftlicher Berechtigung auf natürliche Personen	258
h) Der Umgang mit staatlicher Beteiligung	258
6. Zustandekommen wirtschaftlicher Berechtigung unter Zugrundelegung der Eintragungssystematik der einschlägigen Registersysteme	259
a) Modell einer konstitutiven Wirkung der Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung als eintragungsfähiger Rechtstatsache	259
aa) Bedenken aus der Perspektive des Handelsregisters	259
bb) Bedenken aus der Perspektive der Gesellschafterliste	260
b) Das vorzugswürdige Modell einer deklaratorischen Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung als eintragungspflichtiger Rechtstatsache	260
7. Wirtschaftliche Berechtigung als eintragungsfähige (und -pflichtige) Rechtstatsache in Handelsregister und Gesellschafterliste	261
a) Normierung einer Eintragungsgrundlage	261
b) Vereinbarkeit mit § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG	261
c) Vereinbarkeit mit § 16 GmbHG	262
8. Die Vorkehrungen des einschlägigen Registerrechts zur Richtigkeitsgewähr der Abbildung wirtschaftlicher Berechtigung	262
a) Bei Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung an einem OHG- oder KG-Gesellschaftsanteil in das Handelsregister	262
b) Bei Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung an einem GmbH-Geschäftsanteil in die Gesellschafterliste	263
9. Gegenüberstellung mit der von <i>Ulmer</i> entwickelten Lehre einer Doppelzuständigkeit am Gesellschaftsanteil infolge „qualifizierter“ wirtschaftlicher Teilhaberrechte eines Dritten	265
a) Parallelen und Unterschiede	265

b)	Überwindung der Schwächen der Lehre von der Doppelzuständigkeit durch eine angemessene privatregisterrechtliche Würdigung wirtschaftlicher Berechtigung	267
c)	Das nur eingeschränkte Geheimbedürfnis wirtschaftlicher Teilhaberrechte infolge einer faktischen Offenlegung im Transparenzregister	267
d)	Fazit	268
10.	Keine Erweiterung des vorgeschlagenen Konzepts im Sinne einer über das Aktienregister auszuweisenden wirtschaftlichen Berechtigung an Namensaktien	268
a)	Wirtschaftliche Berechtigung an einer Namensaktie als an der „Binnenpublizität“ des Aktienregisters teilnehmende Rechtstatsache	268
b)	Die fehlenden Mechanismen der Richtigkeitsgewähr des Aktienregisters	269
c)	Der einer Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung entgegenstehende § 67 Abs. 2 AktG	269
d)	Kein zu der Rechtslage für GmbHs vergleichbares Interesse an einer Schaffung „qualifizierter“ wirtschaftlicher Teilhabepositionen im Aktienrecht	271
11.	Bedenken an einer Erweiterung des vorgeschlagenen Konzepts im Sinne einer über das GbR-Gesellschaftsregister auszuweisenden wirtschaftlichen Berechtigung an GbR-Geschäftsanteilen	271
III.	Bewertung der privatregisterrechtlichen Perspektive von Stiftungsdestinatären	273
D.	Zusammenfassung in Thesen	275
I.	Wirtschaftliche Berechtigung im Transparenzregisterrecht ist weit, ungebunden und zweckorientiert zu verstehen	275
II.	Das Transparenzregister ist de lege lata nicht mit dem Privatrecht verknüpft	276
III.	Eine im Privatregisterrecht mit privatrechtlichen Wirkungen in Erscheinung tretende wirtschaftliche Berechtigung kann in „qualifizierten“ Teilhaberrechten an fremden Gesellschaftsunternehmen erkannt werden	278
IV.	Eine künftige Ausstrahlungswirkung transparenzregisterrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung auf das Privatrecht ist abzulehnen	279
V.	Eine in einer „qualifizierten“ wirtschaftlichen Teilhabe an Geschäftsanteilen einer OHG, KG oder GmbH zu erkennende privatrechtliche wirtschaftliche Berechtigung könnte „als solche“ in Handelsregister und Gesellschafterliste eingetragen werden	282
VI.	Die Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung würde die Bestimmung wirtschaftlicher Berechtigung im Transparenzregisterrecht in den einschlägigen Konstellationen erleichtern	283
VII.	Einer Überforderung der Registeröffentlichkeit durch ein sich unterscheidendes Verständnis von privatregisterrechtlicher und transparenzregisterrechtlicher „wirtschaftlicher Berechtigung“ könnte mit terminologischer Flexibilität begegnet werden	286
E.	Ausblick	287
I.	Mittelfristig Beitrag zu „Once-Only-Prinzip“	287
II.	Zunehmend wirtschaftlichere Ausrichtung des Privatrechts und seiner Register	289

Einführung

A. Der Untersuchungsgegenstand im Kontext gegenwärtiger Rechtsentwicklungen

Mit der Vierten Geldwäsche-Richtlinie¹ aus dem Jahre 2015 wurden die nationalen Gesetzgeber verpflichtet, den „wirtschaftlich Berechtigten“ aller meldepflichtigen Vereinigungen und Rechtsgestaltungen in einem öffentlichen Register offenzulegen. Mit Einführung des Transparenzregisters am 1. Oktober 2017 hat der deutsche Gesetzgeber diese Vorgaben umgesetzt. Entsprechend dem mit diesen Entwicklungen verfolgten Zweck, Begünstigungs- und Verantwortungsstrukturen, die der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung dienen, aufzudecken, ging hiermit eine Registeröffentlichkeit auch einiger solcher Rechtsgestaltungen einher, deren Zweck zumindest auch darin lag, gegenüber dem Privatrechtsverkehr verborgen zu bleiben.

Dass dies möglich war, ließ sich auch darauf zurückführen, dass dem Privatregisterrecht eine ausdrückliche Offenlegung eines „wirtschaftlich Berechtigten“ bislang fremd ist. Das Privatregisterrecht ist geprägt von einem Formalismus, in dessen Zeichen zum Schutz des Privatrechtsverkehrs hierfür „gefährlichen“ Rechtsgestaltungen ein Riegel vorgeschoben wird, indem Rechte und Pflichten, die gegenüber anderen Teilnehmern² des Rechtsverkehrs gelten, an nachvollziehbare und in der Regel leicht überprüfbare Rechtspositionen geknüpft werden, deren Inhaber in dem einschlägigen Register einzutragen ist. Hierdurch werden die mit einer „bloß wirtschaftlichen“ Macht über eine Registerposition ausgestatteten Personen regelmäßig daran gehindert, mit Außenwirkung in den vom Registerrecht geprägten privaten Rechtsverkehr eintreten zu können. Gleichzeitig wird aber auch die Zuweisung ihrer Machtstellung angemessener Verpflichtungen an diese Personen erschwert. Indes bedeutet das Fehlen einer ausdrücklichen privatregisterrechtlichen Ausweisung „wirtschaftlicher Berechtigung“ nicht, dass Erscheinungsformen eines privatrechtlich angezeigten Verständnisses hiervon nicht doch vereinzelt bereits de lege lata über bestimmte Rechtsinstitute an der Privatregisteröffentlichkeit teilnehmen. Dies festzustellen, stellt einen der Schwerpunkte dieser Arbeit dar.

Überdies ist zu beachten, dass das nationale Registerrecht mittelfristig dem sogenannten „Once-Only-Prinzip“ unterliegen soll.³ Demnach sollen alle nationalen Register perspektivisch so miteinander verknüpft werden, dass die Eintragungspflichten über Informationen, die derzeit noch

¹ RL (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX%3A32015L0849>.

² In dieser Arbeit wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit das generische Maskulinum verwendet. Weibliche und diverse Geschlechteridentitäten sind hierin ausdrücklich eingeschlossen.

³ Die Ausrichtung des nationalen Registerrechts nach diesem Grundsatz kommt etwa in den jüngeren Reformen des Transparenzregisterrechts zum Ausdruck, vgl. die Stellungnahme des Bundesrats, BT-Drs. 19/28164, S. 82,

in verschiedenen Registern offengelegt werden müssen, künftig bereits durch einmalige Eintragung erfüllt sein würden. Dies wiederum soll als Vorstufe des langfristigen Ziels einer Registervernetzung auf europäischer Ebene erfolgen. Dieses Leitmotiv europarechtlichen Registerrechts wurde in der Ministererklärung über elektronische Behördendienste im Jahr 2009 ausgegeben⁴ und findet sich als Grundprinzip zum Zwecke der Effizienzsteigerung etwa auch in der Strategie für den Digitalen Binnenmarkt⁵ und in dem EU-eGovernment-Aktionsplan 2016–2020⁶ verankert.

Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, inwiefern das Privatregisterrecht für Erscheinungsformen privatrechtlicher „wirtschaftlicher Berechtigung“ weiter geöffnet werden könnte, wobei über die Registeröffentlichkeit eine unmittelbare Teilnahme der betroffenen Personen am Rechtsverkehr ermöglicht und über die Grenzen des de lege lata Zulässigen ausgestaltet werden könnte. Auch die Perspektive einer Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung „als solcher“ in Privatrechtsregistern ist zu untersuchen.

Würde es gelingen, hierbei das transparenzregisterrechtliche Verständnis von wirtschaftlicher Berechtigung zu berücksichtigen, könnte auch eine Harmonisierung von Privatregisterrecht und Transparenzregisterrecht im Umgang mit wirtschaftlicher Berechtigung erreicht werden, worin ein Beitrag an die Annäherung des „Once-Only-Prinzips“ geleistet werden könnte. Eine Orientierung an den im Transparenzregister einzutragenden wirtschaftlich Berechtigten könnte darüber hinaus den Vorteil mit sich bringen, dass einige der Personen, die nun ohnehin einer Registeröffentlichkeit durch das Transparenzregister ausgesetzt sind, womit eventuell vorhandene privatrechtliche Geheimhaltungsinteressen faktisch entfallen könnten, über das Privatregisterrecht einer ihrer Rechtsstellung angemessenen privatrechtlichen Würdigung zugeführt werden könnten.

zurückgehend auf die Empfehlung der Ausschüsse, BR-Drs. 133/1/21, S. 10. Dem beipflichtend, die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 19/30443, S. 70. Siehe auch der in diesem Sinne formulierte aber durch den Bundestag abgelehnte Entschließungsantrag 1 der Fraktion der FDP, BT-Drs. 19/30443, S. 70. Auch in dem Gesetzgebungsverfahren zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts, mit der auch die Einrichtung eines Stiftungsregisters beschlossen wurde, wurde das „Once-Only-Prinzip“ als Grundvoraussetzung nationalen Registerrechts ausgedrückt, vgl. BR-Drs. 143/1/21, S. 5 ff.

⁴ Ministererklärung zum eGovernment vom 18. November 2009, abrufbar unter: http://www.cio.bund.de/cae/servlet/contentblob/941996/publicationFile/60697/ministererklaeung_malmoe_deutsch.pdf.

⁵ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 6. Mai 2015, Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192&from=DE>, S. 19.

⁶ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 19. April 2016, EU-eGovernment-Aktionsplan 2016-2020, Beschleunigung der Digitalisierung der öffentlichen Verwaltung, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0179&from=EN>, S. 2, 7, 9.

B. Methodik

Zu untersuchen ist, ob es ein tragfähiges Verständnis von wirtschaftlicher Berechtigung gibt, das in die privatrechtlichen Wirkungen des Privatregisterrechts bereits einbezogen ist oder künftig einbezogen werden könnte.

Dabei leidet der Begriff des „wirtschaftlich Berechtigten“ unter einer terminologischen Unsicherheit, die in der Unschärfe seiner definitorischen Komposition begründet ist. Der Begriff des „Berechtigten“ ist so weit gefasst, dass hierzu jede Person gezählt werden könnte, die einen beliebigen Anspruch in beliebigem Umfang gegenüber einer beliebigen Person hat. Dass die Berechtigung „wirtschaftlich“ sein muss, grenzt den Kreis der in Betracht kommenden Personen kaum ein, da auch kein feststehendes Begriffsverständnis in rechtlicher Hinsicht dafür existiert, was unter „wirtschaftlich“ zu verstehen ist.

Ähnlich unbestimmt ist der Anwendungsbereich des Privatregisterrechts, der einer privatrechtlichen wirtschaftlichen Berechtigung offensteht. Das Privatregisterrecht ist von einer charakteristischen Vielseitigkeit geprägt. In den verschiedenen, den Privatrechtsregistern unterliegenden Teilbereichen des Rechtsverkehrs knüpft eine Eintragung an jeweils unterschiedliche Bezugsobjekte, Berechtigungsformen und Rechtsfolgen an.

In Anbetracht der terminologischen Unbestimmtheit und der Weite des potenziellen Anwendungsbereichs ist eine Eingrenzung erforderlich. Dies betrifft die möglichen Anknüpfungspunkte und Ausdrucksformen einer privatrechtlichen „wirtschaftlichen Berechtigung“ sowie die Wirkungen, die einer solchen über die verschiedenen Plattformen des Privatregisterrechts zukommen könnten.

Methodisch soll diese Eingrenzung jedoch nicht anhand starrer und womöglich voreilig formulierter Vorgaben erfolgen. Sie soll sich vielmehr aus den im Fortgang der Arbeit gewonnenen Erkenntnissen selbst ergeben. Als Ausgangs- und Ankerpunkt dient die für das Transparenzregisterrecht normierte Definition, für die möglichst abstrakte Begriffsmerkmale aufgestellt werden sollen. Dieses Begriffsverständnis wird anschließend den Anforderungen eines privatrechtlichen Verständnisses und eines privatregisterrechtlichen Bedürfnisses nach deren Offenlegung gegenübergestellt. Auf Basis der zu sammelnden Ergebnisse kann abschließend eine Wertung getroffen werden, inwiefern privatrechtliche Erscheinungsformen wirtschaftlicher Berechtigung bereits de lege lata über das Privatregisterrecht ausgewiesen werden und inwiefern de lege ferenda eine systemstimmige Einpassung in Betracht kommen könnte.

Indes würde es den Rahmen dieser Arbeit sprengen, neben den Antworten, die für das Privatregisterrecht zu suchen sind, ausführlich auf steuer-, umwandlungs- oder insolvenzrechtliche

Konstellationen und Folgefragen einzugehen. Auch das Konzernrecht als eigenständiges, in sich abgestimmtes Teilrechtsgebiet des Gesellschaftsrechts liegt grundsätzlich außerhalb dieses Untersuchungsrahmens. Hier nach dem Verständnis von wirtschaftlicher Berechtigung zu fragen, würde die Arbeit von ihrem eigentlichen Untersuchungsgegenstand entfernen.

C. Gang der Darstellung

Im Einzelnen ist die Untersuchung durch vier zentrale Fragestellungen geprägt, die in den Kapiteln dieser Arbeit Entsprechung finden.

Frage 1: Wer ist im Transparenzregisterrecht als wirtschaftlich Berechtigter zu verstehen?

Zu Beginn, in Kapitel 1, wird das dem Transparenzregisterrecht zugrunde liegende Begriffsverständnis von wirtschaftlicher Berechtigung untersucht. Hierbei wird nicht nur das herrschende Verständnis der einschlägigen Definition erläutert, sondern es werden auch Schwächen und Widersprüche aufgedeckt, die zu Unsicherheiten im Umgang mit der Bestimmung wirtschaftlicher Berechtigung im Transparenzregisterrecht führen. Die hieraus zu ziehenden Erkenntnisse sind wichtig, um eine Vorstellung davon zu eröffnen, welche Kriterien für die Annahme privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung, wenn auch in anderem Zusammenhang und mit anderer Zielsetzung, angenommen werden *könnten*. Insofern dienen sie auch als Ankerpunkt für eine Gegenüberstellung transparenzregisterrechtlicher und privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung.

Frage 2: In welchem Verhältnis steht das Transparenzregisterrecht zum Privatrecht und seinen Registern?

An Frage 1 anknüpfend wird in Kapitel 2 das bestehende Verhältnis des Transparenzregisters zum Privatrecht und dessen Registern untersucht. In diesem Zusammenhang werden die Einsichtnahme in das Transparenzregister und dessen Zweckverfolgung sowie die hinter den Eintragungen stehenden Mechanismen der Informationsgewinnung und Richtigkeitsgewähr erörtert. Auf diese Weise wird zum einen geklärt, inwiefern *de lege lata* eine über das Transparenzregisterrecht hinausgehende privatrechtliche Wirkung von der Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung ausgeht. Die Untersuchung ermöglicht aber auch eine spätere Einschätzung, welches Entwicklungspotential in diesem Sinne *de lege ferenda* bestehen könnte. Ebenso wird beleuchtet, ob Eintragungen des Privatregisterrechts umgekehrt einen Einfluss auf die Bestimmung und Meldung wirtschaftlicher Berechtigung im Transparenzregisterrecht haben und wenn ja, wie sich dieser auswirkt. Auch in dieser Hinsicht wird nicht nur die Frage einer bestehenden Verknüpfung untersucht. Wiederum soll auch das Potential einer künftigen Verknüpfung erschlossen werden.

Frage 3: In welchen Rechtsinstituten tritt eine privatrechtliche wirtschaftliche Berechtigung in Erscheinung?

Der Untersuchungsgegenstand von Kapitel 3 liegt zunächst darin, privatrechtliche Rechtspositionen und -institute auf ihre Eignung hin zu überprüfen, als Erscheinungsformen privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung an dem jeweiligen Bezugsobjekt erkannt zu werden. Die gebotene Einengung einer Begriffsentwicklung in diesem Sinne wird dabei im Lichte einer Vergleichbarkeit zu dem in Kapitel 1 erarbeiteten transparenzregisterrechtlichen Verständnis hiervon sowie dem Potential einer mit privatrechtlichen Wirkungen verbundenen privatrechtsrechtlichen Ausweisung vorgenommen. Der Schwerpunkt von Kapitel 3 wird dann darin liegen festzustellen, inwiefern in den „übrig gebliebenen“ Rechtsinstituten, tatsächlich eine für das Privatrechtsregisterrecht beachtliche wirtschaftliche Berechtigung erkannt werden kann und in welcher Hinsicht ein privatrechtliches Regelungsbedürfnis im Zusammenhang mit diesen Rechtsinstituten besteht, auf das in diesem Sinne *de lege ferenda* reagiert werden könnte.

Frage 4: Wie geht das Privatrechtsregisterrecht *de lege lata* mit wirtschaftlicher Berechtigung um und wie könnte *de lege ferenda* eine systemstimmige Einpassung in das Privatrechtsregisterrecht erfolgen?

In Kapitel 4 wird zunächst untersucht, ob und in welcher Form privatrechtliche Erscheinungsformen wirtschaftlicher Berechtigung an den privatrechtlichen Wirkungen des Privatrechtsregisterrechts teilnehmen. Für die maßgeblichen Privatrechtsregister wird anschließend erörtert, welche registerrechtlichen Mechanismen im Vergleich zum Transparenzregisterrecht jeweils vorgesehen sind, um die demgegenüber unterschiedlichen Wirkungen, die an eine Eintragung geknüpft sind, zu rechtfertigen. Hieraus können Rückschlüsse gezogen werden, inwiefern die Verschiedenartigkeit dieser Systeme einer Registerverknüpfung im Umgang mit wirtschaftlicher Berechtigung im Wege steht. Außerdem sind die Erkenntnisse relevant für die im abschließenden Abschnitt von Kapitel 4 abzugebende Einschätzung, ob *de lege ferenda* eine Erweiterung des Privatrechtsregisterrechts um eine *de lege lata* noch nicht vorgesehene Ausweisung wirtschaftlicher Berechtigung in Betracht kommen sollte. In diesem Abschnitt wird insbesondere das bevorzugte Konzept einer privatrechtsregisterrechtlich in Erscheinung tretenden wirtschaftlichen Berechtigung als Anstoß für eine künftige Rechtsfortbildung vorgestellt.

Die für die jeweiligen Abschnitte entscheidenden Erkenntnisse werden als „Brückenköpfe“ der Untersuchung in Zwischenergebnissen festgehalten und zum Abschluss dieser Arbeit in Thesenform zueinander in Beziehung gesetzt.

Kapitel 1 : Das Verständnis wirtschaftlicher Berechtigung im Transparenzregisterrecht

A. Die geldwäscherechtliche Definition wirtschaftlicher Berechtigung in § 3 GwG und deren Einbeziehung in das Transparenzregisterrecht

I. Der originäre Geltungsbereich des § 3 GwG im Rahmen der konkreten Identifizierungspflichtigen der geldwäscherechtlich Verpflichteten

Mit Einführung des Transparenzregisters zum 1. Oktober 2017 tritt erstmals eine ausdrücklich als „wirtschaftlich Berechtigte“ ausgewiesene Person registerrechtlich in Erscheinung. In § 19 Abs. 1 GwG ist vorgesehen, dass die nach § 20 Abs. 1 GwG und § 21 Abs. 1, 2 GwG Meldepflichtigen⁷ die in § 19 Abs. 1 GwG genannten Angaben zu den wirtschaftlich Berechtigten über das Transparenzregister der Öffentlichkeit zugänglich machen müssen.⁸ Gemäß § 19 Abs. 2 GwG sind für die Bestimmung der wirtschaftlich Berechtigten die Regelungen des § 3 Abs. 1 – 3 GwG entsprechend heranzuziehen.

Der originäre Geltungsbereich der in § 3 GwG vorgesehenen Definition wirtschaftlicher Berechtigung ist konkret und einzelfallbezogen. Verpflichtete im Sinne von § 2 Abs. 1 GwG⁹ haben bei der Begründung von Geschäftsbeziehungen und vor der Durchführung von Transaktionen gemäß § 11 Abs. 1 S. 1 GwG i.V.m. § 10 Abs. 3 GwG als Teil der sie nach § 10 Abs. 1

⁷ Eine Erläuterung der hier verwendeten Terminologie der *Meldepflichtigen* findet sich bei IV.

⁸ Der Gesetzgeber hat bei den Verweisen innerhalb des GwG unsauber gearbeitet. In § 19 Abs. 2 GwG wird von den meldepflichtigen Vereinigungen nach § 20 Abs. 1 S. 1 GwG sowie den Rechtsgestaltungen nach § 21 GwG gesprochen. An sich müsste § 19 Abs. 2 S. 1 GwG die Anwendung der Bestimmungen des § 3 Abs. 2 GwG auch für Vereinigungen im Sinne des § 20 Abs. 1 S. 2 GwG vorbehaltlich eines Ausschlusses nach § 20 Abs. 1 S. 3 GwG vorsehen. Der Anwendungsbereich der Meldepflichten des § 20 Abs. 1 S. 1 GwG wurde erst im Zuge der Fünften EU-Geldwäscherichtlinie, siehe Fußnote 20, im Sinne des § 20 Abs. 1 S. 2, 3 GwG erweitert. Vgl. hierzu, C. I. 4. Eine entsprechende Änderung fand auch im Rahmen des § 21 GwG statt, siehe D. I. 2. Angesichts der in § 20 Abs. 1 S. 2 GwG vorgesehenen Anwendbarkeit der in § 20 Abs. 1 S. 1 GwG enthaltenen Bestimmungen (§ 20 Abs. 1 S. 3 GwG stellt hierfür eine Rückausnahme dar), wäre es grundsätzlich nicht falsch von den Vereinigungen nach § 20 Abs. 1 S. 1 GwG zu sprechen. Diese Wertung muss jedoch in Anbetracht der Systematik des § 21 GwG in Zweifel gezogen werden. Die dort geregelten meldepflichtigen Vereinigungen werden lediglich in § 21 Abs. 1 und 2 GwG bestimmt. § 19 Abs. 2 S. 2 GwG verweist allerdings schlicht auf „Rechtsgestaltungen nach § 21 GwG“. Insofern fallen die Verweise in § 19 Abs. 2 S. 1 GwG und § 19 Abs. 2 S. 2 GwG sehr unterschiedlich weit aus. In dieser Arbeit wird einheitlich von meldepflichtigen Vereinigungen nach § 20 Abs. 1 GwG und Rechtsgestaltungen nach § 21 Abs. 1, 2 GwG gesprochen, sollten im konkreten Zusammenhang nicht spezifischere Verweisungen angezeigt sein. Dabei wäre der Verweis auf § 20 Abs. 1 GwG eigentlich auf § 20 Abs. 1 S. 1 – 3 GwG zu beschränken. Da ein derartiger Verweis soweit ersichtlich allerdings nicht verwendet wird und die Verweisketten des GwG bereits umständlich genug sind, wird auf diese Einschränkung der Übersichtlichkeit halber verzichtet.

⁹ Dies sind in erster Linie Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute, wobei der Kreis der Verpflichteten in der Norm enumerativ exakt angegeben wird. Damit können auch mit bestimmten Finanz- oder Immobilientransaktionen betraute Personen unter den Begriff der Verpflichteten fallen, wie etwa Rechtsanwälte, Patentanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Dienstleister für Gesellschaften und Treuhandvermögen, Immobilienmakler, Veranstalter und Vermittler von Glücksspielen sowie Güterhändler.

GwG treffenden Sorgfaltspflicht neben der Identität ihrer Vertragspartner und der gegebenenfalls für diese auftretenden Personen auch festzustellen, wer als wirtschaftlich Berechtigter des Vertragspartners anzusehen ist. Anwendungsfälle und Umfang der Identifizierungspflicht sind in §§ 11 Abs. 5, 12 Abs. 3, 4 GwG i.V.m. § 10 Abs. 1 Nr. 2 GwG geregelt. Der Vertragspartner hat nach Maßgabe des § 11 Abs. 6 GwG an der Erfüllung dieser Sorgfaltspflichten mitzuwirken, indem die für die Ermittlung notwendigen Informationen und Unterlagen zur Verfügung gestellt werden und die sich im Laufe der Geschäftsbeziehung ergebenden Änderungen unverzüglich gegenüber den Verpflichteten angezeigt werden.

Zwar wird dem „neuen“ Anwendungsbereich des § 3 Abs. 1 Nr. 1 GwG innerhalb des Transparenzregisterrechts mittlerweile dadurch Rechnung getragen, dass nicht länger die wirtschaftliche Berechtigung an dem im Einzelfall vorhandenen Vertragspartner bestimmt wird, sondern an der juristischen Person, sonstigen Gesellschaft oder Rechtsgestaltung im Sinne der § 3 Abs. 3 GwG. Die historisch einzelfallbezogene Ausrichtung des § 3 GwG offenbart sich gleichwohl noch immer in der Norm, was für seine „entsprechende“ Anwendung im Rahmen des § 19 Abs. 2 GwG zu berücksichtigen ist.¹⁰

II. Überblick über die Bestimmungen des § 3 GwG

§ 3 Abs. 1 GwG definiert den wirtschaftlich Berechtigten im Sinne des GwG als die natürliche Person, in deren Eigentum oder unter deren Kontrolle die juristische Person, sonstige Gesellschaft oder Rechtsgestaltung im Sinne des § 3 Abs. 3 GwG letztlich steht, oder die natürliche Person, auf deren Veranlassung eine Transaktion letztlich durchgeführt oder eine Geschäftsbeziehung letztlich begründet wird. Darauf aufbauend werden in den § 3 Abs. 2 – 4 regelbeispielhaft („insbesondere“)¹¹ Personen genannt, bei denen von dem Vorliegen der in § 3 Abs. 1 GwG beschriebenen Kriterien wirtschaftlicher Berechtigung ausgegangen werden kann. Da § 3 Abs. 4 GwG nicht über § 19 Abs. 2 GwG in die transparenzregisterrechtliche Bestimmung wirtschaftlicher Berechtigung miteinbezogen wird, ist das dort enthaltene Regelbeispiel des Veranlassers für diese Arbeit irrelevant.¹²

Systematisch beschreibt der Gesetzgeber in § 3 Abs. 2 GwG die Kontrollausübung über juristische Personen außer rechtsfähigen Stiftungen und sonstige Gesellschaften, um anschließend

¹⁰ Vgl. Korte, in: BeckOK, GwG, § 19 Rn. 20 ff.; Schaub, DStR 2017, 1438 (1439); Kraus, CCZ 2017, 98 (99).

¹¹ In den Auslegungshinweisen der BaFin, Stand Oktober 2021, abrufbar unter: https://www.bafin.de/Shared-Docs/Downloads/DE/Auslegungsentscheidung/dl_ae_auas_gw_aenderungsfassung.html, wird in überzeugender Diktion von „Konkretisierungsbeispielen“ gesprochen, S. 44; ähnlich: Bayer, in: BeckOK, GwG, § 3 Rn. 52 („konkretisierende Regelbeispiele“).

¹² Zu der Problematik, wie angesichts dessen mit der in § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GwG geregelten, durch Veranlassung begründeten wirtschaftlichen Berechtigung im Zusammenhang mit dem Transparenzregister umzugehen ist, vgl. die Ausführungen bei B. II. 2.

in § 3 Abs. 3 GwG die Sonderfälle der rechtsfähigen Stiftungen und treuhänderisch vermögensverwaltenden Rechtsgestaltungen abzudecken, auf die die in § 3 Abs. 2 GwG vorgesehenen Tatbestandsmerkmale nicht passen. Da es sich hierbei um die Definition in § 3 Abs. 1 GwG konkretisierende Beispielsfälle handelt, ist bei der Untersuchung der in § 3 Abs. 2, 3 GwG vorgesehenen Voraussetzungen stets zu beachten, dass die fehlende Subsumtionsmöglichkeit einer Konstellation unter diese Voraussetzungen nicht bedeuten muss, dass nicht dennoch von einer wirtschaftlichen Berechtigung im Sinne von § 3 Abs. 1 GwG ausgegangen werden kann. Nur § 3 Abs. 1 GwG enthält den maßgeblichen Tatbestand für wirtschaftliche Berechtigung in geldwäscherechtlicher und damit über § 19 Abs. 2 GwG auch in transparenzregisterrechtlicher Hinsicht.

III. Teleologische und historische Hintergründe der Definition wirtschaftlicher Berechtigung im GwG

Eine verlässliche Identifizierung des wirtschaftlich Berechtigten im Einzelfall sicherzustellen, ist Ausdruck des gesetzgeberischen Willens, Strohmanggeschäften entgegenwirken und denjenigen sichtbar machen, in dessen wirtschaftlichem oder rechtlichem Interesse eine Transaktion erfolgt¹³, sowie die Erfassung derjenigen natürlichen Person zu gewährleisten, die auf die Kundenbeziehung zum Verpflichteten einwirken kann.¹⁴

Mit der in dem Geldwäscherichtlinien-Umsetzungsgesetz vom 26. Juni 2017¹⁵ beschlossenen Verpflichtung zur Offenlegung wirtschaftlicher Berechtigungen an den meldepflichtigen Vereinigungen und Rechtsgestaltungen im Transparenzregister führte der Gesetzgeber diese Zweckverfolgung fort. Dabei liegen dem gesteigerten Bedürfnis effektiver Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung europarechtliche Vorgaben zugrunde. So dient das Geldwäscherichtlinien-Umsetzungsgesetz der Umsetzung der Vierten Geldwäsche-Richtlinie der EU aus 2015¹⁶, die nach der stetigen Aufdeckung hunderttausender anonymer Briefkastenfirmen, gipfelnd in der Enthüllung der Panama Papers, Ausdruck eines effektiveren Vorgehens gegen Geldwäsche sein soll.¹⁷ Die Richtlinie wiederum basiert auf den Vorgaben der sogenannten FATF Recommendations.¹⁸ Die nationalen Regelungen sollen dabei nur eine Vorstufe für

¹³ BT-Drs. 16/9038, S. 30.

¹⁴ BT-Drs. 18/11555, S. 108.

¹⁵ Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen vom 23. Juni 2017, abrufbar unter: https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl117s1822.pdf%27%5D__1618389346199.

¹⁶ RL (EU) 2015/849, siehe Fußnote 1.

¹⁷ BT-Drs. 18/11555, S. 1.

¹⁸ Internationale Standards zur Bekämpfung von Geldwäsche, Terrorismus- und Proliferationsfinanzierung (International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation), FATF-Empfehlungen, Februar 2012, abrufbar unter: <https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/EN/Be->

eine mittelfristig weitere internationale Vernetzung der Transparenzpflichten darstellen, vgl. § 26 GwG.¹⁹ Zum 1. Januar 2020 wurden die transparenzregisterrechtlichen Vorschriften in Umsetzung der Fünften EU-Geldwäscherichtlinie²⁰ durch den nationalen Gesetzgeber angepasst.²¹ Weitere Änderungen erfolgten durch das Transparenzregister- und Finanzinformationsgesetz vom 25. Juni 2021²² zum 1. August 2021 sowie durch das Zweite Sanktionsdurchsetzungsgesetz vom 19. Dezember 2022 zum 28. Dezember 2022.²³

Diese Zweckverfolgung des Transparenzregisters und insbesondere ihr europarechtlicher Hintergrund sind bei der Auslegung des 3 Abs. 1 – 3 GwG im Rahmen des § 19 Abs. 2 GwG stets zu berücksichtigen.²⁴

IV. Die in dieser Arbeit verwendete Terminologie der verschiedenen transparenzregisterrechtlichen Mitteilungspflichten und durch sie verpflichteten Adressaten

Das Transparenzregisterrecht adressiert die im Außenverhältnis bestehenden Meldepflichten wirtschaftlicher Berechtigung auf der einen Seite für Vereinigungen im Sinne von § 20 Abs. 1 GwG, auf der anderen Seite für Rechtsgestaltungen im Sinne von § 21 Abs. 1, 2 GwG. Im Hinblick auf die entsprechende Anwendung der in § 3 Abs. 2 beziehungsweise Abs. 3 GwG vorgesehenen Konkretisierungen wirtschaftlicher Berechtigung in § 19 Abs. 2 GwG wird diese Unterscheidung nicht gespiegelt. Für die zu den Vereinigungen im Sinne des § 20 Abs. 1 S. 1 GwG zählenden rechtsfähigen Stiftungen sollen, anders als für die übrigen Vereinigungen im Sinne des § 19 Abs. 2 S. 1 GwG, nicht die Bestimmungen des § 3 Abs. 2 GwG, sondern die des § 3 Abs. 3 GwG für die Ermittlung der im Transparenzregister anzumeldenden wirtschaftlich

richt/dl_fatf_recommendations_2012_gw_en.html;jsessionid=F4CF1EE0EA36A683FBAD307C909FB4AD.1_cid500?nn=7845818; ausdrücklicher Verweis bei: RL (EU) 2015/849 (Vierte EU-Geldwäscherichtlinie), siehe Fußnote 1, Erwägungsgrund (3).

¹⁹ *Friese/Brehm*, GWR 2017, 271 (271).

²⁰ Richtlinie (EU) 2018/843 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2018 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der Richtlinien 2009/138/EG und 2013/36/EU, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L0843&from=DE>. Im Folgenden: Fünfte EU-Geldwäscherichtlinie.

²¹ Gesetz zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur Vierten EU-Geldwäscherichtlinie vom 12. Dezember 2019, abrufbar unter:

https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/19_Legislaturperiode/2019-12-19-Gesetz-4-EU-Geldwaescherichtlinie/3-Verkuendetes-Gesetz.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

²² Gesetz zur europäischen Vernetzung der Transparenzregister und zur Umsetzung der Richtlinie 2019/1153 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Nutzung von Finanzinformationen für die Bekämpfung von Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung und sonstigen schweren Straftaten, abrufbar unter: [https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=/*\[@attr_id=%27bgbl121s2083.pdf%27\]#__bgbl__%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl121s2083.pdf%27%5D__1628663633152](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=/*[@attr_id=%27bgbl121s2083.pdf%27]#__bgbl__%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl121s2083.pdf%27%5D__1628663633152)

²³ Zweites Gesetz zur effektiveren Durchsetzung von Sanktionen, abrufbar unter: https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#__bgbl__%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl122s2606.pdf%27%5D__1679576522834.

²⁴ *Bayer*, in: BeckOK, GwG, § 3 Rn. 14.

Berechtigten herangezogen werden. Gemäß § 19 Abs. 2 S. 1 GwG gilt § 3 Abs. 3 GwG daneben entsprechend für die in § 21 Abs. 1, 2 GwG bezeichneten Rechtsgestaltungen.

Um eine von den Differenzierungen der §§ 20 Abs. 1, 21 Abs. 1, 2 GwG unabhängige Bezeichnung aller adressierten Vereinigungen und Rechtsgestaltungen zu gewährleisten, wird deshalb im Zusammenhang mit der Verweisungsnorm des § 19 Abs. 2 GwG die Verwendung eines Oberbegriffs erforderlich. Hierfür wird in dieser Arbeit der Begriff der *Meldepflichtigen* gewählt.²⁵ Dabei wird nicht übersehen, dass auch dieser Begriff seine Schwächen hat. So sind die Meldepflichten in Bezug auf die von § 21 Abs. 1, 2 GwG bestimmten Rechtsgestaltungen nicht an die Rechtsgestaltungen selbst, sondern an deren Verwalter adressiert.²⁶ Mangels Rechts- und damit Handlungsfähigkeit dieser Rechtsgestaltungen nach deutschem Recht, wäre eine andere gesetzgeberische Lösung auch nicht möglich gewesen. Meldepflichtig im Sinne des § 21 Abs. 1, 2 GwGs sind demnach eigentlich die Verwalter und nicht die Rechtsgestaltungen, an denen die wirtschaftlich Berechtigten im Transparenzregister anzumelden sind. In Ermangelung einer eleganteren Lösung²⁷, wird es gleichwohl für ausreichend erachtet, den Leser an dieser Stelle auf diese Ungenauigkeit hinzuweisen und an dem Begriff der Meldepflichtigen als Oberbegriff aller Vereinigungen und Rechtsgestaltungen festzuhalten, an denen eine wirtschaftliche Berechtigung im Transparenzregister offenzulegen ist.

In Abgrenzung zu der im Innenverhältnis bestehenden *Angabepflicht* der wirtschaftlich Berechtigten selbst, die im Rahmen des § 20 Abs. 3 GwG besteht²⁸, wird die Pflicht zur Mitteilung der Informationen über die wirtschaftlich Berechtigten gegenüber der registerführenden Stelle durch die Meldepflichtigen gemäß §§ 20 Abs. 1 GwG, 21 Abs. 1 – 2 GwG i.V.m. 19 Abs. 1 GwG als *Meldepflicht* bezeichnet. Die Terminologie der Angabepflicht entspricht der in § 20 Abs. 4 GwG vorgesehenen Bezeichnung.²⁹ Darüber hinaus kennt das Transparenzregisterrecht spezielle *Auskunfts-* und *Erkundigungspflichten*, die den innerhalb einer Vereinigung erfolgenden Prozess der Informationsgewinnung über die wirtschaftliche Berechtigung betreffen, und die als solche auch bezeichnet werden.³⁰ Wird demgegenüber auf alle transparenzregisterrechtlichen Mitteilungspflichten im Ganzen eingegangen, was auch spezielle Mitteilungspflichten

²⁵ Ebenso Kaetzler, in: Zentes/Glaab, GwG, z.B. § 3 Rn. 108.

²⁶ Hierzu, siehe noch die Ausführungen in Kapitel 2 C. I. 3.

²⁷ Der Gesetzgeber spricht mitunter von „mitteilungspflichtigen Rechtseinheiten“, vgl. BT-Drs. 19/30443, S. 36. Auch durch eine in diesem Sinne gewählte Terminologie könnte jedoch die beschriebene Schwäche, dass die Rechtsgestaltungen im Sinne des § 21 Abs. 1, 2 GwG nicht selbst (dann als Rechtseinheit) meldepflichtig sind, überwunden werden.

²⁸ Hierzu, siehe die Ausführungen in Kapitel 2 C. I. 2.

²⁹ Wie hier auch Rieg, BB 2017, 2310 (2311).

³⁰ Vgl. hierzu noch Kapitel 2 C. I. 1.

wie die nach § 23a Abs. 1 GwG mit einschließt³¹, wird in dieser Arbeit der Begriff der *Mitteilungspflichten* verwendet.

B. Der über § 19 Abs. 2 GwG anzuwendende Tatbestand wirtschaftlicher Berechtigung des § 3 Abs. 1 GwG

I. Die „Person“ im Sinne von § 3 Abs. 1 GwG

Dem eindeutigen Wortlaut des § 3 Abs. 1 GwG zufolge können nur natürliche Personen wirtschaftlich Berechtigte sein.³² Hierfür sprechen auch teleologische Gründe. Das Geldwäschegesetz verfolgt das Ziel, gerade die *endgültigen* Profiteure und wirtschaftlichen „Strippenzieher“ einer Transaktion nachzuvollziehen. In seiner abstrakteren Anwendung im Transparenzregisterrecht, sollen über § 3 Abs. 1 GwG diejenigen Individuen erkannt werden, die *letztlich* wirtschaftlich hinter dem Meldepflichtigen stehen und von geldwäsche- oder terrorismusfördernden Geschäften profitieren könnten. Deshalb ist nachvollziehbar, dass juristische Personen, in Abkehr von einer älteren Gesetzeslage³³, keine wirtschaftlich Berechtigten sein können.

Aus § 23 Abs. 2 Nr. 2 GwG, wonach die Einsichtnahme in das Transparenzregister bei einer wirtschaftlichen Berechtigung von Minderjährigen oder Geschäftsunfähigen beschränkt werden kann³⁴, ergibt sich, dass Anforderungen an die Geschäftsfähigkeit des wirtschaftlich Berechtigten nicht zu stellen sind.

Es ist möglich, dass mehrere Personen als wirtschaftlich berechtigt im Sinne von § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GwG an einem Meldepflichtigen anzusehen sind.³⁵ Zwar lässt der singuläre Wortlaut der Norm Zweifel an dieser Auffassung zu. Sowohl die Vierte Geldwäsche-Richtlinie³⁶ als auch die dieser zugrunde liegenden FATF Recommendations³⁷, gehen jedoch von der Möglichkeit mehrerer wirtschaftlich Berechtigter aus. Dieses Verständnis entspricht auch der Ratio der Norm. Eine Personenmehrheit bedeutet nicht, dass hinter einer Person noch andere berechtigt sind (die dann womöglich selbst statt dieser wirtschaftlich Berechtigte sind), sondern nur, dass es neben ihr noch andere gibt. Jede einzelne dieser Personen ist in diesem Fall in Ansehung ihrer die wirtschaftliche Berechtigung begründenden Stellung die für den Staat und die Öffentlichkeit in Anwendung der transparenzregisterrechtlichen Meldepflichten interessante Person.

³¹ Hierzu, vgl. Kapitel 2 C. II. 2.

³² *Figura*, in: Herzog, GwG, § 3 Rn. 9; *Heß/Laschewski*, DStR 2019, 2151 (2151); *Bayer*, in: BeckOK, GwG, § 3 Rn. 26. Zu der Ausnahmekonstellation des § 3 Abs. 3 Nr. 4 GwG, siehe bei D. III. 2. e).

³³ *Ackmann/Reder*, WM 2009, 158 (162).

³⁴ Hierzu, vgl. die Ausführungen in Kapitel 2 B. I. 3.

³⁵ *Figura*, in: Herzog, GwG, § 3 Rn. 9; *Bayer*, in: BeckOK, GwG, § 3 Rn. 30.

³⁶ RL (EU) 2015/849, Fußnote 1, Art. 3 Nr. 6 lit. a (i).

³⁷ Siehe Fußnote 18, S. 62 („*beneficial owners*“).

Betrachtet man den § 3 Abs. 1 GwG isoliert, also unabhängig von § 19 Abs. 2 GwG, ergibt sich zwar Abweichendes für den Veranlasser, der begrifflich³⁸ und teleologisch³⁹ nur als Einzelperson verstanden werden darf. Der Fall der wirtschaftlichen Berechtigung durch Veranlassung ist für das registerrechtliche Verständnis von § 3 Abs. 1 GwG i.V.m. § 19 Abs. 2 GwG jedoch zu vernachlässigen⁴⁰, weshalb es bei dem oben dargelegten pluralistischen Verständnis wirtschaftlicher Berechtigung im transparenzregisterrechtlichen Kontext bleibt.

Darüber wird in § 3 Abs. 1 GwG nicht nach der Nationalität differenziert, weshalb auch ausländische natürliche Personen unter den Tatbestand der Norm fallen können.⁴¹

II. Eigentum, Kontrolle und Veranlassung

1. Eigentum als Unterfall von Kontrolle

Wirtschaftliche Berechtigung kann dem Wortlaut der Norm nach auf drei unterschiedlichen Wegen begründet werden: Die juristische Person, Gesellschaft oder Rechtsgestaltung im Sinne des § 3 Abs. 3 GwG steht (1.) im Eigentum eines anderen, wird (2.) von diesem kontrolliert oder (3.) von ihr zu der maßgeblichen Handlung veranlasst.⁴²

Bereits die Systematik von § 3 Abs. 1 GwG legt nahe, dass Eigentum und Kontrolle eigentlich zusammenzufassen sind, sind diese Konstellationen doch in § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GwG gemeinsam geregelt, wohingegen die Veranlassung separat in § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GwG aufgenommen ist. Dabei folgt aus der Systematik des § 3 GwG, dass Eigentum einen Unterfall einer insoweit maßgeblichen Kontrolle durch den wirtschaftlich Berechtigten bildet:

Für juristische Personen und Personengesellschaften sieht § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GwG, von den Ausnahmen nach § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GwG abgesehen⁴³, vor, dass eine Anteilseignerschaft von über 25 % als Ausdruck der in dem Mitgliedschaftsrecht enthaltenen Eigentumsposition an der Vereinigung⁴⁴, zu wirtschaftlicher Berechtigung führt. Indem der Gesetzgeber anschließend

³⁸ Es ist nur schwer vorstellbar, wie eine Person von mehreren Veranlassern zu einem Handeln im Sinne der Norm bewegt werden kann. Der Veranlasser ist der Initiator einer Entscheidung oder einer Aktion. Initiative kann immer nur von einer Person ausgehen. Indem die *letztliche* Veranlassung ausschlaggebend sein soll, werden diejenigen Personen als Veranlasser ausgeschlossen, die einen nicht ausschlaggebenden Beitrag zu der Handlungsentscheidung gegeben haben.

³⁹ Die Erfassung einer Vielzahl von Personen liefe dem Ziel der Schaffung von Transparenz zwischen Vermögenswerten und natürlichen Personen zuwider, da die Offenlegung der tatsächlich hinter den Vermögenswerten stehenden Personen durch den bewussten Einsatz einer Vielzahl von Veranlassern verwässert werden könnte. So auch *Bayer*, in: BeckOK, GwG, § 3 Rn. 36.

⁴⁰ Dazu sogleich bei II. 2.

⁴¹ *Friese/Brehm*, GWR 2017, 271 (271); *Weiske/Mocker*, GWR 2017, 445 (446).

⁴² Offenbar Eigentum, Kontrolle, Veranlassung als drei unterschiedliche Begründungsansätze wirtschaftlicher Berechtigung verstehend: *Kaetzler*, in: Zentes/Glaab, GwG, § 3 Rn. 32, 43 ff.: drei „*ausschlaggebende Kriterien*“ beziehungsweise „*Fallgruppen*“.

⁴³ Zu der systematischen Einordnung des § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GwG, siehe die Ausführungen bei C. I. 3. a) aa).

⁴⁴ Vgl. *Krais*, CCZ 2017, 98 (102).

in den Regelbeispielen der § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, Nr. 3, S. 2 – 4 GwG festschreibt, dass für die Annahme wirtschaftlicher Berechtigung eine Kapitalbeteiligung von mindestens 25 % an der juristischen Person beziehungsweise der Gesellschaft nicht zwingend erforderlich ist, wenn auf andere Weise, etwa durch Stimmrechtskontrolle oder beherrschenden Einfluss im Sinne von § 290 Abs. 2 – 4 HGB, vergleichbare Kontrollmöglichkeiten bestehen, wie es das Eigentum gewährt, bringt er zum Ausdruck, dass Eigentum oberhalb der 25%-Schwelle immer auch Kontrolle begründet.⁴⁵

Zwar handelt es sich bei § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GwG nur um ein Regelbeispiel, womit im Einzelfall auch Eigentum unterhalb der darin festgeschriebenen Schwelle wirtschaftliche Berechtigung an einer Vereinigung im Sinne von § 3 Abs. 2 GwG zu begründen vermag. Dennoch kann der gesetzgeberische Wille, der in einem Regelbeispiel zum Ausdruck kommt, auch Rückschlüsse auf die Auslegung des Tatbestands zulassen, den das Regelbeispiel konkretisieren soll. Zweifel an dieser Wertung ergeben sich auch nicht daraus, dass § 3 Abs. 2 GwG nicht für alle Konstellationen einer über Eigentum begründeten wirtschaftlichen Berechtigung einschlägig ist. Denn in den fraglichen Konstellationen einer durch Eigentum begründeten wirtschaftlichen Berechtigung an einem Einzelunternehmen oder an einer Wohnungseigentümergeinschaft besteht mangels Adressierung über §§ 20 Abs. 1 GwG, 21 Abs. 1 – 2 GwG i.V.m. 19 Abs. 1 GwG keine Meldepflicht gegenüber dem Transparenzregister.

Unabhängig davon ist jedenfalls für die transparenzregisterrechtliche Anwendung des § 3 Abs. 1 GwG im Rahmen des § 19 Abs. 2 GwG Eigentum insofern ein Unterfall von Kontrolle.

2. Keine Begründung wirtschaftlicher Berechtigung im Sinne des Transparenzregisters durch Veranlassung

Richtigerweise muss der Auffangtatbestand⁴⁶ des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GwG für die Beurteilung einer abstrakt-generell vorliegenden wirtschaftlichen Berechtigung, die in dem Transparenzregister auszuweisen ist, außer Betracht bleiben. Dem Begriffsverständnis des nach, ist der Veranlasser der Initiator einer Entscheidung oder einer Aktion. Im Zusammenschau mit § 3 Abs. 4 GwG wollte der Gesetzgeber durch die Aufnahme des Tatbestands der durch Veranlassung begründeten wirtschaftlichen Berechtigung in § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GwG diejenigen Fälle abdecken, in denen mangels Dauerhaftigkeit einer Geschäftsbeziehung zwar keine Kontrolle der juristischen Person, sonstigen Gesellschaft oder Rechtsgestaltung im Sinne des § 3 Abs. 3 GwG

⁴⁵ Wie hier ausgehend von einem Verständnis von Kontrolle durch Eigentum: *Krais*, CCZ 2017, 98 (102, 103); *Bayer*, in: BeckOK, GwG, § 3 Rn. 35; *Korte*, in: BeckOK, GwG, 7. Edition, § 19 Rn. 18.

⁴⁶ *Kaetzler*, in: Zentes/Glaab, GwG, § 3 Rn. 41.

nach § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GwG vorliegen kann, diese jedoch bei der konkreten maßgeblichen Handlung dennoch wirtschaftlich betrachtet für einen anderen agiert.⁴⁷

Bereits der fehlende Verweis in § 19 Abs. 2 GwG auf § 3 Abs. 4 GwG deutet darauf hin, dass der Veranlasser keine registerliche Relevanz besitzt. Zwar liefert § 3 Abs. 4 GwG in Gestalt eines Anwendungsfalles nur die Konkretisierung des Tatbestands des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GwG, der von dem Verweis in § 19 Abs. 2 GwG eingeschlossen ist, und der fehlende Verweis auf ein Regelbeispiel ist selbstverständlich nicht in der Lage, den Tatbestand, auf den es sich bezieht, zu ändern. Indes ist auch § 3 Abs. 1 GwG gemäß § 19 Abs. 2 GwG nur *entsprechend* anzuwenden. Entgegen einer Meinung in der Literatur⁴⁸ besitzt dieser *entsprechende* Verweis auch einen Geltungsgehalt, was sich in diesem Zusammenhang offenbart.⁴⁹ Es ist kein Fall denkbar, in dem wirtschaftlich Berechtigte an den gegenüber dem Transparenzregister meldepflichtigen Vereinigungen und Rechtsgestaltungen nach § 20 Abs. 1 GwG und § 21 Abs. 1, 2 GwG vorhanden sind, deren abstrakte wirtschaftliche Berechtigung sich lediglich aus Veranlassung und nicht auch aus Kontrolle im Sinne von § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GwG begründet.⁵⁰

3. Zwischenergebnis

Im Ergebnis kommt es für die Ermittlung meldepflichtiger wirtschaftlicher Berechtigung gemäß im Sinne von § 19 Abs. 2 GwG i.V.m. § 3 Abs. 1 – 3 GwG entscheidend auf die Auslegung des Kontrollbegriffs an. Eigentum ist als ein Unterfall der Kontrollbegründung anzusehen, wohingegen die Veranlassung nach § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GwG im Transparenzregisterrecht gänzlich außer Betracht bleiben. Der Kontrollbegriff selbst wird in § 3 GwG indes nicht durch harte Tatbestandsmerkmale konkretisiert. Vielmehr ist in § 3 Abs. 2 und 3 GwG eine Vielzahl von Regelbeispielen vorgesehen, in denen Kontrolle des jeweils von § 19 Abs. 1 GwG i.V.m. §§ 20 Abs. 1, 21 Abs. 1, 2 GwG adressierten Meldepflichtigen vorliegen soll. Damit eine Konturierung des Kontrollbegriffs gelingen kann, muss insofern nach den verschiedenen Meldepflichtigen unterschieden werden.

⁴⁷ BT-Drs. 17/6804, S. 25.

⁴⁸ Walter/Becker, in: Zentes/Glaab, GwG, § 19 Rn. 22.

⁴⁹ Vgl. BT-Drs. 18/11555, S. 126. Dogmatisch überzeugend könnte sich die lediglich *entsprechende* Anwendung der § 3 Abs. 1 – 3 GwG auch auf die Anwendbarkeit der Fiktionsregelung des § 3 Abs. 2 S. 5 GwG im Transparenzregisterrecht auswirken. Indessen stünde eine solche Auslegung dem Willen des EU-Gesetzgebers entgegen, womit sie nicht haltbar ist, vgl. C. V. 2.

⁵⁰ Korte, in: BeckOK, GwG, § 19 Rn. 21.

C. Die Bestimmung wirtschaftlicher Berechtigung an Vereinigungen im Sinne von § 20

Abs. 1 GwG⁵¹ mit Ausnahme der rechtsfähigen Stiftung in Anwendung des § 3 Abs. 2 GwG über § 19 Abs. 2 S. 1 GwG

I. Die über den Verweis des § 19 Abs. 2 S. 1 GwG in die Bestimmungen des § 3 Abs. 2 GwG einbezogenen Meldepflichtigen

1. Die Anwendung der Bestimmungen des § 19 Abs. 2 S. 1 GwG auf juristische Personen des Privatrechts und eingetragene Personengesellschaften

Neben der für sämtliche Meldepflichtigen entsprechend anzuwendenden Tatbestandsbestimmung des § 3 Abs. 1 GwG sind gemäß § 19 Abs. 1 S. 1 GwG für Vereinigungen im Sinne von § 20 Abs. 1 GwG mit Ausnahme der rechtsfähigen Stiftung die in § 3 Abs. 2 GwG enthaltenen Regelbeispiele entsprechend anzuwenden.⁵² Den Besonderheiten der rechtsfähigen Stiftungen in Wesen und Struktur, die eigenständige Regelungen erforderlich machen, wird durch den Verweis in § 19 Abs. 2 S. 2 GwG auf § 3 Abs. 3 GwG entsprochen.⁵³ Dies entspricht der Ausklammerung der rechtsfähigen Stiftung in § 3 Abs. 2 GwG von den darin enthaltenen konkretisierenden Feststellungen. Davon abgesehen adressiert § 20 Abs. 1 S. 1 GwG sämtliche juristische Personen des Privatrechts sowie eingetragene Personengesellschaften.

2. Die Auswirkung einer mehrheitlichen Beteiligung des Staates auf wirtschaftliche Berechtigung im Sinne des Transparenzregisterrechts

§ 3 Abs. 2 GwG enthält im Gegensatz zu § 20 Abs. 1 S. 1 GwG keine Beschränkung auf juristische Personen *des Privatrechts*. Da § 3 Abs. 2 GwG jedoch nur im Rahmen der Verweisungsnorm des § 19 Abs. 2 S. 1 GwG im Transparenzregisterrecht zur Anwendung gelangt, trifft juristische Personen des öffentlichen Rechts unabhängig von den Bestimmungen des § 3 Abs. 2 GwG keine Meldepflicht zum Transparenzregister. Die Verwaltungspraxis der BaFin erweitert dies lediglich auf sich vollständig in staatlicher Hand befindliche privatrechtliche Vereinigungen.⁵⁴

⁵¹ Warum der in § 19 Abs. 2 S. 1 GwG enthaltene Verweis § 20 Abs. 1 S. 1 GwG unsauber ist und im Allgemeinen von Vereinigungen im Sinne von § 20 Abs. 1 GwG zu sprechen ist, wird in Fußnote 8 erläutert.

⁵² Kein Regelbeispiel, sondern eine Einschränkung der Reichweite der Rechtsfigur des wirtschaftlich Berechtigten nach § 3 Abs. 1 GwG, enthält § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GwG, vgl. *Frey*, in BeckOK, GwG, § 3 Rn. 40. Dass hierauf nicht stets hingewiesen wird, dient der Übersichtlichkeit. Zu § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GwG, siehe sogleich bei 3.

⁵³ Dazu, vgl. die Ausführungen bei D. I. 1., III.

⁵⁴ Vgl. Auslegungshinweisen der BaFin, siehe Fußnote 11, S. 44; *Rieg*, BB 2017, 2310 (2311)

Indes entspricht es dem Sinn und Zweck der an die wirtschaftliche Berechtigung geknüpften Meldepflicht im Sinne der §§ 18 ff. GwG, weitergehend auch solche privatrechtlichen Vereinigungen von den Konkretisierungen des § 3 Abs. 2 GwG auszunehmen, die sich *mehrheitlich* in den Händen des Staats befinden. Zum einen dürfte das Missbrauchs- und Verschleierungsrisiko in derartigen Vereinigungen in Ansehung des Gesetzeszwecks der Geldwäsche- und Terrorismusbekämpfung gegen Null gehen.⁵⁵ Zum anderen wäre es unsinnig, den Staat als primären Empfänger der nach §§ 20 Abs. 1 GwG, 21 Abs. 1 – 2 GwG i.V.m. 19 Abs. 1 GwG mitzuteilenden Informationen gleichzeitig auch als Verpflichteten i.S. dieser Norm auszugeben.⁵⁶ Die offenzulegenden Informationen sind bei diesen Vereinigungen zudem für den Staat ohnehin zugänglich, ohne dass das Transparenzregister als Informationsquelle benötigt wird.⁵⁷

Unabhängig davon, wie der Gesetzgeber auf die vom EuGH für rechtswidrig erkannte Öffnung des jeweiligen „nationalen Transparenzregisters“⁵⁸ für jedermann reagiert, ändert auch die zwischenzeitlich geschaffene und derzeit noch in § 23 Abs. 1 Nr. 3 GwG normierte allgemeine Einsichtnahmemöglichkeit zu den Informationen des Transparenzregisters nichts an dieser Wertung. Die in diesem Sinne erfolgte Öffnung des Transparenzregisters trug nicht einem schützenswerten Interesse von Privatpersonen an Einsichtnahme in die Informationen über die Beteiligungs- und Berechtigungsverhältnisse der Meldepflichtigen Rechnung, das auch gegenüber mehrheitlich in staatlicher Hand befindlicher Vereinigungen zu verteidigen wäre. Vielmehr sollte der Öffentlichkeit in diesem Zusammenhang die Rolle einer zusätzlichen Kontrollinstanz zukommen.⁵⁹ Dieser Kontrolle bedurfte es bei solchen Vereinigungen allerdings niemals. Damit führt privates Eigentum an einer mehrheitlich vom Staat gehaltenen Vereinigung richtigerweise auch dann nicht zu einer meldepflichtigen wirtschaftlichen Berechtigung nach § 19 Abs. 2 GwG i.V.m. § 3 Abs. 1 GwG, wenn es den Schwellenwert des § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GwG überschreitet.

⁵⁵ Frey, in BeckOK, GwG, § 3 Rn. 37.

⁵⁶ Nach den Auslegungshinweisen der BaFin, siehe Fußnote 11, entfällt eine Meldepflicht regelmäßig nur für ihrer Natur nach öffentlich-rechtliche Vereinigungen und private Vereinigungen, die sich vollständig in staatlicher Hand befinden, S. 44; ebenso Rieg, BB 2017, 2310 (2311). Zu dem Informationssystem in Bezug auf die im Transparenzregister anzumeldenden Tatsachen und dem Zugang hierzu, siehe die Darstellungen in Kapitel 2 C. I.

⁵⁷ Frey, in BeckOK, GwG, § 3 Rn. 37 f., 43.

⁵⁸ Vgl. hierzu die Ausführungen in Kapitel 2 B. I. 2.

⁵⁹ Siehe hierzu noch die Ausführungen in Kapitel 2 B. I. 2. a), II. 1. b).

3. Die transparenzregisterrechtliche Relevanz wirtschaftlicher Berechtigung börsennotierten Gesellschaften

a) Systematische, historische und teleologische Erwägungen gegen eine meldepflichtige wirtschaftliche Berechtigung an börsennotierten Gesellschaften

aa) § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GwG als Einschränkung des Tatbestands nach § 3 Abs. 1 GwG

§ 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GwG schließt börsennotierte Gesellschaften, deren Wertpapiere zum Handel an einem organisierten Markt im Sinne von § 2 Abs. 11 WpHG oder einem organisierten Markt zugelassen sind, der dem Gemeinschaftsrecht entsprechende Transparenzanforderungen im Hinblick auf Stimmrechtsanteile oder gleichwertige internationalen Standards vorsieht, aus dem Anwendungsbereich der Norm aus. Somit enthält § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GwG kein Regelbeispiel, sondern eine Einschränkung der Reichweite des Tatbestands wirtschaftlicher Berechtigung nach § 3 Abs. 1 GwG.⁶⁰ Der Grund für diese Einschränkung liegt darin, dass die Transparenzanforderungen, die an derartige Gesellschaften gestellt werden, bereits derart hoch sind, dass sich eine Identifizierung des wirtschaftlich Berechtigten und eine darauf abzielende Pflicht des Verpflichteten nach §§ 11 Abs. 5, 12 Abs. 3, 4 GwG i.V.m. § 10 Abs. 1 Nr. 2 GwG erübrigen.⁶¹ Welche konkreten Transparenzpflichten bestehen, hängt dabei davon ab, an welcher Börse die Gesellschaft notiert ist.⁶² Ist die Gesellschaft an einem organisierten Markt im Sinne des § 2 Abs. 11 WpHG notiert, gelten die Transparenzpflichten der §§ 33 ff. WpHG.⁶³

bb) Das Verhältnis von § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GwG zu § 20 Abs. 2 S. 2 GwG a.F.

Vor der zum 1. August 2021 umgesetzten Reform des Geldwäscherechts bestand in § 20 Abs. 2 S. 2 GwG a.F. eine unwiderlegliche Vermutung, dass eine für derartige Gesellschaften bestehende Meldepflicht nach 20 Abs. 1 GwG i.V.m. § 19 Abs. 1 GwG als erfüllt galt.⁶⁴ Da § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GwG aber in seiner originären konkreten Anwendung bereits zum Ausdruck bringt, dass an derartigen Gesellschaften gar keine wirtschaftliche Berechtigung im Sinne des § 3 Abs. 2 GwG besteht, musste § 20 Abs. 2 S. 2 GwG a.F. lediglich als Klarstellung verstanden werden, dass darüber hinaus kein wirtschaftlich Berechtigter gegenüber dem Transparenzregister gemeldet werden muss. Diese Klarstellung konnte damit plausibilisiert werden, dass § 20 Abs. 1

⁶⁰ Frey, in BeckOK, GwG, § 3 Rn. 40; Kaetzler, in: Zentes/Glaab, GwG, § 3 Rn. 55 ff.

⁶¹ Kaetzler, in: Zentes/Glaab, GwG, § 3 Rn. 57; vgl. auch Kraus, CCZ, 2017, 98 (99).

⁶² Vgl. die Auflistung der organisierten Märkte mit entsprechendem Transparenzstandard bei Kaetzler, in: Zentes/Glaab, GwG, § 3 Rn. 57 ff.

⁶³ Vgl. Ott/Goette, NZG 2022, 248 (250).

⁶⁴ Dazu siehe die Ausführungen in Kapitel 2 D. I. 3.

GwG den Kreis meldepflichtiger Vereinigungen im Grundsatz selbst bestimmt und ein Ausschluss über § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GwG nicht ins Auge sprang.

cc) Die Beurteilung der Streichung des § 20 Abs. 2 S. 2 GwG a.F. in diesem Zusammenhang Dieses Verständnis zugrunde legend wäre der Aufgabe der Meldefiktion des § 20 Abs. 2 S. 2 GwG a.F. für die Beurteilung der Meldepflicht börsennotierter Gesellschaften eigentlich keine eigenständige Bedeutung beizumessen. Etwas anderes hätte zweifellos gegolten, hätte die Reform des Geldwäscherechts auch zu einer Streichung des § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GwG geführt, wie in dem Regierungsentwurf ursprünglich vorgesehen.⁶⁵ Auch die Entwurfsbegründung war in dieser Hinsicht unmissverständlich.⁶⁶

Allerdings wurde in der Entwurfsbegründung ein Verständnis von § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GwG zugrunde gelegt, das nicht dem beschriebenen herrschenden Verständnis der Norm entsprach. Indem ausgeführt wurde, dass „*wirtschaftlich Berechtigte bei börsennotierten Gesellschaften nur nach der allgemeinen Regelung des Absatz 1 zu bestimmen waren*“⁶⁷, kam zum Ausdruck, dass der Entwurfsausarbeitung die irrige Auffassung zugrunde lag, § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GwG enthalte keine Einschränkung der Reichweite des Tatbestands wirtschaftlicher Berechtigung nach § 3 Abs. 1 GwG, sondern eine Ausklammerung aus dem Geltungsbereich der nachfolgend in § 3 Abs. 2 GwG beschriebenen Regelbeispiele.

Letztlich blieb es auf Antrag der Koalitionsfraktionen von CDU/CSU und SPD aber bei der Bestimmung des § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GwG in seiner ursprünglichen Fassung. Begründet wurde dies damit, dass entsprechend Art. 3 Abs. 6 lit. a) (i) der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie⁶⁸ wirtschaftliche Berechtigung nicht an einer derartigen dem Gemeinschaftsrecht unterliegenden Gesellschaft bestehen solle, womit die in § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GwG vorgesehene Ausnahmeregel in Einklang mit den europarechtlichen Vorgaben stehe und der Änderungsbefehl an den nationalen Gesetzgeber im Hinblick hierauf deshalb aufzugeben sei.⁶⁹

Diese Entwicklung müsste eigentlich so verstanden werden, dass, abweichend von dem dem vorangegangenen Regierungsentwurf zugrunde liegenden Verständnis, der Gesetzgeber die Bestimmung des § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GwG entsprechend der hier vertretenen Auslegung versteht: In börsennotierten Gesellschaften im Sinne des § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GwG ist die Bestimmung wirtschaftlich Berechtigter angesichts der bestehenden börsenrechtlichen Transparenzpflichten im Transparenzregisterrecht nicht erforderlich. Dass § 20 Abs. 2 Hs. 2 GwG a.F. aufgehoben

⁶⁵ BT-Drs. 19/28164, S. 42.

⁶⁶ BT-Drs. 19/28164, S. 49 f.

⁶⁷ BT-Drs. 19/28164, S. 42.

⁶⁸ RL (EU) 2015/849, siehe Fußnote 1.

⁶⁹ BT-Drs. 19/30443, S. 73.

wurde, würde insofern lediglich ausdrücken, dass der Gesetzgeber erkannt hat, dass ein zusätzlicher Ausschluss der Meldepflicht im Transparenzregisterrecht, niemals erforderlich war.⁷⁰

So ist auch die Stellungnahme der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zu dem letztlich beschlossenen Gesetzentwurf zu verstehen. Hier heißt es in Bezug auf die mit der Streichung der Meldefiktion des § 20 Abs. 2 GwG a.F. einhergehende vollumfängliche Meldepflicht (fast) aller Rechtseinheiten in Deutschland: „Dass mit dem Änderungsantrag Nr. 3 der Koalitionsfraktionen ausgerechnet börsennotierte Gesellschaften, anders als noch im Referentenentwurf [sic] vorgeschlagen worden sei, jetzt ausgenommen werden sollten, sei vor diesem Hintergrund nicht nachvollziehbar.“⁷¹ Diese Kritik wäre unverständlich, wenn mit dem Antrag der Koalitionsfraktionen, von einer Änderung des § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GwG abzusehen, nur bezweckt worden wäre, für börsennotierte Gesellschaften nicht die Regelbeispiele des § 3 Abs. 2 GwG anzuwenden, ansonsten aber eine vollumfängliche Teilnahme an den transparenzregisterrechtlichen Meldepflichten vorgesehen sein sollte.

b) Das zu einer Meldepflicht börsennotierter Gesellschaften führende Dilemma im Umgang mit ihren Tochtergesellschaften

Die geltende Praxis geht diesen Erwägungen zum Trotz gleichwohl davon aus, dass infolge der Streichung des § 20 Abs. 2 S. 2 GwG a.F. nunmehr auch börsennotierte Gesellschaften im Sinne des § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GwG wirtschaftliche Berechtigung gegenüber dem Transparenzregister melden müssen.⁷² Dabei hat das Bundesverwaltungsamt (BVA) die h.L. hinter sich, die zur Begründung zentral auf den mit Transparenzregister- und Finanzinformationsgesetz vom 25. Juni 2021 geschaffenen Charakter des Transparenzregisters als Vollregister verweist und anführt, dass börsennotierte Gesellschaften schon von Beginn an zu dem Kreis der Meldepflichtigen gehört hätten, den das Transparenzregisterrecht in den §§ 18 ff. GwG selbst bestimmt.⁷³

Selbstverständlich wäre hierin allein kein Hindernis dafür zu erkennen, Abweichendes zu vertreten. Denn, wie aufgezeigt wurde, würde § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GwG systematisch eigentlich dazu führen, dass an börsennotierten Gesellschaften keine wirtschaftliche Berechtigung im Sinne des § 3 Abs. 1 GwG vorliegen kann, die gemeldet werden könnte, obwohl sie zu dem

⁷⁰ Im Sinne der hier vorgebrachten Argumentation weiterhin gegen eine Meldepflicht börsennotierter Gesellschaften eintretend: *John*, NZG 2021, 957 (958 f.).

⁷¹ BT-Drs. 19/30443, S. 70.

⁷² Ohne Erläuterungen: BVA, Transparenzregister Fragen und Antworten zum Geldwäschegesetz (GwG), abrufbar unter: https://www.bva.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aufgaben/ZMV/Transparenzregister/Transparenzregister_FAQ.pdf?jsessionid=48FC13F3D50C3F1CEFD20A263A8C4C83.intranet252?__blob=publication-File&v=36, S. 4.

⁷³ *Kaetzler*, in: Zentes/Glaab, GwG, § 3 Rn. 57; *Ott/Goette*, NZG 2022, 248 (249 f.); *Krais*, CCZ 2021, 284 (286).

Kreis der Meldepflichtigen gehören. Die Anwendungsanweisungen des BVA als Exekutivorgan steht der Richtigkeit eines gegenläufigen Rechtsverständnis von vornherein nicht im Wege. Bei einer näheren Auseinandersetzung mit den Änderungen, die der Reformgesetzgeber zum 1. August 2021 im Geldwäscherecht eingeführt hat, ergibt sich allerdings, dass sich das wahre Dilemma nicht aus der Streichung des § 20 Abs. 2 S. 2 GwG a.F., sondern aus der Aufhebung der Meldefiktion des § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. ergibt. Denn dem Telos des § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GwG entsprechend muss der Ausschluss aus dem Kreis der Meldepflichtigen eigentlich auch für die nicht börsennotierten Tochtergesellschaften der börsennotierten Muttergesellschaften gelten, sofern es aufgrund der hinreichend überwiegenden Kontrolle der Muttergesellschaft neben den diese kontrollierenden natürlichen Personen keine weiteren geben kann, die eine zu wirtschaftlicher Berechtigung führende Kontrolle über die Tochtergesellschaft ausüben können.⁷⁴ Ansonsten verlagerte sich die nicht bestehende Meldepflicht der Muttergesellschaft auf die Ebene der Tochtergesellschaft.

Durch den Wegfall der Meldefiktion des § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. ist allerdings keine Bestimmung mehr vorhanden, die vorsieht, dass sich die Beteiligungsstruktur bis hin zu der Muttergesellschaft aus den Dokumenten und Eintragungen nach § 22 Abs. 1 GwG ergibt. Für einen Einsichtnehmenden wäre insofern nicht nachvollziehbar, woraus sich eine fehlende Meldung wirtschaftlicher Berechtigung der nicht börsennotierten Tochtergesellschaft ergibt.

Zwar könnte die Wertung vertreten werden, aus diesem Grund allein eine Meldepflicht der Tochtergesellschaft anzunehmen. Dies könnte systematisch damit rechtfertigt werden, dass diese von der Ausnahmebestimmung des § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GwG auch nicht adressiert ist. Indes würde es hierdurch faktisch zu der beschriebenen Verlagerung der Meldepflicht wirtschaftlicher Berechtigung der Muttergesellschaft auf die Ebene der Tochtergesellschaft kommen. Da eine solche mittelbare Einbeziehung börsennotierter Gesellschaften in die Pflicht, wirtschaftliche Berechtigung zu ermitteln und im Transparenzregister offenzulegen, ebenso in Widerspruch zu den angeführten systematischen, historischen und teleologischen Erwägungen stünde, die gegen eine unmittelbare Meldepflicht sprechen, ist im Sinne der Übersichtlichkeit des Transparenzregisters eine Meldepflicht wirtschaftlicher Berechtigung der börsennotierten Gesellschaft selbst vorzugswürdig. Für die Feststellung wirtschaftlicher Berechtigung ist dann ausschließlich § 3 Abs. 1 GwG maßgeblich. An den Bedenken, die gegen ein solch eingeschränktes Verständnis des § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GwG sprechen, wird indes ausdrücklich festgehalten.

⁷⁴ Auslegungshinweise BaFin, siehe Fußnote 11, S. 40; Bayer, in: BeckOK, GwG, § 3 Rn. 50.

4. Die Voraussetzung der Eintragung für eine transparenzregisterrechtliche wirtschaftliche Berechtigung an Personengesellschaften

Darüber hinaus muss § 3 Abs. 2 GwG in seiner transparenzregisterrechtlichen Anwendung dahingehend eingeschränkt werden, dass er sich nur auf *eingetragene* Personengesellschaften bezieht. Dies folgt aus § 20 Abs. 1 S. 1 GwG, der den Kreis der meldepflichtigen Vereinigungen vorgibt, auf den sich die Verweisungsnorm des § 19 Abs. 2 S. 1 GwG bezieht.

Für das Kriterium der Eintragung ist grundsätzlich erforderlich, dass die Vereinigung den Satzungssitz in Deutschland hat.

Eine Ausnahmeregelung sieht § 20 Abs. 1 S. 2, 3 GwG vor für „Vereinigungen mit Sitz im Ausland, wenn sie Eigentum an einer im Inland gelegenen Immobilie halten oder sich verpflichten, solches Eigentum zu erwerben, wenn Anteile im Sinne des § 1 Abs. 3 des Grunderwerbssteuergesetzes (GrEStG) sich bei ihr vereinigen oder auf sie übergehen, oder wenn sie im Sinne des § 1 Abs. 3a GrEStG aufgrund eines Rechtsvorgangs eine wirtschaftliche Beteiligung innehaben“, sofern sie die Angaben nach Art. 1 Nr. 15 lit. c der RL (EU) 2018/843 (Fünfte EU-Geldwäscherichtlinie)⁷⁵ und nach § 19 Abs. 1 GwG nicht bereits an ein anderes Register eines Mitgliedstaates der Europäischen Union übermittelt haben. Der Zweck dieser Weiterung der Meldepflichten liegt darin, dem dem Immobilienmarkt immanenten Geldwäscherisiko zu begegnen, das angesichts der Vielzahl an rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten zur Verschleierung der Mittelherkunft besteht und die dortigen Geldflüsse auch dann offen zu legen, wenn sie aus dem Ausland stammen.⁷⁶ Durch die zum 1. August 2021 vorgenommene Änderung der Norm sollte sichergestellt werden, dass die Transparenzpflichten sich auch auf den Erwerb einer Immobilie mittels Anteilserwerbs erstrecken.⁷⁷ Für den weiteren Verlauf dieser Arbeit kommt dieser Ausnahmekonstellation jedoch keine Bedeutung zu.

Ein Verwaltungssitz in Deutschland ist im Rahmen des § 20 Abs. 1 GwG nicht ausreichend.⁷⁸

5. Zwischenergebnis

§ 19 Abs. 2 S. 1 GwG i.V.m. § 3 Abs. 1, 2 GwG regelt Vorliegen und Bestimmung wirtschaftlicher Berechtigung an mehrheitlich in privater Hand befindlichen juristischen Personen des Privatrechts mit Ausnahme der rechtsfähigen Stiftung und der nach den Kriterien des § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 GwG notierten Gesellschaften sowie auf Personengesellschaften, die ihren Satzungssitz in Deutschland haben. Konkret bezieht sich § 19 Abs. 2 S. 1 GwG damit auf die OHG,

⁷⁵ Siehe Fußnote 20.

⁷⁶ Vgl. BT-Drs. 19/13827, S. 132.

⁷⁷ BT-Drs. 19/28164, S. 48 f.

⁷⁸ *Bochmann*, DB 2017, 1310 (1312); *Rieg*, BB 2017, 2310 (2311); *Korte*, in: BeckOK, GwG, § 20 Rn. 8.

die KG (inkl. GmbH § Co. KG), die GmbH, die AG, SE (mit Sitz in Deutschland) und KGaA, aller dogmatischer Bedenken zum Trotz auch, wenn diese börsennotiert sind⁷⁹, sowie den e.V., die eG und seit Einführung des GbR-Gesellschaftsregisters auch die eingetragene GbR. Zudem ist die Ausnahmeregelung für die Einbeziehung ausländischer Gesellschaften des § 20 Abs. 2 S. 2, 3 GwG zu beachten.

II. Die erforderliche Grundlage von Kontrolle im Sinne von § 3 Abs. 1, 2 GwG im Rahmen des § 19 Abs. 2 S. 1 GwG

1. Das teilweise vertretene formale Verständnis von Kontrolle und die Forderung nach einer gesellschaftsrechtlichen Grundlage

Wesentlich für das Verständnis von wirtschaftlicher Berechtigung im Sinne des Transparenzregisters ist die Beantwortung der Frage, auf welche Weise Kontrolle im Sinne von § 3 Abs. 1 GwG im Rahmen des § 19 Abs. 2 GwG begründet werden kann.

Verbreitet wird gefordert, dass Kontrolle im Sinne von § 3 Abs. 1, 2 GwG immer zumindest organschaftlich begründet sein muss.⁸⁰ Der Verweis in § 3 Abs. 2 S. 4 GwG auf die §§ 290 Abs. 2 – 4 HGB, in denen das Vorliegen eines konzernrechtlich beherrschenden Einflusses konkretisiert wird, indiziere die Erforderlichkeit einer gesellschaftsrechtlichen Weisungsbefugnis, um von einem beherrschenden Einfluss auf die Vereinigung, der gemäß § 3 Abs. 2 S. 3 GwG zu Kontrolle im Sinne von § 3 Abs. 1 GwG führt, sprechen zu können.⁸¹ Eine bloß schuldrechtlich begründete Kontrollmöglichkeit der Vereinigung sei demnach nicht ausreichend. Zwar wird eingeräumt, dass § 3 Abs. 3 GwG Sonderregeln für Rechtsgestaltungen treffe, bei denen ausnahmsweise auch bloß schuldrechtliche Beziehungen eine wirtschaftliche Berechtigung zu begründen vermögen. Dies solle jedoch angesichts des Sondercharakters des § 3 Abs. 3 GwG im Verhältnis zu § 3 Abs. 2 GwG nicht zu einem generell weiten Kontrollverständnis im Sinne von § 3 Abs. 1 GwG führen. Stattdessen werde hierdurch die grundsätzliche Erforderlichkeit gesellschaftsrechtlichen Einflusses außerhalb des Geltungsbereichs des § 3 Abs. 3 GwG unterstrichen. Die fehlende Möglichkeit gesellschaftsrechtlichen Einflusses auf die in § 3 Abs. 3 GwG genannten Rechtsgestaltungen⁸² habe eine Ausnahmeregelung erfordert, die jedoch in

⁷⁹ Siehe hierzu bei 3.

⁸⁰ *Pelka/Hettler/Weinhausen*, DStR 2018, 1303 (1304 ff.); *Kotzenberg/Lorenz*, NJW 2017, 2433 (2435); vgl. auch *Bochmann*, DB 2017, 1310 (1316), wonach bei einer als Treuhänder fungierenden Vereinigung zwar durchaus wirtschaftliche Berechtigung der treugebenden natürlichen Person nach § 3 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GwG vorliegen können soll. Da zuvor (aaO. 1315) deklariert wird, dass rein schuldrechtliche mittelbare Kontrollbegründung nicht möglich sei, geht *Bochmann* in einem solchen Fall augenscheinlich von unmittelbarer Kontrolle durch Eigentum aus, womit jedoch die fehlende rechtliche Inhaberschaft der im Sinne von § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GwG in Bezug genommenen Anteile ignoriert wird.

⁸¹ *Pelka/Hettler/Weinhausen*, DStR 2018, 1303 (1304 f.); *Bochmann*, DB 2017, 1310 (1314 f.).

⁸² So die h.M. in Bezug auf die Rechtsnatur der Treuhand, vgl. hierzu die Darstellungen in Kapitel 3 B. II. 2.

ihrem Regelungsbereich abschließenden Charakter habe. Ist demnach eine gesellschaftsrechtliche Kontrolle der Vereinigung möglich, sei die wirtschaftliche Berechtigung ausschließlich nach § 3 Abs. 2 GwG zu bewerten, worin keine Anzeichen enthalten seien, dass auch bloß schuldrechtliche Bindungen ausreichend sein sollen.⁸³ Auch die Systematik der Norm lege dieses Verständnis nahe. So werde neben Eigentum und der ebenfalls zwingend gesellschaftsrechtlich ausgestalteten Stimmrechtskontrolle in § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 2 GwG, in § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GwG eine zu diesen Formen *vergleichbare* Kontrollmöglichkeit gefordert.⁸⁴

2. Rein schuldrechtliche Begründung von Kontrolle

Dieser Auffassung ist insoweit zuzustimmen, als sich aus § 3 Abs. 2 S. 4 GwG ergibt, dass *beherrschender Einfluss* nach § 3 Abs. 2 S. 3 GwG einen konzernrechtlichen Begriffsverständnis zugrunde liegt.⁸⁵ Allerdings ist zu beachten, dass ein nach Maßgabe des § 3 Abs. 2 S. 4 GwG i.V.m. § 290 Abs. 2 – 4 HGB bestehender beherrschender Einfluss gemäß § 3 Abs. 2 S. 3 GwG nur *insbesondere* Kontrolle im Sinne des § 3 Abs. 1 GwG zu begründen vermag. Kontrolle außerhalb einer solchen Beherrschungsmöglichkeit wird damit nicht ausgeschlossen.⁸⁶ In diesem Sinne gehen andere Stimmen in der Literatur davon aus, dass Kontrolle in dem Anwendungsbereich des § 19 Abs. 2 S. 1 GwG i.V.m. § 3 Abs. 2 GwG auch schuldrechtlich begründet werden kann.⁸⁷

Zur Begründung wird außerdem teilweise auf den offenen Wortlaut verwiesen, der ein solch weites Verständnis ohne Weiteres zulasse.⁸⁸ Dem ist nicht nur zuzustimmen, sondern darüber hinaus festzustellen, dass ein formales Kontrollverständnis dem Wortsinn einer *wirtschaftlichen* Berechtigung für deren Begründung sie wesentlich sein soll, zuwiderlaufen würde.

Außerdem erfordert der vom europäischen Gesetzgeber vorgegebene Zweck der Meldepflicht eine möglichst umfangreiche Erfassung verschiedenster Varianten von Kontrollausübung. Die Vierte EU-Geldwäscherichtlinie schreibt vor, dass die Erfassung der wirtschaftlich Berechtigten möglichst umfangreich sein soll.⁸⁹ Dabei bezieht sie sich sogar ausdrücklich auf das der „Bilanzrichtlinie“ zugrunde liegende Kontrollverständnis,⁹⁰ der zufolge die zu konsolidierten

⁸³ Pelka/Hettler/Weinhausen, DStR 2018, 1303 (1305).

⁸⁴ Vgl. insoweit Blaurock/Pordzik, NZG 2019, 413 (414).

⁸⁵ BT-Drs. 18/11555, S. 109.

⁸⁶ So auch Fisch, NZG 2017, 408 (409), wonach es für das Vorliegen von Kontrolle nicht auf das Kriterium der Beherrschung ankomme.

⁸⁷ Blaurock/Pordzik, NZG 2019, 413 (413); Friese/Brehm, GWR 2017, 271 (273); zust. Korte, in: BeckOK, GwG, § 19 Rn. 17a; nicht festgelegt: Rieg, BB 2017, 2310 (2319 f.).

⁸⁸ Blaurock/Pordzik, NZG 2019, 413 (414).

⁸⁹ RL (EU) 2015/849, siehe Fußnote 1, Erwägungsgrund (12).

⁹⁰ RL (EU) 2015/849, siehe Fußnote 1, Art. 3 Nr. 6 lit. a (i).

Abschlusspflichten führende Kontrolle eines Mutterunternehmens über ein Tochterunternehmen auch ohne gesellschaftsrechtliche Grundlage und sogar rein faktisch begründet werden kann.⁹¹

Zudem ist nicht ersichtlich, dass hinsichtlich der erforderlichen Grundlage für die Kontrollausübung tatsächlich zwischen Vereinigungen nach § 20 Abs. 1 GwG und Rechtsgestaltungen nach § 21 Abs. 1, 2 GwG unterschieden werden soll. So stellt auch die Gesetzesbegründung zwar die Verschiedenheit von Trust und rechtsfähiger Stiftung gegenüber lediglich auf schuldrechtlichen Vereinbarungen beruhenden nichtrechtsfähigen Stiftungen fest⁹², zieht daraus jedoch nicht den Schluss, dass nur für letztere ausnahmsweise bloß schuldrechtliche Kontrolle ausreichend sei.⁹³ Es leuchtet nicht ein, warum für die ebenfalls organschaftlich organisierte rechtsfähige Stiftung in Anwendung des § 3 Abs. 3 GwG demnach schuldrechtliche Beziehungen für die Kontrollbegründung ausreichend sein sollen, während in den übrigen von § 19 Abs. 2 S. 1 GwG umfassten Vereinigungen Kontrolle im Sinne des § 3 Abs. 1, 2 GwG zwingend zumindest auf eine organschaftliche Grundlage zurückzuführen sein müsse.

Dass eine weite Auslegung des Kontrollbegriffs im Sinne von § 3 Abs. 1 GwG zumindest im Rahmen des § 19 Abs. 2 GwG geboten ist, legt auch § 19 Abs. 3 Nr. 1 lit. b GwG nahe. Darin heißt es, dass die Art der Kontrollausübung auch aus einer Absprache zwischen einem Dritten und einem Anteilseigner folgen könne. Damit werden die Fälle abgedeckt, in denen gesellschaftsrechtlich vermittelte Kontrolle nach § 19 Abs. 3 Nr. 1 lit. a GwG nicht vorliegt.⁹⁴

3. Rein faktische Begründung von Kontrolle

§ 19 Abs. 3 Nr. 1 lit. b GwG könnte aber auf eine fehlende Möglichkeit *rein faktischer* Kontrolle hinweisen.⁹⁵ Eine Absprache liegt bei faktischer Kontrollbegründung, bei der es an jeder vereinbarten Grundlage fehlt, nicht vor. Indes spricht § 19 Abs. 3 Nr. 1 lit. b GwG wiederum nur von einer *insbesondere* durch Absprache begründeten sonstigen Kontrollmöglichkeit und lässt somit Raum für andere Wege, sonstige Kontrolle (im Sinne von § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GwG) zu

⁹¹ RL 2013/34/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der RL 2006/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates, Erwägungsgrund (31) zu Art. 22 Abs. 1 - 5.

⁹² Zu Natur und Wesen nichtrechtsfähiger Stiftungen, siehe D. I. 3. a).

⁹³ BT-Drs. 18/11555, S. 131.

⁹⁴ Blaurock/Pordzik, NZG 2019, 413 (414); Schaub, DSStR 2017, 1438 (1439).

⁹⁵ Kotzenberg/Lorenz, NJW 2017, 2433 (2435); Schaub, DSStR 2017, 1438 (1439), argumentierend gegen die Anwendbarkeit der Meldepflichten auf Familiengesellschaften. Demnach sei zudem die ansonsten bestehende Rechtsunsicherheit vor dem Hintergrund der Bußgeldbewährtheit von Verletzungen der Meldepflichten nach § 56 Abs. 1 Nr. 53 lit. d GwG untragbar.

begründen. Die Unbestimmtheit des Kontrollbegriffs in § 3 Abs. 1 GwG ließe ein solches Verständnis dem Wortlaut nach zu und auch die angeführten teleologischen Erwägungen zugunsten eines weiten Begriffsverständnisses können in diesem Sinne angeführt werden.⁹⁶

Zuletzt ist auch und gerade vor dem Hintergrund ansonsten denkbarer Umgehungsmöglichkeiten ein weites Verständnis von Kontrolle im Sinne von § 3 Abs. 1 GwG und den Möglichkeiten, sie zu begründen angezeigt. Ein formales Kontrollverständnis würde dazu führen, dass gerade diejenigen Personen intransparent blieben, die ihren Einfluss oder ihre wirtschaftliche Teilhabe an dem Meldepflichtigen nicht über formale Rechtspositionen ausdrücken. Ein hierin zum Ausdruck kommendes Geheimhaltungsinteresse der Berechtigten soll das Transparenzregister für die bezweckte Transparenzsteigerung aber gerade unbeachtet lassen. Die Schaffung solcher Rechtsbeziehungen könnte insofern sogar attraktiver werden, ließe sich hiermit eine Meldepflicht umgehen. Dies würde den Anspruch des Transparenzregisters, eine von der formalen Berechtigung zu unterscheidende *wirtschaftliche* Berechtigung an den Meldepflichtigen auszuweisen, konterkarieren.

4. Zwischenergebnis

Damit kann im Ergebnis wirtschaftliche Berechtigung an den von § 19 Abs. 2 S. 1 GwG genannten Meldepflichtigen bestehen, ohne dass an formalen Kriterien orientierte Anforderungen an die Grundlage der Kontrollbegründung zu stellen sind. Nur dieses Verständnis wird der zweckorientierten Ausrichtung der Meldepflicht im Sinne von § 20 Abs. 1 GwG gerecht. Bei der Feststellung wirtschaftlicher Berechtigung steht im Vordergrund, wer die Geschicke der betroffenen Vereinigungen *letztlich* lenkt oder wirtschaftlich *letztlich* von ihr profitiert. Die Form der Begründung ist in diesem Zusammenhang nur unwesentliche Vorfrage, die allenfalls helfen kann, die Bestimmung durch Kategorisierung und Fallgruppenbildung zu erleichtern.⁹⁷

III. Die Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Kontrolle nach § 3 Abs. 2 GwG im Rahmen des § 19 Abs. 2 S. 1 GwG

Gemäß § 3 Abs. 2 GwG kann wirtschaftliche Berechtigung durch unmittelbare aber auch durch mittelbare Kontrollausübung auf die Vereinigung begründet werden. Unmittelbare Kontrolle liegt im Grundsatz vor, wenn die natürliche Person an der Vereinigung gemäß § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GwG mit mehr als 25 % beteiligt ist.⁹⁸

⁹⁶ *Fisch*, NZG 2017, 408 (409); *Blaurock/Pordzik*, NZG 2019, 413 (414); diff.: *Figura*, in: Herzog, GwG, § 3 Rn. 11, 13.

⁹⁷ Dies entspricht den Erwägungen des Gesetzgebers, vgl. BT-Drs. 18/11555, S. 108.

⁹⁸ Zu der Einschränkung bei mehrheitlicher Beteiligung des Staates an der Vereinigung, vgl. I. 2.

Mittelbare Kontrolle im Sinne von § 3 Abs. 2 S. 2, 3 GwG zeichnet sich demgegenüber durch mehrstufige Beteiligungsstrukturen aus. Wirtschaftlich berechtigt an einem Meldepflichtigen im Sinne von § 19 Abs. 2 S. 1 GwG ist in dem Fall mittelbarer Kontrolle die natürliche Person, die einen beherrschenden Einfluss auf die zwischengeschaltete Vereinigung ausübt.

In Anwendung des Regelbeispiels nach § 3 Abs. 2 S. 2 GwG muss die zwischengeschaltete Vereinigung, Vereinigung im Sinne von § 20 Abs. 1 GwG sein. § 3 Abs. 2 S. 2 GwG hat dabei, als Regelbeispiel zu § 3 Abs. 1 GwG ohnehin, im Besonderen ausgedrückt durch das Wort „insbesondere“, einen nicht abschließenden Charakter. Auch die Zwischenschaltung anderer Organisationsformen vermag im Einzelfall mittelbare Kontrolle der an dieser Organisation beteiligten natürlichen Personen an der Ausgangsvereinigung zu begründen. So kann etwa auch über eine Außen-GbR als Anteilsinhaber eine mittelbare Kontrolle von an der Außen-GbR beteiligten natürlichen Personen gegenüber der Ausgangsvereinigung bestehen. Auch eine ausländische Gesellschaft kann als Anteilseignerin eines Meldepflichtigen wirtschaftliche Berechtigung einer natürlichen Person im Sinne des § 3 Abs. 2 GwG mitteln.⁹⁹ Bloß schuldrechtlich wirkende Vereinbarungen zwischen Beteiligten an der Ausgangsvereinigung (z.B. Unterpoolsvereinbarungen, die als Innen-GbR zu qualifizieren sind) vermögen jedoch nicht die für die Mittelbarkeit der Kontrolle erforderliche Mehrstufigkeit zu begründen.¹⁰⁰

Für die Beurteilung des beherrschenden Einflusses sind ausweislich des § 3 Abs. 2 S. 4 GwG die konzernrechtlichen Regelungen des § 290 Abs. 2 – 4 HGB entsprechend heranzuziehen. Demnach indiziert das Halten von mehr als 50 % der Kapital-, oder Stimmrechtsanteile eine beherrschende Stellung.¹⁰¹

Richtigerweise kommt zwar nicht nur dann mittelbare Kontrolle in Betracht, wenn beherrschender Einfluss vorliegt.¹⁰² In Bezug auf Kontrolle, die allein durch die Anteilsinhaberschaft an einer zwischengeschalteten Rechtsperson vermittelt wird, ist allerdings der Wille des Gesetzgebers zu respektieren, eine mehrheitliche Beteiligung nach dem Vorbild des § 290 Abs. 2 – 4 HGB zu fordern. Somit kann in mehrstufigen Beteiligungsstrukturen ab der zweiten Stufe eine Inhaberschaft von Anteilen, Stimm- oder Bestimmungsrechten unterhalb von 50 % nicht zu einer wirtschaftlichen Berechtigung an der Ausgangsvereinigung beziehungsweise -rechtsgestaltung führen. Etwas anderes gilt nur, wenn im Einzelfall zusätzliche faktische oder vertrag-

⁹⁹ Vgl. hierzu *Assmann/Hütten*, AG 2017, 449 (454); *Rieg*, BB 2017, 2310 (2311).

¹⁰⁰ Vgl. hierzu auch die in Kapitel 2 C. I. 2. b) bb) beschriebene Konstellation im Rahmen der Bestimmung des Anwendungsbereichs des § 20 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 GwG (beziehungsweise § 20 Abs. 3 S. 5 GwG a.F.).

¹⁰¹ So bereits DK, Auslegungs- und Anwendungshinweise der DK zur Verhinderung von Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung und „sonstigen strafbaren Handlungen vom 1. Februar 2014, abrufbar unter: https://bankenverband.de/media/uploads/2017/09/13/files-dk-hinweisestand_februar2014.pdf, Tz. 27.

¹⁰² Siehe II. 2.

liche Sonderbeziehungen vorliegen, die eine andere Beurteilung rechtfertigen. Über die Zwischenschaltung einer Vereinigung und Aufteilung der an dieser bestehenden Geschäftsanteile könnte eine meldepflichtige wirtschaftliche Berechtigung an der Ausgangsvereinigung insofern umgangen werden, worin ein gewisses Missbrauchsrisiko liegt.¹⁰³ Denn wenn hierüber eine wirtschaftliche Berechtigung an der zwischengeschalteten Vereinigung selbst besteht, die an das Transparenzregister gemeldet werden muss. Denn aus diesem geht nicht hervor, dass die zwischengeschaltete Vereinigung ihrerseits an der Ausgangsvereinigung beteiligt ist. Damit können die Beteiligungskette und sich daraus ergebende Geldflüsse nicht nachvollzogen werden.

Darüber hinaus spielt die Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Kontrolle im Rahmen der Ausübung der Angabepflicht nach § 20 Abs. 3 BGB eine Rolle.¹⁰⁴ Die sich hierbei ergebenden Unsicherheiten, ob die Informationen über die wirtschaftliche Berechtigung auch an die registerführende Stelle gelangen, stellt dabei aber nicht die Eignung der § 3 Abs. 1, 2 GwG im Rahmen des § 19 Abs. 2 S. 1 GwG infrage, den wirtschaftlich Berechtigten in theoretischer Kenntnis aller Umstände ermitteln zu können.

IV. Bestimmbarkeit wirtschaftlicher Berechtigung in den von § 19 Abs. 2 S. 1 GwG umfassten Meldepflichtigen anhand der Kriterien von „Geschäftsinitiative“ und „Geschäftsrisiko“

1. Abstraktionsversuch in Anlehnung an die steuerrechtliche Mitunternehmerschaft

Die gebotene weite Auslegung des Kontrollverständnisses nach § 3 Abs. 1 GwG verbietet ein enghes Rasterdenken nach *Art* und *Begründung* der Rechtsposition potentiell wirtschaftlich Berechtigter. Ein naheliegender Ansatz, geeignete Abgrenzungskriterien zu formulieren, liegt darin, auf den *Umfang* der aus dieser Rechtsposition hervorgehenden Rechte und Möglichkeiten abzustellen. Zwar ist dies theoretisch einleuchtend, doch fällt es aufgrund der Verschiedenartigkeit der Kontrolle ermöglichenden Rechtsbeziehungen schwer, abstrakte Kriterien aufzustellen, die diesen Umfang beschreiben.

Zu diesem Ergebnis kommen auch *Blaurock/Pordzik* bei dem Versuch, eine inhaltliche Konturierung des Kontrollbegriffs vorzunehmen.¹⁰⁵ Als naheliegend wird zwar die Anwendung des steuerrechtlichen Typusbegriffes der Mitunternehmerschaft ausgegeben, deren Vorliegen sich unter anderen nach den Merkmalen der *Mitunternehmerinitiative* und dem *Mitunternehmerisiko* beurteilen lässt. Mitunternehmerinitiative bezeichne dabei die Möglichkeit betrieblicher Einflussnahme und ließe sich etwa an Stimm-, Überwachungs- und Widerspruchsrechten des

¹⁰³ *Fisch*, NZG 2017, 408 (409).

¹⁰⁴ Vgl. Kapitel 2 C. I. 2. a), b).

¹⁰⁵ Näher dazu: *Blaurock*, in *Blaurock*, HdB stGes, Rn. 20.70 ff.

Gesellschafter erkennen. Mitunternehmerrisiko liege bei einer Beteiligung an laufenden Gewinnen und Verlusten sowie an den stillen Reserven und dem Firmenwert vor.¹⁰⁶ Allerdings müssen bereits aus steuerrechtlicher Perspektive nicht beide Merkmale gleichermaßen ausgeprägt sein, sondern können sich gegenseitig ergänzen und ausgleichen. Abstrahierungsversuche bestimmter Beispielsfälle seien bereits hierdurch erschwert. Zusätzlich könne, trotz steuerrechtlicher Qualifikation einer Mitunternehmerschaft, im Einzelfall aufgrund einer geringen Ausprägung der Mitunternehmerinitiative eine Kontrolle des kaufmännischen Rechtsträgers im Sinne des GwG verneint werden.¹⁰⁷ Hieraus schließen sie, dass eine verlässliche Bewertung der inhaltlichen Anforderungen, zumindest ohne präzisierende Indikationen durch die Rechtsprechung, aktuell nicht möglich sei.

2. Die hieran angelehnten Kriterien von „Geschäftsrisiko“ und „Geschäftsinitiative“

Dem ist insoweit zuzustimmen, als sich derzeit nicht allgemeingültig bestimmen lässt, welche inhaltlichen Anforderungen an den Rechkatalog einer natürlichen Person zu stellen sind, um verlässlich von deren wirtschaftlichen Berechtigung ausgehen zu können. Die Beurteilung muss immer in Anbetracht der Umstände des Einzelfalls erfolgen. Eine unangepasste Übernahme der Grundsätze der Mitunternehmerinitiative und des Mitunternehmerrisikos für die Bestimmung wirtschaftlicher Berechtigung ist aus verschiedenen Gründen abzulehnen. So kann die rechtsformübergreifende Beurteilung der transparenzregisterrechtlichen Meldepflicht nach §§ 20 Abs. 1, 21 Abs. 1, 2 GwG mit der steuerrechtlichen Beurteilung der Mitunternehmerschaft, die nur auf Personenhandelsgesellschaften anzuwenden ist, vgl. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG, nicht deckungsgleich sein. Darüber hinaus ist eine Unternehmensträgerschaft kein Kriterium für die Begründung einer Meldepflicht im Transparenzregisterrecht, womit auch eine Mitunternehmerschaft des wirtschaftlich Berechtigten kein solches bilden kann. Dies gilt unabhängig davon, dass sich der steuerrechtliche Unternehmensbegriff von dem handelsrechtlichen unterscheidet.¹⁰⁸

Gleichwohl gibt es gewisse Parallelen der für Mitunternehmerinitiative und Mitunternehmerrisiko charakteristischen Kriterien zu den Voraussetzungen wirtschaftlicher Berechtigung im Transparenzregisterrecht. So ist als Ausfluss der maßgeblichen Kontrollausübung auch für eine wirtschaftliche Berechtigung zum einen regelmäßig zu fordern, dass ein operativer Einfluss auf den Meldepflichtigen besteht (Initiative). Dieses Kriterium ist im Wesensgehalt des Kontrollbegriffs selbst angelegt, da „Kontrolle“ die Fähigkeit zur aktiven Steuerung beschreibt. Hieraus

¹⁰⁶ Vgl. hierzu auch *Schmidt*, in: MüKo, HGB, § 230 Rn. 75; *Bode*, in: Brandis/Heuermann, Ertragssteuerrecht, § 15 EStG Rn. 349 f.

¹⁰⁷ *Blaurock/Pordzik*, NZG 2019, 413 (416 f.).

¹⁰⁸ Vgl. *Schmidt*, in: MüKo, HGB, § 1 Rn. 20, 24, 70 m.w.N.

ist zu schließen, dass das Transparenzregister auch auf die Offenlegung der tatsächlichen Macht- und Entscheidungsstrukturen abzielt, nicht – jedenfalls unterhalb der aus den Regelbeispielen hervorgehenden Beteiligungsschwellen – allein auf die Identifizierung von reinen Vermögens- oder Ertragsempfängern. Nicht umsonst ist der Begriff der „Kontrolle“ und nicht der des „Eigentums“ der zentrale im Rahmen des § 3 Abs. 1 GwG. Durch den von formellen Anforderungen losgelösten Begriff der „Initiative“ kommt zudem zum Ausdruck, dass nicht die Rechtsgrundlage, sondern die faktische Ausübungsmacht von Kontrolle entscheidend ist.

Zum anderen ist aber auch regelmäßig eine Partizipation an Gewinnen, Erträgen beziehungsweise Ausschüttungen des Meldepflichtigen vorauszusetzen (Risiko). Eine Person, die eine Vereinigung maßgeblich lenken kann, ohne von ihrem Erfolg zu profitieren, als *wirtschaftlich* Berechtigten zu begreifen, fällt schwer. Hierfür streitet insofern bereits der natürliche Wortsinn. Hinzu kommt, dass die Meldepflichtigen, für die § 3 Abs. 1, 2 GwG maßgeblich ist, in aller Regel einen Geschäftsbetrieb führen, der auch und im Wesentlichen auf die Generierung von Erträgen gerichtet ist. Außerdem dient die Meldepflicht gerade auch der Offenlegung der Profiteure und Begünstigten geldwäscherechtswidriger Geldflüsse. Im Unterschied zu dem *Unternehmensrisiko* ist aus diesem Grund eine Verlustbeteiligung oder eine Einstandspflicht nicht zu fordern. Dieses Verständnis legt auch der Begriff des wirtschaftlich *Berechtigten* nahe.

Um die gebotene terminologische Abgrenzung zur steuerrechtlichen Mitunternehmerschaft herzustellen, werden im Folgenden die Termini der „Geschäftsinitiative“ und des „Geschäftsrisikos“ verwendet, um die Herleitung wirtschaftlicher Berechtigung anzuleiten und zu begründen. Die Anknüpfung an den Begriff des „Geschäfts“ trägt dabei der operativ-wirtschaftlichen Betrachtung des GwG Rechnung: So zielt GwG auf die Nachverfolgung von Finanzströmen, Vermögensverschiebungen und Transaktionen ab; also auf das „Geschäft“ im weitesten Sinne. Die hier gewählten Begriffe übernehmen diese Perspektive.

Darüber hinaus können die Kriterien nicht nur der dogmatischen Einordnung, sondern vor allem auch einer praxisgerichteten Rechtsanwendung dienlich sein. Sie übersetzen die abstrakte gesetzliche Anforderung der „Kontrolle“ in die beiden entscheidenden operativen Leitfragen: 1. Wer hat die faktische Gestaltungs- und Einflussmacht? (Geschäftsinitiative) und 2. Wer profitiert letztlich vom Ergebnis der Tätigkeit? (Geschäftsrisiko). Durch die Beantwortung dieser beiden Fragen lässt sich in den meisten Fällen eine verlässliche erste Einschätzung vornehmen. Die Begriffe spiegeln insofern die wesensimmanenten Säulen wider, auf deren Zusammentreffen Kontrolle im geldwäscherechtlichen Sinne regelmäßig beruht.

Nichtsdestotrotz sind stets die Umstände des Einzelfalls und Ausrichtung und Auftreten des konkreten Meldepflichtigen einzubeziehen. Damit geht nicht nur eine gebotene unterschiedliche Gewichtung der Kriterien zueinander einher, sondern auch die Möglichkeit, dass je nachdem, welcher Meldepflichtige betroffen ist, eines der Kriterien vollständig zurücktreten kann. Dies muss etwa in den Konstellationen gelten, in denen dem Meldepflichtigen eine wirtschaftliche Ausrichtung fehlt oder diese der primären Zweckverfolgung des Meldepflichtigen stark untergeordnet ist. In diesen Fällen dennoch zwingend ein „Geschäftsrisiko“ zu fordern, damit Kontrolle im Sinne des § 3 Abs. 1 GwG begründet wird, wäre verfehlt. Andersherum kann auch eine Geschäftsinitiative ausnahmsweise entbehrlich sein, wenn die wirtschaftliche Teilhabe einer natürlichen Person derart stark ausgestaltet ist, dass allein deshalb ein geldwäscherechtliches Bedürfnis besteht, diese Teilhabe im Transparenzregister auszuweisen. Anderenfalls würde der Zweckverfolgung des Transparenzregisters, insbesondere Geldflüsse nachzuvollziehen, nicht entsprochen werden. Außerdem müssen die ausdrücklich gesetzlich vorgesehenen Regelbeispiele in § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 GwG in diesem Zusammenhang beachtet werden. Eine natürliche Person, die demnach mehr als 25 % der Kapitalanteile an der Vereinigung hält oder mehr als 25 % der Stimmrechte kontrolliert, ist also stets als wirtschaftlich Berechtigter anzusehen. Dies gilt auch dann, wenn mit den gehaltenen Kapitalanteilen keine Stimmrechte und damit keine „Geschäftsinitiative“ verbunden sind beziehungsweise, wenn die kontrollierten Stimmrechte nicht zu einer Teilnahme am „Geschäftsrisiko“ führen.¹⁰⁹

V. Die Anwendung der Fiktion des § 3 Abs. 2 S. 5 GwG im Recht des Transparenzregisters

1. Die dogmatischen Bedenken gegen eine transparenzregisterrechtliche Anwendung

§ 3 Abs. 2 S. 5 GwG enthält eine Fiktionsregelung, wonach der gesetzliche Vertreter, geschäftsführende Gesellschafter oder Partner der Vereinigung als wirtschaftlich Berechtigter gilt, wenn eine Feststellung des wahren wirtschaftlich Berechtigten nicht zweifelsfrei möglich ist. Jedenfalls mit der Einführung des Transparenzregister wurde die Möglichkeit einer registerbezogenen Anwendung dieser Fiktionsregelung im Rahmen von § 19 Abs. 2 GwG in Abrede gestellt.¹¹⁰ Gestützt auf die lediglich entsprechende Anwendung des § 3 Abs. 2 GwG wurde angeführt, dass die Regelung auf konkrete Einzelfälle abziele. Dies folge aus dem Erfordernis einer umfangreichen, aber ergebnislosen, vorherigen Prüfung der wirtschaftlichen Berechtigung der meldepflichtigen Vereinigung durch den Verpflichteten und dem Verweis auf das

¹⁰⁹ In diesem Sinne wohl auch *Bayer*, in: BeckOK, GwG, § 3 Rn. 52.

¹¹⁰ *Krais*, CCZ 2017, 266 (268); zumindest der Sinnhaftigkeit eines solchen Verständnisses beipflichtend *Korte*, in: BeckOK, GwG, § 19 Rn. 22 ff.

Fehlen besonderer, die Mitteilungspflichten nach § 43 GwG auslösender Tatsachen. Beide Voraussetzungen könnten nur in Bezug auf einzelne Transaktionen und Geschäftsvorgänge, nicht jedoch im Falle der abstrakt ansetzenden Darstellung im Transparenzregister vorliegen.¹¹¹

Der Wortlaut von § 19 Abs. 2 GwG ließe eine derartige, eben nur *entsprechende* Anwendung von § 3 Abs. 2 GwG zu. Auch in anderem Zusammenhang¹¹² begründet die entsprechende Anwendung des § 3 Abs. 1-3 GwG im Rahmen des § 19 Abs. 2 GwG ein abweichendes Verständnis im Vergleich zu dessen originärem Anwendungsbereich im Rahmen von §§ 11 Abs. 5, 12 Abs. 3, 4 GwG i.V.m. § 10 Abs. 1 Nr. 2 GwG.

Ursprünglich bestand für die Meldepflichtigen nach § 20 Abs. 1 GwG keinerlei Verpflichtung, an ihnen bestehende wirtschaftliche Berechtigung zu ermitteln oder zu erforschen. § 20 Abs. 3 GwG a.F., der eine Angabepflicht der Anteilseigner im Innenverhältnis vorsah, war grundsätzlich die einzige Informationsquelle für die Ermittlung wirtschaftlicher Berechtigung.¹¹³ Insofern ergab eine Regelung keinen Sinn, die eine Fiktion für den Fall vorsah, dass eine vorherige Prüfung durch die Vereinigung erfolglos verlief. Auch der Verweis auf § 43 GwG, der die dort vorgesehenen einzelfallbezogenen Meldepflichten in die Regelung des § 3 Abs. 2 S. 5 GwG integriert, wies in diese Richtung. Zu Recht wurde auch auf das Missbrauchsrisiko verwiesen, das in einem umfangreichen Gebraucht machen der Möglichkeit der Meldung von gesetzlichen Vertretern und Geschäftsführern lag.¹¹⁴ Überzeugend wurde in diesem Zusammenhang angeführt, dass die Nichteintragung mangels Ermittelbarkeit eines wirtschaftlich Berechtigten den Einsichtnehmenden sogar stärker sensibilisieren dürfte, als die Blankonennung der Führungsspitze in Anwendung von § 3 Abs. 2 S. 5 GwG.¹¹⁵

2. Die Einführung des § 20 Abs. 3a GwG als teleologische Grundlage für die Anwendbarkeit des § 3 Abs. 2 S. 5 GwG

Mit der Einführung des § 20 Abs. 3a GwG zum 1. Januar 2020 dürften zumindest die an das völlige Fehlen einer Nachforschungspflicht und damit das Risiko von Blankonennungen geknüpften Bedenken weitgehend entkräftet sein. Obgleich auch hiermit keine allgemeine initiale Nachforschungspflicht der meldepflichtigen Vereinigung eingeführt wurde, besteht nun keine zulässige Möglichkeit der Meldepflichtigen mehr, in Anwendung des § 3 Abs. 2 S. 5 GwG die fiktiven wirtschaftlich Berechtigten im Transparenzregister anzumelden, ohne den ernsthaften

¹¹¹ Korte, in: BeckOK, GwG, § 19 Rn. 22.

¹¹² So ist § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GwG (Veranlassung) im Rahmen des § 19 Abs. 2 GwG irrelevant, vgl. B. II. 2.

¹¹³ Dazu, wie wirtschaftliche Berechtigung ermittelt wird und zur Eintragung gelangt, vgl. Kapitel 2 C. I.

¹¹⁴ Fisch, NZG 2017, 408 (409); Friese/Brehm, GWR 2017, 271 (273); Krais, CCZ 2017, 98 (107).

¹¹⁵ Korte, in: BeckOK, GwG, § 19 Rn. 24.

Versuch zu unternehmen, die tatsächlichen wirtschaftlich Berechtigten nach Maßgabe der § 19 Abs. 2 S. 1 GwG i.V.m. § 3 Abs. 1, 2 S. 1 – 4 GwG zu ermitteln.¹¹⁶

Bereits vor der Einführung des § 20 Abs. 3a GwG entsprach eine Anwendung des § 3 Abs. 2 S. 5 GwG im Rahmen des § 19 Abs. 2 S. 1 GwG der wohl h.M. in der Literatur¹¹⁷ sowie der Auffassung des Bundesverwaltungsamtes.¹¹⁸ Während § 20 Abs. 3a GwG die hiergegen anzuführenden Argumente nur teilweise entkräftet, bestätigt sich diese Lesart in der Begründung der Fünften EU-Geldwäscherichtlinie, wonach bei fehlender Ermittlung eines tatsächlich wirtschaftlich Berechtigten ein Hinweis des Meldepflichtigen zu erfolgen hat, dass stattdessen die Führungsebene gemeldet wurde.¹¹⁹ Hierin kommt der klare Wille des EU-Gesetzgebers zur registertechnischen Geltung von § 3 Abs. 2 S. 5 GwG zum Ausdruck. Unabhängig davon, dass eine richtlinienkonforme Auslegung damit ohnehin kein anderes Ergebnis zuließe, spricht auch das Schweigen des nationalen Gesetzgebers in der Gesetzesbegründung zu einer lediglich eingeschränkten Anwendung des § 3 Abs. 2 S. 5 GwG im Rahmen von § 19 Abs. 2 GwG, wohingegen die transparenzregisterrechtliche Behandlung des Veranlassers ausdrücklich ausgeschlossen wird¹²⁰, für einen entsprechenden gesetzgeberischen Willen.

Dass weiterhin der transparenzfördernde Nutzen einer Meldung lediglich fiktiv wirtschaftlich Berechtigter bezweifelt werden kann, ist hiervon unabhängig.¹²¹

VI. Die konkrete Beurteilung von wirtschaftlicher Berechtigung an den von § 19 Abs. 2 S. 1 GwG i.V.m. § 20 Abs. 1 GwG adressierten Meldepflichtigen

1. Anwendung der abstrakten Anforderungen wirtschaftlicher Berechtigung auf ausgewählte konkrete Fallgruppen

Die gefundenen abstrakten Erkenntnisse hinsichtlich Begründung und Ausgestaltung wirtschaftlicher Berechtigung im Transparenzregisterrecht sind angesichts ihrer zweckbedingten Unschärfe und Offenheit in manchen Konstellationen nur bedingt geeignet, eine rechtssichere Bestimmung der wirtschaftlich Berechtigten in den von § 19 Abs. 2 S. 1 GwG i.V.m. 20 Abs.

¹¹⁶ Vgl. hierzu Kapitel 2 C. I. 1.

¹¹⁷ *Weiskel/Mocker*, GWR 2017, 445 (446 f.); *Kotzenberg/Lorenz*, NZG 2017, 1325 (1328 f.); *Rieg*, BB 2017, 2310 (2310). Dabei wurde (konsequenterweise) die Auffassung vertreten, dass das in § 3 Abs. 2 S. 5 GwG vorgesehene Erfordernis einer erfolglosen vorangegangenen Prüfung tatsächlicher wirtschaftlicher Berechtigung bei der transparenzregisterrechtlichen Anwendung der Norm entfallen müsse, vgl. *Kotzenberg/Lorenz*, NZG 2017, 1325 (1329); *Rieg*, BB 2017, 2310 (2311).

¹¹⁸ Nunmehr in: BVA, Transparenzregister Fragen und Antworten zum Geldwäschegesetz (GwG), siehe Fußnote 72, S. 5.

¹¹⁹ RL (EU) 2018/843, siehe Fußnote 20, Erwägungsgrund (34).

¹²⁰ BT-Drs. 18/11555, S. 126. Zu der transparenzregisterrechtlichen Behandlung des Veranlassers, vgl. B. II. 2.

¹²¹ Im Zuge des Transparenzregister- und Finanzinformationsgesetzes vom 25. Juni 2021 weiterhin einen Ausschluss der Anwendbarkeit des § 3 Abs. 2 S. 5 GwG im Rahmen des Transparenzregisterrechts fordernd, die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, siehe BT-Drs. 19/30443, S. 70.

1 GwG adressierten Vereinigungen zu gewährleisten. Dies gilt insbesondere für Konstellationen, die nicht ausdrücklich von den Regelbeispielen der § 3 Abs. 2 S. 2 – 4 GwG umfasst sind. Da wirtschaftliche Berechtigung letztlich aber immer mit Blick auf das konkrete Rechtsverhältnis bestimmt werden muss, werden einige dieser Fallgruppen, in Anwendung der abstrakt formulierten Erkenntnisse, im Einzelnen erörtert.

2. Der Treugeber als wirtschaftlich Berechtigter

Einen Schwerpunkt der Diskussion um transparenzregisterrechtliche wirtschaftliche Berechtigung bildet die Frage, ob und in welchen Konstellationen dem hinter einem Gesellschaftsanteil stehenden Treugeber eine Rechtsstellung zukommt, die zu einer Offenlegung seiner Person durch die Vereinigung gegenüber dem Transparenzregister führen muss. Dass in diesen Fällen ein Interessenkonflikt zu dem Geheimhaltungsinteresse des Treugebers besteht, liegt auf der Hand.

Die Vertreter eines gesellschaftsrechtlichen Kontrollverständnisses lassen eine wirtschaftliche Berechtigung des Treugebers bereits an der *Art* der Berechtigung scheitern.¹²² Erkennt man angesichts der Zweckverfolgung des GwG demgegenüber die umfassenden Möglichkeiten von Kontrollbegründung an, müssen auch schuldrechtliche¹²³ Treuhandabreden grundsätzlich wirtschaftliche Berechtigung des Treugebers ermöglichen. Entscheidend sollte stattdessen sein, ob der im Verhältnis zum Treuhänder vereinbarte Einfluss ausreicht, um auch *im Verhältnis zur Vereinigung* von einer wirtschaftlichen Berechtigung des Treugebers sprechen zu können. Es ist somit nach der Reichweite beziehungsweise dem Umfang zu fragen, in dem die durch die Treuhandabrede geschaffenen Rechtspositionen des Treugebers bestehen. Aufgrund der weitreichenden Gestaltungsmöglichkeiten von Treuhandverhältnissen¹²⁴, leidet die abstrakte Bestimmbarkeit der in diesem Sinne möglichen Formen treugeberischer wirtschaftlicher Berechtigung unter der gebotenen weiten Auslegung des Kontrollbegriffes aus § 3 Abs. 1 GwG. Dies vermag jedoch die teleologische Notwendigkeit dieses Verständnisses nicht zu erschüttern. Den Meldepflichtigen nach § 20 Abs. 1 GwG beziehungsweise den diesen gegenüber angabepflichtigen Personen ist damit ein einzelfallbezogenes Einschätzungsvermögen abzuverlangen, ob die Rechtsposition eines Treugebers hinreichend stark ausgestaltet ist, um von ihm als endgültigen Profiteur und wirtschaftlich Verantwortlichen der Vereinigung zu sprechen.¹²⁵

¹²² So Kotzenberg/Lorenz, NJW 2017, 2433 (2435); Pelka/Hettler/Weinhausen, DStR 2018, 1303 (1304 f.); Wionzeck/Scheerer, NZG 2018, 217 (219). Vgl. hierzu C. II. 1.

¹²³ Die Rechtsnatur der Treuhand ist nicht unumstritten, siehe hierzu ausführlich Kapitel 3 B. II. 2.

¹²⁴ Zu den Gestaltungsmöglichkeiten der Treuhand an Gesellschaftsanteilen, siehe Kapitel B. II. 6.

¹²⁵ Dazu, wie wirtschaftliche Berechtigung ermittelt wird und zur Eintragung gelangt, vgl. Kapitel 2 C. I.

3. Andere Formen „stiller“ oder „mittelbarer“ Berechtigung an dem Meldepflichtigen

a) Der Begriff vom „Dreibeteiligtenverhältnis“

Dies wirft die Frage auf, ob neben der Treuhand auch andere „mittelbare“¹²⁶ oder „stille“ Formen gesellschafts-, schuld- oder sachenrechtlicher Berechtigungen an oder innerhalb eines Meldepflichtigen zu wirtschaftlicher Berechtigung nach transparenzregisterrechtlichem Verständnis führen können.

Hierzu gehören zum einen unmittelbare Rechtspositionen an dem Meldepflichtigen, die im Außenverhältnis nicht in Erscheinung treten, wie die des stillen Gesellschafters. Zum anderen kann ein „Dreibeteiligtenverhältnis“ vorliegen, bei dem ein Hintermann, wie bei der Treuhand, nicht unmittelbar mit der meldepflichtigen Gesellschaft, sondern mit einer Mittelsperson (dem Gesellschafter) in einer vertraglichen Beziehung steht. In diesem Zusammenhang wird die Unterscheidung zwischen Innenverhältnis, Verbandsverhältnis und Außenverhältnis relevant, die die unterschiedlichen Wirkungen in derartigen „Dreibeteiligtenverhältnissen“ betreffen. Das zwischen Gesellschafter und Gesellschaft bestehende Verbandsverhältnis wird im Kontext einer Gegenüberstellung zu dem gegenüber dem Rechtsverkehr bestehenden Außenverhältnis häufig, und nicht unzutreffend, als Innenverhältnis bezeichnet. Andersherum wird es, in Abgrenzung von der hier als Innenverhältnis bezeichneten Beziehung zwischen Gesellschafter und Hintermann, auch häufig als Außenverhältnis bezeichnet. Die in dieser Arbeit gewählte Terminologie soll dazu beitragen, die verschiedenen Verhältnisse auseinanderzuhalten und die in ihnen bestehenden Wirkungen nicht zu vermischen.

In einem solchen „Dreibeteiligtenverhältnis“ hat ein Dritter eine Rechtsposition an einem Gesellschaftsanteil inne, die sich grundsätzlich nur gegenüber dem Gesellschafter, also im Innenverhältnis auswirkt. So etwa im Falle eines Nießbrauchs an Gesellschaftsanteilen¹²⁷ oder der Unterbeteiligung¹²⁸. Auch könnten Verfügungsbeschränkungen eines Gesellschafters zugunsten einer dritten Person, wie etwa dem Testamentsvollstrecker, diese möglicherweise zu einem wirtschaftlich Berechtigten an dem Meldepflichtigen werden lassen. Immerhin stünden in einer Konstellation, in der ein Gesellschaftsanteil der Testamentsvollstreckung unterfällt, die mit diesem Anteil verbundenen Rechte und Pflichten nach §§ 2205, 2211 BGB grundsätzlich dem Testamentsvollstrecker und nicht dem Gesellschafter (im Verbandsverhältnis) zu.¹²⁹ Bei entsprechendem Umfang der Gesellschaftsbeteiligung, könnten beide den bisherigen Ausführungen

¹²⁶ Der Begriff der „Mittelbarkeit“ ist hier nicht an den Vorgaben des § 3 GwG zu messen, sondern bezeichnet die Natur dieser Rechtspositionen als Formen mittelbarer Teilhabe an fremden Unternehmen, vgl. Kapitel 3 B.

¹²⁷ Dazu ausführlich Kapitel 3 B. I.

¹²⁸ Dazu ausführlich Kapitel 3 B. III.

¹²⁹ Zu der Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers vgl. Kapitel 3 A. V. 4. b).

zufolge auch als im Transparenzregister anzumeldender wirtschaftlich Berechtigter infrage kommen.

b) Die Gestaltungsvielfalt „stiller“ Teilhaberrechte

Die gesetzlichen Regelungen zum Nießbrauch an Geschäftsanteilen oder der Unterbeteiligung sind lückenhaft und entsprechen oftmals auch nicht den Vorstellungen der beteiligten Parteien, womit einzelvertragliche Ausgestaltungen üblich sind.¹³⁰ Mit diesen kann die gesetzlich eher schwache Rechtsstellung des Berechtigten ausgebaut werden, der hierdurch mitunter sogar unmittelbare Befugnisse gegenüber der meldepflichtigen Gesellschaft erhält. Eine solche „atypische“ oder gar „qualifizierte“ Ausgestaltung vermag jedenfalls eher eine transparenzregisterrechtliche wirtschaftliche Berechtigung des Berechtigten an der Gesellschaft zu begründen, als wenn das Recht in „einfacher“ oder „typischer“ Form entsprechend dem gesetzlichen Vorbild besteht. Allerdings ist, insbesondere bei der Unterbeteiligung, die terminologische Unterscheidung der Ausgestaltungsformen uneinheitlich und bietet in der Regel nur einen Überbegriff an, unter den wiederum aus unterschiedlichen Rechtspositionen zusammengestellte konkrete Ausprägungen etwa eines Nießbrauchs oder einer Unterbeteiligung an einem Gesellschaftsanteil fallen können, was eine verlässliche Kategorisierung verhindert.¹³¹

Sofern, bei entsprechendem Umfang des belasteten Geschäftsanteils, von dem Nießbraucher als wirtschaftlich Berechtigten gesprochen wird¹³², ist dem nach hier vertretener Auffassung deshalb nicht pauschal zuzustimmen, da ein zu fordernder Einfluss auf die Meldepflichtigen im Verbandsverhältnis von der konkreten Ausgestaltung abhängt. Auch dass bei der „atypischen“ Unterbeteiligung aufgrund der meist alleinigen Inhaberschaft der Stimmrechte des Hauptbeteiligten und der meist ausschließlich beim Unterbeteiligten liegenden wirtschaftlichen Nutzung der Gesellschafterrechte auf der anderen Seite, von einer wirtschaftlichen Berechtigung beider auszugehen sei, entspricht allenfalls einer *regelmäßig* zutreffenden Wertung.¹³³

Ähnliches gilt auch, wenn die Rechtsposition unmittelbar am Gesellschaftsunternehmen anknüpft, womit auch „typische“ stille Gesellschaften nur regelmäßig keine Kontrolle des Stillen begründen, da er auf Vermögen und Geschäftsführung des Handelsgewerbes in dieser Konstellation keinen Einfluss nehmen kann.¹³⁴

¹³⁰ Vgl. für den Nießbrauch, Kapitel 3 B. I. 6., für die Unterbeteiligung, Kapitel 3 B. III. 6.

¹³¹ Vgl. Kapitel 3 B. III. 4. a). Siehe auch entsprechend zur Treuhand, Kapitel 3 B. II. 4. a).

¹³² Rieg, BB 2017, 2310 (2320), wonach auch der formale Inhaber des Gesellschaftsanteils aus seiner verbleibenden Beteiligung an der Vermögenssubstanz wirtschaftlich Berechtigter ist und je nach Ausgestaltung auch das Stimmrecht über die Qualifikation wirtschaftlicher Berechtigung im Verhältnis zum Nießbraucher ausschlaggebend sein kann.

¹³³ So aber Rieg, BB 2017, 2310 (2320); Weiske/Mocker, GWR 2017, 445 (446).

¹³⁴ Blaurock/Pordzik, NZG 2019, 413 (416).

c) Übertragbarkeit der Erwägungen auf den Testamentsvollstrecker

Auch für den Testamentsvollstrecker ist eine einzelfallabhängige Beurteilung erforderlich, da sich Einschränkungen der Verwaltungsmacht aus der Anordnung der Testamentsvollstreckung ergeben oder mehrere Testamentsvollstrecker die Rechte nur gemeinschaftlich wahrnehmen können, deren individuelle Rechtsstellung nicht stark genug für die Begründung (mittelbarer) Kontrolle ist.¹³⁵ So kann auch eine wirtschaftliche Berechtigung von Testamentsvollstreckern allenfalls als regelmäßig vorliegend bezeichnet werden.

d) Zwischenfazit

Ganz allgemein lässt sich indes festhalten, dass das Geldwäschegesetz in dem Merkmal der „Stille“ der Beteiligung oder „Mittelbarkeit“ einer Rechtsposition kein Ausschlusskriterium sieht und jede der oben genannten Berechtigungsformen dem Grunde nach von transparenzregisterrechtlicher Relevanz sein und entsprechende Meldepflichten auslösen kann.¹³⁶ Überzeugende Einwände liefert die Gegenmeinung nicht.¹³⁷ Das Schweigen in der Gesetzesbegründung zu stillen Beteiligungen ist ebenso wenig als schlagkräftiges Gegenargument zu bewerten, wie die Auseinandersetzung zweier Redner im Bundestag, aus der sich der gesetzgeberische Wille, keine „atypischen“ stillen Gesellschaften erfassen zu wollen, ableiten lassen solle. Weder aus dem Fehlen der Nennung eines Sachverhalts, noch aus der fragwürdigen Auslegung des Disputs zweier, nicht stellvertretend für das Gesamtorgan stehender Abgeordneter, lassen sich verlässliche Schlüsse auf den Willen des Gesetzgebers ziehen.¹³⁸

4. Die wirtschaftliche Berechtigung persönlich haftender Gesellschafter

Wohl überwiegend wird vertreten, dass der vertretungsberechtigte, persönlich haftende Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft wegen seiner starken gesellschaftlichen Stellung regelmäßig „vergleichbare Kontrolle“ im Sinne von § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GwG i.V.m. § 19 Abs. 2 S. 1 GwG ausübe und als wirtschaftlich Berechtigter der Gesellschaft anzusehen sei.¹³⁹ Davon

¹³⁵ Frese, ZEV 2017, 695 (698 f.); vgl. auch Heß/Laschewski, DStR 2019, 2151 (2154).

¹³⁶ Blaurock/Pordzik, NZG 2019, 413 (416); Rieg, BB 2017, 2310 (2320).

¹³⁷ Vgl. Wionzeck/Scheerer, NZG 2018, 217 (219).

¹³⁸ Wie hier: Blaurock/Pordzik, NZG 2019, 413 (416).

¹³⁹ Weiskel/Mocker, GWR 2017, 445 (447 f.); Rieg, BB 2017, 2310 (2315); a.A.: Heß/Laschewski, DStR 2019, 2151 (2153 f.); Fisch, NZG 2017, 408 (410 Fn. 24); siehe auch Figura, in: Herzog, GwG, § 3 Rn. 12, wonach eine wirtschaftliche Berechtigung von Komplementären auch dann vorliegen kann, die kapitalmäßig nicht über 25 % an der KG beteiligt sind. Allerdings soll dort eine für die GmbH & Co. KG anzunehmende Besonderheit beschrieben werden, bei der in einem solchen Fall auch der Gesellschafter der Komplementär-GmbH wirtschaftlich Berechtigter der Ausgangsvereinigung im Sinne von § 3 Abs. 2 GwG sein soll. Es bleibt unklar, ob mit dieser Feststellung auch eine Aussage dahingehend getroffen werden soll, ob die Komplementäreigenschaft allgemein lediglich eine Stellung als wirtschaftlich Berechtigter ermöglicht, diese aber nicht vermuten lässt.

sei unabhängig von einer kapitalmäßigen Beteiligung an der Gesellschaft, auch nach der Gesetzesbegründung, auszugehen.¹⁴⁰

Zunächst einmal ist richtig, dass Gesellschafter mit organschaftlicher Vertretungsmacht ein großes Interesse an den Geschäften der Gesellschaft haben. Unabhängig davon, wie die Vertretungsmacht ausgestaltet ist (Einzel- / Gesamtvertretungsmacht), sind vertretungsberechtigte Gesellschafter aufgrund ihrer Stellung maßgeblich in den Entscheidungsapparat der Gesellschaft und in deren Ertrags- und Belohnungssystem eingebunden. Dies gilt umso mehr in eingetragenen Personengesellschaften, die dem Grundsatz der Selbstorganschaft unterliegen.¹⁴¹ Damit kommt einem vertretungsberechtigten Gesellschafter zwar regelmäßig in hohem Maße „Geschäftsinitiative“ zu. Ein „Geschäftsrisiko“, als zweites Merkmal, das *wirtschaftliche* Berechtigung in Ausprägung einer Gewinnbeteiligung an der Gesellschaft regelmäßig auszeichnet, geht jedoch nicht zwangsläufig auch aus einer Gesellschafterstellung hervor.¹⁴² Der Gesellschafter einer OHG beziehungsweise der Komplementär einer KG ist nicht zwingend auch kapitalmäßig an der Gesellschaft beteiligt.¹⁴³

Das HGB verlangt insofern kein Mindestkapital. Nach § 120 Abs. 2 HGB sind die Kapitalanteile in der OHG variabel und verändern sich mit Einlagen, Entnahmen, Gewinnen und Verlusten. Der Stand des Kapitalkontos dokumentiert gleichzeitig den wirtschaftlichen Anspruch des Gesellschafters für die Gewinn- und Verlustverteilung und bildet die Grundlage für Liquidationsansprüche im Verhältnis der Gesellschafter zueinander. Damit ist es möglich, dass ein vertretungsberechtigter und persönlich haftender Gesellschafter mangels Einlage oder in Folge von Entnahmen aus dem Kapitalkonto, keine Gewinnbeteiligung an der Gesellschaft hat.¹⁴⁴

Zu beachten ist, dass dies nur gegen die *Vermutung* einer wirtschaftlichen Berechtigung bei fehlender Kapitalbeteiligung des Komplementärs spricht. Freilich kann wirtschaftliche Berechtigung in Ansehung der Umstände des Einzelfalls auch außerhalb einer Kapitalbeteiligung bestehen, wenn ein Geschäftsrisiko auf andere Weise begründet wird.¹⁴⁵ Außerdem muss das Regelbeispiel in § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GwG beachtet werden, wonach eine Stimmrechtskontrolle von mehr als 25 % zu wirtschaftlicher Berechtigung führt. Ist diese Schwelle überschritten, ist die „Geschäftsinitiative“ demnach derart stark ausgestaltet, dass dem Willen des Gesetzgebers zufolge eine Teilnahme am „Geschäftsrisiko“ ausnahmsweise nicht erforderlich ist.¹⁴⁶ Der

¹⁴⁰ Siehe die Nachweise in Fußnote 139, in Verweis auf BT-Drs. 18/11555, S. 92.

¹⁴¹ Vgl. hierzu Kapitel 3 B. I. 6. b) bb).

¹⁴² Zu den Kriterien von „Geschäftsinitiative“ und des „Geschäftsrisiko“, vgl. IV.

¹⁴³ So sogar regelmäßig im Falle der GmbH & Co. KG, vgl. bei 5. sowie in Kapitel 2 D. I. 2. b) bb).

¹⁴⁴ Vgl. *Wälzholz*, DStR 2011, 1815 (1815 ff.).

¹⁴⁵ Vgl. II. IV.

¹⁴⁶ Vgl. hierzu IV. 2.

Stimmrechtsanteil ist, wenngleich in der Praxis hierzu häufig Regelungen im Gesellschaftervertrag aufgenommen werden, grundsätzlich unabhängig vom Kapitalanteil, womit diese Schwelle auch unabhängig von einer dahinter zurück bleibenden Kapitalbeteiligung erreicht sein kann.¹⁴⁷ Diese Wertung kann aber nicht auf den Fall einer über eine Vertretungsberechtigung oder persönliche Haftung begründeten hohe „Geschäftsinitiative“ übertragen werden. Für diese Konstellation fehlt es gerade an einem ausdrücklichen Regelbeispiel, was den Umkehrschluss zulässt, dass hierfür gerade keine allgemeine Vermutung wirtschaftlicher Berechtigung greift.

Gegen eine solche pauschal zur Anwendung gelangende Vermutung wirtschaftlicher Berechtigung des persönlich haftenden Gesellschafters spricht überdies, dass die Regelung des § 3 Abs. 2 S. 5 GwG, deren Integration in das Gefüge der §§ 18 ff. GwG ohnehin aus dogmatischer Sicht schwer fällt¹⁴⁸, faktisch in eine Vermutungsregelung umgedeutet wird. Richtigerweise enthält sie jedoch eine – widerlegbare – Fiktion.¹⁴⁹ Dass der Gesetzgeber den geschäftsführenden Gesellschafter als wirtschaftlich Berechtigten fingiert, wenn kein „echter“ wirtschaftlich Berechtigter zu finden ist, spricht dafür, dass die Stellung als geschäftsführender Gesellschafter für sich genommen keine wirtschaftliche Berechtigung zu begründen vermag. Dem Gesetzgeber wäre es ohne Weiteres möglich gewesen, eine entsprechende Vermutung für vertretungsberechtigte Gesellschafter in den § 3 Abs. 2 GwG zu integrieren. Er hat jedoch davon abgesehen.

Leitete man dennoch aus der organschaftlichen Vertretungsberechtigung des Gesellschafters einer Personengesellschaft die Vermutung ab, dass eine wirtschaftliche Berechtigung besteht, muss diese Vermutung auch für den Komplementär einer KG greifen. Zwar ist es möglich, dass gesellschaftsvertragliche Einschränkungen der Vertretungs- oder Geschäftsführungsbefugnis oder besondere Ausschluss- und Abwahlrechte einem hinreichendem Umfang an „Geschäftsinitiative“ des Komplementärs im Einzelfall entgegenstehen.¹⁵⁰ Allerdings sieht dies die gesetzliche Konzeption, wonach dem Komplementär alle organschaftlichen Befugnisse eines „typischen“ Personengesellschafters zukommen sollen, nicht vor (Einzelvertretungsbefugnis nach § 161 Abs. 2, § 124 Abs. 1 HGB). Es muss demnach Identisches gelten, wie für den Gesellschafter einer OHG, bei dem ebenfalls die Umstände des Einzelfalls zu einer abweichenden Beurteilung führen können.

¹⁴⁷ Vgl. der Überblick hierzu bei Wälzholz, DStR 2011, 1815 (1815 ff.).

¹⁴⁸ Vgl. V. 1.

¹⁴⁹ Vgl. *Figura*, in: Herzog, GwG, § 3 Rn. 15.

¹⁵⁰ Weiske/Mocker, GWR 2017, 445 (447).

Folgt man hingegen der hier vertretenen Auffassung, wonach die Vertretungsberechtigung des Gesellschafters einer Personengesellschaft für sich genommen noch nicht über die wirtschaftliche Berechtigung entscheidet, ändern auch die die Geschäftsführung und Vertretung von Kommanditisten einschränkenden Regelungen der §§ 164, 170 HGB nichts an der Beurteilung des Komplementärs. Demzufolge können Kommanditisten einer KG zwar zur Geschäftsführung, nicht aber zur Vertretung derselben berufen werden. Daraus lässt sich jedoch keineswegs eine so starke Stellung der Komplementäre innerhalb der KG ableiten, dass von einer Vermutung wirtschaftlicher Berechtigung bei diesen gesprochen werden kann, ohne dass es auf die Frage der Kapitalbeteiligung ankäme.

5. Die wirtschaftliche Berechtigung an einer GmbH & Co. KG

Wenn einzige Komplementärin einer KG eine GmbH ist, stellt sich die Frage, ob die an dieser beteiligten Gesellschafter auch wirtschaftlich Berechtigte der KG sind. In diesem Zusammenhang kann beispielhaft veranschaulicht werden, wie die verschiedenen vom Gesetzgeber angedachten Wege zur Begründung wirtschaftlicher Berechtigung miteinander korrespondieren.

In ersten hierzu ergangenen Entscheidungen haben das VG Köln und bestätigend das OVG Münster entschieden, dass bei einer GmbH & Co. KG zwar regelmäßig davon auszugehen ist, dass derjenige, der die Komplementär-GmbH kontrolliert, auch als wirtschaftlich Berechtigter der KG selbst gilt.¹⁵¹ Die Gerichte haben jedoch klargestellt, dass dieser Grundsatz nicht ausnahmslos gilt. Er wird durchbrochen, wenn die gesellschaftsvertraglichen Regelungen die Macht der Komplementär-GmbH gezielt beschneiden.¹⁵²

Die Rechtsprechung betont damit richtigerweise, dass die Instrumente der gesellschaftsrechtlichen Privatautonomie maßgeblich sind und Gestaltungen ermöglichen, die eine Stellung als wirtschaftlich Berechtigter und das Auslösen von Transparenzpflichten bewusst begrenzen können.¹⁵³ Auch wenn hiermit richtigerweise die Notwendigkeit einer Einzelfallbetrachtung betont wird, folgen die Gerichte der herrschenden Auffassung, dass eine über die Komplementärstellung vermittelte Leitungsmacht über die KG grundsätzlich ausreichend sein soll, wirtschaftliche Berechtigung im Sinne von § 3 Abs. 2 S. 3 GwG i.V.m. § 290 Abs. 2 Nr. 2 HGB zu begründen.

Dies ist, wie vorangehend erläutert, kritisch zu sehen. Denn nach hier vertretener Auffassung folgt aus der Komplementäreigenschaft nicht ohne Weiteres auch eine im Sinne der Kapital-

¹⁵¹ VG Köln, Urteil vom 29. Januar 2024 – 9 K 6020/21 –, NZG 2024, 1127 (1128); OVG Münster, Beschluss vom 23. Juni 2023 – 4 B 352/22 –, BeckRS 2023, 15505.

¹⁵² OVG Münster, Beschluss vom 23. Juni 2023 – 4 B 352/22 –, BeckRS 2023, 15505, Rn. 30 f.

¹⁵³ Vgl. hierzu auch *Hille/Bauerfeind*, Anm. zu OVG Münster, Beschluss vom 23. Juni 2023 – 4 B 352/22 –, GWR 245.

und Ertragsbeteiligung der GmbH, von der die GmbH-Gesellschafter profitieren. Fehlt eine solche, ist auch kein „Geschäftsrisiko“ vorhanden, was nach hier vertretener Auffassung eine wirtschaftliche Berechtigung grundsätzlich infrage stellt.¹⁵⁴ Dies ist vor allem deshalb relevant, weil es dem praktischen Regelfall entspricht, dass die GmbH kapital- und ertragsmäßig nicht an der KG beteiligt ist.¹⁵⁵

Die beschriebene Wertung gilt dann grundsätzlich unabhängig von der Beteiligungsstruktur an der GmbH. Abweichendes gilt selbstverständlich im Falle einer Einheits-GmbH & Co. KG, das heißt, wenn die Kommanditisten der Ausgangsgesellschaft die Gesellschafter der Komplementär-GmbH sind.¹⁵⁶ Dann folgt die wirtschaftliche Berechtigung entweder bereits aus einer Kapitalbeteiligung oder Stimmrechtskontrolle von über 25 % oder sie kann sich als „vergleichbare Kontrolle“ im Sinne von § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GwG i.V.m. § 19 Abs. 2 S. 1 GwG aus einer Kombination der Kapitalbeteiligung und einer durch von der Komplementär-GmbH vermittelten Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis an der KG ergeben. In diesem Fall muss die Stellung des Kommanditisten in der Komplementär-GmbH im Einzelfall stark genug sein, um in hinreichend großem Umfang die erforderliche „Geschäftsinitiative“ zu begründen.

Eine derart vermittelte wirtschaftliche Berechtigung wäre dabei unmittelbarer Natur. Von mittelbarer wirtschaftlicher Berechtigung wird nur dann gesprochen, wenn eine mehrstufige Beteiligungsstruktur vorliegt. Dieser Fall würde etwa vorliegen, wenn eine Komplementär-GmbH (in einem praktisch sehr ungewöhnlichen Fall) mit über 25 % an der KG beteiligt wäre und eine dritte natürliche Person wiederum Mehrheitsgesellschafterin dieser GmbH wäre. Im Fall einer Einheits-GmbH & Co. KG ist die wirtschaftliche Berechtigung eines Kommanditisten jedoch in seiner unmittelbaren Gesellschafterstellung verankert, sofern ihm durch besondere gesellschaftsvertragliche Ausgestaltung auch ein gewisses Maß an „Geschäftsinitiative“ zukommt.

Denkbar ist freilich auch eine Begründung wirtschaftlicher Berechtigung der Kommanditisten über hinreichende Stimmrechtskontrolle von mehr als 25 % im Sinne von § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GwG. Wenn also die Komplementär-GmbH mehr als 25 % der Stimmrechte an der KG hält und der Kommanditist die GmbH kontrolliert, kommt es auf eine Kapitalbeteiligung der GmbH nicht an.¹⁵⁷ Da auch Kommanditisten stimmberechtigt sein können¹⁵⁸, folgt eine hinreichende

¹⁵⁴ Zu den Kriterien von „Geschäftsinitiative“ und des „Geschäftsrisiko“, vgl. IV.

¹⁵⁵ Auch eine der Haftungsübernahme Rechnung tragende Vergütungsregelung oder auch nur ein bloßer Aufwendersatz sind denkbar. Die Komplementär-GmbH steht in dieser Konstellation im Verhältnis zu der KG in einem Verhältnis vergleichbar einer bloßen Anstellung, vgl. *Grunewald*, in: MüKo, HGB, § 168 Rn. 15; *Binz/Sorg*, in: *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 4 Rn. 28 ff.

¹⁵⁶ Zur regelmäßigen praktischen Gestaltung der Beteiligungsverhältnisse in einer Einheits-GmbH & Co. KG: v. *Bonin*, RNotZ 2017, 1 (3 f.).

¹⁵⁷ Hierzu, siehe IV. 2. und bereits bei 4.

¹⁵⁸ *Notz/Mohr*, in: *Ebenroth/Boujong*, HGB, Anh 1 GmbH & Co. KG, Rn. 161 m.w.N.

Stimmrechtskontrolle der GmbH aber nicht bereits aus ihrer alleinigen Komplementärstellung. Vielmehr kommt es auf die Ausgestaltung im Einzelfall an.¹⁵⁹

6. Die wirtschaftliche Berechtigung an einer Partnerschaftsgesellschaft

Soweit die organschaftliche Vertretungsmacht als ausreichend angesehen wird, wirtschaftliche Berechtigung des Gesellschafters zu begründen, werden konsequenterweise auch Partner einer Partnerschaftsgesellschaft im Regelfall als wirtschaftlich Berechtigte erkannt.¹⁶⁰ Anders als bei Gesellschaftern einer OHG und Komplementären einer KG, kann dem allerdings für die PartG zugestimmt werden. Dies liegt daran, dass Partnerschaftsgesellschaften keine Personenhandels-gesellschaften sind und ausweislich § 1 Abs. 1 S. 2 PartGG kein Handelsgewerbe betreiben. Bei einer Gesellschaft, die per Definition nicht darauf ausgelegt ist, kaufmännisch zu handeln, wäre es verfehlt, immer auch ein „Geschäftsrisiko“ zu fordern. Denn es sind auch Konstellati-onen denkbar, und diese entsprechen den gesetzlich vorgesehenen Grundtypus der Partner-schaftsgesellschaft in Abgrenzung zu Handelsgesellschaften, in denen das wirtschaftliche Inte-resse der Partnerschaft derart nachrangig für ihre Teilnahme am Rechtsverkehr ist, dass es sys-temfremd wäre, eine *Kontrolle*, die zu wirtschaftlicher Berechtigung führt, mit der wirtschaft-lichen Teilhabe an der Partnerschaft zu begründen. Dies betrifft insbesondere Partnerschaften mit primär künstlerischer, wissenschaftlicher oder sozial-karitativer Zwecksetzung. Insofern liegt eine gewisse Vergleichbarkeit zu einigen der Regelbeispiele aus § 3 Abs. 3 GwG vor, die gemäß § 19 Abs. 2 S. 2 GwG für Rechtsgestaltungen im Sinne von § 21 GwG und rechtsfähige Stiftungen Bedeutung erhalten. Auch diesen fehlt teilweise eine primär wirtschaftliche Zwecke-verfolgung, weshalb eine wirtschaftliche Berechtigung begründende Kontrolle auch und allein etwa durch organschaftliche Verantwortung für den jeweiligen Meldepflichtigen begründet werden kann.¹⁶¹ In Bezug auf die Partnerschaft liegt insofern eine der Konstellationen vor, in denen aufgrund der Möglichkeit einer fehlenden gewinnorientierten Ausrichtung des Melde-pflichtigen es auch nicht entscheidend darauf ankommen darf, ob der wirtschaftlich Berechtigte eine Gewinnbeteiligung hält. Vielmehr kann auch die persönliche berufliche Leistung und Re-putation der Partner ausreichend sein, im Sinne einer „Geschäftsinitiative“, wirtschaftliche Be-rechtigung zu begründen.¹⁶²

¹⁵⁹ Die Frage wirtschaftlicher Berechtigung in der GmbH & Co. KG war insbesondere in Anwendung der ehema-ligen Meldefiktion des § 20 Abs. 2 GwG a.F. von besonderer Bedeutung. Deshalb wird im Rahmen der Ausführ-ungen hierzu noch vertieft auf diese Konstellation eingegangen, vgl. D. I. 2. b) bb).

¹⁶⁰ Vgl. etwa *Rieg*, BB 2017, 2310 (2316), in Verweis auf BT-Drs. 18/11555, S. 92.

¹⁶¹ Vgl. D II., III.

¹⁶² Vgl. IV. 2.

7. Die wirtschaftliche Berechtigung an einer börsennotierten Gesellschaft

Dass § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GwG dogmatischer Bedenken zum Trotz nicht auch zu einem Ausschluss der transparenzregisterrechtlichen Meldepflicht der in Bezug genommenen börsennotierten Gesellschaften führt, wurde bereits ausgeführt.¹⁶³ Hinsichtlich der Frage, wer deshalb als wirtschaftlich Berechtigter im Transparenzregister zu melden ist, wird teilweise erwogen, die Stimmrechtsmitteilungen der §§ 33 ff. WpHG zu spiegeln, womit die dort geregelten Schwellenwerte maßgeblich sein würden für das Bestehen wirtschaftlicher Berechtigung.¹⁶⁴ Auch wenn hiermit der Wertung des § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GwG entsprochen würde, dass die Bestimmung wirtschaftlicher Berechtigung kein über die Transparenzpflichten der §§ 33 ff. WpHG hinausgehendes Transparenzbedürfnis auslöst, fehlt dieser Auffassung eine gesetzliche Verankerung.¹⁶⁵ Überlegungen, dennoch die Schwellenwerte des § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 GwG heranzuziehen¹⁶⁶, würde demgegenüber der Regelung des § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GwG faktisch jegliche Geltung absprechen und in diametralen Widerspruch zu ihrem Wortlaut stehen. Auch kommt nicht in Betracht, stets nur den fiktiv wirtschaftlich Berechtigten im Sinne des § 3 Abs. 2 S. 5 GwG zu melden¹⁶⁷, da hiermit die Subsidiarität fiktiver gegenüber vorrangig festzustellender tatsächlicher wirtschaftlicher Berechtigung sowie der Zweck der transparenzregisterrechtlichen Ausweisung missachtet würden.¹⁶⁸

Wieder andere legen § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GwG deshalb im Rahmen des Transparenzregisterrechts als Einschränkung der Anwendbarkeit des § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 GwG aus, womit § 3 Abs. 1 GwG weiterhin anwendbar und allein maßgeblich für die Bestimmung wirtschaftlicher Berechtigung sein soll. Abgesehen davon soll wirtschaftliche Berechtigung auch im Sinne des § 3 Abs. 2 S. 2, 3 GwG über konzernrechtliche Strukturen mittelbar begründet werden können.¹⁶⁹ Für eine solche sich von seiner einzelfallbezogenen Anwendung unterscheidende Lesart des § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GwG¹⁷⁰ lässt sich zumindest die lediglich *entsprechende* Anwendung der § 3 Abs. 1, 2 GwG im Rahmen des § 19 Abs. 2 S. 1 GwG anführen. Da insofern die Beteiligungsgrenzen des § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 GwG nicht maßgeblich sein sollen, könnte wirtschaft-

¹⁶³ Vgl. I. 3.

¹⁶⁴ Goette, DStR 2021, 1551 (1556).

¹⁶⁵ Ott/Goette, NZG 2022, 248 (251); Burmeister/Uwer, AnwaltsBlatt Online 2021, 273 (276).

¹⁶⁶ Vgl. hierzu die Ausführungen bei Ott/Goette, NZG 2022, 248 (251); Burmeister/Uwer, AnwaltsBlatt Online 2021, 273 (276), die zu demselben Ergebnis kommen, wobei ausdrücklich auf die insoweit irreführende Berücksichtigung dieser Auffassung in der Gesetzesbegründung verwiesen wird, vgl. BT-Drs. 19/28164, S. 42.

¹⁶⁷ So aber: *Figura*, in: Herzog, GwG, § 3 Rn. 15.

¹⁶⁸ Wie hier: Krais, CCZ 2021, 284 (287 f.); Ott/Goette, NZG 2022, 248 (250 f.)

¹⁶⁹ Krais, CCZ 2021, 284 (287); Ott/Goette, NZG 2022, 248 (251), jeweils sollen auch die Bestimmungen der § 3 Abs. 2 S. 2 – 5 GwG maßgeblich bleiben, wobei Krais diese in § 3 Abs. 1 GwG hineinwirken lässt und Ott/Goette § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GwG systematisch nur als Ausschluss von § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 GwG begreifen.

¹⁷⁰ Vgl. hierzu I. 3. a) aa).

liche Berechtigung an börsennotierten Gesellschaften auch in einer deutlich niedrigeren Kapitalbeteiligung angelegt sein, sofern sich hierin gleichwohl eine besondere Verantwortung oder ein besonderer Einfluss des Aktionärs ausdrückt.¹⁷¹ Zwar kann auch in nicht börsennotierten Gesellschaften Kontrolle in Ansehung der Umstände des Einzelfalls rein faktisch begründet werden. Sofern die in § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 GwG vorgesehenen Schwellenwerte unterschritten werden, sind hierfür aber *hinzutretende* Einflussmöglichkeiten erforderlich.¹⁷² Für börsennotierte Gesellschaften hingegen, für die diese Schwellenwerte keinen Richtwert bilden und angesichts der regelmäßig in Streubesitz vorliegenden Beteiligungsstruktur in aller Regel auch nicht erreicht werden, muss demgegenüber richtigerweise eine gegenüber anderen Aktionären *verhältnismäßig* hohe Beteiligung allein ausreichend sein, um wirtschaftliche Berechtigung zu begründen.¹⁷³ So sind sogenannte Ankeraktionäre, die sich durch eine solche *verhältnismäßig* hohe Beteiligung gegenüber anderen Aktionären auszeichnen, für das Schicksal, die Sicherheit und die Entwicklung der AG in besonderem Ausmaß bedeutend.¹⁷⁴ Wenn sie aufgrund ihres Einflusses und ihrer Stellung als „Anker“ der Gesellschaft anzusehen sind, ist auch die Wertung naheliegend, in ihrer Rechtsstellung zu der Gesellschaft auch eine wirtschaftliche Berechtigung im Sinne des weiten Tatbestandsverständnisses nach § 3 Abs. 1 GwG zu erkennen. Dass die Bestimmung wirtschaftlicher Berechtigung an börsennotierten Gesellschaften demnach mit einer gesteigerten Rechtsunsicherheit verbunden ist¹⁷⁵, ist als Konsequenz der „aus der Not geborenen“ dogmatisch nicht überzeugenden transparenzregisterrechtlichen Würdigung des § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GwG zu bewerten¹⁷⁶ und kann nicht zu einer der Zweckverfolgung des Transparenzregister zuwiderlaufenden unangemessenen Einengung des Tatbestands des § 3 Abs. 1 GwG führen. Denn dass Konkretisierungen dafür fehlen, worin wirtschaftliche Berechtigung an börsennotierten Gesellschaften begründet wird, versteht sich von selbst, wenn wirtschaftliche Berechtigung an solchen Gesellschaften eigentlich schon gar nicht entstehen kann.

¹⁷¹ In diesem Sinne auch BT-Drs. 19/28164 S. 42.

¹⁷² Vgl. die Ausführungen hierzu bei B. II. 1.

¹⁷³ A.A. *Krais*, CCZ 2021, 284 (287); *Ott/Goette*, NZG 2022, 248 (251 f.).

¹⁷⁴ Der Begriff des Ankeraktionärs ist nicht normiert, Grenzwerte für eine absolute mindestens zu fordernde Beteiligungshöhe existieren nicht. Die regelmäßig vorliegende Kapitalbeteiligung von 10 – 30 % kann in Ansehung der Umstände des Einzelfalls auch niedriger sein. Vgl. hierzu *Weber-Rey/Reps*, ZGR 2013, 597 (603)

¹⁷⁵ In diesem Sinne lehnen *Krais*, CCZ 2021, 284 (287) und *Ott/Goette*, NZG 2022, 248 (251 f.) eine niedrigschwellige wirtschaftliche Berechtigung von Ankeraktionären in Beurteilung des Einzelfalls ab.

¹⁷⁶ Vgl. hierzu I. 3.

D. Die Bestimmung wirtschaftlicher Berechtigung an rechtsfähigen Stiftungen und an Rechtsgestaltungen im Sinne von § 21 Abs. 1, 2 GwG¹⁷⁷ in Anwendung des § 3 Abs. 3 GwG über § 19 Abs. 2 S. 2 GwG

I. Die über den Verweis des § 19 Abs. 2 S. 2 GwG in die Bestimmungen des § 3 Abs. 3 GwG einbezogenen Meldepflichtigen

1. Die Anwendung der Bestimmungen des § 3 Abs. 3 GwG auf die rechtsfähige Stiftung im Rahmen des § 19 Abs. 2 S. 2 GwG

Zunächst erklärt § 19 Abs. 2 S. 2 GwG für die rechtsfähige Stiftung die Bestimmungen des § 3 Abs. 3 GwG unmittelbar für entsprechend anwendbar.¹⁷⁸ Als juristische Person gehört die rechtsfähige Stiftung zu den von § 20 Abs. 1 S. 1 GwG adressierten Meldepflichtigen. § 20 Abs. 1 GwG beschränkt den Kreis meldepflichtiger Vereinigungen auf juristische Personen des *Privatrechts*, weshalb die Bestimmungen des § 3 Abs. 3 GwG über § 19 Abs. 2 S. 2 GwG auch nur für die Bestimmung der wirtschaftlich Berechtigten in rechtsfähigen Stiftungen *des bürgerlichen Rechts* heranzuziehen ist.¹⁷⁹

2. Die Anwendung der Bestimmungen des § 3 Abs. 3 GwG auf Trusts im Rahmen des § 19 Abs. 2 S. 2 GwG

Die Verweisnorm des § 19 Abs. 2 S. 2 GwG gibt unter Hinzuziehung des Adressatenkreises nach § 21 Abs. 1, 2 GwG den transparenzregisterrechtlichen Anwendungsbereich des § 3 Abs. 3 GwG selbst vor, womit die in § 3 Abs. 3 Hs. 1 GwG vorgesehene Differenzierung einbezogener „Rechtsgestaltungen“ spezialisierend verdrängt wird.¹⁸⁰ Zu den eine Meldepflicht nach § 21 Abs. 1 – 2 GwG treffenden Rechtsgestaltungen¹⁸¹ gehören damit zunächst nach § 21 Abs. 1 S. 1 GwG alle Trusts, deren Verwalter (Trustees) ihren Wohnsitz in Deutschland haben.

¹⁷⁷ § 19 Abs. 2 S. 2 GwG verweist eigentlich auf Rechtsgestaltungen nach § 21 GwG. Warum dies unsauber ist und in dieser Arbeit von Rechtsgestaltungen nach § 21 Abs. 1, 2 GwG gesprochen wird, sofern nicht eine spezifischere Verweisung angezeigt ist, wird in Fußnote 8 erläutert.

¹⁷⁸ Zu der Unterscheidung zwischen der rechtsfähigen / selbstständigen Stiftung und der nichtrechtsfähigen / unselbstständigen Stiftung wird auf die Ausführungen bei 3. a) verwiesen.

¹⁷⁹ Warum eine Ausklammerung staatlich kontrollierter juristischer Personen von den Pflichten gegenüber dem Transparenzregister mit Blick auf die Zweckverfolgung des Transparenzregisters generell einleuchtend ist, kann den Ausführungen bei C. I. 1., 2. entnommen werden.

¹⁸⁰ So auch *Krais*, CCZ 2017, 98 (100), wonach der Verweis in § 19 Abs. 2 S. 2 GwG auf § 3 Abs. 3 GwG, sofern ansonsten eine Verengung des Anwendungsbereichs des § 19 Abs. 2 S. 2 GwG auf bestimmte Rechtsgestaltungen im Sinne des § 21 GwG erfolgen müsste, als reiner Rechtsfolgenverweis zu verstehen ist.

¹⁸¹ Richtigerweise richtet sich die Meldepflicht unmittelbar an die Verwalter dieser Rechtsgestaltungen, womit etwas unsauber von den Rechtsgestaltungen als Meldepflichtige gesprochen wird. Zu den Hintergründen der hier gewählten Terminologie siehe bei A. IV.

Darüber hinaus trifft die Meldepflicht ausnahmsweise auch in einem Drittland ansässige Trustees, „wenn sie für den Trust eine Geschäftsbeziehung mit einem Vertragspartner mit Sitz in Deutschland aufnehmen oder sich verpflichten, Eigentum an einer im Inland gelegenen Immobilie zu erwerben, wenn Anteile im Sinne des § 1 Abs. 3 GrEStG sich bei ihr vereinigen oder auf sie übergehen, oder wenn sie im Sinne des § 1 Abs. 3a GrEStG aufgrund eines Rechtsvorgangs eine wirtschaftliche Beteiligung innehaben“. Hiervon ist wiederum eine Ausnahme zu machen, wenn ein Trustee die Angaben nach Art. 1 Nr. 16 lit. a der RL (EU) 2018/843 (Fünfte EU-Geldwäscherichtlinie)¹⁸², und nach § 19 Abs. 1 GwG bereits an ein anderes Register eines Mitgliedstaates der Europäischen Union übermittelt hat und der Trustee entweder in diesem Mitgliedstaat der Europäischen Union ebenfalls einen Wohnsitz oder Sitz unterhält oder einer der Vertragspartner, zu dem ein Trust mit Wohnsitz oder Sitz außerhalb der Europäischen Union ebenfalls eine Geschäftsbeziehung unterhält, in diesem Mitgliedstaat seinen Sitz hat.¹⁸³

Dem deutschen Recht ist, wie dem kontinentalen Civil Law im Allgemeinen und in Abgrenzung zum Common Law, der Trust als rechtsfähige Rechtsgestaltung mit klar definierten Anforderungen und Eigenschaften unbekannt. Deutschland hat das Haager Übereinkommen über das auf Trusts anzuwendende Recht und über die Anerkennung des Trust vom 1. Juli 1985 nicht unterzeichnet.¹⁸⁴ In der Gesetzesbegründung des zur Einführung des Transparenzregisters führenden Umsetzungsgesetz zur Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, heißt es hierzu:

„Mit den dogmatischen Grundlagen des deutschen Rechts ist die Rechtsfigur des Trusts unvereinbar. Der Trust ist nicht mit einem Treuhandverhältnis nach deutschem Recht zu vergleichen. Im angelsächsischen Rechtskreis ist zwischen zwei Rechtssystemen, dem strengen Recht (Law) und dem Billigkeitsrecht (Equity), zu unterscheiden. Das Wesen eines Trusts besteht darin, dass die Berechtigung nach strengem Recht von der Berechtigung nach Billigkeitsrecht getrennt wird. Der Trustee ist nach strengem Recht Eigentümer der zum Trust gehörenden Sachen und Vollinhaber der zu ihm gehörenden Rechte. Nach Billigkeitsrecht sind jedoch seine Befugnisse in der Weise beschränkt, dass er von ihnen nur zu bestimmten Zwecken im Interesse von Dritten Gebrauch machen darf. Diese Beschränkungen sind nicht, wie etwa bei der Treuhandbestellung

¹⁸² Siehe Fußnote 20.

¹⁸³ Zu dem Hintergrund der Erweiterung nach § 21 Abs. 1 S. 2 GwG kann im Wesentlichen auf die im Zusammenhang mit § 20 Abs. 1 S. 2 GwG angebrachte Begründung der Vermeidung von Missbrauchs- und Umgehungsfällen verwiesen werden, vgl. C. I. 4. Die Einschränkung nach § 21 Abs. 1 S. 3 GwG trägt dem in § 26 Abs. 2 GwG verankerten Gebot der Vermeidung von Doppelmeldungen Rechnung, das dem Transparenzregister in dem Bestreben der Vernetzung der europäischen Register zugrundeliegt, vgl. BR-Drs. 352/19, S. 96 f. Für die weitere Bearbeitung können die in § 21 Abs. 1 S. 2, 3 GwG beschriebenen Sonderkonstellationen jedoch außer Betracht bleiben, insbesondere weil der Trust mangels Rechtsfähigkeit für das deutsche Privatregisterrecht ohnehin keine Rolle spielt. Vgl. dazu Kapitel 3 A. III. 2. a).

¹⁸⁴ Abrufbar unter: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20051844/index.html>.

nach deutschem Recht, rein schuldrechtlicher Art.“ (BGH, Urteil vom 13.06.1984, Az. Iva ZR 196/82, Ziffer IV Buchstabe c).

Die Funktion eines Trusts, Vermögen des Begründers durch einen Treuhänder auf Dauer zugunsten von Dritten zu verwalten, wird in Deutschland regelmäßig von Stiftungen des bürgerlichen Rechts erfüllt. Diese sind anders als Trusts juristische Personen und damit bereits durch § 20 Absatz 1 des Entwurfs erfasst. Werden jedoch nichtrechtsfähige Stiftungen mit einem aus Sicht des Stifters eigennützigen Stiftungszweck eingesetzt, liegt eine Ähnlichkeit zu Trusts vor. Daher haben Treuhänder solcher Stiftungen und diesen in Struktur und Funktion nachgebildeten Rechtsgestaltungen nach Absatz 2 die entsprechenden Einholungs-, Aufbewahrungs-, Aktualisierungs- und Meldepflichten zu erfüllen.“¹⁸⁵

Dass für Trusts, ungeachtet ihrer fehlenden Rechtsfähigkeit, eine Anmeldepflicht im Transparenzregister besteht, trägt dem geldwäscherechtlichen Zweck zur Überwachung und Aufdeckung undurchsichtiger Gesellschaftsstrukturen Rechnung. Dabei ist auch im Hinblick auf die Regelungen des Transparenzregisters die geldwäscherechtliche Definition des Trust aus § 1 Abs. 6 GwG anzuwenden, womit der Begriff des Trust alle Rechtsgestaltung bezeichnet, für deren Errichtung das jeweils anwendbare Recht das Rechtsinstitut des Trust vorsieht.¹⁸⁶

3. Die Anwendung der Bestimmungen des § 3 Abs. 3 GwG auf nichtrechtsfähige Stiftungen und mit diesen vergleichbare Rechtsgestaltungen im Rahmen des § 19 Abs. 2 S. 2 GwG

a) Die Eigenschaften der nichtrechtsfähigen (Treuhand)Stiftung in Abgrenzung zu der rechtsfähigen Stiftung

aa) Das Kriterium der Anerkennung einer Stiftung

§ 3 Abs. 3 GwG gilt über § 19 Abs. 2 S. 2 GwG darüber hinaus nach § 21 Abs. 2 GwG entsprechend für die Bestimmung von im Transparenzregister anzumeldender wirtschaftlicher Beteiligung an in Deutschland verwalteten¹⁸⁷ nichtrechtsfähigen Stiftungen, wenn der Stiftungszweck aus Sicht des Stifters eigennützig ist, sowie diesen nach Struktur und Funktion vergleichbaren Rechtsgestaltungen.¹⁸⁸

¹⁸⁵ BT-Drs. 18/11555, S. 131.

¹⁸⁶ *Figura*, in: Herzog, GwG, § 21 Rn. 1 ff.

¹⁸⁷ Abzustellen ist hierbei ausweislich § 21 Abs. 2 GwG auf den Wohnsitz oder Sitz des verwaltenden (und damit meldepflichtigen) Treuhänders.

¹⁸⁸ Zu den Anforderungen an organisatorische Binnenstruktur und Willensbildungsfähigkeit: Korte, in: BeckOK, GwG, § 21 Rn. 19 ff.

Unter einer nichtrechtsfähigen oder auch unselbstständigen¹⁸⁹ Stiftung ist die Vermögensübertragung an eine natürliche oder juristische Person unter der Maßgabe einer bestimmten Zweckförderung zu verstehen, wobei die zugewendeten Vermögenswerte sich nicht mit dem übrigen Vermögen des Empfängers verbinden, sondern wirtschaftlich getrenntes Sondervermögen für die festgelegte Zweckverfolgung bilden.¹⁹⁰ Bei der nichtrechtsfähigen Stiftung fehlt es an einer Anerkennung nach § 82 BGB. Dies ist jedoch nicht die einzige Abgrenzung von der rechtsfähigen Stiftung. Denn in Bezug auf die Causa unterscheiden sich nichtrechtsfähige Stiftung und rechtsfähige Stiftung wesentlich voneinander: Bei der nichtrechtsfähigen Stiftung erfolgt die Vermögenszuwendung immer aufgrund einer mit dem Vermögensempfänger getroffenen Absprache des Vermögensstifters. Es wird, anders als bei der rechtsfähigen Stiftung, keine mitgliederlose, mit einem Vermögen zur dauernden und nachhaltigen Erfüllung eines vom Stifter vorgegebenen Zwecks ausgestattete juristische Person im Sinne von § 80 Abs. 1 S. 1 BGB geschaffen, sondern eine bloße Rechtsbeziehung zwischen (mindestens) zwei Personen, mit gegenseitigen Rechten und Pflichten.

bb) Die nichtrechtsfähige Stiftung als Treuhandstiftung im Sinne des § 21 Abs. 2 GwG

Damit eine Meldepflicht nach § 21 Abs. 2 GwG besteht, muss die nichtrechtsfähige Stiftung beziehungsweise die hierzu vergleichbare Rechtsgestaltung zwingend einen Treuhänder kennen. An diesen ist die Meldepflicht schließlich unmittelbar adressiert.¹⁹¹

Die früher h.M. sah in einer nichtrechtsfähigen Stiftung stets eine Treuhandstiftung, da der Stiftungsvertrag immer in Gestalt einer Treuhandabrede vorliege.¹⁹² Dies ist jedoch zu Recht dahingehend kritisiert worden, dass die Stiftungsabrede nicht automatisch im Sinne einer treuhänderischen Beauftragung des Treuhänders auszulegen sei. Anderenfalls dürften § 672 S. 1 BGB i.V.m. § 671 BGB zufolge etwa die Rechtsnachfolger des Treugebers regelmäßig über den Bestand der Rechtsbeziehung entscheiden. Vielmehr schweben den Vertragsparteien regelmäßig eine endgültige zweckgebundene Vermögensübertragung auf den Stiftungsträger vor.¹⁹³ In Übereinstimmung hiermit verlangt die Rechtsprechung mittlerweile eine Auslegung der im Einzelfall vorliegenden Rechtsgrundlage dahingehend, ob eine Treuhandabrede oder etwa eine

¹⁸⁹ Die Begriffe sind zueinander synonym. Spiegelbildlich hierzu wird die rechtsfähige Stiftung auch als selbstständige Stiftung bezeichnet. Aus Gründen der Übersichtlichkeit wird in dieser Arbeit einheitlich die im GwG verwendete Terminologie der rechtsfähigen / nichtrechtsfähigen Stiftung übernommen.

¹⁹⁰ BGH, Urteil vom 12. März 2009 – III ZR 142/08 –, ZEV 2009, 410 (411); BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 – III ZR 434/13 –, DStR 2015, 1123 (1125); *Weitemeyer*, in: MüKo, BGB, § 80 Rn. 199.

¹⁹¹ Zu der aus diesem Grund im Zusammenhang mit § 21 Abs. 1, 2 GwG angreifbaren Terminologie des *Meldepflichtigen*, siehe A. IV.

¹⁹² OLG Naumburg, Beschluss vom 23. September 2013 – 1 W 28/13 –, NZG 2014, 470 (471); BFH, Urteil vom 16. November 2011 – I R 31/10 –, BeckRS 2012, 94516; *Westebbe*, Die Stiftungstreuhand, S. 188 ff.; *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, S. 104.

¹⁹³ Insbesondere: *Reuter*, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, Vor §§ 80 ff. Rn. 103; ebenso *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, BGB, Vor §§ 80 ff. Rn. 338.

Schenkung unter der Auflage einer bestimmten Zweckerfüllung an die Trägerorganisation der nichtrechtsfähigen Stiftung vorliegt.¹⁹⁴ Nur wenn sich eine Treuhandabrede bejahen lässt, besteht die Meldepflicht im Sinne des § 21 Abs. 2 GwG. Nur dann ist § 3 Abs. 3 GwG über § 19 Abs. 2 S. 2 GwG anzuwenden, um die wirtschaftlich Berechtigten hieran zu ermitteln.

cc) Die fehlende treuhänderischen Beziehungen der rechtsfähigen Stiftung

Demgegenüber bestehen in einer oder mit einer rechtsfähigen Stiftung richtigerweise keinerlei treuhänderische Rechtsbeziehungen. Zwar existiert mit dem funktionalen Stiftungsbegriff nach *Schlüter* eine hierzu abweichende Auffassung, wonach unter einer Stiftung rechtsformunabhängig jede Form der Vermögenszuwendung zur treuhänderischen Vermögensverwaltung zu verstehen sein.¹⁹⁵ Auch ansonsten findet man die rechtsfähige Stiftung teilweise als Ausprägung der Treuhand bezeichnet.¹⁹⁶

Indes wird dabei stets das Fehlen einer geeigneten Treuhandabrede zwischen potentielllem Treuhänder und potentielllem Treugeber übergangen: Dem Rechtsverhältnis zwischen Stifter und Stiftung fehlt zum einen die für die Treuhand erforderliche Treuhandabrede. Das einseitige Stiftungsgeschäft kann nicht als solches verstanden werden.¹⁹⁷ Überdies besteht regelmäßig überhaupt keine fortgesetzte Rechtsbeziehung zwischen Stifter und Stiftung, die als Treuhandbeziehung bezeichnet werden könnte. Denn vor der Errichtung existiert die rechtsfähige Stiftung im Rechtssinne nicht, mit der Errichtung wird das im Stiftungsgeschäft angelegte Rechtsverhältnis zu dem Stifter grundsätzlich beendet. Zwar kann der Stifter selbst Begünstigter der Stiftung sein. Das insofern bestehende Rechtsverhältnis ist allerdings von dem Rechtsverhältnis zu ihm als Stifter zu unterscheiden.¹⁹⁸ Es gibt somit regelmäßig überhaupt kein Rechtsverhältnis zwischen Stifter und Stiftung, das treuhänderischer Natur sein könnte.

Auch die Destinatäre einer rechtsfähigen Stiftung stehen weder zu dem Stifter noch zu der Stiftung in einem Treuhandverhältnis. Rechtsverhältnisse zwischen Destinatär und Stifter bestehen richtigerweise überhaupt nicht. Der Destinatär agiert ausschließlich mit der Stiftung als eigenständiger juristischer Person. Auch diese ist jedoch nicht als Treuhänderin im Verhältnis zum Destinatär anzusehen. Richtigerweise werden regelmäßig in den Zuwendungen an die Destinatäre deren in der Stiftungssatzung bereits angelegte Ansprüche gegen die Stiftung erfüllt. Die

¹⁹⁴ Siehe nur BGH, Urteil vom 12. März 2009 – III ZR 142/08 –, ZEV 2009, 410 (411); BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 – III ZR 434/13 –, DStR 2015, 1123 (1125); OVG Münster, Urteil vom 31. Mai 2016 – 16 A 172/13 –, npoR 2016, 257 (257); OLG Hamm, Beschluss vom 22. Dezember 2011 – 15 W 712/10 –, BeckRS 2012, 9390.

¹⁹⁵ *Schlüter*, Stiftungsrecht zwischen Privatautonomie und Gemeinwohlbindung, S. 210 f.

¹⁹⁶ Vgl. *Coing*, Die Stiftung kraft privaten Rechtsgeschäfts, S. 17 f.; *Krais*, CCZ 2017, 98 (99); so auch noch *Kaetzler*, in: *Zentes/Glaab*, GwG, 1. Aufl., § 3 Rn. 67 (mittlerweile aber im Sinne des hier vertretenen Stiftungsverständnisses, *Kaetzler*, in: *Zentes/Glaab*, GwG, § 3 Rn. 132).

¹⁹⁷ Das Stiftungsgeschäft ist immer einseitige nicht empfangsbedürftige Willenserklärung des Stifters, vgl. Kapitel 3 C. I. 2. Eine vertragliche Ausgestaltung im Sinne einer Treuhandabrede ist nicht denkbar.

¹⁹⁸ Vgl. III. 3.

Causa für die Leistung bildet in diesem Fall keine Abrede zwischen Destinatär und Stiftung, sondern die aus dem Stiftungsgeschäft abzuleitende Satzung der Stiftung. Selbst, wenn sich der Anspruch nicht aus der Satzung beziehungsweise dem Stiftungsgeschäft ableiten lässt, sondern auf einer separaten Vereinbarung mit den Vertretungs- und Verwaltungsorganen beruht, wird hierdurch keine an die Destinatäreigenschaft anknüpfende Treugeberstellung begründet.¹⁹⁹

Darüber hinaus bestehen auch in Ansehung des Treuguts Bedenken, die rechtsfähige Stiftung als treuhänderische Rechtsgestaltung zu verstehen: Die rechtsfähige Stiftung ist personenidentisch mit dem Stiftungsvermögen, womit es unsauber ist, das Stiftungsvermögen als ein von der Stiftung oder ihren Organen treuhänderisch verwaltetes Sondervermögen zu beschreiben.

b) Das Kriterium der Eigennützigkeit im Sinne des § 21 Abs. 2 Nr. 1 GwG

Das Kriterium der Eigennützigkeit ist dem deutschen Stiftungsrecht fremd. Aufgrund eines darin gesehenen subjektiven Einschlags ist dessen Maßgeblichkeit im Rahmen der Meldepflicht des § 21 Abs. 2 GwG Kritik ausgesetzt.²⁰⁰ Richtigerweise wird man nicht nur dann von einer eigennützigen nichtrechtsfähigen Stiftung oder dieser vergleichbaren Rechtsgestaltung nach § 21 Abs. 2 Nr. 2 GwG ausgehen können, wenn der Stifter selbst Begünstigter ist. Neben diesem eindeutigen Fall von Eigennützigkeit müssen auch solche nichtrechtsfähigen Stiftungen und vergleichbaren Rechtsgestaltungen als eigennützig im Sinne der Norm erkannt werden, die andere konkret in der Satzung beschriebene Personen als Begünstigte bestimmen. Dies ist typischerweise etwa bei Familienstiftungen der Fall.

Ein solches Verständnis nimmt sachgerecht ausschließlich gemeinnützige, humanitäre oder kirchliche nichtrechtsfähige Stiftungen und vergleichbare Rechtsgestaltungen von der Meldepflicht wirtschaftlicher Berechtigung aus, die insofern keinen *eigennützigen*, sondern einen *fremdnützigen* Zweck verfolgen. Hiermit wird dem geldwäscherechtlichen Zweck einer möglichst umfassenden Meldepflicht entsprochen. Hätte der Gesetzgeber einen engeren Kreis meldepflichtiger nichtrechtsfähiger Stiftungen und vergleichbarer Rechtsgestaltungen gewollt, hätte er etwa eine Meldepflicht nur für Stiftungen vorsehen können, deren Zweck zumindest auch dem Stifter zugutekommt.²⁰¹ Für eine solche Auslegung spricht das Regelbeispiel des § 3 Abs. 3 Nr. 4 GwG. Hiernach ist wirtschaftlich Berechtigter „*die Gruppe von natürlichen Personen, zu deren Gunsten das Vermögen verwaltet oder verteilt werden soll, sofern die natürliche Person, die Begünstigte des verwalteten Vermögens werden soll, noch nicht bestimmt ist*“. Dass der Stifter selbst zu dieser Gruppe gehört, ist nur schwierig vorstellbar.²⁰²

¹⁹⁹ Zur Beurteilung der Rechtsstellung der Destinatäre rechtsfähiger Stiftungen, vgl. Kapitel 3 C. I..

²⁰⁰ Schiffer/Schürmann, BB 2017, 2626 (2627); Korte, in: BeckOK, GwG, § 21 Rn. 27 ff.

²⁰¹ Korte, in: BeckOK, GwG, § 21 Rn. 29; Nadwornik, npoR 2017, 233 (234).

²⁰² Siehe hierzu im Übrigen die Ausführungen bei III. 2. d).

c) Keine entsprechende Anwendung auf rechtsfähige Stiftungen

Eine Unterscheidung nach der Fremd- oder Eigennützigkeit einer rechtsfähigen Stiftung ist nicht vorgesehen. Wie erwähnt, kennt das Stiftungsrecht eine entsprechende Unterscheidung auch nicht. Allerdings werden steuerrechtlich gemäß §§ 51 ff. AO *gemeinnützige* von *privatnützigen* rechtsfähigen Stiftungen unterschieden.²⁰³ Teilweise wird der Versuch unternommen, die Begünstigten *gemeinnütziger* Stiftungen aus dem Anwendungsbereich der Meldepflicht herauszunehmen. Hierzu wird angeführt, dass Begünstigte einer solchen Stiftung die Allgemeinheit sei und nicht einzelne natürliche Personen oder eine Personengruppe.²⁰⁴

Ein derartiges Verständnis widerspricht jedoch der systematischen Eingliederung des § 3 Abs. 3 GwG im Zusammenhang mit der Meldepflicht der wirtschaftlichen Berechtigung nach §§ 20 Abs. 1 GwG, 21 Abs. 1 – 2 GwG i.V.m. 19 Abs. 1 GwG. In § 21 Abs. 2 GwG wird ausdrücklich eine transparenzregisterrechtliche Meldepflicht für *nichtrechtsfähige* Stiftungen an die Eigennützigkeit dieser Rechtsgestaltung geknüpft. Die Meldung wirtschaftlicher Berechtigung an rechtsfähigen Stiftungen richtet sich hingegen nach den Bestimmungen des § 20 Abs. 1 GwG. Es darf nicht einfach ignoriert werden, dass der Gesetzgeber die Unterscheidung zwischen Eigen- und Fremdnützigkeit von Stiftungen vor Augen hatte, allerdings nur für Meldepflichten nichtrechtsfähiger Stiftungen hiernach differenzieren will. Ob eine nach den §§ 51 ff. AO als gemeinnützig zu qualifizierende Stiftung gleichsam eigennützig nach den für § 21 Abs. 2 GwG geltenden Grundsätzen sein kann, kann deshalb dahinstehen. Denn keines dieser Kriterien hat Einfluss auf die Meldepflicht rechtsfähiger Stiftungen nach § 20 Abs. 1 S. 1 GwG.²⁰⁵

Allerdings gibt es gesetzgeberische Bestrebungen, die Wahrnehmung der Meldepflicht für gemeinnützige rechtsfähige Stiftungen zumindest kostenneutral zu gestalten.²⁰⁶

II. Die Anwendung der für die wirtschaftliche Berechtigung an den Meldepflichtigen nach § 19 Abs. 2 S. 1 GwG gewonnenen Erkenntnisse auf die wirtschaftliche Berechtigung an den von § 19 Abs. 2 S. 2 GwG adressierten Meldepflichtigen

Im Zusammenhang mit der Bestimmung wirtschaftlicher Berechtigung nach § 19 Abs. 2 S. 1 GwG i.V.m. § 20 Abs. 1 GwG wurde bereits darauf eingegangen, dass insbesondere für Rechts-

²⁰³ Schlüter, in: Henssler/Strohn, GesR, 5. Aufl., § 80 BGB Rn. 1; Roth, in: BeckOGK, BGB, § 80 Rn. 366 ff.

²⁰⁴ Kotzenberg/Lorenz, NJW 2017, 2433 (2436); ähnlich: Nadwornik, npoR 2017, 233 (236 f.).

²⁰⁵ Schiffer/Schürmann, BB 2017, 2626 (2626); Nadwornik, npoR 2017, 233 (234); so auch: BVA, Transparenzregister Fragen und Antworten zum Geldwäschegesetz (GwG), siehe Fußnote 72, S. 7.

²⁰⁶ Vgl. BT-Drs. 19/30443, S. 67 f. sowie die Ausführungen hierzu in Fußnote 446.

gestaltungen im Sinne des § 21 Abs. 1, 2 GwG keine besondere Grundlage für eine die wirtschaftliche Berechtigung bedingende Kontrolle erforderlich ist.²⁰⁷ Allgemein kann wirtschaftliche Berechtigung demnach auch in Bezug auf die Meldepflichtigen nach § 19 Abs. 2 S. 2 GwG i.V.m. § 21 Abs. 1, 2 GwG auf unterschiedlichste Arten von Kontrollausübung zurückgehen.

Dabei sind, im Gegensatz zu den in § 19 Abs. 2 S. 1 GwG in Bezug genommenen Vereinigungen, nach § 3 Abs. 3 Nr. 1, 2, 5, 6 GwG die geschäftsführenden beziehungsweise vermögensverwaltenden natürlichen Personen immer als *tatsächlich* wirtschaftlich Berechtigte anzusehen. Eine über beherrschenden Einfluss auf die Geschäftsführung / Vermögensverwaltung ausgeübte mittelbare Kontrolle ist wiederum § 3 Abs. 3 Nr. 5, 6 lit. a Alt. 1, lit. b Alt. 1 GwG zufolge ausreichend, wobei beherrschender Einfluss in systematischer Fortführung des für § 3 Abs. 2 S. 4 GwG zugrunde gelegten Verständnisses im Sinne des § 290 Abs. 2 – 4 HGB als Mehrheitsbeteiligung (oder eine vergleichbar stark ausgestaltete gesellschaftliche Rechtsstellung) zu verstehen ist, worin wiederum ein Umgehungsrisiko der Meldepflicht liegt.²⁰⁸ Hinzu kommt, dass Begünstigte gemäß § 3 Abs. 3 Nr. 3, 4 GwG als wirtschaftliche Nutznießer der Rechtsgestaltungen gemeldet werden müssen. Übt eine natürliche Person mittelbar beherrschenden Einfluss auf eine begünstigte Vereinigung aus, soll dies den Regelungen aus § 3 Abs. 3 Nr. 6 lit. a Alt. 2, lit. b Alt. 2 GwG zufolge wiederum ausreichend sein.²⁰⁹ Insofern lassen sich die als unwiderlegliche gesetzliche Vermutungen gefassten Konkretisierungen²¹⁰ des § 3 Abs. 3 GwG in zwei bereits bekannte Kategorien unterteilen: in die Kategorien wirtschaftlicher Berechtigung durch „Geschäftsinitiative“ und wirtschaftlicher Berechtigung durch „Geschäftsrisiko“.²¹¹ Indes verdeutlichen die Regelbeispiele, dass es für Meldepflichtige nach § 19 Abs. 2 S. 2 GwG ausreichend sein soll, wenn eine dieser beiden Kriterien in ausreichendem Umfang vorliegt, womit generell von einem weiteren Verständnis wirtschaftlicher Berechtigung auszugehen ist, als bei den Meldepflichtigen im Rahmen des § 19 Abs. 2 S. 1 GwG i.V.m. § 3 Abs. 2 GwG. Unter welchen Voraussetzungen dieser Umfang erreicht ist, lässt sich § 3 Abs. 3 GwG allerdings nicht ohne Weiteres entnehmen. Eine am Sinn und Zweck des Transparenzregisters ausgerichtete Konkretisierung dieses Umfangs wird nachfolgend anhand ausgewählter Fallgruppen des § 3 Abs. 3 GwG vorgenommen.

²⁰⁷ Siehe C. II.

²⁰⁸ Vgl. hierzu die Ausführungen bei C. III.

²⁰⁹ Gegen die Möglichkeit einer „mittelbaren“ Kontrolle durch Beteiligung an einer begünstigten Institution: *Figura*, in: Herzog, GwG, § 3 Rn. 20; zu der wirtschaftlichen Berechtigung von Begünstigten, siehe im Einzelnen die Ausführungen bei III. 2.

²¹⁰ Kaetzler, in: Zentes/Glaab, GwG, § 3 Rn. 82; Bayer, in: BeckOK, GwG, § 3 Rn. 68.

²¹¹ Zur Herleitung, siehe C. IV.

III. Die konkrete Beurteilung von wirtschaftlicher Berechtigung an den von § 19 Abs. 2 S. 2 GwG i.V.m. § 21 Abs. 1, 2 GwG adressierten Meldepflichtigen

1. Anwendung der abstrakten Anforderungen wirtschaftlicher Berechtigung auf ausgewählte konkrete Fallgruppen

Zunächst weist § 3 Abs. 3 GwG manche Personen ausdrücklich als wirtschaftlich Berechtigte aus. Hierzu gehören die jeweils mit „Geschäftsinitiative“ ausgestatteten Treugeber (Settlor) und Verwalter (Trustees) von Trusts, die Mitglieder des Vorstands einer rechtsfähigen Stiftung, sowie die verwaltenden Treuhänder einer nichtrechtsfähigen Stiftung im Sinne des § 21 Abs. 2 Nr. 1 GwG beziehungsweise einer zu dieser vergleichbaren Rechtsgestaltung im Sinne des § 21 Abs. 2 Nr. 2 GwG. Wie auch für die Bestimmung wirtschaftlicher Berechtigung an den Meldepflichtigen nach § 19 Abs. 2 S. 1 GwG²¹², gibt es abseits hiervon Konstellationen, in denen die Bestimmung wirtschaftlicher Berechtigung schwerer fällt.

2. Die wirtschaftliche Berechtigung von Begünstigten im Sinne von § 19 Abs. 2 S. 2 GwG i.V.m. § 3 Abs. 1, 3 Nr. 3, 4 GwG

a) Kein Gleichlauf von Begünstigten und wirtschaftlich Berechtigten

Dies betrifft zum einen die wirtschaftliche Berechtigung von Begünstigten, die ausschließlich ein „Geschäftsrisiko“ tragen. So ist fraglich, wer als *bestimmt* im Sinne des § 3 Abs. 3 Nr. 3 GwG anzusehen ist und wie mit § 3 Abs. 3 Nr. 4 GwG im Transparenzregisterrecht umzugehen ist. Demzufolge soll eine begünstigte Gruppe von natürlichen Personen als wirtschaftlich Berechtigte anzusehen sein, sofern die einzelnen natürlichen Personen, die dieser Gruppe angehören, noch nicht bestimmt sind.

Ihrem Wortlaut nach könnten die Bestimmungen des § 3 Abs. 3 Nr. 3, 4 GwG so verstanden werden, dass alle Destinatäre einer rechtsfähigen Stiftung sowie generell alle Nutznießer von fremdverwalteten Vermögensmassen²¹³ im Transparenzregister als wirtschaftlich Berechtigte darzustellen sind. Dies würde jedoch dazu führen, dass etwa auch jeder Empfänger von Stipendienmitteln einer zu diesem Zweck errichteten Stiftung anzumelden wäre, auch wenn der Umfang der ihm anspruchsweise zugewiesenen Mittel nur einem Bruchteil des Gesamtstiftungsvermögens entspricht. Einen Stipendiaten, der monatlich ca. 1000 EUR aus einem Stiftungsvermögen von mehreren Millionen EUR erhält, in diesem Sinne als wirtschaftlich Berechtigten

²¹² Vgl. C. VI. 1.

²¹³ Der Begriff der „Vermögensmasse“ fungiert hierbei als rechtstechnischer Sammelbegriff für solche zweckgebundenen Sondervermögen, die – wie Trusts, rechtsfähige Stiftungen und andere treuhandähnliche Gestaltungen – von einem Verwalter im Interesse Dritter (der Begünstigten) gehalten und administriert werden.

der Stiftung im Transparenzregister anzumelden, kann in Ansehung des Gesetzeszwecks, wonach die letztlich zentralen Nutznießer der Meldepflichtigen beziehungsweise deren maßgeblich Verantwortliche offengelegt werden sollen²¹⁴, nicht gewollt sein. Richtigerweise ist demnach eine engere, an dem Gesetzeszweck ausgerichtete Auslegung des § 3 Abs. 3 Nr. 3, 4 GwG angezeigt und aus einer Begünstigtenstellung nur dann eine wirtschaftliche Berechtigung abzuleiten, wenn diese eine Rechtsposition an dem Vermögen der Stiftung oder Rechtsgestaltung gewährt, deren Offenlegung im Transparenzregister dem Gesetzeszweck nach erforderlich erscheint.²¹⁵

b) Die im Stiftungsgeschäft bestimmten „in erster Linie Begünstigten“

Damit wird den Vorgaben der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie entsprochen, wonach lediglich die „in erster Linie“ Begünstigten offenzulegen sind.²¹⁶ Hierunter sind zunächst natürliche Personen zu verstehen, die konkret, etwa im Stiftungsgeschäft, als Begünstigte bestimmt sind. Dies folgt angesichts des klaren Wortlauts von § 3 Abs. 3 Nr. 3 GwG bereits aus den Grenzen der Auslegungsfähigkeit einer Vorschrift. Das BVA lässt in Bezug auf die rechtsfähige Stiftung eine *Identifizierbarkeit* des Begünstigten unmittelbar aus Stiftungsgeschäft oder Stiftungssatzung genügen.²¹⁷ Auf einen prozentualen Anteil einer Berechtigung oder eines Anspruchs an dem Stiftungsvermögen kommt es in dieser Konstellation nicht an.

Wenn die Begünstigtenstellung einer einzelnen natürlichen Person und die sich daraus ergebenden Ansprüche²¹⁸ zwar im Stiftungsgeschäft angelegt sind, aber erst aufgrund eines entsprechenden Beschlusses der zuständigen Stiftungsorgane begründet werden, ist grundsätzlich keine wirtschaftliche Berechtigung des Begünstigten im Sinne des Regelbeispiels nach § 3 Abs. 3 Nr. 3 GwG anzunehmen.²¹⁹ Der im obigen Beispiel genannte Stipendiat wäre demnach nicht im Transparenzregister zu melden, da seine Förderung erst durch Beschluss des Stiftungsvorstands zustande käme. Er wäre nicht als Begünstigter *bestimmt* im Sinne von § 3 Abs. 3 Nr. 3 GwG.

c) Wirtschaftliche Berechtigung der dem Umfang nach „Hauptbegünstigten“

Eine Stellung als „in erster Linie“ Begünstigter, oder „Hauptbegünstigter“ kann sich nach hier vertretener Auffassung jedoch auch aus dem Umfang seiner Begünstigung ergeben. Zwar ist

²¹⁴ Vgl. A. II., III.

²¹⁵ Ebenso *Schiffer/Schürmann*, BB 2017, 2626 (2629).

²¹⁶ RL (EU) 2015/849 (Vierte EU-Geldwäscherichtlinie), siehe Fußnote 1, Art. 3 Nr. 6 lit. b (iv).

²¹⁷ BVA, Transparenzregister Fragen und Antworten zum Geldwäschegesetz (GwG), siehe Fußnote 72, S. 16.

²¹⁸ Zu der Frage, ob und woraus Stiftungsdestinatäre rechtsfähiger Stiftungen materiell-rechtliche Ansprüche auf Stiftungsleistungen haben, siehe Kapitel 3 C. I.

²¹⁹ *Schiffer/Schürmann*, BB 2017, 2626 (2629); *Nadwornik*, npoR 2017, 233 (237); so auch BVA, Transparenzregister Fragen und Antworten zum Geldwäschegesetz (GwG), siehe Fußnote 72, S. 16 f.

eine Beteiligung an einer rechtsfähigen Stiftung, im Gegensatz zu den übrigen von § 20 Abs. 1 GwG adressierten Vereinigungen, nicht möglich. Dennoch sollten die Schwellenwerte des § 3 Abs. 2 GwG als Orientierung dafür dienen, ab welchem Umfang die Nutznießung eines Begünstigten von den Ausschüttungen einer rechtsfähigen Stiftung²²⁰ dazu führt, dass dieser in Anbetracht der Zweckverfolgung des GwG und des Transparenzregisters als zentraler wirtschaftlicher Profiteur der Stiftung und damit deren wirtschaftlich Berechtigter anzuerkennen ist. Bei einer potentiellen Zuwendung von mehr als 25 % des Stiftungsvermögens sollte demnach auch dann von einer unwiderleglichen Vermutung wirtschaftlicher Berechtigung des Begünstigten auszugehen sein, wenn für die Begründung seines Auszahlungsanspruchs noch ein Konkretisierungs- oder Festsetzungsbeschluss eines Verwaltungsorgans erforderlich ist.²²¹

d) Der Hauptbegünstigte hinter einer Personenmehrheit im Sinne des § 3 Abs. 3 Nr. 4 GwG

Etwas anderes sollte aber im Anwendungsbereich des § 3 Abs. 3 Nr. 4 GwG gelten, wonach Personengruppen, die ausreichend individualisiert im Stiftungsgeschäft bestimmt sind, als wirtschaftlich Berechtigte zu erkennen sind. In dieser Konstellation ist die einzelne natürliche Person Mitglied einer Personenmehrheit, womit eine Ähnlichkeit zur mittelbaren Kontrollausübung auf Vereinigungen nach § 3 Abs. 2 S. 2 – 4 GwG besteht. Mittelbarer Kontrolle liegt eine mehrheitliche Beteiligung an der zwischengeschalteten Vereinigung zugrunde.²²² Über die Bestimmung des § 3 Abs. 3 Nr. 6 lit. b Alt. 2 GwG ist diese Wertung auch auf die Meldepflichtigen im Sinne des § 19 Abs. 2 S. 2 GwG anzuwenden, wonach wirtschaftliche Berechtigung derjenigen natürlichen Person unwiderleglich zu vermuten ist, die beherrschende Kontrolle über eine als Begünstigte bestimmte Vereinigung ausübt.²²³

In Anbetracht dieser gesetzgeberischen Wertung scheint es angemessen, auch eine natürliche Person, die potentiell mindestens 50 % der insgesamt ausgeschütteten Vermögenszuwendungen empfangen kann, als „Hauptbegünstigter“ innerhalb einer im Sinne des § 3 Abs. 3 Nr. 4 GwG begünstigten Personengruppe anzusehen und entsprechend als wirtschaftlich Berechtigten im Transparenzregister anzumelden.²²⁴

²²⁰ Dies gilt entsprechend auch für die übrigen Meldepflichtigen im Sinne des § 19 Abs. 2 S. 2 GwG.

²²¹ So auch *Figura*, in: Herzog, GwG, § 3 Rn. 20; DK, Auslegungs- und Anwendungshinweise 2014, siehe Fußnote 101, Tz. 28.

²²² Wenn mittelbare Kontrolle allein über „Eigentum“ an dem Meldepflichtigen vermittelt werden soll, vgl. C. III.

²²³ Gegen die Möglichkeit einer „mittelbaren“ Kontrolle durch Beteiligung an einer begünstigten Institution: *Figura*, in: Herzog, GwG, § 3 Rn. 20.

²²⁴ So auch *Figura*, in: Herzog, GwG, § 3 Rn. 21.

e) Wirtschaftliche Berechtigung der Personenmehrheit gemäß § 3 Abs. 3 Nr. 4 GwG selbst

Nur wenn keine natürliche Person als „in erster Linie“ Begünstigter oder „Hauptbegünstigter“ ermittelt werden, ist gemäß § 3 Abs. 3 Nr. 4 GwG die Personengruppe selbst, wie sie im Stiftungsgeschäft bezeichnet ist²²⁵, als wirtschaftlich Berechtigte im Transparenzregister anzumelden. Damit wird zwar mit dem Grundsatz gebrochen, dass nur natürliche Personen als wirtschaftlich Berechtigte in Betracht kommen. Angesichts des Auffangcharakters der Bestimmung, die entsprechend ihrem Wortlaut nur greift, sofern kein „Hauptbegünstigter“ als natürliche Person zu ermitteln ist, ist dies jedoch hinzunehmen.

Zwar werden teilweise auch Bedenken an dem Charakter als Auffangtatbestand geäußert, da § 3 Abs. 3 Nr. 4 GwG in der Praxis weitgehend leerlaufen würde, da letztlich so gut wie immer einzelne Personen aus der abstrakten Gruppe in Erfüllung der Stiftungszwecke bereits konkret von der Stiftung begünstigt werden.²²⁶ Diese Bedenken verfangen allerdings nicht. Ziel des Transparenzregisters ist nicht, möglichst umfassend Informationen über die wirtschaftliche Ausrichtung der Meldepflichtigen zu sammeln, sondern diejenigen Personen zu bestimmen, die letztlich und endgültig von der wirtschaftlichen Aktivität der Meldepflichtigen profitieren und diese kontrollieren. Aus diesem Grund besteht überhaupt die allgemeine Beschränkung wirtschaftlicher Berechtigung auf natürliche Personen.²²⁷ Konnte eine solche Person bereits bestimmt werden, gibt es keine Notwendigkeit, darüber hinaus noch eine Personenmehrheit anzumelden, die die Stiftung ihrer Satzung nach zu fördern ausgerichtet ist. Das weitgehende Leerlaufen eines Auffangtatbestands ist darüber hinaus gerade wesentlich für seinen Charakter als Auffangtatbestand und bestätigt dessen Natur eher, als dass es sie in Frage stellt.

3. Der Stifter als wirtschaftlich Berechtigter im Sinne des Transparenzregisterrechts?

Darüber hinaus gibt es eine weitere Person, deren Stellung als wirtschaftlich Berechtigter im Zusammenhang mit den von § 19 Abs. 2 S. 2 GwG einbezogenen Meldepflichtigen regelmäßig zu beurteilen sein wird und zu denen § 3 Abs. 3 GwG keine ausdrücklichen Bestimmungen vorsieht: der Stifter einer rechtsfähigen Stiftung.

Der Stifter einer rechtsfähigen Stiftung ist nicht *stets* als wirtschaftlich Berechtigter im Transparenzregister auszuweisen. Der Gesetzgeber hat von einer Aufnahme des Stifters in den Regelbeispielkatalog des § 3 Abs. 3 GwG abgesehen. Insbesondere ist er nicht Treuhänder der

²²⁵ So BVA, Transparenzregister Fragen und Antworten zum Geldwäschegesetz (GwG), siehe Fußnote 72, S. 17; zu der Entwicklung dieses Verständnisses angesichts der anfänglichen praktischen Schwierigkeiten der Umsetzbarkeit einer derartigen Anmeldung im Transparenzregister, vgl. *Schiffer/Schürmann*, BB 2017, 2626 (2629).

²²⁶ *Schiffer/Schürmann*, BB 2017, 2626 (2629 f.).

²²⁷ Vgl. B. I.

von ihm ins Leben gerufenen Stiftung.²²⁸ Mit dem Entstehen der Stiftung wird der Stifter grundsätzlich von der Stiftung getrennt. Ihm stehen keine originären organschaftlichen Befugnisse zu. Wenn aus dem Stiftungsgeschäft keine Begünstigtenstellung und aus der Stiftungssatzung keine Vorstandsstellung des Stifters hervorgeht, fehlt dem Stifter die wirtschaftliche Berechtigung an der eigenen Stiftung.²²⁹ Dass in vielen Stiftungen in der Praxis anderes gelten dürfte, liegt nicht an der gesetzlich angedachten Rechtsposition des Stifters, der nach Entstehen der rechtsfähigen Stiftung dieser als gewöhnlicher Dritter gegenübersteht, sondern an der oftmals auch über die Gründungsphase hinausgehenden Verknüpfung von Stifter und Stiftung unter Überwindung des „Trennungs- und Erstarrungsprinzips“²³⁰.

Demgegenüber ist der Stifter einer nichtrechtsfähigen Stiftung im Regelfall als wirtschaftlich Berechtigter anzusehen, da die nichtrechtsfähige Stiftung durch eine Vereinbarung und nicht durch einseitiges Stiftungsgeschäft zustande kommt, die zumeist in Form einer Treuhandabrede geschlossen wird. Der Stifter ist dann als Treugeber wirtschaftlich Berechtigter der nichtrechtsfähigen Stiftung, wobei offenbleiben kann, ob er unter das Regelbeispiel des § 3 Abs. 3 Nr. 1 GwG oder § 3 Abs. 3 Nr. 5 GwG fällt.²³¹

E. Die GbR im Transparenzregisterrecht

I. Die Entwicklung der Meldepflicht der GbR

1. Das gesteigerte Vorsichtsgebot im geldwäscherechtlichen Umgang mit der GbR

Die Beurteilung der Meldepflicht von GbRs ist vor dem Hintergrund des vergleichsweise erhöhten Risikopotentials, das von der Rechtsform der GbR in Geldwäscheangelegenheiten ausgeht, von besonderer Bedeutung. Das Risikopotential folgt aus der geringen Transparenz der GbR, für die auch nach Einführung des GbR-Gesellschaftsregisters jedenfalls keine Eintragungspflicht besteht, und der weitgehenden Gestaltungsfreiheit innerhalb der Gesellschaft. In der einzelfallbezogenen Geltung des § 3 GwG, außerhalb des Transparenzregisters, herrscht

²²⁸ Vgl. dazu die Ausführungen bei I. 3. a) cc).

²²⁹ Kotzenberg/Lorenz, NJW 2017, 2433 (2435 f.); *Figura*, in: Herzog, GwG, § 3 Rn. 18; *Schiffer/Schürmann*, BB 2017, 2626 (2628); so auch BVA, Transparenzregister Fragen und Antworten zum Geldwäschegesetz (GwG), siehe Fußnote 72, S. 16.

²³⁰ Demnach soll mit der Gründung der Stifter von der Stiftung getrennt werden und der im Stiftungsgeschäft gefasste Stifterwille erstarren, vgl. ausführlich hierzu *Jakob/Uhl*, in: BeckOGK, BGB, § 80 Rn. 179 ff.

²³¹ *Schiffer/Schürmann*, BB 2017, 2626 (2628) wollen den „Treuhandstifter“ unter den auf den Trust zugeschnittenen § 3 Abs. 3 Nr. 1 GwG subsumieren; abl. hingegen der Bundesverband Deutscher Stiftungen in seiner Anwendungshilfe für Stiftungen im Umgang mit dem Transparenzregister, abrufbar unter: <https://www.stiftungen.org/de/aktuelles/blog-beitraege/anti-geldwaeschegesetz-das-muessen-sie-tun-meldung-an-das-transparenzregister.html>, wonach der Auffangtatbestand des § 3 Abs. 3 Nr. 5 GwG einschlägig sein soll. Eine Treuhandabrede vermag einen „beherrschenden Einfluss“ auf die Vermögensverwaltung, sofern man hierfür entsprechend der Regelung des § 3 Abs. 2 S. 4 GwG auf § 290 Abs. 2 – 4 AktG abstellt, indes nicht zu vermitteln. Beide Ansätze sind insofern etwas unsauber. Angesichts des Regelbeispielcharakters der Bestimmungen des § 3 Abs. 3 GwG wäre es auch denkbar, den „Treuhandstifter“ schlicht unter § 3 Abs. 1 GwG i.V.m. § 19 Abs. 2 S. 2 GwG zu subsumieren.

deshalb in Bezug auf die GbR ein gesteigertes Vorsichtsgebot und die regelmäßig geltenden Maßstäbe wirtschaftlicher Berechtigung müssen gegebenenfalls heruntergesetzt werden.²³² Dieser risikobasierte Ansatz wurde mit Ausgliederung in den § 3a GwG erst zum 1. August 2021 an systematisch prominenter Stelle normiert, womit dessen zentrale Bedeutung für die Wahrnehmung der Sorgfaltspflichten der Verpflichteten hervorgehoben werden sollte.²³³

2. Die Meldepflicht in das GbR-Gesellschaftsregister eingetragener GbRs

Das MoPeG hat zu der Einführung des § 707 BGB n.F. und damit zu der Einführung eines GbR-Gesellschaftsregisters zum 1. Januar 2024 geführt.²³⁴ Die Eintragung einer GbR erfolgt grundsätzlich freiwillig²³⁵, womit sie nur dann, als eingetragene Personengesellschaft, eine Meldepflicht nach § 20 Abs. 1 S. 1 GwG trifft, wenn von der Möglichkeit der Eintragung Gebrauch gemacht würde. In diesem Fall ist § 3 Abs. 1 – 3 GwG über § 19 Abs. 2 S. 1 GwG hinsichtlich der im Transparenzregister einzutragenden wirtschaftlich Berechtigten entsprechend anzuwenden. Dieses Ergebnis wird in der mit Einführung des GbR-Gesellschaftsregisters einhergehenden Änderung des § 20 Abs. 2 GWG zum 1. Januar 2024 bestätigt. Hierin wird durch Bezugnahme auf das Gesellschafterregister eine dem Grunde nach bestehende Mitteilungspflicht eingetragener GbR ausgedrückt.²³⁶

3. Die historisch fehlende Meldepflicht der GbR

a) Begründungsversuch der GbR als Rechtsgestaltung im Sinne von § 21 Abs. 2 Nr. 2 GwG

Trotz des hohen geldwäscherechtlichen Risikopotentials der GbR fiel es vor Inkrafttreten des GbR-Gesellschaftsregisters, das auf die Umsetzung des Mauracher Entwurfs das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) in der Fassung BT-Drs. 19/27635 zurückgeht, schwer, eine Meldepflicht von GbRs zu begründen. Eine solche konnte sich jedenfalls nicht aus § 20 Abs. 1 GwG ergeben, da die GbR mangels Eintragungsfähigkeit *de lege lata* niemals *eingetragene* Personengesellschaft war.²³⁷

²³² BT-Drs. 16/9038, S. 30; *Figura*, in: Herzog, GwG, § 3 Rn. 3; *Ackmann/Reder* WM 2009, S. 158, 163.

²³³ BT-Drs. 19/28164, S. 43.

²³⁴ Abrufbar unter: https://www.bgb1.de/xaver/bgb1/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGB1&jumpTo=bgb1121s3436.pdf#_bgb1_%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgb1121s3436.pdf%27%5D_1643098875960.

²³⁵ Vgl. hierzu noch Kapitel 3 A. III. 2. b) bb).

²³⁶ Vgl. Art. 92 MoPeG, BT-Drs. 19/27635 S. 287.

²³⁷ *Kotzenberg/Lorenz*, NJW 2017, 2433 (2434); *Krais*, CCZ 2017, 98 (98); vgl. Verweis bei BT-Drs. 18/11555, S. 127 auf RL (EU) 2015/849 (Vierte EU-Geldwäscherichtlinie), siehe Fußnote 1, Art. 30 Abs. 1 UAbs. 1, wonach nur die „in ihrem Gebiet eingetragenen Gesellschaften oder sonstigen juristischen Personen“ der Meldepflicht nach § 20 Abs. 1 GwG unterliegen sollen.

Zwar könnte man in Betracht ziehen, dass eine wirtschaftliche Berechtigung im Sinne von § 19 Abs. 2 S. 2 GwG i.V.m. § 3 Abs. 1, 3 GwG an einer GbR als Rechtsgestaltung nach § 21 Abs. 1, 2 GwG dem Transparenzregister zu melden war.

Eine GbR ist aber kein Trust nach § 21 Abs. 1 GwG. Da der Trust in Deutschland keine Anerkennung findet, erfasst die Regelung nur ausländische Trusts mit Verwaltungssitz in Deutschland.²³⁸ Um Rechtsgestaltung im Sinne von § 21 Abs. 2 Nr. 2 GwG sein zu können, muss entweder eine trustähnliche oder treuhänderische Ausgestaltung vorliegen, die in hinreichendem Maß Verwaltungsstruktur nach außen und innen besitzt. Dies fordert eine gewisse organisatorische Binnenstruktur und Willensbildungsfähigkeit.²³⁹ Auch wenn keine Vergleichbarkeit von Trust und Treuhand in Deutschland besteht²⁴⁰, existiert in dem Erfordernis eines getrennt zu verwaltenden Sondervermögens ein gemeinsames Wesensmerkmal. Auch eine GbR bildet ein gesondertes Gesellschaftsvermögen, das von dem Vermögen der Gesellschafter zu trennen ist. Die persönliche unbeschränkte Haftung der Gesellschafter nach § 721 BGB n.F. ändert daran nichts. Insofern ließe sich durchaus vertreten, dass Personen, die eigene Rechtspositionen in ein Gesamthandvermögen einbringen und in Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks verwalten, eine Meldepflicht im Sinne von § 21 Abs. 2 Nr. 2 GwG auslösten, wenn sie als diese Gesamthand und damit als GbR am Rechtsverkehr teilnahmen.²⁴¹ Als der die Meldepflicht ausübende Treuhänder im Sinne des § 21 Abs. 2 Nr. 2 GwG hätte nach dieser Ansicht die Geschäftsführung der GbR selbst erkannt werden können, die das Vermögen verwaltet.

Dem systematischen Gegenargument, der Gesetzgeber habe in § 20 Abs. 1. S. 1 GwG ausdrücklich nur *eingetragenen* Personengesellschaften die Meldepflicht auferlegt und man missachte diese Wertung, wenn man nun eine Meldepflicht der GbR über § 21 Abs. 2 Nr. 2 GwG konstruiere, lässt sich mit verschiedenen Argumenten begegnen.

Zum einen folgt § 20 GwG schlicht der Vorgabe der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie zur Erfassung eingetragener Gesellschaften von der Meldepflicht.²⁴² Der deutsche Gesetzgeber hat nicht bewusst eine Wertung getroffen, wonach die GbR ausdrücklich nicht und niemals den Pflichten in Bezug auf das Transparenzregister unterliegen sollte. Vielmehr könnte eine in diesem Sinne flexible Anwendung der Regelung des § 21 Abs. 2 Nr. 2 GwG die Möglichkeit eröffnen, in differenzierender Betrachtung nur bei in bestimmter Weise ausgestalteten und ausgerichteten GbRs eine Meldepflicht anzunehmen. Zum anderen wäre es widersprüchlich, in §

²³⁸ *Spoerr/Roberts*, WM 2017, 1142 (1147); *Korte*, in: BeckOK, GwG, § 21 Rn. 8.

²³⁹ *Korte*, in: BeckOK, GwG, § 21 Rn. 19 ff.

²⁴⁰ Siehe hierzu die Ausführungen bei D. I. 2.

²⁴¹ Zu den Überschneidungen von GbR und Treuhand, vgl. Kapitel 3 B. II. 2. c), III. 2. b).

²⁴² Siehe Fußnote 237.

21 Abs. 2 Nr. 2 GwG einen Auffangtatbestand für alle möglichen Rechtsgestaltungen zu erkennen, der statt auf formale Anforderungen an Ausgestaltung oder Rechtsfähigkeit²⁴³ zentral auf die Zweckverfolgung abstellt, und gleichzeitig der GbR, trotz Rechtsfähigkeit und gesetzlich vorgesehener Verwaltungsorganisationstruktur, *aufgrund* ihrer Rechtsform aus dem Anwendungsbereich des § 21 Abs. 2 Nr. 2 GwG zu verbannen. Auch das der GbR wesentliche Fehlen eines Handelsgewerbes begründet keinen Ausschluss aus dem Anwendungsbereich des § 21 Abs. 2 Nr. 2 GwG. Am Rechtsverkehr und öffentlichen Leben kann eine entsprechend ausgerichtete GbR durchaus teilnehmen. Generell genügt das, um den Bedarf der Meldepflicht gegenüber dem Transparenzregister zu begründen.²⁴⁴

b) Die zu beachtende Verschiedenartigkeit von GbR und Treuhand nach h.M.

Gleichwohl muss mit der h.M. davon ausgegangen werden, dass eine GbR vor Einführung des GbR-Gesellschaftsregisters generell nicht als meldepflichtig gegenüber dem Transparenzregister angesehen werden konnte.²⁴⁵

Treuhandvereinbarungen und GbR-Verträge sind nach h.M. ihrem Wesen nach voneinander zu unterscheidende Rechtsgestaltungen.²⁴⁶ Während bei der Treuhand ein der alleinigen Verwaltung durch den Treuhänder unterfallendes Treugut gebildet wird, entsteht jedenfalls bei der Außen-GbR ein Gesellschaftsvermögen, das der Gesamthand gemeinschaftlich zugewiesen wird.²⁴⁷ Dies führe zu einer unterschiedlichen dinglichen Zuordnung des gebildeten Sondervermögens. Auch die schuldrechtlichen Beziehungen sind nach h.M. ihrem Wesen nach voneinander zu unterscheiden. So führt die Anwendung auftragsrechtlicher Vorschriften auf die Treuhand insbesondere im Bereich der Beendigungsmöglichkeiten und Folgen zu einer sich von der Anwendung gesellschaftsrechtlicher Vorschriften unterscheidenden Beurteilung.

Dass im Ergebnis gerade die GbR vor Einführung des GbR-Gesellschaftsregisters niemals meldepflichtig war, war vor dem Hintergrund der Zweckverfolgung des Gesetzes und des großen geldwäscherechtlichen Gefahrenpotentials dieser Rechtsform zwar schwer nachvollziehbar, entsprach allerdings der gesellschaftsrechtlichen Systematik fehlender Registeröffentlichkeit der GbR. Fraglich ist, ob mit der Einführung des GbR-Gesellschaftsregisters und der Aufnahme

²⁴³ Die Rechtsfähigkeit ist weder Voraussetzung noch Ausschlussgrund, um eine Rechtsgestaltung in den Anwendungsbereich des § 21 Abs. 2 GwG einzubeziehen. Die Rechtsfähigkeit richtet sich nach nationalen Maßstäben und ist deshalb nicht in der Lage, Ausschlusskriterium für die Anwendung der vorrangigen europarechtlichen Vorgaben zur Offenlegung tatsächlich wirtschaftlicher Berechtigung in verschiedensten Organisationen zu sein, vgl. Korte, in: BeckOK, GwG, § 21 Rn. 30 f.

²⁴⁴ Vgl. Müller, NZWiSt 2017, 121 (122 f.); Korte, in BeckOK, GwG, § 19 Rn. 7.

²⁴⁵ BT-Drs. 18/11555, S. 126; Bochmann, DB 2017, 1310 (1312 f.); Korte, in BeckOK, GwG, § 20 Rn. 10.

²⁴⁶ Vgl. zu dem Verhältnis von Treuhandverhältnissen und GbR-Recht, Kapitel 3 B. II. 2. c), III. 2. b).

²⁴⁷ Zu der Frage, ob auch Innen-GbRs Gesamthandvermögen bilden können, vgl. Kapitel 3 B. II. 2. c).

eingetragener GbRs in den Kreis der nach § 20 GwG Meldepflichtigen auch das in der Rechtsform der GbR angelegte geldwäscherechtliche Verschleierungsrisiko eingefangen werden konnte.

II. Verschleierungsrisiko transparenzregisterrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung durch Zwischenschaltung einer GbR?

1. Mittelbare wirtschaftlicher Berechtigung der Gesellschafter einer nicht eingetragenen GbR an der Ausgangsvereinigung oder -rechtsgestaltung

Von der Frage nach einer unmittelbaren Meldepflicht von GbRs ist die Konstellation zu unterscheiden, in der eine nicht eingetragene GbR als Zwischengesellschaft an einer meldepflichtigen Vereinigung oder Rechtsgestaltung eingesetzt wird. Bei einem Meldepflichtigen im Sinne von § 19 Abs. 2 S. 1 GwG ist in einem solchen Fall die GbR Anteilsinhaberin²⁴⁸ und die Frage nach der wirtschaftlichen Berechtigung der Gesellschafter der GbR an dem Meldepflichtigen stellt sich. Dass § 3 Abs. 2 S. 2 GwG von einer Vereinigung im Sinne von § 20 Abs. 1 GwG spricht, die Anteile an der Ausgangsvereinigung hält, steht der Möglichkeit, mittelbare Kontrolle über eine nicht eingetragene GbR zu mitteln, nicht generell entgegen, da der in § 3 Abs. 2 S. 2 GwG geregelte Fall nicht abschließend die Begründung mittelbarer Kontrolle regelt.²⁴⁹

Ein Meldepflichtiger im Sinne von § 19 Abs. 2 S. 2 GwG kann beispielsweise in der Rechtsform einer nicht eingetragenen GbR organisierte Begünstigte haben oder die Wahrnehmung der treuhänderischen Vermögensverwaltungsaufgaben durch eine solche GbR vorsehen. Gemäß § 3 Abs. 3 Nr. 5 Alt. 2, Nr. 6 Alt. 2 GwG kommt in diesen Konstellationen nur dann eine Meldung eines Gesellschafters der GbR in Betracht, wenn dieser beherrschenden Einfluss auf die GbR ausüben kann.²⁵⁰ Dass der Gesetzgeber in § 3 Abs. 3 Nr. 6 GwG von einer „Vereinigung“ spricht, die Mitglied des Vorstands, Begünstigte, Settlor etc. ist, schließt die Möglichkeit, eine nicht eingetragene GbR in dieser Rolle zu sehen, nicht aus. Zwar wird von „Vereinigung“ im GwG im Zusammenhang mit wirtschaftlicher Berechtigung meist im Sinne der in § 20 Abs. 1 GwG genannten Rechtsträger gesprochen, zu denen die nicht eingetragene GbR nicht gehört. Allerdings fehlt der Hinweis auf ein derartiges Begriffsverständnis in § 3 Abs. 3 Nr. 6 GwG. In § 3 Abs. 2 S. 2, 3, 4 GwG wird hingegen durchweg auf § 20 Abs. 1 GwG verwiesen, wenn von einer Vereinigung gesprochen wird. Auch der möglichst weite Regelungsbereich den die Regelbeispiele in § 3 Abs. 3 GwG abzudecken versuchen, spricht für ein solches Verständnis. Es

²⁴⁸ Möglich seit BGH, Urteil vom 29. Januar 2001 – II ZR 331/00 –, NJW 2001, 1056 („Weißes Ross“).

²⁴⁹ Rieg, BB 2017, 2310 (2311); Zillmer, DB 2017, 1931 (1935); ausführlicher zu dieser Konstellation, siehe Kapitel 2 C. I. 2. b).

²⁵⁰ Vgl. D. III. 2. d).

wäre zudem widersprüchlich, wenn gemäß § 3 Abs. 3 Nr. 5 GwG wirtschaftliche Berechtigung bei jeder natürlichen Person liegt, die auf sonstige Weise unmittelbar oder mittelbar Einfluss auf die Vermögensverwaltung oder Ertragsverwaltung ausüben kann, für § 3 Abs. 3 Nr. 6 GwG aber eine bestimmte Rechtsform der zwischengeschalteten Vereinigung zu fordern wäre. Bei den Regelbeispielen kommen Auffangfunktionen zu, die nur in unterschiedlichen Anwendungsfällen relevant werden sollen.

2. Faktische Transparenz der GbR über das Privatregisterrecht vor Einführung des GbR-Gesellschaftsregisters

Damit dürfte feststehen, dass die Zwischenschaltung einer nicht eingetragenen GbR die Möglichkeit, dass an der GbR beteiligte Personen hierüber wirtschaftlich an dem Meldepflichtigen im Sinne von § 19 Abs. 2 i.V.m. § 3 Abs. 1 – 3 GwG berechtigt sind, nicht ausschließt. Blieben die Beteiligungsverhältnisse der GbR nach außen hin aber völlig unbekannt, würde gleichwohl kaum nachvollzogen werden können, ob ein Gesellschafter als mittelbarer wirtschaftlich Berechtigter gegenüber der Ausgangsvereinigung beziehungsweise -rechtsgestaltung anzusehen ist.

Ob die Zwischenschaltung einer GbR insofern ein Verschleierungsrisiko meldepflichtiger wirtschaftlicher Berechtigung birgt, hängt davon ab, ob die GbR in diesen Fällen tatsächlich „geheim“ bleiben kann.

Schon vor der Einführung des GbR-Gesellschaftsregisters war das nur eingeschränkt der Fall. Für die Eintragung einer GbR als Grundstückseigentümerin gab § 47 GBO a.F. die Eintragung auch ihrer Gesellschafter ins Grundbuch vor. Für die Eintragung als Kommanditist einer KG in das Handelsregister war selbiges in § 162 Abs. 1 S. 2 HGB a.F. geregelt. Ist die GbR Gesellschafterin einer OHG oder einer GmbH, fehlte eine ausdrückliche Eintragungspflicht in Handelsregister oder Gesellschafterliste. Eine Pflicht zur Eintragung der GbR-Gesellschafter ins Handelsregister wurde allerdings aus einer analogen Anwendung von § 162 Abs. 1 S. 2 HGB a.F. abgeleitet.²⁵¹ Für die Eintragung der GbR in eine GmbH-Gesellschafterliste war dies bereits höchstrichterlich entschieden worden.²⁵² Es spricht insofern einiges für die Anerkennung eines allgemeinen Grundsatzes, wonach eine GbR, die Anteile an einer eintragungspflichtigen Gesellschaft hält, unter Angabe der an ihr beteiligten Gesellschafter in die entsprechenden Publizitätsträger einzutragen war. Die Annahme eines solchen Grundsatzes führte dazu, dass eine GbR auch schon vor Einführung des GbR-Gesellschaftsregisters einer faktischen Privatregisteröffentlichkeit unterlag, sobald sie Anteile an einer eingetragenen Gesellschaft oder einem

²⁵¹ LG Berlin NZG 2003, 580 (582); OLG Celle NZG 2012, 667 (667).

²⁵² BGH, Beschluss vom 26. Juni 2018 – II ZB 12/16 –, NJW 2018, 2794.

Grundstück besaß. Eine Umgehungsmöglichkeit der Meldepflicht nach § 20 Abs. 1 GwG i.V.m. 19 Abs. 1 GwG durch Zwischenschaltung einer GbR ließ sich hiermit entkräften. Ob dem auch ein funktionierendes Informationssystem über die wirtschaftliche Berechtigung an die Ausgangsvereinigung folgte, ist jedoch eine andere Frage.²⁵³

3. Auswirkungen der Einführung des GbR-Gesellschaftsregisters

Die Umsetzung des MoPeG führte dazu, dass bestimmte Rechtsgeschäfte von der Eintragung der GbR in das GbR-Gesellschaftsregister unter Angabe ihrer Gesellschafter abhängig gemacht wurden, womit der GbR erschwert werden soll, am Rechtsverkehr teilzunehmen, ohne die eigenen Beteiligungsstrukturen offenlegen zu müssen.²⁵⁴ Damit wurde die bereits zuvor bereits faktisch bestehende Offenlegungspflicht solcher GbRs gesetzlich endgültig verankert. An der Beurteilung eines gleichwohl bestehenden Verschleierungsrisikos ändert sich indes nichts.

Zudem ist festzuhalten, dass die nicht eingetragene GbR weiterhin nicht zu den Meldepflichtigen im Sinne des Transparenzregisterrecht zählt. Eine Meldepflicht darüber zu konstruieren, die nicht eingetragene GbR als Rechtsgestaltung im Sinne von § 21 Abs. 2 Nr. 2 GwG zu verstehen, muss in Anbetracht der herrschenden systematischen Unterscheidung von Treuhand und GbR weiterhin abgelehnt werden. Die Einführung des GbR-Gesellschaftsregisters und damit einhergehend die Aufnahme der eingetragenen GbR in den Kreis der nach § 20 GwG Meldepflichtigen hat dieses Verständnis bestätigt. Denn der Gesetzgeber ordnet die GbR systematisch augenscheinlich nicht dem Regelungsbereich von § 21 GwG, sondern von § 20 GwG zu.

F. Zwischenergebnis in Thesen

I. Wirtschaftliche Berechtigung bezieht sich immer auf die Stellung zu dem Meldepflichtigen²⁵⁵

Wirtschaftliche Berechtigung wird allein als Berechtigung an der meldepflichtigen Vereinigung oder Rechtsgestaltung im Transparenzregister ausgewiesen. Auf einzelne Rechtspositionen innerhalb dieses Adressaten, etwa eines Geschäftsanteils oder eines Grundstücks, bezieht sich die wirtschaftliche Berechtigung nicht.

²⁵³ Siehe die Ausführungen in Kapitel 2 C. I. 2. b).

²⁵⁴ Vgl. BT-Drs. 19/27635 S. 193 f., 252 sowie die Ausführungen hierzu in Kapitel 3 A. III. 2. b) bb).

²⁵⁵ Zu dem Begriff des Meldepflichtigen, siehe A. IV.

II. Wirtschaftliche Berechtigung kann an (fast) jeder am Rechtsverkehr teilnehmenden Rechtsbeziehung mehrerer privater Personen bestehen

Der Anwendungsbereich der Meldepflichten zum Transparenzregister ist sehr weit. Aufgrund des dahinterstehenden Interesses des Gesetzgebers, möglichst alle Konstellationen abzudecken, in denen Geld zum Zwecke der Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung fließt, adressiert das Gesetz in § 20 Abs. 1 GwG beziehungsweise § 21 Abs. 1, 2 GwG Rechtsbeziehungen beinahe jeglicher Art und Ausgestaltung als zumindest potentiell Meldepflichtige. Anforderungen an die Rechtsform oder an eine sonstige bestimmte Verkörperung der Rechtsbeziehung schließen eine Meldepflicht nicht generell aus, wie die Einbeziehung des Trust in § 21 Abs. 1 GwG sowie der Auffangtatbestand des § 21 Abs. 2 GwG zeigen, sondern beeinflussen nur die über § 3 Abs. 1 – 3 GwG i.V.m. § 19 Abs. 2 GwG anzuwendenden Regelbeispiele wirtschaftlicher Berechtigung, sowie die Ausgestaltung der transparenzregisterrechtlichen Mitteilungspflichten²⁵⁶. Aus der Zweckverfolgung des Transparenzregisters ergibt sich lediglich, dass zumindest mehrheitlich in staatlicher Hand befindliche Einrichtungen keine hinter ihnen stehenden Privatpersonen haben, die als wirtschaftlich Berechtigte anzusehen sind.²⁵⁷ Zudem soll an *fremdnützigen* treuhänderischen Rechtsgestaltungen keine für das Transparenzregister relevante wirtschaftliche Berechtigung möglich sein.²⁵⁸ An börsennotierten Gesellschaften soll eine transparenzregisterrechtliche wirtschaftliche Berechtigung, dogmatischer Bedenken zum Trotz, ebenfalls bestehen könnten.²⁵⁹

III. Es gibt keine formalen Anforderungen an die Begründung wirtschaftlicher Berechtigung

Nicht nur der Einzugsbereich der Meldepflichtigen, sondern auch das transparenzregisterrechtliche Verständnis von wirtschaftlicher Berechtigung ist extrem weit. Es ist nicht erforderlich, dass der Rechtsgrund der wirtschaftlichen Berechtigung einen dinglichen, gesellschaftsrechtlichen oder sonst wie gearteten formalisierten Einschlag hat. Vielmehr erfordert der Zweck der Meldepflicht, dass auch bloß schuldrechtliche und sogar rein faktische Kontrollmöglichkeiten zu einer wirtschaftlichen Berechtigung an einer meldepflichtigen Vereinigung oder Rechtsgestaltung führen kann.²⁶⁰ Maßgeblich ist allein, dass der wirtschaftlich Berechtigte *Kontrolle* im Sinne des § 3 Abs. 1 GwG i.V.m. § 19 Abs. 2 GwG auf den Meldepflichtigen ausübt, letztlich egal wie.²⁶¹ Aus diesem Grund sind auch Berechtigungsformen, bei denen es an einer nach

²⁵⁶ Zu der Terminologie der Mitteilungspflichten, die auch die Angabe- und Auskunftspflichten innerhalb des Meldepflichtigen gemäß § 20 Abs. 3 – 4 GwG, vgl. Kapitel 2 C. I. 2. einschließt, siehe A. IV.

²⁵⁷ Vgl. dazu die Ausführungen bei C. I. 1., 2.

²⁵⁸ Siehe dazu die Ausführungen bei D. I. 3. b).

²⁵⁹ Siehe hierzu C. I. 3.

²⁶⁰ Vgl. C. II. Zu der Zweckverfolgung des Transparenzregisters, siehe. III. sowie eingehend in Kapitel 2 B. II.

²⁶¹ Zu der Maßgeblichkeit von Kontrolle, vgl. B. II.

außen hin verankerten Rechtsstellung des Berechtigten gegenüber dem Meldepflichtigen fehlt, grundsätzlich geeignet, wirtschaftliche Berechtigung im Sinne des Transparenzregisterrechts zu begründen. Dies betrifft in erster Linie die Fälle, in denen eine schuldrechtliche oder faktische Bindung eines Gesellschafters an einen Dritten (z.B. einen Treugeber, Nießbraucher oder Unterbeteiligten) besteht, die dem Dritten eine derart starke Rechtsstellung im Verhältnis zum Gesellschafter zuweist, dass er eine über den Gesellschaftsanteil vermittelte wirtschaftliche Berechtigung im Verhältnis zu der Gesellschaft innehat. Wann eine solche lediglich schuldrechtlich oder gar rein faktisch wirkende Berechtigung stark genug ist, um die transparenzregisterrechtliche Meldepflicht zu begründen, muss de lege lata regelmäßig einzelfallabhängig beurteilt werden.²⁶²

IV. Wirtschaftliche Berechtigung kann durch eine über Eigentum hergestellte formale Inhaberschaft an dem Meldepflichtigen begründet werden

An sich ergibt sich bereits aus vorangegangenen These, dass aus transparenzregisterrechtlicher Perspektive wirtschaftliche Berechtigung und formale Inhaberschaft einer Rechtsposition nicht in einem Alternativ- sondern einem Spezialitätsverhältnis zueinander stehen. Das weite Verständnis wirtschaftlicher Berechtigung schließt die durch Eigentum an dem Meldepflichtigen hergestellte Kontrolle einer Person, regelmäßig durch eine 25 % übersteigende Beteiligung an dem Meldepflichtigen²⁶³, mit ein. Eigentlich müsste diese Grundannahme sogar umformuliert werden und lauten: Wirtschaftliche Berechtigung wird *regelmäßig* über eine durch Eigentum hergestellte formale Inhaberschaft begründet. Denn in den meisten Fällen einer transparenzregisterrechtlich relevanten wirtschaftlichen Berechtigung, ergibt sich Kontrolle aus einer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung an dem Meldepflichtigen. Wirtschaftliche Berechtigung wird dementsprechend nicht als „bloß“ wirtschaftliche Berechtigung verstanden, die losgelöst von einer rechtlich nach außen tretenden Inhaberschaft besteht.

V. Die Merkmale von „Geschäftsrisiko“ und „Geschäftsinitiative“ können helfen, wirtschaftliche Berechtigung zu bestimmen

Auch wenn die Umstände des Einzelfalls stets zu beachten sind und eine Abstraktion der Voraussetzungen transparenzregisterrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung angesichts des umfassenden Einzugsbereichs der unter die Definition nach § 19 Abs. 2 GwG i.V.m. § Abs. 1 – 3 GwG fallenden Erscheinungsformen kaum möglich ist, können die Kriterien von „Geschäftsrisiko“ und „Geschäftsinitiative“ die Bestimmung wirtschaftlicher Berechtigung im Einzelfall

²⁶² Vgl. hierzu C. II. sowie die bei C. VI. besprochenen Konstellationen.

²⁶³ Vgl. dazu die Ausführungen bei B. II. 1., C. III.

zumindest anleiten.²⁶⁴ Nach hier vertretener Auffassung und entgegen der wohl h.M. ist für wirtschaftliche Berechtigung im Rahmen von § 19 Abs. 2 S. 1 GwG i.V.m. § 3 Abs. 1, 2 GwG grundsätzlich eine Teilnahme am „Geschäftsrisiko“ zu fordern.²⁶⁵ Für Stiftungen und Rechtsgestaltungen, für die gemäß § 19 Abs. 2 S. 2 GwG die Anwendbarkeit von § 3 Abs. 1, 3 GwG vorgesehen ist, kann hingegen auch allein die Teilnahme an der „Geschäftsinitiative“ oder dem „Geschäftsrisiko“ zu wirtschaftlicher Berechtigung führen.²⁶⁶

VI. Wirtschaftlich Berechtigter kann nur eine natürliche Person sein

Der strafrechtliche Hintergrund der Norm verlangt nach der Offenlegung der finalen Nutznießer von Geldflüssen.²⁶⁷ Eine wirtschaftliche Berechtigung juristischer Personen oder anderer Personenmehrheiten ist, abgesehen von der Sonderkonstellation des § 3 Abs. 3 Nr. 4 GwG im Rahmen des § 19 Abs. 2 S. 2 GwG²⁶⁸, ausgeschlossen.

VII. Die wirtschaftliche Berechtigung eines jeden Meldepflichtigen muss dem Transparenzregister zu entnehmen sein

Mindestens ein wirtschaftlich Berechtigter eines jeden Meldepflichtigen muss dem Transparenzregister zu entnehmen sein. Für den Fall, dass kein wirtschaftlich Berechtigter nach Maßgabe der in § 19 Abs. 2 GwG in Bezug genommen Begriffsbestimmung aus § 3 Abs. 1 – 3 GwG ermittelt werden kann, ist in Anwendung von § 3 Abs. 2 S. 5 GwG der gesetzliche Vertreter, der geschäftsführende Gesellschafter oder der Partner der meldepflichtigen Vereinigung anzugeben, ohne dass diese tatsächlich wirtschaftlich Berechtigte sind.²⁶⁹

²⁶⁴ Zu der Begriffsbestimmung, siehe C. IV.

²⁶⁵ Vgl. C. VI. 4. Zu der für die Partnerschaftsgesellschaft geltenden Ausnahme, vgl. C. VI. 6.

²⁶⁶ Vgl. D. II.

²⁶⁷ Vgl. B. I.

²⁶⁸ Hierzu, siehe D. III. 2. e).

²⁶⁹ Vgl. dazu die Ausführungen bei C. V.

Kapitel 2 : Das Verhältnis von transparenzregisterrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung zum Privatrecht und dem Privatregisterrecht

A. Hinführung

Die meldepflichtigen Vereinigungen und Rechtsgestaltungen haben die nach den in Kapitel 1 herausgearbeiteten Grundsätzen zu bestimmenden wirtschaftlich Berechtigten in dem seit dem 1. Oktober 2017 bestehenden Transparenzregister einzutragen. Es stellt sich insofern die Frage, welche Wirkung die transparenzregisterrechtlichen Eintragungen innerhalb des Geldwäscherechts haben und ob Auswirkungen auf das Privatrecht und die diesem zugehörigen Register von ihnen ausgehen. Umgekehrt ist zu klären, ob und wie das Privatregisterrecht *de lege lata* auf das Transparenzregisterrecht Einfluss nimmt.

Das Transparenzregisterrecht steckt noch in den Kinderschuhen. Deshalb überrascht es nicht, dass es von Beginn an einige Fragen gab, an denen sich ein Klärungs- und Nachbesserungsbedarf offenbarte. In Konsequenz dessen unterliegt das Transparenzregisterrecht seit seiner Einführung einem ständigen Wandel. Weitreichende Anpassungen wurden vor allem durch das Gesetz zur Umsetzung der Fünften Geldwäscherichtlinie vom 12. Dezember 2019 zum 1. Januar 2020²⁷⁰ und durch das Transparenzregister- und Finanzinformationsgesetz vom 25. Juni 2021 zum 1. August 2021²⁷¹ hin vorgenommen. Mit dieser Reform wurde nicht zuletzt auf die Erkenntnisse aus dem Wirecard-Skandal reagiert, durch den die praktischen Unzulänglichkeiten der bis dahin vorgesehenen Ausgestaltung des Transparenzregisters auch der breiten Öffentlichkeit vor Augen geführt wurden.²⁷² Einer gesetzgeberischen Entwicklung vergleichbar, weil unmittelbare Auswirkung für die Anwendung des Transparenzregisterrechts entfaltend, ist zudem das Urteil des EuGH vom 22. November 2022 in den Angelegenheiten C-37/20, 601/20.

Auch, um Defizite des geltenden Transparenzregisterrechts offenzulegen und um antizipieren zu können, welche Rolle die Eintragungen des Transparenzregisters in der nationalen Registerlandschaft künftig einnehmen könnte, werden Wesen und Wirkungen des Transparenzregisters im Lichte seiner historischen Entwicklung beurteilt.

²⁷⁰ Siehe Fußnote 21.

²⁷¹ Siehe Fußnote 22.

²⁷² Der Auftrag an den Gesetzgeber, die Erkenntnisse des Wirecard-Skandals im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu berücksichtigen, wurde etwa durch den Bundesrat in seiner Stellungnahme zu dem Regierungsentwurf formuliert, BT-Drs. 19/28164, S. 79 f.; vgl. auch die Forderungen der Regierungsfractionen von CDU/CSU und SPD an die Bundesregierung, im Zuge der Aufarbeitung des Wirecard-Skandals weiterhin an einer verbesserten geldwäscherechtlichen Aufsicht zu arbeiten, BT-Drs. 19/30443, S. 66.

B. Die Rechtswirkung der transparenzregisterrechtlichen Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung

I. Die Einsichtnahme in das Transparenzregisters

1. Der Kreis der Einsichtnahmeberechtigten gemäß § 23 Abs. 1 GwG

Eine in einem Register offengelegte Information kann nur gegenüber denjenigen Personen Wirkungen entfalten, denen die Informationen überhaupt zugänglich sind. Darüber hinaus kommt es für die Wirkung einer Eintragung darauf an, zu welchem Zweck die Einsichtnahmeberechtigten die Registerinformationen verwenden können sollen. Schließlich entfaltet eine Registerinformation keine Wirkung, wenn eine solche über den Zweck ihrer Eintragung hinausgehen würde.

Das Recht der Einsichtnahme in das Transparenzregister ist in § 23 GwG geregelt. § 23 Abs. 1 S. 1 GwG unterteilt den Kreis der Einsichtnahmeberechtigten in drei Gruppen:

§ 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GwG gestattet die Einsichtnahme in das Transparenzregister Behörden, Gerichten sowie den in § 2 Abs. 4 GwG genannten Stellen, soweit die Einsichtnahme der Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgabe dient. Diese Aufgaben liegen in der Verhinderung, Überwachung, Verfolgung oder Sanktionierung solcher Geldflüsse, die den Zwecken dienen, die das GwG zu bekämpfen ausgerichtet ist, also der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung.²⁷³

Gemäß § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GwG ist die Einsichtnahme darüber hinaus den Verpflichteten der konkreten Identifizierungspflicht nach § 2 Abs. 1 GwG gestattet, sofern sie der registerführenden Stelle darlegen, dass die Einsichtnahme zur Erfüllung ihrer Sorgfaltspflichten in einem der in § 10 Abs. 3, 3a GwG genannten Fälle erfolgt.²⁷⁴

Als Drittes steht die Einsichtnahme in das Transparenzregister gemäß § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GwG auch allen Mitgliedern der Öffentlichkeit zu, wobei diesen ausweislich § 23 Abs. 1 S. 4 nur die Informationen zu Geburtsjahr und -monat, sowie Wohnsitzland und alle Staatsangehörigkeiten des wirtschaftlich Berechtigten zugänglich sind. Entsprechendes gilt gemäß § 23 Abs. 1 S. 5 GwG n.F. für grundstücksbezogene Informationen im Sinne des § 19a GwG.²⁷⁵

²⁷³ Zu der Ausrichtung und Zweckverfolgung des GwG und des Transparenzregisters, vgl. Kapitel 1 A. III.

²⁷⁴ Zu dem Begriff der Verpflichteten und der diesen zugewiesenen Identifizierungspflicht wirtschaftlich Berechtigter im Einzelfall, vgl. Kapitel 1 A. I. und Fußnote 9.

²⁷⁵ Zu § 19a GwG, siehe noch D. II. 4.

2. Die Rechtswidrigkeit der voraussetzungslosen Einsichtnahme in nationale Transparenzregister für jedermann nach der Rechtsprechung des EuGH – C-37/20, 601/20

a) Kein „berechtigtes Interesse“ im Gesetzeswortlaut des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GwG n.F.

Bis zum 1. Januar 2020 mussten Mitglieder der Öffentlichkeit im Sinne des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GwG a.F. für die Einsichtnahme ein berechtigtes Interesse gegenüber der registerführenden Stelle darlegen. In Umsetzung der Vorgaben der Fünften EU-Geldwäscherichtlinie wurde diese Voraussetzung ersatzlos gestrichen, um eine zusätzliche Kontrolle durch die Öffentlichkeit und damit ein weiteres Instrument zur effektiven Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusbekämpfung zu schaffen.²⁷⁶

b) Die Feststellungen des EuGH

Der EuGH entschied am 22. November 2022 im Rahmen der ihm vorgelegten Rechtsfrage, dass die voraussetzungslose Einsichtnahme, die das luxemburgische Pendant zu dem deutschen Transparenzregister in Umsetzung der geänderten Vorgaben der Fünften EU-Geldwäscherichtlinie²⁷⁷ für Mitglieder der Öffentlichkeit vorsah, unionsrechtswidrig sei.²⁷⁸ Zur Begründung verweist er darauf, dass die Bekämpfung geldwäscherechtlicher und terrorismusfinanzierender Geldflüsse im Sinne des Gemeinwohls primär den Behörden sowie Einrichtungen wie etwa Kreditinstituten und Finanzinstituten, denen aufgrund ihrer Tätigkeiten spezifische Pflichten in diesem Bereich auferlegt sind, obliege.²⁷⁹ Die Instrumentalisierung der Öffentlichkeit, um, entsprechend dem mit der Fünften EU-Geldwäscherichtlinie ausdrücklich erklärten Ziel, eine zusätzliche Kontrollinstanz der zutreffenden Abbildung wirtschaftlicher Berechtigung zu schaffen, stelle einen nicht auf das absolut Erforderliche begrenzten und insofern unverhältnismäßigen Eingriff²⁸⁰ in den von Art. 7 und 8 EU-Grundrechtecharta (GRCh) eröffneten Schutzbereich zum selbstbestimmten Umgang mit personenbezogenen Daten dar.²⁸¹ Art. 1 Nr. 15 lit. c der Fünften EU-Geldwäscherichtlinie²⁸², mit dem Art. 30 Abs. 5 UAbs. 1 lit. c der Vierten EU-

²⁷⁶ RL (EU) 2018/843, siehe Fußnote 20, Erwägungsgrund (30).

²⁷⁷ RL (EU) 2018/843, siehe Fußnote 20, Art. 1 Nr. 15 lit. c.

²⁷⁸ EuGH, Urteil vom 22. November 2022 – C-37/20, C-601/20. Die voraussetzungslose Einsichtnahme in die personenbezogenen Daten der wirtschaftlichen Eigentümer wurde über Art. 12 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 Nr. 1, 8, 12 und 13 des Loi du 13 janvier 2019 instituant un Registre des bénéficiaires effectifs (Gesetz vom 13. Januar 2019 zur Schaffung eines Registers der wirtschaftlichen Eigentümer) gewährt.

²⁷⁹ EuGH, Urteil vom 22. November 2022 – C-37/20, C-601/20, Rz. 83.

²⁸⁰ Ob der Eingriff dabei, wie vom EuGH angenommen, EuGH, Urteil vom 22. November 2022 – C-37/20, C-601/20, Rz. 40, in der Bestimmung der Richtlinie selbst oder in der diese gegenüber dem Bürger konkretisierenden nationalen Rechtsnorm liegt, für das deutsche Recht wäre das § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GwG in der gegenüber der Vorgängervorschrift abweichenden Fassung, muss hier nicht entschieden werden. Vgl. hierzu: *Geibel*, Anm. zu EuGH, Urt. v. 22.11.2022 – C-37/20, C-601/20 – GPR 2023, 11 (12 f.).

²⁸¹ EuGH, Urteil vom 22. November 2022 – C-37/20, C-601/20, Rz. 64 ff., 76, 85; die gemeinschaftliche Prüfung von Art. 8 GRCh und Art. 7 GRCh mit Blick auf die Frage eines vermeintlichen Spezialitätsverhältnisses kritisierend: *Geibel*, Anm. zu EuGH, Urt. v. 22.11.2022 – C-37/20, C-601/20 – GPR 2023, 11 (12 f.).

²⁸² EuGH, Urteil vom 22. November 2022 – C-37/20, C-601/20, Rz. 88.

Geldwäscherichtlinie²⁸³ dahingehend geändert wurde, dass eine Einsichtnahme in das Transparenzregister für Mitglieder der Öffentlichkeit nicht länger nur bei berechtigtem Interesse zu gewähren sei, sei deshalb unwirksam.²⁸⁴

c) Rechtsfolgen für die richtlinienkonforme Auslegung des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GwG

Für das Transparenzregisterrecht hat dies zur Folge, dass § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GwG in seiner aktuellen gegenüber der Vorgängervorschrift abweichenden Fassung auf einer unionsrechtswidrigen Richtlinienvorschrift beruht. Seit dem 12. Dezember 2022 müssen Mitglieder der Öffentlichkeit folglich, entsprechend der vor den auf die Fünfte EU-Geldwäscherichtlinie zurückgehenden Änderungen geltenden Rechtslage im Sinne des Art. 30 Abs. 5 UAbs. 1 lit. c der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, wieder ein berechtigtes Interesse für die Einsichtnahme darlegen.²⁸⁵

Mit seinem Urteil entspricht der EuGH weiten Teilen der Literatur, die die Pläne einer voraussetzungslosen Einsichtnahme in das Transparenzregister, vor den Änderungen 1. Januar 2022 eingetretenen Gesetzesänderungen, aus entsprechenden Gründen kritisiert hatten.²⁸⁶ Damit wird die Auslegung des Begriffs des „berechtigten Interesses“ wieder relevant. Der EuGH stellt in diesem Zusammenhang bereits fest, dass Presse und zivilgesellschaftliche Organisationen mit einem Bezug zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung sowie alle, die Geschäfte mit der jeweiligen juristischen Person abschließen „könnten“, ein berechtigtes Interesse geltend machen können.²⁸⁷ In diesem Sinne sollte auch nach der Gesetzesbegründung zu § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GwG a.F. ein Interesse insbesondere berechtigt sein, „wenn ein Bezug zur Verhinderung und Bekämpfung von Geldwäsche, damit zusammenhängenden Vortaten wie Korruption und Terrorismusfinanzierung nachvollziehbar vorgebracht wird“.²⁸⁸ Teilweise wurde für die alte Rechtslage weitergehend ein Interesse *ausschließlich* dann als berechtigt angesehen, wenn es im Lichte der Zielsetzungen des Transparenzregisters der Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung dient. Hierfür seien stets konkrete Tatsachen darzulegen, die im konkreten Einzelfall darauf hindeuten, dass ein Vermögensgegenstand oder Geschäftsvorfall im Zusammenhang mit Geldwäsche oder Terrorismusbekämpfung steht.²⁸⁹

²⁸³ RL (EU) 2015/849, siehe Fußnote 1.

²⁸⁴ EuGH, Urteil vom 22. November 2022 – C-37/20, C-601/20, Rz. 88.

²⁸⁵ Vgl. den Hinweis hierzu auf der Startseite des Transparenzregisters, <https://www.transparenzregister.de/treg/de/start?1>; siehe auch: Geibel, Anm. zu EuGH, Urt. v. 22.11.2022 – C-37/20, C-601/20 – GPR 2023, 11 (16).

²⁸⁶ Vgl. Kirchhof, ZRP 2017, 127; Blaurock/Pordzik, NZG 2019, 413 (417); Kotzenberg/Lorenz, NJW 2017, 2433 (2437); demgegenüber die geplante Änderung im Vorfeld befürwortend Meinzer, ZRP 2017, 127.

²⁸⁷ EuGH, Urteil vom 22. November 2022 – C-37/20, C-601/20, Rz. 74.

²⁸⁸ BT-Drs. 18/11555, 133.

²⁸⁹ Zu § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GwG a.F.: Kotzenberg/Lorenz, NJW 2017, 2433 (2436).

Für diese enge Auffassung sprechen die Feststellungen des EuGH, wonach der mir Einsichtnahme durch die Öffentlichkeit einhergehende Eingriff in die Grundrechte der Art. 7 und 8 GrCH nur rechtfertigt werden kann, wenn er für die mit der Vierten und Fünften EU-Geldwäscherichtlinie verfolgten Ziele der Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung zwingend erforderlich ist.²⁹⁰ Ein außerhalb dieser Zielsetzungen liegendes zu Einsichtnahme berechtigendes Interesse würde nicht die Begrenzung der öffentlichen Einsichtnahme ausdrücken, die der EuGH im Lichte der Art. 7 und 8 GrCH für erforderlich erklärt.²⁹¹

3. Die Beschränkbarkeit der Einsichtnahme in das Transparenzregister gegenüber der Öffentlichkeit

a) Die Maßgeblichkeit eines überwiegenden berechtigten Interesses des wirtschaftlich Berechtigten gemäß § 23 Abs. 2 S. 1 GwG

Neben der wieder geltenden Zugangsschranke des „berechtigten Interesses“ besteht für den wirtschaftlich Berechtigten die Möglichkeit, gemäß § 23 Abs. 2 GwG eine Beschränkung der Übermittlung der Daten durch die registerführende Stelle und damit der Einsichtnahme in das Transparenzregister gegenüber den Mitgliedern der Öffentlichkeit im Sinne des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GwG zu beantragen. Hierfür muss der wirtschaftlich Berechtigte ein überwiegendes schutzwürdiges Interesse darlegen, das anhand der in § 23 Abs. 2 S. 2 GwG vorgesehenen Fallgruppen konkretisiert wird. Gemäß § 23 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 GwG können die Gefahr einer dort abschließend aufgeführten²⁹² Straftat sowie gemäß § 23 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 GwG die Geschäftsunfähigkeit beziehungsweise Minderjährigkeit des wirtschaftlich Berechtigten eine Beschränkung rechtfertigen. Eine Beschränkbarkeit gegenüber den in § 23 Abs. 1 Nr. 1 GwG genannten Behörden, Verpflichteten nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 – 3, 7 GwG sowie gegenüber Notaren besteht ausweislich § 23 Abs. 2 S. 4 GwG hingegen nicht. Außerdem schließt § 23 Abs. 2 S. 3 GwG ein schutzwürdiges Interesse hinsichtlich solcher Daten aus, die bereits aus einem der in § 22 Abs. 1 GwG genannten Registern ersichtlich und damit bereits öffentlich zugänglich sind.

²⁹⁰ EuGH, Urteil vom 22. November 2022 – C-37/20, C-601/20, Rz. 64 ff.

²⁹¹ Darauf, dass diese notwendige Begrenzung nicht zwingend über ein berechtigtes Interesse für die Einsichtnahme durch Mitglieder der Öffentlichkeit herzustellen ist, wird bei 3. d) cc) eingegangen.

²⁹² *Friese/Brehm*, GWR 2017, 271 (273); *Rieg*, BB 2017, 2310 (2313); *Korte*, in: BeckOK, GwG, § 23 Rn. 30, 35 in Ansehung des Umstands, dass der Gesetzgeber trotz der Feststellung in RL (EU) 2018/843 (Fünfte EU-Geldwäscherichtlinie), siehe Fußnote 20, Art. 30 Abs. 9, Art. 31 Abs. 7a, dass auch die Gefahr der Schutzgelderpressung und Schikane ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse des wirtschaftlich Berechtigten begründen kann, keine Erweiterung des Katalogs des § 23 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 GwG vorgenommen hat. In diesem Sinne eine Erweiterung des Katalogs um § 238 StGB fordernd: *Brian/Frey/Krais*, CCZ 2019, 245 (258).

- b) Der abschließende Charakter der Fallgruppen des § 23 Abs. 2 S. 2 GwG für das überwiegende schutzwürdige Interesse

Der Wortlaut der Norm lässt eine Öffnung des Tatbestands schutzwürdigen Interesses für andere Geheimhaltungsgründe kaum zu. Es fehlen Formulierungen wie „insbesondere“ oder „in der Regel“, die einen Regelbeispielcharakter der normierten Fallgruppen ausdrücken könnten.²⁹³ Auch systematisch überzeugt ein solch weites Verständnis von § 23 Abs. 2 GwG nicht. Die richtigerweise abschließende Aufzählung des Straftatenkatalogs könnte ausgehebelt werden, wenn etwa ein „unverhältnismäßiges Risiko“ allgemein als Geheimhaltungsgrund anzuerkennen wäre.²⁹⁴ Auch würden die für das Transparenzregisterrecht identitätsstiftende Transparenz sowie die Rechtssicherheit unter einem solchen Verständnis leiden, wäre doch kaum mehr nachzuvollziehen, woraus sich die Beschränkung ergäbe.

- c) Abstrakte Gefahr im Rahmen des § 23 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 GwG

Das Gesetz macht keine Angaben zu der Darlegungslast im Rahmen des § 23 Abs. 2 S. 1 GwG. Um dem Schutzgedanken des § 23 Abs. 2 GwG gerecht zu werden, wird überwiegend eine abstrakte Gefahr für eine der in § 23 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 GwG aufgeführten Straftaten als ausreichend angesehen.²⁹⁵ Eine solche wird bei Gesellschaftern erfolgreicher Familiengesellschaften oder bei Begünstigten großer Familienstiftungen teilweise schon dann als gegeben angesehen, wenn aus dem Transparenzregistrauszug der Eindruck entstehen könnte, dass der wirtschaftlich Berechtigte über erhebliches Vermögen verfügt.²⁹⁶ Andere Umstände können in dem (hohen) Alter des Betroffenen, der Sicherheitslage an dessen Aufenthaltsort oder der in der Vergangenheit liegenden Kriminalitätsanfälligkeit des wirtschaftlich Berechtigten liegen.²⁹⁷

Diesem Verständnis ist beizupflichten. Wenn die effektive Verhinderung einer Straftat gewährleistet werden soll, würden strengere Anforderungen diesem (sehr hochrangigen Zweck) entgegenstehen, da eine Registereinsicht potenzieller Straftäter wohl regelmäßig erfolgen dürfte,

²⁹³ Ebenso *Rieg*, BB 2017, 2310 (2313 f.) m.w.N.; a.A: *Kotzenberg/Lorenz*, NJW 2017, 2433 (2437), wonach auch erbrechtliche oder konkurrenzschutzrechtliche Erwägungen ein schutzwürdiges Interesse abbilden können.

²⁹⁴ Vgl. *Frey*, CCZ 2018, 170 (172 f.).

²⁹⁵ *Krais*, CCZ 2017, 98 (105 f.); *Kotzenberg/Lorenz*, NJW 2017, 2433 (2437); *Korte*, in: BeckOK, GwG, § 23 Rn. 31 ff.; *Müller* NZWiSt 2017, 87 (91); a.A *Rieg*, BB 2017, 2310 (2314), wonach eine abstrakte Gefahr aufgrund ihrer Konturlosigkeit nicht ausreichend sei; vgl. auch die von dem BVA, Transparenzregister Fragen und Antworten zum Geldwäschegesetz (GwG), siehe Fußnote 72, S. 25, in Bezug genommenen Ausführungen hierzu in der Gesetzesbegründung zu § 12 Abs. 2 Nr. 3 der Transparenzregistereinsichtnahmeverordnung (TrEinV), abrufbar unter: https://www.bva.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aufgaben/ZMV/Transparenzregister/begruendung_verordnung_TrEinV.pdf;jsessionid=3EDE75CAF03F4FB4C13BD994C774B06B.intranet662?__blob=publicationFile&v=3.

²⁹⁶ *Kotzenberg/Lorenz*, NJW 2017, 2433 (2437); das BVA sieht dies als einen möglichen Umstand an, nicht allerdings, wenn er allein steht, BVA Transparenzregister Fragen und Antworten zum Geldwäschegesetz (GwG), siehe Fußnote 72, S. 25; sich dem mittlerweile anschließend: *Korte*, in: BeckOK, GwG, § 23 Rn. 31.

²⁹⁷ *Korte*, in: BeckOK, GwG, § 23 Rn. 31; *Frey*, CCZ 2018, 170 (172 f.); vgl. auch die Ausführungen hierzu in der Gesetzesbegründung zu § 12 Abs. 2 Nr. 3 TrEinV, siehe Fußnote 295.

bevor ein wirtschaftlich Berechtigter anderweitig Kenntnis von Tatsachen einer gegen ihn gerichteten Straftat erhält. Würde man überhöhte Anforderungen an die Beschränkung der Einsichtnahme dieser Daten gegenüber Personen stellen, die keinen konkreten Bezug zu geldwäscherechtlichen Präventionsmaßnahmen aufweisen (nur gegenüber diesen Personen besteht die Möglichkeit der Einsichtnahmebeschränkung), würden die durch den EuGH aufgestellten Abwägungsgrundsätze zum Umgang mit personenbezogenen Daten ignoriert.²⁹⁸

d) Verhältnismäßigkeitsprüfung

aa) Die Begründung der Verhältnismäßigkeitsprüfung nach h.M.

Nach h.M. soll darüber hinaus auf zweiter Stufe eine Verhältnismäßigkeitsprüfung stattfinden, in deren Rahmen die hinter der abstrakten Gefahr stehenden Interessen des wirtschaftlich Berechtigten mit den konkreten Offenlegungsinteressen der Allgemeinheit in Bezug auf die darzustellenden Informationen zu dieser Person abgewogen werden. Ein Ermessen der registerführenden Stelle ergebe sich aus dem Wortlaut von § 23 Abs. 2 S. 1 GwG („überwiegenden schutzwürdigen Interessen“) und Sorge für Rechtsklarheit.²⁹⁹ So solle bei Minderjährigkeit des wirtschaftlich Berechtigten im Sinne von § 23 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 GwG etwa in die Abwägung einbezogen werden, ob die betreffende Person in der meldepflichtigen Vereinigung oder Rechtsgestaltung geschäftstätig ist oder diese mitgegründet hat.³⁰⁰

bb) Die dogmatischen Erwägungen gegen eine Verhältnismäßigkeitsprüfung

Die Forderung nach einer Verhältnismäßigkeitsprüfung ist durchaus angreifbar.³⁰¹ Aus der Wortlautperspektive sprechen die besseren Argumente dafür, *überwiegende* schutzwürdige Interessen als unbestimmten Rechtsbegriff im Sinne eines *dem Umfang nach* genügenden Interesses zu verstehen. Ein Ermessen im Sinne einer Verhältnismäßigkeitsprüfung auf Rechtsfolge-seite wird regelmäßig in einer Handlungsoption der Behörde indizierenden Formulierung ausgedrückt, in der Regel ein „kann“ auf Rechtsfolge-seite. Zudem *beschränkt* § 23 Abs.

²⁹⁸ EuGH, Urteil vom 21. Dezember 2016 – C-203/15, C-698/15; vgl. auch Müller, NZWiSt 2017, 121 (122 f.). Die Hochrangigkeit des Schutzes personenbezogener Daten kommt auch in dem bei 2. besprochenem Urteil des EuGH, vom 22. November 2022 – C-37/20, C-601/20 zum Ausdruck, wonach die voraussetzungslose Einsichtnahme in die personenbezogenen Daten des Transparenzregisters aus datenschutzrechtlichen Gründen rechtswidrig sei.

²⁹⁹ Vgl. Korte, in: BeckOK, GwG, § 23 Rn. 33 ff.; Frey, CCZ 2018, 170 (172 f.); unklar insofern Kraus, CCZ 2017, 98 (105 f.), der zwar von einer Abwägung der Umstände im Einzelfall spricht, aber nicht ausführt, ob dies auf Tatbestandsseite (gebieten die Umstände die Annahme eines schutzwürdigen Interesses?) oder auf Rechtsfolge-seite (überwiegt das schutzwürdige Interesse den Interessen an Offenlegung?) zu beziehen ist.

³⁰⁰ Korte, in: BeckOK, GwG, § 23 Rn. 34; vgl. auch die Gesetzesbegründung zu § 12 Abs. 2 Nr. 3 TrEinV, siehe Fußnote 295, wonach in diesem Fall „die Interessen des wirtschaftlich Berechtigten überwiegen [dürften].“

³⁰¹ Gegen eine Abwägung auf zweiter Stufe: Kotzenberg/Lorenz, NJW 2017, 2433 (2437).

2 S. 1 GwG die registerführende Stelle die Einsichtnahme (und kann ihn nicht bloß beschränken), wenn Tatsachen die Annahme bestätigen, dass ein überwiegendes schutzwürdiges Interesse (auf Tatbestandsseite) besteht.

Auch das Argument der Rechtssicherheit leuchtet nicht ein. Wenn die Voraussetzungen (Feststellung einer abstrakten Gefahr) auf erster Stufe unzweifelhaft sind, bringt ein Ermessen auf Rechtsfolgenreise größere Unwägbarkeiten mit sich, als wenn man von einer gebundenen Entscheidung ausgeht.

Darüber hinaus wird Minderjährigkeit, als das von der h.M. angeführte Beispiel, in einschlägigen privatrechtlichen Konstellationen in aller Regel als einer Abwägung nicht zugängliches Hindernis angesehen, das auch Interessen des Rechtsverkehrs und der Rechtssicherheit nicht zu überwinden vermögen.³⁰² Warum vor einem geldwäscherechtlichen Hintergrund anderes gelten sollte, erschließt sich nicht. Minderjährigen kann auch nicht erfolgreich eine kontrollvermittelnde Stellung an einem Meldepflichtigen zugewiesen werden, um eine Meldepflicht wirtschaftlicher Berechtigung im Sinne von § 19 Abs. 2 GwG i.V.m. § 3 Abs. 1 – 3 GwG einer hinter dem Minderjährigen agierenden anderen Person zu verbergen. Denn dieser Person wäre jedenfalls eine faktische Kontrollmöglichkeit gegenüber dem Meldepflichtigen zuzuschreiben, die sie als wirtschaftlich Berechtigten qualifiziert.³⁰³ Schlösse man demnach eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen des § 23 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 GwG aus, würde die systematische Gleichstellung mit den Fällen des § 23 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 GwG dafürsprechen, eine solche generell abzulehnen.

In Anbetracht der Ausklammerung der Möglichkeit einer Einsichtnahmebeschränkung gegenüber den Behörden, Gerichten und den in § 2 Abs. 4 GwG genannten Stellen, gegenüber Verpflichteten nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 – 3 und 7 sowie gegenüber Notaren., folgt eine zusätzliche Verhältnismäßigkeitsprüfung auch nicht zwingend aus dem Gesetzeszweck. Der Zweck des § 23 Abs. 2 GwG liegt stattdessen gerade in dem effektiven Schutz hochrangiger Rechtsgüter, der nicht durch ein Korrektiv der normierten Beschränkbarkeit wieder ausgehöhlt werden darf.

cc) Die Auswirkungen des Urteils des EuGH – C-37/20, C-601/20 auf die teleologische Beurteilung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung auf zweiter Stufe

Da mit dem Urteil des EuGH vom 22. November 2022 – C-37/20, C-601/20 Einsicht beantragende Mitglieder der Öffentlichkeit in richtlinienkonformer Auslegung des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr.

³⁰² Z.B. Geschäftsunfähigkeit als unüberwindbare Hürde im Rahmen der Vertreterhaftung nach § 179 Abs. 3 S. 2 BGB oder im Rahmen der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft.

³⁰³ Vgl. Kapitel 1 C. II. 3.

3 GwG nun praktisch wieder ein berechtigtes Interesse geltend machen müssen³⁰⁴, ist die Einsichtnahmebeschränkung nach § 23 Abs. 2 GwG nicht länger die einzige Schranke öffentlicher Einsichtnahme. Dementsprechend birgt auch eine auf zweiter Stufe erfolgende Abwägung im Rahmen des § 23 Abs. 2 GwG nicht länger die Gefahr einer Aushöhlung des Schutzes wirtschaftlich Berechtigter vor missbräuchlicher Einsichtnahme Dritter. Ein berechtigtes Interesse, sofern ausreichend begründet und angemessen geprüft, impliziert eine einzelfallbezogene Abwägung der widerstreitenden Interessen von wirtschaftlich Berechtigten und Einsichtnehmenden. Es wird niemals vorliegen, wenn sich die abstrakte Gefährdungslage im Sinne einer der Fallgruppen des § 23 Abs. 2 S. 2 GwG in Anbetracht der Umstände konkretisiert. Eine verlässliche Verwaltungspraxis in der Beurteilung des berechtigten Interesses, würde eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im Sinne der h.M. deshalb sachgerecht erscheinen lassen: Ein konkretes gesteigertes Offenlegungsinteresse könnte zunächst berücksichtigt werden und die Möglichkeit der Einsichtnahme im Einzelfall geprüft werden, anstatt eine solche präventiv allgemein auszuschließen. Je strenger die Anforderungen an die Darlegung des berechtigten Interesses sind, desto weniger bedarf es einer niedrigschwelligen Beschränkungsmöglichkeit im Rahmen des § 23 Abs. 2 GwG.³⁰⁵

Wortlaut und Systematik liefern indes weiterhin Argumente gegen ein solches Normverständnis. Zudem könnte das Urteil des EuGH im Sinne einer historischen Auslegung auch für einen generell strengeren Schutz personenbezogener Daten und damit gegen eine zweite Stufe der Zugangsbeschränkung sprechen, die diesen Schutz im Einzelfall wieder aufhebt. Es bleibt insofern abzuwarten, wie Verwaltungspraxis und Gesetzgebung das Verhältnis der Schranken öffentlicher Einsichtnahme bewerten.

Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der EuGH zwar die bestehende Zugangsbeschränkung für nicht ausreichend erklärt, die Eingriffe in Art. 7 und 8 GRCh zu rechtfertigen, der gebotene Schutz indes nicht zwingend darin liegen muss, eine Einsichtnahme durch Mitglieder der Öffentlichkeit an die Darlegung eines berechtigten Interesses zu knüpfen.³⁰⁶ So könnte ein alternativer Ansatz darin liegen, dass es bei der voraussetzungslosen Einsichtnahme für Mitglieder der Öffentlichkeit im Sinne des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GwG bliebe, der wirtschaftlich Berechtigte aber ebenso voraussetzungslos eine Einsichtnahmebeschränkung erreichen könnte, für die bei einem berechtigten Interesse eines Einsicht Beantragenden Ausnahmen zuzulassen wären. Nach diesem Ansatz müsste der wirtschaftlich Berechtigte den Schutz seiner

³⁰⁴ Vgl. hierzu die Darstellungen 2. c).

³⁰⁵ Vor der zwischenzeitlichen voraussetzungslosen Einsichtnahmemöglichkeit in das Transparenzregister für Mitglieder der Öffentlichkeit in diesem Sinne argumentierend: *Kotzenberg/Lorenz*, NJW 2017, 2433 (2437).

³⁰⁶ Vgl. *Geibel*, Anm. zu EuGH, Urt. v. 22.11.2022 – C-37/20, C-601/20 – GPR 2023, 11 (15).

Daten damit stets aktiv herstellen und eine Einsichtnahme könnte dann unter Abwägung der konkreten Interessen der Betroffenen erfolgen.

II. Der „Wirkbereich“ und die Frage nach Publizität des Transparenzregisters

1. Die Wirkungen gegenüber der Öffentlichkeit

a) Das vergleichsweise geringe Transparenzbedürfnis der Mitglieder der Öffentlichkeit im Sinne des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GwG gegenüber den anderen Einsichtnahmeberechtigten

Aus dem von vornherein nur beschränkten Umfang der für die Mitglieder der Öffentlichkeit als dritter Gruppe der Einsichtnahmeberechtigten nach § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GwG zugänglichen Informationen des Transparenzregisters sowie der Möglichkeit eines vollständigen Ausschlusses der Einsichtnahmemöglichkeit nach § 23 Abs. 2 GwG ergibt sich ein gegenüber den in § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 GwG geregelten Einsichtnahmeberechtigten niedrigeres Transparenzbedürfnis des Transparenzregisters.

Der EuGH hat in seinem Urteil – C-37/20, C-601/20 diese Wertung bestätigt, indem er feststellt, dass *„die Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung aber vorrangig den Behörden sowie Einrichtungen wie etwa Kreditinstituten und Finanzinstituten, denen aufgrund ihrer Tätigkeiten spezifische Pflichten in diesem Bereich auferlegt sind, obliegt.“*³⁰⁷

b) Der einem öffentlichen Glauben entgegenstehende Zweck des Transparenzregisters

Gegenüber der Öffentlichkeit, die insofern den geringsten Beitrag für die Verfolgung der dem Transparenzregister zugrundeliegenden Zielsetzung zu leisten imstande ist, entfalten die Eintragungen des Transparenzregisters überhaupt keine (privatrechtlichen) Wirkungen. Zweck und Wirkung einer Registereintragung greifen zwingend ineinander.³⁰⁸ Und da der Zweck gesteigerter Transparenz und Nachvollziehbarkeit von Unternehmensstrukturen allein durch die Offenlegung im Sinne der aktuellen Ausgestaltung des Transparenzregister gefördert wird, bedarf es aus geldwäscherechtlicher Perspektive auch keiner darüberhinausgehenden Publizitätswirkung, die diesem Zweck zu dienen nicht geeignet wäre.

Das Fehlen eines öffentlichen Glaubens des Transparenzregisters hängt auch nicht mit der Frage zusammen, ob die Eintragungen des Transparenzregisters von den Mitgliedern der Öffentlichkeit voraussetzungslos eingesehen werden können. Um die für eine privatrechtliche Publizität erforderliche *Wirkung gegenüber jedermann*³⁰⁹ herzustellen, reicht es nicht aus, der

³⁰⁷ EuGH, Urteil vom 22. November 2022 – C-37/20, C-601/20, Rz. 83 siehe hierzu I. 2. b).

³⁰⁸ Vgl. hierzu auch schon I. 1.

³⁰⁹ Wolfsteiner, in MüKo, ZPO, § 726 Rn. 49.

Öffentlichkeit eine unbeschränkte Einsichtnahme zu ermöglichen. Die zwischenzeitliche voraussetzungslose Öffnung des Transparenzregisters für jedermann hatte allein den Zweck, die Öffentlichkeit als Kontrollinstrument zu stärken, um Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung effizienter zu bekämpfen.³¹⁰ Ein besonderes Bedürfnis der Öffentlichkeit, diese Informationen einsehen zu können, wurde damit nicht anerkannt.

c) Normative Ausprägungen der fehlenden privatrechtlichen Wirkung

Dafür, dass dem Transparenzregister kein Rechtsschein gegenüber der privatrechtlichen Öffentlichkeit zukommt, spricht nicht nur die Zweckverfolgung des Transparenzregisterrechts. Die fehlende privatrechtliche Wirkung kann auch an dem Gesetz festgemacht werden.

Zunächst einmal kommt dies in § 18 Abs. 4 S. 3 GwG zum Ausdruck. Gemäß § 18 Abs. 4 S. 2 GwG kann die registerführende Stelle auf Antrag beglaubigen, dass der Inhalt des Transparenzregisters mit den ihr übermittelten Daten betreffend die wirtschaftliche Berechtigung der Meldepflichtigen übereinstimmt. § 18 Abs. 4 S. 3 GwG stellt klar, dass mit der Beglaubigung keine Gewähr für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben zu den wirtschaftlich Berechtigten verbunden ist.

Das Fehlen einer negativen Publizitätswirkung offenbart sich zudem in der Möglichkeit, gemäß § 19 Abs. 2 S. 1 GwG i.V.m. § 3 Abs. 2 S. 4 GwG fiktive wirtschaftlich Berechtigte zu melden, woraus sich aber nicht rechtssicher ergeben soll, dass tatsächlich wirtschaftlich Berechtigte nicht vorhanden sind.³¹¹

Auch die Beschränkbarkeit der Einsichtnahme in das Transparenzregister gegenüber Mitgliedern der Öffentlichkeit nach § 23 Abs. 2 GwG, die als zweite Schranke neben das Erfordernis eines dazulegenden berechtigten Interesses für die Einsichtnahme tritt und vergleichsweise niedrigschwellige Anforderungen hat³¹², bringt zum Ausdruck, dass von den Eintragungen des Transparenzregisters keine privatrechtlichen Wirkungen ausgehen können. Anderenfalls müsste § 23 Abs. 2 GwG vorsehen, dass ein privatrechtliches Interesse an Rechtssicherheit zumindest in die Entscheidung über die Beschränkbarkeit einbezogen wird. So ist § 12 GBO im Vergleich hierzu, der als Vorbild für § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GwG a.F. diente³¹³ und ein berechtigtes Interesse für die Grundbucheinsicht vorschreibt, im Grundbuchrecht die einzige Schranke für eine Einsichtnahme.

³¹⁰ Vgl. BT-Drs. 19/13827, S. 90 in Umsetzung der Vorgaben aus RL (EU) 2018/843 (Fünfte Geldwäscherichtlinie), Fußnote 20, Art. 1 Nr. 15 lit. c.

³¹¹ Vgl. BT-Drs. 18/11555, 125; *Weiske/Mocker*, GWR 2017, 445 (447); *Friese/Brehm*, GWR 2017, 271 (272).

³¹² Siehe insbesondere zu der für die Beschränkung ausreichenden „abstrakten“ Gefahr bei I. 3. c).

³¹³ BT-Drs. 18/11555, S. 133.

2. Der mit Einführung des § 12 Abs. 3 S. 3 GwG n.F. gegenüber Verpflichteten geschaffene Vertrauenstatbestand transparenzregisterrechtlicher Eintragungen

Mit der Einführung des § 12 Abs. 3 S. 3 GwG n.F. zum 1. August 2021 wurde dem Transparenzregister erstmals ein gewisser Vertrauenstatbestand zugewiesen. Zuvor galt nach § 11 Abs. 5 S. 4 GwG a.F., dass das Transparenzregister die Ermittlung der wirtschaftlich Berechtigten durch die Verpflichteten erleichtern sollte, diese sich aber nicht auf die Angaben des Transparenzregisters verlassen durften, sondern stets von sich aus alle zur Verfügung stehenden Informationsquellen nutzen mussten. Zwar ist gemäß § 11 Abs. 5 S. 3 Hs. 2 GwG n.F. noch immer nicht ausreichend, dass Verpflichtete zur Erfüllung der Identifizierungspflicht die Informationen zu den wirtschaftlich Berechtigten schlicht aus dem Transparenzregister erheben.³¹⁴ Die Erhebung soll nach § 11 Abs. 5 S. 3 Hs. 1 GwG n.F. weiterhin bei dem Vertragspartner oder der gegebenenfalls für diesen auftretenden Personen erfolgen. Gemäß § 12 Abs. 3 S. 3 GwG n.F. ist fortan allerdings regelmäßig ausreichend, dass der Verpflichtete die beim Vertragspartner erhobenen Angaben mit den im Transparenzregister enthaltenen Informationen zu den wirtschaftlich Berechtigten abgleicht. Wenn die Angaben übereinstimmen und keine sonstigen Anhaltspunkte vorliegen, die Zweifel an der Identität der wirtschaftlich Berechtigten, ihrer Stellung als wirtschaftlich Berechtigten oder der Richtigkeit sonstiger Angaben nach § 19 Abs. 1 GwG begründen oder die auf ein höheres Risiko der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung gemäß § 15 Abs. 2 GwG hindeuten, hat er keine darüberhinausgehenden Identifizierungsmaßnahmen zu ergreifen.

Weitergehende für die Identifizierung zu ergreifende Maßnahmen sieht nur § 12 Abs. 4 GwG n.F.³¹⁵ vor, wonach der beurkundende Notar bei einem Erwerbsvorgang nach § 1 GrEStG, wenn der Vertragspartner für eine Rechtsform im Sinne von § 3 Abs. 2 oder 3 GwG handelt, vor der Beurkundung die Identität des wirtschaftlich Berechtigten anhand einer von dem jeweiligen Vertragspartner in Textform vorzulegenden Dokumentation der Eigentums- und Kontrollstruktur auf ihre Schlüssigkeit zu überprüfen hat.

Durch die Schaffung der Regelvermutung³¹⁶ des § 12 Abs. 3 S. 3 GwG n.F. rückte der Gesetzgeber von seiner bisherigen Linie ab. Sich berufend auf die europarechtlichen Vorgaben, wonach die Verpflichteten sich bei der konkreten Wahrnehmung ihrer Identifizierungspflichten

³¹⁴ Mit dieser Begründung einen öffentlichen Glauben des Transparenzregisters ablehnend: *Brian/Frey/Pelz*, CCZ 2021, 209 (126); *Korte*, in: BeckOK, GwG, § 18 Rn. 33. Indes würde selbst ein unbeschränkter Vertrauenstatbestand im Sinne des § 12 Abs. 3 S. 3 GwG n.F., also bei Fehlen einer dem § 11 Abs. 5 S. 3 Hs. 2 GwG n.F. entsprechenden Bestimmung, die für den öffentlichen Glauben erforderliche *Wirkung gegenüber jedermann* fehlen, vgl. 1. b).

³¹⁵ Vgl. § 11 Abs. 5a GwG a.F.

³¹⁶ BT-Drs. 19/28164, S. 32; *Bayer*, in: BeckOK, GwG, § 12 Rn. 26i.

nicht allein auf die Angaben des Transparenzregisters verlassen können, um die sorgfältige Wahrnehmung dieser Pflichten nicht zu gefährden³¹⁷, wurde zuvor ein bereits 2017 vom Bundesrat geäußertes Ansinnen zurückgewiesen.³¹⁸ Hiernach wurde die Bundesregierung gebeten zu prüfen, inwieweit ein Vertrauendürfen der Verpflichteten in die Richtigkeit der in dem Transparenzregister gespeicherten Daten normiert werden könnte.

Die Neuerung ist Konsequenz der gleichzeitig erfolgten Umgestaltung des Transparenzregisters von einem Sammelregister zu einem Vollregister.³¹⁹ Mit ihr wird entsprechenden Forderungen einiger Stimmen der Literatur nachgekommen.³²⁰ Durch die nunmehr vollständige Abbildung aller wirtschaftlich Berechtigten aller Meldepflichtigen im Transparenzregister verspricht sich der Gesetzgeber eine bessere Nutzbarkeit des Transparenzregisters für die Erfüllung der Sorgfaltspflichten der Verpflichteten, der durch die Regelvermutung des § 12 Abs. 3 S. 3 GwG n.F. kosteneinsparend Rechnung getragen werden soll.³²¹

III. Zwischenergebnis

Das Transparenzregister richtet sich zwar gemäß § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GwG auch an die Öffentlichkeit, entfaltet ihr gegenüber aber keinerlei privatrechtliche Wirkungen. Die öffentliche Ausrichtung des Transparenzregisters hat vielmehr allein den Zweck, die Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung dadurch zu fördern, dass auch die Einsichtnahme durch Mitglieder der Öffentlichkeit dazu beiträgt, dass die vorgeschriebenen Meldepflichten wirtschaftlicher Berechtigung eingehalten werden.³²² Da diese Aufgabe indes in erster Linie den spezifisch mit geldwäschebezogenen Pflichten befassten Behörden, Kreditinstituten und Finanzinstituten zukommt, hat der EuGH die voraussetzungslose Einsichtnahme der Eintragungen für die Mitglieder der Öffentlichkeit als unverhältnismäßigen Eingriff in das aus Art. 7 und 8 GrCH abzuleitende Grundrecht auf selbstbestimmten Umgang mit personenbezogenen Daten erkannt. In richtlinienkonformer Auslegung des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GwG n.F. ist dementsprechend, im Sinne des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GwG a.F., die Darlegung eines berechtigten Interesses zu fordern.³²³ Zudem besteht nach § 23 Abs. 2 GwG bei abstrakter Gefährdungslage für die in § 23 Abs. 2 S. 2 GwG beschriebenen Konstellationen die Möglichkeit, dass wirtschaftlich Berechtigte die Einsichtnahme der Öffentlichkeit zu ihren personenbezogenen Daten

³¹⁷ RL (EU) 2015/849 (Vierte EU-Geldwäscherichtlinie), siehe Fußnote 1, Art. 30 Abs. 8, Art. 31 Abs. 6.

³¹⁸ BR-Drs. 182/1/17, S. 17; vgl. Korte, in: BeckOK, GwG, § 18 Rn. 31.

³¹⁹ Hierzu ausführlich bei D. I.

³²⁰ Frey, CCZ 2018, 170 (173); Schlitt, VersR 2019, 80 (82); Korte, in: BeckOK, GwG, 7. Edition, § 18 Rn. 32.

³²¹ BT-Drs. 19/28164, S. 32.

³²² Hierzu, siehe II. 1. b).

³²³ Hierzu, siehe I. 2. c).

ausschließen, wenn deren Geheimhaltungsinteresse das konkrete Interesse an der Einsichtnahme überwiegt.³²⁴

Einen eingeschränkten Vertrauenstatbestand vermag das Transparenzregister allerdings mittlerweile über § 12 Abs. 3 S. 3 GwG herzustellen, wonach Verpflichtete bei Wahrnehmung ihrer einzelfallbezogenen Sorgfaltspflichten grundsätzlich von der Richtigkeit und Vollständigkeit des Transparenzregister ausgehen dürfen.³²⁵

Um zum einen eine Wertung treffen zu können, ob dieser Vertrauenstatbestand gerechtfertigt ist, muss geprüft werden, wie die Information über wirtschaftliche Berechtigung zur Eintragung gelangt und welche Mechanismen das Transparenzregisterrecht kennt, um zu gewährleisten, dass wirtschaftliche Berechtigung entsprechend der materiellen Rechtslage ausgewiesen wird. Zum anderen dienen diese Erkenntnisse als Bewertungsgrundlage dafür, ob eine über den bestehenden Wirkungsbereich hinausgehende privatrechtliche Wirkung des Transparenzregisters und des hierin ausgewiesenen wirtschaftlich Berechtigten künftig in Betracht kommen könnte.

C. Die Gewährleistung der Richtigkeit und Vollständigkeit des Inhalts des Transparenzregisters in Anbetracht der Wirkung transparenzregisterrechtlicher Eintragungen

I. Die Informationsgewinnung über die wirtschaftliche Berechtigung und deren Übermittlung an das Transparenzregister

1. Der Informationsfluss „von unten nach oben“ bei Meldepflichtigen im Sinne des § 20 Abs.

1 GwG

Um beurteilen zu können, inwiefern wirtschaftliche Berechtigung an Vereinigungen im Sinne des § 20 Abs. 1 GwG gemäß den Anforderungen des § 19 Abs. 2 GwG i.V.m. § 3 Abs. 1, 2 GwG verlässlich im Transparenzregister abgebildet wird, ist das Informationssystem zu untersuchen, wie wirtschaftliche Berechtigung ermittelt wird und zur Eintragung gelangt.

Die Vereinigung als Adressatin der Meldepflicht des § 20 Abs. 1 S. 1 GwG trifft keine initiale Nachforschungspflicht über an ihr bestehende wirtschaftliche Berechtigung. Sie ist grundsätzlich auf die Angabe entsprechender Informationen durch ihre Anteilseigner, Mitglieder oder durch sonst unmittelbar an ihr Berechtigte im Sinne des § 20 Abs. 3 GwG angewiesen. Der Informationsfluss innerhalb der meldepflichtigen Vereinigung verläuft insofern grundsätzlich „von unten nach oben“. Zu einer anderen Wertung führt auch nicht der über § 19 Abs. 2 GwG anwendbare § 3 Abs. 2 S. 5 GwG, in dem von der „Durchführung umfassender Prüfungen“ vor

³²⁴ Vgl. I. 3.

³²⁵ Vgl. II. 2.

der Möglichkeit einer Angabe des fiktiven wirtschaftlich Berechtigten die Rede ist. Die ohnehin über § 19 Abs. 2 S. 1 GwG für das Transparenzregisterrecht *entsprechend* anzuwendende Norm, ist im Zusammenhang mit dem zum 1. Januar 2020 eingeführten § 20 Abs. 3a GwG auf die darin angelegte Erkundigungspflicht der Vereinigung zu beziehen.³²⁶

§ 20 Abs. 3a GwG verpflichtet die Vereinigung dazu, sollte sie keine Informationen durch ihre wirtschaftlich Berechtigten gemäß § 20 Abs. 3 GwG erhalten, in „angemessenem Umfang“ von ihren Anteilseignern, „soweit sie ihr bekannt sind“, Informationen zu den wirtschaftlich Berechtigten einzuholen (*Erkundigungspflicht*). Dem Auskunftersuchen ist § 23 Abs. 3a S. 2 GwG zufolge nachzukommen (*Auskunftspflicht*) und die gewonnenen Informationen sind gemäß § 23 Abs. 3a S. 4 GwG zu dokumentieren. Die Erkundigungspflicht entfällt gemäß § 20 Abs. 3a S. 3 GwG, wenn der Vereinigung die Angaben zum wirtschaftlich Berechtigten nach § 19 GwG bereits anderweitig bekannt sind. Entsprechendes muss gelten, wenn der Vereinigung hinreichend sicher bekannt ist, dass es keine wirtschaftlich Berechtigten im Sinne des § 19 Abs. 2 S. 1 GwG i.V.m. § 3 Abs. 1, 2 S. 1 – 4 GwG gibt.³²⁷

2. Die Angabepflicht im Innenverhältnis nach § 20 Abs. 3 GwG

a) Die regelmäßige Wahrnehmung der Angabepflicht durch die unmittelbar an der Vereinigung berechtigten Personen

Der Gesetzgeber hat sich in dem Bestreben, ein verlässliches Informationssystem über die meldepflichtige wirtschaftliche Berechtigung zu installieren, für eine Angabepflicht³²⁸ gegenüber der Vereinigung im Innenverhältnis und gegen eine initiale umfassende Nachforschungspflicht derselben entschieden. Diese Angabepflicht ist in § 20 Abs. 3 GwG geregelt. § 20 Abs. 3 S. 1 GwG beschreibt den Grundsatz der Mitteilung aller für die Wahrnehmung der Meldepflicht nach § 20 Abs. 1 GwG erforderlichen Informationen durch die wirtschaftlich Berechtigten. In § 20 Abs. 3 S. 2 – 4 GwG sind spezielle Regelungen dazu enthalten, wer (darüber hinaus³²⁹) bei eingetragenen Gesellschaften, Genossenschaften, Vereinen und rechtsfähigen Stiftungen den Angabepflichten unterliegt. Ausgenommen von der Angabepflicht sind nach der Gesetzesbegründung die gemäß § 3 Abs. 2 S. 5 GwG fiktiv wirtschaftlich Berechtigten, was sich bereits

³²⁶ Vgl. hierzu bereits Kapitel 1 C. V. 2.

³²⁷ BT-Drs. 19/13827, S. 88; *Figura*, in: Herzog, GwG, 4. Aufl., § 20 Rn. 28.

³²⁸ Für die terminologische Begründung der im Innenverhältnis (insbesondere) den wirtschaftlich Berechtigten auferlegten Mitteilungspflicht als *Angabepflicht* (entsprechend § 20 Abs. 4 GwG) in Abgrenzung zu der im Außenverhältnis den Meldepflichtigen auferlegten *Meldepflicht* zum Transparenzregister, siehe Kapitel 1 A. IV.

³²⁹ Teilweise trifft die Angabepflicht den bereits nach § 20 Abs. 3 S. 1 GwG wirtschaftlich Berechtigten, teilweise wird der Grundsatz des § 20 Abs. 3 S. 1 GwG jedoch auch spezialisierend verdrängt. Zu der Auffangfunktion des § 20 Abs. 3 S. 1 GwG bei mehrgliedrigen Beteiligungsstrukturen, siehe sogleich bei b).

daraus ergibt, dass der Anmeldung der dort genannten Personen der ergebnislose Ablauf von Angabe-, Erkundigungs- und Auskunftspflichten vorausgehen muss.³³⁰

Für den Fall wirtschaftlicher Berechtigung durch mittelbare Kontrolle bestimmt § 20 Abs. 3 S. 2 Alt. 2 GwG i.V.m. § 20 Abs. 3b S. 1 GwG, dass grundsätzlich nicht der (mittelbar) wirtschaftlich Berechtigte, sondern der unmittelbar an der Vereinigung beteiligte Anteilseigner angabepflichtig ist. Damit korrespondiert die Auskunftspflicht des Anteilseigners nach § 20 Abs. 3a S. 2 GwG. Von dieser Regelung sind nur von § 20 Abs. 1 S. 1 GwG adressierte *Gesellschaften* betroffen, da die übrigen Vereinigungen, eingetragenen Vereine, eingetragenen Genossenschaften und rechtsfähigen Stiftungen, keine Anteilseigner haben. Für diese stellt § 20 Abs. 3 S. 3, 4 GwG klar, dass keine von dem Grundsatz nach § 20 Abs. 3 S. 1 GwG abweichende Angabepflicht anderer Personen als des wirtschaftlich Berechtigten im Sinne des § 3 Abs. 1 – 3 GwG besteht.

Dass der Informationsfluss gemäß § 20 Abs. 3 S. 2 GwG i.V.m. § 20 Abs. 3a, 3b GwG gesellschaftsintern verlaufen soll, ist nachvollziehbar, da die Anteilseigner am ehesten beurteilen können, ob sie und wer ansonsten als wirtschaftlich Berechtigte anzusehen sind.³³¹ Wenn keine Informationen nach § 20 Abs. 3 GwG angegeben werden, würde die Regelung des § 20 Abs. 3a GwG zumeist ins Leere laufen, wenn die Vereinigung sich an die mittelbar wirtschaftlich Berechtigten halten müsste, die ihr in der Regel nicht bekannt sein werden. Die Mittler hingegen wissen im Normalfall, für wen sie mitteln, und können die nötigen Auskünfte geben.³³²

b) Der Auffangcharakter des § 20 Abs. 3 S. 1 GwG n.F.

aa) Die eingeschränkte Angabepflicht des Anteilseigners bei mittelbarer wirtschaftlicher Berechtigung

Mit der Neufassung des § 20 GwG zum 1. Januar 2020 hat der Gesetzgeber die nach § 20 Abs. 3 S. 1 GwG a.F. ehemalige generelle Angabepflicht des Anteilseigners zugunsten einer gegenüber der generellen Angabepflicht des wirtschaftlich Berechtigten nach § 20 Abs. 3 S. 1 GwG n.F. speziellen Angabepflicht des Anteilseigners gemäß § 20 Abs. 3 S. 2 GwG n.F. geändert.

Auch nach § 20 Abs. 3 GwG n.F. endet die Pflicht des Anteilseigners zur Erteilung der Angaben über mittelbar Berechtigte auf der ersten Stufe mehrstufiger Beteiligungsverhältnisse. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 20 Abs. 3 S. 2 Alt. 2 GwG n.F., wonach nur *eine unmittel-*

³³⁰ BT-Drs. 19/13827, S. 87.

³³¹ So auch die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/11555, S. 127.

³³² *Krais*, CCZ 2017, 98 (101 ff.) noch zu § 20 Abs. 3 GwG a.F., in der die Angabepflicht bei mittelbarer Kontrolle noch unklarer geregelt war.

bare Kontrolle des Anteilseigners durch diesen anzugeben ist. Nur wenn die hinter ihm stehende natürliche Person durch ihre Rechtsstellung gegenüber dem Anteilseigner *unmittelbar* wirtschaftlich berechtigt an der Ausgangsvereinigung ist, muss er entsprechende Auskunft erteilen. Dies ist etwa der Fall, wenn er unter dem beherrschenden Einfluss einer anderen Person steht oder diese Treugeberin der von ihm gehaltenen Anteile ist.³³³ Kontrolliert die dahinterstehende Person den Anteilseigner nur *mittelbar*, muss dieser keine Angaben gegenüber der Ausgangsvereinigung nach § 20 Abs. 3 S. 2 Alt. 2 GwG n.F. machen.³³⁴ Dies entsprach auch schon der Rechtslage des § 20 Abs. 3 GwG a.F., wonach eine Angabepflicht des wirtschaftlich Berechtigten in § 20 Abs. 3 S. 5 GwG a.F. für den Fall vorgesehen war, dass der wirtschaftlich Berechtigte den Anteilseigner mittelbar kontrolliert.

Dass der Gesetzgeber die in dieser Form eingeschränkte Angabepflicht des Anteilseigners beibehalten hat, ist einleuchtend. So ist der Anteilseigner bei einer bloß mittelbaren Kontrolle in der Regel nicht in der Lage, einschätzen zu können, ob und wodurch hierdurch eine wirtschaftliche Berechtigung des Hintermanns an der Ausgangsvereinigung entsteht.³³⁵ Auch die Ausgangsvereinigung selbst hat gemäß § 20 Abs. 3a GwG Auskunft nur auf der ersten unmittelbaren Beteiligungsstufe ihrer Anteilseigner einzuholen.³³⁶ Es wäre unverhältnismäßig, dem Anteilseigner, der selbst nicht wirtschaftlich Berechtigter ist, eine weitergehende Nachforschungspflicht aufzuerlegen als der meldepflichtigen Vereinigung selbst.³³⁷

bb) Die Lücke in der Mitteilungssystematik nach § 20 Abs. 3 GwG a.F.

*Rieg*³³⁸ verwies in Bezug auf die von § 20 Abs. 3 GwG a.F. ausgegebene Rechtslage auf eine Lücke in der Mitteilungssystematik des Transparenzregisterrechts. Er schilderte den Fall, dass eine Außen-GbR Anteilseignerin der Ausgangsvereinigung ist und einige Mitglieder der Außen-GbR miteinander durch Unterpoolvereinbarung eine Innen-GbR bilden. Die Mitglieder dieses Unterpools kontrollierten hierüber die Außen GbR *unmittelbar*³³⁹ und wären durch diesen Einfluss als wirtschaftlich Berechtigte der Vereinigung anzusehen. Dass Mitglieder der Innen-GbR über die Außen-GbR wirtschaftlich berechtigt an der Ausgangsvereinigung sein können, wurde in Kapitel 1 dargestellt.³⁴⁰ Nach § 20 Abs. 3 S. 5 GwG a.F. hätte in dieser Situation

³³³ BT-Drs. 18/11555, S. 129; *Rieg*, BB 2017, 2310 (2319 f.); *Krais*, CCZ 2017, 98 (103), wobei dieser an der praktischen Umsetzbarkeit des Informationssystems zweifelt; a.A. *Kotzenberg/Lorenz*, NJW 2017, 2433 (2435), in Anbetracht der abweichenden Interpretation des Kontrollbegriffs nach § 3 Abs. 1 GwG und damit einhergehend der transparenzregisterrechtlichen Bewertung der Treuhand, vgl. Kapitel 1 C. II., VI. 2.

³³⁴ *Rieg*, BB 2017, 2310 (2311); *Krais*, CCZ 2017, 98 (102).

³³⁵ *Korte*, in: BeckOK, GwG, § 20 Rn. 66.

³³⁶ Siehe 1.

³³⁷ In diesem Sinne. auch *Figura*, in: Herzog, GwG, 4. Aufl. § 20 Rn. 26.

³³⁸ *Rieg*, BB 2017, 2310 (2318 f.).

³³⁹ Zu möglichen Einwänden gegen eine als *unmittelbar* zu qualifizierende Kontrollausübung, siehe Fußnote 342.

³⁴⁰ Siehe Kapitel 1 E. II. 1.

keine Angabepflicht des wirtschaftlich Berechtigten bestanden, da diese nur im Falle einer *mittelbaren* Kontrolle des Anteilseigners gegriffen hätte. Die Außen-GbR als Anteilseignerin hätte keine zurechenbare Kenntnis von den Vereinbarungen der Innen-GbR gehabt³⁴¹ und deshalb keine Angaben zu den wirtschaftlich Berechtigten nach § 20 Abs. 3 S. 1 GwG a.F. machen können.

cc) Schließung dieser Lücke durch § 20 Abs. 3 GwG n.F.

Bis zur Neufassung des § 20 GwG zum 1. Januar 2020 wäre in der von *Rieg* skizzierten Situation zu fragen, ob die Kontrollausübung der Mitglieder des Unterpools gegenüber der Außen-GbR nicht auch als mittelbar verstanden werden könnte, wodurch § 20 Abs. 3 S. 5 GwG a.F. einschlägig gewesen wäre.³⁴² Indem § 20 Abs. 3 S. 1 GwG n.F. die Angabepflicht im Allgemeinen an den wirtschaftlich Berechtigten und nicht mehr, wie noch nach § 20 Abs. 3 S. 1 GwG a.F., an den Anteilseigner richtet, wird eine solche Lesart entbehrlich. Die Angabepflicht des wirtschaftlich Berechtigten ist, anders als nach § 20 Abs. 3 S. 5 a.F., nicht mehr auf den speziellen Ausnahmefall beschränkt, dass er den Anteilseigner mittelbar kontrolliert. Stattdessen kommt der Angabepflicht des wirtschaftlich Berechtigten nach § 20 Abs. 3 S. 1 GwG n.F. nunmehr eine umfassende Auffangfunktion zu, die immer dann greift, wenn keine der in § 20 Abs. 3 S. 2 – 4 GwG n.F. beschriebenen Personen die erforderlichen Angaben machen kann. Dies umfasst zunächst die Konstellation des § 20 Abs. 3 S. 5 a.F., in der der wirtschaftlich Berechtigte weiterhin nach § 20 Abs. 3 S. 1 GwG n.F. angabepflichtig ist.³⁴³ Darüber hinaus besteht eine Angabepflicht in den Fällen, in denen wirtschaftliche Berechtigung durch faktische oder schuldrechtliche Kontrolle der Vereinigungen ausgeübt wird.³⁴⁴ Vor allem ist der wirtschaftlich Berechtigte selbst über § 20 Abs. 3 S. 1 GwG n.F. nunmehr aber auch dann angabepflichtig, wenn dem Grunde nach zwar eine spezielle Angabepflicht nach den § 20 Abs. 3 S. 2 – 4 GwG n.F. vorliegen würde, diese allerdings mangels Kenntnis von den die Angabepflicht auslösenden Umständen nicht wahrgenommen werden kann.³⁴⁵ § 20 Abs. 3 S. 1 GwG n.F. muss demnach im Hintergrund der § 20 Abs. 3 S. 2 – 4 GwG n.F. als eine Art Ausfalltatbestand verstanden werden. Hierfür spricht auch, dass ansonsten die Neuregelung des Grundtatbestands der

³⁴¹ Demgegenüber geht *Zillmer*, DB 2017, 1931 (1935) in dem von ihr gelieferten Beispiel wohl von einer Kenntnis der Außen-GbR über die Vereinbarungen der Innen-GbR aus.

³⁴² *Rieg* wies diesen Einwand zu Recht mit der Begründung zurück, dass die Innen-GbR in diesem Fall als eine weitere Ebene hinter der Außen-GbR gesehen werden müsste, da ansonsten keine die mittelbare Kontrollausübung begründende Mehrstufigkeit angenommen werden könnte. Eine solche Mehrstufigkeit könne richtigerweise über die Einschaltung einer bloß schuldrechtlich wirkenden Unterpoolvereinbarung aber nicht erreicht werden, *Rieg*, BB 2017, 2310 (2318 f.). Vgl. hierzu Kapitel 1 C. III.

³⁴³ *Figura*, in: Herzog, GwG, 4. Aufl., § 20 Rn. 26; *Korte*, in: BeckOK, GwG, § 20 Rn. 66.

³⁴⁴ Zu der hier vertretenen Auffassung, dass eine derartige Kontrollausübung im Sinne des Transparenzregisterrechts möglich ist, siehe die Ausführungen in Kapitel 1 C. II.

³⁴⁵ Soweit ersichtlich wirkt sich das nur in der zuvor beschriebenen Konstellation aus, da ansonsten die in § 20 Abs. 3 S. 2 Hs. 1, S. 3, 4 GwG genannten Angabepflichtigen stets auch die wirtschaftlich Berechtigten sind.

Angabepflicht in § 20 Abs. 3 S. 1 GwG n.F. keinerlei Veränderungen mit sich gebracht hätte, würde man immer noch der Auffassung sein, dass der wirtschaftlich Berechtigte ausschließlich in der von § 20 Abs. 3 S. 5 GwG a.F. beschriebenen Situation angabepflichtig sei.

In dem von *Rieg* skizzierten Szenario würde somit gemäß § 20 Abs. 3 S. 1 GwG n.F. eine Angabepflicht der Mitglieder des Unterpools als wirtschaftlich Berechtigte gegenüber der Ausgangsvereinigung bestehen.

c) Keine vollständige Überwindung des Risikos eines Informationsdefizits durch die Neufassung des § 20 GwG

Gleichwohl besteht auch nach Neufassung der Angabe-, Erkundigungs- und Auskunftspflichten in § 20 GwG zum 1. Januar 2020 ein Risiko eines Informationsdefizits bezüglich der dem Transparenzregister nach § 20 Abs. 1 GwG zu meldenden wirtschaftlichen Berechtigung. Dessen Funktionsfähigkeit bleibt in der beschriebenen Konstellation allein von einer pflichtgemäßen Ausführung der Angabepflicht durch den wirtschaftlich Berechtigten abhängig. Denn weder die Vereinigung noch den Anteilseigner trifft in diesem Fall eine Erkundigungspflicht, die auf die Ermittlung des wirtschaftlich Berechtigten gerichtet ist. Die Erkundigungspflicht der Vereinigung nach § 20 Abs. 3a S. 1 GwG n.F. beschränkt sich auf die Ebene der Anteilseigner, die Anteilseigner trifft keine über die Angabepflicht nach § 20 Abs. 3 S. 2 GwG n.F. hinausgehende Pflicht, sich über die Existenz weiterer wirtschaftlich Berechtigter zu erkundigen. Nur bei positiver Kenntnis einer bislang unbekannten wirtschaftlichen Berechtigung hat er dies gemäß § 20 Abs. 3b GwG n.F. der Ausgangsvereinigung mitzuteilen. Hat der wirtschaftlich Berechtigte in dieser Konstellation ein Interesse daran, seine wirtschaftliche Berechtigung gegenüber der Vereinigung und damit gegenüber der Öffentlichkeit geheim zu halten, sieht das Transparenzregisterrecht keine Mechanismen vor, wie wirtschaftliche Berechtigung zu ermitteln und in Ausführung der Meldepflicht nach § 20 Abs. 1 GwG zu veröffentlichen ist.

Die Einführung des GbR-Gesellschaftsregisters hat die Gefahr dieses Informationsdefizits ebenfalls nicht beseitigt. Auch wenn sich die gesellschaftsrechtliche Bewertung von Innen-GbRs geändert haben mag³⁴⁶, bleibt es dabei, dass über sie Einfluss einzelner Mitglieder einer Außen-GbR entstehen kann. Diese können dadurch zu wirtschaftlich Berechtigten an der Ausgangsvereinigung werden, an der die – nun eingetragene – Außen-GbR beteiligt ist, ohne dass dies im Transparenzregister sicher erfasst wird.

³⁴⁶ Vgl. Fußnote 467.

d) Das Entfallen der Angabepflicht gemäß § 20 Abs. 4 GwG

Gemäß § 20 Abs. 4 GwG entfällt die Angabepflicht in den Fällen, in denen die erforderlichen Angaben bereits in anderer Form mitgeteilt wurden. Dies ist etwa bei Aktionären, die im Aktienregister eingetragene Namensaktien halten, anzunehmen, da sich Namen, Geburtsdatum, Adresse und Stückzahl beziehungsweise Nennbetrag (bei Nennbetragsaktien) mit Geltung gegenüber der AG daraus ergeben.³⁴⁷

3. Der Informationsfluss in den Meldepflichtigen im Sinne des § 21 Abs. 1, 2 GwG

Aufgrund einer fehlenden Parallelvorschrift zu § 20 Abs. 3 GwG besteht keine Angabepflicht der wirtschaftlich Berechtigten gegenüber den meldepflichtigen Rechtsgestaltungen im Sinne des § 21 Abs. 1, 2 GwG. Dies ist darauf zurückzuführen, dass der gemäß § 21 Abs. 1 S. 1 GwG im Außenverhältnis unmittelbar von der Meldepflicht adressierte Trustee beziehungsweise Treuhänder gemäß § 21 Abs. 2 GwG³⁴⁸ die an der Rechtsgestaltung beteiligten Personen in aller Regel persönlich kennt und weiß, wer als wirtschaftlich Berechtigter anzusehen ist.³⁴⁹ Damit ein hinreichendes Informationsniveau über bestehende wirtschaftliche Berechtigung an der Rechtsgestaltung und damit einhergehend die Richtigkeit und Vollständigkeit des Transparenzregisters, im Rahmen der durch das Gebot der Kostenneutralität gesetzten Grenzen³⁵⁰, gewährleistet ist, trifft den Trustee beziehungsweise den Treuhänder im Gegensatz zu den meldepflichtigen Vereinigungen aber eine Nachforschungspflicht, soweit ihm die wirtschaftlich Berechtigten unbekannt sind.³⁵¹

II. Die Vorkehrungen des Transparenzregisterrechts zur Gewährleistung der Richtigkeit und Vollständigkeit des Eintragungsinhalts des Transparenzregisters

1. Die Kontrolle der ausgeübten Meldepflichten durch die registerführende Stelle im Rahmen des § 18 Abs. 3 GwG

Das Transparenzregister wird in elektronischer Form von der Bundesanzeiger Verlag GmbH geführt.³⁵² Dieser steht als beliehener, registerführender Stelle gemäß § 18 Abs. 3 GwG das Recht zu, zu einer Mitteilung, die in Wahrnehmung der Meldepflichten des § 20 Abs. 1 GwG

³⁴⁷ BT-Drs. 18/11555, S. 103. Für Inhaberaktien greift § 20 Abs. 4 Alt. 2 GwG hingegen regelmäßig nicht, weil die AG den Aktionär in diesem Fall, von den in § 20 AktG geregelten Konstellationen abgesehen, nicht kennt. Vgl. BT-Drs. 18/11555, S. 103, 130; ebenso *Rieg*, BB 2017, 2310 (2314).

³⁴⁸ Warum trotz der insoweit nicht bei der Rechtsgestaltung im Sinne des § 21 Abs. 1, 2 GwG liegenden Meldepflicht im Außenverhältnis von dieser als „Meldepflichtiger“ gesprochen wird, wird bei Kapitel 1 A. IV. erläutert.

³⁴⁹ BT-Drs. 18/11555, S. 130 f.; *Krais* CCZ 2017, 98 (104); *Korte*, in: BeckOK, GwG, § 21 Rn. 15.

³⁵⁰ Hierzu siehe bei E. II., sowie die Ausführungen in Fußnote 428.

³⁵¹ *Korte*, in: BeckOK, GwG, § 21 Rn. 15; *Diergarten/Fraulob*, Geldwäsche, S. 377.

³⁵² Abrufbar unter: <https://www.transparenzregister.de/treg/de/start.jsessionid=DBB096A44C5E4AF2D9160566A9F3929A.app21?0>.

oder § 21 Abs. 1, 2 GwG erfolgt, Auskunft von den Meldepflichtigen zu verlangen, wenn die Mitteilung unvollständig oder unklar ist oder Zweifel an der Zuordnung zum Meldepflichtigen bestehen. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll von dem Recht etwa Gebrauch gemacht werden, wenn Unklarheiten in der Zuordnung von Meldungen aufgrund eines Gleichlaufs von Bestandteilen des Firmennamens verschiedener Unternehmen bestehen³⁵³ oder nur fragmentarische Mitteilungen gemacht werden, die nicht alle nach § 19 Abs. 1 GwG erforderlichen Angaben enthalten.³⁵⁴ Abseits von diesem Instrument formaler Registerkontrolle, das im Sinne der Effizienzsteigerung verhindern soll, Eintragungen aus solchen Gründen stets zurückweisen zu müssen³⁵⁵, steht der Bundesanzeiger GmbH im Zeitpunkt der Eintragung keine hoheitliche Prüfkompetenz oder -pflicht zu.

2. Die Meldung von Unstimmigkeiten durch Verpflichtete und Behörden im Rahmen des § 23a Abs. 1 GwG und die anschließende Prüfung durch die registerführende Stelle

Gemäß § 23a Abs. 1 GwG haben Verpflichtete im Sinne des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GwG Unstimmigkeiten im Eintragungsinhalt des Transparenzregisters unverzüglich der registerführenden Stelle zu melden haben, auf die sie im Rahmen der Erfüllung ihrer konkreten Sorgfaltspflichten zur Feststellung wirtschaftlicher Berechtigung stoßen.³⁵⁶ Die gleiche Pflicht trifft gemäß § 23a Abs. 1 S. 3 GwG die dort ausgewiesenen Behörden³⁵⁷, sofern dadurch ihre Aufgabenwahrnehmung nicht behindert wird. Letzteres kann der Fall sein, wenn etwa laufende Ermittlungen durch die im Zuge der Meldung nach § 23a Abs. 1 GwG anstehenden Nachfragen bei den Meldepflichtigen gefährdet werden könnten.³⁵⁸ Weder Verpflichtete noch Behörden trifft dabei eine selbstständige Nachforschungs- oder Prüfpflicht hinsichtlich der gesetzeskonformen Abbildung wirtschaftlicher Berechtigung im Transparenzregister.³⁵⁹

Die registerführende Stelle befasst sich anschließend mit der Unstimmigkeitsmeldung, indem sie gemäß § 23a Abs. 3 GwG den Ersteller der Unstimmigkeitsmeldung oder auch den Meldepflichtigen kontaktiert und erforderlichenfalls Unterlagen und Nachweise einfordert, die zu der Aufklärung der tatsächlich bestehenden wirtschaftlichen Berechtigung führen. In dieser Konstellation, wenn also Bedenken durch die von § 23a Abs. 1 GwG adressierten Verpflichteten und

³⁵³ BT-Drs. 18/11555, S. 126.

³⁵⁴ BR-Drs. 352/19, S. 94.

³⁵⁵ *Seehafer*, in: Herzog: GwG, § 18 Rn. 10.

³⁵⁶ Zu den konkreten Sorgfaltspflichten der Verpflichteten, innerhalb deren Ausführung die Begriffsbestimmung des § 3 GwG ihren originären Anwendungsbereich hat, siehe Kapitel 1 A. I.

³⁵⁷ Das sind die Aufsichtsbehörden und die Behörde nach § 25 Abs. 6 GwG und nach § 56 Abs. 5 S. 2 GwG sowie die Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen (FIU).

³⁵⁸ BT-Drs. 19/13827, S. 91.

³⁵⁹ BT-Drs. 19/13827, S. 91; *Figura*, in: Herzog, GwG, 4. Aufl. § 23a GwG Rn. 2; *Dierlamm/Weissinger*, WPg 2019, 43 (45).

Behörden an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Angaben zur wirtschaftlichen Berechtigung im Transparenzregister geäußert werden, findet demnach eine materiell-rechtliche Überprüfung statt, wer als tatsächlich wirtschaftlich Berechtigter nach den Vorgaben des § 19 Abs. 2 GwG i.V.m. § 3 Abs. 1 – 3 GwG hätte gemeldet werden müssen.

Zum 1. August 2021 wurde zudem mit § 23a Abs. 3a GwG n.F. eine Pflicht zur Erstellung von Eigentums- und Kontrollstrukturübersichten durch die registerführende Stelle im Rahmen der Prüfung von Unstimmigkeitsmeldungen eingeführt. Zur Auflösung der Unstimmigkeit überprüft die registerführende Stelle die die Meldung nach § 23a Abs. 1 GwG veranlassenden Angaben im Transparenzregister. Dabei zieht sie sowohl die ihr aufgrund von Nachfragen nach § 23 Abs. 3 GwG zugegangenen als auch die sich aus anderen Registern ergebenden Informationen heran. Anschließend legt sie eine Übersicht über die gefundenen Ergebnisse hinsichtlich der Eigentums- und Kontrollstrukturen des Meldepflichtigen an. Die Übersichten sind für zwei Jahre aufzubewahren, nehmen aber nicht an dem Registerinhalt des Transparenzregisters teil. Der Gesetzesbegründung zufolge sollen mithilfe dieser Übersichten die Eigentums- und Kontrollstruktur der jeweils von der Meldung betroffenen Vereinigung nach § 20 Abs. 1 GwG oder Rechtsgestaltung nach § 21 Abs. 1, 2 GwG durchdrungen werden. Auch an andere Behörden sollen die Übersichten zum Zwecke ihrer Aufgabenerfüllung weitergegeben werden, etwa im Rahmen einer Datenerhebung durch die Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen nach § 31 Abs. 1 GwG.³⁶⁰

Auch in den Eigentums- und Kontrollstrukturübersichten kann insofern ein Beitrag zur Steigerung der materiellen Richtigkeit des Transparenzregisters erkannt werden. Der Umstand, dass die Angaben zur wirtschaftlichen Berechtigung überprüft werden, ist ebenso wie der Abschluss der Prüfungen gemäß § 23a Abs. 6 GwG auf dem Registerauszug zu vermerken, wodurch Einsichtnehmende zumindest das hierdurch ausgedrückte Bestehen und die Überwindung von Zweifeln an der Abbildung der materiellen Rechtswahrheit nachvollziehen können. Da eine Prüfung aber immer erst auf eine Unstimmigkeitsmeldung hin erfolgt, kann aus dem Fehlen eines Prüfvermerks im Sinne des § 23a Abs. 6 GwG nicht auch darauf geschlossen werden, dass solche Zweifel nicht bestehen.

3. Die Ahndung von Verstößen gegen transparenzregisterrechtliche Mitteilungspflichten nach § 56 Abs. 1 S. 1 Nr. 54 – 66 GwG durch das Bundesverwaltungsamt

Gemäß § 56 Abs. 1 S. 1 Nr. 54 – 66, S. 2 GwG sind Verstöße im Zusammenhang mit den transparenzregisterrechtlichen Mitteilungspflichten (zu denen nach § 56 Abs. 1 S. 1 Nr. 65 auch

³⁶⁰ BT-Drs. 19/28164, S. 52.

die soeben beschriebene Pflicht zur Mitteilung von Unstimmigkeiten nach § 23a Abs. 1 GwG gehört)³⁶¹ als Ordnungswidrigkeiten durch das Bundesverwaltungsamt, als gemäß § 56 Abs. 5 S. 2 GwG zuständiger Verwaltungsbehörde, bußgeldbewährt. Damit sichergestellt ist, dass das Bundesverwaltungsamt die zur Wahrnehmung seiner Aufgaben im Rahmen des § 56 GwG erforderlichen Informationen erhält, ist nach § 23a Abs. 4 GwG vorgesehen, dass die registerführende Stelle das Bundesverwaltungsamt darüber informiert, sollte die Prüfung nach § 23a Abs. 3 GwG das Vorliegen eines Verstoßes nahelegen. Dass die registerführende Stelle das Bundesverwaltungsamt darüber aufklärt, dass angesichts unzureichender Mitteilungen ein Verstoß im Sinne des § 56 Abs. 1 S. 1 Nr. 54 – 66 GwG vorliegen könnte (also auch, wenn sich dies im Zusammenhang mit dem nach § 18 Abs. 3 GwG bestehenden Auskunftsrecht ergibt), dürfte trotz der zurückhaltenden Formulierung in § 18 Abs. 3a GwG dem Grundsatz entsprechen. Hierin ist zwar nur ein *Recht* der registerführenden Stelle zur Weitergabe von Informationen und Unterlagen an das Bundesverwaltungsamt zur Erfüllung dessen Aufgaben im Rahmen des § 56 Abs. 5 S. 2 GwG vorgesehen, das zudem nur im Einzelfall bestehen soll. Allerdings ist die Regelung im Lichte der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, wonach ein „wirksames“ System zur Verfolgung und Ahndung von Verstößen gegen die transparenzregisterrechtlichen Mitteilungspflichten durch die Mitgliedsstaaten geschaffen werden soll³⁶², auszulegen. Anders formuliert können Sanktionen nur dann einen Beitrag zu der Abbildung der Rechtswahrheit im Transparenzregister darstellen, wenn angesichts eines effektiven Informationssystems die für eine zutreffende Registerlage Verantwortlichen, insbesondere die Meldepflichtigen, davon ausgehen müssen, dass Falschmeldungen und Versäumnisse nicht unerkannt bleiben. Richtigerweise trifft die registerführende Stelle, wie im Rahmen des § 23a Abs. 4 GwG im Speziellen vorgesehen, insofern allgemein eine Pflicht, das Bundesverwaltungsamt über mögliche nach § 56 Abs. 1 S. 1 Nr. 54 – 66 GwG zu sanktionierende Verstöße aufzuklären.³⁶³

III. Zwischenergebnis

Hinsichtlich der Verlässlichkeit des dem Transparenzregister zugewiesenen Informationssystems über wirtschaftliche Berechtigung ist seit seiner Einführung jedenfalls eine Verbesserung festzustellen. Durch die Neueinführung des § 20 Abs. 3a GwG wurde zwar nicht von dem vorgesehenen Informationsfluss „von unten nach oben“ abgerückt, es wurde aber eine Behelfsmöglichkeit eingeführt, wenn der in § 20 Abs. 3 GwG geregelte Informationsquell nicht in der vorgesehenen Weise produziert.³⁶⁴ Zudem wurde die in § 20 Abs. 3 GwG a.F. Lücke in der

³⁶¹ Was unter dem Begriff der transparenzregisterrechtlichen Mitteilungspflichten in dieser Arbeit zu verstehen ist, wird in Kapitel 1 A. IV. erläutert.

³⁶² RL (EU) 2018/843, siehe Fußnote 1, Art. 30 Abs. 1, Art. 31 Abs. 2.

³⁶³ Das Bundesverwaltungsamt ist für die Ahndung der nach § 56 GwG begangenen Verstöße generell auf die Information anderer Akteure, insbesondere Behörden, angewiesen, vgl. etwa § 31b Abs. 3 Nr. 1 AO.

³⁶⁴ Vgl. I. 1.

Informationssystematik, die darin bestand, dass bei einer mittelbaren Kontrolle eines Anteilseigners durch einen wirtschaftlich Berechtigten niemand zur Angabe gegenüber der Ausgangsvereinigung verpflichtet war, durch den Auffangtatbestand einer Mitteilungspflicht durch den wirtschaftlich Berechtigten in § 20 Abs. 3 S. 1 GwG n.F. geschlossen. Demnach ist nunmehr im Zweifel immer der wirtschaftlich Berechtigte zu einer Mitteilung im Innenverhältnis gegenüber der Ausgangsvereinigung verpflichtet.³⁶⁵ Gleichwohl führt das Fehlen einer allgemeinen initialen Nachforschungspflicht zu einer Abhängigkeit der Richtigkeit des Transparenzregisters von dem Verhalten der natürlichen Personen, die selbst wirtschaftlich Berechtigte sind oder von diesen kontrolliert werden. Da diese in der Regel an einer Offenlegung wenig Interesse haben, scheint das System fragil zu sein.³⁶⁶ Im Rahmen des § 21 GwG greifen diese Bedenken nicht entsprechend, da der meldepflichtige Trustee beziehungsweise Treuhänder die wirtschaftlich Berechtigten hier in aller Regel kennt und ansonsten zu Nachforschungen verpflichtet ist.³⁶⁷

Hinsichtlich der Mechanismen registerlicher Richtigkeitsgewähr ist zentral festzuhalten, dass hoheitliche Prüf- oder Aufsichtspflichten, ob die Abbildung wirtschaftlicher Berechtigung im Transparenzregister *im Zeitpunkt der Eintragung* den Vorgaben des § 19 Abs. 2 GwG i.V.m. § 3 Abs. 1 – 3 GwG entspricht, vollständig fehlen. Sind die ihr gegenüber mitgeteilten Angaben vollständig im Sinne des § 19 Abs. 1 GwG, hinreichend klar bestimmt und dem Meldepflichtigen eindeutig zuzuordnen, nimmt die registerführende Stelle die Eintragung vor.³⁶⁸ Eine Überprüfung, ob die Darstellungen des Transparenzregisters den materiell-rechtlichen Verhältnissen der Meldepflichtigen entsprechen, findet gemäß § 23a Abs. 3, 3a GwG erst dann statt, wenn sie durch einen Verpflichteten oder eine Behörde im Rahmen des § 23 Abs. 1 GwG hierauf hingewiesen wird. Die Verpflichteten müssen lediglich dann, wenn ihnen im Rahmen der Erfüllung ihrer Sorgfaltspflichten gemäß § 10 Abs. 3 GwG Unstimmigkeiten auffallen, daran mitwirken, diese zu beheben. Entsprechendes gilt für die über § 23a Abs. 1 S. 3 GwG i.V.m. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. a, b in Bezug genommen Behörden, die im Zuge der Wahrnehmung ihrer gesetzlichen Aufgaben auf Unstimmigkeiten aufmerksam werden.³⁶⁹

Auch das Bundesverwaltungsamt, als für die Sanktionierung von Verstößen gegen die Mitteilungspflichten zuständige Behörde, erhält die eine Initiative zum Tätigwerden auslösenden Informationen erst durch andere Behörden, insbesondere die registerführende Stelle.³⁷⁰

³⁶⁵ Vgl. I. 2. b).

³⁶⁶ Vgl. I. 2. c).

³⁶⁷ Vgl. I. 3.

³⁶⁸ Vgl. II. 1.

³⁶⁹ Vgl. II. 2.

³⁷⁰ Vgl. II. 3.

D. Die Entwicklung der Verknüpfung des Privatregisterrechts³⁷¹ mit dem Transparenzregisterrecht hinsichtlich wirtschaftlicher Berechtigung

I. Die ehemalige Ausstrahlungswirkung der Privatregisterregister auf das Transparenzregister über die Meldefiktion des § 20 Abs. 2 GwG a.F.

1. Überblick über Voraussetzungen und Wirkungen des § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F.

a) Der sich aus der ehemaligen Meldefiktion ergebende frühere Charakter des Transparenzregisters als unselbstständiges Sammelregister

§ 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. sah vor, dass Dokumente³⁷² und Eintragungen nach § 22 Abs. 1 GwG, die elektronisch aus Handelsregister, Partnerschaftsregister, Genossenschaftsregister, Vereinsregister und Unternehmensregister abrufbar waren und über die Beteiligungs- und Machtverhältnisse in den betroffenen Vereinigungen Aufschluss gaben, eine Meldepflicht an das Transparenzregister nach § 20 Abs. 1 GwG entfallen ließen.³⁷³ Für Gesellschaften, die an einem organisierten Markt im Sinne des § 2 Abs. 11 WpHG notiert waren oder dem Gemeinschaftsrecht entsprechenden Transparenzanforderungen im Hinblick auf Stimmrechtsanteile oder gleichwertigen internationalen Standards unterlagen, sah § 20 Abs. 2 S. 2 GwG a.F. vor, dass die Meldepflicht stets als erfüllt gelten sollte.³⁷⁴

b) Das Erfordernis vollständiger Information über das Privatregisterrecht

Die Meldefiktion griff dabei nur unter der Voraussetzung, dass sich tatsächlich alle im Transparenzregister offenzulegenden Angaben aus den in § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. i.V.m. § 22 Abs. 1 GwG beschriebenen Dokumenten und Eintragungen ergaben. Ansonsten war nach § 20 Abs. 2 S. 3 GwG a.F. eine gesonderte Mitteilung von Art und Umfang der wirtschaftlichen Berechtigung im Sinne von § 19 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 3 GwG erforderlich. Wenn sich die wirtschaftliche Berechtigung etwa aus von der Anteilsinhaberschaft losgelösten Umständen ergab, waren die

³⁷¹ § 20 Abs. 2 S. 2 GwG a.F. stellte richtigerweise keinen Ausdruck einer privatregisterrechtlichen Ausstrahlungswirkung dar, sondern von börsenrechtlichen Transparenzpflichten. Da allerdings in aller Regel einheitlich von der *Meldefiktion des § 20 Abs. 2 GwG a.F.* gesprochen wurde, erfolgt die Darstellung im Zusammenhang. Der gebotenen Differenzierung wird im Zusammenhang mit den Ausführungen bei I. 3. Rechnung getragen.

³⁷² Konkret: Gesellschafterlisten von GmbHs, Bekanntmachungen von Mitteilungen nach § 20 Abs. 6 AktG sowie Bekanntmachungen von Stimmrechtsmitteilungen durch Inlandsemitenten nach §§ 40, 41 WpHG. Nicht hingegen Gesellschaftsverträge gemäß § 22 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 Alt. 2 GwG, sofern diese nicht ausnahmsweise nach § 8 Abs. 1 S. Nr. 1 GmbHG i.V.m. § 2 Abs. 1a S. 4 GmbHG als Gesellschafterliste gelten, und Satzungen, da diese nicht in das Handelsregister *eingetragen* sind im Sinne von § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. i.V.m. § 22 Abs. 1 GwG, vgl. Rieg, BB 2017, 2310 (2316); Bochmann, BB 2017, 1310 (1317).

³⁷³ Perspektivisch war auch eine Einbeziehung von GbR-Gesellschaftsregister, vgl. MoPeG Art. 92, sowie Stiftungsregister, vgl. BR-Drs. 143/21, vorgesehen. Die Aufgabe der Meldefiktion ist der Einführung dieser Register allerdings zuvorgekommen.

³⁷⁴ Ob § 20 Abs. 2 S. 2 GwG a.F. im Lichte des § 19 Abs. 2 S. 1 GwG i.V.m. § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GwG eine eigenständige Regelungswirkung zukam, ist zweifelhaft. Hierzu, vgl. bei 3. sowie bereits in Kapitel 1 C. I. 3.

in § 22 Abs. 1 GwG i.V.m. § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. Dokumente nicht geeignet, vollständig über die nach § 19 Abs. 1 GwG erforderlichen Angaben zu informieren und die Meldefiktion gelangte nicht zur Anwendung.³⁷⁵

Ausreichend sollte wiederum sein, wenn sich die nach § 19 Abs. 1 GwG erforderlichen Angaben erst aus einer Zusammenschau mehrerer dieser Informationsquellen ergaben.³⁷⁶ Da wirtschaftliche Berechtigung insbesondere bei mehrstufigen Beteiligungsverhältnisse hierdurch nur schwierig und unter Hinzuziehung verschiedenster Register zu ermitteln waren, war dies von Beginn an mit Blick auf eine für die Transparenzgewinnung hinderliche Unübersichtlichkeit kritisiert worden.³⁷⁷ Allerdings waren Mehrfachmeldungen gegenüber dem Transparenzregister im Falle von Beteiligungsketten ausdrücklich unerwünscht, womit eine solche Zusammenschau verschiedener Registerinformationen dem gesetzgeberischen Willen entsprach.³⁷⁸ Entfiel unter diesen Voraussetzungen die Meldepflicht der Vereinigung, entfiel zugleich die Angabepflicht der Anteilseigner gemäß § 20 Abs. 4 Alt. 1 GwG a.F.

c) Die Einbeziehung des § 3 Abs. 2 S. 5 GwG in § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F.

Wenn kein echter wirtschaftlich Berechtigter vorhanden war, konnte auch die fingierte wirtschaftliche Berechtigung des gesetzlichen Vertreters, des geschäftsführenden Gesellschafters oder des Partners der Vereinigung gemäß § 19 Abs. 2 S. 1 GwG i.V.m. § 3 Abs. 2 S. 5 GwG von der Meldefiktion nach § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. gedeckt sein. Auch eine gesonderte Mitteilung an das Transparenzregister, dass diese Regelung mangels echtem wirtschaftlich Berechtigtem griff, war nicht vorgesehen.³⁷⁹ Dies konnte zwar mit der fehlenden negativen Publizität des Transparenzregisters plausibilisiert werden, schließlich wäre eine Mitteilung der Vereinigung, man berufe sich auf die Fiktionsregelung des § 3 Abs. 2 S. 5 GwG, ungeeignet gewesen, einen Vertrauenstatbestand dahingehend zu schaffen, dass ein wirtschaftlich Berechtigter tatsächlich fehlte. Ist eine natürliche Person wirtschaftlich Berechtigter, sei es durch gesellschaftsrechtliche, schuldrechtliche oder faktische Verbindungen mit der Vereinigung, schließt dies die Anwendbarkeit von § 3 Abs. 2 S. 5 GwG aus, unabhängig davon, ob dessen Geltung von der Vereinigung ausgegeben wurde.³⁸⁰ Gleichwohl suchte der sich Informierende in diesen Fällen doch zunächst umsonst in den einschlägigen Registern nach einer sich daraus ergebenden wirtschaftlichen Berechtigung und musste selbst den Schluss ziehen, dass etwa die Geschäftsführung als wirtschaftlich Berechtigter anzusehen war.

³⁷⁵ BT-Drs. 18/11555, S. 92; *Bochmann*, BB 2017, 1310 (1316 f.).

³⁷⁶ *Heß/Laschewski*, DStR 2019, 2151 (2151); *Rieg*, BB 2017, 2310 (2312); krit.: *Krais* CCZ 2017, 266 (267).

³⁷⁷ *Krais* CCZ 2017, 266 (267); dies ebenfalls erkennend: *Korte*, in: BeckOK, GwG, § 20 Rn. 33.

³⁷⁸ BT-Drs. 18/11555, S. 130.

³⁷⁹ BVA, Transparenzregister Fragen und Antworten zum Geldwäschegesetz (GwG), Stand Juli 2021, S. 6.

³⁸⁰ Zu der Anwendung des § 3 Abs. 2 S. 5 GwG im Transparenzregisterrecht, siehe Kapitel 1 C. V.

d) Transparenzdefizit des Transparenzregisters als Ursache der Aufgabe der Meldefiktion

Letztlich gelangte der Gesetzgeber nicht zuletzt vor dem Hintergrund des Wirecard-Skandals zu der Auffassung, dass die Meldefiktion in ihrer vorgesehenen Ausgestaltung eine Unübersichtlichkeit des Transparenzregisters schaffe, die im Lichte der angestrebten Transparenzsteigerung untragbar sei.³⁸¹ Infolgedessen wurde die Meldefiktion aufgegeben und das Transparenzregister zum 1. August 2021 von einem Sammelregister zu einem Vollregister umgestellt.

In Anbetracht einer gleichwohl weiterhin mittelfristig angestrebten Registervernetzung auf nationaler und europäischer Ebene³⁸² lohnt es sich dennoch, sich mit der konkreten Anwendung der ehemaligen Meldefiktion eingehender auseinanderzusetzen. Immerhin kann hierin der erste gesetzgeberische Versuch einer solchen Harmonisierung erkannt werden. Sollen in Zukunft neuerliche Anläufe einer Registervernetzung im Umgang mit wirtschaftlicher Berechtigung stattfinden, sollte feststehen, worauf dabei aufgebaut werden kann und in welchen Bereichen aus vergangenen Fehlern gelernt werden muss.

2. Die konkreten Auswirkungen der Meldefiktion des § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. für die Meldepflichtigen

a) Die Beurteilung der ehemaligen Meldefiktion nach § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. für die GmbH

aa) Das Informationsdefizit von Handelsregister beziehungsweise Gesellschafterliste über wirtschaftliche Berechtigung im Sinne des § 19 Abs. 1 GwG

Für die GmbH war vorgesehen, dass die für das Transparenzregisterrecht relevanten Informationen aus Gesellschafterliste und Handelsregister als nach § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. i.V.m. § 22 Abs. 1 S. 1 Nr. 4, 5 GwG grundsätzlich geeigneten Informationsquellen zu entnehmen waren. Tatsächlich waren allerdings hieraus häufig nicht alle in § 19 Abs. 1 Nr. 1 – 4 GwG aufgeführten Angaben in der von § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. geforderten Form ersichtlich, womit die Meldefiktion nicht greifen konnte.³⁸³ In diesen Fällen mussten folglich Handelsregister beziehungsweise Gesellschafterliste trotz fehlender Verpflichtung hierzu aktualisiert werden oder aber doch eine Mitteilung an das Transparenzregister mit entsprechender Information erfolgen.³⁸⁴ Zu beachten ist, dass diese Grundsätze auch für die Frage des Eingreifens der Meldefiktion in GmbH & Co. KGs von Bedeutung waren, bei denen die GmbH als Komplementärin

³⁸¹ Vgl. hierzu bereits bei A.

³⁸² Vgl. hierzu Einführung A. sowie der in der abschließenden These E. enthaltene Ausblick.

³⁸³ Siehe hierzu I. b).

³⁸⁴ Ebenso *Heß/Laschewski*, DStR 2019, 2151 (2152).

die wirtschaftliche Berechtigung der an ihr beteiligten Gesellschafter hinsichtlich der Ausgangs-KG mitteilte.³⁸⁵

bb) Problem: Keine elektronische Abrufbarkeit der Gesellschafterliste über das Handelsregister

Bei bestehenden Gesellschaften blieb eine Mitteilung nach § 20 Abs. 1 GwG teilweise erforderlich, weil die Informationsquelle nicht, wie in § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. gefordert, elektronisch abrufbar war. Die Pflicht zur Einreichung einer Gesellschafterliste ins Handelsregister wurde erst mit der Einführung des § 40 GmbHG zum 1. November 2008 geschaffen. Das zuständige Registergericht aktualisiert die nicht in das Handelsregister *eingetragenen* sondern nur als Dokument *eingereichten* Listen weder selbst, noch forciert es eine Aktualisierung.³⁸⁶ Erst bei Änderung der Beteiligungsverhältnisse in einer GmbH greift die Pflicht zur elektronischen Einreichung der Gesellschafterliste in vollständiger dem § 40 Abs. 1 GmbHG entsprechender Form.³⁸⁷

cc) Problem: Keine Information der Gesellschafterliste über den Beteiligungsumfang

Erst seit dem 26. Juni 2017 gehört gemäß § 40 Abs. 1 S. 1, 3 GmbHG die Angabe des Umfangs der Beteiligung durch Nennung des prozentualen Anteils, den der Gesellschafter am Stammkapital hält, zu den Informationen der Gesellschafterliste. Auch hier gilt ausweislich der Übergangsvorschrift des § 8 EGGmbHG, dass erst bei einer die Mitteilung erforderlich machenden Veränderung in Person oder Umfang der Beteiligung, eine den neuen Anforderungen des § 40 Abs. 1 GmbHG entsprechende Anpassung der Gesellschafterliste erfolgen muss. War dies noch nicht geschehen, konnte regelmäßig keine den Anforderungen des § 19 Abs. 1 GwG entsprechende Information aus der Gesellschafterliste erfolgen und die Meldefiktion griff nicht.³⁸⁸

dd) Problem: Keine Information des Handelsregisters über das Geburtsdatum der Geschäftsführer

Ein weiterer Grund, der einem Eingreifen der Fiktionsregelung nach § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. entgegenstehen konnte, bestand in der Nichtnennung des Geburtsdatums der Geschäftsführer einer GmbH im Handelsregister. Die Pflicht zur Nennung des Geburtsdatums von Geschäftsführern ist erst mit der Neufassung des § 43 Nr. 4 lit. b der Handelsregisterverordnung (HRV) zum 1. Januar 2007 eingeführt worden. Bei GmbHs, bei denen seitdem keine Änderung in der

³⁸⁵ Zu der Frage, wann von wirtschaftlicher Berechtigung von Komplementären einer KG auszugehen ist, siehe die Ausführungen in Kapitel 1 C. VI. 5. Zu der Wirkung der Meldefiktion des § 20 Abs. 2 GwG für GmbH & Co. KGs, siehe anschließend bei b).

³⁸⁶ Heß/Laschewski, DStR 2019, 2151 (2151 f.); vgl. hierzu noch Kapitel 4 III. 1. a), 2. a).

³⁸⁷ Zu der Frage der Anwendung des § 16 GmbHG auf „alte Listen“ im Lichte des § 3 Abs. 3 EGGmbHG: Servatius, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 16 Rn. 62 ff.

³⁸⁸ So auch Dierlamm/Weissinger WPg 2019, 43 (45).

Geschäftsführung vorgenommen worden waren, wurde in vielen Fällen auch keine Ergänzung des Handelsregisters um diese Information aufgenommen.

b) Die Beurteilung der ehemaligen Meldefiktion des § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. für die KG

aa) Meldepflicht bei wirtschaftlicher Berechtigung von Kommanditisten

In der frühen „Lebensphase“ des Transparenzregisters lag eine umstrittene Frage in der Anwendbarkeit der Meldefiktion des § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. auf die Kommanditgesellschaft. Das BVA hatte zunächst, in Verweis auf die Gesetzesbegründung³⁸⁹, die Auffassung vertreten, dass auch dann, wenn Kommanditisten als wirtschaftlich Berechtigte vorhanden sind, die Meldefiktion des § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. greifen könne, da aus der Eintragung der Haftsumme nach § 171 HGB a.F. i.V.m. § 40 Nr. 5 lit. c HRV die Kapitalbeteiligung der Kommanditisten an der KG hervorginge. Dies war deshalb falsch, weil Haftsumme und Einlage voneinander abweichen können. Die entsprechende Differenzierung in § 171 HGB n.F. unterstreicht dies. Die im Außenverhältnis den Haftungsumfang festschreibende Haftsumme ist von der im Verbandsverhältnis die Beteiligung widerspiegelnden Kapitaleinlage zu unterscheiden. Auch wenn sich beide Werte in vielen Fällen entsprechen, *ergab sich* die wirtschaftliche Berechtigung nicht aus einer Eintragung im Handelsregister, wie es § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. verlangte.³⁹⁰ Auch eine prozentuale Herleitung der Kapitalbeteiligung der Kommanditisten aus der Anzahl der vorhandenen Kommanditisten war deshalb nicht möglich, weil sich eine etwaige Kapitalbeteiligung der Komplementäre, die den prozentualen Anteil der Beteiligung jedes Kommanditisten entsprechend senken würde, nicht aus dem Handelsregister ergab.³⁹¹

Infolgedessen änderte das BVA seine Stellungnahme zu der Geltung der Meldefiktion des § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. für Kommanditgesellschaften und schloss sich der Auffassung an, dass jedenfalls dann, wenn Kommanditisten als wirtschaftlich Berechtigte vorhanden seien, eine Meldung nach § 20 Abs. 1 GwG weiterhin erforderlich gewesen sei.³⁹²

bb) Die Anwendung der Meldefiktion in Sonderkonstellationen der GmbH & Co. KG

In der Konstellation einer Einheits-GmbH & Co. KG mit nur einem Kommanditisten ist die KG die Alleingesellschafterin der GmbH und die GmbH ist ihrerseits Komplementärin der KG. Die einzige natürliche Person ist der Kommanditist, dessen Name, Wohnort und Geburtsdatum aus

³⁸⁹ Vgl. BT-Drs. 18/11555, S. 92. Die ursprünglich im Rahmen von FAQ auf der eigenen Webseite ausgewiesene Stellungnahme des BVA ist nicht mehr abrufbar. Vgl. insofern die hierauf verweisenden Nachweise in Fußnote 390.

³⁹⁰ Unter anderem *Bochmann*, DB 2017, 1310 (1317); *Weiske/Mocker*, GWR 2017, 445 (447 f.); *Fisch*, NZG 2017, 408 (410).

³⁹¹ *Heß/Laschewski*, DStR 2019, 2151 (2152); *Bochmann*, DB 2017, 1310 (1317); *Weiske/Mocker*, GWR 2017, 445 (447 f.); *Fisch*, NZG 2017, 408 (410).

³⁹² BVA, Transparenzregister Fragen und Antworten zum Geldwäschegesetz (GwG), Stand Juli 2021, S. 21.

der Handelsregistereintragung der KG ersichtlich ist. Die Stellung der KG als Alleingesellschafterin ergibt sich, sofern den aktuellen gesetzlichen Anforderungen entsprochen wird³⁹³, aus der elektronisch abrufbaren Gesellschafterliste der Komplementär-GmbH. In diesem Fall konnte die Fiktion des § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. greifen. Denn bei einer derartigen Rechtsgestaltung war transparent, dass der Kommanditist wirtschaftlich Berechtigter der KG mit einem unmittelbar/mittelbar gehaltenen Kapitalanteil von insgesamt 100 % ist (= Art und Umfang der wirtschaftlichen Berechtigung).

Entsprechendes galt, wenn nicht die KG, sondern der einzige Kommanditist der Gesellschafter der Komplementär-GmbH war (Ein-Personen-GmbH & Co. KG). Waren alle nach § 19 Abs. 1 GwG erforderlichen Angaben in der Gesellschafterliste der GmbH enthalten und elektronisch abrufbar, konnte auch hier die Meldefiktion nach § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. greifen.

Unstrittig konnte eine Meldepflicht in Anwendung des § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. auch dann entfallen, wenn kein Kommanditist und auch kein Komplementär einer GmbH & Co. KG „tatsächlich“ wirtschaftlich Berechtigter i. S. v. § 3 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 – 4 GwG waren. Dann galt nach § 3 Abs. 2 S. 5 GwG der gesetzliche Vertreter der KG als wirtschaftlich Berechtigter. Für die KG galt die Pflicht zur Mitteilung an das Transparenzregister in diesem Fall als erfüllt, wenn die erforderlichen Angaben zu allen Geschäftsführern der Komplementär-GmbH aktuell und vollständig aus dem aktuellen Abdruck des Handelsregisters abrufbar waren.

Nach hier vertretener Auffassung sind auch Konstellationen denkbar, in denen in einer KG, bei der es sich nicht um eine GmbH & Co. KG handelt, keine „tatsächlichen“ wirtschaftlich Berechtigten vorhanden sind, weshalb die Meldefiktion dann aus denselben Gründen greifen musste. Geht man hingegen davon aus, dass allein aus der organschaftlichen Vertretungsmacht der Komplementäre eine wirtschaftliche Berechtigung folgt, lag bei einer solchen „normalen“ KG die im nachfolgenden Beispiel beschriebene Konstellation vor.³⁹⁴

cc) Die Konstellation ausschließlich wirtschaftlich berechtigter Komplementäre

Wenn ausschließlich natürliche Personen Komplementäre einer KG sind und keiner der Kommanditisten wirtschaftlich Berechtigter ist, war nach Auffassung des BVA die Mitteilung gemäß § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. fingiert, sofern sich Vor- und Nachnamen, Wohnorte und Geburtsdaten aller Komplementäre aus dem aktuellen Abdruck des Handelsregisters ergaben.³⁹⁵

Diese Auffassung stützte sich auf die h.M. hinsichtlich der wirtschaftlichen Berechtigung von natürlichen Personen als Komplementären einer KG. Demnach seien Komplementäre in aller

³⁹³ Siehe Problemdarstellung bei a).

³⁹⁴ Zum Streitstand, vgl. die Ausführungen in Kapitel 1 C. VI. 5.

³⁹⁵ BVA, Transparenzregister Fragen und Antworten zum Geldwäschegesetz (GwG), Stand Juli 2021, S. 21 ff.

Regel allein aufgrund ihrer Komplementäreigenschaft als wirtschaftlich Berechtigte anzuerkennen, und aufgrund ihrer Eintragung als solche im Handelsregister nicht gesondert im Transparenzregister anzugeben gewesen.³⁹⁶ Auch wenn ein Komplementär gänzlich von der Vertretungsmacht ausgeschlossen wäre, was seine wirtschaftliche Berechtigung entfallen ließe, ergäbe sich dies ebenfalls aus dem Handelsregister und eine Mitteilung nach § 20 Abs. 1 GwG sei gleichsam nicht erforderlich gewesen. Damit musste nach h.M. niemals eine Meldung wirtschaftlicher Berechtigung von Komplementären nach § 20 Abs. 1 GwG erfolgen, sofern es sich bei ihnen um natürliche Personen handelt.

Folgt man hingegen der hier vertretenen Auffassung, dass die Komplementäreigenschaft allein keine Auskunft über die Kapitalbeteiligung des Komplementärs gibt und nur eine solche ein „Geschäftsrisiko“ zu begründen vermag, das zumindest grundsätzlich für die Begründung wirtschaftlicher Berechtigung im Sinne des GwG erforderlich ist³⁹⁷, ergibt sich ein anderes Bild. Der vom BVA und weiten Teilen der Literatur vertretenen Auffassung war insofern zuzustimmen, als sich das Vorliegen der „Geschäftsinitiative“, als zweites Kriterium, an dem sich transparenzregisterrechtliche wirtschaftliche Berechtigung in der Regel messen lassen kann³⁹⁸, immer aus dem Handelsregister ergab. Dem Komplementär fällt eine „Geschäftsinitiative“ immer dann in ausreichendem Umfang zu, wenn die Vertretungsbefugnis nicht gänzlich ausgeschlossen ist. Ein „Geschäftsrisiko“ ist hingegen nur bei einer Kapitalbeteiligung des Komplementärs anzunehmen. Diese ließ sich nicht aus den Eintragungen und Dokumenten des Handelsregisters im Sinne des § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. i.V.m. § 22 Abs. 1 GwG ableiten. Damit konnte die Meldefiktion aus § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. nach hier verteilter Auffassung in aller Regel nicht greifen. Im Ergebnis waren die in dieser Konstellation vorhandenen Unsicherheiten bei der Anwendung der Meldefiktion des § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. demnach auf die noch immer unsichere Auslegung der Voraussetzungen wirtschaftlicher Berechtigung im Sinne von § 3 Abs. 1 GwG i.V.m. § 19 Abs. 2 GwG zurückzuführen. Eine unklare Ausformulierung der Meldefiktion war für diese Unsicherheiten nicht ursächlich.

c) Die Beurteilung der ehemaligen Meldefiktion nach § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. für die OHG

Da die Rechtsstellung eines Komplementärs im Grundsatz der eines OHG-Gesellschafters entspricht, lassen sich diese Ausführungen auf die Anwendung der Meldefiktion des § 20 Abs. 2 S. 1 GwG auf die OHG übertragen. Nimmt man wirtschaftliche Berechtigung allein aufgrund der Eigenschaft als vertretungsberechtigter Gesellschafter an, konnte die Meldefiktion regelmäßig greifen, da sich diese aus dem Handelsregister ergab. Geht man mit der hier vertretenen

³⁹⁶ Dazu und zu der hier vertretenen abweichenden Auffassung, siehe Kapitel 1 C. VI. 4., 5.

³⁹⁷ Vgl. hierzu Kapitel 1 C. VI. 4., 5.

³⁹⁸ Zu den Kriterien des „Geschäftsrisikos“ und der „Geschäftsinitiative“, siehe Kapitel 1 C. IV.

Auffassung davon aus, dass dies allein nicht ausreicht, hat auch die Meldefiktion nicht getroffen. Auch wenn Gesellschafter einer OHG regelmäßiger auch eine Kapitalbeteiligung innehaben als Komplementäre, ist dies keinesfalls zwingend und es ergab sich insbesondere nicht aus dem Handelsregister, in welchem Umfang sie bestand, was nach § 19 Abs. 1 Nr. 4 GwG jedoch eine geldwäscherechtlich darzustellende Information ist.

d) Die Beurteilung der ehemaligen Meldefiktion nach § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. für die Partnerschaftsgesellschaft

Bei der Partnerschaftsgesellschaft sind die vertretungsberechtigten Partner als wirtschaftlich Berechtigte anzusehen.³⁹⁹ Die erforderlichen Angaben dazu sind dem Partnerschaftsregister zu entnehmen. Explizit ist gemäß § 5 Abs. 1 PartG die Vertretungsmacht des Partners im Partnerschaftsregister einzutragen, womit die „Geschäftsinitiative“ als entscheidendes Kriterium ebenfalls ablesbar ist. Damit hat in aller Regel, wenn nicht durch außergesellschaftsrechtliche Rechtspositionen eine anderweitige Kontrolle von natürlichen Personen besteht, die Fiktion des § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. für Partnerschaftsgesellschaften gegriffen.

e) Die Beurteilung der ehemaligen Meldefiktion nach § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. für die nicht börsennotierte AG, SE und KGaA

Das Aktienregister bildete keine taugliche Informationsquelle im Sinne von § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. i.V.m. § 22 Abs. 1 GwG. Dies ließ sich mit dem Charakter des Aktienregisters erklären, dessen Eintragungen ausschließlich im Verbandsverhältnis, nicht aber im Außenverhältnis eine Rechtsscheinwirkung entfalten.⁴⁰⁰ Dass das Transparenzregister selbst keinen öffentlichen Glauben genießt, steht der Annahme, nicht entgegen, dass nur solche Eintragungen in Registern die Mitteilungspflicht nach § 20 Abs. 1 S. 1 GwG entfallen lassen konnten, die zumindest mittelbar⁴⁰¹ einen vertrauenstatbestandlichen Informationsanspruch gegenüber der Öffentlichkeit beanspruchten. Auch wenn kein Anspruch auf Vollständigkeit und Richtigkeit hinsichtlich der originär dargestellten Informationen erhoben wird, ist es einleuchtend, dass ein eine Transparenzsteigerung beanspruchendes Sammelregister zumindest nur die Eintragungen solcher Register einbezieht, auf deren Richtigkeit und Vollständigkeit vertraut werden darf. Indessen befinden sich nicht börsennotierte Aktiengesellschaften zumeist in Streubesitz und oftmals findet sich kein Aktionär, der aufgrund seines Beteiligungsumfangs im Sinne von § 19 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1, 2 S. 1 Nr. 1 GwG als wirtschaftlich Berechtigter anzusehen ist. Infolgedessen

³⁹⁹ Zur Begründung dieser von der OHG abweichenden Rechtslage, siehe Kapitel 1 C. VI. 6.

⁴⁰⁰ Zu der Zweckverfolgung und Wirkweise des Aktienregisters, siehe die Ausführungen in Kapitel 3 A. III. 1. b), c), Kapitel 4 C. II. 10. a), b).

⁴⁰¹ Zum Unternehmensregister Kapitel 3 A. III. 1. b).

ist oftmals der Vorstand unter Anwendung von § 19 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1, 2 S. 5 GwG als wirtschaftlich Berechtigter zu fingieren. In diesen Fällen griff die Meldefiktion nach § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. doch, da sich die Informationen über die Vorstandsmitglieder ohne Weiteres aus dem Handelsregister entnehmen ließen.⁴⁰² Entsprechendes galt für die SE und die KGaA.⁴⁰³

f) Die Beurteilung der ehemaligen Meldefiktion nach § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. für e.V. und eG

Die Eintragungen des Vereinsregisters und des Genossenschaftsregisters gehörten zu den Informationsquellen, aus denen sich die nach § 20 Abs. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1 GwG mitzuteilenden Informationen über wirtschaftliche Berechtigung ergeben konnten, um die Meldefiktion nach § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. auszulösen. Aufgrund der Masse an Mitgliedern griff bei Vereinen und Genossenschaften regelmäßig die Fiktion des § 3 Abs. 2 S. 5 GwG, womit in aller Regel keine Mitteilung erfolgen musste.⁴⁰⁴

g) Die Beurteilung der ehemaligen Meldefiktion nach § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. für die rechtsfähige Stiftung

Rechtsfähige Stiftungen konnten nicht von der Regelung des § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. profitieren, da die auf Landesebene geführten Stiftungsverzeichnisse nicht zu den Informationsquellen nach § 20 Abs. 2 S. 1 a.F. i.V.m. § 22 Abs. 1 GwG gehörten.⁴⁰⁵ Zwar hatte es zu den gesetzgeberischen Plänen gehört, das in der Entstehung befindliche Stiftungsregister über die Meldefiktion des § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. in das Transparenzregisterrecht einzubeziehen.⁴⁰⁶

⁴⁰² So auch BT-Drs. 18/11555, S. 92. Demnach sei jedoch nur in 2 % der Fälle von dem Eingreifen der Meldefiktion bei nicht börsennotierten AGs auszugehen gewesen. Dies wurde im Hinblick auf die oben genannten Beteiligungsstrukturen in solchen AGs zu Recht kritisiert: *Krais*, CCZ 2017, 98 (101); *ders.*, CCZ 2017, 266 (268 f.)

⁴⁰³ BT-Drs. 18/11555, S. 92.

⁴⁰⁴ Vgl. BT-Drs. 18/11555, S. 93. § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GwG ist auf Vereine und Genossenschaften nicht unmittelbar anwendbar, da eine Mitgliedschaft kein Kapitalanteil ist. Über § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GwG gilt der darin vorgesehene Schwellenwert jedoch entsprechend für eine durch Mitgliedschaft begründete wirtschaftliche Beteiligung, vgl. BT-Drs. 18/11555, S. 32.

⁴⁰⁵ Ohne nähere Begründung: BVA, Transparenzregister Fragen und Antworten zum Geldwäschegesetz (GwG), siehe Fußnote 72, S. 16; *Schiffer/Schürmann* BB 2017, 2626 (2626); in der Gesetzesbegründung heißt es irreführend, dass „in aller Regel eine Mitteilung an das Transparenzregister erfolgen muss, da sich die notwendigen Angaben weder zum Stifter noch zum Vorstand in den Stiftungsverzeichnissen der Länder befinden“ und das deshalb von allen Stiftungen eine Mitteilung einzureichen sei, BT-Drs. 18/11555, S. 93. Dies ist zum einen deshalb zumindest unglücklich formuliert, als dass die landesrechtlichen Stiftungsregister ausweislich des Wortlauts von § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. i.V.m. § 22 Abs. 1 GwG kein öffentliches Register in diesem Zusammenhang darstellen und zum anderen auch deshalb, weil der Stifter dem Grunde nach gar kein wirtschaftlich Berechtigter der rechtsfähigen Stiftung ist, siehe Kapitel 1 D. III. 3.

⁴⁰⁶ Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts vom 28. September 2020, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/Shared-Docs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Stiftungsrecht.pdf; *jsessionid=8D3A327DD3113E535C7AFA2795F2F604.1_cid289?__blob=publicationFile&v=2*, Art. 9 (S. 26); vgl. hierzu *Orth*, BB 2020, 2512 (2513).

Allerdings kam die Reform des Geldwäscherechts der Reform des Stiftungsrechts zuvor, weshalb die durch die Schaffung des Stiftungsregisters angestrebte Entlastung der Stiftungen bei der Wahrnehmung der transparenzregisterrechtlichen Pflichten aufgegeben werden musste.⁴⁰⁷

3. Die ehemalige Meldefiktion des § 20 Abs. 2 S. 2 GwG a.F. aufgrund börsenrechtlicher Transparenzpflichten

Die transparenzregisterrechtliche Meldepflicht sollte nicht nur von der bereits über das Privatregisterrecht geschaffenen Transparenz abhängig sein. Auch die durch *öffentlich-rechtliche* Offenlegungspflichten gegenüber den Meldepflichtigen geschaffene Transparenz sollte bei der ehemaligen Ausgestaltung des Transparenzregisters berücksichtigt werden. Dies kam in § 20 Abs. 2 S. 2 GwG a.F. zum Ausdruck, wonach Gesellschaften, die an einem organisierten Markt nach § 2 Abs. 11 des WpHG notiert sind oder dem Gemeinschaftsrecht entsprechenden Transparenzanforderungen im Hinblick auf Stimmrechtsanteile oder gleichwertigen internationalen Standards unterliegen (in Deutschland über §§ 33 ff. WpHG) niemals Mitteilungen an das Transparenzregister machen mussten.⁴⁰⁸ Hierauf und den in diesem Zusammenhang für die Bestimmung wirtschaftlicher Berechtigung maßgeblichen § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GwG wurde bereits in Kapitel 1 eingegangen. Dabei wurde auch ausgeführt, dass § 20 Abs. 2 S. 2 GwG a.F. nach dogmatisch überzeugender Lesart lediglich eine klarstellende Funktion zukam, da bereits § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GwG eine Meldepflicht wirtschaftlicher Berechtigung durch börsennotierte Gesellschaften ausschloss, an denen eine solche nicht bestehen konnte. Dass mit dem Wegfall des § 20 Abs. 2 S. 2 GwG a.F. eine entsprechende Meldepflicht anzunehmen ist, liegt nach hier vertretener Auffassung in dem gleichzeitigen Wegfall des § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. begründet, um eine Verlagerung der eigentlich nicht bestehenden Meldepflicht auf die Ebene der Tochtergesellschaft zu verhindern.⁴⁰⁹

4. Keine Meldefiktion ausländischer Registereintragungen für das deutsche Transparenzregisterrecht

Eine Sonderkonstellation ergab sich bei der Beteiligung einer ausländischen Gesellschaft an einer deutschen nach § 20 Abs. 1 S. 1 GwG grundsätzlich meldepflichtigen Vereinigung. Es ist unstrittig, dass auch bei einer Zwischenschaltung einer Auslandsgesellschaft eine wirtschaftliche Berechtigung einer hinter dieser Gesellschaft stehenden natürlichen Person im Wege mittelbarer Kontrolle möglich ist.⁴¹⁰ Fraglich war, ob auch die Meldefiktion des § 20 Abs. 2 GwG

⁴⁰⁷ Vgl. BR-Drs. 143/21. Dies wurde von den zuständigen Ausschüssen des Bundesrats in ihren Empfehlungen bemängelt, vgl. BR-Drs. 143/1/21, S. 5 ff.; ebenso *Feick/Schwalm*, NZG 2021, 525 (530).

⁴⁰⁸ Zu den systematischen Erwägungen hinter der hier gewählten Darstellung, vgl. Fußnote 371.

⁴⁰⁹ Vgl. Kapitel 1 C. I. 3. b).

⁴¹⁰ *Rieg*, BB 2017, 2310 (2311); *Assmann/Hütten*, AG 2017, 449 (454).

a.F. in diesen Fällen greifen konnte. In Bezug auf § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. war das abzulehnen. Die Aufzählung der Informationsquellen in § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. i.V.m. § 22 Abs. 1 GwG war abschließend.⁴¹¹ Ausländische Register waren darin nicht enthalten und auch § 26 GwG, in dem die über das Europäische Justizportal stattfindende Registervernetzung des Transparenzregister mit den Registern anderer EU-Mitgliedstaaten geregelt ist, enthielt niemals eine Meldefiktion der in diesen Registern elektronisch abrufbaren Informationen. Angesichts der europarechtlichen Prägung des Transparenzregisters vermochte dies zwar zu überraschen. Aus Gründen der eingeschränkten Zugänglichkeit zu diesen Registern und des ansonsten noch höheren Ermittlungsaufwand für den sich Informierenden, war der in dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Wille allerdings nachvollziehbar.

Anderes galt, wenn die deutsche Vereinigung von einer ausländischen Muttergesellschaft kontrolliert wurde, die an einem organisierten Markt nach § 2 Abs. 11 des WpHG notiert war oder dem Gemeinschaftsrecht entsprechenden Transparenzanforderungen im Hinblick auf Stimmrechtsanteile oder gleichwertigen internationalen Standards unterlag. In diesem Fall griff die Regelung des § 20 Abs. 2 S. 2 GwG a.F., weil die in diesen Fällen für die Mutter unnötige Mitteilung ansonsten auf die Tochterebene verlagert würde.⁴¹²

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass weiterhin eine Relevanz ausländischen Registerrechts für die ausländischen Meldepflichtigen nach § 20 Abs. 1 S. 2 GwG und § 21 Abs. 1 S. 2 GwG besteht, deren Meldepflicht von vornherein entfällt, wenn sie die erforderlichen Angaben bereits an ein anderes Register eines Mitgliedstaates der Europäischen Union übermittelt haben. Dies folgt aus § 20 Abs. 1 S. 3 GwG beziehungsweise § 21 Abs. 1 S. 3 GwG.⁴¹³

5. Die fehlende privatregisterrechtliche Relevanz von Rechtsgestaltungen im Sinne des § 21 Abs. 1, 2 GwG

Für die meldepflichtigen Rechtsgestaltungen im Sinne des § 21 Abs. 1, 2 GwG fehlte eine der Vorschrift des § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. nachgebildete Meldefiktion wirtschaftlicher Berechtigung. Dies ist einleuchtend, da eine Eintragung der von § 21 Abs. 1, 2 GwG geregelten Rechtsgestaltungen in die in § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. genannten Register, oder diesen vergleichbare Publizitätsträger, nicht möglich ist.⁴¹⁴ Hinsichtlich der meldepflichtigen Rechtsgestaltungen im

⁴¹¹ Rieg, BB 2017, 2310 (2312 f.); Weiske/Mocker, GWR 2017, 445 (446); Fisch, NZG 2017, 408 (410).

⁴¹² Rieg, BB 2017, 2310 (2312 f.); ebenso BVA, Transparenzregister Fragen und Antworten zum Geldwäschegesetz (GwG), Stand Juli 2021, S. 15 f.

⁴¹³ Hierzu, siehe die Ausführungen in Kapitel 1 C. I. 4. (für Vereinigungen im Sinne des § 20 Abs. 1 S. 2, 3 GwG) beziehungsweise Kapitel 1 D. I. 2. (für Rechtsgestaltungen im Sinne des § 21 Abs. 1 S. 2, 3 GwG).

⁴¹⁴ Korte, in: BeckOK, GwG, § 21 Rn. 16; Pichler, in: Zentes/Glaab, GwG, 2. Aufl., § 21 Rn. 3; die fehlende Anwendbarkeit des § 20 Abs. 2 GwG a.F. auf „Rechtsgestaltungen“, womit nur Rechtsgestaltungen im Sinne von § 21 Abs. 1, 2 GwG gemeint sein können, außer Acht lassend: Weiske/Mocker, GWR 2017, 445 (446).

Sinne des § 21 Abs. 1, 2 GwG fand demnach auch vor der Umgestaltung des Transparenzregisters zu einem Vollregister keinerlei Verknüpfung mit dem Privatrecht oder den ihm zugehörigen Registern statt.⁴¹⁵

II. Die nach dem Wegfall der Meldefiktion des § 20 Abs. 2 GwG a.F. verbleibende Verknüpfung des Privatregisterrechts mit dem Transparenzregisterrecht

1. Der Zugang zu privatregisterrechtlichen Informationen über das Transparenzregisterrecht gemäß § 22 Abs. 1 GwG i.V.m. § 23 GwG

Auch wenn die Eintragungen und Dokumente des Privatregisterrechts keine unmittelbare Wirkung auf das Transparenzregisterrecht mehr haben, hat der Reformgesetzgeber daran festgehalten, dass gemäß § 22 Abs. 1 GwG über die Internetseite des Transparenzregisters auch die dort genannten Eintragungen und Dokumente des Privatregisterrechts nach Maßgabe des § 23 GwG zugänglich sein sollen. Damit bewirkt das Transparenzregister weiterhin eine der Übersichtlichkeit dienende Zentralisierung all jener Registereintragungen, die im Zusammenhang mit wirtschaftlicher Berechtigung nach dem transparenzregisterrechtlichen Verständnis stehen.

2. Die Überprüfung transparenzregisterrechtlicher Informationen in Abgleich mit dem Privatregisterrecht im Sinne des § 23a Abs. 1 – 3 GwG

Neu eingeführt ist zudem die Pflicht der Registerbehörden, die sich mit einer Unstimmigkeitsmeldung nach § 23a Abs. 1 GwG zu befassen haben, die nach § 23a Abs. 3 GwG anzustellende Überprüfung gemäß § 23a Abs. 3a GwG ausdrücklich auch anhand der Informationen privatrechtlicher Register vorzunehmen.⁴¹⁶

3. Die Übertragung vereinsregisterrechtlicher Informationen in das Transparenzregister durch die registerführende Stelle nach § 20a GwG

Eine wichtige Neuerung fand zudem im Bereich vereinsregisterrechtlicher Eintragungen statt. Auf Antrag der Regierungskoalitionen von CDU/CSU und SPD wurde mit § 20a Abs. 1 S. 2 GwG eine Bestimmung eingeführt, wonach die registerführende Stelle Angaben zu den Vereinsvorständen aus dem Vereinsregisters, die gemäß § 19 Abs. 2 S. 1 GwG i.V.m. § 3 Abs. 2 S. 5 GwG regelmäßig als die (fiktiven) wirtschaftlich Berechtigten der Vereine anzusehen

⁴¹⁵ Möglich ist aber eine die Meldepflicht nach § 21 Abs. 1 S. 2 GwG ausschließende ausnahmsweise Ausstrahlungswirkung anderer Register der europäischen Union für die dort vorgesehenen ausländischen Trustees gemäß § 21 Abs. 1 S. 3 GwG, siehe 4. und Fußnote 182.

⁴¹⁶ Siehe hierzu die Ausführungen bei C. II. 2.

sind⁴¹⁷, selbstständig in das Transparenzregister überträgt.⁴¹⁸ Damit besteht zwar weiterhin eine Meldepflicht e.V., sie muss aber faktisch in den meisten Fällen nicht wahrgenommen werden. Nur wenn die nach § 20a Abs. 1 S. 2, 3 GwG übertragenen Angaben die wirtschaftlich Berechtigten des Vereins einmal nicht vollständig und zutreffend abbilden⁴¹⁹, bleibt es gemäß § 20a Abs. 2 GwG bei einer separat durch den Verein vorzunehmenden Meldepflicht.

Den Grund hierfür sah der Gesetzgeber in der regelmäßig gegebenen Gemeinnützigkeit eingetragener Vereine. Vor diesem Hintergrund sei es geboten, den gesetzgeberischen Versuch zu unternehmen, die zusätzliche Belastung von Vereinen infolge der Aufhebung des § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. möglichst gering zu halten.⁴²⁰

4. Die Übertragung grundbuchrechtlicher Informationen im Sinne der §§ 19a, 19b GwG

Seit dem 28.12.2022 werden zudem gemäß § 19a GwG, mit dem hierin beschriebenen Inhalt, die von den Vereinigungen gehaltenen in Abteilung I des Grundbuchs eingetragenen Rechtspositionen an Immobilien im Transparenzregister angegeben. Dabei übermitteln die Grundbuchämter gemäß § 19b GwG die einschlägigen Informationen aus den bei ihnen geführten Grundbüchern an die registerführende Stelle. Zwar kann hierin eine Verknüpfung von Privatregisterrecht und Transparenzregisterrecht erkannt werden. Indes stehen die übermittelten Eintragungen in keinem Verhältnis zu der Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung, sondern weisen allein die Berechtigung der Vereinigung selbst aus. Ein wirtschaftlich Berechtigter an der Vereinigung ist damit nicht auch wirtschaftlich Berechtigter des Grundstücks, an dem die Vereinigung berechtigt ist.

E. Zusammenfassung und Bewertung der Entwicklung des Transparenzregisterrechts und dessen Verknüpfung mit dem Privatregisterrecht im Umgang mit wirtschaftlicher Berechtigung

I. Zusammenfassung der Entwicklungen des Transparenzregisterrechts im Hinblick auf Inhalt und Wirkung der Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung

Das Transparenzregister erfuhr über die kurze Dauer seines Bestehens bereits umfangreiche Änderungen. Diese wirkten sich folgeschwer auf seinen Charakter, die an seine Eintragungen geknüpften Wirkungen und seine Stellung in der nationalen Registerlandschaft aus. Ursprünglich als bloßes Sammelregister konzipiert, über das in erster Linie Zugang zu Informationen

⁴¹⁷ Vgl. D. I. 2. f).

⁴¹⁸ Zu der Begründung siehe BT-Drs. 19/30443, S. 74 f.

⁴¹⁹ Wann dies der Fall ist, wird in § 20a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 – 3 GwG aufgeführt.

⁴²⁰ BT-Drs. 19/30443, S. 75.

privatregisterrechtlicher Eintragungen und Dokumente geschaffen werden sollte, wandelte es sich mit Wegfall der Meldefiktion des § 20 Abs. 2 GwG a.F. zu einem Vollregister. Alle Meldepflichtigen trifft nunmehr eine originäre Eintragungspflicht zu den an ihnen existierenden wirtschaftlich Berechtigten zum Transparenzregister.⁴²¹ Eine zwischenzeitlich geschaffene, und gegenwärtig gesetzlich noch in § 23 Abs. 1 GwG verankerte, voraussetzungslose Einsichtnahmemöglichkeit zu den Informationen des Transparenzregisters für jedermann, wurde von dem EuGH für rechtswidrig befunden.⁴²² Gleichwohl bleibt eine öffentliche Ausrichtung des Transparenzregisters, das grundsätzlich einen Anspruch auf vollständige und richtige Darstellung der in ihm enthaltenen Informationen zu wirtschaftlicher Berechtigung erhebt. Zwar sind keinerlei privatrechtliche Folgen an die Eintragungen geknüpft.⁴²³ Der Anspruch offenbart sich jedoch in der inzwischen bestehenden Regelvermutung der Richtigkeit transparenzregisterrechtlicher Eintragungen nach § 12 Abs. 3 S. 3 GwG n.F. im Rahmen der im Einzelfall nach § 11 Abs. 5 GwG durch die Verpflichteten vorzunehmenden Einzelfallprüfung wirtschaftlicher Berechtigung. Die Schaffung hoheitlicher initiativer Kontrollmechanismen hinsichtlich der Eintragungen des Transparenzregisters ging mit dieser Umstellung nicht einher. Eintragungen werden, ohne auf ihre materielle Vollständigkeit und Richtigkeit oder auch nur auf Plausibilität überprüft zu werden, allein auf Mitteilung der Meldepflichtigen vorgenommen. Auch eine nachträgliche anlasslose Aufsicht über die Eintragungen ist nicht vorgesehen.⁴²⁴ Von der ehemals über § 20 Abs. 2 GwG a.F. hergestellten Vernetzung mit dem Privatregisterrecht bleiben, hinsichtlich wirtschaftlicher Berechtigung, vorerst nur noch die sehr eingeschränkten Verknüpfungen gemäß § 22 Abs. 1 GwG, § 23a Abs. 3 GwG und § 20a Abs. 1 S. 2, 3 GwG.⁴²⁵

II. Bewertung des gesetzgeberischen Konzepts zur Gewährleistung der Konformität des Transparenzregisters mit der materiell-rechtlichen Rechtslage

Das Transparenzregister war niemals darauf ausgelegt, eine vertrauenstatbestandliche Publizität über die eingetragenen Informationen wirtschaftlicher Berechtigung an den Meldepflichtigen gegenüber der Öffentlichkeit zu schaffen. Auch sollte mit ihm, unter Berufung auf die europarechtlichen Vorgaben⁴²⁶, ursprünglich kein Vertrauenstatbestand für die geldwäscherechtlich Verpflichteten geschaffen werden, durch den die sorgfältige Wahrnehmung der konkreten Identifizierungspflichten zur Feststellung der wirtschaftlich Berechtigten im Rahmen des § 10 Abs. 1 Nr. 2 GwG a.F. i.V.m. § 11 Abs. 5 GwG a.F. beeinträchtigt werden könnte. Zudem ist

⁴²¹ Vgl. D. I. 1. d).

⁴²² Vgl. B. I. 2.

⁴²³ Vgl. B. II. 1.

⁴²⁴ Vgl. hierzu bereits das Zwischenergebnis bei C. III. sowie die dort vorgesehenen Verweisungen.

⁴²⁵ Vgl. D. II.

⁴²⁶ RL (EU) 2015/849 (Vierte EU-Geldwäscherichtlinie), siehe Fußnote 1, Art. 30 Abs. 8, Art. 31 Abs. 6.

das Transparenzregister zwar ein (wenngleich die Frage der zu beschränkenden Einsichtnahme im Rahmen des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GwG noch zu klären sein wird)⁴²⁷ öffentliches Register. Die Öffentlichkeit genießt allerdings keinen Schutz in Bezug auf die materielle Richtigkeit oder die Vollständigkeit der Eintragungen, sondern soll selbst daran mitwirken, den dem GwG zugrunde liegenden Zweck bestmöglich zu fördern: die Aufdeckung von Geldflüssen zum Zwecke der Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung. Diese Eindimensionalität der Ausrichtung des Transparenzregisterrechts vor Augen, ist das weitgehende Fehlen materieller Kontroll- und Überwachungsmechanismen zur Richtigkeitsgewähr der Eintragungen des Transparenzregisters nachvollziehbar. Die aufwendige Einrichtung solcher Mechanismen hätte mit den in § 24 GwG verankerten Bemühungen des Gesetzgebers um Kostenneutralität des Transparenzregisters⁴²⁸ auch kaum vereinbar sein können.⁴²⁹ Ähnliches gilt für die Entscheidung des Gesetzgebers, von initialen Nachforschungs- und Ermittlungs- oder Überprüfungspflichten wirtschaftlicher Berechtigung für Vereinigungen im Sinne des § 20 Abs. 1 GwG abzusehen, die den auf die Angaben der Anteilseigner sowie der wirtschaftlich Berechtigten selbst im Sinne des § 20 Abs. 3, 3b GwG angewiesene Informationsfluss über vorhandene wirtschaftliche Berechtigung von „unten nach oben“ ersetzen oder im Sinne einer Richtigkeits- und Vollständigkeitskontrolle absichern könnten. Derartige Pflichten würden einen erheblichen finanziellen und organisatorischen Mehraufwand der Meldepflichtigen bedeuten, der schwierig zu rechtfertigen wäre, solange das Transparenzregister keinerlei Anspruch auf Vollständigkeit und Richtigkeit gegenüber seinen Adressaten erhebt.

Mit der zum 1. August 2021 erfolgten Reform des Transparenzregisterrechts, die nicht nur zu der Aufgabe der Meldefiktion des § 20 Abs. 2 GwG a.F., sondern auch zu der Einführung der Regelvermutung des § 12 Abs. 3 S. 3 GwG n.F. führte⁴³⁰, sind diese Wertungen in Zweifel zu ziehen. Wie der Bundesrat in seiner Stellungnahme zu dem letztlich beschlossenen Gesetzesentwurf richtig festgestellt hatte, macht die Ausstattung des Transparenzregisters mit einem Vertrauenstatbestand in § 12 Abs. 3 S. 3 GwG n.F. ein grundlegend anderes System der Registerkontrolle und -überwachung erforderlich.⁴³¹ Der Gesetzgeber nimmt die Umgestaltung des Transparenzregisters von einem Sammelregister zu einem Vollregister zum Anlass, den nunmehr umfassenderen und übersichtlicheren Datenbestand über die wirtschaftliche Berechtigung

⁴²⁷ Siehe hierzu die Auseinandersetzung mit EuGH – C-37/20, 601/20 bei B. I. 2.

⁴²⁸ Als Folge der gesetzgeberischen Bemühung um Kostenneutralität tragen die Meldepflichtigen gemäß § 24 Abs. 1 GwG die Kosten, die die Führung des Transparenzregisters mit sich bringen, selbst. Für die Einsichtnahme sowie andere zusätzliche Kosten verursachende Anträge werden darüber hinaus Gebühren nach Maßgabe des § 24 Abs. 2, 2a GwG erhoben.

⁴²⁹ So auch Korte, in: BeckOK, GwG, § 18 Rn. 35.

⁴³⁰ Vgl. hierzu, B. II. 2.

⁴³¹ Vgl. BT-Drs. 19/28164, S. 81, zurückgehend auf die Empfehlungen der zuständigen Ausschüsse, BR-Drs. 133/1/21, S. 6; so auch schon Korte, in: BeckOK, GwG, 7. Edition, § 18 Rn. 34.

der Meldepflichtigen durch eine Erleichterung der Identifizierungspflichten der Verpflichteten zu nutzen, ohne die erforderlichen Vorkehrungen für die Richtigkeitsgewähr dieses Datenbestands zu treffen. Eine geringfügige Aufstockung der Ressourcen für die Registerverwaltung, wie durch den Gesetzgeber vorgesehen⁴³², kann nicht als ausreichend in diesem Sinne verstanden werden.⁴³³ Stattdessen hätte von dem Grundsatz der Kostenneutralität ob dieses geänderten Anspruchs an Vollständigkeit und Richtigkeit der transparenzregisterrechtlichen Eintragungen abgerückt werden müssen.

Zwar mag es zutreffen, dass die Informationen zu den wirtschaftlich Berechtigten nunmehr übersichtlicher und nachvollziehbarer aus dem Transparenzregister hervorgehen. Eine Anpassung des zuvor in Anwendung der Meldefiktion geltenden Rechts war insofern nicht zuletzt in Ansehung des Wirecard-Skandals erforderlich. Dies allein rechtfertigt jedoch nicht die Ausstattung des Registers mit einem Vertrauenstatbestand, wirke sich dieser auch nur bedingt und eingeschränkt gegenüber einer von mehreren Adressatengruppen aus. Die ohne materiell-rechtliche Prüfung erfolgende Eintragung der wirtschaftlichen Berechtigung in das Transparenzregister führt in den Bereichen, in denen nach § 20 Abs. 2 GwG a.F. die Meldefiktion gegriffen hat, sogar zu einem niedrigeren Niveau an gewährleisteter Rechtswahrheit des Eintragungsinhalts. Die nach alter Rechtslage sich mittelbar über die Meldefiktion auswirkenden Mechanismen zur Sicherstellung privatrechtsrechtlicher Registerwahrheit haben nämlich nunmehr, abgesehen von den Anwendungsfällen des § 23 Abs. 3a GwG, keine Bedeutung mehr für das Transparenzregisterrecht.

Mit der Einführung der Pflicht zur Erstellung von Eigentums- und Kontrollstrukturübersichten gemäß § 23a Abs. 3a GwG hat der Gesetzgeber zwar ein durchaus positiv zu bewertendes Instrument geschaffen, mit dem die registerführende Stelle den Überblick über die wirtschaftlich Berechtigten der Meldepflichtigen behalten soll. Auch die hierin vorgesehene Möglichkeit und Pflicht zur Hinzuziehung der Informationen aus anderen Registern ist positiv zu bewerten. Auf diese Weise können die Informationen der mit einer gesteigerten Richtigkeitsgewähr ausgestatteten Privatrechtsregister herangezogen werden, um die Angaben des Transparenzregisters zu überprüfen. Der Austausch der hierdurch ermittelten Informationen mit anderen Behörden ist ebenfalls als Baustein einer effizienteren Durchsetzung der Transparenzpflichten zu erkennen.

Indessen greift § 23a Abs. 3a GwG nur ein, wenn eine Unstimmigkeitsmeldung nach § 23a Abs. 1 GwG vorausgeht. Es bleibt insofern dabei, dass Meldepflichtige Meldungen über die

⁴³² BT-Drs. 19/30443, S. 4.

⁴³³ In diesem Sinne im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens ebenfalls berechtigte Kritik äuernd: Die Fraktionen der LINKEN, BT-Drs. 19/30443, S. 69, sowie der Grünen, BT-Drs. 19/28164, S. 70; ebenso bereits die berechtigte Kritik des Bundesrats in seiner Stellungnahme zu dem Gesetzesentwurf, vgl. BT-Drs. 19/28164, S. 82, in Anschluss an die Empfehlungen der zuständigen Ausschüsse, BR-Drs. 133/1/21, S. 10.

wirtschaftliche Berechtigung machen, die in materiell-rechtlicher Hinsicht vollkommen ungeprüft in das Transparenzregister eingetragen werden. Dies wirft die Frage auf, ob die durch den Reformgesetzgeber zum 1. August 2021 geschaffene Neugestaltung des Transparenzregisterrechts nicht von den angesprochenen europarechtlichen Vorgaben abweicht, wonach die Verpflichteten sich nicht allein auf die Angaben des Transparenzregisters verlassen dürfen.⁴³⁴ Zwar bleibt es nach § 11 Abs. 5 S. 3 Hs. 2 GwG n.F. dabei, dass Angaben bei den Vertragspartnern eingeholt werden müssen und die Verpflichteten sich nicht allein auf die Darstellungen des Transparenzregisters verlassen dürfen. Es findet aber keine Überprüfung durch eine mit hoheitlichen Aufgaben betraute Behörde oder sonstige Person statt, ob die erhobenen Daten tatsächlich in materiell-rechtlicher Hinsicht plausibel sind. In Anbetracht des Zwecks des Transparenzregisters ist insofern festzustellen, dass die Schaffung der Regelvermutung des § 12 Abs. 3 S. 3 GwG n.F. einer effektiven Transparenzsteigerung aus geldwäscherechtlicher Perspektive im Wege steht.⁴³⁵

III. Bewertung der Aufgabe der Meldefiktion des § 20 Abs. 2 GwG a.F.

Doch auch unabhängig von der Einführung der Bestimmung des § 12 Abs. 3 GwG n.F. ist die durch den Reformgesetzgeber zum 1. August 2021 umgesetzte Umgestaltung des Transparenzregisters von einem Sammelregister zu einem Vollregister, die mit der Streichung der Meldefiktion des § 20 Abs. 2 GwG a.F. einherging, kritisch zu sehen.

Dies gilt mit Blick auf den gesteigerten Verwaltungsaufwand, den die nunmehr viele Meldepflichtige treffende Pflicht zu Doppelmeldungen mit sich bringt. Nachvollziehbarerweise wurde deshalb im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens auch von verschiedenen Seiten darauf hingewiesen, dass etwa die Einführung automatisierter Übertragungsmöglichkeiten aus dem Privatregisterrecht, zum Beispiel nach dem österreichischen Modell⁴³⁶, vorzugswürdig gewesen wäre. Dieses sieht vor, dass bestimmte Daten aus dem Firmen- und Vereinsregister automatisationsunterstützt in das dortige Transparenzregister übernommen werden, womit eine einheitliche Abrufbarkeit der in transparenzregisterrechtlicher Hinsicht offenzulegenden wirtschaftlichen Berechtigung aller Meldepflichtigen erreicht werden kann.⁴³⁷

Zwar wird in der Gesetzesbegründung darauf verwiesen, dass die Kosten für die Meldepflichtigen aufgrund der bereits zuvor bestandenen Verpflichtung zu Ermittlung der wirtschaftlich

⁴³⁴ RL (EU) 2015/849 (Vierte EU-Geldwäscherichtlinie), siehe Fußnote 1, Art. 30 Abs. 8, Art. 31 Abs. 6.

⁴³⁵ Vgl. hierzu bereits das Zwischenergebnis bei C. III. sowie die dort vorgesehenen Verweisungen. In diesem Sinne ebenfalls das bestehende Verhältnis von Richtigkeitsgewähr und Vertrauenstatbestand kritisierend: *Bode/Gätsch*, NZG 2021, 437 (442); vgl. auch *Brian/Frey/Krais*, CCZ 2019, 245 (259); *Korte*, in: BeckOK, GwG, § 18 Rn. 31 ff.

⁴³⁶ Ein ähnliches Modell der Registervernetzung wurde in Dänemark eingeführt, vgl. BT-Drs. 19/30443, S. 66.

⁴³⁷ Vgl. hierzu die Stellungnahme des Bundesrats in BT-Drs. 19/28164, S. 82, in Anschluss an die Empfehlungen der zuständigen Ausschüsse, BR-Drs. 133/1/21, S. 10.

Berechtigten nicht steigen würden.⁴³⁸ Diese Einschätzung kann jedoch nicht geteilt werden. Zum einen können sich die Meldepflichtigen im Gegensatz zu früher nicht länger auf die, u.a. vom BVA ausgegebenen⁴³⁹, Grundsätze verlassen, in welchen Konstellationen generell nicht von einer Meldepflicht auszugehen ist, da sich die erforderlichen Angaben bereits aus einer durch § 20 Abs. 2 GwG a.F. i.V.m. § 22 Abs. 1 GwG in Bezug genommenen Eintragung oder einem der dort genannten Dokumente ergaben. Stattdessen ist beispielsweise stets zu ermitteln, woraus genau sich eine wirtschaftliche Berechtigung ergibt, da dies gemäß § 19 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 3 GwG zu den eintragungspflichtigen Angaben zu der wirtschaftlichen Berechtigung gehört.⁴⁴⁰ Eine derartige dauerhafte Überwachung des in Bezug auf den Meldepflichtigen dargestellten transparenzregisterrechtlichen Eintragungsinhalts bedeutet in jedem Fall einen nicht unwesentlichen finanziellen Mehraufwand, den die Meldepflichtigen für juristische Beratungsdienste in Anspruch nehmen müssen, wenn die bußgeldbewährte Einhaltung der transparenzregisterrechtlichen Meldepflichten stets und umfassend gewährleistet werden soll. Diese Zusatzbelastung wäre nur dann zu rechtfertigen gewesen, wenn es für die angestrebte Transparenzsteigerung keine geeignete und weniger beeinträchtigende Alternative gegeben hätte. Im Lichte des österreichischen Modells war das indes nicht der Fall.⁴⁴¹

Es muss daher auch bezweifelt werden, ob durch diese Mehrfachmeldungen und die Vielzahl der damit entstehenden und teilweise nebeneinander bestehenden Registereintragungen tatsächlich ein Beitrag zu der Vernetzung der europäischen Registersysteme, wie in der Gesetzesbegründung behauptet⁴⁴², geleistet werden konnte.⁴⁴³

Die noch bestehenden oder neu geschaffenen Verknüpfungen mit dem Privatregisterrecht müssen vor dem Hintergrund der Zielsetzung einer Vernetzung des nationalen Registerrechts ausdrücklich gelobt werden, sind aber insgesamt als ausbaufähig zu bewerten.⁴⁴⁴ So kann durchaus die Frage gestellt werden, warum die über § 20a GwG geschaffene Erleichterung bei der Wahrnehmung der Meldepflichten nur für Vereine gelten solle. Zum einen sind Vereine angesichts der großzügigen Anwendung des Nebenzweckprivilegs durch die Rechtsprechung in vielen

⁴³⁸ BT-Drs. 19/28164, S. 4.

⁴³⁹ Wenngleich die Auffassung des BVA nicht immer mit der hier vertretenen Auslegung der § 19 Abs. 2 GwG i.V.m. § 3 Abs. 1 – 3 GwG und damit der Handhabung des § 20 Abs. 2 GwG a.F. übereinstimmte, vgl. etwa die bei D. I. 2. b) beschriebenen Konstellationen, dürfte eine diesen Grundsätzen folgende Anwendung des § 20 Abs. 2 GwG a.F. durch die Meldepflichtigen nicht zu ahndungsfähigen Verstößen gegen die Meldepflicht geführt haben.

⁴⁴⁰ Vgl. D. I. 1. b).

⁴⁴¹ So auch die Kritik des Bundesrats in seiner Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/28164, S. 82, in Anschluss an die Empfehlungen der zuständigen Ausschüsse, BR-Drs. 133/1/21, S. 10.

⁴⁴² BT-Drs. 19/28164, z.B. S. 1, 3, 29; BT-Drs. 19/30443, S. 1, 62 f.

⁴⁴³ Vgl. in diesem Sinne die Stellungnahme des Bundesrats zu dem Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/28164, S. 82, in Anschluss an die Empfehlungen der zuständigen Ausschüsse, BR-Drs. 133/1/21, S. 10.

⁴⁴⁴ Zu dieser Zielsetzung („Once-Only-Prinzip“), siehe Einführung A. sowie der in den abschließenden Thesen zu dieser Arbeit bei These E. vorgesehene Ausblick.

Fällen faktisch nicht mehr als gemeinnützig zu bewerten⁴⁴⁵, wodurch die Ungleichbehandlung mit anderen Meldepflichtigen in Zweifel gezogen werden kann. Zum anderen können auch andere Meldepflichtige gemeinnützig tätig sein, wie etwa Stiftungen. Für diese ist eine entsprechende Erleichterung aber nicht vorgesehen.⁴⁴⁶

Darüber hinaus liegt nach hier vertretener Einschätzung das zu Unübersichtlichkeiten und Unsicherheiten führende Hauptproblem des Transparenzregisterrechts nicht darin, dass die Meldepflichten den wirtschaftlich Berechtigten nicht ordnungsgemäß offenlegen, sondern dass dieser überhaupt nach verlässlichen Kriterien ermittelt werden kann. Dies wird entscheidend dadurch bedingt, dass es viele undurchsichtige Gestaltungen des Privatrechts gibt, die eine Kontrolle im Sinne der geldwäscherechtlichen Begriffsbestimmung des § 3 Abs. 1 – 3 GwG zu begründen vermögen, ohne dass das Privatregisterrecht hierzu Auskunft gibt.⁴⁴⁷ Dass insofern im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens statt einer Aufgabe der Meldefiktion ein Ausbau des Privatregisterrechts gefordert wurde, ist nachvollziehbar.⁴⁴⁸ Denn dies wäre mit dem Effekt verbunden, ein verlässlicheres Bild über die auch nach einem transparenzregisterrechtlichen Verständnis als wirtschaftlich Berechtigte anzusehenden Personen zu zeichnen. Dies ist bei der im weiteren Verlauf dieser Arbeit vorzunehmenden Untersuchung zu berücksichtigen.

⁴⁴⁵ Näher hierzu, vgl. Kapitel 3 A. VI. 1.

⁴⁴⁶ Vgl. in diesem Sinne auch die Empfehlungen der Ausschüsse des Bundesrats im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens zu dem Gesetz zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts, in dem die Einrichtung eines Stiftungsregisters vorgesehen ist, BR-Drs. 143/1/21, S. 5. Immerhin wird in der Stellungnahme der Regierungsfractionen von CDU/CSU und SPD betont, dass die Gebührenfreiheit von Körperschaften, die die Voraussetzungen der §§ 51 - 68 AO erfüllen, angestrebt wird, BT-Drs. 19/30443, S. 67 f.

⁴⁴⁷ Vgl. insbesondere die in Kapitel 1 C. VI. 2., 3. behandelten Konstellationen.

⁴⁴⁸ Dies erkennend, die Regierungsfractionen von CDU/CSU und SPD, BT-Drs. 19/30443, S. 67; ebenso Die Fraktion der LINKEN unter Verweis auf den Sachverständigen der Berliner Senatsverwaltung für Wirtschaft, Jörg Lehnert, der einen in diese Richtung gehende Forderung in der öffentlichen Anhörung zu dem Gesetzesentwurf geäußert hat, BT-Drs. 19/30443, S. 69.

Kapitel 3 : Begriff und Erscheinungsformen privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung

A. Entwicklung eines Begriffsverständnisses privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung im Lichte transparenzregisterrechtlicher Vergleichbarkeit und privatregisterrechtlicher Transparenz

I. Das Fehlen einer privatrechtlichen Definition wirtschaftlicher Berechtigung

Dem Privatrecht ist der Begriff des wirtschaftlich Berechtigten *de lege lata* fremd. Zwangsläufig wird wirtschaftliche Berechtigung als solche auch nicht ausgewiesen. Gleichwohl könnte eine privatrechtliche wirtschaftliche Berechtigung in bestimmten Klassifizierungskategorien des Privatrechts in Erscheinung treten, woraus sich eine selbstständige privatrechtliche Begriffsbildung erschließen könnte.

Das in Kapitel 1 erarbeitete Verständnis transparenzregisterrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung hindert die Entwicklung eines hiervon womöglich abweichenden eigenständigen Verständnisses von privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung, die privatregisterrechtlich offengelegt werden könnte, nicht.⁴⁴⁹ Dies folgt systematisch daraus, dass eine über das Geldwäscherecht hinausgehende Anwendbarkeit der Bestimmungen des § 3 GwG lediglich in § 154 Abs. 2 Nr. 1 AO ausdrücklich vorgesehen ist. Hier wird explizit auf den Begriff des wirtschaftlich Berechtigten nach dem Verständnis des GwG verwiesen, was den Schluss zulässt, dass eine grundsätzliche rechtsgebietsübergreifende Geltung dieses Begriffsverständnisses nicht angezeigt ist. Auch der Wortlaut der Norm, wonach der wirtschaftlich Berechtigte „im Sinne dieses Gesetzes“ definiert wird, indiziert, dass außerhalb des GwG von einem anderen Begriffsverständnis ausgegangen werden kann. Entsprechend kann aus dem die wirtschaftliche Betrachtungsweise des Steuerrechts prägenden Begriff des *wirtschaftlichen Eigentümers*⁴⁵⁰ weder eine Sperr- noch Ausstrahlungswirkung für eine eigenständige Begriffsentwicklung privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung angenommen werden. Die Eigenständigkeit eines privatrechtlichen Begriffsverständnisses von wirtschaftlicher Berechtigung kommt in den, obgleich vorerst gescheiterten, Plänen des Gesetzgebers zum Ausdruck, in einem Immobilienregister den

⁴⁴⁹ In diesem Sinne auch *Blaurock/Pordzik*, NZG 2019, 413 (413), die im Rahmen von § 3 GwG von einer „an den Sorgfaltspflichten geldwäscherechtlich Verpflichteter orientierte[n] Definition des wirtschaftlich Berechtigten“ sprechen.

⁴⁵⁰ Vgl. 39 AO, wobei der Begriff hier nicht ausdrücklich normiert ist.

wirtschaftlich Berechtigten an einem Grundstück auszuweisen.⁴⁵¹ Denn transparenzregisterrechtliche wirtschaftliche Berechtigung beschreibt keine Rechtsbeziehung zu Grundstücken.⁴⁵² Stattdessen machen die jeweils verschiedenen Anwendungsbereiche eine auf deren Bedürfnisse abgestimmte eigenständige Auseinandersetzung damit erforderlich, was eine Rechtsbeziehung oder -position zu einer *wirtschaftlichen* macht und worin sich in dieser Rechtsstellung eine *Berechtigung* an dem jeweiligen Bezugsobjekt ausdrückt.

II. Beschränkung der „Bezugsobjekte“ privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung im Lichte einer Vergleichbarkeit zum Transparenzregisterrecht

Bevor das „Was“, „Wie“ oder „Worin“ von privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung geklärt werden kann, muss eingegrenzt werden, „woran“ sie besteht. In diesem Zusammenhang beschreibt der Begriff des „Bezugsobjekts“ als Oberbegriff sämtliche Rechtsobjekte und Rechtssubjekte, auf die sich eine wirtschaftliche Berechtigung bezieht oder beziehen könnte. Auch *Rechtssubjekte* können aus der Perspektive einer an ihnen bestehenden Rechtsposition in Bezug auf dieses Recht objektiviert werden. Damit kann das terminologische Problem, widerspruchsfrei einen Oberbegriff für zwei Unterbegriffe mit kontradiktorischer Bedeutung zu bilden, zumindest halbwegs entschärft werden kann. In Betracht kommen etwa Gesellschaften, Unternehmen, Gesellschaftsanteile, Mobilien oder Grundstücke.

Dabei erfolgt die Untersuchung unter der Maxime einer Vergleichbarkeit mit dem transparenzregisterrechtlichen Verständnis von wirtschaftlicher Berechtigung. Einzige „Bezugsobjekte“ transparenzregisterrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung sind die in dieser Arbeit als „Meldepflichtige“ bezeichneten Vereinigungen und Rechtsgestaltungen.⁴⁵³ Es gilt insofern zu klären, ob und in welcher Form an eingetragenen Handelsgesellschaften, rechtsfähigen Stiftungen, eingetragenen Vereinen sowie an Rechtsgestaltungen im Sinne des § 21 GwG unmittelbar oder mittelbar eine wirtschaftliche Berechtigung in einem privatrechtlichen Sinne bestehen kann.

In Anbetracht der Einbeziehung der GbR in den Kreis der transparenzregisterrechtlich Meldepflichtigen⁴⁵⁴, ist auch die über einen Anteil an einer eingetragenen GbR vermittelte wirtschaftliche Berechtigung einzubeziehen.

Mit Einführung von §§ 19a, 19b GwG gehören zwar auch die aus den Grundbüchern aus Abteilung I ersichtlichen Berechtigungen an Grundstücken von Vereinigungen im Sinne des § 20 Abs. 1 GwG zum Eintragungsinhalt des Transparenzregisters. Dies macht Grundstücke indes

⁴⁵¹ Vgl. BR-Drs. 40/21. Hierzu, siehe noch die Erwägungen in der abschließenden These II.

⁴⁵² Dazu sogleich bei II. sowie bereits in Kapitel 1 F. I., Kapitel 2 D. II. 4.

⁴⁵³ Vgl. Kapitel 1 F. I. Zu der Terminologie, siehe Kapitel 1 A. IV.

⁴⁵⁴ Vgl. hierzu Kapitel 1 E. I. 2.

nicht zu einem Bezugsobjekt wirtschaftlicher Berechtigung im Sinne des Transparenzregisterrechts. Die im Transparenzregister eingetragene wirtschaftliche Berechtigung bezieht sich ausschließlich auf die Vereinigung, nicht auf die Grundstücke, deren Eigentümerin (oder Erbbauberechtigte) die Vereinigung ist. Eine wirtschaftliche Berechtigung an Grundstücken weist das Transparenzregister insofern nicht aus.⁴⁵⁵ Deshalb kann nicht danach gefragt werden, worin eine privatrechtliche wirtschaftliche Berechtigung an einem Grundstück *demgegenüber* angelegt sein könnte und ob und wie sie im Privatregisterrecht, primär im Grundbuch, ausgewiesen wird oder werden könnte.

III. Privatrechtliche wirtschaftliche Berechtigung im Lichte des Privatregisterrechts

1. Der an der Herstellung von Publizität ausgerichtete Zweck des Privatregisterrechts

a) Das unterschiedliche Transparenzbedürfnis von Transparenz- und Privatregisterrecht

Das Transparenzregisterrecht verlangt nach einer möglichst weitgehenden Transparenz wirtschaftlicher Berechtigung, gewissermaßen „um ihrer selbst willen“, die als Instrument für die Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierungen eingesetzt wird.⁴⁵⁶ Die Meldepflicht dient allein dem Zweck, Geldflüsse und Verantwortungsbereiche gegenüber den Einsichtnahmeberechtigten, zu denen auch die Öffentlichkeit gehört⁴⁵⁷, nachvollziehbar zu machen, um kriminelle Strukturen leichter enttarnen zu können.

Demgegenüber dient eine Eintragung im Privatregisterrecht niemals nur der Transparenz um ihrer selbst willen. In den verschiedenen Publizitäts- und Rechtsscheinwirkungen kommt immer auch eine Regelungswirkung bezüglich des privatrechtlichen Umgangs mit der eingetragenen Rechtstatsache⁴⁵⁸ zum Ausdruck. Im Privatregisterrecht ist die Transparenz einer Rechtstatsache deshalb lediglich *Mittel*, um eine bezweckte privatrechtliche Klarstellungswirkung im Umgang mit der eingetragenen Rechtstatsache zu schaffen. Sofern von einer eingetragenen Rechtstatsache keinerlei Regelungswirkung gegenüber dem von der Publizitätswirkung in Bezug genommenen Adressatenkreis des Registers ausgehen kann, da sie für diesen Adressatenkreis irrelevant ist, kommt auch eine Eintragung nicht in Betracht.

⁴⁵⁵ Siehe hierzu Kapitel 1 F. I., Kapitel 2 D. II. 4.

⁴⁵⁶ Vgl. Kapitel 1 A. III., C. II., Kapitel 2 B. II. 1. b).

⁴⁵⁷ Dass die in RL (EU) 2018/843 (Fünfte EU-Geldwäscherichtlinie), siehe Fußnote 20, Art. 1 Nr. 15 lit. c. vorgesehene unbeschränkte Einsichtnahme in das Transparenzregister für jedermann durch den EuGH mit Urteil vom 22. November 2022 – C-37/20, 601/20 wieder gekippt wurde, vgl. hierzu Kapitel 2 B. I. 2., ändert nichts an den in der Gesetzgebung des EU-Gesetzgebers erkennbaren Motiven für das Transparenzregister, für das die Öffentlichkeit als reines Kontrollinstrument in diesem Zusammenhang gestärkt werden sollte.

⁴⁵⁸ Der Begriff der Rechtstatsache bezeichnet in dieser Arbeit allgemein eine Information, deren registerrechtliche Offenlegung vorgesehen ist oder in Rede steht.

b) Publizität zur Gewährleistung von Rechtssicherheit gegenüber dem Rechtsverkehr

Für den Privatrechtsverkehr enthält ein Register nur dann erhebliche Informationen, wenn ihm Publizität zukommt. Um eine allen Teilnehmern des Rechtsverkehrs gegenüber geltende Rechtslage auszugeben und den Rechtsverkehr hierdurch vor privatautonomen Gestaltungen zu schützen, die sich zulasten einzelner Teilnehmer auswirken könnten, wird in Kauf genommen, dass die schützenswerten Interessen einzelner Personen von einer Registerlage beeinträchtigt werden, die einer eigentlich abzubildenden Rechtswahrheit nicht entspricht.⁴⁵⁹ Eine Offenlegung wirtschaftlicher Berechtigung in einem Register, dem keine Publizitätswirkung zukommt, wäre für den Privatrechtsverkehr irrelevant.

Publizitätswirkung entfalten über § 15 Abs. 1 – 3 HGB das Handelsregister, sowie über § 16 Abs. 3 GmbHG, die Gesellschafterliste. Auch Vereins- und Genossenschaftsregister kommt über § 68 BGB beziehungsweise § 29 GenG eine Publizitätswirkung zu.⁴⁶⁰ Keine unmittelbare Publizitätswirkung entfaltet demgegenüber das Unternehmensregister. Als Sammelregister, vergleichbar dem Transparenzregister in seiner ursprünglichen Ausgestaltung⁴⁶¹, macht es die aus verschiedenen Registern, aus dem Bundesanzeiger sowie von Unternehmen und Insolvenzgerichten gelieferten Informationen auf einer einheitlichen Plattform zugänglich.⁴⁶² Damit kann allenfalls von einer mittelbaren Publizitätswirkung des Unternehmensregisters gesprochen werden, die in der Herstellung des Zugriffs auf den Originaldatenbestand von Publizitätsträgern wie dem Handelsregister besteht.⁴⁶³ Eigenständige privatrechtliche Wirkungen entfalten die Eintragungen des Unternehmensregisters hierdurch aber nicht.

Auch dem Aktienregister kommt keine Publizität nach außen hin zu.⁴⁶⁴

c) „Binnenpublizität“ zur Herstellung von Rechtssicherheit im Verbandsverhältnis

§ 16 Abs. 1 GmbHG, der die Legitimationswirkung des Eingetragenen als Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft beschreibt, und § 16 Abs. 2 GmbHG, in dem die Haftung der Einlageverbindlichkeiten gegenüber der Gesellschaft geregelt ist, regeln jeweils ausschließlich das Verbandsverhältnis zwischen Gesellschafter und GmbH. Das Gesetz versieht hier die Eintragung mit Wirkungen, die unabhängig von der tatsächlich bestehenden materiellen Rechtslage

⁴⁵⁹ Vgl. zu der Publizitätswirkung des Handelsregisters: *Krebs*, in: MüKo, HGB, § 15 Rn. 7.

⁴⁶⁰ Dazu, dass das Grundbuch mit Publizitätswirkung gemäß § 892 BGB allein über die Berechtigungslage an Grundstücken informiert, die als Bezugsobjekte einer privatrechtlichen wirtschaftlichen Berechtigung mangels Vergleichbarkeit mit dem transparenzregisterrechtlichen Verständnis ausgeschlossen wurde, vgl. bei 2. b) aa).

⁴⁶¹ Das Transparenzregister kannte indes auch originäre, eigene Angaben, wenn die Meldefiktion des § 20 Abs. 2 GwG nicht griff. Zu der Entwicklung des Transparenzregisterrechts, siehe die Ausführungen in Kapitel 2 D. I.

⁴⁶² *Preuß*, in Oetker, HGB, § 8b Rn. 1; *Koch/Harnos*, in: Staub, HGB, § 8b Rn. 1.

⁴⁶³ BT-Drs. 16/960, S. 40; *Preuß*, in Oetker, HGB, § 8b Rn. 4; *Krafka*, in: MüKo, HGB, § 8b Rn. 3.

⁴⁶⁴ *Bayer*, in: MüKo, AktG, Nachtrag ARUG II, § 67 Rn. 1.

für das Verhältnis zwischen dem eingetragenen Gesellschafter und der Gesellschaft ausschlaggebend sind. Diese auf das Verbandsverhältnis zwischen Eingetragensem, Gesellschaft und einem womöglich von der Eintragungslage abweichenden materiell Berechtigten an dem Gesellschaftsanteil beschränkte relative Wirkung wird im weiteren Verlauf als „Binnenpublizität“ bezeichnet. Es ist denkbar, einer Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung auch dadurch eine privatrechtliche Wirkung zuzuweisen, dass sie an dieser „Binnenpublizität“ teilnimmt.

Eine privatrechtliche Wirkung entfalten gemäß § 67 Abs. 2 AktG auch die Eintragungen des Aktienregisters, wonach gegenüber der AG, Rechtsinhaber aller mit einer Namensaktie verbundener Rechte und Befugnisse, der in dem Aktienregister benannte Aktionär ist.

Ob auch dem Handelsregister eine vergleichbare „Binnenpublizitätswirkung“ zukommt, mit der ein rein innergesellschaftliches Informations- und Klarstellungsbedürfnis befriedigt werden soll, wird an späterer Stelle erörtert.⁴⁶⁵

2. Keine wirtschaftliche Berechtigung an Bezugsobjekten, über die das Privatregisterrecht nicht informiert

a) Die fehlende Eignung treuhänderischer Rechtsgestaltungen im Sinne des § 21 Abs. 1, 2 GwG als Bezugsobjekte privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung

Bezieht sich eine Berechtigung auf ein Bezugsobjekt, über das das Privatregisterrecht überhaupt nicht mit privatrechtlichen Wirkungen informiert, kommt folglich auch eine privatrechtliche wirtschaftliche Berechtigung nicht in Betracht, die privatregisterrechtlich in Erscheinung treten könnte. Es fehlt ein „Registerobjekt“ des Privatrechts, für das eine wirtschaftliche Berechtigung mit privatrechtlichen Wirkungen eingetragen werden könnte.⁴⁶⁶

Dies schließt zunächst Fonds, nichtrechtsfähige Stiftungen und vergleichbare Rechtsgestaltungen mit Treuhandcharakter im Sinne des § 21 Abs. 1, 2 GwG als Bezugsobjekte einer privatrechtlichen wirtschaftlichen Berechtigung aus. Sie sind nicht rechtsfähig, weshalb sie auch nicht als Registerobjekte des Privatregisterrechts in Erscheinung treten.

b) GbR-Gesellschaftsanteile als Bezugsobjekte wirtschaftlicher Berechtigung?

Die Umsetzung des MoPeG führte zu der Einführung des GbR-Gesellschaftsregisters zum 1. Januar 2024, in das nach § 707 BGB n.F. eine GbR, die zwangsläufig Außen-GbR sein muss⁴⁶⁷,

⁴⁶⁵ Vgl. Kapitel 4 A. I. 2. a), b) aa).

⁴⁶⁶ Terminologisch in Fortführung der für den Begriff der „Bezugsobjekte“ beschriebenen Erwägungen, vgl. II.

⁴⁶⁷ Auch infolge des MoPeG existiert die Innen-GbR weiterhin, BT-Drs. 19/27635 S. 101, 190. Die Regelung ihrer Angelegenheiten ist allerdings im Gegensatz zu der dem Gesellschaftsrecht unterliegenden rechtsfähigen Außen-GbR rein vertragsrechtlich zu beurteilen. Das Vertragsrecht der GbR wird also abgekoppelt von dem erst mit der Rechtsfähigkeit anzuwendenden Gesellschaftsrecht, vgl. hierzu, *Geibel*, ZRP 2020, 137 (138 f.). Ob infolgedessen

mit Publizitätswirkung eingetragen werden kann. Trotz der rechtlich nicht vorhandenen Eintragungspflicht der Außen-GbR, ist die Eintragung nunmehr obligatorisch für die Möglichkeit der GbR, Inhaber anderer privatrechtsrechtlicher Rechtspositionen zu sein, wie etwa von Handelsgesellschaftsanteilen oder Grundstückseigentum.⁴⁶⁸ Die in diesem Zusammenhang bislang bestehenden Bestimmungen nach § 899a BGB a.F. und § 162 Abs. 1 S. 2 HGB a.F., wonach eine GbR unter Angabe ihrer Gesellschafter in das jeweilige Register einzutragen ist⁴⁶⁹, wurden gestrichen. Stattdessen sind die maßgeblichen Informationen nunmehr unmittelbar aus dem GbR-Gesellschaftsregister zu entnehmen sein sollen. Das GbR-Gesellschaftsregister fungiert demnach als eigenständiges Rechtsträgerregister, das nun erstmals Informationen über die GbR und ihre Gesellschaftsanteile als Registerobjekte nach dem Verständnis dieser Arbeit enthält. Hiermit ergibt sich jedenfalls aus formaler Sicht das Potential von GbR-Gesellschafteranteilen, Bezugsobjekte wirtschaftlicher Berechtigung zu sein.

c) Die rechtsfähige Stiftung als Bezugsobjekt wirtschaftlicher Berechtigung?

Jedenfalls vor Einführung des Stiftungsregisters konnte auch eine an einer rechtsfähigen Stiftung bestehende wirtschaftliche Teilhabe nicht als privatrechtliche wirtschaftliche Berechtigung verstanden werden, über die das Privatregisterrecht mit privatrechtlichen Wirkungen informiert. Rechtsfähige Stiftungen wurden zwar in den Stiftungsverzeichnissen der Länder eingetragen. Hiervon gingen indes mangels jedweder Publizität der Stiftungsverzeichnisse keinerlei privatrechtliche Wirkungen einher.⁴⁷⁰ Die Stiftung konnte deshalb nicht als Registerobjekt des Privatrechts verstanden werden.

Mit Sitzung vom 25. Juni 2021 hat der Bundesrat den vom Bundestag am 24. Juni 2021 beschlossenen Gesetzesentwurf BT-Drs. 19/28173 zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts angenommen, der auch die Einführung eines mit öffentlichem Glauben ausgestatteten Stiftungsregisters bis zum 1. Januar 2026 vorsieht.⁴⁷¹ Das Änderungsgesetz selbst ist zum 1. Juli 2023

bei der Innen-GbR überhaupt noch begrifflich von einer GbR gesprochen werden kann, darf insofern bezweifelt werden.

⁴⁶⁸ Zu der Begründung für die Aufhebung des § 899a BGB, BT-Drs. 19/27635 S. 193 f. Zu der Aufhebung des § 162 Abs. 2 HGB, BT-Drs. 19/27635 S. 252; vgl. auch *Storz*, GWR 2020, 257 (258); *Bachmann*, NZG 2020, 612 (615).

⁴⁶⁹ Zu der ehemaligen Anwendbarkeit des § 162 Abs. 1 S. 2 HGB a.F. über das KG-Recht hinaus, vgl. Kapitel 1 E. II. 2. In anderen Gesetzen sind verwandte Anpassungen vorgesehen. Vgl. BT-Drs. 19/27635 S. 271 f. zu der Umformulierung des § 40 GmbHG, in dem nach § 40 Abs. 1 S. 2 GmbHG n.F. nicht länger von „eingetragenen Gesellschaften“, sondern von „rechtsfähigen Personengesellschaften“ als Gesellschafter der GmbH die Rede sein soll, wobei die GbR nach § 40 Abs. 1 S. 3 GmbHG n.F. nur „in die Liste eingetragen [werden kann] und Veränderungen an ihrer Eintragung [...] nur vorgenommen werden [können], wenn sie in das Gesellschaftsregister eingetragen ist.“

⁴⁷⁰ *Articus/Fein*, npoR 2019, 49 (50).

⁴⁷¹ Gesetz abrufbar unter: [https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=//*\[@attr_id=%27bgbl121s2947.pdf%27\]#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl121s2947.pdf%27%5D__1643100242869](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=//*[@attr_id=%27bgbl121s2947.pdf%27]#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl121s2947.pdf%27%5D__1643100242869).

in Kraft getreten. Sofern an einer rechtsfähigen Stiftung privatrechtliche wirtschaftliche Berechtigung erkannt werden kann, wäre damit künftig auch eine geeignete Plattform vorhanden, hierüber privatrechtsregisterrechtlich zu informieren.

IV. Wirtschaftliche Berechtigung als Antonym zu formaler Berechtigung

Aus privatrechtlicher Perspektive erscheint es unsachgemäß, dass die formale Vollrechtsinhaberschaft eines Rechtssubjekts an einem Bezugsobjekt auch zu wirtschaftlicher Berechtigung führen kann. Eine solche nach außen tretende Rechtsinhaberschaft begründet bereits selbstständig und differenziert Rechte und Pflichten des Rechtssubjekts im Privatrechtsverkehr, die seiner Rechtsstellung zu dem Bezugsobjekt Rechnung trägt. Für die Abwicklung privatrechtlicher Rechtsbeziehungen unter Einbeziehung der Wirkungen des Privatrechtsregisterrechts, würde es insofern keinen Mehrwert bedeuten, den formal umfassend Berechtigten zusätzlich als wirtschaftlich Berechtigten zu begreifen und gegebenenfalls entsprechend privatrechtsregisterrechtlich auszuweisen. Dieses Verständnis wird auch von dem Wortlaut einer *wirtschaftlichen* Berechtigung gestützt, in dem sich eine Unterscheidung zu der Inhaberschaft einer *formalen* Vollrechtsposition ausdrückt.⁴⁷²

Auch wenn das Steuerrecht als von dem Privatrecht zu unterscheidendes Rechtsgebiet nicht maßgeblich für die Begriffsentwicklung eines privatrechtlichen Verständnisses von wirtschaftlicher Berechtigung ist, zeigt die in § 39 AO zum Ausdruck kommende Unterscheidung von rechtlichem und wirtschaftlichen Eigentum einen Dualismus von formaler Vollrechtsinhaberschaft und wirtschaftlicher Berechtigung. Der wirtschaftliche Eigentümer eines Wirtschaftsguts im Sinne von § 39 Abs. 2 S. 1 AO ist demnach gerade derjenige, dem das Wirtschaftsgut nicht bereits aufgrund einer privatrechtlichen formalen Eigentümerstellung zuzurechnen ist.

Eigentum drückt folglich keine wirtschaftliche Berechtigung in dem oben genannten Sinne aus, sondern eine formale Vollrechtsinhaberschaft an diesem Bezugsobjekt. Auch die mitgliederschaftliche, dingliche Beteiligung an einer Kapital- oder Personengesellschaft ist in diesem Sinne eine formale Vollrechtsinhaberschaft und keine wirtschaftliche Berechtigung.⁴⁷³ Dabei ist das Mitgliedschaftsrecht als eigenständiges subjektives Recht nicht mit einer Eigentumsposition an der Gesellschaft gleichzusetzen⁴⁷⁴, obwohl die in ihr ausgedrückte *Anteileignerschaft* nach transparenzregisterrechtlichem Verständnis eine über Eigentum hergestellte wirtschaftliche Berechtigung begründet.⁴⁷⁵ Entscheidend ist, dass der Gesellschafter der nach außen hin in

⁴⁷² In diesem Sinne auch *Schmidt*, in: MüKo, HGB, Vor § 230 Rn. 1.

⁴⁷³ *Schmidt*, in: MüKo, HGB, Vor § 230 Rn. 1.

⁴⁷⁴ Siehe grdl. hierzu, *Lutter*, AcP 180 (1980), 85 (101 f.).

⁴⁷⁵ Vgl. *Krais*, CCZ 2017, 98 (102) sowie die Ausführungen in Kapitel 1 B. II. 1.

Erscheinung tretende *formale* Vollrechtsberechtigte der Mitgliedschaft ist, und als dieser, unabhängig von seinem Beteiligungsumfang, nicht auch *wirtschaftlich* Berechtigter der Gesellschaft sein kann. Aus entsprechenden Gründen muss auch die formale Mitgliedschaft an e.V. und eG als Erscheinungsform privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung ausgeschlossen werden.

Dass für das transparenzregisterrechtliche Verständnis von wirtschaftlicher Berechtigung demgegenüber kein Widerspruch darin liegt, in dem Inhaber einer formalen Vollrechtsposition an einem Meldepflichtigen auch den wirtschaftlich Berechtigten zu erkennen⁴⁷⁶, liegt an der sich von dem Privatrechtsregistern unterscheidenden Zweckverfolgung des Transparenzregisters. Auch von Eigentumsverhältnissen kann, vor allem wenn sie mittelbar, über mehrere Beteiligungsebenen, bestehen, ein geldwäscherechtlich relevantes Verschleierungsrisiko ausgehen, das eine Offenlegung des *letztlich* wirtschaftlich Berechtigten verlangt. Eine solche, über eine entsprechende Eintragung im Privatrechtsregister zu gewährleistende, Transparenz als Selbstzweck kennt das Privatrecht nicht.⁴⁷⁷

V. Die Voraussetzung einer in der Berechtigung angelegten, gegenwärtigen wirtschaftlichen Teilhabe an dem Bezugsobjekt

1. Die im natürlichen Wortsinn *wirtschaftlicher* Berechtigung angelegte wirtschaftliche Teilhabe an dem Bezugsobjekt

Eine privatrechtliche wirtschaftliche Berechtigung verlangt nach einer wirtschaftlichen Teilhabe des Berechtigten an dem Bezugsobjekt. Dieses an dem natürlichen Wortsinn „wirtschaftlicher Berechtigung“ anknüpfende Verständnis wurde bereits gegen das herrschende Begriffsverständnis von wirtschaftlicher Berechtigung im Transparenzregisterrecht angeführt.⁴⁷⁸ Für ein privatrechtliches Verständnis von wirtschaftlicher Berechtigung, das sich nicht allein an einem Transparenzbedürfnis als Selbstzweck begründet, kommt diesem Wortlautargument nun durchgreifende Wirkung zu.

2. Die Systematik des § 3 Abs. 2 S. GwG im Rahmen des § 19 Abs. 1, 2 GwG

Für dieses Verständnis spricht auch, dass selbst im Transparenzregisterrecht eine wirtschaftliche Berechtigung nach § 3 Abs. 2 S. 5 GwG im Rahmen des § 19 Abs. 1, 2 GwG nur *fingiert* wird. Die dort genannten lediglich mit „Geschäftsinitiative“ ausgestatteten Personen *gelten* als

⁴⁷⁶ Vgl. die insofern zu verstehende Bestimmung des § 3 Abs. 1 GwG im Rahmen der § 19 GwG, Kapitel 1 B. II. 1.

⁴⁷⁷ Siehe hierzu bereits bei III. 1. a).

⁴⁷⁸ Siehe hierzu die Ausführungen in Kapitel 1 C. VI. 4.

wirtschaftlich Berechtigte, sind es aber nicht.⁴⁷⁹ Hierin ist ein Eingeständnis des Gesetzgebers zu erkennen, dass sich *wirtschaftliche* Berechtigung, jedenfalls in wirtschaftlich ausgerichteten Handelsgesellschaften, eigentlich und in erster Linie durch ein hinreichendes Maß an Geschäftsrisiko auszeichnet, was auch die Regelbeispiele des § 3 Abs. 2 S. 1 – 4 GwG verdeutlichen.⁴⁸⁰ Dass die von § 3 Abs. 2 S. 5 GwG im Rahmen des § 19 Abs. 1, 2 GwG bezeichneten Personen als wirtschaftlich Berechtigte auszuweisen sind, wenn sich aus den Konkretisierungen des § 3 Abs. 2 S. 1 – 4 GwG kein wirtschaftlich Berechtigter ermitteln lässt, folgt allein aus der Vorgabe und Zielsetzung des Transparenzregisterrechts, für jeden Meldepflichtigen jedenfalls eine Person als wirtschaftlich Berechtigten anzumelden.⁴⁸¹ Ein solches Transparenzbedürfnis allein ist weder für die Entstehung einer wirtschaftlichen Berechtigung in einem privatrechtlichen Sinne noch für deren Offenlegung im Privatregisterrecht ausreichend.⁴⁸²

3. Der Sinn und Zweck eines privatrechtlichen Begriffsverständnisses von wirtschaftlicher Berechtigung

a) Kein privatrechtliches Bedürfnis für ein sich in Einfluss oder Verantwortung erschöpfendes Begriffsverständnis wirtschaftlicher Berechtigung

Hinzu kommt, dass eine außerhalb einer wirtschaftlichen Teilhabe bestehende Verantwortung oder ein Einfluss auf das Bezugsobjekt in aller Regel Ausfluss einer formalen Rechtsstellung gegenüber dem Bezugsobjekt ist. Für diese Rechtsstellungen bestehen bereits differenzierte, den verschiedenen Rechtsinstituten Rechnung tragende Grundsätze. Sie im Sinne eines einheitlichen Verständnisses von wirtschaftlicher Berechtigung zu abstrahieren, würde keine Erkenntnisse für einen privatrechtlichen Umgang mit ihnen fördern.⁴⁸³ Zumal schwierig vorstellbar ist, wie ein solch einheitliches Verständnis aussehen sollte, das die charakteristischen Unterschiede in Ausdruck und Umfang der jeweiligen zu Verwaltungs- oder Vertretungsmacht an dem Bezugsobjekt befähigenden Rechtsinstitute in gewisser Weise negieren müsste.

Demgegenüber können privatrechtliche wirtschaftliche Teilhaberrechte gerade durch eine „Verborgenheit“ gegenüber dem Privatrechtsverkehr geprägt sein, bedingt durch ein Geheimhaltungsinteresse der an dem jeweiligen Rechtsinstitut Beteiligten. Durch die Einführung des Transparenzregisters ist dieses Geheimhaltungsbedürfnis in einigen Konstellationen dadurch

⁴⁷⁹ Vgl. Kapitel 1 C. V., VI. 4.

⁴⁸⁰ Zu den Kriterien von „Geschäftsinitiative“ und „Geschäftsrisiko“, vgl. Kapitel 1 C. IV.

⁴⁸¹ Vgl. hierzu Kapitel 1 C. V. 2.

⁴⁸² Vgl. III. 1. a).

⁴⁸³ Vgl. hierzu die Ausführungen bei IV.

infrage gestellt, dass jedenfalls eine faktische Registeröffentlichkeit, wenngleich ohne privatrechtliche Wirkungen⁴⁸⁴, gegenüber dem Rechtsverkehr besteht. Hiermit könnte eine Neubewertung auch des privatrechtlichen Interesses der beteiligten Personen einhergehen, ebenfalls in die Privatregisteröffentlichkeit eingebunden zu werden.

b) Gegenwärtige Teilhabe als dem Privatregisterrecht entsprechende Berechtigungsform

Dass eine *Teilhabe* zu fordern ist und nicht etwa an ein Erwerbs-, Verwertungs- oder Befriedigungsrecht anzuknüpfen ist, in dem ebenfalls eine vermögenswerte Rechtsposition des hieraus Berechtigten liegt, liegt daran, dass das Privatregisterrecht die *gegenwärtig* geltende Berechtigungslage an einem Registerobjekt ausweist. Über künftige Rechtspositionen informiert das Privatregisterrecht grundsätzlich nicht.⁴⁸⁵ Dies legt auch ein Begriffsverständnis nahe, dass eine gegenwärtige Anknüpfung der wirtschaftlichen Berechtigung an das Bezugsobjekt ausdrückt, soll sie über das Privatregisterrecht in Erscheinung treten können.

c) Vergütung gewährt keine wirtschaftliche Teilhabe an dem Bezugsobjekt

Damit von einer wirtschaftlichen Berechtigung *an einem* oder *über ein* Bezugsobjekt gesprochen werden kann, sollte sich die wirtschaftliche Teilhabe aus dem Bezugsobjekt selbst ergeben und nicht aus einer von dem Bezugsobjekt grundsätzlich unabhängigen Vergütungsvereinbarung. Vergütungen gewähren dem hieraus Berechtigten lediglich Ansprüche für geleistete Dienste gegenüber einer anderen Person, weisen ihm aber weder die durch die „Performance“ des Bezugsobjekts im Privatrechtsverkehr entstehenden wirtschaftlichen Nutzungen zu, noch entsprechen sie dem Ausfluss der in dem Bezugsobjekt angelegten und seiner Zielsetzung entsprechenden Vermögensschöpfung.

4. Ausschluss von Rechtspositionen an Bezugsobjekten ohne wirtschaftliche Teilhabe

a) Keine wirtschaftliche Berechtigung von Organwaltern und Bevollmächtigten

Unabhängig von Art oder Höhe ihrer Vergütung scheiden mithin Personen, die allein über Verwaltungs-, Vertretungs- oder Geschäftsführungsbefugnisse an einem Bezugsobjekt berechtigt sind, als wirtschaftlich Berechtigte in einem privatrechtlichen Sinne aus. Dies gilt für Organwähler von Gesellschaften, Stiftungen, Vereinen und Genossenschaften gleichermaßen. Auch

⁴⁸⁴ Zu den fehlenden privatrechtlichen Wirkungen des Transparenzregisters, vgl. Kapitel 2 B. II. 1., III.

⁴⁸⁵ Vgl. zu der in diesem Sinne gegen die Eintragungsfähigkeit einer bedingten Anteilsübertragung in die Gesellschaftsliste OLG München, Beschluss vom 8. September 2009 – 31 Wx 82/09 –, NJW 2010, 305 (305 f.); HansOLG, Beschluss vom 12. Juli 2010 – 11 W 51/10 –, NZG 2010, 1157 (1158), in der Revision bestätigt durch BGH, Beschluss vom 20. September 2011 – II ZB 17/10 –, NZG 2011, 1268 (1268); Wachter, Bespr. OLG München, Beschluss 8. September 2009 – 31 Wx 082/09 –, BB 2009, 2167 (2168). Hiervon zu unterscheiden sind in die Gegenwart hineinwirkende Rechtspositionen, die eine künftig bestehende wirtschaftliche Rechtsstellung sichern können. Sie mögen zwar gegenwärtig bestehen, drücken aber keine gegenwärtige wirtschaftliche Teilhabe aus, sondern sichern nur die künftige ab. Vgl. hierzu bei 4. b), c).

Handlungsbevollmächtigte und Prokuristen von Handelsgesellschaften sind demnach nicht als deren wirtschaftlich Berechtigte anzusehen.

b) Keine wirtschaftliche Berechtigung von Testamentsvollstreckern und Insolvenzverwaltern

Auch der Testamentsvollstrecker steht gemäß §§ 2218, 2221 BGB nur in einem (vergüteten) Auftragsverhältnis zu den Erben, partizipiert aber nicht wirtschaftlich an der verwalteten Erbmasse. Der Insolvenzverwalter, der infolge seiner Bestellung nach § 80 Abs. 1 InsO die Verwaltungsbefugnis und Verfügungsgewalt über Registerobjekte erhält, wird ebenfalls nicht zum wirtschaftlichen Profiteur derselben.⁴⁸⁶ Die verfügungsbeschränkende Wirkung, die die Bestellung von Testamentsvollstrecker oder Insolvenzverwalter nach § 2211 Abs. 2 BGB beziehungsweise § 81 Abs. 1 S. 2 InsO für das betroffene Bezugsobjekt auslöst, bildet für sich betrachtet ebenfalls keine wirtschaftliche Berechtigung ab. Es ist zweifelhaft, ob in einer die formale Inhaberschaft einschränkende Wirkung überhaupt eine *Berechtigung* erkannt werden kann. Doch selbst wenn eine dem Wortsinn von Berechtigung widersprechende rein restriktive Wirkung von Verfügungsbeschränkungen mit dem Argument abgelehnt wird, dass hinter einer Verfügungsbeschränkung stets auch ein Recht des durch die Beschränkung Geschützten oder Befähigten steht (eigene Verfügungsmacht, Genehmigungsrecht), kommt in ihnen jedenfalls keine *wirtschaftliche* Berechtigung nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis zum Ausdruck.

c) Keine wirtschaftliche Teilhabe von Nacherben und Anwartschaftsberechtigten

Da Rechtspositionen, die eine künftige Inhaberschaft an einem Bezugsobjekt ausdrücken, ebenfalls keine wirtschaftliche Teilhabe für die Dauer ihres Bestehens gewähren, sind auch Nacherben oder Anwartschaftsberechtigten von Gesellschaftsanteilen keine wirtschaftlich Berechtigten. Dass zum Schutz der künftigen Rechtspositionen gegenwärtig bereits die Verfügungs- oder Vertretungsmacht des Inhabers beschränkende Wirkungen bestehen können (z.B. § 161 Abs. 3 BGB, 2113 Abs. 3 BGB), führt zu keinem anderen Ergebnis.⁴⁸⁷

d) Keine wirtschaftliche Teilhabe durch Verwertungs-, Aussonderungs- und Befriedigungsrechte

aa) Keine wirtschaftliche Berechtigung aus einer Verpfändung oder einer Pfändung von GmbH-Gesellschaftsanteilen

Bei der Verpfändung ebenso wie bei der Pfändung von GmbH-Gesellschaftsanteilen wird nach h.M. ausschließlich ein Verwertungsrecht begründet, das einem Gläubiger die Substanz des

⁴⁸⁶ *Vuia*, in: MüKo, InsO, § 80 Rn. 6.

⁴⁸⁷ Insofern kann auf die Ausführungen bei b) verwiesen werden.

Gesellschaftsanteils zuweist.⁴⁸⁸ Da nicht auch künftige Gewinnansprüche umfasst sind, findet für die Dauer des Bestehens, vor Verwertung, keine wirtschaftliche Teilhabe an der Gesellschaft statt. Sie gewährt insofern keine privatrechtliche wirtschaftliche Berechtigung nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis. Die Verpfändung und die Pfändung von Personengesellschaftsanteilen unterscheiden sich hiervon dadurch, dass mit ihnen auch die mit dem Anteil verbundenen Vermögensrechte verpfändet beziehungsweise verstrickt werden, womit eine wirtschaftliche Teilhabe des Pfandgläubigers an dem Gesellschaftsanteil gegeben ist.⁴⁸⁹

bb) Keine wirtschaftliche Berechtigung von Aussonderungsgläubigern

Die Aussonderungsberechtigung eines Gläubigers nach § 47 InsO könnte allenfalls Rechtsfolge einer wirtschaftlichen Zuordnung eines Bezugsobjekts an eine hieran als Berechtigte anzusehende Person sein. Sie drückt aber für sich genommen ebenfalls keine wirtschaftliche Teilhabe an dem Bezugsobjekt aus, auf das sich die Berechtigung bezieht. Vielmehr zielt das Aussonderungsrecht allein darauf ab, einen bereits bestehenden, außerhalb der Insolvenz begründeten Anspruch auf Herausgabe der Sache gegen die Masse durchzusetzen. Es vermittelt dem Berechtigten keine Partizipation am wirtschaftlichen Schicksal des betroffenen Bezugsobjekts oder der Insolvenzmasse als solcher.

cc) Keine wirtschaftliche Berechtigung des Insolvenzgläubigers

Aus vergleichbaren Erwägungen ist in dem Recht auf Befriedigung des Insolvenzgläubigers keine wirtschaftliche Berechtigung für die in die Insolvenzmasse fallenden Gegenstände, Rechte oder ein gesamtes Unternehmen zu erkennen. Dies gilt auch für nach §§ 49 ff. InsO absonderungsberechtigte Gläubiger, denen ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus der Insolvenzmasse zukommt. Für die Dauer des Bestehens der Gläubigerstellung liegt folglich keine wirtschaftliche Teilhabe an dem Bezugsobjekt vor, die als Ausprägung wirtschaftlicher Berechtigung verstanden werden könnte. Das Recht des Gläubigers ist allein auf die einmalige Befriedigung seiner Forderung aus dem Wert des Vermögensgegenstands gerichtet. Es vermittelt keine fortlaufende Partizipation an den Erträgen, der Wertentwicklung oder dem Schicksal des Unternehmens, der Sache oder des Rechts selbst. Die vermögensrechtlichen Auswirkungen für den Gläubiger treten erst mit dem Akt der Verwertung ein, nicht bereits durch das Bestehen seiner reinen Rechtsposition.

⁴⁸⁸ BGH, Urteil vom 13. Juli 1992 -, DStR, 1480 (1480); Schäfer, in: MüKo, BGB, § 1274 Rn. 56 m.w.N. auch unter Ausweisung der Gegenmeinung (Fn. 164).

⁴⁸⁹ Lorz, in: Ebenroth/Boujong, HGB, § 133 Rn. 12; Schöne, in: BeckOK, BGB, § 726 Rn. 2; Flockenhaus, in: Musielak/Voit, ZPO, § 857, Rn. 30; Vgl. hierzu noch bei B. V.

e) Keine wirtschaftliche Teilhabe an einer Vereinsmitgliedschaft

Die Vereinsmitgliedschaft ist nach § 38 S. 2 BGB nicht aufspaltbar und einzelne Rechte, die aus ihr folgen, sind nicht abtretbar. § 38 BGB ist gemäß § 40 BGB zwar dispositiv, womit die Satzung Regelungen zur Übertragbarkeit der Mitgliedschaft oder zu Ausübungsüberlassung einzelner Rechte enthalten kann.⁴⁹⁰ Allerdings kennt die Mitgliedschaft keine wirtschaftlichen Teilhaberrechte, wie sie für eine *wirtschaftliche* Berechtigung im hier zugrunde gelegten Sinne zu fordern wäre, die bei zulässiger Abspaltung übertragen werden könnten. Zwar existieren mitgliedschaftliche Vorteilsrechte, wie das Recht zur Nutzung von Vereinseinrichtungen oder die Inanspruchnahme von vereinsgesteuerten Dienstleistungen, die einen Vermögenswert haben. Sie begründen jedoch keine Teilhabe an den Erwirtschaftungen des Vereins, sondern sind die unmittelbare Verwirklichung des Vereinszwecks, der den Mitgliedern in Form von Sach- und Dienstleistungen zugutekommt.⁴⁹¹ Es gibt folglich keine wirtschaftliche Teilhabe *an dem Verein selbst*, im Sinne einer Teilhabe am wirtschaftlichen Erfolg seines Geschäftsbetriebs. Aus diesem Grund kann auch in einer zulässigerweise aus der Mitgliedschaft abgespaltenen Berechtigung zugunsten einer anderen Person keine Erscheinungsform wirtschaftlicher Berechtigung erkannt werden.

Überdies ist die Aufzählung des Eintragungsinhalts des Vereinsregisters in § 64 BGB als abschließend anzusehen⁴⁹², weshalb auch eine in diesem Sinne als wirtschaftliche Berechtigung zu erkennende Rechtsposition keinen Einzug in das Privatregisterrecht finden könnte. Die Mitgliedschaft wird nicht in § 64 BGB aufgezählt, sondern nur in den ohne Publizitätswirkung ausgestatteten Mitgliederverzeichnissen und bildet deshalb kein Registerobjekt des Privatrechts.⁴⁹³

VI. Das Bedürfnis einer wirtschaftlichen Ausrichtung des Bezugsobjekts

1. Die Legitimationswirkung wirtschaftlicher Teilhabe durch privatregisterrechtliche Offenlegung wirtschaftlicher Berechtigung

Es stellt sich die Frage, ob die Mitgliedschaft, verkörperte sie vermögensbezogene Rechte, als Erscheinungsform oder Bezugsobjekt wirtschaftlicher Berechtigung in Betracht kommen würde, obwohl der e.V. seiner gesetzgeberischen Konzeption nach, in Abgrenzung von dem wirtschaftlichen Verein nach § 22 BGB, gerade keiner wirtschaftlichen Betätigung nachgeht. In der großzügigen Anwendung des Nebenzweckprivilegs durch die Rechtsprechung kommt

⁴⁹⁰ Schöpflin, in: BeckOK, BGB, § 38 Rn. 1.

⁴⁹¹ Schöpflin, in: BeckOK, BGB, § 38 Rn. 20.

⁴⁹² BayObLG, Beschluss vom 27. Januar 1992 – BReg. 3 Z 199/91 –, NJW-RR 1992, 802 (803); Leuschner, in: MüKo, BGB, § 64 Rn. 6; Schöpflin, in: BeckOK, BGB, § 64 Rn. 3.

⁴⁹³ Zu dem Begriff des Registerobjekts, vgl. III. 2. a).

schließlich nicht zum Ausdruck, dass die wirtschaftliche Betätigung des e.V. im Rechtsverkehr unterstützt wird. Vielmehr ergibt sie sich aus dem Dilemma des wirtschaftlichen Vereins, der als überholte Rechtsfigur aus der Rechtswirklichkeit verschwinden soll und deshalb keine echte Alternative zu dem e.V. darstellt, sollte dieser sich wirtschaftlich betätigen.⁴⁹⁴ Die Antwort hierauf muss lauten: Nein. Würde an solchen Bezugsobjekten eine privatrechtliche wirtschaftliche Berechtigung erkannt, die über das Privatregisterrecht im Privatrechtsverkehr ausgewiesen wird, würden derartige eigentlich systemfremde Teilhaberrechte legitimiert und für den Privatrechtsverkehr anerkannt werden.

2. Die fehlende Eignung der Genossenschaft und der genossenschaftlichen Mitgliedschaft als Bezugsobjekte privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung

Anders als am e.V. sind die Mitglieder einer eG auch kapitalmäßig an der Genossenschaft beteiligt, womit eine Abspaltung und Abtretung einzelner vermögensbezogener Rechtspositionen nicht bereits von vornherein ausgeschlossen ist.⁴⁹⁵ Die Kapitalbeteiligung dient allerdings nur als Mittel zum Zweck der Förderung der Kundenbeziehung als Hauptzweck der eG⁴⁹⁶ Entsprechend unbedeutend sind auch die abtretbaren Rechtspositionen: Hierzu gehören der Anspruch auf anteilige Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens nach § 73 Abs. 2 GenG oder des Liquidationsüberschusses nach § 91 GenG. Auch der Anspruch auf Auszahlung des Jahresgewinns ist grundsätzlich abtretbar. In der Regel enthalten die Satzungen jedoch die gemäß § 19 Abs. 2 GenG zulässige Bestimmung, dass Gewinne gemäß § 19 Abs. 1 S. 2 GenG dem Geschäftsguthaben zugeschrieben werden, das der Auszahlungssperre nach § 22 Abs. 4 S. 1 GenG unterliegt.⁴⁹⁷ Die untergeordnete Bedeutung der wirtschaftlichen Teilhabe ist darauf zurückzuführen, dass die eG ihrem Wesen nach einen Nutzen für ihre Mitglieder schaffen soll, die sich für diesen Zweck zusammengeschlossen haben und durch Kapitalisierung der Genossenschaft gemeinsam für die Funktionsfähigkeit dieser genossenschaftlichen Förderung sorgen. Die eG kann sich zur Gewährleistung dieses Nutzens wirtschaftlich betätigen, der Nutzen selbst besteht jedoch, im Gegensatz zu dem Zweck einer Anteilsinhaberschaft an Kapitalgesellschaften, nicht in dem Erwirtschaften von Erträgen, sondern in dem Bündelungseffekt der gemeinschaftlichen Zweckverfolgung. Vor diesem Hintergrund erscheint es wesensfremd, in einer mittelbar über

⁴⁹⁴ Einen Überblick zu der Entwicklung des Nebenzweckprivilegs unter diesem Aspekt gibt *Segna*, in: BeckOGK, BGB, § 22 Rn. 27 ff. Die Grenzen des Nebenzweckprivilegs sind jedenfalls überschritten, wenn der alleinige satzungsmäßige Zweck des Vereins in der privaten Vermögensverwaltung liegt und die Mitglieder nach der Satzung jederzeit die Auskehrung eines Überschusses beschließen können, vgl. BGH, Beschluss vom 11. September 2018 – II ZB 11/17 –, NJW-RR 2018, 1376 (1377); *Krafka*, in: Krafka, RegisterR, Rn. 2121.

⁴⁹⁵ *Geibel*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 18 GenG Rn. 2.

⁴⁹⁶ *Fandrich*, in: Pöhlmann/Fandrich/Blochs, GenG, § 1 Rn. 4; *Figura*, in: Herzog, GwG, § 20 Rn. 18.

⁴⁹⁷ *Geibel*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 18 GenG Rn. 2.

die genossenschaftliche Mitgliedschaft geschaffenen wirtschaftlichen Teilhabe an dem Unternehmen der Genossenschaft eine privatrechtliche wirtschaftliche Berechtigung zu erkennen, die einer privatregisterrechtlichen Offenlegung zugeführt werden könnte.

Hinzu kommt, dass dem Genossenschaftsregister nach § 29 GenG nur eine eingeschränkte Publizitätswirkung zukommt. Richtigerweise bezieht sich diese nur auf die in § 28 GenG geregelten Eintragungen (betreffend die in der eG herrschenden Vertretungsbefugnisse), eine umfassende Anwendbarkeit des § 15 HGB auf alle Eintragungen im Genossenschaftsregister ist in Umkehrschluss zu (dem Schweigen des) § 156 GenG abzulehnen.⁴⁹⁸ Damit fehlt es wiederum Privatrechtsregister, über das eine wirtschaftliche Berechtigung an einer genossenschaftlichen Mitgliedschaft mit privatrechtlichen Wirkungen eingetragen werden könnte.

3. Die fehlende Eignung der Partnerschaft als Bezugsobjekt privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung

Das Gesetz gibt in § 1 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 PartGG die fehlende wirtschaftliche Ausrichtung der Partnerschaftsgesellschaft, die nur für freie Berufe im Sinne von § 1 Abs. 2 PartGG zugänglich ist, als Abgrenzungskriterium zu einer ein Handelsgewerbe betreibenden Handelsgesellschaft aus. Insofern kommt auch eine an einer Partnerschaft bestehende Berechtigung, durch die eine mittelbare wirtschaftliche Teilhabe an dem Unternehmen der Partnerschaftsgesellschaft, sofern berufsrechtlich nicht ohnehin ausgeschlossen (z.B. § 27 BORA), ermöglicht werden könnte⁴⁹⁹, sinnvollerweise nicht als Erscheinungsform privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung in Betracht. Wiederum würde ansonsten eine wirtschaftliche Teilhabe an einem Bezugsobjekt anerkannt, für das eine wirtschaftliche Teilhabe eigentlich systemfremd ist. Diese Wertung wurde durch das MoPeG bestätigt. § 107 Abs. 1 HGB n.F. sieht eine Öffnung der Personenhandelsellschaften zum Zwecke der Ausübung freier Berufe vor. Sofern eine kaufmännische Betätigung vorgesehen ist, können sich Angehörige freier Berufe nunmehr auch in einer OHG organisieren.⁵⁰⁰ Hierdurch wird die demgegenüber fehlende kaufmännische Ausrichtung der Partnerschaftsgesellschaft betont.

⁴⁹⁸ *Fandrich*, in: Pöhlmann/Fandrich/Bloehs, GenG, § 29 Rn. 1; *Geibel*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 29 GenG Rn. 1.

⁴⁹⁹ Teilweise wird mit Blick auf das Gebot der eigenverantwortlichen Berufsausübung, unabhängig von speziellen berufsrechtlichen Vorschriften, auch schon die Zulässigkeit solcher Teilhaberrechte an einer Partnerschaft abgelehnt, vgl. *Henssler*, PartGG, § 1 Rn. 234 ff.; a.A. *Schmidt*, in: MüKo, HGB, Vor § 230 Rn. 14 (für Nießbrauch).

⁵⁰⁰ BT-Drs. 19/27635 S. 105, 224.

VII. Das Konzernrecht als eigenständiges Regelungsgebiet wirtschaftlicher Berechtigung

1. Unternehmensverträge als Regelungsmaterie des Konzernrechts

Privatrechtliche wirtschaftliche Berechtigung könnte auch in einer vertraglichen Bindung des in Bezug genommenen Rechtsträgers an eine andere Person erkannt werden, die dieser eine wirtschaftliche Teilhabe unmittelbar an dem Unternehmen⁵⁰¹ selbst gewährt. Ein solcher Vertrag kann allerdings die Anwendung konzernrechtlicher Bestimmungen auslösen. Das betroffene Vertragsverhältnis kann als Beherrschungsvertrag im Sinne des § 291 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 AktG oder Gewinnabführungsvertrag im Sinne des § 291 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 AktG oder als ein anderer der in § 292 Abs. 1 AktG begrifflich unterschiedenen Unternehmensverträge zu qualifizieren sein, wobei all diese Verträge Ausprägungen des Grundtypus „Unternehmensvertrag“ sind.⁵⁰² Für eine Qualifizierung als Unternehmensvertrag kommt es nicht darauf an, dass tatsächlich einer der ausdrücklich in den §§ 291, 292 AktG genannten Verträge vorliegt. Es genügt, wenn eine typmäßige Vergleichbarkeit vorliegt, aufgrund derer die konzernrechtlichen Vorschriften in Ansehung des dahinterstehenden Schutzzwecks (analog) zur Anwendung gelangen müssen.⁵⁰³

Jedenfalls die Vorschriften der §§ 293 – 299 AktG, die dem Schutz der Gesellschafter des Rechtsträgers dienen, der seine wirtschaftliche Nutzbarkeit an ein fremdes Unternehmen abführt, kommen für sämtliche Unternehmensverträge zur Anwendung.⁵⁰⁴ Damit soll der jeweils einschneidenden wirtschaftlichen Bedeutung Rechnung getragen werden, die der Unternehmensvertrag für die Unternehmensorganisation trotz seiner lediglich schuldrechtlichen Wirkung aufweist.⁵⁰⁵

⁵⁰¹ Unter Zugrundelegung des konzernrechtlichen Unternehmensbegriffs, der sehr offen formuliert ist und jede juristische oder natürliche Person einschließt, die nicht nur in der Gesellschaft, sondern auch außerhalb derselben, unternehmerische Interessen verfolgt, BGH, Urteil vom 13. Oktober 1977 – II ZR 123/76 –, NJW 1978, 104 (104); BGH, Urteil vom 29. September 1982 – I ZR 88/80 –, NJW 1983, 569 (571); *Servatius*, in: BeckOK, GmbHG, KonzernRn. 11 ff. m.w.N.

⁵⁰² *Veil/Walla*, in: BeckOGK, AktR, § 291 AktG Rn. 43 ff.; *Servatius*, in: BeckOK, GmbHG, KonzernRn. 32.

⁵⁰³ *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 291 Rn. 14 f.; *Altmeppen*, in: MüKo, AktG, § 291 Rn. 43; *Veil/Walla*, in: BeckOGK, AktR, § 291 Rn. 46; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, KonzernR, § 291 AktG Rn. 21.

⁵⁰⁴ Die dem Schutz der abhängigen Gesellschaft sowie der Gesellschaftsgläubiger dienenden §§ 300 – 328 ff. AktG, wendet die h.M. demgegenüber nur auf Verträge an, die eine organisationsrechtliche beziehungsweise gesellschaftsrechtliche Grundlage haben. Nur diese Verträge begründen einen *konzernrechtlichen beherrschenden Einfluss* und eine *Abhängigkeit* der betroffenen Unternehmen. Vgl. *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 17 Rn. 12; *Bayer*, in: MüKo, AktG, § 17 Rn. 67; *Schall*, in: BeckOGK, AktR, § 17 AktG Rn. 43.

⁵⁰⁵ *Bayer*, in: MüKo, AktG, § 17 Rn. 67.

Die Bestimmungen der §§ 293 – 299 AktG sind nicht auf Unternehmensverträge zwischen AGs beschränkt. Auch die vertragliche Bindung von GmbHs⁵⁰⁶, Personengesellschaften⁵⁰⁷, Vereinen⁵⁰⁸, Genossenschaften⁵⁰⁹ oder Stiftungen⁵¹⁰ gegenüber einem (herrschenden) Unternehmen wird zunehmend an konzernrechtlichen Bestimmungen gemessen.⁵¹¹

2. Abschließende Beurteilung derartiger Berechtigungsverhältnisse nach konzernrechtlichen Maßstäben

Das herrschende beziehungsweise das durch Unternehmensvertrag wirtschaftlich profitierende Unternehmen als privatrechtlich wirtschaftlich Berechtigten des wirtschaftlich abhängigen Unternehmens auszumachen und entsprechend der Privatregisteröffentlichkeit zuzuführen, muss ausscheiden. Das Konzernrecht sieht für solche Berechtigungsformen bereits ein differenziertes Regelungswerk vor, das gemäß § 294 AktG etwa auch die privatregisterrechtliche Offenlegung durch Eintragung des Unternehmensvertrages in das Handelsregister einschließt und zu respektieren ist.

Doch gilt Entsprechendes auch für Gestaltungen unmittelbarer wirtschaftlicher Teilhabe an fremden Unternehmen, die die Anwendung konzernrechtlicher Bestimmungen *nicht* auslösen. Die Regelungswirkung des Konzernrechts erschöpft sich nicht darin, die rechtlichen Vorgaben für den Umgang mit und innerhalb konzernverbundener Unternehmen zu schaffen, sondern auch die Grenzen abzustecken, innerhalb derer die durch Unternehmensverträge beabsichtigten Wirkungen überhaupt zulässig sind. So folgt daraus, dass gemäß §§ 291 Abs 1, 292 Abs. 1 Nr. 1 AktG Unternehmensverträge nur mit Unternehmern⁵¹² geschlossen werden können, nicht etwa, dass die konzernrechtlichen Beschränkungen und Vorrichtungen für die wirtschaftliche Teilhabe dann nicht gelten, wenn eine Unternehmereigenschaft abzulehnen ist. Vielmehr ist

⁵⁰⁶ Keine Gesamtanalogie, aber weitgehend entsprechende Anwendung der konzernrechtlichen Bestimmungen nach h.M., *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack, KonzernR*, Vor § 291 AktG, Rn. 6 ff.; ausführlich zu den sich im Einzelnen stellenden Fragen: *Servatius*, in: *BeckOK, GmbHG, KonzernR* Rn. 6 ff.

⁵⁰⁷ Die Anwendung der §§ 291 ff. AktG auf abhängige Personengesellschaften, unter Beachtung der personengesellschaftsrechtlichen Besonderheiten, vgl. hierzu B. I. 6. b) bb), ist inzwischen weitgehend anerkannt, *Roth*, in: *Hopt, HGB*, § 105 Rn. 158; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack, KonzernR*, Vor § 291 AktG, Rn. 9 ff.

⁵⁰⁸ Vgl. *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack, KonzernR*, Vor § 291 AktG, Rn. 15 m.w.N.

⁵⁰⁹ Siehe hierzu *Geibel*, in: *Henssler/Strohn, GesR*, § 1 GenG Rn. 37 f.; *Bayer*, in: *MüKo, AktG*, § 17 Rn. 128 ff.

⁵¹⁰ Eine konzernrechtliche Abhängigkeit zu anderen Unternehmen wird mit Blick auf die Verpflichtung des Vorstands zur unabhängigen Verfolgung des Stiftungszweckes zwar noch überwiegend abgelehnt, *Ihrig/Wandt*, FS Hüffer 2010, 387 (404); *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack, KonzernR*, Vor § 291 AktG Rn. 17; *Bayer*, in: *MüKo, AktG*, § 17 Rn. 132; a.A. etwa *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 360, 590 f.; entwicklungs offen angesichts der zunehmenden Verflechtung von Stiftungen und Unternehmen: *Schall*, in: *BeckOGK, AktR*, § 17 AktG Rn. 50; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack, KonzernR*, § 17 AktG, Rn. 52.

⁵¹¹ Als herrschendes Unternehmen beziehungsweise Vertragspartner eines sich wirtschaftlich bindenden Unternehmens kommen, in Anbetracht des weiten konzernrechtlichen Unternehmensbegriffs, vgl. Fußnote 501, stets auch GmbHs, Personengesellschaften, Vereine, Genossenschaften und Stiftungen in Betracht, vgl. *Schall*, in: *BeckOGK, AktR*, § 17 AktG Rn. 50 in Verweis auf OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. Mai 2008 – Kart 1/07 –, NJOZ 2008, 3758.

⁵¹² Nach weitem konzernrechtlichem Verständnis, vgl. Fußnote 501.

eine wirtschaftliche Teilhabe durch einen „Privataktionär“ unzulässig.⁵¹³ Ähnliches gilt für die Fragen der rechtsformübergreifenden Anwendbarkeit konzernrechtlicher Vorschriften. Wird, wie etwa für die Stiftung nach noch h.M.⁵¹⁴, die Anwendung konzernrechtlicher Bestimmungen abgelehnt, folgt hieraus nicht, dass für eine sich in wirtschaftliche Abhängigkeit von einem anderen Unternehmen begebende Stiftung die §§ 293 ff. AktG nicht anwendbar sind. Stattdessen ist der in Frage stehende Vertrag, mit dem sich die Stiftung wirtschaftlich abhängig machen würde, unwirksam.⁵¹⁵ Würde man Gestaltungen, die zu einer wirtschaftlichen Teilhabe an fremden Unternehmen führen, aber außerhalb des Anwendungsbereichs des konzernrechtlichen Regelungsregimes liegen, als Formen privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung verstehen und sie entsprechend in einem geeigneten Privatrechtsregister offenlegen, würde die Gefahr bestehen, dem nach einer solchen Wertung wirtschaftlich Berechtigten Anerkennung, Rechte und Pflichten zuzuschreiben, die im Widerspruch zu dem konzernrechtlichen Umgang mit der wirtschaftlichen Teilhabe an fremden Unternehmen stünden.

VIII. Keine wirtschaftliche *Berechtigung* durch wirtschaftliche Teilhabe allein

Eine sich allein über eine wirtschaftliche Teilhabe an einem Bezugsobjekt definierende privatrechtliche wirtschaftliche Berechtigung würde dem Begriffsverständnis von wirtschaftlicher Berechtigung indes ebenfalls nicht gerecht werden. Es besteht kein allgemeines Interesse der Privatregisteröffentlichkeit daran, über jede Form wirtschaftlicher Teilhabe informiert zu werden, die einer von dem Inhaber zu unterscheidenden Personen an einem Registerobjekt zusteht. Das Bedürfnis nach Publizität im Privatregisterrecht ist, wie sich aus den verschiedenen Zweckrichtungen der Registersysteme ergibt, nicht mit dem Bedürfnis nach Transparenz im Transparenzregisterrecht gleichzustellen. Um eine wirtschaftliche Teilhabe an einem fremden Registerobjekt auch als wirtschaftliche *Berechtigung* anzusehen, bedarf es insofern eines Interesses des Rechtsverkehrs beziehungsweise der von den Registereintragungen jeweils adressierten Personen, über die Person des wirtschaftlich Teilhabenden oder die Form seiner Teilhabe informiert zu werden.

IX. Zwischenergebnis und Auswertung des verbleibenden Untersuchungsfelds

Eine Vielzahl privatrechtlicher Berechtigungsformen sind in Ansehung der Anforderungen an ein sinnvolles, im Lichte einer Vergleichbarkeit mit dem Transparenzregisterrecht und den Bedürfnissen des Privatregisterrechts formuliertem Begriffsverständnis als Erscheinungsformen

⁵¹³ So die g.h.M., *Altmeppen*, in: MüKo, AktG, § 291 Rn. 13 ff.; *Veil/Walla*, in: BeckOGK, AktR, § 291 AktG Rn. 74; *Servatius*, in: BeckOK, GmbHG, KonzernR Rn. 68; teilweise wird für die Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft plädiert, vgl. *Altmeppen*, in: MüKo, AktG, § 291 Rn. 16, *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, KonzernR, § 291 AktG Rn. 9a.

⁵¹⁴ Vgl. Fußnote 510.

⁵¹⁵ Vgl. die Nachweise in Fußnote 510.

privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung auszuschließen. Dies gilt insbesondere für „formale“ Rechtspositionen an einem Bezugsobjekt, Eigentum und Mitgliedschaft eingeschlossen. Die Inhaberschaft bildet insofern keinen Unterfall, sondern den Gegenbegriff zu wirtschaftlicher Berechtigung.⁵¹⁶ Um insbesondere dem Wortsinn, aber auch Systematik und Telos einer im Privatregisterrecht in Erscheinung tretenden *wirtschaftlichen* Berechtigung zu entsprechen, ist zudem eine gegenwärtige wirtschaftliche Teilhabe an dem Bezugsobjekt zu fordern. Dies schließt die wirtschaftliche Berechtigung von Organwaltern, rechtsgeschäftlichen Vertretern, Insolvenzverwaltern, Testamentsvollstreckern, Insolvenzgläubigern oder Anwartschaftsberechtigten aus. Auch in oder an einer Vereinsmitgliedschaft kann deshalb keine wirtschaftliche Berechtigung bestehen.⁵¹⁷ Zudem kommt eine privatrechtsrechtliche Relevanz wirtschaftlicher Berechtigung nur in Betracht, wenn die hiermit einhergehende nach außen tretende Anerkennung wirtschaftlicher Teilhaberrechte mit Blick auf das Bezugsobjekt der Berechtigung nicht systemfremd wäre. Dies wäre der Fall, würde man wirtschaftliche Teilhaberpositionen an der Mitgliedschaft einer eG oder der Partnerschaft einer PartG anerkennen.⁵¹⁸ Außerdem muss ein privatrechtsrechtlicher Zugang zu der Berechtigung möglich sein. Hieran fehlt es, wenn kein Register des Privatrechts existiert, das mit privatrechtlichen Wirkungen über das Registerobjekt informiert, an dem die Berechtigung besteht. Dies gilt de lege lata vor allem für Rechtsgestaltungen, an denen mangels Rechtsfähigkeit in Deutschland keine privatrechtsrechtlichen Eintragungen möglich sind. Mit der zum 1. Januar 2024 erfolgten Einführung des GbR-Gesellschaftsregisters und der zum 1. Januar 2026 bevorstehenden Einführung des Stiftungsregisters sind auch sich auf die GbR oder Stiftung beziehende Erscheinungsformen privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung in den Untersuchungsrahmen dieses Kapitels einzubeziehen.

Darüber hinaus wurde eine unmittelbare Anknüpfung an das Unternehmen der Rechtsträger, an denen eine privatrechtliche wirtschaftliche Berechtigung (mittelbar) bestehen könnte, ausgeschlossen, um die abschließende Regelungszuständigkeit des Konzernrechts zu achten.⁵¹⁹

Innerhalb des abgesteckten Rahmens eines Begriffsverständnisses privatrechtlich wirtschaftlich Berechtigter liegen mithin in erster Linie Personen, die mittelbare wirtschaftliche Teilhaberrechte an einer fremden Gesellschaft innehaben. Einschlägige Rechtsinstitute hierfür sind der Nießbrauch und die Treuhand an einem Gesellschaftsanteil sowie die Unterbeteiligung.⁵²⁰

⁵¹⁶ Vgl. IV.

⁵¹⁷ Vgl. die Feststellungen bei V.

⁵¹⁸ Vgl. VI.

⁵¹⁹ Vgl. bei VII.

⁵²⁰ Escher/Haag, in: MHdB GesR II, § 27 Rn. 3 f.; Schmidt, in: MüKo, HGB, Vor § 230 Rn. 1 ff.

Gleiches gilt, mit Blick auf das in der Entstehung befindliche Stiftungsregister, für die Stellung von Stiftungsdestinatären, als wirtschaftliche Nutznießer rechtsfähiger Stiftungen.

Zuletzt wurde festgestellt, dass sich die bloße wirtschaftliche Teilhabe an einem Registerobjekt von einer für die privatrechtliche Registeröffentlichkeit relevanten wirtschaftlichen *Berechtigung* sinnvollerweise darin unterscheidet, dass Rechte und Pflichten des Teilhabenden bestehen, an deren Offenlegung ein an den Wirkungen des Privatregisterrechts orientiertes Interesse besteht.⁵²¹ Es gilt insofern zu klären, ob und worin sich eine solche *Berechtigung* der über die angesprochenen Rechtsinstitute „Teilhabenden“ ausdrückt und inwiefern im privatrechtlichen Umgang mit diesen Teilhaberrechten ein privatrechtliches Klarstellungsbedürfnis besteht, das, insofern wird auf die Ausführungen in Kapitel 4 verwiesen, über eine privatregisterrechtliche Offenlegung wirtschaftlicher Berechtigung befriedigt wird beziehungsweise werden könnte.

B. Die Bestimmung von in mittelbarer wirtschaftlicher Teilhabe an Handelsgesellschaften angelegten Erscheinungsformen privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung

I. Der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen

1. Zulässigkeit

Die Gesellschafterstellung ist ein einheitliches Recht, dem verschiedene Rechte und Pflichten zuzuordnen sind, womit weder der sachenrechtliche Spezialitätsgrundsatz noch die Unzulässigkeit eines Nießbrauchs an einem *Rechtsverhältnis* der Belastung des Gesellschaftsanteils als Recht im Sinne des § 1068 Abs. 1 BGB mit einem Nießbrauch entgegenstehen.⁵²² Auch das auf § 711a S. 1 BGB zurückgehende gesellschaftsrechtliche Abspaltungsverbot sowie der für Personengesellschaften geltende Grundsatz der Selbstorganschaft stehen einer Nießbrauchsbestellung grundsätzlich nicht im Wege.⁵²³ Das liegt daran, dass die Belastung eines Gesellschaftsanteils mit einem Nießbrauch nicht zu der Abspaltung bestimmter Gesellschafterrechte führt, sondern zu einer Aufteilung der Gesellschafterbefugnisse zwischen Nießbraucher und Besteller, die hierdurch als gemeinsam aus dem gesamten Gesellschaftsanteil Berechtigte anzusehen sind.⁵²⁴

⁵²¹ Vgl. VIII.

⁵²² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. September 1998 – 3 Wx 209/98 –, DNotZ 1999, 440 (442); Pohlmann, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 25; Wedemann, NZG 2013, 1281 (1282); Informationsdienst des Deutschen Notar-instituts, DNotI-Report 24/1999, 194 (194 f.); Schön, ZHR 156 (1994), 229 (237 f.).

⁵²³ Kepper, NZG 2019, 211 (211); Frank, MittBayNot 2010, 96 (96). Zu den gleichwohl bestehenden Grenzen der Übertragbarkeit von Verwaltungsbefugnissen, siehe 6. b) bb).

⁵²⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. September 1998 – 3 Wx 209/98 –, DNotZ 1999, 440 (442); Frank, MittBayNot 2010, 96 (96); Schön, ZHR 156 (1994), 229 (237 f.); Schmidt, Bespr. BGH, Urteil vom 9. November 1998 – II ZR 213–97 –, ZGR 199, 601 (605 f.); Escher/Haag, in: MHdB GesR II, § 27 Rn. 19; bestätigt auch (obiter dictum) durch BGH, Beschluss vom 3. Juli 1989 – II ZB 1/89 –, NJW 1989, 3152 (3155): „Die Testaments-

Nach h.M. ist aufgrund der Wirkungen, die ein Nießbrauch auch im Verhältnis zur Gesellschaft haben kann, jedoch die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich, die auch in der Satzung ausgedrückt werden kann.⁵²⁵ Ob dabei die Gestattung der Anteilsübertragung im Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft auch eine Gestattung der Nießbrauchsbestellung als wesensgleiches Minus einschließt, ist höchst umstritten.⁵²⁶ Eine detaillierte Auseinandersetzung mit diesem Problem ist im Rahmen der hier angestellten Untersuchung nicht erforderlich.⁵²⁷

2. Rechtsnatur und Wirkung des Nießbrauchs an Gesellschaftsanteilen

Es könnte erwogen werden, die Frage der wirtschaftlichen *Berechtigung* aus einem zu wirtschaftlicher Teilhabe befähigenden Rechtsinstitut von der Rechtsnatur des Teilhaberechts und den hiervon ausgehenden Wirkungen abhängig zu machen. Die Klassifizierung des Nießbrauchs an Rechten wird uneinheitlich beurteilt. Teilweise wird er als dingliches Recht⁵²⁸, teilweise als dingliche Belastung⁵²⁹ und teilweise als Recht mit dinglichem Charakter⁵³⁰ beschrieben. Aus der Verweisung des § 1068 Abs. 2 BGB auf die §§ 1030 – 1067 BGB wird jedenfalls deutlich, dass der Nießbrauch an Rechten, ebenso wie der Nießbrauch an Sachen, eine absolute und nicht bloß eine obligatorische Rechtsstellung des Nießbrauchers begründet.⁵³¹ Insofern muss das Verhältnis des Nießbrauchs zu dem Recht, auf das er sich bezieht, als dinglich bewertet werden. Das ist insbesondere für die Übertragung des Rechts, hier also des Geschäftsanteils, von Bedeutung. Verfügungen über den Geschäftsanteil durch den Gesellschafter lassen Existenz und Inhalt des Nießbrauchs grundsätzlich unberührt.⁵³² Durch das mit dem Rechtsinhaber bestehende Rechtsverhältnis nimmt der Nießbraucher an dem Recht, das der Geschäftsanteil als Ganzes verkörpert, teil und tritt mit eigenen, jedenfalls vermögensrechtlichen, Befugnissen

vollstreckung bewirkt außerdem ebenso wie die Einsetzung eines Treuhänders oder die Bestellung eines Nießbrauchs keine Abspaltung einzelner Rechte; die Mitgliedschaftsrechte werden vielmehr - jedenfalls grundsätzlich - insgesamt von einem Dritten ausgeübt“.

⁵²⁵ Schön, ZHR 156 (1994), 229 (253 f.); Kindler, in: Koller/Kindler/Drüen, HGB, § 105 Rn. 23; Frank, MittBayNot 2010, 96 (96).

⁵²⁶ Für eine solche Auslegung des Gesellschaftsvertrags, die wohl h.M., vgl. Heinze, in: Staudinger, BGB, Anh. §§ 1068 f. Rn. 63; Lindemeier, Anm. zu LG Köln, Beschlüsse vom 12. Mai 2000 und 28. Juli 2000 – 89 T 10/00, 89 T 20/00 – DNotZ 1999, 876 (890 f.); Wälzholz, DStR 2010, 1786 (1787 f.). Dabei wird § 1069 Abs. 2 BGB als Begründung herangezogen, wonach die Übertragbarkeit eines Rechts dessen Belastbarkeit begründet. Überzeugend gegen diese Auffassung etwa Schön, ZHR 156 (1994), 229 (239); Pohlmann, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 35; Kruse, RNotZ 2002, 69 (71).

⁵²⁷ Siehe aber Kapitel 4 C. II. 5. e). Dabei ist zu beachten, dass die in Fußnote 526 geäußerten Bedenken dort nicht greifen, da der wirtschaftlich Berechtigte keine zusätzlichen oder abweichende Befugnisse eingeräumt werden, die die Mitgesellschafter stören oder beeinträchtigen könnten, vgl. Kapitel 4 C. II. 3. a).

⁵²⁸ So die wohl h.M., vgl. Bayer, in: Erman, BGB, Vor § 1068 Rn. 1; Heinze, in: Staudinger, BGB, § 1068 Rn. 20. Auch der Gesetzgeber wollte den Rechtsnießbrauch als dingliches Recht verstanden haben, wie sich aus den Motiven zum BGB ergibt, vgl. Mugdan, Materialien BGB III, S. 302, 304.

⁵²⁹ So Herrler, in: Grüneberg, BGB, § 1068 Rn. 2.

⁵³⁰ So Stürner, in: Soergel, BGB, § 1068 Rn. 1.

⁵³¹ Pohlmann, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 2, 15; ebenso Mugdan, Materialien BGB III, S. 301.

⁵³² Pohlmann, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 14; Frank, MittBayNot 2010, 96 (97).

in das Verbandsverhältnis zur Gesellschaft ein.⁵³³ Die Ansprüche, die sich aus diesen Befugnissen gegenüber der Gesellschaft ergeben, entstehen unmittelbar in der Person des Nießbrauchers⁵³⁴, wodurch er im Verhältnis zu ihr kein unbeteiligter Dritter ist.

Die Rechtsstellung, die der Nießbraucher gegenüber dem Verpflichteten des Rechts innehat, hier also der Gesellschaft, richtet sich hingegen nach der Rechtsnatur des belasteten Rechts und kann nicht weitreichender sein, als die Rechtsstellung, die der Rechtsinhaber selbst, hier also der Gesellschafter, gegenüber dem Verpflichteten innehat.⁵³⁵ Da die Inhaberschaft eines Gesellschaftsanteils ein Recht und keine körperliche Sache im Sinne von § 90 BGB ist⁵³⁶, ist auch die Rechtsstellung des Nießbrauchers gegenüber der Gesellschaft nicht als dinglich zu bewerten.⁵³⁷

3. Formbedürftigkeit des Nießbrauchs im Sinne des § 15 Abs. 3 GmbHG

Da für die Bestellung des Nießbrauchs gemäß § 1069 Abs. 1 BGB die Vorschriften über die Übertragung eines Rechts anzuwenden sind, ist seine Bestellung an einem GmbH-Geschäftsanteil nach § 15 Abs. 3 GmbHG notariell zu beurkunden.⁵³⁸ Die Gewährung wirtschaftlicher Teilhabe an dem Gesellschaftsanteil löst indes nicht stets und für sich genommen ein solches Formerfordernis aus.⁵³⁹ Mithin kann die wirtschaftliche Erheblichkeit allein hierfür nicht ausschlaggebend sein. Die in einem notariellen Formerfordernis ausgedrückte Informations-, Warn- und Aufklärungsfunktion spricht für eine Erheblichkeit und gewisse Außenwirkung einer Rechtsänderung. Insofern könnte die Anwendung des für Änderungen der *formalen Berechtigung* vorgesehenen § 15 Abs. 3 GmbHG auf den Nießbrauch als Indiz gewertet werden, dass in der Nießbrauchsbestellung eine Änderung *wirtschaftlicher Berechtigung* an dem Gesellschaftsanteil zu erkennen ist. Indes darf ein solches Indiz nicht überbewertet werden, trifft es isoliert betrachtet doch keine Aussage über eine Rechtsstellung des Nießbrauchers, an deren privatrechtlichen Offenlegung ein privatrechtliches Interesse bestehen könnte.

⁵³³ Escher/Haag, in: MHdB GesR II, § 27 Rn. 19; Pohlmann, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 17, 26; Schön, ZHR 156 (1994), 229 (252 f.).

⁵³⁴ Pohlmann, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 51; Meyer, Der Nießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen und an Aktien, S. 70.

⁵³⁵ Heinze, in: Staudinger, BGB, § 1068 Rn. 20; Pohlmann, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 17.

⁵³⁶ Anderenfalls müsste man den Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen auch von den §§ 1030 ff. BGB umfassen und der Anwendungsbereich der §§ 1068 ff. BGB wäre nicht gegeben.

⁵³⁷ Hauck, Nießbrauch an Rechten, S. 201 ff.; Pohlmann, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 12 ff.

⁵³⁸ Eine entsprechende Anwendung des § 15 Abs. 4 GmbHG auf eine Vereinbarung über die Bestellung eines Nießbrauchs soll demgegenüber nicht in Betracht kommen, Weller/Reichert, in: MüKo, GmbHG, § 15 Rn. 328; Servatius, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 15 Rn. 69.

⁵³⁹ Siehe hierzu noch die Ausführungen bei II. 3. (zur Treuhand) sowie bei III. 3. (zur Unterbeteiligung).

4. Terminologie

a) Die gängige Unterscheidung zwischen Ertragsnießbrauch und Vollnießbrauch

Ob in der Rechtsstellung des Nießbrauchers eine über eine Teilhabe an dem Gesellschaftsanteil hinausgehende *Berechtigung* zu erkennen ist, über das das Privatregisterrecht informieren könnte, könnte entscheidend davon abhängen, welche konkreten Rechtspositionen dem Nießbraucher im Verhältnis zum Gesellschafter sowie gegenüber der Gesellschaft zustehen.

Hinsichtlich der Reichweite der dem Nießbraucher zustehenden Befugnisse, wird allgemein zwischen Vollnießbrauch und Ertragsnießbrauch unterschieden.⁵⁴⁰ Während sich bei letzterem die Rechtsstellung des Nießbrauchers darin erschöpft, die in dem belasteten Geschäftsanteil entstehenden Gewinnansprüche zu beziehen, wird ein Nießbrauchsverhältnis als Vollnießbrauch bezeichnet, wenn dem Nießbraucher neben den Vermögensrechten insbesondere zusätzlich umfangreiche „Verwaltungsbefugnisse“ im Hinblick auf den Geschäftsanteil zugeordnet sind. Dies betrifft in erster Linie das gesellschaftsrechtliche Stimmrecht. Aber auch das damit eng verknüpfte Recht zur Anfechtung von Beschlüssen, das Teilnahmerecht an Gesellschafterversammlungen sowie Informations- und Kontrollrechte gehören zu den Verwaltungsbefugnissen. Bei Personengesellschaften können mit einem Vollnießbrauch an einem Geschäftsanteil auch Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse des Nießbrauchers verbunden sein.⁵⁴¹

b) Unterscheidung zwischen dem „einfachen“ und dem „qualifizierten“ Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen

Im Interesse einer besseren Vergleichbarkeit mit den anderen Formen mittelbarer wirtschaftlicher Teilhabe an fremden Unternehmen und unter dem Aspekt, die in diesen Erscheinungsformen enthaltenen Anforderungen, Befugnisse und Wirkungen zu abstrahieren, wird eine einheitlichen Kategorisierungen unterliegende Terminologie erforderlich. Deshalb wird auch von einer „einfachen“ oder einer „qualifizierten“ Ausgestaltung des Nießbrauchs an Gesellschaftsanteilen gesprochen. Dem „einfachen“ Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen liegt dabei die vom Gesetzgeber vorgesehene Ausgestaltung zugrunde. Er entspricht grundsätzlich dem bereits beschriebenen Ertragsnießbrauch. Demgegenüber wird der Vollnießbrauch, bei dem vertraglich von der gesetzlich vorgesehenen Ausgestaltung der zwischen den Beteiligten bestehenden Rechtsverhältnisses zugunsten einer Stärkung der Rechtsposition des Nießbrauchers abgewichen wird, im weiteren Verlauf dieser Arbeit auch als „qualifizierter“ Nießbrauch bezeichnet.⁵⁴²

⁵⁴⁰ Pohlmann, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 95 f.

⁵⁴¹ Näher zu den Gestaltungsmöglichkeiten des Nießbrauchs, siehe bei 6.

⁵⁴² Zu den konkreten Folgen einer „qualifizierten“ Ausgestaltung, siehe noch bei 6.

5. Der „einfache“ Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen nach dem gesetzlichen Grundkonzept

- a) Die Maßgeblichkeit des Nutzungsbegriffs gemäß § 1068 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1030 Abs. 1 BGB i.V.m. § 99 Abs. 2 und 3 BGB, § 100 BGB

Ist ein Nießbrauch an einem Recht bestellt, zieht der Nießbraucher gemäß § 1068 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1030 Abs. 1 BGB i.V.m. § 99 Abs. 2 und 3 BGB, § 100 BGB die Nutzungen dieses Rechts, wohingegen die Substanz des Rechts beim Inhaber verbleibt. Die gesetzliche Rechtsstellung des Nießbrauchers an einem Gesellschaftsanteil beurteilt sich folglich danach, worin die Nutzungen des Gesellschaftsanteils zu sehen sind.

- b) Die Vermögensrechte des Nießbrauchers bei einem „einfachen“ Nießbrauch an Geschäftsanteilen

Die fehlende gesetzliche Normierung des „Mitgliedschaftsrechts“ erschwert dabei eine rechtssichere Abgrenzung von Nutzungen und Substanz. Nach h.M. wird der Nießbraucher bei Fehlen anderweitiger vertraglicher Absprachen ausschließlich⁵⁴³ an den auf die Mitgliedschaft entfallenden Gewinnen der Gesellschaft beteiligt, die als unmittelbare Rechtsfrüchte gemäß § 99 Abs. 2 BGB in jedem Fall Nutzungen des belasteten Geschäftsanteils darstellen.⁵⁴⁴

Was dabei Bestandteil des Gewinnanspruchs des Nießbrauchers ist, ist umstritten. In welchem Umfang eine wirtschaftliche Teilhabe besteht und welche Rechtspositionen sie im Innenverhältnis von Gesellschafter und Nießbraucher einschließt, ist für die Frage nach einer über die bloße Teilhabe hinausgehenden wirtschaftlichen *Berechtigung* des Nießbrauchers, die einer privatregisterrechtlichen Offenlegung bedürfte, aber auch irrelevant.⁵⁴⁵

Eine Ausnahme gilt für die Frage, ob der Gewinnanspruch auf entnahmefähige Gewinne begrenzt ist oder auch sogenannte „stehengelassene“ Gewinnansprüche einschließt.

Angesichts der fehlenden gesetzlichen Konturierung des Nutzungsbegriffs wäre denkbar, dem Nießbraucher auch „stehengelassene Gewinnansprüche“ zuzusprechen. Diese Auffassung wird

⁵⁴³ Auszuklammern sind mögliche Gebrauchsvorteile im Sinne von § 100 BGB, die mit der Mitgliedschaft verbunden sein können. Diese können etwa in Gestalt eines Rechts zur Benutzung von Einrichtungen der Gesellschaft vorliegen, vgl. *Pohlmann*, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 51. Da es sich bei Verwaltungsbefugnissen wie dem Stimmrecht jedenfalls nicht um Gebrauchsvorteile handelt, *Pohlmann*, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 74, *Wedemann*, ZGR 2016, 798 (823 f.), sind sie für die Auslegung des Nutzungsbegriffs jedoch weitestgehend irrelevant und können bei der Beurteilung der Rechtsstellung des Nießbrauchers an Gesellschaftsanteilen außer Betracht bleiben.

⁵⁴⁴ *Escher/Haag*, in: MHdB GesR II, § 27 Rn. 47; *Pohlmann*, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 52 f.

⁵⁴⁵ Dies betrifft etwa die Zuweisung von außerordentlichen Erträgen, die sich aus der Auflösung stiller Reserven durch Veräußerung von Anlagevermögen ergeben, der Auszahlung von Rücklagen, Bezugsrechten oder der Teilhabe am Liquidationserlös. Vgl. hierzu BFH, Urteil vom 1. März 1994 – VIII R 35/92 –, NJW 1995, 1918 (1919); *Kepper*, NZG 2019, 211 (212); *Frank*, MittBayNot 2010, 96 (100); *Pohlmann*, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 60 ff.; *Schmidt*, in: MüKo, HGB, Vor § 230 Rn. 26 (für GmbH-Anteile).

damit begründet, dass nur die geleisteten Kapitalanlagen die Substanz des Geschäftsanteils betreffen und eine gesellschaftsrechtliche Ausschüttungsmöglichkeit keine Auskunft darüber gebe, wer im Verhältnis von Gesellschafter und Nießbraucher als Berechtigter des betreffenden Gewinnanspruchs angesehen werden müsse.⁵⁴⁶ Eine derart großzügige Auslegung des Nutzungsbegriffs würde jedoch zu Anschlussfragen führen. So müsste über gesellschaftsrechtliche Befugnisse nachgedacht werden, die es dem Nießbraucher ermöglichen würden, Entstehen und Inhalt des Anspruchs zu beeinflussen. Auch könnte es geboten sein, den Nießbraucher angesichts der damit einhergehenden Rechtsposition auch gegenüber der Gesellschaft zu Vermögensausstattung oder Kapitalerhaltung zu verpflichten oder Haftungsansprüche gegen den Nießbraucher auszulösen. Für all das sieht das Gesetz jedoch keine normative Grundlage vor, die eine rechtssichere Beurteilung derartiger Fragen ermöglichen könnte. Aus diesem Grund ist eine enge und damit zumindest halbwegs rechtssichere Auslegung des Nutzungsbegriffs angezeigt.⁵⁴⁷

c) Keine Verwaltungsbefugnisse des Nießbrauchers bei Fehlen anderweitiger vertraglicher Regelungen

Aus entsprechenden Erwägungen stehen richtigerweise beim „einfachen“ Nießbrauch die mit dem Geschäftsanteil verbundenen nichtvermögensbezogenen Verwaltungsbefugnisse⁵⁴⁸ allein dem Gesellschafter zu. Zwar wird auch vertreten, dass sämtliche Verwaltungsbefugnisse dem Nießbraucher bereits gesetzlich zustehen.⁵⁴⁹ Andere fordern eine Aufteilung der Verwaltungsbefugnisse, wobei entscheidend sein soll, ob sich das entsprechende Recht auf die Nutzbarkeit oder die Substanz des Geschäftsanteils bezieht.⁵⁵⁰ Wieder andere treten für eine generell gemeinschaftliche Ausübung dieser Rechte ein.⁵⁵¹

Jedenfalls der Auffassung, wonach alle in dem Geschäftsanteil angelegten Verwaltungsbefugnisse allein dem Nießbraucher zustehen, hat der BGH⁵⁵² eine Absage erteilt, indem er klar gestellt hat, dass dem gesetzlichen Grundkonzept zufolge, Stimmrechte in Belangen, die den Geschäftsanteil in seinen Grundlagen betreffen, im Verhältnis zum Nießbraucher bei dem

⁵⁴⁶ So argumentiert *Schön*, ZHR 156 (1994), 229 (241).

⁵⁴⁷ BGH, Urteil vom 20. April 1972 – II ZR 143/69 –, NJW 1972, 1755 (1756 f.); BFH, Urteil vom 1. März 1994 – VIII R 35/92 –, NJW 1995, 1918 (1919); *Frank*, MittBayNot 2010, 96 (100); *Schmidt*, in: MüKo, HGB, Vor § 230 Rn. 26 (für GmbH-Anteile).

⁵⁴⁸ Zu dem Begriff der Verwaltungsbefugnisse, vgl. 4. a).

⁵⁴⁹ *Berger*, in: Jauernig, BGB, § 1068 Rn. 4; *Wedemann*, NZG 2013, 1281 (1284 ff.).

⁵⁵⁰ BFH, Urteil vom 1. März 1994 – VIII R 35/92 –, NJW 1995, 1918 (1919); OLG Stuttgart, Beschluss vom 28. Januar 2013 – 8 W 25/13 –, DNotZ 2013, 793 (795); *Roth*, in: Hopt, HGB, § 105 Rn. 102; *Kindler*, in: Koller/Kindler/Drüen, HGB, § 105 Rn. 23.

⁵⁵¹ So insbesondere *Schön*, ZHR 156 (1994), 229 (261 f.).

⁵⁵² BGH, Urteil vom 9. November 1998 – II ZR 213/97 –, DNotZ 1999, 607 (608): „Jedenfalls die Kompetenz des Gesellschafters, bei Beschlüssen, welche die Grundlagen der Gesellschaft betreffen, selber abzustimmen, wird ihm durch die Einräumung eines Nießbrauchs an seinem Anteil grundsätzlich nicht genommen“.

Gesellschafter liegen. Ob für andere Verwaltungsbefugnisse nach dem gesetzlichen Grundkonzept eine Wahrnehmungsbefugnis des Nießbrauchers, möglicherweise neben dem Gesellschafter, besteht, konnte in dem vom BGH zu entscheidenden Fall aber offenbleiben.⁵⁵³

Eine Aufteilung der Verwaltungsbefugnisse unter Berücksichtigung des jeweils betroffenen Bezugsgegenstands der Verwaltungsbefugnis (Substanz oder Nutzung), erscheint zunächst interessengerecht. Es ist grundsätzlich billig, demjenigen, der im Hinblick auf die betroffene Rechtsposition Berechtigter ist, auch die Mittel zur Verwaltung dieser Rechtsposition zuzugestehen. Der BGH würdigt in dem zitierten Urteil die Unterscheidung zwischen Angelegenheiten, die die Substanz der Gesellschaft betreffen und Angelegenheiten der laufenden Verwaltung, indem er bei einer Betroffenheit der wirtschaftlichen Substanz von einem Grundlagengeschäft der Gesellschaft spricht, dessen Verwaltung grundsätzlich dem Gesellschafter obliegen soll.⁵⁵⁴ Folgt man der Auffassung, wonach bereits dem Gesetz nach auch über den entnahmefähigen Gewinn hinaus Vermögensansprüche des Nießbrauchers gegen die Gesellschaft bestehen, wäre die Zuordnung entsprechender Informations- und Stimmrechte in Angelegenheiten, in denen das Entstehen und der Umfang solcher Rechte betroffen sind⁵⁵⁵, sachgerecht.

Allerdings ist eine rechtssichere Aufteilung der einzelnen Verwaltungsbefugnisse ohne die legislative Schaffung von Abgrenzungskriterien kaum denkbar.⁵⁵⁶ Insofern kann auf die entsprechend enge Auslegung des Nutzungsverständnisses für Vermögensansprüche verwiesen werden.⁵⁵⁷ Eine Grenzziehung zwischen gewöhnlichen Angelegenheiten und Grundlagenangelegenheiten⁵⁵⁸ ist ebenso rechtsunsicher, sofern keine verlässlichen Anforderungen für die Eigenschaft einer Grundlagenangelegenheit existieren.⁵⁵⁹

Einer gemeinsamen kumulativen Ausübung der Verwaltungsbefugnisse durch Gesellschafter und Nießbraucher, ist, von der auch hier fehlenden gesetzlichen Grundlage und den fehlenden Rechtsfolgenregelungen bei Pflichtverletzungen abgesehen, das regelmäßig entgegenstehende

⁵⁵³ BGH, Urteil vom 9. November 1998 – II ZR 213/97 –, DNotZ 1999, 607 (608): „Inwieweit dem Nießbraucher auch Verwaltungsrechte zustehen [...] bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung.“

⁵⁵⁴ BGH, Urteil vom 9. November 1998 – II ZR 213/97 –, DNotZ 1999, 607 (608).

⁵⁵⁵ So: Schön, ZHR 156 (1994), 229 (261 f.).

⁵⁵⁶ Zumal von Vertretern dieser Aufspaltungslösung unterschiedliche Aufteilungen vertreten werden, je nachdem welche Rechtsform die Gesellschaft hat, an deren Geschäftsanteil ein Nießbrauch bestellt wird, vgl. Wedemann, NZG 2013, 1281 (1283) m.w.N. der jeweils vertretenen Positionen.

⁵⁵⁷ Siehe bei b).

⁵⁵⁸ So nach der Vorstellung von Wedemann, NZG 2013, 1281 (1282 ff.).

⁵⁵⁹ Zu der insofern berechtigten Kritik an den Ausführungen vom BGH, Urteil vom 9. 11. 1998 – II ZR 213/97 –, DNotZ 1999, 607 (608) zu den Eigenschaften eines Grundlagengeschäfts, die nicht in der Lage ist, eine verlässliche Abgrenzung zu ermöglichen, vgl. 6. b) aa).

Interesse der Parteien an einer solchen Regelung entgegenzuhalten. Eine ausschließlich kumulative Wahrnehmung der Verwaltungsbefugnisse ist inpraktikabel und aufwendig.⁵⁶⁰ Insofern wäre es verfehlt, bei Fehlen einer vertraglichen Absprache über die Verwaltungsbefugnisse des Nießbrauchers von einer gemeinschaftlichen Wahrnehmung derselben durch ihn und den Gesellschafter als gesetzlichen Regelfall auszugehen.

Ohne gesetzliche Bestimmungen, wonach eine Zuweisung einzelner Verwaltungsbefugnisse verlässlich vorgenommen werden könnte, ist de lege lata von einer engen Auslegung des Nutzungsbegriffs auszugehen.⁵⁶¹ Bei einem „einfachen“ Nießbrauch stehen die Verwaltungsbefugnisse damit allein dem Gesellschafter als Rechtsinhaber zu.

d) Die an eine Gesellschafterstellung geknüpfte Geschäftsführungsbefugnis und die organschaftliche Vertretungsmacht als besondere Verwaltungsbefugnisse

Eine wirtschaftliche Berechtigung könnte sich auch darin ausdrücken, dass dem Nießbraucher die an eine Gesellschafterstellung geknüpfte Geschäftsführungsbefugnis oder eine hiermit verbundene organschaftliche Vertretungsmacht zusteht. Ob diese als besondere Verwaltungsbefugnisse zu bezeichnen sind oder das allgemeine Gesellschaftsrecht angesichts der (zumindest in Kapitalgesellschaften) von der Gesellschafterstellung losgelösten Betrachtung solcher Befugnisse nach einer eigenen Terminologie verlangt (etwa „Organwalterei“) ist dabei nur von terminologischer Bedeutung. Indes gelten für die Zuordnung dieser Befugnisse im Verhältnis von Nießbraucher und Gesellschafter dieselben Grundsätze wie für die sonstigen zuvor beschriebenen Verwaltungsbefugnisse: Fehlt eine anderslautende vertragliche Regelung, stehen Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht, die mit einer Gesellschafterstellung einhergehen, allein dem Gesellschafter zu.⁵⁶²

e) Die Bedeutung des § 1071 BGB

Eine über die wirtschaftliche Teilhabe hinausgehende Rechtsstellung des Nießbrauchers eines „einfachen“ Nießbrauchs könnte in § 1071 BGB erkannt werden, wonach Verfügungen des

⁵⁶⁰ Schmidt, Bespr. BGH, Urteil vom 9. November 1998 – II ZR 213/97 –, ZGR 1999, 601 (608 f.); Pohlmann, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 79; Lindemeier, Anm. zu LG Köln, Beschlüsse vom 12. Mai 2000 und 28. Juli 2000 – 89 T 10/00, 89 T 20/00 – DNotZ 1999, 876 (892 f.).

⁵⁶¹ So allgemein für Gesellschaftsanteile: Schmidt, Bespr. BGH, Urteil vom 9. November 1998 – II ZR 213/97 –, ZGR 1999, 601 (607 ff.); Pohlmann, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 71 ff.; Teichmann, ZGR 1972, 1 (10 ff.); ders., ZGR 1973, 24 (31); für die GmbH: OLG Koblenz, Urteil vom 16. Januar 1992 – 6 U 963/91 –, MittRhNotK 1992, 276 (277); für die KG: Lindemeier, Anm. zu LG Köln, Beschlüsse vom 12. Mai 2000 und 28. Juli 2000 – 89 T 10/00, 89 T 20/00 – DNotZ 1999, 876 (894 ff.).

⁵⁶² Kruse, RNotZ 2002, 69 (77); Lindemeier, Anm. zu LG Köln, Beschlüsse vom 12. Mai 2000 und 28. Juli 2000 – 89 T 10/00, 89 T 20/00 – DNotZ 1999, 876 (907 ff.); Pohlmann, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 84; Frank, MittBayNot 2010, 96 (100) (nur zu Geschäftsführungsbefugnis).

Rechtsinhabers, die den Bestand des belasteten Rechts berühren oder dieses zulasten des Nießbrauchers ändern, der Zustimmung des Nießbrauchers bedürfen. Umfasst von dem Zustimmungserfordernis sind nach h.M. die ordentliche Kündigung der Mitgliedschaft⁵⁶³, ertragsmindernde Änderungen des Gesellschaftsvertrages⁵⁶⁴, die Zustimmung zur freiwilligen Einziehung des GmbH-Anteils⁵⁶⁵ oder der Aktie⁵⁶⁶ wie auch die Fassung eines Auflösungsbeschlusses⁵⁶⁷. Nicht betroffen sind hingegen Übertragungen der Gesellschaftsanteile oder Beschlüsse, die zu einer Umwandlung der Gesellschaft führen, da die Rechtsstellung des Nießbrauchers in diesen Fällen grundsätzlich⁵⁶⁸ unbeeinträchtigt bleibt. Gleiches gilt für die Verfügung über einzelne zum Gesellschaftsvermögen gehörende Gegenstände.⁵⁶⁹ Von dem Zustimmungserfordernis ausgenommen, obwohl die Rechtsposition des Nießbrauchers beeinträchtigend, sind lediglich unabdingbare Rechte des Gesellschafters wie das Recht auf außerordentliche Kündigung⁵⁷⁰ oder die Preisgabe von Geschäftsanteilen durch den GmbH-Gesellschafter nach § 27 GmbHG⁵⁷¹. Hier ist die Verwaltungsbeschränkung nach § 1071 BGB teleologisch zu reduzieren, um die Grundzüge der Privatautonomie des Rechtsinhabers zu wahren. Zum Schutz überwiegender Gesellschaftsinteressen entfällt die Zustimmungspflicht zudem, wenn der Gesellschafter aufgrund seiner Treuepflicht zu einem bestimmten Abstimmungsverhalten verpflichtet ist.⁵⁷² Eine Pflicht des Nießbrauchers zur Erteilung der Zustimmung zu der gebundenen Entscheidung des Gesellschafters wäre zum einen unnötig umständlich und würde zum anderen eine Treuepflicht des Nießbrauchers konstruieren, die seine Rechtsstellung richtigerweise nach dem gesetzlichen Grundkonzept nicht mit sich bringt.⁵⁷³

Im Ergebnis drückt § 1071 BGB keine über das Innenverhältnis beachtliche Rechtsstellung des Nießbrauchers aus. Denn, wenngleich der Gesetzgeber eine absolute Unwirksamkeit entsprechender Verfügungen und damit eine Beachtlichkeit im Verbandsverhältnis vor Augen hatte,

⁵⁶³ *Heinze*, in: Staudinger, BGB, Anh. §§ 1068 f. Rn. 76; *Pohlmann*, in: MüKo, BGB, § 1071 Rn. 4.

⁵⁶⁴ *Herrler*, in: Grüneberg, § 1071, Rn. 3; *Heinze*, in: Staudinger, BGB, Anh. §§ 1068 f. Rn. 76; *Pohlmann*, in: MüKo, BGB, § 1071 Rn. 4.

⁵⁶⁵ *Heinze*, in: Staudinger, BGB, Anh. §§ 1068 f. Rn. 101; *Pohlmann*, in: MüKo, BGB, § 1071 Rn. 4.

⁵⁶⁶ *Pohlmann*, in: MüKo, BGB, § 1071 Rn. 4; *Meyer*, Der Nießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen und an Aktien, S. 125 f.

⁵⁶⁷ *Pohlmann*, in: MüKo, BGB, § 1071 Rn. 4; *Schön*, ZHR 156 (1994), 229 (269).

⁵⁶⁸ Ausnahmsweise kann sich die Rechtsposition des Nießbrauchers bei Umwandlungsmaßnahmen ändern, die zu einer Änderung der Rechtsform der Gesellschaft führt, an der der Gesellschaftsanteil besteht. Dies gilt nur für den Fall, dass ein Vollnießbrauch vorgesehen ist und die Verwaltungsbefugnisse des Nießbrauchers den Statuten der Gesellschaft in der neuen Rechtsform zuwiderlaufen würden, vgl. *Pohlmann*, in: MüKo, BGB, § 1071 Rn. 4 m.w.N. Vgl. hierzu noch die Ausführungen in Fußnote 1170.

⁵⁶⁹ So auch *Wenz*, MittRhNotK 1996, 377 (386).

⁵⁷⁰ *Pohlmann*, in: MüKo, BGB, § 1071 Rn. 7; *Schön*, ZHR 156 (1994), 229 (268); *Heinze*, in: Staudinger, BGB, Anh. §§ 1068 f. Rn. 101.

⁵⁷¹ *Meyer*, Der Nießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen und an Aktien, S. 132; *Pohlmann*, in: MüKo, BGB, § 1071 Rn. 7.

⁵⁷² *Meyer*, Der Nießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen und an Aktien, S. 286 ff.; *Pohlmann*, in: MüKo, BGB, § 1071 Rn. 11; a.A. *Kruse*, RNotZ 2002, 69 (82), wonach in diesen Fällen ausnahmsweise auch eine Treuepflicht des Nießbrauchers bestehen soll.

⁵⁷³ Dazu, siehe die Ausführungen bei g).

um den Nießbraucher vor Beeinträchtigungen seiner Rechtsposition zu schützen⁵⁷⁴, geht die h.M. von einer lediglich zu Schadensersatzansprüchen führenden Pflichtverletzung des Rechtsinhabers im Innenverhältnis zum Nießbraucher als Rechtsfolge von Verstößen gegen das Zustimmungserfordernis aus.⁵⁷⁵

Der Umgang der h.M. mit § 1071 BGB bestätigt im Umkehrschluss die Richtigkeit der Auffassung, wonach dem Gesetz zufolge die aus dem Gesellschaftsanteil abgeleiteten Verwaltungsbefugnisse ausschließlich dem Rechtsinhaber des Gesellschaftsanteils zustehen sollen: Denn eine ausschließliche Wahrnehmung einer Verwaltungsposition durch den Nießbraucher wäre aus Sicht des Gesellschafters die denkbar stärkste Form der Einschränkung seiner mit dem Gesellschaftsanteil verbundenen Verwaltungsmacht.

f) Informationsrecht des Nießbrauchers bei einem reinen Ertragsnießbrauch nach dem gesetzlichen Grundkonzept

Dem Nießbraucher steht ein unmittelbar gegen die Gesellschaft gerichtetes Informationsrecht zu, das sich auf die Erteilung von Auskünften bezieht, die Inhalt und Umfang seines Auszahlungsanspruchs gegenüber der Gesellschaft betreffen.⁵⁷⁶ Der Informationsanspruch knüpft indes nicht an seine über den Nießbrauch entstandene Rechtsstellung als Beteiligter der Gesellschaft an, sondern entspricht dem allgemeinen Informationsanspruch aus § 242 BGB, den Anspruchsinhaber eines vermögenswerten Anspruchs gegen ihren Anspruchsgegner haben. Einzig bei der AG wird der gesetzliche Informationsanspruch des Nießbrauchers aufgrund praktischer Hindernisse verneint, womit der Wertung des § 67 AktG entsprochen wird, ausschließlich den im Aktienregister eingetragenen formalen Rechtsinhaber zur Rechtswahrnehmung gegenüber der AG zu befähigen.⁵⁷⁷

g) Die Pflichten des Nießbrauchers eines „einfachen“ Nießbrauchs

Folgt man der hier vertretenen Auffassung, dass nach dem gesetzlichen Grundkonzept der Nießbrauch an Geschäftsanteilen lediglich „einfach“ in Gestalt eines reinen Ertragsnießbrauchs besteht, gibt es auch keine Veranlassung, dem Nießbraucher gesellschaftsrechtliche Pflichten

⁵⁷⁴ *Mugdan*, Materialien BGB III, S. 302, 766.

⁵⁷⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. September 1998 – 3 Wx 209–98 –, NJW-RR 1999, 619 (620) (für die GbR); OLG Hamm, Beschluss vom 13. November 1970 – 15 W 280/70 –, OLGZ 1971, 226 (229); *Pohlmann*, in: MüKo, BGB, § 1071 Rn. 13; *Herrler*, in: Grüneberg, § 1071 Rn. 1; *Frank*, MittBayNot 2010, 96 (100), wonach allerdings bei Kenntnis der Gesellschaft von dem Nießbrauch auch eine Außenwirkung denkbar sei; a.A. im Sinne einer Wirksamkeitsvoraussetzung der Verfügung: *Heinze*, in: Staudinger, BGB, Anh. §§ 1068 f. Rn. 76, 101; *Schön*, ZHR 156 (1994), 229 (266 f.).

⁵⁷⁶ *Meyer*, Der Nießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen und an Aktien, S. 261 f.; *Pohlmann*, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 84.

⁵⁷⁷ *Meyer*, Der Nießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen und an Aktien, S. 262 ff.; *Pohlmann*, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 84. Zum Aktienregister, vgl. noch die Ausführungen in Kapitel 4 C. II. 10. c).

zuzuweisen. Sofern teilweise vertreten wird, dass zumindest die Kapitalerhaltungsregeln unabhängig von vorhandenen Verwaltungsbefugnissen auch auf den Nießbraucher anzuwenden seien, um die Gläubiger der Gesellschaft vor missbräuchlichem Verhalten zu schützen⁵⁷⁸, wird verkannt, dass der Nießbraucher keinen Einfluss auf die Vermögensverwaltung hat und ihn deshalb auch nicht die Pflichten zum Erhalt des Stammkapitals treffen können.⁵⁷⁹

Mit entsprechender Begründung ist auch eine gesellschaftliche Treuepflicht des Nießbrauchers abzulehnen.⁵⁸⁰ Sein Anspruch auf Ausschüttung des entnahmefähigen Gewinns entsteht nur dann, wenn die Gesellschafter die Entstehung in Berücksichtigung der gesellschaftlichen Interessen beschließen.⁵⁸¹ Dessen Ausübung, sowie ein hiermit verbundenes Informationsrecht zusätzlich im Lichte einer einzuhaltenden Treuepflicht zu beurteilen, wäre unangemessen. Entsprechend begründen auch die Mitwirkungsbefugnisse im Rahmen des § 1071 BGB keine Treuepflicht des Nießbrauchers, da sie ihm nur dann zustehen, wenn die gesellschaftliche Treuepflicht des Gesellschafters dessen Entscheidung in der betreffenden Angelegenheit nicht bindet.⁵⁸²

Versteht man wie hier die Nutzungen, die das Gesetz dem Nießbraucher zuweist, lediglich als den entnahmefähigen Gewinn⁵⁸³, fehlt zudem eine Grundlage dafür, den Nießbraucher auch an den Verlusten zu beteiligen. Nach dem gesellschaftsrechtlichen Grundsatz vom Gleichlauf von Kontrolle und Haftung⁵⁸⁴ gibt es ohne Kontrollbefugnisse des Nießbrauchers aus teleologischer Sicht keine Veranlassung, ihn an den Verlusten zu beteiligen. Der Nießbraucher leidet unter schlechten Geschäften der Gesellschaft dementsprechend lediglich mittelbar dadurch, dass sich seine Nutzungen in Gestalt der entnahmefähigen Gewinne schmälern.⁵⁸⁵

6. Der vertragliche Ausbau des Nießbrauchs an Gesellschaftsanteilen

a) Zulässigkeit des „qualifizierten“ Nießbrauchs in OHG, KG und GmbH

Es ist nach einhelliger Auffassung möglich, dass Besteller und Nießbraucher die gesetzliche Rechtsstellung des Nießbrauchers durch vertragliche Vereinbarung erweitern können, woraus sich eine für die Privatregisteröffentlichkeit relevante Rechtsstellung des Nießbrauchers erge-

⁵⁷⁸ Barry, RNotZ 2014, 401 (416); Wedemann, ZGR 2016, 798 (830 f.) m.w.N.

⁵⁷⁹ Pohlmann, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 85; Heinze, in: Staudinger, BGB, Anh. §§ 1068 f. Rn. 91; Ekkenga, in: MüKo, GmbHG, § 30 Rn. 168. Zu dem in dieser Hinsicht abweichenden Umgang der h.M. mit „einfachen“ Treuhandverhältnissen, siehe die Ausführungen bei II. 5. b) bb).

⁵⁸⁰ Teichmann, ZGR 1972, 1 (11); Pohlmann, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 85.

⁵⁸¹ Vgl. b).

⁵⁸² Siehe e); a.A. Kruse, RNotZ 2002, 69 (82), wonach in den Fällen des § 1071 BGB ausnahmsweise doch eine Treuepflicht des Nießbrauchers bestehen soll.

⁵⁸³ So nach der herrschenden und auch hier vertretenen Auffassung, siehe b).

⁵⁸⁴ Vgl. hierzu die Ausführungen bei 6. c).

⁵⁸⁵ Kruse, RNotZ 2002, 69 (81); Teichmann, ZGR 1972, 1 (14); Pohlmann, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 69.

ben könnte. Grundsätzlich ist sowohl die vermögensrechtliche Zuordnung der bei der Gesellschaft entstehenden Erträge einer individualvertraglichen Regelung zugänglich als auch eine Erweiterung der Verwaltungsbefugnisse des Nießbrauchers.⁵⁸⁶ Abweichendes gilt lediglich in AGs, in denen Aufteilung und Übertragung von Verwaltungsbefugnissen zugunsten des Nießbrauchers in Anbetracht von § 69 Abs. 1 AktG und dem Grundsatz der Satzungsstrenge aus § 23 Abs. 5 AktG nach h.M. unzulässig sind.⁵⁸⁷ Indes zwingen gesellschaftsrechtliche Grundsätze auch für andere Gesellschaftsformen zu einer Grenzziehung, die zu einer Einschränkung der privatautonomen Ausgestaltungsmöglichkeiten des Rechtsverhältnisses führen.

b) Grenzen der Gestaltungsfreiheit „qualifizierter“ Nießbrauchsverhältnisse

aa) Der Kernbereich der Gesellschafterstellung

Es wurde bereits darauf eingegangen, dass der BGH für den Fall, dass eine diesbezügliche vertragliche Regelung fehlt, das Stimmrecht in Angelegenheiten, in denen die „Grundlagen“ der Gesellschaft und des Gesellschaftsanteils betroffen sind, dem Gesellschafter zuweist.⁵⁸⁸ Die Möglichkeit einer abweichenden vertraglichen Aufteilung der Verwaltungsbefugnisse zwischen Nießbraucher und Gesellschafter hat der BGH gleichzeitig aber ausdrücklich offengelassen⁵⁸⁹, was als Indiz für die Übertragbarkeit von Verwaltungsbefugnissen auf den Nießbraucher gewertet werden kann.

In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass der BGH ein weites Verständnis von „Grundlagengeschäften“ vertritt, das alle Geschäfte einschließt, die unmittelbar oder mittelbar die wirtschaftliche Substanz des Geschäftsanteils betreffen. „Grundlagengeschäfte“ entsprechen insofern nicht dem Verständnis vom sogenannten Kernbereich der Mitgliedschaft, der jedenfalls traditionell für die Grenzen der Übertragbarkeit von Gesellschafterbefugnissen zwischen einzelnen Gesellschaftern nach der Kernbereichslehre⁵⁹⁰ herangezogen wird. Zu dem Kernbereich der Mitgliedschaft sind diejenigen Befugnisse zu zählen, die in der Lage sind, Wesen und Umfang der Gesellschafterstellung zu beeinflussen oder die zur Geltendmachung gesellschaftsbezogener Schutzrechte erforderlich sind. Insofern legt der BGH *Grundlagen der Mitgliedschaft*, deren Verwaltung grundsätzlich von der Mitgliedschaft abgespalten werden kann, weiter aus als die mit dem Kernbereich verbundenen Mitgliedschaftsbefugnisse.⁵⁹¹

⁵⁸⁶ Mittlerweile weitgehend allg. Auff., vgl. nur *Wedemann*, NZG 2013, 1281 (1287); *Schmidt*, in: MüKo, HGB, Vor § 230 Rn. 21; *Pohlmann*, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 95 ff.; *Frank*, MittBayNot 2010, 96 (99).

⁵⁸⁷ *Meyer*, Der Nießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen und an Aktien, S. 246 f.; *Pohlmann*, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 97.

⁵⁸⁸ Vgl. Fußnote 552, BGH, Urteil vom 9. November 1998 – II ZR 213/97 –, DNotZ 1999, 607 (608).

⁵⁸⁹ BGH, Urteil vom 9. November 1998 – II ZR 213/97 –, DNotZ 1999, 607 (608).

⁵⁹⁰ Grdl. hierfür: *Schmidt*, GesR, 3. Aufl., § 16 III 3 a.

⁵⁹¹ Die Kritik am BGH, der die Feststellung des Jahresabschlusses als Grundlagengeschäft qualifiziert, BGH, Urteil vom 9. November 1998 – II ZR 213/97 –, DNotZ 1999, 607 (608), basiert insofern auf einem abweichenden

Mittlerweile hat der BGH indes auch die Kernbereichslehre im Zusammenhang mit der Wirksamkeit von Mehrheitsbeschlüssen dahingehend aufgeweicht, dass ein solcher Beschluss nicht allein deshalb unwirksam ist, weil der Kernbereich der Mitgliedschaft eines Gesellschafters berührt ist. Stattdessen soll es bei Eingriffen in die individuelle Rechtsstellung des Gesellschafters, letztlich maßgeblich immer darauf ankommen, ob der Eingriff im Interesse der Gesellschaft geboten und dem betroffenen Gesellschafter unter Berücksichtigung seiner eigenen schutzwerten Belange zumutbar ist.⁵⁹² Damit ist der Kernbereich jedenfalls für die gesellschaftsinterne Beschluss- und Entscheidungsfindung nicht länger als absolut und allein dem Gesellschafter zustehender Rechtskreis zu erkennen.

Nichtsdestotrotz bieten die traditionell den Kernbereich bildenden Grenzen für die Möglichkeit, Rechtspositionen an den Nießbraucher zu übertragen, weiterhin eine sinnvolle Orientierung.⁵⁹³ Insbesondere muss verhindert werden, dass die Gesellschafterstellung des Rechtsinhabers weitgehend zu einer bloßen rechtlichen Hülle verkommt, die keine Rechtspositionen des Gesellschafters vorsieht, die er zur Verteidigung gegen eine vollständige „Aushöhlung“ einsetzen kann. Gerade die Ausgestaltung der gesellschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen des Nießbrauchs darf richtigerweise nicht dem Nießbraucher selbst überlassen werden, indem ihm die Befugnis zur Änderung des Gesellschaftsvertrags, des Unternehmenszwecks oder der Rechtsform der Gesellschaft übertragen werden. Auch Maßnahmen der Kapitalbeschaffung oder Beschlüsse, die die Auflösung der Gesellschaft betreffen, sind aufgrund ihrer *Wesentlichkeit für die Substanz* der Gesellschafterstellung weiterhin unabdingbar dem Gesellschafter zuzuweisen. Gleiches gilt für diejenigen Instrumente, die der Durchsetzung des gesellschaftsrechtlichen Minderheitenschutzes dienen, in erster Linie Informations- und Anfechtungsrechte.⁵⁹⁴

Der Nießbraucher ist durch eine derartige Beschränkung der Übertragbarkeit von Verwaltungsbefugnissen nicht unangemessen benachteiligt. Sofern die Ausübung der „Kernbereichsbefugnisse“ durch den Gesellschafter Auswirkungen auf die Rechtsposition des Nießbrauchers haben, was zumindest bei Beschlüssen über Änderungen des Gesellschaftervertrags oder über die Auflösung der Gesellschaft regelmäßig der Fall ist, ist er über § 1071 BGB geschützt, der im Falle derartiger Maßnahmen die Zustimmung des Nießbrauchers verlangt.⁵⁹⁵

Verständnis von Grundlagengeschäftes im Sinne eines an die Kernbereichslehre angelehnten Sinne, vgl. *Schmidt*, Bespr. BGH, Urteil vom 9. November 1998 – II ZR 213/97 –, ZGR 1999, 601 (606); *Hermanns*, MittRhNotK 1999, 237.

⁵⁹² BGH, Urteil vom 21. Oktober 2014 – II ZR 84/13 –, NZG 2014, 1296 (1300) m.w.N.

⁵⁹³ So auch *Hermanns*, MittRhNotK 1999, 235 ff.

⁵⁹⁴ So auch *Frank*, MittBayNot 2010, 96 (99); *Hermanns*, MittRhNotK 1999, 235 ff.

⁵⁹⁵ Wenngleich die Verweigerung der Zustimmung sich nur im Innenverhältnis auswirken soll, vgl. 5 e).

bb) Der Grundsatz der Selbstorganschaft in Personengesellschaften

Der Grundsatz der Selbstorganschaft besagt, dass es Dritten im Allgemeinen verboten ist, die Geschäftsführung einer Personengesellschaft wahrzunehmen oder eine Personengesellschaft nach außen zu vertreten.⁵⁹⁶ Zwar wird der Grundsatz der Selbstorganschaft für Publikumsge-
sellschaften dahingehend aufgeweicht, dass eine *rechtsgeschäftliche* Übertragung von Ge-
schäftsführungsbefugnissen und die Einräumung *rechtsgeschäftlicher* Vertretungsmacht an
Dritte möglich sind. Allerdings müssen derartige rechtsgeschäftlich eingeräumte Befugnisse
stets aus der bei den Gesellschaftern liegenden organschaftlichen Befugnis, insbesondere über
Erteilung und Umfang solcher Rechte zu entscheiden, abgeleitet werden können.⁵⁹⁷ Die voll-
ständige Übertragung sämtlicher Geschäftsführungsbefugnisse auf Dritte oder die ausschließ-
liche Vertretung der Gesellschaft durch Dritte nach außen bleibt deshalb zum Schutze der Ge-
sellschafter vor der eigenen Entmündigung unmöglich.⁵⁹⁸ Der Grund hierfür liegt in der per-
sönlichen unbeschränkten Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesell-
schaft gemäß §§ 721 BGB, 128 HGB. Da die Gesellschafter grundsätzlich persönlich für die
Geschicke der Gesellschaft verantwortlich sind, muss die Führung dieser Geschicke auch in
den Händen der Gesellschafter liegen.⁵⁹⁹

Die h.M. hält eine Übertragung von organschaftlichen Vertretungs- und Geschäftsführungsbe-
fugnissen auf den Nießbraucher dennoch, unter Verweis auf die mit dem Gesellschafter durch
den Nießbrauch gebildete dingliche Rechtsgemeinschaft⁶⁰⁰, für unbedenklich.⁶⁰¹

Dass der Nießbraucher hierdurch mehr als ein unbeteiligter Dritter im Verhältnis zu der Gesell-
schaft ist, ändert allerdings nichts daran, dass eine Übergabe der Geschicke der Gesellschaft in
die Hände des Nießbrauchers ebenfalls dazu führen würde, dass das Haftungsrisiko der Gesell-
schafter von den Entscheidungen einer Person abhängig wäre, die grundsätzlich nicht an der
persönlichen Haftung teilnimmt. Denn zum einen geht die Einräumung von Vertretungsmacht
oder Geschäftsführungsbefugnissen der Gesellschaft nicht zwangsläufig mit einer Einräumung
von „normalen“ Verwaltungsbefugnissen einher, an die eine Außenhaftung des Nießbrauchers
geknüpft sein könnte.⁶⁰² Zum anderen würde selbst die Einbindung des Nießbrauchers in die
Außenhaftung dazu führen, dass die Gesellschafter auf die Zahlungsfähigkeit des Nießbrau-

⁵⁹⁶ Born, in: Ebenroth/Boujong, HGB, § 124 Rn. 15; Schäfer, in: MüKo, BGB, § 715 Rn. 12 f.

⁵⁹⁷ BGH, Urteil vom 22. Januar 1962 – II ZR 11/61 –, NJW 1962, 738 (738 f.); BGH, Urteil vom 15. Februar 2005 – XI ZR 396/03 –, WM 2005, 1698 (1700); BGH, Urteil vom 18. Juli 2006 – XI ZR 143/05 –, NJW 2006, 2980 (2981).

⁵⁹⁸ Born, in: Ebenroth/Boujong, HGB, § 124 Rn. 15; Schörning, ZEV 2002, 343 (346).

⁵⁹⁹ Born, in: Ebenroth/Boujong, HGB, § 124 Rn. 15; Enzinger, in: MüKo, HGB, § 109 Rn. 19.

⁶⁰⁰ Siehe 2.

⁶⁰¹ Frank, MittBayNot 2010, 96 (100); Pohlmann, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 98.

⁶⁰² Zur Haftung des Nießbrauchers bei „qualifizierter“ Ausgestaltung des Nießbrauchs, siehe sogleich bei c).

chers angewiesen wären, um sich für ein allein von diesem verantwortetes Fehlverhalten schadlos zu halten.⁶⁰³ Insofern muss es nach hier vertretener Auffassung unzulässig sein, die organschaftliche Vertretungsmacht und / oder die Geschäftsführungsbefugnisse vollständig auf den Nießbraucher zu übertragen.

c) Die mit der „qualifizierten“ Ausgestaltung des Nießbrauchs einhergehende Erweiterung der Pflichten des Nießbrauchers

Mit der vertraglichen Einräumung von Verwaltungsbefugnissen des Nießbrauchers ergibt sich im Umkehrschluss auch ein gesellschaftsrechtliches Bedürfnis, Pflichten des Nießbrauchers zu begründen. Der Umfang der Verwaltungsbefugnisse im konkreten Fall entscheidet dabei richtigerweise auch über den Umfang der Pflichten, die den Nießbraucher in Ansehung des Gesellschaftsanteils im Verbands- und im Außenverhältnis treffen.⁶⁰⁴ Immer dort, wo Kontroll- oder Mitwirkungsbefugnisse bestehen, ist es auch erforderlich, den Nießbraucher das durch diesen begründete und gesteuerte Risiko zuzuweisen, das anderenfalls beim Gesellschafter läge. Erkennt man demnach in der „qualifizierten“ Ausgestaltung deshalb eine wirtschaftliche *Berechtigung* des Nießbrauchers, weil er über das Innenverhältnis hinausgehende Rechte im Verbandsverhältnis wahrnehmen kann, die sich nicht allein in einer wirtschaftlichen Teilhabe aus dem Gesellschaftsanteil erschöpfen, bringt diese Berechtigung auch gesellschaftsrechtliche Pflichten des Nießbrauchers mit sich.

So greifen die in Kapitalgesellschaften geltenden Kapitalerhaltungsregeln zulasten des Nießbrauchers, sofern er über die Verwendung des Gesellschaftsvermögens und der Gewinne mitentscheidet und durch diese Einflussnahme auf das Vermögen auch für dessen Erhaltung verantwortlich ist.⁶⁰⁵

Spiegelbildlich zu den Kapitalerhaltungspflichten in Kapitalgesellschaften, geht in Personengesellschaften mit der Begründung von Kontrollrechten des Nießbrauchers richtigerweise die persönliche Haftung des Nießbrauchers für Gesellschaftsverbindlichkeiten nach (§ 161 Abs. 2

⁶⁰³ Ähnlich *Kruse*, RNotZ 2002, 69 (77 ff.), die den Kernbereich der Geschäftsführungsbefugnis unantastbar dem Gesellschafter zuweist und ebenfalls von der fehlenden Übertragbarkeit der organschaftlichen Vertretungsmacht ausgeht. Eine akzessorische Mithaftung gegenüber dem haftenden Gesellschafter ist richtigerweise hierfür nicht maßgeblich.

⁶⁰⁴ *Pohlmann*, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 69; *Kruse*, RNotZ 2002, 69 (81).

⁶⁰⁵ *Ekkenga*, in: MüKo, GmbHG, § 30 Rn. 168; *Pohlmann*, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 85.

HGB i.V.m.) § 126 HGB (i.V.m. §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 HGB) einher oder es besteht zumindest eine gesellschaftsrechtliche Ausgleichspflicht des Nießbrauchers gegenüber dem haftenden Gesellschafter.⁶⁰⁶

Zudem unterliegt der Nießbraucher eines Vollnießbrauchs an Gesellschaftsanteilen mit derselben Begründung auch einer Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft.⁶⁰⁷

II. Das treuhänderische Halten von Gesellschaftsanteilen

1. Zulässigkeit

Nach allgemeiner Auffassung besteht unabhängig von der Gesellschaftsform die Möglichkeit, eine Gesellschafterstellung durch einen Dritten als Treuhänder ausüben zu lassen.⁶⁰⁸ Diesem obliegt dann aus der Treuhandabrede die Verpflichtung, die wirtschaftlichen Erträge der Gesellschafterstellung an einen Treugeber auszuzahlen. Das, auch infolge des MoPeG grundsätzlich aufrechterhaltene, gesellschaftsrechtliche Abspaltungsverbot aus § 711a S. 1 BGB steht dem nicht entgegen, da keine Gesellschafterrechte aus der Mitgliedschaft *abgespalten* werden. Einzig der Treuhänder trägt alle mit der Gesellschafterstellung verbundenen Rechte und Pflichten gegenüber der Gesellschaft und dem Rechtsverkehr.⁶⁰⁹

Hieraus folgt auch die grundsätzliche Zustimmungsfreiheit der Treuhand, die demnach auch „verdeckt“, der Gesellschaft unbekannt, vorliegen kann.⁶¹⁰ Etwas anderes kann nur ausnahms-

⁶⁰⁶ Flume, BGB AT I/1, S. 364 f.; Schön, ZHR 156 (1994), 229 (248); Ulmer, in: FS Fleck 1988, 383 (396); für Ausgleichspflicht: Kruse, RNotZ 2002, 69 (81); a.A. und gegen eine Haftung oder Ausgleichspflicht trotz Mitwirkungsrechten Wedemann, ZGR 2016, 798 (828 f.) unter Verweis auf die Rechtsprechung des BGH zu der Treugeberhaftung. Dem Vergleich ist im Sinne einer gebotenen Gleichbehandlung von Treugeber und Nießbrauchern bei jeweils „qualifizierter“ Ausgestaltung des Berechtigungsverhältnisses zuzustimmen. Allerdings ist der Wertung des BGH, Treugeber auch bei einer „Quasi-Gesellschafterstellung“ nicht in die Außenhaftung einzubeziehen, zu widersprechen, vgl. II. 6. b). Vgl. auch Lindemeier, Anm. zu LG Köln, Beschlüsse vom 12. Mai 2000 und 28. Juli 2000 – 89 T 10/00, 89 T 20/00 –, DNotZ 1999, 876 (890 f.) m.w.N.

⁶⁰⁷ Diese entspräche derjenigen, die der Gesellschafter hätte, würden ihm die Verwaltungsbefugnisse zustehen, Barry, RNotZ 2014, 401 (416); Pohlmann, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 98.

⁶⁰⁸ Für OHG: Kindler, in: Koller/Kindler/Drüen, HGB, § 105 Rn. 20; Roth, in: Hopt, HGB, § 105 Rn. 87; für KG: BGH, Urteil vom 22. Januar 1979 – II ZR 178/77 –, NJW 1979, 1503 (1503 f.); Bälz, ZGR 1980, 1 (1); für GmbH: Walch, NZG 2015, 1259 (1259); Heinze, in: MüKo, GmbHG, § 2 Rn. 155.

⁶⁰⁹ Walch, NZG 2015, 1259 (1259); Heinze, in: MüKo, GmbHG, § 2 Rn. 155; Roth, in: Hopt, HGB, § 105 Rn. 87 ff.; Schmidt, GesR, § 61 III 3 b und c; bestätigt auch (obiter dictum) durch BGH, Beschluss vom 3. Juli 1989 – II ZB 1/89 –, NJW 1989, 3152 (3155).

⁶¹⁰ Kindler, in: Koller/Kindler/Drüen, HGB, § 105 Rn. 20; Schäfer, in: MüKo, BGB, § 705 Rn. 91 ff.; so auch im Umkehrschluss ableitbar aus BGH, Urteil vom 13. Mai 1953 – II ZR 157/52 –, NJW 1953, 1548 (1549); a.A. Schmidt, in: MüKo, HGB, § Vor 230 Rn. 53 ff., für Personengesellschaften, unter Berufung auf RG, Urteil vom 23. September 1938 – III 20/38 –, RGZ 159, 272 (280 f.) unter der, für die „einfache“ Treuhand unzutreffenden Prämisse, einer gebotenen Gleichbehandlung mit der zustimmungsbedürftigen Vinkulierung von Geschäftsanteilen; ausführlich zu der GmbH: Grage, RNotZ 2005, 251 (255 ff.).

weise gelten, wenn der Gesellschafter mit der Treuhandbestellung gegen Treuepflichten verstoßen würde.⁶¹¹ Überdies kann die Zulässigkeit treuhänderischer Verwaltung von Geschäftsanteilen im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich ausgeschlossen sein.⁶¹² Ein Zustimmungsbedürfnis ist angesichts dieser Wertungen dann neu zu beurteilen, wenn eine Zuweisung gesellschaftlicher Verwaltungsbefugnisse an den Treugeber im Raum steht. Hierauf wird im Zusammenhang mit der Zulässigkeit solcher Gestaltungen eingegangen.⁶¹³

2. Rechtsnatur und Wirkung von Treuhandverhältnissen über Gesellschaftsanteile

a) Die schuldrechtliche Wirkung der Treuhandabrede

Die Frage einer wirtschaftlichen *Berechtigung* des mittelbar an einem Gesellschaftsunternehmen Teilhabenden könnte von der Rechtsnatur des diese Teilhabe begründenden Rechtsinstituts abhängig sein. Für die Treuhand gilt nach h.M., dass der Treuhänder dem Treugeber gegenüber grundsätzlich nur aus der schuldrechtlich wirkenden Treuhandabrede verpflichtet ist.⁶¹⁴ Diese wird regelmäßig als Auftrag oder Geschäftsbesorgungsverhältnis gemäß §§ 662, 675 BGB eingeordnet, wobei die Ausgestaltung der einzelnen Pflichten im Innenverhältnis mannigfaltig sein kann.⁶¹⁵ Eine dingliche Wirkung der Treuhand selbst scheitert hiernach bereits an ihrer fehlenden gesetzlichen Normierung als beschränktes dingliches Recht und damit an dem *numerus clausus* des Sachenrechts.⁶¹⁶ Eine derartige Wertung führt dazu, dass die Treuhand Verfügungen, die der Treuhänder über die das Treugut darstellenden Gesellschaftsanteile macht, grundsätzlich unberührt lässt. Der Treugeber hat bei abredewidrigen Verfügungen lediglich schuldrechtliche Schadensersatzansprüche gegen den Treuhänder. Auch eine dingliche Surrogation der Treuhand an einem mit Mitteln des Treuhandvermögens erworbenen Gegenstand kommt mangels dinglicher Wirkung der Treuhand selbst nicht in Betracht.⁶¹⁷

⁶¹¹ So etwa in dem Fall, in dem einem Konkurrenten eine Treugeberstellung in einer personalistischen Gesellschaft eingeräumt wird, vgl. *Schmidt*, in MüKo, HGB, § Vor 230 Rn. 56.

⁶¹² *Kindler*, in: Koller/Kindler/Drüen, HGB, § 105 Rn. 20; *Schmidt*, in MüKo, HGB, § Vor 230 Rn. 54, 56; BGH, Beschluss vom 10. Mai 2006 – II ZR 209/04 –, NZG 2006, 627 (628).

⁶¹³ Siehe hierzu bei 6. a).

⁶¹⁴ BGH, Urteil vom 13. Mai 1953 – II ZR 157/52 –, NJW 1953, 1548 (1549); *Kindler*, in: Koller/Kindler/Drüen, HGB, § 105 Rn. 20; *Pohlmann*, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 32; *Escher/Haag*, in: MHdB GesR II, § 27 Rn. 5; *Krais*, CCZ 2017, 98 (98).

⁶¹⁵ *Roth*, in: Hopt, HGB, § 105 Rn. 91; *Schäfer*, in: MüKo, BGB, § 662 Rn. 37 ff.; *Grage*, RNotZ 2005, 251 (259); *Kindler*, in: Koller/Kindler/Drüen, HGB, § 105 Rn. 21; *Walch*, NZG 2015, 1259 (1259) jeweils m.w.N.

⁶¹⁶ Vgl. *Ulmer*, FS Odersky 1996, 873 (878 f.); *Tebben*, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, S. 108 ff. Eine Auseinandersetzung mit der Diskussion um eine Verdinglichung der Treuhand nach bekannten Erklärungs- und Begründungsmodellen liefert *Geibel*, Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht, S. 32 ff.

⁶¹⁷ Vgl. z.B. RG, Urteil vom 5. November 1918 – Rep. VII. 202/18 –, RGZ 94, 305 (307 f.); RG, Urteil vom 19. Februar 1937 – V 205/36 –, 153, 366 (370); näher zu dem Stand der Rechtsprechung und dem Meinungsbild in der Literatur: *Geibel*, Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht, S. 44 ff.

b) Der differenzierte Umgang der h.M. mit der Treuhand in Ansehung der Art ihres Zustandekommens

aa) Die verschiedenen Begründungsformen der Treuhand

Dies bedeutet aber nicht, dass die Treuhand nicht auch mit dinglichen Rechtspositionen verknüpft sein kann. Die h.M. unterscheidet die rechtliche Behandlung von Treuhandverhältnissen, auch an Gesellschaftsanteilen, in manchen Fragen insofern nach der Art ihrer Begründung. Dabei gilt allgemein, dass eine Treuhand erst entsteht, wenn der Treuhänder als dinglich Berechtigter über Treugut verfügen kann, das entsprechend der Treuhandabrede mit dem Treugeber gebildet wird.⁶¹⁸ Dies kann auf verschiedene Weise geschehen. Wenn der Treugeber das Treugut unmittelbar auf den Treuhänder überträgt, spricht man von einer „Übertragungstreuhand“. Ein Sondervermögen kann aber auch dadurch entstehen, dass der Treuhänder erklärt, ein einstmals für sich selbst gehaltenes Vermögen von nun an als Treugut für einen Treugeber zu halten („Vereinbarungstreuhand“). Zuletzt kann das Treugut auch im Auftrag und für Rechnung des Treugebers durch den Treuhänder erworben werden. Dann entsteht die Treuhand in Gestalt einer „Erwerbstreuhand“.⁶¹⁹

bb) Das Anwartschaftsrecht des Treugebers

So wird eine dingliche Wirkung der Treuhand gemeinhin anerkannt, wenn der Treugeber dem Treuhänder das Treugut unter einer auflösenden Bedingung überträgt, die in der Einhaltung der Bestimmungen der Treuhandvereinbarung besteht („deutschrechtliche“ Treuhand).⁶²⁰ Andererseits kann auch eine entsprechend aufschiebend bedingte Verfügung über das Treugut seitens des Treuhänders vorliegen. In diesen Fällen hat der Treugeber ein Anwartschaftsrecht an dem Treugut, das als wesensgleiches Minus zum Eigentum dinglich dem Treugut anhaftet.⁶²¹ Da im Falle einer abredewidrigen Verfügung durch den Treuhänder die Bedingung ausgelöst wird und das Treugut an den Treugeber zurückfällt, ist die Frage nach einem gutgläubigen *lastenfreien* Erwerb des Gesellschaftsanteils durch einen Dritten in dieser Konstellation nicht von Bedeutung. Der Treuhänder verfügt als Nichtberechtigter über den Gesellschaftsanteil. Ob die Verfügung dennoch entgegen § 161 Abs. 1 oder 2 BGB wirksam ist, richtet sich dann nach den für den Gesellschaftsanteil selbst einschlägigen Rechtsscheinvorschriften nach § 15 Abs. 2 HGB

⁶¹⁸ Zu der Behandlung der „unechten“ Treuhand, bei der der Treugeber dinglich Berechtigter bleibt, siehe 4. b).

⁶¹⁹ So die allgemeinverwendete terminologische Unterscheidung, vgl. *Grage*, RNotZ 2005, 251 (252); *Schmidt*, in: MüKo, HGB, § Vor 230 Rn. 52 m.w.N.

⁶²⁰ *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 98; *Henssler*, AcP 196 (1996), 37 (45); *Grage*, RNotZ 2005, 251 (260); *Breuer*, MittRhNotK 1988, 79 (82).

⁶²¹ *Pohlmann*, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 32; *Heinze*, in: Staudinger, BGB, Anh. §§ 1068 f. Rn. 55.

beziehungsweise § 16 Abs. 3 GmbHG. Ein auf die Treuhand zurückgehendes Anwartschaftsrecht kann dann an dem betreffenden Gesellschaftsanteil nicht mehr bestehen, da dieses bereits zum Vollrecht erstarkt und somit untergegangen ist.

Unklar ist jedoch, wie es sich verhält, wenn die Bedingung, unter der die Übertragung des Treuguts steht, nicht in dem Einhalten der Bestimmungen der Treuhandabrede durch den Treuhänder besteht, sondern außerhalb der Treuhandabrede liegt. Für die Konstellation der sogenannten „Sicherungstreuhand“ (auch „eigennützige“ Treuhand), bei der der Treugeber dem Treuhänder einen Gesellschaftsanteil als Treugut sicherheitshalber für eine ausstehende Forderung des Treuhänders überträgt⁶²², kann die Übertragung des Treuguts z.B. unter der auflösenden Bedingung erfolgen, dass der Treugeber die gesicherte Forderung begleicht. In der Treuhandabrede kann selbstverständlich gleichsam ein Abtretungsverbot des Treuhänders über das Treugut vereinbart sein, nur bildet die Nichteinhaltung dieser Bestimmung in dieser Konstellation nicht die Bedingung, die das Treugut an den Treugeber zurückfallen lässt, sollte der Treuhänder den Gesellschaftsanteil dennoch weiterübertragen. Dies führt dazu, dass das durch die auflösend bedingte Übertragung des Gesellschaftsanteils entstandene Anwartschaftsrecht des Treugebers im Falle der abredewidrigen Abtretung des Gesellschaftsanteils durch den Treuhänder nicht zum Vollrecht erstarkt, sondern dem Gesellschaftsanteil weiterhin dinglich anhaftet. Erfüllt der Treugeber nun die gesicherte Forderung gegenüber dem Treuhänder würde das Anwartschaftsrecht zum Vollrecht erstarken und der Gesellschaftsanteil fiel an den Treugeber zurück. Dies könnte aus Sicht des zwischenzeitlichen Erwerbers nur verhindert werden, wenn die Möglichkeit eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs bestünde. Eine solche ist mangels Eintragungsfähigkeit der Treuhand in den entsprechenden Registern allerdings de lege lata abzulehnen.⁶²³

Auch wenn die Figur einer „Sicherungstreuhand“ zur Absicherung von Rechtsansprüchen des Treuhänders weitgehend von der Möglichkeit der Verpfändung des Geschäftsanteils aus der Rechtspraxis verdrängt wurde⁶²⁴, offenbaren sich aus dogmatischer Hinsicht an diesem Beispiel mehrere Wertungswidersprüche im Umgang mit der Treuhand: Der Treugeber, dem im Hinblick auf das Treugut ein dinglicher Schutz zukommt, da abredewidrige Verfügungen durch den Treuhänder einen Rückfall des Eigentums an den Treugeber bewirken, ist der Gefahr eines gutgläubigen Erwerbs des Treuguts durch Dritte ausgesetzt. Ist die dingliche Bindung des Treuguts an den Treugeber demgegenüber außerhalb der Treuhandabrede begründet, behält der Treugeber bei einer schuldrechtlich abredewidrigen Verfügung des Treuhänders über das Treugut ein Anwartschaftsrecht an dem Treugut, das ihn perspektivisch wieder zum Rechtsinhaber

⁶²² Thole, in: Schmidt, InsO, § 47 Rn. 80, 86; Ganter, in: MüKoInsO, InsO, § 47 Rn. 354a.

⁶²³ Vgl. dazu die Ausführungen in Kapitel 4 A. I. 3. (für das Handelsregister), II. 3. (für die Gesellschafterliste), C. II. 10. c) (für das Aktienregister).

⁶²⁴ Grage, RNotZ 2005, 251 (251).

des Treuguts machen kann. Auch umgekehrt, aus der Sicht des Rechtsverkehrs beziehungsweise des erwerbenden Dritten, erscheint diese Wertung unbillig. Ein solcher ist in der Konstellation, in der das lediglich schuldrechtlich wirkende Abtretungsverbot greift, weniger stark geschützt, obwohl er die betreffenden Geschäftsanteile von dem Berechtigten erwirbt.

cc) Der eingeschränkte dingliche Schutz des Treugebers einer „eigentlichen Treuhand“ nach der Rechtsprechung des BGH hinsichtlich § 47 InsO und § 771 ZPO

Ungeachtet der möglichen Entstehung eines Anwartschaftsrechts des Treugebers an dem Treugut in den soeben beschriebenen Konstellationen, dessen dinglicher Schutz sich aufgrund der regelmäßig bestehenden Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs nicht auswirkt, billigt die Rechtsprechung dem Treugeber einen gewissen dinglichen Schutz vor Beeinträchtigungen des ihm wirtschaftlich zustehenden Treuguts durch Gläubiger des Treuhänders zu, sofern es sich bei der Treuhand um eine „Übertragungstreuhand“ handelt.

Demnach habe der Treugeber, sofern er dem Treuhänder im Rahmen des Treuhandverhältnisses das Treugut unmittelbar übertragen hat, ein Aussonderungsrecht nach § 47 InsO in der Insolvenz des Treuhänders sowie ein die Veräußerung hinderndes Recht, das er im Wege einer Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO geltend machen könne.⁶²⁵ Diese Differenzierung geht auf den von der Rechtsprechung entwickelten sogenannten „Unmittelbarkeitsgrundsatz“ zurück, wonach nur bei einer unmittelbaren Übertragung des Treuguts durch den Treugeber in die „treuen Hände“ des Treuhänders, das Treugut aus Sicht des Rechtsverkehrs sachlich und wirtschaftlich dem Treugeber zugeordnet werden könne (sogenannte „eigentliche“ Treuhand).⁶²⁶ Außerhalb einer unmittelbaren Zuwendung des Treuguts an den Treuhänder durch den Treugeber, sollen nur dann ausnahmsweise entsprechende Schutzrechte des Treugebers entstehen, wenn die wirtschaftliche Zuweisung an den Treugeber aus Sicht des Rechtsverkehrs offensichtlich ist. Dies soll etwa der Fall sein, wenn von dritter Seite Zahlungen auf ein Konto geleistet wurden, das seiner Art nach als Treuhandkonto ausgewiesen war, und die Zahlung auf eine Forderung erfolgte, die nicht dem Kontoinhaber, sondern dem Treugeber zustand.⁶²⁷

⁶²⁵ So bereits RG, Urteil vom 10. Oktober 1917 – V 159/17 –, RGZ 84, 214 (216); Rechtsprechung fortgeführt durch BGH, vgl. BGH, Urteil vom 7. April 1959 – VIII ZR 219/57 –, NJW 1959, 1223 (1224 f.); BGH, Urteil vom 19. November 1992 – IX ZR 45/92 –, NJW-RR 1993, 301 (301); BGH, Urteil vom 24. Juni 2003 – IX ZR 75/01 –, NJW 2003, 3414 (3415 ff.); BGH, Urteil vom 2. Juni 2005 – IX ZR 181/03 –, NJW-RR 2005, 1636 (1638).

⁶²⁶ BGH, Urteil vom 5. November 1953 – IV ZR 95/53 –, NJW 1954, 190 (192); BGH, Urteil vom 7. April 1959 – VIII ZR 219/57 –, NJW 1959, 1223 (1224 f.); BGH, Urteil vom 24. Juni 2003 – IX ZR 75/01 –, NJW 2003, 3414 (3415); teilweise auch Treuhand „im engeren Sinne“ oder „echte“ Treuhand, vgl. z.B. Schubert, in: MüKo, BGB, § 164 Rn. 61. Zu der hier vertretenen Unterscheidung dieser Erscheinungsformen, siehe 4. b).

⁶²⁷ BGH, Urteil vom 7. April 1959 – VIII ZR 219/57 –, NJW 1959, 1223 (1224 f.); BGH, Urteil vom 19. November 1992 – IX ZR 45/92 –, NJW-RR 1993, 301 (301); BGH, Urteil vom 24. Juni 2003 – IX ZR 75/01 –, NJW 2003, 3414 (3415).

Außerhalb dieser eingeschränkten Schutzmöglichkeiten des Treugebers bei „Unmittelbarkeit“ oder „Offensichtlichkeit“ des Treugutcharakters soll nach der Rechtsprechung kein dinglicher Schutz des Treugebers bestehen (Fälle der sogenannten „uneigentlichen Treuhand“).⁶²⁸ Dies betrifft die übrigen (also nicht offensichtlichen) Konstellationen der „Vereinbarungstreuhand“ und der „Erwerbstreuhand“, in denen der Charakter des Treuguts und damit die dingliche Komponente der Treuhand nicht nach außen treten.

Teilweise wird die auf Art und Weise der Begründungsform beruhende Differenzierung für die Annahme dinglicher Schutzwirkungen der Treuhand kritisiert. Der Vorwurf lautet, dass RG und später BGH durch das Erfordernis der Unmittelbarkeit, dingliche Wirkungen der sogenannten indirekten Stellvertretung, bei der der Stellvertreter (hier der Treuhänder) nicht offen für den Vertretenen (hier den Treugeber) auftritt, verhindern wollten, ohne dabei die verschiedenen Ausprägungsformen der Treuhand zu berücksichtigen.⁶²⁹ Die Unterscheidung zwischen „eigentlicher“ und „uneigentlicher“ Treuhand sei lediglich eine Weiterführung des Versuchs, die dingliche Bindung des Treuguts an den Treugeber in den Fällen zu verhindern, in denen das Treugut nicht durch einen für den Rechtsverkehr erkennbaren Publizitätsakt gebildet worden sei.⁶³⁰ Diese Grenzziehung durch die Rechtsprechung sei als unscharf abzulehnen, da zum einen nach Kriterien differenziert werde, die der Verschiedenartigkeit treuhänderischer Ausgestaltungen nicht gerecht würden, und zum anderen diese eigens ausgegebenen Kriterien selbst aufgeweicht und inkonsequent angewendet würden.

c) Die Anwendung gesellschaftsrechtlicher Bestimmungen auf die Treuhand

Nicht zuletzt um die beschriebenen Abgrenzungsschwierigkeiten und -defizite zu überwinden, schlägt *Geibel* eine alternative Beurteilung der Treuhand vor, wonach die für eine Innen-GbR, und, bei entsprechender Offenlegung, auch die für eine Außen-GbR, geltenden Vorschriften anzuwenden seien.⁶³¹ Treugeber und Treuhänder würden wie Gesellschafter gemeinsam einen in der Zweckbindung des Treuguts angelegten Gesellschaftszweck verfolgen, den sie einerseits durch die Vermögensausstattung andererseits die Verwaltung des Vermögens förderten. In

⁶²⁸ Siehe die Nachweise in Fußnote 626. Spiegelbildlich teilweise auch „unechte“ Treuhand oder Treuhand „im erweiterten Sinne“, vgl. z.B. *Schubert*, in: MüKo, BGB, § 164 Rn. 12. Siehe insofern wieder 4. b).

⁶²⁹ *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 45 f., 177 ff.; *Henssler*, AcP 196 (1996), 31 (57 f.).

⁶³⁰ *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 177 ff.; *Geibel*, Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht, S. 29 ff., der eine Anwendung gesellschaftsrechtlicher Bestimmungen auf die Treuhand vorschlägt, um den Sondervermögenscharakter des Treuguts Rechnung zu tragen, hierzu sogleich bei c); krit. auch *Ganter*, in: MüKoInsO, InsO, § 47 Rn. 356cf.; ähnlich *Henssler*, AcP 196 (1996), 31 (57 f.), der dem BGH, vorwirft, die vertretungsrechtliche Publizität mit der sachenrechtlichen Publizität zu vermischen und deshalb eine Differenzierung schafft, die Art und Ausgestaltung der Treuhand nicht gerecht werde.

⁶³¹ Zur Begründung dieses Modells für die Treuhand im Allgemeinen, siehe ausführlich *Geibel*, Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht, S. 279 ff. Speziell zu den Auswirkungen, die eine gesellschaftsrechtliche Qualifizierung der Treuhand auf speziell treuhänderisch gehaltene Gesellschaftsbeteiligungen haben würde, *Geibel*, Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht, S. 369 ff.

Konsequenz würde eine dingliche Bindung des Treuguts an die Treuhand erzielt werden können, da das Treugut nach dieser Auffassung Gesamthandsvermögen der Treuhand bilden würde.⁶³² Durch eine sich auf den hieraus folgenden Sondervermögenscharakter des Treuguts stützende Anwendung von § 84 Abs. 1 InsO analog beziehungsweise § 736 ZPO a.F. im Insolvenz- beziehungsweise Zwangsvollstreckungsfall über das Vermögen des Treuhänders, würde ein angemessener dinglicher Schutz geschaffen werden.⁶³³ Unabhängig davon, welche Ausgestaltung oder Begründungsform der Treuhand zugrunde liegt, würde auf diese Weise eine Immunität des Treuguts vor Zwangsvollstreckungsmaßnahmen der Gläubiger des Treuhänders begründet werden, die über § 47 InsO und § 771 ZPO verteidigt werden könnte. Auch für den Treugeber wird diskutiert, inwiefern ein Zugriff auf das Treugut durch die Gläubiger des Treugebers zulässig ist und welche Schutzmöglichkeiten der Treuhänder hat. Da die dingliche Natur der Berechtigung des Treuhänders am Treugut bei der „echten Treuhand“ unbestritten ist, betreffen die Diskussionen hierüber indes lediglich Art und Ausmaß der insolvenzrechtlichen Verteidigungsmöglichkeiten, auf die in dieser Arbeit nicht vertieft eingegangen wird.⁶³⁴

Dies setzt voraus, dass eine Innengesellschaft überhaupt in der Lage ist, Gesamthandsvermögen zu bilden.⁶³⁵ Die wohl h.M. lehnt das mit Blick auf die Unterscheidung zwischen (unternehmenstragender) Außen-GbR und lediglich schuldrechtlich verbundener Innen-GbR⁶³⁶ jedoch ab, womit eine gesamthänderische Bindung des Treuguts an die Treuhand nur möglich sein solle, wenn für diese die für die Außen-GbR geltenden Vorschriften anzuwenden seien, was in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht zu der Anwendung des nach §§ 721 BGB, 126 HGB vorgesehenen Haftungsregimes führen müsse.⁶³⁷ *Geibel* selbst verweist hingegen darauf, dass die Ab-

⁶³² *Geibel*, Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht, S. 252 ff., 370 ff. (für Personengesellschaftsanteile), S. 266 ff., S. 399 ff. (für Kapitalgesellschaftsanteile).

⁶³³ *Geibel*, Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht, S. 279 ff.

⁶³⁴ Vgl. hierzu BGH, Urteil vom 5. November 1953 – IV ZR 95/53 –, NJW 1954, 190 (191 f.); BGH, Urteil vom 7. April 1959 – VIII ZR 219/57 –, NJW 1959, 1223 (1225). Insofern kommt das von *Geibel* vorgeschlagene Modell auch in diesem Zusammenhang zu einem abweichenden Ergebnis, siehe *Geibel*, Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht, 288 ff. Darüber hinaus ist auf die ausführliche Problemdarstellung bei *Ganter*, in: MüKo, InsO, § 47 Rn. 460 ff. zu verweisen.

⁶³⁵ Bejahend: *Geibel*, Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht, S. 174 ff.; *ders.*, in: BeckOGK, BGB, § 80 Rn. 722 (für die Treuhandstiftung) hier in Verweis auf die insofern fehlgehende Gegenmeinung, die dem vorgeschlagenen Modell mit, nach seiner Vorstellung gerade grundsätzlich nicht anzuwendenden, für die Außen-GbR geltenden Rechtsvorschriften begegnet.

⁶³⁶ Hierfür grdl.: BGH, Urteil vom 29. Januar 2001 – II ZR 331/00 –, NJW 2001, 1056 („Weißes Ross“).

⁶³⁷ *Kindler*, in: Koller/Kindler/Drüen, HGB, § 230 Rn. 3 unter Verweis auf OLG Köln, Urteil vom 29. Mai 1995 – 19 U 83/94 –, NJW-RR 1996, 27, wobei unklar bleibt, inwiefern aus diesem Urteil hervorgehen soll, dass eine Innengesellschaft kein Gesamthandsvermögen haben kann. Vielmehr wird lediglich festgestellt, was unbestritten sein dürfte, dass sich der Charakter einer Außengesellschaft unabhängig von der Bezeichnung ihrer Gesellschaft aus der Art ihrer Ausgestaltung ergibt; ebenso das von *Geibel* vorgeschlagene Modell zunächst missverstehend: *Weitemeyer*, in: MüKo, BGB, 8. Aufl., § 80 Rn. 270, die angesichts der gesamthänderischen Bindung der Treuhand davon ausging, dass *Geibel* die Treuhand stets als (atypische) Außen-GbR verstanden haben will, womit unter anderem die Anwendung des § 126 HGB ausgelöst würde. Mittlerweile beschreibt *Weitemeyer*, in: MüKo, BGB,

Abgrenzung von Innen- und Außengesellschaft richtigerweise nur für die im Rechtsverkehr bedeutsame Begründung einer Rechtspersönlichkeit entscheidend sein sollte, nicht aber für die Befähigung der Rechtsgemeinschaft, gesamthänderische Bindungen zu begründen.⁶³⁸ Eine mögliche Außenwirkung der „Treuhand-GbR“ soll hiernach nicht ausgeschlossen werden, es soll für die Begründung gesamthänderischer Bindungen aber nicht auf eine solche Außenwirkung ankommen.

Hinsichtlich der Frage einer verfügungsbeschränkenden Wirkung der Treuhand nach diesem Modell verweist *Geibel* darauf, dass sich diese nur stellen würde, wenn die Treuhand zulässigerweise durch den Treuhänder offengelegt wird, dieser aber entsprechend der Treuhandabrede nicht über das Treugut verfügen darf.⁶³⁹ *Geibel* verteidigt die mögliche verfügungsbeschränkende Wirkung der Treuhand in einschlägigen Fällen mit den Informationsmöglichkeiten des Rechtsverkehrs sowie dem Schutzbedürfnis des Treugebers, wenn man die durch die Gesellschafterstellung an der „Treuhandgesellschaft“ geschaffene gesamthänderische Bindung des Treuguts anerkennt.⁶⁴⁰

Konsequenterweise würde sich eine Abgrenzung zwischen der Treuhand und der Unterbeteiligung an einem Gesellschaftsanteil nach herkömmlichem Verständnis erübrigen und die sich aus der gesamthänderischen Bindung des Gesellschaftsvermögens ergebenden dinglichen Schutzwirkungen müssten regelmäßig auch für den Unterbeteiligten wirken.⁶⁴¹

d) Stellungnahme

Die Beantwortung der Frage nach der Rechtsnatur der Treuhand ist nicht bloß dogmatischer Natur, sondern hat Auswirkungen auf die Außenwirkung der Treuhand, in der wiederum eine wirtschaftliche *Berechtigung* des Treugebers erkannt werden könnte. Erkennt man eine dingliche Wirkung an, haftet die Bindung an den Treugeber dem Gesellschaftsanteil an und bleibt grundsätzlich von Verfügungen des Treuhänders hierüber unberührt. Befürwortet man eine Anwendung gesellschaftsrechtlicher Bestimmungen auf die Treuhand, würde dem Treuhänder die alleinige Verfügungsgewalt über das Treugut in einigen Konstellationen sogar fehlen. Mit der

§ 80 Rn. 208 das von *Geibel* vorgeschlagene Konzept der Treuhandgesellschaft richtigerweise als regelmäßig (atypische) Innen-GbR, ohne allerdings von ihrer ablehnenden Haltung diesem gegenüber abzurücken.

⁶³⁸ *Geibel*, Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht, S. 187 f., 333 ff.; so auch *Kell*, in: BeckOGK, BGB, § 719 Rn. 27 m.w.N. beider Auffassungen und unter Einbeziehung der damaligen Pläne des Mauracher Entwurfs.

⁶³⁹ Zur Begründung sowie den hiervon zu unterscheidenden Konstellationen der nicht offengelegten Treuhand (keine Vertretungsmacht) sowie der zu Unrecht erfolgten Offenlegung (Verfügungsbefugnis nur im Innenverhältnis beschränkt), vgl. *Geibel*, Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht, S. 300 ff.

⁶⁴⁰ *Geibel*, Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht, S. 307 f.

⁶⁴¹ So auch *Geibel*, Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht, S. 149 ff., 392 ff., wonach stattdessen die Unterbeteiligung weit zu verstehen sei und eine Abgrenzung nur zu sogenannten „reinen“ Unterbeteiligungsverhältnissen vorzunehmen wäre, die keine gesellschaftsrechtliche Struktur aufweisen, womit sie auch keine gesamthänderische Bindung entfalten und rein schuldrechtlich zu behandeln sind. Zu der Abgrenzung zwischen Treuhand und Unterbeteiligung, siehe die Ausführungen bei III. 2. b).

h.M., wonach die Treuhand im Grundsatz lediglich schuldrechtliche Bindungen zwischen Treugeber und Treuhänder begründet, lässt die Treuhandbeziehung Verfügungen des Treuhänders über die Gesellschaftsanteile hingegen unberührt.

Auch ohne sich einer der Auffassungen anzuschließen, die der Treuhand generell eine dingliche oder gesellschaftliche Prägung verleihen wollen, ist festzustellen, dass die durch die h.M. und insbesondere die Rechtsprechung im Rahmen der § 47 InsO und § 771 ZPO vorgenommene Differenzierung der dinglichen Wirkung der Treuhand nach Art ihrer Begründung, dem heutigen Verständnis der Treuhand nicht mehr angemessen ist. Wenngleich das Modell einer „Treuhandgesellschaft“ dem herrschenden Verständnis von der Treuhand widerspricht, spiegelt sich hierin das berechtigte Interesse, nicht nur eine interessengerechte Harmonisierung im Umgang mit den verschiedenen Erscheinungsformen der Treuhand vorzunehmen, sondern auch die verschiedenen Erscheinungsformen mittelbarer wirtschaftlicher Teilhabe an fremden Unternehmen einander anzunähern. Will man die „Vereinbarungstreuhand“ und die „Erwerbstreuhand“ als gleichwertige Erscheinungsformen der Treuhand verstehen, muss auch die Behandlung der jeweiligen Treugeber durch den Rechtsverkehr gleichlaufend sein. Zwar ist das Fehlen eines Publizitätsakts ein valides Argument, das in den entsprechenden Konstellationen gegen die dingliche Zuordnung des Treuguts an den Treugeber spricht. Die Differenzierung hinsichtlich der Begründungsformen der Treuhand ist allerdings nicht geeignet, diesem Umstand Rechnung zu tragen. Schließlich fehlt auch bei einer „Übertragungstreuhand“ ein Publizitätsakt, aus dem hervorgeht, dass es sich bei dem Übertragungsgegenstand um wirtschaftlich dem Treugeber zugewiesenes Treugut handelt.

Auch das Verhältnis von Treuhand und Anwartschaft offenbart Wertungswidersprüche hinsichtlich der dinglichen Wirkung der Treuhand im Rechtsverkehr, die auch zulasten der Rechtssicherheit gehen.

Das Vorliegen einer gegenüber der Privatregisteröffentlichkeit relevanten *Berechtigung* allein von der Rechtsnatur eines Rechtsinstituts wirtschaftlicher Teilhabe abhängig zu machen, erscheint im Lichte dieser Feststellungen zweifelhaft. Stattdessen zeigt sich ein privatrechtliches Klarstellungsbedürfnis der Behandlung von Treuhandverhältnissen an Geschäftsanteilen. Eine sich in bestimmten Treuhandverhältnissen offenbarende wirtschaftliche Berechtigung des Treugebers, über die das Privatregisterrecht informieren könnte, könnte in diesem Zusammenhang aufschlussreich sein und für Rechtssicherheit sorgen.

3. Die Formbedürftigkeit der Treuhand im Sinne des § 15 Abs. 3, 4 GmbHG

Von der Art der Begründung ist auch die Anwendbarkeit der Formvorschriften der § 15 Abs. 3, 4 GmbHG auf die Treuhand abhängig. Auf den Erkenntniswert, der hierin für die Frage nach

einer wirtschaftlichen Berechtigung des Treuhänders liegen könnte, wurde im Zusammenhang mit dem Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen eingegangen.⁶⁴² Nach § 15 Abs. 3 GmbHG sind Abtretungen von Gesellschaftsanteilen an einer GmbH notariell zu beurkunden. Folglich fällt das bei der „Übertragungstreuhand“ stattfindende Übertragungsgeschäft an den Treuhänder in den Anwendungsbereich von § 15 Abs. 3 GmbHG.⁶⁴³ Bei der „Erwerbs-“ und der „Vereinbarungstreuhand“ findet demgegenüber keine dingliche Übertragung des das Treugut bildenden Gesellschaftsanteils statt, weshalb § 15 Abs. 3 GmbHG nicht zur Anwendung kommt.⁶⁴⁴ Indessen kann die schuldrechtliche Treuhandvereinbarung einer notariellen Beurkundungspflicht nach § 15 Abs. 4 GmbHG unterliegen, wenn in ihr perspektivisch die formbedürftige (Rück)Übertragung an den Treugeber angelegt ist, was für jede Art der Begründung der Treuhand der Fall sein kann.⁶⁴⁵ Bei der „Übertragungstreuhand“ ist § 15 Abs. 4 GmbHG stets einschlägig, da in der Treuhandabrede notwendigerweise die Übertragungs- und Rückübertragungsverpflichtung des Gesellschaftsanteils geregelt sind.⁶⁴⁶ Bei der „Erwerbstreuhand“ wird danach differenziert, ob bei der Vereinbarung bereits konkrete, bestehende Gesellschaftsanteile bezeichnet werden.⁶⁴⁷ Nur wenn dies nicht der Fall ist, ist nach Auffassung des BGH von einer Formfreiheit der Vereinbarung auszugehen, da ein den Formzwang bedingender Geschäftsanteil zu diesem Zeitpunkt weder vorliegt noch dessen Entstehung in die Wege geleitet wird. Für die „Vereinbarungstreuhand“ ist § 15 Abs. 4 GmbHG richtigerweise stets anzuwenden, da in diesem Fall jedenfalls die Rückübertragungspflicht des Treuhänders über einen konkreten Gesellschaftsanteil in der Vereinbarung angelegt ist.⁶⁴⁸

⁶⁴² Siehe bei I. 3.

⁶⁴³ *Weller/Reichert*, in: MüKo, GmbHG, § 15 Rn. 213; *Verse*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 15 GmbHG Rn. 120.

⁶⁴⁴ *Weller/Reichert*, in: MüKo, GmbHG, § 15 Rn. 216 ff.

⁶⁴⁵ Die Rückübertragung an den Treugeber ist, ausgenommen der Fälle, in denen aufgrund einer auflösenden Bedingung kein erneutes dingliches Übertragungsgeschäft erforderlich ist, stets formbedürftig, vgl. *Weller/Reichert*, in: MüKo, GmbHG, § 15 Rn. 29, 214.

⁶⁴⁶ BGH, Urteil vom 14. Dezember 2016 – IV ZR 7/15 –, NZG 2017, 476 (478 ff.); *Werner*, GmbHR 2006, 1248 (1259); *Weller/Reichert*, in: MüKo, GmbHG, § 15 Rn. 213.

⁶⁴⁷ BGH, Urteil vom 19. April 1999 – II ZR 365/97 –, NJW 1999, 2594 (2595); BGH, Beschluss vom 12. Dezember 2005 – II ZR 330/04 –, DStR 2006, 1378 Rn. 3; a.A. der II. Zivilsenat des BGH, in seinem Urteil vom 4. November 2004 – III ZR 172/03, DB 2004, 2631 für bereits existente und bestimmte Gesellschaftsanteile, weil die Rückübertragungsverpflichtung aus § 667 BGB, die jedenfalls in der Vereinbarung angelegt ist, nur gesetzliche Folge der „Erwerbstreuhand“ sei; hiergegen zu Recht einwendend, dass bei einer solchen Beurteilung, der Zweck des § 15 Abs. 4 GmbHG, der darin liegt, einen freien Handel mit Geschäftsanteilen zu unterbinden, konterkariert würde, weil der Treugeber sonst seinerseits formfrei Treuhandverträge über den Geschäftsanteil schließen könnte: *Weller/Reichert*, in: MüKo, GmbHG, § 15 Rn. 216 unter Berufung auf BGH, Urteil vom 19. April 1999 – II ZR 365/97, NJW 1999, 2594 (2595); ebenso *Werner*, GmbHR 2006, 1248 (1251).

⁶⁴⁸ BGH, Urteil vom 19. April 1999 – II ZR 365/97 –, NJW 1999, 2594 (2595); BGH, Beschluss vom 12. Dezember 2005 – II ZR 330/04 –, DStR 2006, 1378 (1379); *Weller/Reichert*, in: MüKo, GmbHG, § 15 Rn. 217 f. m.w.N. auch der Gegenauffassung (Formlosigkeit); teilweise wird darüber hinaus auch eine Anwendung von § 15 Abs. 3 GmbHG analog gefordert, da die Vereinbarung wirtschaftlich einer Abtretung gleichstehe, vgl. *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 15 Rn. 74.

Ulmer, auf dessen Lehre von der Doppelzuständigkeit noch eingegangen wird⁶⁴⁹, will eine Pflicht zur notariellen Beurkundung der Treuhandabrede demgegenüber von dem Umfang der Treugeberbefugnisse abhängig machen.⁶⁵⁰

Die Anwendung der Formvorschriften der § 15 Abs. 3, 4 GmbHG führt insofern die Undurchsichtigkeit der Bestimmung der Rechtsnatur treuhänderischer Rechtsbeziehungen an Gesellschaftsanteilen fort. Sie als Ausdruck oder ausschlaggebend für eine im Privatrechtsverkehr relevante Berechtigung des Treugebers zu erkennen, erscheint insofern gleichsam fernliegend. Vielmehr zeigt sich erneut im Sinne der Rechtssicherheit ein privatrechtliches Bedürfnis nach klaren, verlässlichen und rechtspraktisch nachvollziehbar anwendbaren Grundsätzen.

4. Terminologie

a) Das Fehlen einer einheitlichen Terminologie für die Unterscheidung verschiedener Treuhandverhältnisse

Es gibt die unterschiedlichsten Möglichkeiten, Treuhandverhältnisse voneinander abzugrenzen, was zu den verschiedensten terminologischen Anknüpfungspunkten führt (Zweckverfolgung des Treuhänders, Art und Weise der Begründung, Umfang der Treugeberrechte etc.).⁶⁵¹ Dies begünstigte die Entstehung einer terminologischen Vielfalt für die verschiedensten Formen treuhänderischer Rechtsgestaltungen, was wiederum zu einem uneinheitlichen Verständnis von verschiedenen Treuhandtypen und begrifflichen „Doppelbesetzungen“ führte.⁶⁵² Sofern eine Differenzierung nicht ausdrücklich hervorgehoben wird⁶⁵³, sind nachfolgend grundsätzlich alle Begründungs- und Erscheinungsformen der Treuhand über Gesellschaftsanteile einbezogen.

b) Die Ausklammerung der sogenannten „unechten“ Treuhand aus dem dieser Arbeit zugrunde liegendem Treuhandverständnis

Keine Berücksichtigung unter dem in dieser Arbeit zugrunde gelegten Treuhandverständnis findet die sogenannten „unechte“ Treuhand (oder auch „Ermächtigungsvollmacht“ / „Vollmachtstreuhand“⁶⁵⁴), in Abgrenzung zu der sogenannten „echten“ Treuhand beziehungsweise „fiduziarischen“ Treuhand.⁶⁵⁵ Bei ihr bleibt der Treugeber Vollrechtsinhaber. Es gibt lediglich eine Ermächtigung oder Bevollmächtigung des Treuhänders auf schuldrechtlicher Ebene, das

⁶⁴⁹ Siehe bei VI.

⁶⁵⁰ Ulmer, ZHR 156 (1992), 377 (391); ders., FS Odersky 1996, 873 (893); ebenso Grage, RNotZ 2005, 251 (255).

⁶⁵¹ Vgl. etwa Ganter, in: MüKo, InsO, § 47 Rn. 461; Weller/Reichert, in: MüKo, GmbHG, § 15 Rn. 195 m.w.N.

⁶⁵² So auch Thole, in: Schmidt, InsO, § 47 Rn. 80; Ganter, in: MüKo, InsO, § 47 Rn. 461.

⁶⁵³ Vgl. die bei 2. b) enthaltenen Differenzierungen hinsichtlich der Rechtsnatur der Treuhand sowie die bei 1. vorgesehenen Unterscheidung zwischen der „offenen“ und der „verdeckten“ Treuhand.

⁶⁵⁴ Coing, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 96 ff.; Weller/Reichert, in: MüKo, GmbHG, § 15 Rn. 205; Ganter, in: MüKo, InsO, § 47 Rn. 461; Schubert, in: MüKo, BGB, § 164 Rn. 61 f.

⁶⁵⁵ Vgl. Fußnote 626 zu der terminologischen Überschneidung mit der „uneigentlichen“ Treuhand.

Treugut für den Treugeber zu verwalten.⁶⁵⁶ Da in ihrem Fall formaler Rechtsinhaber und wirtschaftlicher Nutznießer des Gesellschaftsanteils nicht auseinanderfallen, kann in ihr keine Erscheinungsform privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung erkannt werden.⁶⁵⁷ Einer Auseinandersetzung damit, ob die „unechte“ Treuhand überhaupt eine Form der Treuhand darstellt, bedarf es insofern nicht.

c) Unterscheidung zwischen der „einfachen“ und der „qualifizierten“ Treuhand über Gesellschaftsanteile

Eine einheitliche Terminologie mit den übrigen Erscheinungsformen mittelbarer wirtschaftlicher Beteiligung an fremden Unternehmen ermöglicht eine vergleichende Beurteilung einer in diesen Berechtigungsformen zum Ausdruck kommenden privatrechtlichen wirtschaftlichen Berechtigungen. Insofern kann auf die Ausführungen zu der terminologischen Abgrenzung verschiedener Ausgestaltung des Nießbrauchs an Gesellschaftsanteilen verwiesen werden.⁶⁵⁸ Im Folgenden wird deshalb zwischen solchen Treuhandverhältnissen, die dem Treugeber eine schlichte wirtschaftliche Teilhabe an dem Gesellschaftsanteil gewähren („einfache“ Treuhand) und solchen unterschieden, die sich durch eine umfangreiche Einbindung des Treugebers in die mit dem Gesellschaftsanteil verbundenen Rechte und Pflichten auszeichnen („qualifizierte“ Treuhand⁶⁵⁹).

5. Die „einfache“ Treuhand an Gesellschaftsanteilen nach dem gesetzlichen Grundkonzept

a) Allgemein: Der Treuhänder als alleiniger Inhaber gesellschaftlicher Rechte und Pflichten

Von einem gesetzlichen Grundkonzept der Treuhand zu sprechen, irritiert angesichts der fehlenden Normierung der Treuhand. Sofern die Treuhandabrede zu einzelnen Belangen keine Vereinbarungen enthält, leitet sich die Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten, gleichwohl aus dem Gesetz ab. Dabei sind grundsätzlich die Bestimmungen zu Auftrag und Geschäftsbesorgung anzuwenden, aber nur, wenn dies der konkreten Ausgestaltung

⁶⁵⁶ *Weller/Reichert*, in: MüKo, GmbHG, § 15 Rn. 205; *Ganter*, in: MüKo, InsO, § 47 Rn. 461; *Schubert*, in: MüKo, BGB, § 164 Rn. 61 f.

⁶⁵⁷ Vgl. A. IV.

⁶⁵⁸ Siehe I. 4. b).

⁶⁵⁹ Oftmals synonym zu der „offenen“ Treuhand“, vgl. BGH, Urteil vom 11. Oktober 2011 – II ZR 242/09 –, NZG 2011, 1432 (1433 f.); BGH, Urteil vom 5. Februar 2013 – II ZR 134/11 –, NZG 2013, 379 (380); *Walch*, NZG 2015, 1259 (1259 f.); so auch noch *Ulmer*, ZHR 156 (1992), 377 (388 ff.), wobei *ders.* später die „qualifizierte“ Treuhand so definiert hat, wie sie nach hier definierter Terminologie zu verstehen ist, siehe *Ulmer*, FS Odersky 1996, 873 (878 ff.). Demnach kann bereits dann von einer „offenen“ Treuhand gesprochen werden, wenn das Treuhandverhältnis der Gesellschaft gegenüber offengelegt ist, es sich also nicht um eine „verdeckte“ Treuhand handelt, was angesichts des grundsätzlich fehlenden Zustimmungsbedürfnisses zur Begründung von Treuhandverhältnissen an Geschäftsanteilen möglich und die Regel ist, vgl. 1. Damit ist jede „qualifizierte“ Treuhand zwangsläufig eine „offene“ Treuhand, nicht aber jede „offene“ Treuhand auch eine „qualifizierte“ Treuhand. Wie hier: Vgl. BGH, Urteil vom 13. Mai 1953 – II ZR 157/52 –, NJW 1953, 1548 (1549 f.); BGH, Urteil vom 30. März 1987 – II ZR 163/86 –, NJW 1987, 2677 (2677); *Lieder*, in: Oetker, HGB, § 105 Rn. 81; *Schäfer*, ZHR 177 (2013), 625 (634); *Tebben*, ZGR 2001, 586 (586) mit entsprechender Begründung.

des Treuhandverhältnisses entspricht.⁶⁶⁰ In aller Regel enthält die obligatorische Treuhandabrede jedoch Einzelheiten zu Art und Umfang der Vergütung des Treuhänders, der Gewinnausschüttung an den Treugeber sowie dessen Weisungs- und Informationsrechten, die die sich subsidiär aus dem Gesetz ergebenden Rechte und Pflichten im Innenverhältnis weitgehend verdrängen.⁶⁶¹

Da nach den vorangegangenen Ausführungen der Treugeber nach h.M. im Grundsatz lediglich schuldrechtlich mit dem treuhänderisch auftretenden Gesellschafter verbunden ist und weder nach außen hin gegenüber dem Rechtsverkehr noch gegenüber der Gesellschaft oder den Mitgesellschaftern in Erscheinung tritt, bleibt die sich aus dem Gesetz sowie der Treuhandabrede ergebende Rechtsstellung des Treugebers im Falle der „einfachen“ Treuhand stets auf das Innenverhältnis beschränkt. Eine vergleichbare Diskussion über die Zuweisung allgemeiner oder organschaftlicher Verwaltungsbefugnisse, wie sie beim Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen geführt wird⁶⁶², findet für die „einfache“ Treuhand nicht statt. Die Rechtsstellung des Treugebers einer „einfachen“ Treuhand ist für die Feststellung einer für die Privatregisteröffentlichkeit bedeutsamen *Berechtigung* insofern weitgehend uninteressant. Es ist aber davon auszugehen, dass die wirtschaftlichen Erträge des Gesellschaftsanteils grundsätzlich in vollem Umfang dem Treuhänder zufließen⁶⁶³, womit dieser in ähnlichem Umfang wirtschaftlich an dem Unternehmen der Gesellschaft beteiligt sein dürfte, wie der Nießbraucher eines „einfachen“ Nießbrauchs an einem Gesellschaftsanteil.⁶⁶⁴

Angesichts der Trennung von treuhänderischem Innen- und gesellschaftlichem Verbandsverhältnis bei der „einfachen“ Treuhand, scheidet auch die Konstruktion einer Treuepflicht des Treugebers von vornherein aus.⁶⁶⁵

⁶⁶⁰ Schäfer, in: MüKo, BGB, § 662 Rn. 38 m.w.N.

⁶⁶¹ Schmidt, in: MüKo, HGB, Vor § 230 Rn. 51, 72; Grage, RNotZ 2005, 251 (259); Eden, Treuhandschaft an Unternehmen und Unternehmensanteilen, S. 26 f.

⁶⁶² Vgl. hierzu, I. 5. c), d). Zu dem Begriff der Verwaltungsbefugnisse, siehe I. 4. a).

⁶⁶³ Weller/Reichert, in: MüKo, GmbHG, § 15 Rn. 227, 236.

⁶⁶⁴ Die gleiche Wertung treffend: Heinze, in: Staudinger, BGB, Anh. §§ 1068 f. Rn. 55 f.; Pohlmann, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 32. Zu der vermögensrechtlichen Beteiligung des Nießbrauchers, vgl. bei I. 5. b). Vgl. zu der ehemaligen „Treuhandlösung“ bei Nießbrauchsgestaltung, die ebenfalls eine Nähe von Nießbrauch und Treuhand zeigt, BGH, Urteil vom 12. Dezember 1974 – II ZR 166/72 –, BeckRS 1974, 31122814; Pohlmann, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 32.

⁶⁶⁵ Schmidt, in: MüKo, HGB, Vor § 230 Rn. 78.

b) Ausnahmsweise: Berücksichtigung des Treugebers im Verbands- und Außenverhältnis

aa) Keine *Berechtigung* des Treugebers

Von dem allgemeinen Informationsanspruch auf Mitteilung der Höhe des Gewinnanteils⁶⁶⁶ abgesehen, der bei allen vermögensrechtlichen Ansprüchen unabhängig ihrer Rechtsnatur gegenüber dem Schuldner anzuerkennen ist⁶⁶⁷, wird der Treugeber in manchen Ausnahmekonstellationen auch in das Verbandsverhältnis zur Gesellschaft einbezogen, ohne dass es einer dahingehenden Regelung in der Treuhandabrede bedarf. In diesen Fällen wird allerdings niemals ein Recht des Treugebers geschaffen, das als Ausdruck wirtschaftlicher *Berechtigung* erkannt werden könnte. Spiegelbildlich hierzu wird auch keine zusätzliche Pflicht der Gesellschaft oder ihrer Gesellschafter geschaffen, woraus sich ein allgemeines Zustimmungsbedürfnis zu der Treuhand begründen ließe.⁶⁶⁸ Vielmehr findet die Person des Treugebers nur zum Schutz der Gesellschaft vor der Verfolgung gesellschaftsfeindlicher Interessen und mittelbar zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger Berücksichtigung.

So greift der Stimmrechtsausschluss des Treuhänders gemäß § 47 IV GmbHG auch bei Befangenheit des Treugebers über den Beschlussgegenstand.⁶⁶⁹ Außerdem sieht § 9a Abs. 4 GmbHG ausdrücklich auch die Gründungshaftung des Treugebers vor.⁶⁷⁰ In der AG gilt Entsprechendes gemäß § 46 Abs. 4, 5 AktG. Darüber hinaus kann auch ein Umstand in der Person des Treugebers einen wichtigen Grund für den Ausschluss oder Austritt des Treuhänders aus der GmbH oder die Auflösung der GmbH bilden.⁶⁷¹

bb) Insbesondere: Einbeziehung in die Kapitalschutzbestimmungen in der GmbH

Am weitreichendsten und kontroversesten ist jedoch die vom BGH vorgegebene Einbeziehung des Treugebers in die innergesellschaftlichen Kapitalschutzvorschriften bei der GmbH. Demnach sei der hinter einem GmbH-Geschäftsanteil stehende Treugeber wie ein Gesellschafter zu behandeln, da die Treuhand einen Rechtsgrund dafür liefere, den Treugeber in die gesellschaftliche Kapitalaufbringung und -erhaltung miteinzubeziehen und ihn den Verpflichtungen aus §§

⁶⁶⁶ Hierzu: BGH, Urteil vom 3. November 1975 – II ZR 98/74 –, WM 1975, 1299 (1300); *Blaurock*, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, S. 180. Ein weitergehendes Informationsrecht des Treugebers an GmbH-Anteilen fordernd: *Armbrüster*, GmbHR 2001, 1021 (1026), wonach der Treugeber alle Informationen von der Gesellschaft erhalten können muss, derer er für die Beurteilung des ihn treffenden Haftungsrisikos bedarf. In Anbetracht der indifferenten Anwendung des GmbH-Haftungsregimes auf den Treugeber durch die Rechtsprechung, vermag dieser Ansatz zu überzeugen, dazu sogleich bei bb).

⁶⁶⁷ Vgl. zu dem entsprechenden Anspruch des Nießbrauchers bei II. 5. f).

⁶⁶⁸ Vgl. demgegenüber bei 6. a) aa).

⁶⁶⁹ *Walch*, NZG 2015, 1259 (1259); *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 1 Rn. 45; *Noack*, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 47 Rn. 95.

⁶⁷⁰ Vgl. *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 9a Rn. 4.

⁶⁷¹ *Walch*, NZG 2015, 1259 (1259); *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 1 Rn. 45.

19, 21 Abs. 3, 24, 31 Abs. 1 – 3 GmbHG zu unterwerfen.⁶⁷² Dies wird von der Literatur teilweise mit Blick auf die Trennung von treuhänderischem Innen- und gesellschaftlichem Verbandsverhältnis kritisiert.⁶⁷³ Die Gesellschaft wäre demnach ausreichend durch die Pfändungsmöglichkeit des Ausgleichsanspruchs des Treuhänders gegenüber dem Treugeber aus der Treuhandabrede geschützt, würde man dem Treugeber untersagen, Einwendungen aus dem Innenverhältnis dem Pfändungspfandgläubiger entgegenzuhalten.⁶⁷⁴

Um einer etwaigen Manipulationsgefahr und der damit einhergehenden Gläubigergefährdung entgegenzuwirken, fordern auch Stimmen in der Literatur einen Durchgriffsanspruch gegenüber dem Treugeber, wenn dem Treugeber die kapitalmindernde Leistung selbst zugeflossen ist oder er die Leistung veranlasst hat.⁶⁷⁵ In dieser Konstellation sei der Treugeber wertungsmäßig als mittelbarer Gesellschafter⁶⁷⁶ der Gesellschaft zu sehen.

Jedenfalls der Umstand, dass die Rechtsprechung diese Einschränkung nicht vornimmt, muss in Anbetracht der teleologisch in der Verhinderung von Missbrauch und Gläubigergefährdung verwurzelten Kapitalerhaltungsregelungen kritisiert werden. Eine entsprechende Gefährdungshandlung durch den Treugeber kann in der Konstellation fehlender Veranlassung oder eines fehlenden unmittelbaren Zuflusses des Kapitals nur schwerlich angenommen werden. Ein dieser Zweckverfolgung dienender Durchgriff dürfte nur dann angezeigt sein, wenn hierdurch der Treugeber als „Quasi-Gesellschafter“ verpflichtet würde. In diesem Fall würde der Durchgriff ein interessengerechtes Ausgleichsinstrument für die mit der „Quasi-Gesellschafterstellung“ einhergehenden Verwaltungsbefugnisse des Treugebers im Verbandsverhältnis darstellen.⁶⁷⁷ Auf die Frage, ob eine in diesem Sinne erfolgende Erweiterung der Treugeberrechte gegenüber einer GmbH überhaupt vereinbart werden kann, wird sogleich eingegangen.⁶⁷⁸

⁶⁷² Siehe BGH, Urteil vom 14. Dezember 1959 – II ZR 187/57 –, NJW 1960, 285 (285 ff.); BGH, Urteil vom 26. November 1979 – II ZR 104/77 –, NJW 1980, 592 (592 f.); BGH, Urteil vom 13. April 1992 – II ZR 225/91 –, DStR 1992, 1024 (1025 f.).

⁶⁷³ Armbrüster, GmbHR 2001, 1021 (1029); Heinze, in: MüKo, GmbHG, § 2 Rn. 178 ff.; die Wertung des BGH ebenfalls ablehnend: Ulmer, ZHR 156 (1992), 377 (381 ff.); ders., FS Odersky 1996, 873 (891 ff.), vgl. noch VI.

⁶⁷⁴ Heinze, in: MüKo, GmbHG, § 2 Rn. 179 f.; Armbrüster, GmbHR 2001, 1021 (1029).

⁶⁷⁵ Servatius, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 1 Rn. 46; weitergehend Altmeyen, in: Altmeyen, GmbHG, § 30 Rn. 34, wonach unabhängig davon, wem die Leistung zufließt, ob der Treugeber Kenntnis hiervon oder diese veranlasst habe, eine Haftung des Treugebers bestehe. Der Treuhänder sei nur Zahlstation des Treugebers, da alle Leistungen, die der Treuhänder im Verbandsverhältnis erhält, wirtschaftlich dem Treugeber zustünden.

⁶⁷⁶ Servatius, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 1 Rn. 46; weitergehend wiederum, siehe Fußnote 675, Altmeyen, in: Altmeyen, GmbHG, § 30 Rn. 33: „Treuhand- und Strohmannverhältnisse sind dadurch gekennzeichnet, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung der Treugeber kraft seiner rechtlichen Stellung iV zum Treuhänder (§§ 667, 670 BGB) als Gesellschafter zu betrachten ist.“

⁶⁷⁷ Ähnlich auch Ulmer, ZHR 156 (1992), 377 (386). Vgl. auch die übertragbaren Überlegungen bei I. 6. c), wonach beim Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen eine Rückkoppelung von Kontrolle und Haftung auch in Bezug auf die Kapitalerhaltungsregelungen in einer GmbH angezeigt ist.

⁶⁷⁸ Vgl. die Ausführungen bei 6. a) bb).

cc) Keine allgemeine Einbeziehung des Treugebers in die Außenhaftung im Personengesellschaftsrecht

Im Recht der Personengesellschaften wird die Trennung zwischen treuhänderischem Innen- und gesellschaftlichem Verbandsverhältnis demgegenüber grundsätzlich gewahrt. Dem BGH und der h.L. zufolge soll der hinter einem Kommanditisten stehende Treugeber, dem Rechtsinhaber gegenüber entsprechend § 171 Abs. 1, § 172 Abs. 4 HGB im Innenverhältnis haften, indem er pro rata (im Verhältnis zu anderen möglichen Treugebern) für nicht geleistete oder zurückgezahlte Einlagen aufkommen muss.⁶⁷⁹ Für den Rechtsverkehr müsse das Treuhandverhältnis hingegen unberücksichtigt bleiben, weshalb eine Durchgriffshaftung des hinter einem KG- oder OHG-Geschäftsanteil stehenden Treugebers gemäß (§ 161 Abs. 2 HGB i.V.m.) § 126 HGB (i.V.m. §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 HGB) in der Konstellation der „einfachen“ Treuhand am Gesellschaftsanteil nicht in Betracht komme.⁶⁸⁰

6. Der vertragliche Ausbau der Treuhand an Gesellschaftsanteilen

a) Zulässigkeit der „qualifizierten“ Treuhand

aa) Die Rechtslage in Personengesellschaften

Eine über eine wirtschaftliche Teilhabe hinausgehende wirtschaftliche *Berechtigung* des Treugebers könnte darin erkannt werden, dass der Treugeber „qualifiziert“ in das Verbandsverhältnis und hierüber sogar in das Außenverhältnis einbezogen wird.⁶⁸¹

In Personengesellschaften ist die Rechtslage angesichts einer gefestigten Judikatur des BGH vergleichsweise klar. Demnach ist unter der Voraussetzung der Zustimmung aller Mitgesellschafter die Einräumung einer „Quasi-Gesellschafterstellung“ des Treugebers zulässig.⁶⁸² Dies entspricht dem in dieser Arbeit zugrunde gelegtem Verständnis einer „qualifizierten“ Treuhand.⁶⁸³ Praktisch bedeutsam sind solche Treuhandgestaltungen insbesondere, wenn – wie bei Publikumsgesellschaften häufig – die mittelbare Beteiligung erst noch zu werbender Anleger und damit eine Verzahnung von Gesellschaft und Treuhand von vornherein vorgesehen ist und

⁶⁷⁹ BGH, Urteil vom 28. Januar 1980 – II ZR 250/78 –, NJW 1980, 1163 (1163 f.); *Schmidt*, in: MüKo, HGB, Vor § 230 Rn. 75.

⁶⁸⁰ BGH, Urteil vom 5. November 1953 – IV ZR 95/53 –, NJW 1954, 190 (192); BGH, Urteil vom 11. November 2008 – XI ZR 468/07 –, NJW-RR 2009, 254 (254 ff.); BGH, Urteil vom 12. Februar 2009 – III ZR 90/08 –, NJW-RR 2009, 613 (618); *Roth*, in: Hopt, HGB, § 105 Rn. 90 m.w.N.

⁶⁸¹ Vgl. die vergleichbaren Ausführungen zum Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen bei I. 6.

⁶⁸² BGH, Urteil vom 13. Mai 1953 – II ZR 157/52 –, NJW 1953, 1548 (1549 f.); BGH, Urteil vom 30. März 1987 – II ZR 163/86 –, NJW 1987, 2677 (2677); BGH, Urteil vom 2. Juli 2001 – II ZR 304/00 –, NJW 2001, 2718 (2719 f.); BGH, Urteil vom 11. Oktober 2011 – II ZR 242/09 –, NZG 2011, 1432 (1433 f.); BGH, Urteil vom 5. Februar 2013 – II ZR 134/11 –, NZG 2013, 379 (380). Ausführlich zu der „qualifizierten“ Treuhand im Personengesellschaftsrecht: *Tebben*, ZGR 2001, 586 (586 ff.).

⁶⁸³ Zu der Begriffserläuterung, siehe 4. c).

im Hinblick darauf bestimmte Rechte und Pflichten der Anleger schon im Gesellschaftsvertrag geregelt sind.⁶⁸⁴ Die Möglichkeit einer derartigen Ausgestaltung des Verbandsverhältnisses wird in erster Linie mit der weitreichenden privatautonomen Gestaltungsfreiheit der Gesellschaftsverhältnisse in Personengesellschaften begründet.⁶⁸⁵

Auch einzelne Verwaltungsbefugnisse sollen auf den Treugeber übertragen werden können. Bedenken, die sich aus einer möglichen Verletzung des auf § 711a S. 1 BGB zurückgehenden Abspaltungsverbots⁶⁸⁶ erheben werden könnten, werden mit dem Hinweis auf die erforderliche Zustimmung aller Mitgesellschafter zu der Übertragung ausgeräumt.⁶⁸⁷ Auch die Übernahme von Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnissen soll möglich sein, wobei die organschaftliche Vertretungsmacht angesichts der grundsätzlich lediglich schuldrechtlichen Wirkung der Treuhand, für die die h.M. einsteht, anders als beim Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen, nicht mit übergehen können soll.⁶⁸⁸ Sollte man die Rechtsnatur der Treuhand anders bewerten, gelten nach hier vertretener Auffassung jedenfalls die für den Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen durch den Grundsatz der Selbstorganschaft gesetzten Grenzen als *argumentum a fortiori* auch hier. Eine vollständige Übertragung sämtlicher Geschäftsführungsbefugnisse oder die Einräumung alleiniger organschaftlicher Vertretungsmacht an Nichtgesellschafter kann mithin dem Rechtsgedanke des § 137 BGB folgend zum Schutz des treuhänderischen Gesellschafters vor Selbstentmündigung nicht möglich sein.⁶⁸⁹

bb) Die Rechtslage in Kapitalgesellschaften

Ob die Möglichkeit besteht, die gesellschaftliche Rechtsstellung des Treugebers gegenüber Kapitalgesellschaften zu stärken, indem ihm in der Treuhandabrede Verwaltungsbefugnisse eingeräumt werden, wird intensiver diskutiert als im Bereich der Personengesellschaften. Dies hängt zunächst mit dem Fehlen einer ähnlich gefestigten Judikatur zusammen. Die h.M. lehnt dabei die Übertragung der für die Personengesellschaften geltenden Grundsätze unter Berufung

⁶⁸⁴ BGH, Urteil vom 30. März 1987 – II ZR 163/86 –, NJW 1987, 2677 (2677); BGH, Urteil vom 11. Oktober 2011 – II ZR 242/09 –, NZG 2011, 1432 (1434); BGH, Urteil vom 5. Februar 2013 – II ZR 134/11 –, NZG 2013, 379 (380).

⁶⁸⁵ BGH, Urteil vom 13. Mai 1953 – II ZR 157/52 –, NJW 1953, 1548 (1549); BGH, Urteil vom 11. Oktober 2011 – II ZR 242/09 –, NZG 2011, 1432 (1433 f.).

⁶⁸⁶ Dazu bereits Zusammenhang mit dem Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen bei I. 1.

⁶⁸⁷ BGH, Urteil vom 30. März 1987 – II ZR 163/86 –, NJW 1987, 2677 (2677); BGH, Urteil vom 11. Oktober 2011 – II ZR 242/09 –, NZG 2011, 1432 (1434); BGH, Urteil vom 5. Februar 2013 – II ZR 134/11 –, NZG 2013, 379 (380).

⁶⁸⁸ Vgl. Roth, in: Hopt, HGB, § 105 Rn. 97; Schmidt, in: MüKo, HGB, Vor § 230 Rn. 68; Eden, Treuhandhaft an Unternehmen und Unternehmensanteilen, S. 89 f.

⁶⁸⁹ Siehe ausführlich, die Ausführungen bei I. 6. b) bb).

auf die schwächere Gestaltungsfreiheit im Bereich der Kapitalgesellschaften sowie das gesellschaftsrechtliche Abspaltungsverbot auf Kapitalgesellschaften ab.⁶⁹⁰

Diese Wertung ist kritisch zu sehen. Zum einen wird dem Treugeber einer „qualifizierten“ Treuhand durch die Rechtsprechung im Bereich der Personengesellschaften die Stellung eines „Quasi-Gesellschafters“ eingeräumt.⁶⁹¹ Es ist nicht ersichtlich, warum das Abspaltungsverbot einer entsprechenden Wertung bei der Beurteilung der Stellung des Treugebers gegenüber einer Kapitalgesellschaft als unüberwindliches Hindernis im Wege stehen sollte. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass das Abspaltungsverbot aus § 711a S. 1 BGB seine Grundlage im Personengesellschaftsrecht hat und im Bereich der weniger personalistisch ausgestalteten Kapitalgesellschaften nicht überspannt werden darf. Für den Fall, dass die Mitgesellschafter ihre Zustimmung zu der Übertragung der Verwaltungsbefugnisse (etwa in der Satzung) erteilt haben, gibt es somit gute Gründe, in dem Abspaltungsverbot keinen grundsätzlichen Ausschluss „qualifizierter“ Treuhandverhältnisse in Kapitalgesellschaften zu sehen.⁶⁹²

Der auf dem Grundsatz der Satzungsstrenge nach § 23 Abs. 5 AktG beruhende Einwand fehlender innergesellschaftlicher Flexibilität mag für die AG zutreffend sein. Die GmbH, in der ein innergesellschaftlicher Gestaltungsspielraum in vergleichbarem Ausmaß wie für die Personengesellschaften allgemein anerkannt wird, sollte jedoch nicht über denselben Kamm gescho-ren werden.⁶⁹³ Angesichts der weiten Verbreitung von sowohl personalistisch organisierten GmbHs als auch Publikumsgesellschaften in personengesellschaftlicher Organisationsform, scheint eine sich strikt an der Gesellschaftsform orientierende Unterscheidung der Möglichkeit „qualifizierter“ Treuhandverhältnisse der gesellschaftsrechtlichen Praxis nicht mehr angemessen.

⁶⁹⁰ BayObLG, Beschluss vom 21. November 1985 – BReg. 3 Z 146/85 –, WM 1986, 226 (227); *Weller/Reichert*, in: MüKo, GmbHG, § 15 Rn. 236; *Grage*, RNotZ 2005, 261 f.; *Noack*, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 47 Rn. 42 jeweils m.w.N.; ausführlich: *Tebben*, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, S. 111 ff.

⁶⁹¹ BGH, Urteil vom 13. Mai 1953 – II ZR 157/52 –, NJW 1953, 1548 (1549 f.); BGH, Urteil vom 30. März 1987 – II ZR 163/86 –, NJW 1987, 2677 (2677); BGH, Urteil vom 2. Juli 2001 – II ZR 304/00 –, NJW 2001, 2718 (2719 f.); BGH, Urteil vom 11. Oktober 2011 – II ZR 242/09 –, NZG 2011, 1432 (1433 f.); BGH, Urteil vom 5. Februar 2013 – II ZR 134/11 –, NZG 2013, 379 (380).

⁶⁹² In diesem Sinne *Walch*, NZG 2015, 1259 (1260); *Ganzer*, in: Rowedder/Penz GmbHG, § 47 Rn. 26; *Raiser/Veil*, in: HCL, GmbHG, § 14 Rn. 49; *Armbrüster*, GmbHR 2001, 1021 (1025); vgl. zu dem Meinungsstand hierzu vor Einführung der Gesellschafterliste, *Breuer*, MittRhNotK 1988, 79 (83) m.w.N.; siehe zudem *Ulmer*, ZHR 156 (1992), 377 (388 f.), der mit seiner Lehre von der Doppelzuständigkeit für das Entstehen einer Personengemeinschaft sui generis an dem GmbH-Anteil im Falle „qualifizierter“ Treuhandverhältnisse eintritt, allerdings vor Einführung der Gesellschafterliste in ihrer durch § 16 Abs. 1 GmbHG das Verbandsverhältnis prägenden Gestalt. Siehe hierzu auch *Tebben*, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, S. 104 ff. Auf das von *Ulmer* vertretene Konzept wird, unter Einschluss der von *Tebben*, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, S. 104 ff. vorgenommenen Beurteilung, noch bei VI. ausführlich eingegangen.

⁶⁹³ So auch *Walch*, NZG 2015, 1259 (1261); *Ulmer*, ZHR 156 (1992), 377 (389). Ausführlich zu der Gestaltungsfreiheit des Verbandsverhältnisses einer GmbH: *Fleischer*, in: MüKo, GmbHG, Einleitung Rn. 21 ff.

Allerdings existieren im Bereich der Kapitalgesellschaften ausdrückliche gesetzliche Regelungen, wonach im Verhältnis zu der Gesellschaft nur der in Aktienregister beziehungsweise Gesellschafterliste eingetragene Rechtsinhaber als der mit den entsprechenden Gesellschafterrechten ausgestattete Gesellschafter anzuerkennen ist. Für das Aktienregister ist dies in § 67 Abs. 2 AktG vorgegeben. Für die GmbH ergibt sich Entsprechendes aus § 16 Abs. 1 GmbHG.⁶⁹⁴ Nach h.M. besteht keine Möglichkeit, einen Treuhandvermerk an einem GmbH-Geschäftsanteil in die Gesellschafterliste oder an einer Namensaktie in das Aktienregister einzutragen.⁶⁹⁵ Hieraus wird teilweise gefolgert, dass auch die Möglichkeit einer Übertragung von Gesellschafterbefugnissen auf den Treugeber durch die Treuhandabrede, die zu unmittelbaren Rechten und Pflichten zwischen Treugeber und Gesellschaft führen könnte, de lege lata unabhängig von dem etwaigen Vorliegen einer Zustimmung der Mitgesellschafter abzulehnen sei.⁶⁹⁶

Zwar stellt sich die Frage, warum diese Begründung für die Frage der Zulässigkeit „qualifizierter“ Nießbrauchsverhältnisse nicht herangezogen wird. Immerhin können hierdurch ebenfalls Gesellschafterbefugnisse auf einen Berechtigten übertragen werden, der nicht Inhaber des Geschäftsanteils ist, obgleich auch hierfür keine ausdrückliche Eintragungsgrundlage in Aktienregister und Gesellschafterliste existiert.⁶⁹⁷ Der Umstand, dass beim Nießbrauch im Gegensatz zur Treuhand nach h.M. eine dinglich verankerte Rechtsgemeinschaft zum Gesellschafter entsteht, ändert nichts daran, dass in beiden Fällen die Zulässigkeit „qualifizierter“ Ausgestaltungen eine Diskrepanz zu der Registerlage hervorrufen würde beziehungsweise hervorruft.

Gleichwohl ist der h.M. de lege lata mit Blick auf die Wertungen der § 67 Abs. 2 AktG und § 16 Abs. 1 GmbHG im Ergebnis zuzustimmen. Anderenfalls würde die von den Registern in diesem Sinne jeweils beanspruchte „Binnenpublizitätswirkung“⁶⁹⁸ geschwächt werden. Dieser Schluss ist für das Aktienregister zwingender als für die Gesellschafterliste. Während das Aktienregister gemäß § 67 Abs. 2 S. 1 AktG die *Rechte und Pflichten* an den dort geregelten Namensaktien ausschließlich dem im Aktienregister Eingetragenen zuweist, sieht § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG lediglich vor, dass der in der GmbH-Gesellschafterliste Eingetragene gegenüber der GmbH als *Inhaber* des Geschäftsanteils anzusehen ist.⁶⁹⁹ Auch das teleologische Argument

⁶⁹⁴ Vgl. Noack, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 47 Rn. 43, wonach § 16 Abs. 1 GmbHG sinnlos wäre, wenn die Regelung nur besagen würde, wer Inhaber des Geschäftsanteils ist, und nicht auch, dass der verlautbarte Inhaber Träger des entsprechenden Stimmrechts ist; siehe auch Walch, NZG 2015, 1259 (1261 ff.) unter Berufung auf BGH, Urteil vom 27. Januar 2015 – KZR 90/13 –, NZG 2015, 478, wonach § 16 Abs. 1 GmbHG der Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft bei der Beurteilung eines Beitritts zur GmbH entgegenstehe.

⁶⁹⁵ Siehe hierzu noch Kapitel 4 A. II. 3. (für die Gesellschafterliste), C. II. 10. c) (für das Aktienregister).

⁶⁹⁶ Für die GmbH: Walch, NZG 2015, 1259 (1263); vgl. auch BGH, Urteil vom 5. Oktober 1992 – II ZR 172/91 –, NJW 1993, 57 (59) gegen die Übertragbarkeit von Verwaltungsbefugnissen auf Dritte im Wege sogenannter Genussscheine im Aktienrecht noch vor Einführung des Aktienregisters in § 67 AktG.

⁶⁹⁷ Zu der Eintragungsfähigkeit von Nießbrauchsvermerken in die Gesellschafterliste siehe Kapitel 4 A. II. 2., zum Aktienregister siehe Kapitel 4 C. II. 10. c).

⁶⁹⁸ Der in dieser Arbeit verwendete Begriff der „Binnenpublizität“ wird bei A. III. 1. c) erläutert.

⁶⁹⁹ Siehe aber die von Noack, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 47 Rn. 43 geforderte Lesart in Fußnote 694.

einer Annäherung von Personen- und Kapitalgesellschaftsrecht greift nur für die (personalistisch organisierte) GmbH. In der sich durch anonyme Beteiligungsverhältnisse auszeichnenden AG herrscht demgegenüber zum einen der Grundsatz der Satzungsstrenge, zum anderen dürfte in aller Regel auch kein Interesse an „qualifizierten“ Ausgestaltungen von Treuhandverhältnissen an Namensaktien bestehen.

De lege lata reichen diese Erwägungen wohl nicht aus, eine Ungleichbehandlung der Parallelvorschriften⁷⁰⁰ des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG und des § 67 Abs. 2 S. 1 AktG in diesem Zusammenhang anzuerkennen. De lege ferenda erscheint eine Zukunft „qualifizierter“ Treugeberrechte an GmbH-Geschäftsanteilen aber systemstimmiger als eine entsprechende an Aktien bestehende Rechtsstellung des Treugebers.

b) Die mit der „qualifizierten“ Ausgestaltung der Treuhand einhergehende Erweiterung der Pflichten des Treugebers

Wenn mithin in Personengesellschaften in der Treuhandabrede zulässigerweise eine „Quasi-Gesellschafterstellung“ des Treugebers im Sinne einer „qualifizierten“ Treuhand begründet wird, führt dies zu einer entsprechenden Pflichtenerweiterung des Treugebers gegenüber der Gesellschaft und dem Rechtsverkehr, die seiner „Quasi-Gesellschafterstellung“ gerecht werden soll. Diese folgt meist schon aus der Treuhandabrede, die den Treugeber unmittelbar zu der Erbringung etwa von Beitragspflichten gegenüber der Gesellschaft verpflichten kann.⁷⁰¹

Zudem kann eine Treuepflicht des Treugebers bestehen, in Ausübung seiner gesellschaftlichen Befugnisse die Interessen der Gesellschaft zu wahren.⁷⁰² Dies ist immer dann anzunehmen, wenn ohne eine Übertragung der Verwaltungsbefugnisse auf den Treugeber, der Treuhänder angesichts seiner Rechtsstellung im Verbandsverhältnis zur Gesellschaft einer Treuepflicht unterliegen würde. Dies entspricht dem gesellschaftsrechtlichen Grundsatz, auch außerhalb einer Gesellschaft stehende Personen einer Treuebindung zu unterwerfen, sofern sie nicht unerheblichen unternehmerischen Einfluss auf die Gesellschaft ausüben können.⁷⁰³ Stehen dem

⁷⁰⁰ Vgl. BT-Drs. 16/6140, S. 43 f.; *Heidinger*, in: MüKo, GmbHG, § 16 Rn. 10; *Altmeppen*, NJW 2021, 2681 (2681).

⁷⁰¹ *Kindler*, in: Koller/Kindler/Drüen, HGB, § 105 Rn. 21. Vgl. die Konstellationen in BGH, Urteil vom 11. Oktober 2011 – II ZR 242/09 –, NZG 2011, 1432 (1434); BGH, Urteil vom 5. Februar 2013 – II ZR 134/11 –, NZG 2013, 379 (381).

⁷⁰² Insofern bei Publikumpersonengesellschaften, i.d.R. nur sehr eingeschränkt, vgl. BGH, Urteil vom 5. Februar 2013 – II ZR 134/11 –, NZG 2013, 379 (381); OLG Stuttgart, Urteil vom 8. März 2006 – 14 U 18/05 –, BeckRS 2006, 10198 (Rn. 34); *Lieder*, in: Oetker, HGB, § 105 Rn. 82; *Kindler*, in: Koller/Kindler/Drüen, HGB, § 105 Rn. 44 ff.

⁷⁰³ Stets anzunehmen bei (mittelbar) beherrschendem Einfluss des Außenstehenden im Sinne von § 17 Abs. 1 AktG, vgl. BGH, Urteil vom 5. Dezember 1983 – II ZR 242/82 –, NJW 1984, 1351 (1352); BGH, Urteil vom 20. Februar 1989 – II ZR 167/88 –, NJW 1989, 1800 (1801 f.); niedrigschwelligere Treuebindung, sofern die Rechte, die ausgeübt werden, primär dem Wohl der Gesellschaft dienen sollen, vgl. die übertragbaren Erwägungen bei I. 6. c).

Treugeber gemäß der Treuhandabrede nur einzelne Verwaltungsbefugnisse zu, unterliegt er in Ausübung dieser Rechte ebenfalls einer Treuebindung an die Gesellschafterinteressen, soweit er nicht Rechte ausübt, die ihm primär im eigenen Interesse und nicht zur Förderung des Verbandszweckes verliehen wurden.⁷⁰⁴

Ob darüber hinaus eine Außenhaftung des Treugebers nach (§ 161 Abs. 2 HGB i.V.m.) §§ 721 BGB, 126 HGB (i.V.m. §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 HGB)⁷⁰⁵ greift, ist umstritten. Die Rechtsprechung verneint dies für die allermeisten Konstellationen und verweist auf eine Ausgleichspflicht des Treugebers im Innenverhältnis. §§ 721 BGB, 126 HGB knüpfen an die formale Gesellschafterstellung an, die Annahme einer „Quasi-Gesellschafterstellung“ im Verbandsverhältnis reiche für die Beurteilung des im Außenverhältnis greifenden Haftungsdurchgriffs nach §§ 721 BGB, 126 HGB nicht aus.⁷⁰⁶ Etwas anderes solle nach Auffassung des BGH gelten, wenn der Treugeber gegenüber der Gesellschaft nicht nur als „Quasi-Gesellschafter“, sondern aufgrund seiner konkreten Rechtsstellung als „tatsächlicher / faktischer Gesellschafter“ der Gesellschaft zu werten ist.⁷⁰⁷ Dies sei durch Auslegung der Treuhandabrede und des Gesellschaftsvertrags zu ermitteln, wobei es auf die Wirksamkeit einer derart ausgestalteten Treuhandabrede nicht ankomme.⁷⁰⁸ Da dies wohl aber nur für die Konstellation der sogenannten „Grundbuch-Treuhand“ in Betracht kommt⁷⁰⁹, die seit der Anerkennung der Grundbuchfähigkeit der GbR durch die Rechtsprechung für eine hinreichende Verkehrsfähigkeit von im Eigentum einer GbR stehenden Grundstücken nicht mehr erforderlich ist⁷¹⁰, dürfte eine Außenhaftung des Treugebers eines Gesellschaftsanteils nach §§ 721 BGB, 126 HGB durch die Rechtsprechung in Zukunft kaum mehr angenommen werden, sofern keine grundsätzliche Neubewertung der Treugeberstellung oder der Reichweite des §§ 721 BGB, 126 HGB erfolgt.

⁷⁰⁴ Dann wird eine mögliche Rechtswidrigkeit der Rechtsausübung nur am Maßstab der Willkürlichkeit und Rechtsmissbräuchlichkeit gemessen, vgl. *Kindler*, in: Koller/Kindler/Drüen, HGB, § 105 Rn. 46.

⁷⁰⁵ Der Übersichtlichkeit halber wird im Folgenden schlicht § 126 HGB angegeben.

⁷⁰⁶ BGH, Urteil vom 11. November 2008 – XI ZR 468/07 –, NZG 2009, 57 (58); BGH, Urteil vom 21. April 2009 – XI ZR 148/08 –, NJW-RR 2009, 1040 (1041); BGH, Urteil vom 20. Juli 2010 – XI ZR 465/07 –, NJW-RR 2010, 1402 (1404); BGH, Urteil vom 24. Juli 2012 – II ZR 297/11 –, NZG 2012, 1024 (1025); BGH, Urteil vom 29. September 2015 – II ZR 403/13 –, NJW 2015, 3789 (3790); OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 17. September 2012 – 23 U 190/11 –, GWR 2012, 493 (493); dem zust. die h.M. in der Literatur, vgl. *Schmidt*, in: MüKo, HGB, § Vor 230 Rn. 60; *Wertenbruch*, NZG 2013, 285 (286); *Tebben*, ZGR 2001, 586 (612 f.) jeweils m.w.N.

⁷⁰⁷ BGH, Urteil u. Teilversäumnisurteil vom 19. Juli 2011 – II ZR 300/08 –, NZG 2011, 1023 (1025); BGH, Urteil vom 24. Juli 2012 – II ZR 297/11 –, NZG 2012, 1024 (1025).

⁷⁰⁸ BGH, Urteil u. Teilversäumnisurteil vom 19. Juli 2011 – II ZR 300/08 –, NZG 2011, 1023 (1025).

⁷⁰⁹ In diesem Sinne: BGH, Urteil vom 24. Juli 2012 – II ZR 297/11 –, NZG 2012, 1024 (1025).

⁷¹⁰ GrdL.: BGH, Urteil vom 29. Januar 2001 – II ZR 331/00 –, NJW 2001, 1056 („Weißes Ross“); bestätigend bzgl. der Eigentumsfähigkeit der GbR am Grundstück und der prozessualen Parteifähigkeit der GbR: BGH, Beschluss vom 6. April 2006 – V ZB 158/05 –, NJW 2006, 2191 (2191 f.).

Dem wird von Teilen der Literatur widersprochen. Der Treugeber einer „qualifizierten“ Treuhand sei auch der Wertung des BGH entsprechend der wahre Gesellschafter der Gesellschaft, womit die Möglichkeit einer Durchgriffshaftung nach §§ 721 BGB, 126 HGB angezeigt sei.⁷¹¹

Dies überzeugt. Richtigerweise zieht §§ 721 BGB, 126 HGB seine Berechtigung aus dem für das Personengesellschaftsrecht geltenden Grundsatz des Gleichlaufs von Kontrolle und Haftung, wonach derjenige, der die Entscheidungsfindung der Gesellschaft im Verbandsverhältnis verantwortet, auch im Außenverhältnis das Risiko dieser Entscheidungen tragen muss.⁷¹² Insofern gäbe das Telos der §§ 721 BGB, 126 HGB durchaus Anlass dazu, in allen Fällen, in denen dem Treugeber Verwaltungsbefugnisse in derart großem Umfang zustehen, dass von einer Kontrollmöglichkeit der Gesellschaft gesprochen werden kann, die der eines „rechtlichen Gesellschafters“ entspräche, eine Haftung des Treugebers nach § 126 HGB zu bejahen.

Zwar könnte eine von der Rechtsprechung betonte konsequente Trennung zwischen Verbands- und Außenverhältnis bei der Bewertung der Rechtsstellung des Treugebers einen Ausschlussgrund für die Anwendung der §§ 721 BGB, 126 HGB darstellen. Allerdings hat der BGH selbst in seiner Beurteilung der „Grundbuch-Treuhand“ mit diesem Grundsatz gebrochen.⁷¹³ Die Differenzierung zwischen einer „Quasi-Gesellschafterstellung“ und einer „faktisch / tatsächlichen Gesellschafterstellung“, bei denen die Gesellschafterstellung jeweils formal durch einen anderen als den Treuhänder gehalten wird, vermag keine verlässlichen Kriterien für die Annahme einer Durchgriffshaftung des Treugebers nach §§ 721 BGB, 126 HGB vorzugeben und somit nicht zu überzeugen.

III. Die Unterbeteiligung

1. Zulässigkeit

Der Inhaber eines Gesellschaftsanteils kann mit einem Dritten auch eine GbR gründen, deren Zweck darin besteht, die Rechte an der Hauptgesellschaft zu fördern und sich aus dem Gesellschaftsanteil wirtschaftlich zu befriedigen, ohne dies im Rechtsverkehr offenzulegen.⁷¹⁴ Diese GbR besteht dann als Unterbeteiligung an der Hauptgesellschaft.

⁷¹¹ Schäfer, in: MüKo, BGB, § 705 Rn. 97; Ulmer, in: Staub, HGB, 4. Aufl., § 105 Rn. 102, § 106 Rn. 17; Foerster, Die Zuordnung der Mitgliedschaft, S. 144 f.; Schäfer, ZHR 177 (2013), 625 (634 ff.); Kindler, ZIP 2009, 1146 (1146 ff.), wonach allein die Zuweisung der wesentlichen Gesellschafterrechte und -pflichten über die Eigenschaft als Gesellschafter einer Personengesellschaft entscheide, womit der Treugeber unabhängig von seiner formal ausgewiesenen Stellung als *echter* Gesellschafter anzusehen sei.

⁷¹² Vgl. I. 6. b) bb), c).

⁷¹³ BGH, Urteil vom 24. Juli 2012 – II ZR 297/11 –, NZG 2012, 1024 (1025).

⁷¹⁴ Kindler, in: Koller/Kindler/Drüen, HGB, § 230 Rn. 4; Gehrlein, in: Ebenroth/Boujong, HGB, § 230 Rn. 94. Eine Aufzählung der unterschiedlichen Zwecke, denen eine Unterbeteiligung dienen kann, findet sich bei Schmidt, in: MüKo, HGB, § 230 Rn. 207.

Deren Zulässigkeit begegnet aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive keinen ernsthaften Bedenken.⁷¹⁵ Ähnlich wie bei der Treuhand⁷¹⁶, werden Haupt- und Unterbeteiligungsverhältnis grundsätzlich streng voneinander getrennt, wodurch die Unterbeteiligung keine die Organisation oder Rechtsausübung beeinflussende Rechtspositionen des Unterbeteiligten gegenüber der unternehmenstragenden Hauptgesellschaft schafft.⁷¹⁷ Folgerichtig bedarf die Unterbeteiligung auch nicht der Zustimmung der Hauptgesellschaft oder ihrer Gesellschafter.⁷¹⁸

2. Rechtsnatur und Wirkung der Unterbeteiligung

a) Die Unterbeteiligung als „stille Beteiligung an einem Gesellschaftsanteil“

Die Unterbeteiligung ist als stille Beteiligung an einem Gesellschaftsanteil zu behandeln.⁷¹⁹ Der Unterschied der stillen Gesellschaft zu der Unterbeteiligung besteht darin, dass der Bezugsgegenstand nicht der Gesellschaftsanteil an einer Hauptgesellschaft als Unternehmensträgerin, sondern das Unternehmen selbst ist.⁷²⁰ Entsprechend greifen generell die GbR-Vorschriften nach §§ 705 ff. BGB, die von den §§ 230 ff. HGB immer dann ergänzt oder verdrängt werden, wenn eine analoge Anwendung dieser Vorschriften dem *stillen* Charakter der Unterbeteiligung und deren fehlender Außenwirkung Rechnung tragen kann.⁷²¹ Die Rechte und Pflichten, die im Unterbeteiligungsverhältnis bestehen, wirken trotz ihrer gesellschaftsrechtlichen Grundlage demnach lediglich schuldrechtlich.⁷²² Als nichtrechtsfähige Innengesellschaft⁷²³ bildet die Unterbeteiligung grundsätzlich weder ein Gesamthandsvermögen noch hält sie ein eigenes Unternehmen, woran der Unterbeteiligte dinglich oder gesellschaftsrechtlich beteiligt sein könnte.⁷²⁴

⁷¹⁵ BGH, Urteil vom 11. Juli 1968 – II ZR 179/66 –, NJW 1968, 2003 (2003); *Schmidt*, in: MüKo, HGB, § 230 Rn. 193 m.w.N. Bereits aus den Motiven zum BGB geht die Zulässigkeit hervor, auch wenn auf eine Normierung der Unterbeteiligung verzichtet wurde, siehe *Mugdan*, Materialien BGB II, S. 343.

⁷¹⁶ Vgl. II. 1., 5. a). Auf die Abgrenzung von der Treuhand wird bei 2. b) eingegangen.

⁷¹⁷ BGH, Urteil vom 11. Juli 1968 – II ZR 179/66 –, NJW 1968, 2003 (2005); *Roth*, in: Hopt, HGB, § 105 Rn. 94; *Gayk*, in: MHdB GesR I, § 59 Rn. 4; *Gehrlein*, DStR 1994, 1314 (1315); *Schmidt*, in: MüKo, HGB, § 230 Rn. 233 f.; *Wedemann*, in: Oetker, HGB, § 230 Rn. 131.

⁷¹⁸ BGH, Urteil vom 11. Juli 1968 – II ZR 179/66 –, NJW 1968, 2003 (2005); OLG Frankfurt a.M., vom 7. September 1991 – 11 U 21/91 –, DB 1992, 2489 (1. LS); *Roth*, in: Hopt, HGB, § 105 Rn. 94; *Schäfer*, in: MüKo, BGB, Vor § 705 Rn. 102; *Koller*, in: Koller/Kindler/Drüen, HGB, § 230 Rn. 4, wobei richtigerweise auf die Möglichkeit einer Treupflichtverletzung durch den Hauptbeteiligten gegenüber der Hauptgesellschaft hingewiesen wird.

⁷¹⁹ *Schmidt*, GesR, § 63 I 1; *ders.*, in: MüKo, HGB, § 230 Rn. 193; *Weipert*, in: MHdB GesR II, § 12 Rn. 77; *Wedemann*, in: Oetker, HGB, § 230 Rn. 122; *Kindler*, in: Koller/Kindler/Drüen, HGB, § 230 Rn. 4.

⁷²⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 22. November 1965 – II ZR 102/63 –, BGH, WM 1966, 188 (190); *Schmidt*, in: MüKo, HGB, Vor § 230 Rn. 95, 98.

⁷²¹ *Koller*, in: Koller/Kindler/Drüen, HGB, § 230 Rn. 4; *Schücking*, in: MHdB GesR I, § 4 Rn. 61; *Schmidt*, in: MüKo, HGB, Vor § 230 Rn. 99, § 230 Rn. 205.

⁷²² *Gayk*, in: MHdB GesR I, § 59 Rn. 2; *Schmidt*, in: MüKo, HGB, § 230 Rn. 195.

⁷²³ BGH, Urteil vom 11. Juli 1968 – II ZR 179/66 –, NJW 1968, 2003 (2003); BGH, Urteil vom 13. Juni 1994 – II ZR 259/92 –, NJW 1994, 2886 (2887); *Schmidt*, in: MüKo, HGB, § 230 Rn. 195; *Gayk*, in: MHdB GesR I, § 59 Rn. 2.

⁷²⁴ *Koller*, in: Koller/Kindler/Drüen, HGB, § 230 Rn. 3; *Gehrlein*, DStR 1994, 1314 (1315); *Gayk*, in: MHdB GesR I, § 59 Rn. 2; *Schmidt*, in: MüKo, HGB, § 230 Rn. 10, 80 im Zusammenhang mit der stillen Gesellschaft; vgl. aber in diesem Zusammenhang die a.A. von *Geibel*, vgl. II. 2. c), der für sein Modell der Treuhand als Gesellschaftsform die Möglichkeit einer Innen-GbR mit Gesamthand bejaht.

Indes ist zu beachten, dass sich die anwendbaren Vorschriften und Rechtsstatuten nach der konkreten Ausgestaltung der Unterbeteiligung richten, womit die Gesellschafter der Unterbeteiligungsgesellschaft im Innenverhältnis durch ein gemeinschaftliches Organisationsstatut die Bildung einer „virtuellen Gesamthand“ und die Anwendung von Regelungen des OHG- oder KG-Rechts vereinbaren können.⁷²⁵

b) Die Unterbeteiligung mit Treuhandcharakter

Die früher h.M. hat das Verhältnis der Unterbeteiligung zur Treuhand streng exklusiv gesehen.⁷²⁶ Eine mittelbare Beteiligung an fremden Unternehmen konnte demnach, von der Möglichkeit des Nießbrauchs abgesehen, entweder als Treuhand oder als Unterbeteiligung ausgestaltet sein, nicht jedoch als beides gleichermaßen. Als Begründung hierfür wurde angeführt, dass der Hauptgesellschafter immer nur entweder für einen gemeinsam mit dem Hintermann beschlossenen Zweck, also auch für sich, den Geschäftsanteil hält und verwaltet (dann Unterbeteiligung) oder allein, in Ausführung eines Auftragsverhältnisses, für den Hintermann, ohne eigene Interessen zu verfolgen (dann Treuhand).⁷²⁷ Mit einem Grundsatzurteil hat der BGH⁷²⁸ dieses Verständnis von einem Exklusivitätsverhältnis beider Rechtsinstitute zueinander aufgegeben. Überschneidungen mit entsprechend kumulativer Anwendung der für das jeweilige Rechtsinstitut einschlägigen Rechtsgrundsätze und Normen sollen demnach möglich sein, wenn hiermit der inhaltlichen Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses im konkreten Fall entsprochen wird.⁷²⁹ Richtigerweise kann ein Hauptbeteiligter mit mehreren Hintermännern, die an einem einheitlichen Geschäftsanteil wirtschaftlich beteiligt sind, Unterbeteiligungen unterhalten, obwohl er den betreffenden Geschäftsanteil ausschließlich für andere und somit als Treugeber hält.⁷³⁰ Er verfolgt dann zwar in Bezug auf den Geschäftsanteil keine *eigenen* wirtschaftlichen Interessen, aber doch mit jedem Unterbeteiligten *gemeinsame*, was für die Annahme einer gemeinschaftlichen gesellschaftsrechtlichen Zweckverfolgung ausreicht. Auch wenn nur ein

⁷²⁵ Schmidt, NZG 2011, 361 (366 f.); ders., in: MüKo, HGB, § 230 Rn. 216, 81, 87.

⁷²⁶ BFH, Entscheidung vom 11. Oktober 1984 - IV R 179/82 -, BB 1985, 638 (639); Wiedemann, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, S. 387; Ulbrich, Die Unterbeteiligungsgesellschaft an Personengesellschaftsanteilen, S. 84 ff.; eine strenge Differenzierung bereits aufweichend: Blaurock, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, S. 108 f.

⁷²⁷ Der BGH, hat diese Abgrenzung grundsätzlich beibehalten, wenngleich eine strenge Exklusivität beider Vertragsverhältnisse zueinander ausdrücklich abgelehnt wird, vgl. BGH, Urteil vom 13. Juni 1994 - II ZR 259/92 -, NJW 1994, 2886 (2887 f.); BGH, Urteil vom 10. Oktober 1994 - II ZR 285/93 -, NJW-RR 1995, 165 (166); ähnlich die h.L. vgl. Gehrlein, in: Ebenroth/Boujong, § 230 HGB Rn. 104; Schmidt, in: MüKo, HGB, Vor § 230 Rn. 45; Gayk, in: MHdB GesR I, § 59 Rn. 13; Weller/Reichert, in: MüKo, GmbHG, § 15 Rn. 249 f.

⁷²⁸ BGH, Urteil vom 13. Juni 1994 - II ZR 259/92 -, NJW 1994, 2886 (2887); dem folgend: BGH, Urteil vom 10. Oktober 1994 - II ZR 285/93 -, NJW-RR 1995, 165 (166); OLG Bamberg, Urteil vom 30. November 2000 - 1 U 72/00 -, NZG 2001, 509 (510).

⁷²⁹ BGH, Urteil vom 13. Juni 1994 - II ZR 259/92 -, NJW 1994, 2886 (2887 f.); BGH, Urteil vom 10. Oktober 1994 - II ZR 285/93 -, NJW-RR 1995, 165 (166); OLG Bamberg, Urteil vom 30. November 2000 - 1 U 72/00 -, NZG 2001, 509 (510); Schmidt, in: MüKo, HGB, Vor § 230 Rn. 45, § 230 Rn. 203, 211; Henssler, AcP 196 (1996), 37 (44); Gayk, in: MHdB GesR I, § 59 Rn. 13; Weller/Reichert, in: MüKo, GmbHG, § 15 Rn. 249 f.

⁷³⁰ Schmidt, in: MüKo, HGB, Vor § 230 Rn. 45; § 230 Rn. 203; Gayk, in: MHdB GesR I, § 59 Rn. 13.

Treugeber vorhanden ist, schließt dies die gleichzeitige Qualifikation als Unterbeteiligung nicht aus. Die Zweckverfolgung, die hinter der Verwaltung des Geschäftsanteils durch den Hauptgesellschafter steht, kann im konkreten Fall als gemeinschaftlich angesehen werden, obwohl die wirtschaftliche Nutzbarkeit des Geschäftsanteils im Innenverhältnis ausschließlich dem Treugeber / Unterbeteiligten zustehen soll.⁷³¹

Abgesehen von den Rechtsfolgen, die eine Qualifikation des Unterbeteiligungsverhältnisses als treuhänderisch für den Treugeber im Verbands- und im Außenverhältnis auslöst⁷³², wirkt sich die Unterscheidung zwischen einem Treuhand- und einem Unterbeteiligungsverhältnis vor allem in Bezug auf die, für die Privatregisteröffentlichkeit uninteressanten⁷³³, Beendigungsmöglichkeiten und -folgen im Innenverhältnis aus.⁷³⁴

3. Grundsätzlich keine Formbedürftigkeit der Unterbeteiligung im Sinne des § 15 Abs. 3, 4

GmbHG

Von der Möglichkeit, dass ein spezielles Formerfordernis wie aus § 518 Abs. 1 BGB greift, abgesehen⁷³⁵, unterfällt der Unterbeteiligungsvertrag keinem sich nach der Gesellschaftsform der Hauptgesellschaft richtenden Formenzwang (wie z.B. § 15 Abs. 4 GmbHG für Anteilsübertragungen).⁷³⁶ Etwas anderes gilt nur, wenn der Unterbeteiligungsvertrag ausnahmsweise eine (aufschiebend bedingte) Rechtspflicht zur Übertragung des Geschäftsanteils, etwa bei Auseinandersetzung, vorsieht.⁷³⁷

⁷³¹ Schmidt, in: MüKo, HGB, § 230 Rn. 203; Gayk, in: MHdB GesR I, § 59 Rn. 13.

⁷³² Siehe hierzu bei 5. a).

⁷³³ Vgl. hierzu A. III. 1.

⁷³⁴ Vgl. Henssler, AcP 196 (1996), 37 (44). Einen Ansatz für eine auch dahingehende Gleichbehandlung von Treuhand und Unterbeteiligung gibt Geibel, nach dessen Modell der Treuhand als Gesellschaftsform auch für die Treuhand die Bestimmungen der §§ 723 ff. BGB a.F. grundsätzlich anwendbar sein sollen, mit der Folge, dass nach Beendigung des Vertragsverhältnisses auch eine gesellschaftliche Auseinandersetzung stattfindet. Vgl. in diesem Zusammenhang Geibel, Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht, S. 283 ff.; ders., in: BeckOGK, BGB, § 80 Rn. 720.

⁷³⁵ So richtigerweise BGH, Urteil vom 24. September 1952 – II ZR 136/51 –, NJW 1952, 1412 (1412) für die stille Gesellschaft. Die diesbezüglich angebrachten Erwägungen zu der Anwendbarkeit des § 518 Abs. 1 BGB lassen sich auf entsprechend ausgestaltete Unterbeteiligungsverhältnisse übertragen. So auch Schmidt, in: MüKo, HGB, § 230 Rn. 225 m.w.N.

⁷³⁶ Koller, in: Koller/Kindler/Drüen, HGB, § 230 Rn. 4; Roth, in: Hopt, HGB, § 105 Rn. 95; Schmidt, in: MüKo, HGB, § 230 Rn. 223 ff.

⁷³⁷ BFH, Urteil vom 22. Juli 2008 – IX R 61/05 –, BeckRS 2008, 25013963; Servatius, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 15 Rn. 76; Schmidt, in: MüKo, HGB, § 230 Rn. 224; Verse, in: Henssler/Strohn, GesR, § 15 GmbHG Rn. 126; Weller/Reichert, in: MüKo, GmbHG, § 15 Rn. 254.

4. Terminologie

- a) Die Typisierung verschiedener Unterbeteiligungsverhältnisse und die Unterscheidung zwischen der „typischen“ und der „atypischen“ Unterbeteiligung

Wie bei der Treuhand, wird auf eine umfassende, zentrale Einführung in die verschiedenen Erscheinungsformen der Unterbeteiligung verzichtet.⁷³⁸ Damit die in dieser Arbeit verwendete Terminologie nachvollziehbar wird, ist es jedoch unausweichlich, in einige der verwendeten Abgrenzungskriterien einzuführen.

Ein Unterbeteiligungsverhältnis, das im Gesellschaftsvertrag nicht von den anwendbaren Normen der §§ 230 ff. HGB abweicht, wird zumeist als „typische“ Unterbeteiligung bezeichnet, was angesichts der fehlenden gesetzlichen Normierung der Unterbeteiligung kritisiert werden kann.⁷³⁹ Die Rechtsstellung des Unterbeteiligten erschöpft sich in dieser Konstellation in der eines „verdeckt“ wirtschaftlich Teilhabenden, ohne Einbindung in das Verbandsverhältnis.

Sobald die Rechtsstellung des Unterbeteiligten vertraglich gestärkt wird, wird gemeinhin von einer „atypischen“ Unterbeteiligung gesprochen. Als „atypische“ Unterbeteiligung werden allerdings nicht nur Unterbeteiligung mit Substanzbeteiligung bezeichnet⁷⁴⁰, sondern auch solche Ausgestaltungen, in denen dem Unterbeteiligten weitreichende Mitwirkungsbefugnisse innerhalb der Unterbeteiligungsgesellschaft eingeräumt werden.⁷⁴¹ Als Gegenbegriff zu der „verdeckten“ Unterbeteiligung wird eine Unterbeteiligung, die den Mitgesellschaftern des Hauptbeteiligten gegenüber offengelegt wurde, als „offene“ Unterbeteiligung bezeichnet.⁷⁴² Der Begriff wird allerdings teilweise auch verwendet, wenn dem Unterbeteiligten unter Zustimmung der Mitgesellschafter des Hauptbeteiligten unmittelbare Mitwirkungsrechte in der Hauptgesellschaft eingeräumt werden.⁷⁴³

⁷³⁸ Zur Begründung kann auf die Ausführungen bei II. 4. a). verwiesen werden.

⁷³⁹ Eintretend für eine Unterscheidung zwischen einer Unterbeteiligung mit und ohne Substanzbeteiligung: *Blaurock*, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, S. 115 f.; *Gayk*, in: MHdB GesR I, § 59 Rn. 9.

⁷⁴⁰ Vgl. *Weller/Reichert*, in: MüKo, GmbHG, § 15 Rn. 247; *Schmidt*, in: MüKo, HGB, § 230 Rn. 209; *Tebben*, Unterbeteiligung und Treuhand an GmbH-Anteilen, S. 29; *Blaurock/Berninger*, GmbHR 1990, 11 (12); *Schacht/Petersen*, in: BeckHdB GmbH, § 13 Rn. 176, vgl. auch Fußnote 739.

⁷⁴¹ Vgl. *Weller/Reichert*, in: MüKo, GmbHG, § 15 Rn. 247; *Schacht/Petersen*, in: BeckHdB GmbH, § 13 Rn. 176; *Schmidt*, in: MüKo, HGB, § 230 Rn. 210; *Blaurock/Berninger*, GmbHR 1990, 11 (12).

⁷⁴² Vgl. *Weller/Reichert*, in: MüKo, GmbHG, § 15 Rn. 248.

⁷⁴³ Vgl. *Gayk*, in: MHdB GesR I, § 59 Rn. 10; *Kiethe*, NZG 1999, 858 (865); *Kindler*, in: Koller/Kindler/Drüen, HGB, § 105 Rn. 22.

b) Unterscheidung zwischen der „einfachen“ und der „qualifizierten“ Unterbeteiligung

Teilweise werden „atypische“ Unterbeteiligungen auch als „qualifiziert“ bezeichnet.⁷⁴⁴ Hieran wird, um eine Vergleichbarkeit der verschiedenen Rechtsinstitute einer wirtschaftlichen Teilhabe an fremden Unternehmen zu gewährleisten, im Sinne einer einheitlichen Terminologie mit dem Nießbrauch und der Treuhand an Gesellschaftsanteilen angeknüpft.⁷⁴⁵ Eine Unterbeteiligung, die dem gesetzlichen Leitbild entspricht, spricht „typisch“ und „verdeckt“ ausgestaltet ist, wird deshalb in dieser Arbeit als „einfache“ Unterbeteiligung bezeichnet. Eine „offene“, „atypische“ Ausgestaltung, in der unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen dem Unterbeteiligten und der Hauptgesellschaft oder ihrer Gesellschafter geschaffen werden, wird in dieser Arbeit „qualifiziert“ genannt.

5. Die „einfache“ Unterbeteiligung nach dem gesetzlichen Grundkonzept

a) Die Beschränkung der Unterbeteiligung auf das Innenverhältnis

Wie bei der Treuhand, fehlt eine Normierung der Unterbeteiligung. Dass trotzdem von einem gesetzlichen Grundkonzept gesprochen wird, ergibt sich aus der weitgehenden Anwendbarkeit der §§ 230 ff. HGB auf die Unterbeteiligung, das dieser ein gesetzliches Regelungsgerüst zuweist. Dieses greift immer dann, wenn der Gesellschaftsvertrag für das Unterbeteiligungsverhältnis nichts Abweichendes vorsieht.

Es wurde bereits dargelegt, dass der Unterbeteiligte einer „einfachen“ Unterbeteiligung nicht in das Verbandsverhältnis der Hauptgesellschaft eingebunden ist, was schon daraus folgen muss, dass die Unterbeteiligung im Grundsatz „verdeckt“ vorliegt.⁷⁴⁶ Eine Einbindung des Unterbeteiligten in das GmbH-Kapitalschutzregime kommt nur in Betracht, wenn das Unterbeteiligungsverhältnis als treuhänderisch angesehen werden muss.⁷⁴⁷

Der Unterbeteiligte hat lediglich einen obligatorischen Anspruch auf Beteiligung am Gewinnanteil, ist aber nicht an der Substanz des Gesellschaftsanteils beteiligt, womit eine Wertveränderung der Hauptbeteiligung ihm weder unmittelbar zugutekommt noch seine Ansprüche unmittelbar schmälert. Im Zweifel gilt hierbei in entsprechender Anwendung von § 231 Abs. 1 HGB und in Abweichung von § 709 Abs. 3 S. 3 BGB, dass ein „angemessener Anteil“ als

⁷⁴⁴ Die „qualifizierte“ Unterbeteiligung wird z.T. als Unterfall der „offenen“ Unterbeteiligung ausgegeben, was der hier gewählten Unterscheidung entspricht, vgl. *Weller/Reichert*, in: MüKo, GmbHG, § 15 Rn. 248 („*offene qualifizierte Unterbeteiligung*“); ähnlich, trotz synonyme Verwendung beider Begriffe, *Schäfer*, in: MüKo, BGB, Vor § 705 Rn. 106; vgl. auch *Tebben*, Unterbeteiligung und Treuhand an GmbH-Anteilen, S. 105, der von einer „*qualifizierte[n] mittelbare[n] Beteiligung*“ spricht.

⁷⁴⁵ Siehe hierzu bereits die Ausführungen bei I. 4. b), II. 4. c).

⁷⁴⁶ *Schäfer*, in: Staub, HGB, § 105 Rn. 111; *Gayk*, in: MHdB GesR I, § 59 Rn. 10; *Weller/Reichert*, in: MüKo, GmbHG, § 15 Rn. 248.

⁷⁴⁷ *Schmidt*, in: MüKo, HGB, § 230 Rn. 211, 58 ff. Zu der Treugeberhaftung, siehe II. 6. b). Zu der Möglichkeit treuhänderischer Unterbeteiligungen, siehe 2. b).

bedungen gilt.⁷⁴⁸ Diese „Angemessenheit“ ist wiederum im Einzelfall in Anbetracht der vorliegenden Umstände zu bestimmen.⁷⁴⁹ Auch am Verlust ist der Unterbeteiligte im Zweifel beteiligt, und zwar entsprechend der eigenen Gewinnbeteiligungsquote.⁷⁵⁰

Darüber hinaus stehen dem Unterbeteiligten im Hinblick auf die laufenden Angelegenheiten der Unterbeteiligungsgesellschaft gemäß § 233 HGB i.V.m. § 166 HGB nur die eingeschränkten Informationsrechte eines Kommanditisten zu. Dieses ist deutlich enger gefasst als der Informationsanspruch des Gesellschafters aus § 717 Abs. 2 BGB und richtet sich allein gegen den Gesellschafter als Geschäftsinhaber. Gegenüber der Hauptgesellschaft stehen ihm hingegen grundsätzlich keine derartigen Rechnungslegungsansprüche zu.⁷⁵¹ Zudem fehlt es damit an der dem Gesellschafter grundsätzlich zustehenden Geschäftsführungsbefugnis aus § 715 BGB.⁷⁵²

b) Der Streit um die Treuepflicht des Unterbeteiligten

Obwohl bei der „einfachen“ Unterbeteiligung aufgrund ihrer „Verdecktheit“ keine unmittelbare Rechtsbeziehung zwischen der Hauptgesellschaft und dem Unterbeteiligten entstehen kann, wird teilweise für die grundsätzliche Geltung einer Treuepflicht des Unterbeteiligten gegenüber der Hauptgesellschaft plädiert.⁷⁵³ Nach hier vertretener Auffassung ist eine solche Treuepflicht in der Konstellation einer „einfachen“ Unterbeteiligung jedoch nicht angebracht, da sich das Fehlen jeglicher gesellschaftlicher Verknüpfung zwischen Unterbeteiligten und Hauptgesellschaft in beide Richtungen auswirken muss.⁷⁵⁴ Da sich aus der Treuepflicht auch nach der h.M.

⁷⁴⁸ *Blaurock*, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, S. 117; *Schmidt*, in: MüKo, HGB, § 231 Rn. 7, 26; *Wedemann*, in: Oetker, HGB, § 231 Rn. 13. Grund für die Verdrängung des § 709 Abs. 3 S. 3 BGB durch § 231 Abs. 1 HGB ist, dass bei der Unterbeteiligung wie bei der stillen Beteiligung, eine Beteiligung am Gewinn nach Köpfen nicht dem Verhältnis entspräche, mit dem sich die Gesellschafter in die Gesellschaft einbringen.

⁷⁴⁹ *Schmidt*, in: MüKo, HGB, § 231 Rn. 7, 26 gibt als solche möglichen Umstände aus: Die bestehende oder fehlende Beteiligung des stillen Gesellschafters auch am Verlust; die Frage, inwieweit die eigene Tätigkeit des Geschäftsinhabers aus Gewinnen zu vergüten ist; das Verhältnis zwischen dem Eigenkapital des Geschäftsinhabers und der stillen Einlage. Der BFH hat in seinem Urteil vom 29. März 1973 – IV R 56/70 –, BeckRS 1973, 22002090 für die „typische“ stille Gesellschaft festgestellt, dass i.d.R. eine Gewinnverteilungsabrede angemessen sei, die im Zeitpunkt der Vereinbarung bei vernünftiger kaufmännischer Beurteilung eine durchschnittliche Rendite von bis zu 15% des tatsächlichen Wertes der stillen Beteiligung erwarten lässt. Mit seinem Urteil vom 9. Oktober 2001 – VIII R 77/98 –, NJW-RR 2002, 319 (320) bestätigte der BFH die grundsätzlich entsprechende Geltung der Grundsätze, die hinsichtlich der Gewinnbeteiligung für die stille Gesellschaft aufgestellt wurden, für die Unterbeteiligung.

⁷⁵⁰ Vgl. *Schmidt*, in: MüKo, HGB, § 231 Rn. 26; *Wedemann*, in: Oetker, HGB, § 231 Rn. 13.

⁷⁵¹ BGH, Urteil vom 11. Juli 1968 – II ZR 179/66 –, NJW 1968, 2003 (2005); die Änderungen des MoPeG haben insofern keine entscheidenden Änderungen gebracht, vgl. *Hoffmann-Theinert*, in: BeckOK, HGB, § 233 Rn. 1 ff.

⁷⁵² *Weller/Reichert*, in: MüKo, GmbHG, § 15 Rn. 247 m.w.N. Zu Geschäftsführungs- und Mitwirkungsrechten im Einzelnen: *Gayk*, in: MHdB GesR I, § 59 Rn. 30; *Schmidt*, in: MüKo, HGB, § 230 Rn. 238.

⁷⁵³ *Wedemann*, in: Oetker, HGB, § 230 Rn. 133; *Kindler*, in: Koller/Kindler/Drüen, HGB, § 230 Rn. 4.

⁷⁵⁴ So muss auch BGH, Urteil vom 11. Juli 1968 – II ZR 179/66 –, NJW 1968, 2003 (2005) verstanden werden. Im Übrigen kann auf die entsprechenden Ausführungen zu der Treuepflicht des Nießbrauchers, siehe I. 5. g), und des Treugebers verwiesen werden, siehe II. 5. a).

jedoch kein allgemeines Wettbewerbsverbot des Unterbeteiligten ergeben soll⁷⁵⁵ und nur wenige Wege denkbar sind, wie der Unterbeteiligte darüber hinaus die Geschicke der Hauptgesellschaft beeinflussen sollte, ist die Beurteilung einer generellen Treuepflicht des Unterbeteiligten wohl rein theoretischer Natur.

c) Keine Berechtigung des Unterbeteiligten an dem Gesellschaftsanteil bei Insolvenz des Hauptbeteiligten

Anders als der Treugeber eines Gesellschaftsanteils⁷⁵⁶ kann der Unterbeteiligte nach h.M. aus seiner Unterbeteiligungsstellung heraus allein kein Aussonderungsrecht nach § 47 InsO geltend machen, wenn über das Vermögen des Hauptbeteiligten das Insolvenzverfahren eröffnet wird. Auch § 84 Abs. 1 S. 1 InsO, wonach die Auseinandersetzung von Gesellschaften und Gemeinschaften außerhalb des Insolvenzverfahrens zu erfolgen habe, soll auf die Unterbeteiligung nicht anzuwenden sein. Stattdessen soll der für stille Gesellschaften als Spezialregelung normierte § 236 HGB anzuwenden sein. Hiernach sei der Unterbeteiligte in Bezug auf seinen Auseinandersetzungsanspruch gemäß § 236 Abs. 1 HGB lediglich als Insolvenzgläubiger zu behandeln und habe gemäß § 236 Abs. 2 HGB konsequenterweise rückständige Einlagen auch zur Insolvenzmasse einzuzahlen.⁷⁵⁷ Bei der „einfachen“ Unterbeteiligung ist dem mit Blick auf die fehlende gesellschaftliche Verantwortung des Unterbeteiligten zuzustimmen.

§ 136 InsO ist nicht anwendbar. Der Anfechtungstatbestand des § 136 InsO soll der Verminderung der Insolvenzmasse bei der Unternehmensinsolvenz entgegenwirken.⁷⁵⁸ Wie beschrieben⁷⁵⁹, bezieht sich die Unterbeteiligung auf einen Gesellschaftsanteil, nicht auf ein Unternehmen, weshalb keine für eine Analogie erforderliche vergleichbare Interessenlage vorliegt.⁷⁶⁰

⁷⁵⁵ BGH, Urteil vom 11. Juli 1968 – II ZR 179/66 –, NJW 1968, 2003 (2005). Teilweise wird die Möglichkeit eines Durchgriffs des Wettbewerbsverbots des Hauptgesellschafters diskutiert, vgl. *Schmidt*, in: MüKo, HGB, § 230 Rn. 244 f.; *Wedemann*, in: Oetker, HGB, § 230 Rn. 133. Indes gibt es für einen Durchgriff keine Veranlassung, da die Weitergabe geschützter Informationen, die durch den Unterbeteiligten gegen das Interesse der Hauptgesellschaft im Wettbewerb verwendet werden könnten, bereits durch die dahingehende Beschränkung des Informationsanspruchs des Unterbeteiligten verhindert wird; a.A. *Kindler*, in: Koller/Kindler/Drüen, HGB, § 230 Rn. 4.

⁷⁵⁶ Betrifft, von Ausnahmefällen abgesehen, nur den Fall der „Übertragungstreuhand“, vgl. II. 2. b) cc).

⁷⁵⁷ *Wedemann*, in: Oetker, HGB, § 236 Rn. 24; *Gehrlein*, in: Ebenroth/Boujong, HGB, § 236 Rn. 24; a.A. *Blaurock*, in: *Blaurock*, HdB stGes, Rn. 30.65; *ders.*, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, S. 276 ff., wonach die Analogiefähigkeit des § 236 HGB für die Unterbeteiligung allgemein zu verneinen sei, da die Beteiligung über eine Unterbeteiligung regelmäßig nicht auf das für die stille Gesellschaft typische dynamische Betreiben eines Handelsgewerbes gerichtet sei. Auch formuliere § 236 HGB keinen allgemeinen Grundsatz für Innengesellschaften jeglicher Art. Demnach bleibe es auch für die „typische“ Unterbeteiligung mangels Einschlägigkeit abweichender Sonderbestimmungen bei der Regelung des § 84 Abs. 1 S. 1 InsO.

⁷⁵⁸ *Wedemann*, in: Oetker, HGB, § 236 Rn. 25.

⁷⁵⁹ Vgl. 2. a).

⁷⁶⁰ So auch *Wedemann*, in: Oetker, HGB, § 236 Rn. 25; *Gehrlein*, in: Ebenroth/Boujong, HGB, § 236 Rn. 24; *Schoon*, in: BeckOK, InsR, § 136 InsO Rn. 9; a.A. wohl *Schmidt*, in: MüKo, HGB, § 230 Rn. 205, der alle Gläubigerschutzregelungen, die für stille Gesellschaften gelten, auch für die Unterbeteiligung angewendet sehen will, da die Unternehmensbeteiligung auf Basis einer Innengesellschaft entscheidend für den gebotenen Gläubigerschutz sei.

6. Der vertragliche Ausbau der Unterbeteiligung

a) Beschränkung der Wirkung auf das Innenverhältnis

Ist die Unterbeteiligung „einfach“ ausgestaltet, schafft sie keine *Berechtigung* des Unterbeteiligten, die gegenüber der Gesellschaft oder dem Rechtsverkehr, als die Adressaten privatregisterrechtlicher Informationen, relevant ist. Die Stärkung der Rechtsstellung des Unterbeteiligten *im Innenverhältnis* zum Hauptgesellschafter ist nach allgemeiner Auffassung zwar möglich, sofern, bei vergleichbarer Interessenlage, die für die Dispositionsfreiheit zu stillen Gesellschaften zu beachtenden Grenzen einer Abweichung von den §§ 230 ff. HGB beachtet werden.⁷⁶¹ Indes geht auch hiermit keine für die Privatregisteröffentlichkeit relevante Einbeziehung des Unterbeteiligten in das Verbands- oder Außenverhältnis der Hauptgesellschaft einher.

b) Aufwertung der Rechtsstellung des „atypischen“ Unterbeteiligten bei Insolvenz des Hauptbeteiligten?

Teilweise wird vertreten, dass eine im Innenverhältnis den Unterbeteiligten gegenüber dem Hauptbeteiligung stärkende „atypische“ Ausgestaltung des Unterbeteiligungsverhältnis dazu führt, dass nicht lediglich von einer Fremdkapitalfinanzierung, sondern, wie bei „atypischen“ stillen Gesellschaften, von einer *Mitberechtigung* des Stillen an dem Gesellschaftsunternehmen ausgegangen werden kann, woraus sich eine Anwendung des § 84 Abs. 1 S. 1 InsO ergebe, wonach im Insolvenzfall des Hauptgesellschafters eine Auseinandersetzung über das Unterbeteiligungsverhältnis außerhalb des Insolvenzverfahrens zu erfolgen habe.⁷⁶² Da sich „typische“ und „atypische“ Unterbeteiligung in Art und Ausmaß gesellschaftlicher Verantwortung für die Unterbeteiligungsgesellschaft stark unterscheiden, hat diese Differenzierung einen teleologischen Reiz, ihr fehlt allerdings jedwede gesetzliche Verankerung.

Führt die Ausgestaltung der Unterbeteiligung im Einzelfall zu Überschneidungen mit der Treuhand⁷⁶³, kommen zudem die für die Treuhand geltenden Regelungen zur Anwendung, was zu einem insolvenz- beziehungsweise zwangsvollstreckungsrechtlichen Schutz des Unterbeteiligten führen kann, der sich aus der für Treugeber anwendbaren § 771 ZPO, § 47 InsO ergibt.⁷⁶⁴

⁷⁶¹ Roth, in: Hopt, HGB, § 105 Rn. 97 ff.; Kindler, in: Koller/Kindler/Drüen, HGB, § 230 Rn. 4; Schmidt, in: MüKo, HGB, § 230 Rn. 72, 205.

⁷⁶² Schmidt, in: MüKo, HGB, § 236 Rn. 11, 45 m.w.N.; noch weitergehend: Blaurock, in: Blaurock, HdB stGes, Rn. 30.65; ders., Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, S. 276 ff., der auch auf die „typische“ Unterbeteiligung die Regelung des § 84 Abs. 1 S. 1 InsO anwenden will, vgl. Fußnote 757.

⁷⁶³ Siehe hierzu die Ausführungen bei 2. b).

⁷⁶⁴ Gayk, in: MHdB GesR I, § 59 Rn. 13. Zu dem Insolvenzschutz des Treugebers, siehe II. 2. b) cc).

Unabhängig von diesen Überlegungen, kann eine für die Dauer des Bestehens der Unterbeteiligung gegenüber der Privatregisteröffentlichkeit auszuweisende *Berechtigung* des Unterbeteiligten an dem Gesellschaftsanteil jedoch kaum darin erkannt werden, dass eine solche nach dem (wirtschaftlichen) Ende dieses Rechtsinstituts eine insolvenzrechtliche Berücksichtigung fände.

c) Zulässigkeit der „qualifizierten“ Unterbeteiligung

aa) Die Rechtslage in Personengesellschaften

Jedenfalls wenn es sich bei der Hauptgesellschaft um eine Personengesellschaft handelt, besteht aber auch die Möglichkeit, dem Unterbeteiligten vertraglich eine Rechtsposition einzuräumen, die ihm weitgehend die mit dem Hauptgesellschaftsanteil verbundenen Befugnisse, insbesondere Verwaltungsbefugnisse⁷⁶⁵, gegenüber der Hauptgesellschaft und im Umgang mit den Mitgesellschaftern des Hauptgesellschafters zugesteht.⁷⁶⁶ Da der Unterbeteiligte in diesem Fall als „Quasi-Gesellschafter“ das reine Innenverhältnis der Unterbeteiligung zu dem Hauptbeteiligten verlässt und in das Verbandsverhältnis der Hauptgesellschaft zu ihren Gesellschaftern eintritt, ist in diesem Fall deren Zustimmung erforderlich.⁷⁶⁷

Die Zustimmung beseitigt zwar auf dem Abspaltungsverbot beruhende Bedenken⁷⁶⁸, es gelten allerdings die durch den Grundsatz der Selbstorganschaft gesteckten Grenzen hinsichtlich der Wahrnehmung von mit dem Gesellschaftsanteil verbundenen organschaftlichen Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnissen.⁷⁶⁹

bb) Die Rechtslage in Kapitalgesellschaften

Die Zulässigkeit „qualifizierter“ Unterbeteiligungsverhältnisse an Kapitalgesellschaften wird aus gesellschaftsrechtlicher⁷⁷⁰ Perspektive nur unbefriedigend behandelt.⁷⁷¹ Eine ausführliche

⁷⁶⁵ Zu dem Begriff der Verwaltungsbefugnisse, vgl. I. 4. a).

⁷⁶⁶ BGH, Urteil vom 20. September 1973 – VII ZR 176/71 –, NJW 1973, 2101 (2102); *Schmidt*, in: MüKo, HGB, § 230 Rn. 217; *Kindler*, in: Koller/Kindler/Drüen, HGB, § 105 Rn. 22; *Weller/Reichert*, in: MüKo, GmbHG, § 15 Rn. 247 f.; *Gayk*, in: MHdB GesR I, § 59 Rn. 10; *Roth*, in: Hopt, HGB, § 105 Rn. 97.

⁷⁶⁷ *Weller/Reichert*, in: MüKo, GmbHG, § 15 Rn. 248; *Kindler*, in: Koller/Kindler/Drüen, HGB, § 105 Rn. 22; *Schäfer*, in: MüKo, BGB, Vor § 705 Rn. 106; im Ergebnis ebenso *Schmidt*, in: MüKo, HGB, § 230 Rn. 222, wonach die Unterbeteiligung jedenfalls dann zustimmungspflichtig sei, wenn sie zu einer „virtuellen Einbeziehung der Unterbeteiligten in die Haupt-(Personen-) Gesellschaft führt“.

⁷⁶⁸ Vgl. II. 6. a) aa).

⁷⁶⁹ Vgl. dazu I. 6. b) bb).

⁷⁷⁰ Steuerrechtlich ist eine „qualifizierte“ Unterbeteiligung, die zu einer wirtschaftlichen Inhaberschaft und damit einer Zurechnung der Einkünfte nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EstG beziehungsweise § 17 EstG führt, jedenfalls möglich, vgl. BFH, Urteil vom 18. Mai 2005 – VIII R 34/01 –, DStR 2005, 1849 (1842 f.); noch großzügiger: *Pupeter*, GmbHR 2006, 910 (911 ff.); *Schmidt*, in: MüKo, HGB, § 230 Rn. 220 m.w.N.

⁷⁷¹ So auch *Pupeter*, GmbHR 2006, 910 (914 ff.), der sowohl die Ausübung der Verwaltungsbefugnisse durch einen Unterbeteiligten als auch die Anwendung von Haftungs- und Eigenkapitalersatzregelungen auf den Unterbeteiligten im GmbH-Recht als unbeantwortete Fragen ausweist. Nach hier vertretener Auffassung bedingen die Antworten auf beide Fragen einander, da die Anwendung der mit dem Gesellschaftsanteil verbundenen Pflichten mit der gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeit des Unterbeteiligten einhergehen sollte; ohne nähere Begründung von einer Zulässigkeit von „qualifizierten“ Verhältnissen nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis ausgehend: *Roth/Thöni*, FS 100 Jahre GmbHG 1992, 245 (254).

Auseinandersetzung mit den Gestaltungsmöglichkeiten „qualifizierter“ mittelbarer Beteiligung bietet zwar *Tebben*⁷⁷², der dabei auch ausführlich auf das von *Ulmer* begründete Konzept einer vergleichbaren Treuhandgestaltung an dem Gesellschaftsanteil entstehenden (dinglichen) Rechtsgemeinschaft *sui generis* eingeht.⁷⁷³ Im Ergebnis erkennt er zu Recht, im Sinne der Erwägungen, die auch bereits zur Ausgestaltung derartiger Treuhandbeziehungen angebracht wurden⁷⁷⁴, jedenfalls für die GmbH keine zwingenden Gründe, die der Einbeziehung eines Unterbeteiligten in die Gesellschaftsbelange entgegenstehen.

Allerdings existierte damals § 16 Abs. 1 GmbHG und die ihre Wirkung hieraus ziehende Gesellschafterliste in ihrer heutigen Gestalt noch nicht, weshalb auch die in diesem Zusammenhang getroffene gesetzgeberische Wertung noch nicht berücksichtigt werden konnte.⁷⁷⁵

Soweit ersichtlich wurde seither die Möglichkeit qualifizierter Unterbeteiligungen in einer GmbH nicht mehr diskutiert. Zieht man das Meinungsbild heran, das bei der Beurteilung der Zulässigkeit der „qualifizierten“ Treuhand in Kapitalgesellschaften existiert⁷⁷⁶, dürften in dem Abspaltungsverbot und den Regelungen des § 16 Abs. 1 GmbHG beziehungsweise des § 67 Abs. 2 AktG durchschlagende Gründe gegen die Zulässigkeit einer „qualifizierten“ vertraglichen Ausgestaltung zu erkennen sein. Hiernach ist nur der formale in der Gesellschafterliste beziehungsweise dem Aktienregister eingetragene Inhaber des Gesellschaftsanteils als Inhaber von Verwaltungsbefugnissen anzusehen.⁷⁷⁷ Die unmittelbare Geltendmachung gesellschaftlicher Verwaltungsbefugnissen in der Hauptgesellschaft durch den Unterbeteiligten ist damit de lege lata nicht möglich.

Die Bedenken⁷⁷⁸, die gegen die ablehnende Haltung zur „qualifizierten“ Treuhand in Kapitalgesellschaften und die Ungleichbehandlung gegenüber „qualifizierten“ Nießbrauchsgestaltungen geäußert wurden, können indes entsprechend für die Beurteilung der Unterbeteiligung geltend gemacht werden. Damit stünden nach hier vertretener Auffassung einer Rechtsfortbildung, die zu der Möglichkeit führen würde, jedenfalls in GmbHs⁷⁷⁹ eine „qualifizierte“ Rechtsstellung Unterbeteiligter zu begründen, keine unüberwindbaren teleologischen oder dogmatischen Hindernisse entgegenstünden.

⁷⁷² *Tebben*, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, S. 104 ff.

⁷⁷³ Vgl. *Ulmer*, ZHR 156 (1992), 377 (388); *ders.*, FS Odersky 1996, 878 f. Hierzu, siehe noch bei VI.

⁷⁷⁴ Vgl. II. 6. a) bb).

⁷⁷⁵ Vgl. II. 6. a) bb).

⁷⁷⁶ Siehe II. 6. a) bb).

⁷⁷⁷ Die Unterbeteiligungsstellung ergibt sich weder aus der Gesellschafterliste, siehe Kapitel 4 A. II. 2., noch aus dem Aktienregister, siehe Kapitel 4 C. II. 10. c).

⁷⁷⁸ Vgl. II. 6. a) bb).

⁷⁷⁹ Zu der insofern gebotenen differenzierenden Beurteilung von AG und GmbH, siehe ebenfalls II. 6. a) bb).

d) Die mit der „qualifizierten“ Ausgestaltung der Unterbeteiligung einhergehende Erweiterung der Pflichten des Unterbeteiligten

Bei mithin allein in Personengesellschaften zulässigen „qualifizierten“ Unterbeteiligungsverhältnissen gehen hiermit auch die an die Gesellschafterstellung geknüpften Pflichten im Verbandsverhältnis einher. Namentlich sind dies jedenfalls eine Treueverpflichtung gegenüber der Hauptgesellschaft in Gestalt eines Wettbewerbsverbots und Verschwiegenheitspflichten⁷⁸⁰, die nach hier vertretener Auffassung bei einer „einfachen“ Unterbeteiligung nicht bestehen.⁷⁸¹

Wie auch bei der Treuhand soll die „qualifizierte“ Unterbeteiligung indes grundsätzlich keine Auswirkungen auf das Außenverhältnis der Hauptgesellschaft und ihrer formalen Gesellschafter haben.⁷⁸² Im Rechtsverkehr und gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft treffen weiterhin ausschließlich den Hauptbeteiligten die an die formale Gesellschafterstellung anknüpfenden Pflichten, wie insbesondere die Durchgriffshaftung nach (§ 161 Abs. 2 HGB i.V.m.) § 126 HGB (i.V.m. §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 HGB). Nur höchst ausnahmsweise kann nach der Rechtsprechung ein Durchgriff angezeigt sein und zwar, wenn neben der „qualifizierten“ Unterbeteiligung weitere Umstände, wie das Auftreten des Unterbeteiligten gegenüber dem Gesellschaftsgläubiger, die Wertung rechtfertigt, dass der Unterbeteiligte *als* oder *zumindest wie* ein tatsächlicher Gesellschafter zu behandeln ist.⁷⁸³ Anders als bei der Treuhand (bei der eine „faktische Gesellschafterstellung“ in ausdrücklicher Abgrenzung von der „Quasi-Gesellschafterstellung“ für den Haftungsdurchgriff gefordert wird⁷⁸⁴), bleibt Anknüpfungspunkt jedoch die „Quasi-Gesellschafterstellung“ des Unterbeteiligten.⁷⁸⁵ Ob damit eine Ungleichbehandlung der „qualifizierten“ Unterbeteiligung und der „qualifizierten“ Treuhand einhergehen soll, ist unklar. Eine solche ist angesichts der vergleichbaren Interessenlage der Beteiligten und der Überschneidungen von Unterbeteiligung und Treuhand⁷⁸⁶ jedenfalls nicht angezeigt.⁷⁸⁷

⁷⁸⁰ Gayk, in: MHdB GesR I, § 59 Rn. 10; Schmidt, in: MüKo, HGB, § 230 Rn. 234; Blaurock, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, S. 184 f.; Schäfer, in: MüKo, BGB, Vor § 705 Rn. 106.

⁷⁸¹ Siehe 5. b).

⁷⁸² Gayk, in: MHdB GesR I, § 59 Rn. 65; Schmidt, in: MüKo, HGB, § 230 Rn. 235; Harbarth, in: Staub, HGB, § 230 Rn. 286. Beim „qualifizierten“ Nießbrauch wird angesichts der verdinglichten Rechtsposition des Nießbrauchers und der Annahme einer Rechtsgemeinschaft zwischen Gesellschafter und Nießbraucher an dem belasteten Gesellschaftsanteil eine Außenhaftung des Nießbrauchers großzügiger bejaht, siehe I. 6. c).

⁷⁸³ BGH, Urteil vom 20. September 1973 – VII ZR 176/71 –, NJW 1973, 2101 (2102); für die stille Gesellschaft BGH, Beschluss vom 1. März 2010 – II ZR 249/08 –, NZG 2010, 823 (LS).

⁷⁸⁴ Siehe II. 6. b).

⁷⁸⁵ BGH, Urteil vom 20. September 1973 – VII ZR 176/71 –, NJW 1973, 2101 (2102).

⁷⁸⁶ Siehe 2. b).

⁷⁸⁷ Von einer Gleichbehandlung ausgehend wohl auch OLG Schleswig, Urteil vom 24. Mai 2007 – 5 U 38/06 –, ZIP 2007, 2258 (2261); Kindler, in: Koller/Kindler/Drüen, HGB, § 105 Rn. 22; Gayk, in: MHdB GesR I, § 59 Rn. 65, der im Zusammenhang mit den für die Unterbeteiligung geltenden Grundsätzen auf OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 17. September 2012 – 23 U 190/11 –, GWR 2012, 493 (493) verweist, das für die Treuhand ergangen ist.

Deshalb kann für die Beurteilung der „qualifizierten“ Unterbeteiligung auf die Ausführungen verwiesen werden, die zu der „qualifizierten“ Treuhand, und mit Abstrichen auch zu dem „qualifizierten“ Nießbrauch, gemacht wurden.⁷⁸⁸ Dies umfasst auch die Argumentation zugunsten einer umfassenderen Anwendung des (§ 161 Abs. 2 HGB i.V.m.) § 126 HGB (i.V.m. §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 HGB) auf den „qualifizierten“ Unterbeteiligten, die dem gebotenen Gleichlauf von Kontrolle und Haftung in Personengesellschaften Rechnung tragen würde. Die h.M. hingegen geht lediglich von einer Innenhaftung des Unterbeteiligten gegenüber dem Hauptbeteiligten aus, sofern die Haftungsvoraussetzungen, die für den Hauptbeteiligten greifen, in Ansehung des Unterbeteiligungsverhältnisses auch bei dem Unterbeteiligten vorliegen⁷⁸⁹, wovon im Falle einer „qualifizierten“ Unterbeteiligung in aller Regel auszugehen ist.

IV. Zweifel an der Übertragbarkeit der Feststellungen auf „qualifizierte“ mittelbare Teilhaberrechte an einer GbR

Herrschend wird von der Zulässigkeit wirtschaftlicher Teilhaberrechte auch an dem Unternehmen einer Außen-GbR⁷⁹⁰ über Nießbrauch, Treuhand und Unterbeteiligung ausgegangen und teilweise auch die Möglichkeit „qualifizierter“ Ausgestaltungen anerkannt.⁷⁹¹ In Übertragung der vorangegangenen Ausführungen könnten damit auch an einer GbR Erscheinungsformen privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung bestehen, über die durch Einführung des GbR-Gesellschaftsregisters im Privatregisterrecht informiert werden könnte.

Das MoPeG verhält sich ausdrücklich nicht zu der Zulässigkeit (qualifizierter) wirtschaftlicher Teilhaberrechte als Ausnahme von dem in § 711a Abs. 1 BGB n.F. neugefassten Abspaltungsverbot, geschweige denn ihrer Offenlegung im GbR-Gesellschaftsregister.⁷⁹²

Im Rahmen der Formulierung der Anforderungen an ein privatrechtliches Begriffsverständnis von wirtschaftlicher Berechtigung wurde allerdings darauf eingegangen, dass eine solche nur

⁷⁸⁸ Siehe II. 6. b) (zur Treuhand), I. 6. c) (zum Nießbrauch).

⁷⁸⁹ Schmidt, in: MüKo, HGB, § 230 Rn. 246 f.; Gayk, in: MHdB GesR I, § 59 Rn. 63 ff. m.w.N.; wie hier dagegen, für die Möglichkeit einer unmittelbaren Inanspruchnahme des Unterbeteiligten plädierend: OLG Schleswig, Urteil vom 24. Mai 2007 – 5 U 38/06 –, ZIP 2007, 2258 (2261).

⁷⁹⁰ Nach h.M. kann die im Rechtsverkehr auftretende Außen-GbR Unternehmensträgerin nach handelsrechtlichem Verständnis sein, vgl. Schmidt, GesR, § 58 II 4; ders., NJW 2003, 1897 (1903 f.); Kindler, in: Ebenroth/Boujong, HGB, § 1 Rn. 73. Im Übrigen können jedenfalls Unterbeteiligung und Treuhand auch an dem Gesellschaftsanteil einer Innen-GbR bestehen. Da die Innen-GbR kein Unternehmen nach handelsrechtlichem Verständnis führt, könnte in dieser Konstellation jedoch nicht von einer mittelbaren Berechtigung an fremden Unternehmen gesprochen werden, vgl. Schmidt, in: MüKo, HGB, § 230 Rn. 196.

⁷⁹¹ Vgl. zum Nießbrauch: BGH, Urteil vom 9. 11. 1998 - II ZR 213-97 –, NJW 1999, 571 (572); Schmidt, in: MüKo, HGB, Vor § 230 Rn. 14; Frank, MittBayNot 2010, 96 (97); zur Treuhand: MüKoBGB/Schäfer BGB § 705 Rn. 99 ff. m.w.N.; zur Unterbeteiligung: Schäfer, in: MüKo, BGB, Vor § 705 Rn. 98; Blaurock, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, S. 50 ff.

⁷⁹² BT-Drs. 19/27635 S. 211: „Unter welchen Voraussetzungen eine Vertretung bei der Stimmrechtsausübung zulässig ist, entzieht sich ebenso wie die diskutierten Ausnahmen zu dem in § 711a BGB-E geregelten Abspaltungsverbot (zum Beispiel Überlassung zur Ausübung, Treuhand, Nießbrauch, Testamentsvollstreckung) einer abstrakt-generellen Regelung.“

in einer systemstimmigen Beteiligung an einem auf wirtschaftliche Betätigung konzipierten Bezugsobjekt erkannt werden sollte.⁷⁹³ Die GbR betreibt in Abgrenzung zu Personenhandels- gesellschaften gerade kein Handelsgeschäft, womit sie per Definition nach Art und Umfang nicht über einen Geschäftsbetrieb verfügt, der nach § 105 Abs. 1 HGB i.V.m. § 1 HGB eine kaufmännische Einrichtung erfordert. Eine gleichwohl bestehende Nutznießerschaft einer gesellschaftsfremden Person an einem GbR-Anteil als privatrechtliche wirtschaftliche Berechtigung anzuerkennen und ihr über das Privatregisterrecht sogar Rechte und Pflichten zuzuweisen, könnte insofern der gesetzgeberischen Konzeption der GbR widersprechen. Denn im Gegensatz zu den Handelsgesellschaften ist die Rechtsform der GbR eigentlich nicht im Sinne einer kaufmännischen Tätigkeit darauf ausgelegt, wirtschaftliche Erträge der an ihr beteiligten Personen zu generieren. Deshalb wird teilweise auch in Zweifel gezogen, dass überhaupt ein wirtschaftliches Bedürfnis für mittelbare Teilhaberrechte an einer GbR besteht.⁷⁹⁴

Es kommt insofern darauf an, ob eine *wirtschaftliche* Ausrichtung mit einer *kaufmännischen* Betätigung gleichzusetzen ist.

Das MoPeG hat nicht zu einer Neubewertung der gesetzlichen Konzeption der GbR geführt. Zwar hat sich die GbR infolge des MoPeG gezielt dem Rechtsverkehr für die Verfolgung erwerbswirtschaftlicher Zwecke geöffnet. An der Unterscheidung der OHG als kaufmännische und der GbR als nicht kaufmännische Personengesellschaft wurde indes ausdrücklich festgehalten.⁷⁹⁵

Auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, dass die Versagung einer über das Privatregisterrecht ausgedrückten Anerkennung einer mittelbar an einer GbR bestehenden wirtschaftlichen Berechtigung nicht dazu führen würde, derartige „uncharakteristische“ Beteiligungsmodelle aus der Rechtslandschaft zu verbannen. Vielmehr bliebe eine als solche zu verstehende wirtschaftliche Berechtigung im Verborgenen bestehen. Mangels normativer Klarheit, wie mit ihnen umzugehen ist, würde im Umgang mit ihnen, wie für das OHG-, KG-, oder GmbH-Recht, Intransparenz und Rechtsunsicherheit herrschen. Dabei hatte die Einführung des GbR-Gesellschaftsregisters gerade auch den Zweck, dem im Umgang mit GbRs gesteigerten Transparenzbedürfnis Rechnung zu tragen.⁷⁹⁶

⁷⁹³ Vgl. A. VI.

⁷⁹⁴ Schäfer, in: MüKo, BGB, Vor § 705 Rn. 98.

⁷⁹⁵ BT-Drs. 19/27635 S. 105.

⁷⁹⁶ BT-Drs. 19/27635 S. 102, 128.

Diese widerstreitenden Interessen in Bezug auf die Anerkennung wirtschaftlicher Berechtigung an einer eingetragenen GbR und deren Ausweisung im Privatregisterrecht ist im weiteren Verlauf zu berücksichtigen.

V. Keine über die mittelbare wirtschaftliche Teilhabe an fremden Unternehmen hinausgehende

Berechtigung durch die Verpfändung oder Pfändung von Personenhandelsgesellschaften

Eine mittelbare wirtschaftliche Teilhabe an dem Unternehmen einer Personengesellschaft wird auch über die Verpfändung oder die Pfändung von Gesellschaftsanteilen geschaffen. Denn hiermit werden grundsätzlich auch die mit dem Anteil verbundenen Vermögensrechte verpfändet beziehungsweise, bei der Pfändung, verstrickt.⁷⁹⁷

Das durch Verpfändung oder Pfändung entstehende Pfandrecht dient ausschließlich der Sicherung zum Zwecke der Verwertung.⁷⁹⁸ Über dieses Sicherungsinteresse hinaus hat der Pfandgläubiger keinerlei Interesse an einer wirtschaftlichen Partizipation an dem laufenden Gesellschaftsunternehmen, weshalb auch sämtliche nicht vermögensbezogenen Rechte aus dem Gesellschaftsanteil bei dem Gesellschafter verbleiben.⁷⁹⁹ Hiervon unterscheidet er sich von den wirtschaftlichen Teilhabern aus Nießbrauch, Treuhand oder Unterbeteiligung an einem Gesellschaftsanteil, für die ein über die bloße Sicherung hinausgehendes Interesse jedenfalls vorliegen kann, was den Bedarf, und soweit zulässig, die Existenz „qualifizierter“ Ausgestaltungen begründet.

Insofern erschöpft sich die Rechtsstellung des Pfandgläubigers stets in wirtschaftlicher Teilhabe, worin keine für die Privatregisteröffentlichkeit relevante wirtschaftliche *Berechtigung* zu erkennen ist.⁸⁰⁰ Anders als etwa für die Treuhand oder die Unterbeteiligung an einem GmbH-Anteil⁸⁰¹, besteht angesichts der Eindimensionalität der Motivlage der Beteiligten auch kein Bedürfnis, entsprechende Berechtigungen des Pfandgläubigers zuzulassen.

⁷⁹⁷ Lorz, in: Ebenroth/Boujong, HGB, § 133 Rn. 12; Schöne, in: BeckOK, BGB, § 726 Rn. 2; vgl. zu der demgegenüber nicht zu einer wirtschaftlichen Teilhabe am Gesellschaftsanteil führenden Pfandrecht an GmbH-Gesellschaftsanteilen bei A. V. 4. d) aa).

⁷⁹⁸ Schmidt, in: MüKo, HGB, Vor § 230 Rn. 39.

⁷⁹⁹ Wertenbruch, in: Ebenroth/Boujong, HGB, § 105 Rn. 307; Lorz, in: Ebenroth/Boujong, HGB, § 133 Rn. 12; Schmidt/Fleischer, in: MüKo, HGB, § 135 Rn. 13.

⁸⁰⁰ Zur Begründung, vgl. A. VIII.

⁸⁰¹ Siehe II. 6. a) bb) (zur Treuhand), III. 6. c) bb) (zur Unterbeteiligung).

VI. Die Lehre von der Doppelzuständigkeit am Gesellschaftsanteil als bestehender Ansatz für eine vereinheitlichte Behandlung der Rechtsinstitute mittelbarer wirtschaftlicher Teilhabe an fremden Unternehmen

Die von *Ulmer* vertretene Lehre von der Doppelzuständigkeit⁸⁰² begründet eine in vielerlei Hinsicht von der h.M. abweichende Handhabung der Rechtsinstitute wirtschaftlicher Teilhabe an Gesellschaftsanteilen. So soll eine „qualifizierte“ Ausgestaltung auch von Treuhand oder Unterbeteiligung an OHG-, KG- oder GmbH-Anteilen als Ausfluss privatautonomer Gestaltungswege möglich sein und dazu führen, dass der Hintermann gemeinsam mit dem Gesellschafter die mit dem Anteil verbundenen Rechte und Pflichten im Verhältnis zur Gesellschaft trägt. *Ulmer* erkennt die Ähnlichkeit mittelbarer wirtschaftlicher Teilhaberrechte aus Treuhand, Unterbeteiligung und Nießbrauch und bemängelt die in dieser Hinsicht unterschiedliche Handhabung durch Rechtsprechung und Literatur, was die Wahrnehmung von Verwaltungsbefugnissen, die Geltung von Formvorschriften oder die Anwendung von Kapitalschutz- und Haftungsregelungen betrifft.⁸⁰³

Eine ausführliche Auseinandersetzung mit dem von *Ulmer* vorgestellten Modell wurde von *Tebben* vorgenommen.⁸⁰⁴ Dieser erkennt die teleologischen Einwände *Ulmers* gegen den geltenden Umgang der Rechtsprechung mit Treuhand an Gesellschaftsanteilen und Unterbeteiligung an, kritisiert das Modell aber als mit der geltenden Rechtslage nicht vereinbar. *Tebben* führt aus, dass *Ulmer* es vermeide, ausdrücklich von einer dinglichen Wirkung zu sprechen⁸⁰⁵, diese der Rechtsgemeinschaft aber faktisch zuweist. Dies zeichne sich dadurch aus, dass die gläubigerschützenden Kapitalerhaltungsregelungen bei der GmbH beziehungsweise die Durchgriffshaftung nach § 126 HGB bei der OHG gegenüber dem „qualifiziert“ Beteiligten zur Anwendung gelangen sollten.⁸⁰⁶ Eine dingliche Wirkung der Rechtsgemeinschaft müsse nach *Tebben* bei einer Doppelzuständigkeit am Gesellschaftsanteil zudem deshalb angenommen werden, weil mit ihr eine Neuordnung der Rechte an dem Gesellschaftsanteil nach außen hin erfolgen soll. Hierfür sei jedoch eine Rechtsgrundlage sowie ein nach außen tretender Publizitätsakt erforderlich, da anderenfalls ein dingliches Recht entstehe, das nach dem auch für das Gesellschaftsrecht anzuwendenden *numerus clausus* des Sachenrechts nicht vorgesehen sei.⁸⁰⁷

⁸⁰² Für die GmbH: *Ulmer*, ZHR 156 (1992), 377 (388 ff.); *ders.*, FS Odersky 1996, 873 (878 ff.). Für die OHG: *ders.*: in: Staub, HGB, 4. Aufl., § 105 Rn. 102 ff.

⁸⁰³ *Ulmer*, ZHR 156 (1992), 377 (383 ff.); *ders.*, FS Odersky 1996, 873 (888 ff.); siehe hierzu auch schon die Verweisungen in den entsprechenden Abschnitten in den Fußnoten 606, 650, 673, 677, 692, 711, 773.

⁸⁰⁴ *Tebben*, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, S. 104 ff.

⁸⁰⁵ Tatsächlich spricht *Ulmer*, FS Odersky 1996, 873 (889) von einer „quasi“ dinglichen Wirkung der Rechtsgemeinschaft.

⁸⁰⁶ *Tebben*, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, S. 106 f.

⁸⁰⁷ *Tebben*, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, S. 109.

Was die Zweckmäßigkeit einer die Schaffung „qualifizierter“ Treugeber- oder Unterbeteiligtenbefugnisse zulassenden Rechtsfortbildung im Wege der Normierung eines eigenständigen beschränkten dinglichen Rechts angeht, stimmt *Tebben* demgegenüber mit *Ulmer* überein, dass viele hiergegen erhobene Einwände nicht durchschlagend sind.⁸⁰⁸ Gelänge es, die von *Tebben* geäußerten Bedenken über eine systemstimmige Einpassung „qualifizierter“ wirtschaftlicher Teilhaberrechte in die Privatregisterlandschaft einzupassen, könnte die Lehre von der Doppelzuständigkeit aber als „Wegbereiterin“ für das Verständnis von einer privatregisterrechtlich in Erscheinung tretenden wirtschaftlichen Berechtigung dienen.

VII. Zwischenergebnis in Thesen

1. Bei „einfacher“ Ausgestaltung fehlt Nießbraucher, Treugeber und Unterbeteiligten die wirtschaftliche *Berechtigung* an dem Gesellschaftsanteil

Die „einfache“ Ausgestaltung von Nießbrauch, Treuhand und Unterbeteiligung an einem Gesellschaftsanteil erschöpft sich im Wesentlichen in der wirtschaftlichen Teilhabe an dem fremden Gesellschaftsunternehmen. Für den Nießbrauch ist dies umstrittener als für die Treuhand und die Unterbeteiligung, entspricht aber ebenfalls der h.M.⁸⁰⁹ Zwar mögen im Innenverhältnis Weisungsbefugnisse, Informationsansprüche oder andere eine Einflussnahme des Hintermanns auf den Gesellschafter ermöglichenden Absprachen und Rechte bestehen und sogar dem Regelfall entsprechen, eine Berechtigung an dem Gesellschaftsanteil selbst ist hierin aber nicht zu erkennen. Es fehlt jegliche für den Privatrechtsverkehr oder das Verbandsverhältnis relevante Außenwirkung dieser Rechtsstellung. Auch die die wirtschaftlichen Teilhaberrechte flankierenden Informationsrechte, die sich ausnahmsweise gegenüber der Gesellschaft, also im Verbandsverhältnis auswirken, sind nicht Ausdruck einer hierüber hinausgehenden *Berechtigung* des Hintermanns an dem Gesellschaftsanteil, da sie zwangsläufig seiner wirtschaftlichen Teilhabeposition entspringen.⁸¹⁰ Gleiches gilt für den dem Nießbraucher eines „einfachen“ Nießbrauchs an einem Gesellschaftsanteil über § 1071 BGB gewährten Schutz seiner Rechtsposition. Zum einen fällt es schwer, in der hierin angelegten Beschränkungen der Gesellschafterbefugnisse des Gesellschafters im Verbandsverhältnis eine *Berechtigung* des Nießbrauchers zu erkennen. Vor allem aber soll § 1071 BGB nach h.M., trotz entgegenstehenden Gesetzeswortlauts, auf Wirkungen im Innenverhältnis beschränkt bleiben.⁸¹¹

⁸⁰⁸ So soll etwa das in § 137 BGB angelegte Verbot der Selbstentmündigung oder das Abspaltungsverbot, wenn es nur zu der Wahrnehmung mitgliedschaftlicher Befugnisse Dritter und nicht zu einer isolierten dinglichen Abspaltung eines solchen führt, „qualifizierten“ Ausgestaltungen nicht entgegenstehen, *Tebben*, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, S. 111 ff. Zu der abweichenden h.M. vgl. II. 6. a) bb), III. 6. c) bb).

⁸⁰⁹ Siehe I. 5. (zum Nießbrauch), II. 5. a) (zur Treuhand), III. 5. a) (zur Unterbeteiligung).

⁸¹⁰ Siehe I. 5. f) (zum Nießbrauch), II. 5. b) (zur Treuhand), III. 5. a) (zur Unterbeteiligung).

⁸¹¹ Siehe I. 5. e).

Erst recht kann eine für den Hintermann selbst nachteilige Berücksichtigung seiner Rechtsstellung im Verbands- oder Außenverhältnis, wie die Einbeziehung des Treugebers in die Kapitalschutzvorschriften der GmbH auch bei „einfacher“ Ausgestaltung des Treuhandverhältnisses, nicht *Ausdruck* einer wirtschaftlichen *Berechtigung* sein.⁸¹² Ob sie demgegenüber aber Folge einer solchen sein könnte, wird an späterer Stelle beurteilt.⁸¹³

2. Die Berechtigung an dem Gesellschaftsanteil folgt nicht aus der Rechtsnatur des Rechtsinstituts mittelbarer wirtschaftlicher Teilhabe

Eine wirtschaftliche Berechtigung allein an der Rechtsnatur des Rechtsinstituts wirtschaftlicher Teilhabe festzumachen, überzeugt insofern ebenfalls nicht. Auch in dem „einfachen“ Nießbrauch an einem Geschäftsanteil kommt, obgleich zweifelsfrei dinglich verankert⁸¹⁴, im Verbands- oder Außenverhältnis keine über die wirtschaftliche Teilhabe hinausgehende Berechtigung des Nießbrauchers zum Ausdruck. Dass der Nießbraucher Anspruchsberechtigter der mit dem Geschäftsanteil verbundenen Nutzungen ist, führt nicht dazu, ihm bei „einfacher“ Ausgestaltung des Nießbrauchs, Verwaltungsbefugnisse an dem Gesellschaftsanteil zuzuweisen. Selbst die vermögensrechtlichen Rechtspositionen, die dem Nießbraucher als Nutzungen zustehen, sind bei Fehlen einer „qualifizierten“ Ausgestaltung derart zu beschränken, dass mit ihnen keine sich auf das Verbandsverhältnis auswirkenden Rechtspositionen des Nießbrauchers verbunden sind.⁸¹⁵ Dass sie, anders als im Falle der Treuhand und der Unterbeteiligung⁸¹⁶, unmittelbar gegenüber der Gesellschaft geltend gemacht werden, begründet faktisch keine Rechtsstellung des Nießbrauchers, die über die eines bloß wirtschaftlich Teilhabenden hinausgeht.

Noch deutlicher wird die Untauglichkeit der Rechtsnatur als Unterscheidungskriterium für das Vorliegen wirtschaftlicher Berechtigung an der Handhabung verschiedener Treuhandgestaltungen durch die Rechtsprechung. Dass insolvenzrechtliche Vorzugs- oder Absonderungsrechte für sich betrachtet mangels wirtschaftlicher Teilhabe des Berechtigten keine wirtschaftliche Berechtigung ausdrücken, wurde bereits im Rahmen der Begriffsentwicklung festgestellt.⁸¹⁷ Davon abgesehen kann die Anwendung dinglicher Schutzrechte wie § 47 InsO aber auch nicht Auskunft darüber geben, ob ein wirtschaftlich Teilhabender, etwa ein Treugeber, auch wirtschaftlich *Berechtigter* des betroffenen Gesellschaftsanteils ist. Anderenfalls würde eine wirtschaftliche Berechtigung von der Art des Zustandekommens der Treuhand abhängig sein.⁸¹⁸

⁸¹² Vgl. II. 5. b).

⁸¹³ Vgl. Kapitel 4 C. II. 3. c), 4. c).

⁸¹⁴ I. 2.

⁸¹⁵ Siehe I. 5. b).

⁸¹⁶ Siehe II. 2. a), 5. a), III. 2. a), 5. a).

⁸¹⁷ Vgl. A. V. 4. d).

⁸¹⁸ Vgl. II. 2. b) cc).

Die Rechte und Pflichten des Treugebers in Bezug auf den Gesellschaftsanteil sind hiervon jedoch unabhängig und ergeben sich allein aus der Treuhandabrede und, soweit zulässig, seiner durch Zustimmung der Mitgesellschafter erfolgenden Einbeziehung in das Verbandsverhältnis. Auch eine dingliche Anwartschaft des Treugebers begründet deshalb keine wirtschaftliche Berechtigung des Treugebers an dem Geschäftsanteil. Auch hierin kommt nur die Ungleichbehandlung von Treuhandverhältnissen im Rechtsverkehr durch die Rechtsprechung zum Ausdruck, die angesichts der von dem Zustandekommen der Treuhand eigentlich unabhängigen Rechtsbeziehungen zwischen Treugeber und Treuhänder, kritisch gesehen werden muss.⁸¹⁹ Auf die grundsätzlich ausschließlich obligatorisch wirkende Unterbeteiligung, für die aber bei einer treuhänderischen Ausgestaltung ausnahmsweise entsprechende Grundsätze gelten⁸²⁰, lassen sich diese Feststellungen übertragen.

3. Die Anwendbarkeit von § 15 Abs. 3, 4 GmbHG trifft keine Aussage über die Übertragung von wirtschaftlicher Berechtigung

Auch die Anwendung der Formvorschriften des § 15 Abs. 3, 4 GmbHG im Zusammenhang mit der Begründung der unterschiedlichen Rechtsinstitute gibt keine Auskunft über das Vorliegen wirtschaftlicher Berechtigung. Die notarielle Mitwirkung ist in diesem Zusammenhang nicht Ausdruck einer besonderen Außenwirkung der Berechtigung des Hintermanns an dem Gesellschaftsanteil, wofür die Anknüpfung an die Übertragung des Gesellschaftsanteils, und damit die formale Berechtigung hieran, sprechen könnte. Sofern nicht ausdrücklich normiert, wie im Falle des Nießbrauchs gemäß § 1069 Abs. 1 BGB, richtet sich die Anwendbarkeit der § 15 Abs. 3, 4 GmbHG allein danach, ob die fragliche Vereinbarung eine *formale Übertragung* im Sinne der Norm einschließt oder antizipiert. An dem Beispiel der Treuhand, für die wiederum die Art der Begründung ausschlaggebend ist⁸²¹, die die Rechtsstellung des Treugebers im Verbands- oder Außenverhältnis aber gerade prägt, lässt sich mithin festmachen, dass die Übertragung einer wirtschaftlichen Berechtigung *de lege lata* nicht generell formbedürftig ist.

4. Bei „qualifizierter“ Ausgestaltung sind Nießbraucher, Treugeber und Unterbeteiligter wirtschaftlich Berechtigte an dem Gesellschaftsanteil

Etwas anderes würde nur gelten, würde man die Anwendung der Formvorschriften, entsprechend dem von *Ulmer* vertretenen Ansatz, von dem Umfang der Teilhaberrechte des Hintermanns im Verbandsverhältnis abhängig machen.⁸²² Denn entscheidend für das Vorliegen einer

⁸¹⁹ Vgl. II. 2. b) bb).

⁸²⁰ Vgl. III. 2. b), 5. a).

⁸²¹ Siehe II. 3.

⁸²² Siehe VI.

wirtschaftlichen Berechtigung ist nach hier vertretener Auffassung allein das Bestehen eines über das Innenverhältnis hinausgehenden Einflusses des jeweiligen Hintermanns auf die Gesellschaft, der infolge „qualifizierter“ Ausgestaltung des Nießbrauchs, der Treuhand oder Unterbeteiligung an einem Gesellschaftsanteil entsteht. Denn der über die Schaffung von Verwaltungsbefugnissen entstehende Einfluss löst nicht nur im Verbandsverhältnis zur Gesellschaft ein Interesse an Rechtssicherheit über derartige Rechtspositionen aus, das über das Privatregisterrecht befriedigt werden könnte, sondern ist auch für den Rechtsverkehr relevant, demgegenüber, im Personengesellschaftsrecht, die Einbeziehung in die Außenhaftung von dem Umfang entsprechender Befugnisse abhängig gemacht wird oder jedenfalls sein sollte.⁸²³ Dass das für die Registeröffentlichkeit (Gesellschaft und Rechtsverkehr) grundsätzlich uninteressante Innenverhältnis im Falle „qualifizierter“ Ausgestaltungen verlassen wird, zeigt sich auch an dem hierfür stets bestehenden Zustimmungserfordernis der Mitgesellschafter.⁸²⁴

„Qualifizierte“ Ausgestaltungen des Nießbrauchs, der Treuhand und der Unterbeteiligung werden, terminologisch uneinheitlich, jedenfalls im Personenhandelsgesellschaftsrecht anerkannt.⁸²⁵ „Qualifizierte“ Ausgestaltungen von Treuhand und Unterbeteiligung an Kapitalgesellschaften sind de lege lata hingegen unzulässig, weshalb diese Rechtsinstitute auch keine wirtschaftliche Berechtigung des jeweiligen Hintermanns ausdrücken. Allerdings wurde aufgezeigt, dass zum einen die Ungleichbehandlung gegenüber der für „qualifizierte“ Nießbrauchsverhältnisse geltenden Rechtslage, wonach zumindest ein „qualifizierter“ Nießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen zulässig ist, mit Blick auf § 16 Abs. 1 GmbHG angreifbar ist. Zum anderen folgt auch die Differenzierung zwischen Personenhandels- und Kapitalgesellschaften, jedenfalls im Falle der GmbH, keinem an den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs und der an den entsprechenden Rechtsverhältnissen beteiligten Personen ausgerichteten Interesse.⁸²⁶ Zumindest einer in einer „qualifizierten“ Treuhand oder einer „qualifizierten“ Unterbeteiligung an einem GmbH-Gesellschaftsanteil zum Ausdruck kommenden wirtschaftlichen Berechtigung stehen mithin keine unüberwindbaren teleologischen oder dogmatischen Hindernisse entgegen.

5. Terminologische Uneinheitlichkeit und das Fehlen verlässlicher Regelungswerke offenbaren ein privatrechtliches Klarstellungsbedürfnis im Umgang mit mittelbaren wirtschaftlichen Teilhaberrechten an Gesellschaftsunternehmen

Insofern sollte die Wahl des Rechtsinstituts wirtschaftlicher Teilhabe ebenso wenig ausschlaggebend für die Begründungsmöglichkeit wirtschaftlicher Berechtigung sein wie die Rechtsform

⁸²³ Siehe I. 6. c) (zum Nießbrauch), II. 6. b) (zur Treuhand), III. 6. d) (zur Unterbeteiligung).

⁸²⁴ Vgl. I. 6. a) (zum Nießbrauch), II. 6. a) (zur Treuhand), III. 6. c) (zur Unterbeteiligung).

⁸²⁵ Vgl. I. 6. a) (zum Nießbrauch), II. 6. a) (zur Treuhand), III. 6. c) (zur Unterbeteiligung).

⁸²⁶ Siehe II. 6. a) bb) (zur Treuhand), III. 6. c) bb) (zur Unterbeteiligung).

der Handelsgesellschaft.⁸²⁷ Die Anerkennung möglicher Überschneidungen von Treuhand und Unterbeteiligung durch die Rechtsprechung⁸²⁸ kann als Ausdruck einer Angleichungstendenz in dieser Hinsicht erkannt werden. Zudem existieren bereits verschiedene Ansätze, die die Rechtsstellung des Teilhabers gegenüber Gesellschafter, Gesellschaft und Rechtsverkehr losgelöst von traditionellen formale Abgrenzungskriterien für maßgeblich erachten und hieraus die etwa für die Beurteilung der Rechtsnatur zwingenden Schlüsse ziehen.⁸²⁹ Dass auch der Nießbrauch an Geschäftsanteilen zu einer der Treuhand sehr ähnlichen Stellung des Hintermanns führen kann, zeigt auch das ehemals übliche Gestaltungsmodell des Treuhandnießbrauchs.⁸³⁰ Alle Formen mittelbarer wirtschaftlicher Teilhabe haben zudem gemein, dass die gesetzliche Normierung gänzlich fehlt oder unzureichend ist, womit eine sorgfältige, aufwendige vertragliche Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen im Einzelfall üblich ist und von der Literatur empfohlen wird.⁸³¹ Hierin, sowie in der insbesondere für Treuhand und Unterbeteiligung uneinheitlichen Terminologie der verschiedenen Gestaltungsformen und deren Wirkungen für das Verbands- und Außenverhältnis der Gesellschafterstellung⁸³², ist de lege lata eine Intransparenz und Rechtsunsicherheit im privatrechtlichen Umgang mit mittelbaren wirtschaftlichen Teilhaberrechten angelegt.

6. Die Merkmale wirtschaftlicher Berechtigung bedingen die Beurteilung ihrer Rechtsnatur

Die Rechtsnatur des Rechtsinstituts wirtschaftlicher Teilhabe ist insofern zwar nicht maßgeblich dafür, in der konkreten Ausgestaltung des Rechtsinstituts eine Erscheinungsform privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung erkennen zu können und fordert aus teleologischer Sicht auch keine Ungleichbehandlung der Rechtsinstitute hinsichtlich der Zulässigkeit entsprechender Ausgestaltungen. Sie kann sich aber aus den Wirkungen dieser Erscheinungsform ergeben und einen gesetzlichen Regelungsbedarf de lege ferenda offenbaren.

Entsprechend der von *Tebben* an *Ulmers* Lehre von der Doppelzuständigkeit geäußerten Kritik, wonach die Doppelzuständigkeit bei „qualifizierten“ Teilhaberrechten eine Verdinglichung der Rechtsbeziehung bedeute, für die es jedoch an der erforderlichen gesetzlichen Grundlage fehle⁸³³, sollte der wirtschaftlichen Berechtigung, angesichts der in ihr angelegten Wirkungen

⁸²⁷ Zu der Beurteilung der Einführung des GbR-Gesellschaftsregisters in diesem Zusammenhang, siehe A. III. 2. b) bb), sowie IV.

⁸²⁸ Vgl. III. 2. b).

⁸²⁹ Siehe zu dem von *Geibel* vertretenen Verständnis der Treuhand als Gesellschaftsform bei II. 2. c) sowie der vor *Ulmer* vertretenen Lehre von der Doppelzuständigkeit bei VI.

⁸³⁰ Siehe hierzu in Fußnote 664.

⁸³¹ Vgl. etwa zu der empfohlenen Ausgestaltung von Nießbrauchsverhältnissen: *Escher/Haag*, in: MHdB GesR II, § 27 Rn. 66; *Frank*, MittBayNot 2010, 96 (98); *Pohlmann*, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 23; die Treuhandabrede enthält stets konkrete Bestimmungen zur Ausgestaltung, die die gesetzlichen Regelungen häufig verdrängen, vgl. II. 5. a); zu der Unterbeteiligung siehe *Schmidt*, in: MüKo, HGB, § 230 Rn. 237.

⁸³² Vgl. II. 4. a), III. 4. a).

⁸³³ Vgl. VI.

gegenüber Gesellschaft und Rechtsverkehr, normativ Rechnung getragen werden. Wie dieser Regelungsbedarf befriedigt werden und welche Rolle dem Privatregisterrecht dabei zukommen könnte, aus dessen Perspektive die wirtschaftliche Berechtigung im Sinne der hier angestellten Untersuchung schließlich beurteilt wird, ist Gegenstand von Kapitel 4.

C. Die Rechtsstellung des Destinatärs einer rechtsfähigen Stiftung als Erscheinungsform privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung

- I. Der Rechtsanspruch der Destinatäre gegen die Stiftung auf Ausschüttung der Stiftungsleistung als Ausdruck einer wirtschaftlichen Teilhabe an der rechtsfähigen Stiftung
 1. Wirtschaftliche Teilhabe als Grundvoraussetzung privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung

Als Empfänger der Vermögenszuwendung durch die Stiftung könnten Stiftungsdestinatäre als wirtschaftliche Nutznießer derselben unter ein privatrechtliches Verständnis von wirtschaftlicher Berechtigung fallen. Insbesondere sind sie, anders als Gesellschafter, keine formalen Anteilseigner der Stiftung.⁸³⁴ Sie als wirtschaftlich Berechtigte im Hinblick auf die Stiftung zu erkennen, widerspräche zudem auch nicht der gesetzlichen Konzeption der Stiftung, die als verselbstständigte Vermögensmasse je nach Stiftungszweck die wirtschaftliche Förderung ihrer Destinatäre verfolgt.⁸³⁵

Von Stiftungsdestinatären kann aber nur dann als wirtschaftlich Berechtigte *an der Stiftung* gesprochen werden, wenn sie überhaupt einen durchsetzbaren und einklagbaren Anspruch auf die Stiftungsleistungen gegen die Stiftung haben. Anderenfalls müsste schon die begriffsnotwendige wirtschaftliche Teilhabe an der Stiftung abgelehnt werden.⁸³⁶

2. Die Maßgeblichkeit der Satzung und der Stiftungsverfassung für die Rechtsstellung der Destinatäre

Destinatäre spielen eine zentrale Rolle im Stiftungsrecht. Auch wenn ihr Verhältnis zur Stiftung nicht in den §§ 80 ff. BGB geregelt ist, woran sich auch durch die Stiftungsrechtsreform nichts geändert hat⁸³⁷, ist das Erbringen von Leistungen an sie durch die Stiftung im Normalfall gemäß

⁸³⁴ Siehe hierzu A. IV.

⁸³⁵ Vgl. demgegenüber zu der Beurteilung der Mitgliedschaft in einer eG in diesem Sinne bei A. VI. 2.

⁸³⁶ Siehe hierzu A. V.

⁸³⁷ Insbesondere ist keine Eintragung von Destinatären in das Stiftungsregister vorgesehen, vgl. hierzu noch Kapitel 4 A. III. 1. Dass die Stiftungsrechtsreform nicht zu einer Klärung der Rechtsstellung der Destinatäre beiträgt, wird vereinzelt als Versäumnis des Reformgesetzgebers angekreidet, *Feick/Schwalm*, NZG 2021, 525 (533).

§ 83 BGB ein Element der Stiftungsverfassung. Diese enthält, neben dem anwendbaren Bundes- und Landesrecht, die *identitätsbestimmenden Grundentscheidungen* des Stiftungsgeschäfts, das als einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung des Stifters Zweck, Ausstattung und Organisation der Stiftung vorgibt.⁸³⁸ In der Stiftungsverfassung gibt der Stifter der Stiftung ihre grundsätzlich indisponible Grundordnung.⁸³⁹ Hierbei erklärt er sich in aller Regel zu Art und Auswahl der Begünstigten sowie zu den Ausschüttungsmodalitäten, woraus sich die Rechtsstellung der Destinatäre im konkreten Fall ableiten lässt.⁸⁴⁰

3. Bei Existenz einer ausdrücklichen anspruchsbegründenden Satzungsregelung

Bei eindeutiger Formulierung in der Satzung ist das Bestehen eines Anspruchs nach mittlerweile weitgehend einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Lehre zu bejahen.⁸⁴¹ Einzig *Reuter* hatte ursprünglich nennenswerte Kritik an jeglicher Form materieller Anspruchsberechtigung von Destinatären in Bezug auf Ausschüttungen der Stiftung zu ihren Gunsten geäußert.⁸⁴² Dies begründete er mit der angeblichen Verfolgung „von stiftungsfremden Sonderinteressen“ durch die Destinatäre und der damit einhergehenden Gefährdung des Stiftungswohls.

Abgesehen davon, dass Stiftungsdestinatäre nicht ohne Weiteres als „stiftungsfremd“ bezeichnet werden können⁸⁴³, verkennt *Reuter* dabei die Integration der Destinatärsinteressen in das Stiftungsinteresse: Es entspricht dem Willen des Stifters, dass die durch ihn vorgesehenen Nutznießer des vom ihm begründeten Sondervermögens ihre Ansprüche auch erfolgreich durchsetzen können.⁸⁴⁴ Auch wenn nach § 85 BGB mittlerweile bei Unmöglichkeit der Zweckerfüllung oder wesentlicher Veränderungen der Verhältnisse gewisse Ausnahmekonstellationen normiert sind, gilt auch im neu gefassten Stiftungsrecht, dass die zur Stiftungsverfassung gehörenden Elemente der Stiftererklärung ausschließlich am subjektiven Stifterwillen auszulegen sind.⁸⁴⁵ Die hohe Bedeutung des Stifterwillens findet sich mittlerweile in § 83 BGB Abs. 2 kodifiziert.

⁸³⁸ Heuel, in: Henssler/Strohn, GesR, § 83 BGB Rn. 2.

⁸³⁹ Jakob/Picht/Kopp, in: BeckOGK, BGB, § 83 Rn. 2 ff. Ausnahmen sind nunmehr nach § 85 Abs. 2 BGB bei Änderung der wesentlichen Verhältnisse der Stiftung ausdrücklich zugelassen.

⁸⁴⁰ BGH, Urteil vom 22. Januar 1987 – III ZR 26/85 –, NJW 1987, 2364 (2366); BAG, Urteil vom 7. August 1990 – 1 AZR 372/89 –, NJW 1991, 514 (515); Jakob/Picht/Kopp, in: BeckOGK, BGB, § 83 Rn. 22; Neuhoff, in: Soergel, § 85 Rn. 12; ebenso Mugdan, Materialien BGB I, S. 665.

⁸⁴¹ Grdl.: BGH, Urteil vom 16. Januar 1957 – IV ZR 221/56 –, NJW 1957, 708; OLG Hamm, Urteil vom 17. Oktober 1991 – 22 U 12/91 –, NJW-RR 1992, 451 (452); Passarge, NZG 2009, 1421 (1421); Jakob/Picht/Kopp, in: BeckOGK, BGB, § 83 Rn. 23 m.w.N.; auch Muscheler, Anm. zu BGH, Urteil vom 7. Oktober 2009 – Xa ZR 8/08 –, NJW 2010, 341 (342) stimmt in diesem Punkt der Rechtsprechung zu. Seine dogmatische Sondermeinung wirkt sich erst in der Konstellation aus, in der eine entsprechende Satzungsformulierung fehlt, vgl. die Ausführungen bei 4. a).

⁸⁴² Reuter, in: MüKo, BGB, 6. Aufl., § 85 Rn. 31.

⁸⁴³ Hierzu, siehe sogleich bei 5.

⁸⁴⁴ Jakob/Picht/Kopp, in: BeckOGK, BGB, § 83 Rn. 23.1.

⁸⁴⁵ Die Auslegung erfolgt aber insofern objektiviert, als dass sie sich an die Stiftungsöffentlichkeit und damit an alle, die mit der Stiftung in Kontakt treten, richtet und somit einen Empfängerhorizont hat, vgl. Hüttemann/Rawert, in: Staudinger, BGB, § 81 Rn. 78, § 85 Rn. 20; Jakob/Picht/Kopp, in: BeckOGK, BGB, § 83 Rn. 4; Weitemeyer, in: MüKo, BGB, § 83 Rn. 12 ff.

Auch die von *Reuter* beschworene Gefahr, dass Destinatäre ansonsten Ansprüche gegen die Stiftung in der Verfolgung eigener, stiftungsfremder Interessen durchsetzen könnten, auch wenn dies die Bedürfnisse der Stiftung nicht zuließen⁸⁴⁶, besteht nicht. Indem sich die Rechtsstellung der Destinatäre und damit ein Ausschüttungsanspruch unmittelbar aus der Stiftungsverfassung beziehungsweise dem hierin enthaltenen Stiftungszweck ergibt, kann ein Anspruch dem Umfang und den Voraussetzungen nach nur dergestalt bestehen, dass Bestand und die Bedürfnisse der Stiftung durch eine Geltendmachung nicht gefährdet werden.⁸⁴⁷

Trotz seiner dogmatischen Bedenken räumt auch *Reuter* im Ergebnis ein, dass eine satzungsmäßige Anspruchsbegründung zugunsten der Destinatäre praktisch anzuerkennen sei.⁸⁴⁸ Eines zusätzlichen Vertrags über die Ausschüttung der Stiftungsleistungen bedarf es insofern jedenfalls bei klarer Satzungsbestimmung für die Begründung eines entsprechenden Anspruchs nicht.⁸⁴⁹

4. Bei Fehlen einer ausdrücklichen anspruchsbegründenden Satzungsregelung

a) Das Bedürfnis einer eigenständigen Causa nach *Muscheler*

Schwieriger fällt die Beurteilung eines materiellen Ausschüttungsanspruchs der Destinatäre gegen die Stiftung aus, wenn die Satzung keine ausdrückliche Regelung hierzu vorsieht.

Einen Sonderweg verfolgt in diesem Zusammenhang *Muscheler*.⁸⁵⁰ Da ihm zufolge Stiftungsgeschäft und Auszahlungscausa als Einheitsakt zu verstehen seien, habe der Destinatär im Falle einer fehlenden ausdrücklichen anspruchsbegründenden Satzungsregelung erst dann einen materiellen Anspruch auf Ausschüttung der Stiftungsleistung gegen die Stiftung, wenn die Verwaltungsorgane der Stiftung einen solchen einseitig zuerkennen oder eine vertragliche Grundlage in Form eines Schenkungsvertrags mit dem Destinatär schaffen.

b) Das Stiftungsgeschäft als mögliche Causa

Nach der h.M. in Rechtsprechung⁸⁵¹ und Literatur⁸⁵² ist auch in dieser Konstellation neben dem Stiftungsgeschäft keine zusätzliche Causa für die Anspruchsbegründung erforderlich. Das Fehlen einer ausdrücklichen Satzungsbestimmung hindere das Bestehen eines durchsetzbaren und

⁸⁴⁶ *Reuter*, in: MüKo, BGB, 6. Aufl., § 85 Rn. 31.

⁸⁴⁷ So ähnlich auch *Jakob/Picht/Kopp*, in: BeckOGK, BGB, § 83 Rn. 24.

⁸⁴⁸ *Reuter*, in: MüKo, BGB, 6. Aufl., § 85 Rn. 32, 35.

⁸⁴⁹ So bereits BGH, Urteil vom 16. Januar 1957 – IV ZR 221/56 –, NJW 1957, 708 (708); vgl. die weiteren Nachweise in Fußnote 841.

⁸⁵⁰ *Muscheler*, Anm. zu BGH, Urteil vom 7. Oktober 2009 – Xa ZR 8/08 –, NJW 2010, 341 (342 f.).

⁸⁵¹ BGH, Urteil vom 16. Januar 1957 – IV ZR 221/56 –, NJW 1957, 708 (708); BGH, Urteil vom 22. Januar 1987 – III ZR 26/85 –, NJW 1987, 2364 (2365 f.); BGH, Urteil vom 7. Oktober 2009 – Xa ZR 8/08 –, NJW 2010, 234 (235 f.).

⁸⁵² *Böttcher*, Anm. zu BGH, Urteil vom 7. Oktober 2009 – Xa ZR 8/08 –, DNotZ 2010, 188 (191 ff.); *Passarge*, NZG 2009, 1421 (1421 f.); *Rawert*, in: Staudinger, BGB, § 85 Rn. 28.

einklagbaren materiellen Anspruchs der Destinatäre nicht. Vielmehr sei das Stiftungsgeschäft, genauer der in der Stiftungsverfassung angelegte Stiftungszweck, danach auszulegen, ob es der von dem Stifter vorgegebenen Zweckverfolgung entspreche, den Destinatären einen solchen Anspruch gegen die Stiftung zuzusprechen. Dies soll immer dann der Fall sein, wenn die Satzung den Kreis der Destinatäre nach festen objektiven Kriterien festlegt (etwa der Zugehörigkeit zu einer Familie), ohne dass den Stiftungsorganen ein Entscheidungsspielraum hinsichtlich der Identität der Destinatäre zustehen soll und den Destinatären gleichzeitig eine Rechtsposition mit bestimmbarem Inhalt eingeräumt wird.⁸⁵³ Für den Fall, dass sich dies bejahen lässt, sei das Stiftungsgeschäft selbst wiederum Causa des Auszahlungsanspruchs. Eines weiteren Rechtsakts oder Rechtsgeschäfts bedürfe es für die Anspruchsbegründung nicht.⁸⁵⁴

Die Argumente der h.M. überzeugen. Die Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen der Stiftung und ihren Destinatären ist Gegenstand der Stiftungsverfassung.⁸⁵⁵ Ist ein durchsetzbarer und einklagbarer Auszahlungsanspruch der Destinatäre dazu geeignet, den in der Stiftungsverfassung vorgegebenen Stiftungszweck zu verfolgen, muss das Stiftungsgeschäft auch als Causa eines solchen Anspruchs gesehen werden.

c) Auslegung des Stiftungsgeschäfts kann eigenständige Causa erforderlich machen

Anders liegt der Fall, wenn die Auslegung der Stiftungsverfassung ergibt, dass nach dem Stiftungszweck eine in das Ermessen des zuständigen Stiftungsorgans gestellte Auswahlentscheidung für eine Ausschüttung angezeigt ist.⁸⁵⁶ In diesem Fall ist ein Ausschüttungsanspruch nicht bereits in der Destinatäreseigenschaft angelegt. Für eine anspruchsbegründende Causa bedarf es eines zusätzlichen Rechtsakts beziehungsweise -geschäfts, sprich der einseitigen Zuerkennung durch ein Stiftungsorgan oder eines Vertragsschlusses mit dem Destinatär. Gleiches gilt selbstredend für den Fall, dass die auf das Stiftungsgeschäft zurückgehende Stiftungssatzung ausdrücklich eine solche Auswahlentscheidung vorsieht und erst recht, wenn das Bestehen eines Ausschüttungsanspruchs der Destinatäre ausdrücklich ausgeschlossen ist.⁸⁵⁷

⁸⁵³ BGH, Urteil vom 16. Januar 1957 – IV ZR 221/56 –, NJW 1957, 708 (708); BGH, Urteil vom 15. Dezember 2016 – I ZR 63/15 –, nPoR 2017, 119 (120 f.); *Jakob/Picht/Kopp*, in: BeckOGK, BGB, § 83 Rn. 28.

⁸⁵⁴ BGH, Urteil vom 16. Januar 1957 – IV ZR 221/56 –, NJW 1957, 708 (708); BGH, Urteil vom 7. Oktober 2009 – Xa ZR 8/08 –, NJW 2010, 234 (235 f.); *Passarge*, NZG 2009, 1421 (1421 f.); *Jakob/Picht/Kopp*, in: BeckOGK, BGB, § 83 Rn. 28.

⁸⁵⁵ Siehe 2.

⁸⁵⁶ BGH, Urteil vom 15. Dezember 2016 – I ZR 63/15 –, nPoR 2017, 119 (120 f.); *Jakob/Picht/Kopp*, in: BeckOGK, BGB, § 83 Rn. 29.

⁸⁵⁷ *Jakob/Picht/Kopp*, in: BeckOGK, BGB, § 83 Rn. 28.

5. Die sich hieraus ergebende Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses zwischen Destinatär und Stiftung

Da der Rechtsgrund eines durchsetzbaren und einklagbaren Anspruchs auf Ausschüttung der Stiftungsleistung mithin unmittelbar in dem Stiftungszweck liegt, könnte man sich durchaus auf den Standpunkt stellen, dass das Rechtsverhältnis zwischen Destinatär und Stiftung über eine rein schuldrechtliche Beziehung hinausgeht. Die h.M. versucht dem zwar dadurch Rechnung zu tragen, dass dem Ausschüttungsanspruch die Qualität eines stiftungsrechtlichen Rechtsanspruchs *sui generis* zugewiesen wird. Mangels mitgliedschaftlicher⁸⁵⁸ oder organschaftlicher⁸⁵⁹ Ausgestaltung der Destinatärsstellung sollen gleichwohl *rein schuldrechtliche* Ansprüche und Leistungsbeziehungen begründet werden.⁸⁶⁰

Ob die Destinatäre, zumindest wenn sich ein unmittelbarer Ausschüttungsanspruch aus dem Stiftungszweck ergibt, infolge dieses stiftungsrechtlichen Rechtsanspruchs als Dritte oder Beteiligte an der Stiftung anzusehen sind, wird uneinheitlich bewertet.⁸⁶¹ Richtigerweise kann nach hier vertretener Auffassung jedenfalls bei derart mit der Stiftungsverfassung in Verbindung stehenden anspruchsberechtigten Destinatären nicht von *Stiftungsfremden* gesprochen werden.

Zwar ist dies vordergründig eine dogmatische Frage. So begründet die Behauptung, Destinatäre seien in Anbetracht ihrer in der Stiftungsverfassung angelegten Rechtsstellung als Beteiligte der Stiftung anzusehen, doch für sich genommen nicht, keine weitergehenden Rechte der Destinatäre, in denen eine wirtschaftliche Berechtigung zum Ausdruck kommen könnte. Allein, dass in dieser grundlegenden Frage noch Uneinigkeit besteht, offenbart jedoch ein gewisses Klarstellungsbedürfnis, wie Stiftungsdestinatäre privatrechtlich zu behandeln sind, für das eine wirtschaftliche Berechtigung an der Stiftung aufschlussreich sein könnte.

⁸⁵⁸ Auch eine Vergleichbarkeit zur körperschaftlichen Mitgliedschaft ist nicht gegeben, da die Destinatäre immer nur mittelbar über den Stiftungszweck berechtigt sein können, aber niemals direkt an der Stiftung, *Böttcher*, Anm. zu BGH, Urteil vom 7. Oktober 2009 – Xa ZR 8/08 –, DNotZ 2010, 188 (191 f.). Die Stiftung „*gehört sich selbst*“, *Kraft*, DStR 2016, 2825 (2826 ff.), und kennt keine körperschaftliche Beteiligungsstruktur.

⁸⁵⁹ Zu der Möglichkeit, gesetzlich nicht vorgesehene von Destinatären besetzte Stiftungsorgane zu bilden, in denen organschaftliche Rechte ausgeübt werden, siehe II. 1.

⁸⁶⁰ *Jakob/Picht/Kopp*, in: BeckOGK, BGB, § 83 Rn. 27; *Böttcher*, Anm. zu BGH, Urteil vom 7. Oktober 2009 – Xa ZR 8/08 –, DNotZ 2010, 188 (191 f.); *Kraft*, DStR 2016, 2825 (2829).

⁸⁶¹ Für eine Einordnung der Destinatäre als Beteiligte der Stiftung einstehend *Jakob/Picht/Kopp*, in: BeckOGK, BGB, § 83 Rn. 20; demgegenüber die überwiegende a.A. *Blydt-Hansen*, Die Rechtsstellung der Destinatäre der rechtsfähigen Stiftung Bürgerlichen Rechts, S. 118; *Wernicke*, ZEV 2003, 301 (304); *Böttcher*, Anm. zu BGH, Urteil vom 7. Oktober 2009 – Xa ZR 8/08 –, DNotZ 2010, 188 (191 f.); *Kraft*, DStR 2016, 2825 (2829), *Feick/Schwalm*, NZG 2021, 525 (529).

II. Die abgesehen von dem Ausschüttungsanspruch bestehende Rechtsstellung der Destinatäre

1. Die Ausstattung von Destinatären mit stiftungsbezogenen Verwaltungsbefugnissen

Wirtschaftliche *Teilhabe* allein drückt nach hier zugrunde gelegtem Verständnis noch keine wirtschaftliche *Berechtigung* an einem Bezugsobjekt aus.⁸⁶² Neben vermögensrechtlichen Ausschüttungsansprüchen, können durch die Stiftungssatzung auch Mitwirkungsrechte der Destinatäre begründet werden, in denen Verwaltungsbefugnisse wie Kontroll-, Mitbestimmungs-, Aufsichts- und Wahlrechte angelegt sein können.⁸⁶³ Sogar die Einrichtung eines Stiftungsorgans bestehend aus Destinatären kann vorgesehen sein, in dem Mitbestimmungs- und Kontrollrechte im Rahmen des im Stiftungsgeschäft festgelegten Stiftungszwecks ausgeübt werden.⁸⁶⁴ Derartige Befugnisse müssen sich jedoch immer in den gesetzlichen Schranken bewegen und dürfen das zwingende Kompetenzgefüge des Stiftungsrechts nicht verletzen.

So ist die Einrichtung einer aus Destinatären bestehenden „Mitgliederversammlung“ mit autonomer Willensbildung unzulässig.⁸⁶⁵ Die Willensbildung in der Stiftung muss dem Stiftungszweck entsprechend in der indisponiblen Stiftungsverfassung vorgesehen sein.⁸⁶⁶ Zudem darf die Zuständigkeit des Vorstands als zwingendes oberstes Verwaltungsorgan der Stiftung nicht unterlaufen werden. Deshalb können genuine Vorstandsaufgaben etwa nicht auf Destinatäre übertragen oder Weisungsbefugnisse der Destinatäre gegenüber dem Vorstand geschaffen werden.⁸⁶⁷

Abseits von Satzungsbestimmungen bestehen de lege lata keine (gesetzlichen) stiftungsspezifischen Rechtspositionen der Stiftungsdestinatäre gegenüber der Stiftung.⁸⁶⁸ Einzig der allgemeine und nicht stiftungsspezifische Auskunftsanspruch aus § 242 BGB, der dann zu bejahen ist, sofern sich ein Ausschüttungsanspruch nach dem oben Gesagtem bejahen lässt und der auf Information über Bestehen und Umfang dieses Anspruchs gerichtet ist, ist anzuerkennen.⁸⁶⁹

⁸⁶² Siehe A. VIII.

⁸⁶³ BGH, Urteil vom 22. Januar 1987 – III ZR 26/85 –, NJW 1987, 2364 (2366); *Jakob/Picht/Kopp*, in: BeckOGK, BGB, § 83 Rn. 33; *Blydt-Hansen*, Die Rechtsstellung der Destinatäre der rechtsfähigen Stiftungen Bürgerlichen Rechts, S. 125; *Hüttemann/Rawert*, in: in: Staudinger, BGB, § 80 Rn. 38, Vor §§ 80 ff. Rn. 151. Zu dem in dieser Arbeit verwendeten Begriff der Verwaltungsbefugnisse, siehe auch schon B. I. 4. a).

⁸⁶⁴ BAG, Urteil vom 7. August 1990 – 1 AZR 372/89 –, NJW 1991, 514 (516); HansOLG, Urteil vom 31. August 1994 – 13 U 33/93 –, ZIP 1994, 1950 (1951); OLG Stuttgart, Urteil vom 27. Juni 2003 – 5 U 162/2002 –, ZSt 2003, 203 (203 ff.); *Wernicke*, ZEV 2003, 301 (304 f.).

⁸⁶⁵ *Jakob/Picht/Kopp*, in: BeckOGK, BGB, § 83 Rn. 34; *Wernicke*, ZEV 2003, 301 (304 f.); *Blydt-Hansen*, Die Rechtsstellung der Destinatäre der rechtsfähigen Stiftungen Bürgerlichen Rechts, S. 127.

⁸⁶⁶ Vgl. 2.

⁸⁶⁷ *Jakob/Picht/Kopp*, in: BeckOGK, BGB, § 83 Rn. 34; *Wernicke*, ZEV 2003, 301 (304); *Blydt-Hansen*, Die Rechtsstellung der Destinatäre der rechtsfähigen Stiftungen Bürgerlichen Rechts, S. 126.

⁸⁶⁸ BGH, Urteil vom 22. Januar 1987 – III ZR 26/85 –, NJW 1987, 2364 (2366); *Jakob/Picht*, in: BeckOGK, BGB, § 83 Rn. 32; *Wernicke*, ZEV 2003, 301 (304).

⁸⁶⁹ *Blydt-Hansen*, Die Rechtsstellung der Destinatäre der rechtsfähigen Stiftungen Bürgerlichen Rechts, S. 121 f.; *Weitemeyer*, in: MüKo, BGB, § 84 Rn. 44; *Jakob/Picht*, in: BeckOGK, BGB, § 83 Rn. 31. Zu dem vergleichbaren allgemeinen Informationsanspruch des Nießbrauchers oder des Treuhänders an Gesellschaftsanteilen gegenüber der Gesellschaft, vgl. B. I. 5. f) (zum Nießbrauch), II. 5. b) aa) (zur Treuhand).

Aus diesem kann sich im Einzelfall sogar ein Anspruch auf Kontrolle der Rechnungslegung ergeben, sofern dies für die Erfüllung des berechtigten Informationsbedürfnisses des Destinatärs angezeigt ist.⁸⁷⁰ Darüber hinausgehende Rechtspositionen der Destinatäre bedürfen stets einer Grundlage in der Satzung oder entstehen als allgemeine Rechtsverteidigungsansprüche aus dem mit der Stiftung bestehenden Schuldverhältnis über den Ausschüttungsanspruch.⁸⁷¹

2. Verpflichtungen der Destinatäre gegenüber der Stiftung

Um in den Genuss von Förderungsleistungen einer Stiftung und damit zu einer Destinatärseigenschaft zu kommen, müssen in der Regel in der Satzung oder, bei satzungsmäßig angelegter Befugnis zu entsprechenden Festsetzungen, durch den Stiftungsvorstand festgelegte Bedingungen erfüllt werden. Da diese jedoch nicht aus der Destinatärseigenschaft folgen, sondern diese erst ermöglichen, kann diesbezüglich nicht von (durchsetzbaren) Pflichten der Destinatäre, sondern allenfalls von Obliegenheiten gesprochen werden, die die künftige Sicherung der Destinatärseigenschaft und der damit verbundenen Ansprüche sichern. Davon abgesehen, ist die Verwendung der Ausschüttungen stets an den Stiftungszweck gebunden, der durch die Zielrichtung der Förderung regelmäßig entweder unmittelbar in der Satzung oder in der Ausschüttungsvereinbarung konkretisiert wird. Verfährt der Destinatär nicht bestimmungsgemäß mit den Fördermitteln, können hieraus bereicherungsrechtliche⁸⁷², schuldrechtliche⁸⁷³ sowie in Einzelfällen deliktsrechtliche⁸⁷⁴ Rückforderungs- und Schadensersatzansprüche der Stiftung entstehen.

Von diesen potentiellen Verpflichtungen der Destinatäre gegenüber der Stiftung abgesehen, die stets auf „gewöhnlichem“ Fehlverhalten im Zusammenhang mit dem Ausschüttungsanspruch zugrunde liegenden Schuldverhältnis beruhen, wird eine außenwirksame Pflichtenstellung von Destinatären⁸⁷⁵ nicht diskutiert. Dies folgt bereits daraus, dass das Stiftungsgeschäft,

⁸⁷⁰ Blydt-Hansen, Die Rechtsstellung der Destinatäre der rechtsfähigen Stiftungen Bürgerlichen Rechts, S. 123.

⁸⁷¹ Wie für alle Schuldverhältnisse kommt eine Anwendung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts der §§ 280 ff. BGB in Betracht, wenn die Stiftung schuldhaft ihre Ausschüttungsverpflichtungen verletzt. Hierzu vgl. die Ausführungen bei Jakob/Picht/Kopp, in: BeckOGK, BGB, § 83 Rn. 35 ff. m.w.N.

⁸⁷² Denkbar sind sowohl ein sich unmittelbar aus der Ausschüttungsvereinbarung ergebender Rückforderungsanspruch, eine aus einem berechtigten Widerruf erfolgende Rückforderung (wobei die Rechtsprechung hier die Leistungskondition nach § 812 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 BGB anwendet, vgl. KG, Urteil vom 3. Dezember 2012 – 8 U 116/12 –, ZStV 2013, 107 (107 f.) sowie im Einzelfall auch eine Rückforderung im Wege der Zweckkondition im Sinne des § 812 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB, vgl. Tschirschke, ZStV 2013, 12 (17 f.); Jakob/Picht/Kopp, in: BeckOGK, BGB, § 83 Rn. 41.

⁸⁷³ Rückforderungsansprüche können sich aus den Vertragsbestimmungen selbst ergeben, Schadensersatzansprüche bestehen bei einer Verletzung der schuldrechtlichen Ausschüttungsvereinbarung, vgl. Jakob, Schutz der Stiftung, S. 193; ders./Picht/Kopp/Picht, in: BeckOGK, BGB, § 83 Rn. 42; Tschirschke, ZStV 2013, 12 (17 f.).

⁸⁷⁴ In Betracht kommen Ansprüche aus §§ 823 Abs. 2, 826 BGB, nicht aber aus § 823 Abs. 1 BGB, da nach erfolgter Ausschüttung keine Rechtsgutverletzung der Stiftung in Betracht kommt, Jakob, Schutz der Stiftung, S. 193; ders./Picht, in: BeckOGK, BGB, § 83 Rn. 42.

⁸⁷⁵ Hierzu würde etwa eine an die Wahrnehmung von Kontroll- und Mitbestimmungsbefugnissen innerhalb der Stiftung gebundene Einbeziehung in die Außenhaftung der Stiftung, wie sie bei den mittelbar wirtschaftlich an einer Personengesellschaft teilhabenden Personen in Betracht kommt, zählen, vgl. B. I. 6. c) (für den Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen), II. 6. b) (für die Treuhand) III. 6. d) (für die Unterbeteiligung).

in dem der Ausschüttungsanspruch der Destinatäre regelmäßig angelegt ist, als einseitige nicht empfangsbedürftige Willenserklärung nicht dazu in der Lage sein kann, einen Dritten außenwirksam zu verpflichten, ohne dass dieser Einfluss hierauf nehmen kann. Zudem ist für das Stiftungsrecht gerade wesentlich, dass Destinatäre zugunsten des für die Stiftung durch den Stifter vorgesehenen Zwecks von Stiftungsleistungen profitieren sollen, ohne hierfür ein persönliches Risiko eingehen oder tragen zu müssen.

III. Zwischenergebnis

Eine wirtschaftliche Teilhabe von Stiftungsdestinatären an der Stiftung ist dann zu bejahen, wenn ihnen ein durchsetzbarer, einklagbarer Anspruch auf die Stiftungsleistung gegen die Stiftung zusteht. Dieser kann unmittelbar in der Satzung angelegt sein oder sich aus einer Auslegung der Stiftungsverfassung ergeben. Wenn die Auslegung der Stiftungsverfassung ergibt, dass nach dem Stiftungszweck eine in das Ermessen des zuständigen Stiftungsorgans gestellte Auswahlentscheidung für eine Ausschüttung angezeigt ist oder wenn die Stiftungssatzung einen Ausschüttungsanspruch der Destinatäre ausdrücklich ausschließt, muss folglich auch eine wirtschaftliche Berechtigung der Destinatäre ausscheiden. In diesem Fall liegt schon keine wirtschaftliche Teilhabe *an der Stiftung* vor, über deren privatregisterrechtliche Offenlegung nachgedacht werden könnte.⁸⁷⁶

Das Bestehen eines materiellen Ausschüttungsanspruchs macht Destinatäre aber noch nicht zu wirtschaftlich Berechtigten der Stiftung, unabhängig davon, ob man in diesem Fall eine Rechtsstellung der Destinatäre als *Beteiligte* an der Stiftung erkennt. Denn hieraus ergeben sich noch keine über die wirtschaftliche Teilhabe hinausgehenden Rechte oder Pflichten als Ausdruck wirtschaftlicher *Berechtigung an der Stiftung*. Die Rechtsnatur des Rechtsinstituts der Teilhabe ist insofern wiederum nicht ausschlaggebend für das Vorliegen einer Berechtigung.⁸⁷⁷

Eine solche *Berechtigung* im Verhältnis zur Stiftung könnte aber darin erkannt werden, dass den Destinatären im Einzelfall nicht nur ein durchsetzbarer und einklagbarer materieller Anspruch auf die Stiftungsleistung zusteht, sondern ihnen auch durch entsprechende Satzungsbestimmungen stiftungsbezogene Verwaltungsbefugnisse, etwa Kontroll-, Mitbestimmungs-, Aufsichts- und Wahlrechte, zugewiesen werden.⁸⁷⁸ In solchen, praktisch eher ungewöhnlichen Fällen, könnten Stiftungsdestinatäre begrifflich als wirtschaftlich Berechtigte an der Stiftung erkannt werden. Da eine Einbeziehung der Destinatäre in das Außenverhältnis der Stiftung gegenüber dem Rechtsverkehr *de lege lata* nicht diskutiert wird⁸⁷⁹, kann eine insofern auf das

⁸⁷⁶ Vgl. I.

⁸⁷⁷ Vgl. die vergleichbare Feststellung zu mittelbaren Teilhaberrechten an Gesellschaften bei B. VII. 2.

⁸⁷⁸ Vgl. II. 1.

⁸⁷⁹ Vgl. II. 1.

Verbandsverhältnis zur Stiftung beschränkte Berechtigung aber nur dann als *wirtschaftliche Berechtigung an der Stiftung* für die *Privatregisteröffentlichkeit* relevant sein, wenn das Stiftungsregister auch das Verbandsverhältnis in seine privatrechtlichen Wirkungen miteinbezieht.⁸⁸⁰

D. Zwischenergebnis für Kapitel 3

Eine privatrechtliche wirtschaftliche Berechtigung, die den zu Beginn dieses Kapitels formulierten Anforderungen an ein sinnvolles Begriffsverständnis hierfür entspricht, kann in den „qualifizierten“ Formen wirtschaftlicher Teilhabe an OHG, KG und GmbH erkannt werden.

Während sich die „Wirtschaftlichkeit“ der Berechtigung aus der Unterscheidung von der formalen Inhaberschaft beziehungsweise dem Eigentum an dem Rechtsträger ausdrückt, tritt die „Berechtigung“ durch einen Einfluss auf den Rechtsträger in Erscheinung.

Bei der gegenüber den genannten Handelsgesellschaften bestehenden wirtschaftlichen Berechtigung ist deshalb zu beachten, dass sie sich unmittelbar auf den Gesellschaftsanteil, nicht etwa den Rechtsträger selbst bezieht. Der erforderliche Einfluss auf den Rechtsträger, der die „Berechtigung“ nach hier vertretener Auffassung begründet, besteht deshalb nur dann, wenn der Nießbraucher, Treuhänder oder Unterbeteiligte auch mindestens in das Verbandsverhältnis zur Gesellschaft einbezogen wird. Bei „qualifizierten“ Ausgestaltungen des Rechtsinstituts erfolgt dies dadurch, dass der Hintermann Verwaltungsbefugnisse innerhalb der Gesellschaft teilt, was auch eine gesteigerte Einbeziehung in die mit dem Gesellschaftsanteil verbundenen Pflichten, sogar im Außenverhältnis, mit sich bringt.⁸⁸¹

Es wurde festgestellt, dass die Rechtsnatur des jeweiligen Rechtsinstituts nicht ausschlaggebend für die Beurteilung wirtschaftlicher Berechtigung ist. Denn eine hierauf gestützte Differenzierung bei der Beurteilung etwa der Anwendung von Formerfordernissen oder insolvenzschutzrechtlicher Bestimmungen, die selbst innerhalb der einzelnen Rechtsinstitute (insbesondere bei der Treuhand) zu unterschiedlichen Rechten und Pflichten führen kann⁸⁸², lässt keine Rückschlüsse für eine im Verbandsverhältnis und Außenverhältnis zu erkennende *Berechtigung* zu. Dass „qualifizierte“ Ausgestaltungen der Treuhand und der Unterbeteiligung an GmbH-Gesellschaftsanteilen anders als die „qualifizierte“ Ausgestaltung eines Nießbrauchs an GmbH-Gesellschaftsanteilen *de lege lata* für unzulässig erachtet werden, ist jedenfalls insofern zu kritisieren, als hierfür keine in der unterschiedlichen Rechtsnatur verankerten Gründe greifen.⁸⁸³ Für eine detaillierte Zusammenfassung und konkrete Bezugnahmen der in diesem Sinne

⁸⁸⁰ Hierzu, siehe die Ausführungen in Kapitel 4 A. III. 4.

⁸⁸¹ Siehe B. I. 6. (zum Nießbrauch), II. 6. (zur Treuhand), III. 6. (zur Unterbeteiligung), VII. 4.

⁸⁸² Siehe B. II. 2. b), 3.

⁸⁸³ Siehe insofern B. VII. 2.

getroffenen Feststellungen kann auf das Zwischenergebnis zu Abschnitt B. verwiesen werden.⁸⁸⁴

Darüber können in praktisch seltenen Fällen auch Stiftungsbegünstigte wirtschaftlich Berechtigte an der Stiftung sein, wenn sie sowohl einen einklagbaren Anspruch auf Ausschüttungen haben als auch maßgeblichen Einfluss auf die Stiftung ausüben können. Eine solche Einflussnahmemöglichkeit kann etwa durch satzungsmäßige Kontroll-, Mitbestimmungs-, Aufsichts- und Wahlrechte geschaffen werden. Wiederum ist nicht die (strittige) Rechtsnatur der Destinatäre, sondern die konkrete Ausgestaltung der Berechtigungsverhältnisses in Ansehung von Stiftungsverfassung und Satzung ausschlaggebend. Hieraus könnten allerdings wiederum Schlussfolgerungen für die Rechtsstellung der Destinatäre folgen.⁸⁸⁵

Die Wirkungen der Rechtsstellung des Destinatärs erschöpfen sich dabei im Verbandsverhältnis. Bei der Stiftung existiert kein „Dreibeteiligtenverhältnis“, für das zwischen den Wirkungen im Innen-, Verbands- und Außenverhältnis zu unterscheiden ist. Die Einbeziehung in das Verbandsverhältnis bewirkt mithin aus privatrechtlicher Perspektive eine gewisse Außenwirkung der Destinatäre. Ob das Verbandsverhältnis aber auch von den privatrechtsregisterrechtlichen Wirkungen des Stiftungsregisters umfasst ist, ist noch zu klären.

An allen anderen meldepflichtigen Vereinigungen und Rechtsgestaltungen, denen das Transparenzregisterrecht in § 20 Abs. 1 und § 21 GwG eine Meldepflicht wirtschaftlicher Berechtigung aufgibt, scheidet nach privatrechtlichem Verständnis das Bestehen einer wirtschaftlichen Berechtigung aus. Dies gilt auch für die AG, an der de lege lata keine „qualifizierten“ wirtschaftliche Teilhaberrechte bestehen können.⁸⁸⁶

Auf diesen Erkenntnissen aufbauend, kann in Kapitel 4 geklärt werden, ob und in welchem Ausmaß eine systemstimmige Einpassung wirtschaftlicher Berechtigung in das Privatrechtsregister erfolgen könnte, sofern eine solche nicht bereits in den hierfür in Betracht kommenden Registern in Erscheinung tritt. Die Eingrenzungen dieses Kapitels erlauben dabei eine Konzentration auf Handelsregister, Gesellschafterliste sowie Stiftungsregister als die für OHG, KG, GmbH und Stiftung einschlägigen Publizitätsträger privatrechtlicher Registeröffentlichkeit.

⁸⁸⁴ Siehe B. VII. und die dort enthaltenen Verweisungen.

⁸⁸⁵ Siehe C. I. 5.

⁸⁸⁶ Siehe B. I. 6. a) (zum Nießbrauch), II. 6. a) (zur Treuhand), III. 6. c) bb) (zur Unterbeteiligung).

Kapitel 4 : Publizität wirtschaftlicher Berechtigung im Privatregisterrecht

A. Die Erscheinungsformen wirtschaftlicher Berechtigung in den Privatrechtsregistern

I. Publizität wirtschaftlicher Berechtigung im Handelsregister?

1. Die Frage nach der Notwendigkeit einer ausdrücklichen Eintragungsgrundlage

Um eine unbegrenzte Überflutung des Handelsregisters mit Informationen zu verhindern, für die die Anwendung des § 15 Abs. 1 – 3 HGB keinen Nutzen für die privatrechtliche Behandlung der betroffenen Rechtsverhältnisse bedeutet, muss die Eintragungsfähigkeit einer Rechtstatsache im Handelsregister grundsätzlich gesetzlich vorgesehen sein. Es existiert also ein Grundsatz des Formalismus des Handelsregisterrechts. Für die Rechtsinstitute des Nießbrauchs, der Treuhand oder der Unterbeteiligung am Gesellschaftsanteil, in denen bei „qualifizierter“ Ausgestaltung eine privatrechtliche Erscheinungsform wirtschaftlicher Berechtigung erkannt werden kann⁸⁸⁷, sieht das Gesetz keine ausdrückliche Eintragungsgrundlage vor.

Ausnahmsweise wird jedoch auch ohne ausdrückliche Anordnung die Möglichkeit zur Eintragung angenommen, wenn Sinn und Zweck des Handelsregisters dies erfordern und zudem aus Sicht des Rechtsverkehrs ein sachliches Bedürfnis für die Eintragung besteht.⁸⁸⁸ Dabei ist auch nicht ausgeschlossen, dass die Eintragung konstitutiv wirkt, wenn das Bedürfnis nach Publizität der Rechtstatsache derart hoch ist, dass sie ohne Offenlegung im Handelsregister nicht im Rechtsverkehr teilnehmen können darf.⁸⁸⁹

Dies ändert aber nichts an dem im Grundsatz zu beachtenden Formalismus des Handelsregisters. Folgerichtig sind an eine Prüfung einer Eintragungsfähigkeit ohne Eintragungsgrundlage sind – auch bei deklaratorischer Wirkung – stets strenge Anforderungen zu stellen. Diese sind nur dann erfüllt, wenn das Bedürfnis nach Offenlegung im Handelsregister derart hoch ist, dass eine Eintragung unbedingt geboten und unumgänglich ist.⁸⁹⁰ Eine Grenzziehung durch die Rechtsprechung erfolgt dadurch, dass eine Eintragung auf die Fälle der Auslegung gesetzlicher Vorschriften, der Analogiebildung sowie der richterlichen Rechtsfortbildung beschränkt ist.⁸⁹¹

⁸⁸⁷ Siehe hierzu die Feststellungen in Kapitel 3 B. VII., D. und die dort enthaltenen Verweisungen.

⁸⁸⁸ St. Rspr., vgl. BGH, Beschluss vom 30. Januar 1992 – II ZB 15/91 –, NJW 1992, 1452 (1453 f.); KG, Beschluss vom 24. März 2014 – 12 W 43/12 –, FGPrax 2014, 217 (218); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Oktober 2009 – I-3 Wx 142/09 –, FGPrax 2010, 85 (86); OLG Hamm, Beschluss vom 14. April 2009 – 15 Wx 241/08 –, FGPrax 2009, 231 (231).

⁸⁸⁹ *Krafka*, in: MüKo, HGB, § 8 Rn. 42.

⁸⁹⁰ BGH, Beschluss vom 30. Januar 1992 – II ZB 15/91 –, NJW 1992, 1452 (1454); *Krafka*, in: MüKo, HGB, § 8 Rn. 42.

⁸⁹¹ BGH, Beschluss vom 30. Januar 1992 – II ZB 15/91 –, NJW 1992, 1452 (1454); KG, Beschluss vom 24. März 2014 – 12 W 43/12 –, FGPrax 2014, 217 (218); OLG Hamm, Beschluss vom 14. April 2009 – 15 Wx 241/08 –, FGPrax 2009, 231 (231).

So hat der BGH die Eintragungsfähigkeit eines mit einer GmbH als abhängiger Gesellschaft geschlossenen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags in entsprechender Anwendung des Rechtsgedankens aus § 294 Abs. 2 AktG anerkannt, weil dieser als gesellschaftsrechtlicher Organisationsvertrag gilt, der die Rechtsstellung der Gesellschaft satzungsgleich verändert und daher für den Gläubigerschutz von überragender Bedeutung ist.⁸⁹² Dies überzeugt, da die Unterwerfung unter eine fremde Leitungsmacht und die vollständige Gewinnabführung die Grundlagen der Gesellschaft so tiefgreifend verändern, dass ein unabweisbares Bedürfnis nach Publizität besteht.

Demgegenüber hat das KG für einen bloßen Teilgewinnabführungsvertrag im Rahmen einer atypisch stillen Gesellschaft die Eintragungsfähigkeit zu Recht verneint, da hier kein derart massiver Eingriff in die Unternehmensstruktur vorliegt, der eine satzungsgleiche Wirkung entfalten würde.⁸⁹³ Ebenso restriktiv urteilte das OLG Hamm, das die Eintragung der bloßen Nichtigkeit eines Unternehmensvertrags ablehnte, weil das Registergericht nicht die Aufgabe hat, materiell-rechtliche Streitigkeiten über die Wirksamkeit zu entscheiden; dies sei dem Zivilprozess vorbehalten.⁸⁹⁴ Ein die Eintragungsfähigkeit einer ausländischen Zweigniederlassung in das Handelsregister begründendes unabweisbares Bedürfnis des deutschen Rechtsverkehrs wurde vom OLG Düsseldorf ebenfalls verneint. Wie das Gericht zutreffend ausführt, ist in diesem Fall dem Rechtsverkehr zuzumuten, das Register am Sitz der ausländischen Niederlassung zu konsultieren, da dort die erforderlichen Informationen bereits in zureichender Weise veröffentlicht sind.⁸⁹⁵

Diese von der Rechtsprechung entwickelten, engen Grenzen für eine Durchbrechung des Formalismusprinzips bilden somit den entscheidenden Maßstab, an dem auch die hier untersuchten privatrechtlichen Erscheinungsformen wirtschaftlicher Berechtigung bei der Frage nach ihrer Eintragungsfähigkeit zu messen sind.

2. Eintragung eines Nießbrauchs an Gesellschaftsanteilen

a) Meinungsstand

Die Beurteilung der Eintragungsfähig- und -pflichtigkeit eines Nießbrauchs an Gesellschaftsanteilen in das Handelsregister fällt höchst unterschiedlich aus.⁸⁹⁶ Teilweise wird mit Blick auf die dingliche Mitberechtigung an dem Gesellschaftsanteil und die Mitwirkungsrechte im Rahmen des § 1071 BGB ein derart hohes Informationsbedürfnis des Rechtsverkehrs gesehen, dass

⁸⁹² BGH, Beschluss vom 30. Januar 1992 – II ZB 15/91 –, NJW 1992, 1452 (1453 f.).

⁸⁹³ KG, Beschluss vom 24. März 2014 – 12 W 43/12 –, FGPrax 2014, 217 (218 f.).

⁸⁹⁴ OLG Hamm, Beschluss vom 14. April 2009 – 15 Wx 241/08 –, FGPrax 2009, 231 (231).

⁸⁹⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Oktober 2009 – I-3 Wx 142/09 –, FGPrax 2010, 85 (85).

⁸⁹⁶ Vgl. *Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts*, DNotI-Report 24/1999, 194 (194 f.).

auch ein „einfacher“ Nießbrauch⁸⁹⁷ stets eintragungspflichtig sei.⁸⁹⁸ Demgegenüber lehnt die h.M. eine solche Eintragungspflicht ab.⁸⁹⁹ Da angesichts fehlender Verwaltungsbefugnisse des Nießbrauchers⁹⁰⁰ dieser auch nicht gegenüber dem Rechtsverkehr hafte, sei der diesem gegenüber bestehende Informationsbedarf für eine Pflicht zur Eintragung des Nießbrauchs nicht hoch genug.

Hiervon zu unterscheiden sind diejenigen Stimmen, die dem Nießbraucher bereits aus dem Gesetz Verwaltungsbefugnissen zuweisen, was folgerichtig zu einer erweiterten Pflichtenstellung des Nießbrauchers gegenüber der Gesellschaft und dem Rechtsverkehr führen würde.⁹⁰¹ In diesen Fällen wird dann auch eine Eintragungspflicht des „einfachen“ Nießbrauchs gefordert.⁹⁰²

Folgerichtig erkennt auch die wohl h.M. in der Literatur im Falle eines vereinbarungsgemäß „qualifizierten“ Nießbrauchs, der sich durch umfangreiche Verwaltungsbefugnisse und eine Einbeziehung in die Außenhaftung des Nießbrauchers nach (§ 161 Abs. 2 HGB i.V.m.) § 126 HGB (i.V.m. §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 HGB) auszeichnet⁹⁰³, ein derart hohes Informationsbedürfnis des Rechtsverkehrs, dass eine Pflicht zur Eintragung gegeben sei.⁹⁰⁴

Eine bloße Eintragungsfähigkeit soll hingegen nach der wohl h.M. auch im Falle eines „einfachen“ Nießbrauchs bestehen.⁹⁰⁵ Dies lasse sich aus dem Bedürfnis nach „Binnenpublizität“⁹⁰⁶ gegenüber der Gesellschaft ableiten, da die Nießbrauchsstellung, wenn auch nicht gegenüber dem Rechtsverkehr, dann doch aus den oben genannten Gründen gegenüber der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern ein Informationsbedürfnis auslöse, das die Möglichkeit einer Eintra-

⁸⁹⁷ Zu der Terminologie, siehe Kapitel 3 B. I. 4. b).

⁸⁹⁸ In diesem Sinne als obiter dictum zu verstehen: OLG Stuttgart, Beschluss vom 28. Januar 2013 – 8 W 25/13 –, DNotZ 2013, 793 (795). In der Entscheidung musste eigentlich nur die Eintragungsfähigkeit eines Nießbrauchsvermerks in das Handelsregister beurteilt werden. Ebenfalls ausdrücklich auf § 1071 BGB abstellend: *Kindler*, in: Koller/Kindler/Drüen, HGB, § 106 Rn. 2; *Lieder* in: Oetker, HGB, § 106 Rn. 27.

⁸⁹⁹ *Pohlmann*, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 87; *Frank*, MittBayNot 2010, 96 (97 f.); *Schmidt*, in: MüKo, HGB, Vor § 230 Rn. 16; *Klose*, DStR 1999, 807 (807 ff.).

⁹⁰⁰ Vgl. Kapitel 3 B. I. 5. c).

⁹⁰¹ Vgl. Kapitel 3 B. I. 5. g).

⁹⁰² *Wedemann*, ZGR 2016, 798 (834 f.); *Ulmer*, FS Fleck 1988, 383 (396); *Schön*, ZHR 156 (1994), 229 (256); *Lindemeier*, Anm. zu LG Köln, Beschlüsse vom 12. Mai 2000 und 28. Juli 2000 – 89 T 10/00, 89 T 20/00 – RNotZ 2001, 155 (157 f.).

⁹⁰³ Näher hierzu, siehe Kapitel 3. B. I. 6. c).

⁹⁰⁴ In diesem Sinne zu verstehen, *Pohlmann*, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 87; *Schmidt*, in: MüKo, HGB, Vor § 230 Rn. 16; *Frank*, MittBayNot 2010, 96 (97 f.).

⁹⁰⁵ OLG Oldenburg, Beschluss vom 9. März 2015 – 12 W 51/15 –, NZG 2015, 643 (644); LG Oldenburg, Beschluss vom 8. April 2008 – 15 T 257/08 –, DNotI-Report 2008, 166 (166 f.); *Lieder* in: Oetker, HGB, § 106 Rn. 27; *Frank*, MittBayNot 2010, 96 (97 f.); *Pohlmann*, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 87; *Kindler*, in: Koller/Kindler/Drüen, HGB, § 106 Rn. 2; weitergehend: OLG Stuttgart, Beschluss vom 28. Januar 2013 – 8 W 25/13 –, DNotZ 2013, 793 (795), siehe Fußnote 898.

⁹⁰⁶ Der in dieser Arbeit verwendete Begriff der „Binnenpublizität“ wird in Kapitel 3 A. III. 1. c) erläutert.

gung rechtfertige. Außerdem werde durch die Eintragung Transparenz geschaffen, die angesichts der mit dem Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen verbundenen Rechtsunsicherheit zu begrüßen sei.⁹⁰⁷

Nach a.A. reiche der unter diesen Gesichtspunkten bestehende Informationsbedarf für eine Eintragungsfähigkeit nicht aus.⁹⁰⁸ Der Formalismus des Handelsregisters sei aus dem Bedürfnis nach Übersichtlichkeit und Rechtsklarheit geboren und dürfe nur bei erheblichem Interesse an zusätzlichen Informationen, deren Eintragungen nicht gesetzlich vorgesehen sind, durchbrochen werden. Auch in anderen Fällen, in denen ein Informationsbedürfnis des Rechtsverkehrs unstreitig besteht, erkenne der BGH regelmäßig keine Möglichkeit zur Eintragung. Deshalb genüge das Interesse an einer Offenlegung der Nießbrauchsstellung in der Konstellation eines „einfachen“ Nießbrauch nicht, auch weil die gebotene Einbindung des Nießbrauchers in Gesellschaftsangelegenheiten im Rahmen des § 1071 BGB keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit der betroffenen Handlungen haben.⁹⁰⁹ Oftmals wird auch einzig auf die grundsätzlich fehlende Außenhaftung des Nießbrauchers abgestellt, um eine Eintragungsmöglichkeit zu versagen.⁹¹⁰

b) Stellungnahme

aa) Auch dem Handelsregister kommt „Binnenpublizitätswirkung“ zu

Zunächst überzeugt die Wertung, dass dem Handelsregister auch der Zweck einer „Binnenpublizität“ zukommt, über die im Verbandsverhältnis zwischen Gesellschafter und Gesellschaft bestehende Berechtigungslage mit privatrechtlicher Wirkung zu informieren. Auch für die Kapitalgesellschaften dient das einschlägige Registerrecht diesem Zweck.⁹¹¹ Es gibt keinen Grund, warum für Personenhandelsgesellschaften insofern kein berechtigtes Interesse bestehen sollte, Klarheit über innergesellschaftliche Verhältnisse herzustellen. Und das Handelsregister als derjenige Publizitätsträger, der die Beteiligungslage in Personenhandelsgesellschaften aus-

⁹⁰⁷ Pohlmann, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 87.

⁹⁰⁸ OLG München, Beschluss vom 8. August 2016 – 31 Wx 204/16 –, DStR 2016, 2000 (2000 ff.) unter Verweis auf die strengere Rechtsprechung des BGH im Zusammenhang mit Eintragungen in die Gesellschafterliste, dazu vgl. II. 2. a); Klimke, in: BeckOK, HGB, § 106 Rn. 24; vgl. auch Schmidt, in: MüKo, HGB, Vor § 230 Rn. 16, wonach die Eintragung anderer dinglicher Belastungen wie einem Pfandrecht an einem Gesellschaftsanteil ebenfalls von Interesse für den Rechtsverkehr sein kann, aber ebenfalls nicht eintragungsfähig ist, da das Handelsregister nur den Zweck habe, über die Inhaberschaft der Gesellschafterstellung zu informieren.

⁹⁰⁹ OLG München, Beschluss vom 8. August 2016 – 31 Wx 204/16 –, DStR 2016, 2000 (2001). Zu den Wirkungen des § 1071 BGB, vgl. Kapitel 3 B. I. 5. e).

⁹¹⁰ Klimke, in: BeckOK, HGB, § 106 Rn. 24; Born, in: Ebenroth/Boujong, HGB, § 106 Rn. 42 m.w.N. Zu der Frage nach einer Außenhaftung des Nießbrauchers eines „einfachen“ Nießbrauchs an Gesellschaftsanteilen, siehe Kapitel 3. B. I. 5. g).

⁹¹¹ Siehe Kapitel 3 A. III. 1. c).

weist, ist die naheliegende Plattform hierfür. Der Nutzen, den das Handelsregister für das Privatrecht entfalten kann, sollte nicht allein aufgrund von Bedenken, die auf der Tradition oder dem Ursprung eines angedachten Anwendungsbereichs beruhen⁹¹², begrenzt werden.

bb) Gleichwohl keine Eintragungsfähigkeit „einfacher“ Nießbrauchsverhältnisse

Gleichwohl ist die Eintragungsfähigkeit eines „einfachen“ Nießbrauchs an einem Geschäftsanteil in das Handelsregister abzulehnen. Dabei ist ausdrücklich aber nicht der Argumentation zu folgen, die dies mit einer fehlenden „Binnenpublizität“ des Handelsregisters begründet. Vielmehr ist nicht zu erkennen, worin bei einem „einfachen“ Nießbrauch an Geschäftsanteilen das in diesem Sinne zumindest gegenüber der Gesellschaft begründete sachliche Bedürfnis für eine Eintragung im Handelsregister ohne Eintragungsgrundlage zu erkennen sein soll. Denn der Nießbrauch begründet in dieser Konstellation, wie in Kapitel 3 aufgezeigt wurde, weder im Verbands- noch im Außenverhältnis wesentliche Rechte oder Pflichten des Nießbrauchers. Etwas anderes folgt weder aus der dinglichen Rechtsnatur des Nießbrauchs noch aus § 1071 BGB.⁹¹³

Außerdem ist fraglich, wie der „einfache“ Nießbrauch als (nichtkonstitutive⁹¹⁴) lediglich eintragungsfähige Rechtstatsache tatsächlich über § 15 HGB in die „Binnenpublizität“ eingebunden sein soll, wenn § 15 Abs. 1 – 3 HGB entsprechend der h.M. auf solche Rechtstatsachen doch nicht anwendbar sein soll.⁹¹⁵ Konsequenterweise müsste, sofern für die Eintragungsfähigkeit des Nießbrauchs auch bei „einfacher“ Ausgestaltung plädiert wird, dieser zumindest auch an der positiven Publizitätswirkung des § 15 Abs. 3 HGB, jedenfalls im Sinne einer „Binnenpublizität“ teilnehmen.⁹¹⁶ Denn wenn niemand auf das Bestehen des Nießbrauchs und die damit beim Nießbraucher liegenden Befugnisse vertrauen dürfte, fällt es schwer, ein die Eintragung ohne eine Eintragungsgrundlage bedingendes sachliches Bedürfnis des Rechtsverkehrs zu erkennen. Wie gesagt, entspricht dies aber nicht dem herrschenden Verständnis der Anwendung der des § 15 Abs. 3 HGB.

⁹¹² In dieser Hinsicht streng traditionell etwa *Krafka*, in: *Krafka*, RegR, Rn. 85.

⁹¹³ Kapitel 3 B. I. 5. e), VII. 1.

⁹¹⁴ Gemäß *Koch/Harnos*, in: *Staub*, HGB, § 15 Rn. 33 ff., 77, 105 entsprechen es der h.M., die Wirkungen der § 15 Abs. 1 – 3 HGB auch auf eintragungsfähige Rechtstatsachen zu erstrecken, sofern die Eintragung für diese eine konstitutive Wirkung hat, ohne dass deren Vertreter dies ausdrücklich feststellen (Fn. 203).

⁹¹⁵ BGH, Versäumnisurteil vom 18. Oktober 2016 – II ZR 314/15 –, juris (Rn. 13); *Preuß*, in: *Oetker*, HGB, § 15 Rn. 55; *Merkt*, in: *Hopt*, HGB, § 15 Rn. 13.

⁹¹⁶ In diesem Sinne für eine Anwendung der § 15 Abs. 2, 3 HGB auf lediglich eintragungsfähige Rechtstatsachen eintretend, mit der nachvollziehbaren Begründung, dass die in Bezug auf § 15 Abs. 1 HGB notwendige Differenzierung zwischen eintragungsfähigen und eintragungspflichtigen Rechtstatsachen nach Eintragung zum Schutz des Rechtsverkehrs, sich auf eine Registerlage verlassen zu können, entfalle: *Krebs*, in: *MüKo*, § 15 Rn. 67, 91; *Roth*, in: *Koller/Kindler/Drüen*, HGB, § 15 Rn. 19.

cc) Unzureichender Informationswert des Nießbrauchsvermerks bei „qualifizierter“ Ausgestaltung
Bei „qualifizierten“ Nießbrauchsverhältnissen, bei denen der Nießbraucher tatsächlich in das Verbandsverhältnis, und darüber hinaus in das Außenverhältnis, einbezogen wird⁹¹⁷, besteht demgegenüber ein Informationsbedürfnis von Rechtsverkehr und Gesellschaft, das eine Eintragungspflicht entsprechend der h.M. prinzipiell zu begründen vermag. Allerdings kann dieses Bedürfnis durch eine Eintragung eines schlichten Nießbrauchsvermerks nicht befriedigt werden. Denn die Eintragung sagt nichts über die vertragliche Ausgestaltung des Nießbrauchs im Einzelfall aus. Angesichts der wohl herrschenden Wertung, dass auch ein „einfacher“ Nießbrauch zumindest eintragungsfähig ist, kann aus der Information im Handelsregister weder Rechtsklarheit über bestehende Verwaltungsbefugnisse des Nießbrauchers noch dessen Einbeziehung in die Gesellschafterhaftung nach (§ 161 Abs. 2 HGB i.V.m.) § 126 HGB (i.V.m. §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 HGB) hergestellt werden. Die Eintragungspflicht eines Nießbrauchsvermerks in Konstellationen „qualifizierter“ Ausgestaltungen wäre mithin nur dann geeignet, über die Rechtsstellung des Nießbrauchers gegenüber Rechtsverkehr und Gesellschaft zu informieren, wenn die Eintragung „einfacher“ Nießbrauchsverhältnisse generell ausschiede.

dd) Keine systemkonforme Würdigung der Eintragungspflicht „qualifizierter“ Nießbrauchsverhältnisse *de lege lata*

Doch auch unabhängig von dem Verhältnis zu „einfachen“ Nießbrauchsverhältnissen wird die von der h.M. vertretene Eintragungspflicht „qualifizierter“ Nießbrauchsverhältnisse, wenngleich in der Sache richtig, nicht systemkonform in die Wirkungen des § 15 Abs. 1 – 3 HGB eingepasst. Gemäß § 15 Abs. 1 HGB soll der Rechtsverkehr aus dem Schweigen des Registers über eine eintragungspflichtige Rechtsposition darauf schließen können, dass diese auch nicht vorhanden ist. Bei fehlender Eintragung des Nießbrauchs müsste sich der Erwerber eines Personenhandelsgesellschaftsanteils eigentlich auf das Nichtbestehen eines Nießbrauchs zumindest in einer „qualifizierten“ Ausgestaltung verlassen können.

Im Gegensatz zu der Paralleldiskussion um die Eintragung eines Nießbrauchsvermerks in die Gesellschafterliste⁹¹⁸, findet eine Diskussion über die Möglichkeit eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs einer Gesellschafterstellung in den Fällen, in denen der Nießbrauch nach h.L. hätte eingetragen werden müssen, soweit ersichtlich allerdings nicht statt. Die geringere Verkehrsfähigkeit von Personengesellschaftsanteilen und das damit zusammenhängende größere praktische Bedürfnis eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen

⁹¹⁷ Vgl. Kapitel 3. B. I. 6.

⁹¹⁸ Vgl. bei I. 2.

sind dabei nur unbefriedigende Erklärungsansätze für die vollkommen unterschiedliche Diskussionstiefe in diesem Zusammenhang.⁹¹⁹

3. Eintragung von Unterbeteiligungs- und Treuhandvermerk

a) Meinungsstand

Ein Vermerk über eine an einem Gesellschaftsanteil bestehende Unterbeteiligung oder einen hieran berechtigten Treugeber soll demgegenüber nach weitgehend einhelliger Auffassung nicht in das Handelsregister eingetragen werden können.⁹²⁰ Dies soll nach h.M. auch bei einer „qualifizierten“⁹²¹ Ausgestaltung des Treuhand- oder Unterbeteiligungsverhältnisses gelten.⁹²²

Abweichendes vertritt *Ulmer*, der mit der Lehre von der Doppelzuständigkeit am Gesellschaftsanteil für eine Würdigung „qualifizierter“ Treuhandbeziehungen an Gesellschaftsanteilen als verdinglichte, im Außenverhältnis Wirkung entfaltende und dementsprechend in einschlägigen Registern auszuweisende Rechtsgemeinschaft von Gesellschafter und Treuhänder eintritt.⁹²³

Geibel, der die Treuhand als Gesellschaftsform erkennt⁹²⁴, vertritt eine differenzierte Auffassung.⁹²⁵ Demnach soll die Eintragungsfähigkeit und -pflichtigkeit an einem Kommanditanteil von der, im Ergebnis nicht erforderlichen aber gleichsam möglichen, Außenrechtsfähigkeit der „Treuhandgesellschaft“ abhängig sein. Treuhandbeziehungen an einem OHG-Anteil oder einer Komplementärstellung sollen demgegenüber bereits deshalb stets einzutragen sein, da dies für die nach § 106 Abs. 2 Nr. 4 HGB gegenüber dem Rechtsverkehr offenzulegende Identität und insbesondere die Vertretungsmacht des Gesellschafters erheblich sei. Dass demgegenüber für die Unterbeteiligung keine Eintragungsmöglichkeit bestehe, stehe hierzu nicht im Widerspruch, da dies auf der Vorstellung beruhe, die Unterbeteiligung bilde kein Gesamthandsvermögen.⁹²⁶ Dies sei *Geibel* zufolge jedoch nur für sogenannte „reine“ Unterbeteiligungen anzunehmen, die von den treuhänderischen Unterbeteiligungen abzugrenzen seien.⁹²⁷

⁹¹⁹ Erkennt man mit der wohl h.M. eine Eintragungspflicht eines „qualifizierten“ Nießbrauchs an, wären die bei II. 2. b) für die Gesellschafterliste geäußerten Bedenken gegen die Möglichkeit eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen auf das Recht des Handelsregisters nicht übertragbar.

⁹²⁰ *Kindler*, in: Koller/Kindler/Drüen, HGB, § 106 Rn. 2; *Lieder* in: Oetker, HGB, § 106 Rn. 27; *Klimke*, in: BeckOK, HGB, § 106 Rn. 24; *Born*, in: Ebenroth/Boujong, HGB, § 106 Rn. 42; *Blaurock*, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, S. 159 f. Für die Unterbeteiligung ist die fehlende Eintragung gerade wesensgebend. Es besteht jedoch eine Vergleichbarkeit zu der Treuhand, siehe Kapitel 3 B. III. 2. b), die auch in Anbetracht möglicher „qualifizierter“ Ausgestaltungen ähnliche Probleme aufwerfen, siehe Kapitel 3 B. III. 6. c), d).

⁹²¹ Zu der Terminologie, siehe Kapitel 3 B. II. 4. c) (für die Treuhand), III. 4. b) (für die Unterbeteiligung).

⁹²² *Roth*, in: Hopt, HGB, § 106 Rn. 11; *Lieder* in: Oetker, HGB, § 106 Rn. 27.

⁹²³ *Ulmer*, in: Staub, HGB, 4. Aufl., § 105 Rn. 102, vgl. hierzu Kapitel 3 B. VI.

⁹²⁴ Vgl. hierzu Kapitel 3 B. II. 2. d).

⁹²⁵ *Geibel*, Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht, S. 256 ff., 262 f., 275, 379 f., 384 ff.

⁹²⁶ *Geibel*, Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht, S. 264.

⁹²⁷ Vgl. hierzu Kapitel 3 B. II. 2. d).

b) Stellungnahme

Die von *Ulmer* beziehungsweise *Geibel* gegenüber der h.M. divergierenden Bewertungen der Eintragungsfähigkeit sind auf die jeweils bereits im Grundsatz von der h.M. abweichende Beurteilung der Rechtsnatur der Rechtsinstitute der Treuhand beziehungsweise der Unterbeteiligung, jedenfalls bei „qualifizierter Ausgestaltung, zurückzuführen.

Allerdings ist der Umgang der h.M. mit der Eintragungsfähigkeit und -pflichtigkeit von Treuhand- und Unterbeteiligungsverhältnissen auch dann zu kritisieren, wenn man die herrschende Würdigung der jeweiligen Rechtsinstitute zugrunde legt.

Dies gilt zunächst im Lichte einer Gegenüberstellung mit den für die Eintragung eines Nießbrauchs an Gesellschaftsanteilen herrschend vertretenen Grundsätzen. Wird die Möglichkeit einer gesellschaftlicher Außenhaftung als einziges Eintragungskriterium ausgegeben, findet eine Gleichbehandlung mit dem Nießbrauch statt, der nach dieser Auffassung ebenfalls grundsätzlich nicht eintragungsfähig sein soll.⁹²⁸ Da in aller Regel auch bei einer „qualifizierten“ Ausgestaltung weder Treugeber noch Unterbeteiligter in die persönliche Gesellschafterhaftung nach (§ 161 Abs. 2 HGB i.V.m.) § 126 HGB (i.V.m. §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 HGB) einbezogen werden, der Nießbraucher allerdings schon⁹²⁹, würde eine sich allein hierauf stützende Ungleichbehandlung nachvollziehbar sein.

Indes findet zum einen eine Diskussion darüber, ob zumindest in den ausnahmsweise von der Rechtsprechung anerkannten Konstellationen einer Durchgriffshaftung gegenüber Treugeber oder Unterbeteiligtem⁹³⁰ ein entsprechender Vermerk über die Treuhand oder Unterbeteiligung in das Handelsregister eingetragen werden kann oder sogar muss, soweit ersichtlich nicht statt.⁹³¹

Die Eintragungsfähigkeit des Nießbrauchers wird zudem nicht ausschließlich auf die Möglichkeit einer Durchgriffshaftung gestützt. Teilweise wird etwa auch auf die über § 1071 BGB vermittelte Einbeziehung des Nießbrauchers in die Gesellschaftsbelange verwiesen⁹³². Indes beschränken sich die Wirkungen des § 1071 BGB nach h.M. auf das Innenverhältnis zwischen Gesellschafter und Nießbraucher, für das kein über das Handelsregister zu befriedigendes Informationsbedürfnis besteht.⁹³³ Obwohl der Nießbraucher in einem dinglichen Rechtsverhältnis

⁹²⁸ So *Klimke*, in: BeckOK, HGB, § 106 Rn. 24, § 105 Rn. 147; *Born*, in: Ebenroth/Boujong, HGB, § 106 Rn. 42. Zum Nießbrauch, vgl. 2.

⁹²⁹ Siehe Kapitel 3 B. I. 6. c) (zum Nießbrauch), II. 6. b) (zur Treuhand), III. 6. d) (zur Unterbeteiligung).

⁹³⁰ Vgl. Kapitel 3 B. II. 6. b) (zur Treuhand), III. 6. d) (zur Unterbeteiligung),

⁹³¹ Schlicht auf eine (stets) fehlende Außenhaftung des Treuhänders abstellend: *Klimke*, in: BeckOK, HGB, § 106 Rn. 24; *Fleischer*, in: MüKo, HGB, § 106 Rn. 25 m.w.N.

⁹³² Siehe hierzu 2. und Fußnote 898.

⁹³³ Vgl. B. I. 5. e), VII. 1.

mit dem Gesellschafter steht, bedarf es immer einer „qualifizierten“ vertraglichen Ausgestaltung des Nießbrauchs, um Rechte und Pflichten im Verbandsverhältnis (oder im Außenverhältnis) zu begründen.⁹³⁴ Die Möglichkeit einer „qualifizierten“ Einbeziehung des Hintermanns in das Verbandsverhältnis von Personengesellschaften besteht nach h.M. aber auch bei Treuhand- und Unterbeteiligungsverhältnissen, obwohl diese Rechtsinstitute nach h.M., jedenfalls im Grundsatz, rein obligatorische Rechtsbeziehungen begründen.⁹³⁵ Eine Argumentation mit § 1071 BGB ist deshalb nicht geeignet, eine Ungleichbehandlung zwischen den verschiedenen Rechtsinstituten zu begründen.

Für „qualifizierte“ Treuhand- und Unterbeteiligungsverhältnisse an Personenhandelsgesellschaftsanteilen sollte entsprechend der Begründung einer Eintragungsfähigkeit von Nießbrauchsverhältnissen mithin auch ein sachliches Bedürfnis („Binnenpublizität“) für die Eintragung der Rechtsstellung des Treugebers oder des Unterbeteiligten erkannt werden.⁹³⁶ Dies gilt erst recht, sofern ausnahmsweise eine Einbeziehung in die Außenhaftung des Gesellschafters angezeigt ist. Eine Eintragung könnte dieses sachliche Bedürfnis allerdings nur dann befriedigen, wenn aus der Eintragung die qualifizierte Ausgestaltung des Rechtsinstituts auch hervorginge. Dies setzt voraus, dass einfache Treuhandgestaltungen oder Unterbeteiligungen die Eintragungsfähigkeit versagt werden muss. Ansonsten würden, wie bei einer Eintragung des Nießbrauchs *de lege lata*⁹³⁷, aus der Eintragung die Rechte und Pflichten des Treugebers bzw. Unterbeteiligten im Verbands- und Außenverhältnis nicht verlässlich hervorgehen.

4. Zwischenergebnis

De lege lata sieht das Recht des Handelsregisters keinen angemessenen Umgang mit dem Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen vor: Zwar soll er, je nach Ausgestaltung, eingetragen werden können oder sogar müssen. Es lassen sich aber weder aus der Eintragung noch aus dem Fehlen einer Eintragung verlässliche Rechtsfolgen für den Rechtsverkehr entnehmen, dessen Informationsbedürfnis durch die Möglichkeit beziehungsweise Pflicht der Eintragung eigentlich gestillt werden soll. Stattdessen wird ein Eintragungsbedürfnis (auch) mit der Schaffung von „Binnenpublizität“ begründet, obwohl ungeklärt ist, ob dem Handelsregister eine solche Wirkung überhaupt zukommt.⁹³⁸ Unabhängig davon, dass gute Gründe hierfür sprechen⁹³⁹, kann die Eintragungsfähigkeit „einfacher“ Nießbrauchsverhältnisse hiermit nicht begründet werden. Denn

⁹³⁴ Vgl. Kapitel 3 B. I. 6., VII. 1.

⁹³⁵ Siehe Kapitel 3 B. II. 6. a) aa) (für die Treuhand), III. 6. c) aa) (für die Unterbeteiligung).

⁹³⁶ Der in dieser Arbeit verwendete Begriff der „Binnenpublizität“ wird in Kapitel 3 A. III. 1. c) erläutert.

⁹³⁷ Siehe hierzu die Kritik bei 2 b) cc).

⁹³⁸ Vgl. 2. a), b) aa).

⁹³⁹ Vgl. 2. b) aa).

Nießbraucher hat in dieser Konstellation keine über das Innenverhältnis hinausgehende wesentlichen Rechtspositionen im Verbandsverhältnis inne.⁹⁴⁰ Eine sich in einem bloßen Nießbrauchsvermerk erschöpfende Eintragung würde zudem auch ein Informationsbedürfnis über das Vorliegen „qualifizierter“ Nießbrauchsverhältnisse nicht stillen können, sofern man für alle Nießbrauchsverhältnisse jedenfalls eine Eintragungsfähigkeit anerkennt.⁹⁴¹ Zudem wird die Eintragungspflicht von „qualifizierten“ Nießbrauchsverhältnissen hinsichtlich der Möglichkeit gutgläubigen lastenfreien Erwerbs mit Blick auf die an sich vorgesehene Anwendung des § 15 Abs. 1 HGB auf eintragungspflichtige Rechtstatsachen nicht angemessen berücksichtigt.⁹⁴²

Stellt man den Nießbrauch an Geschäftsanteilen von Personenhandelsgesellschaften der Treuhand oder Unterbeteiligung hieran gegenüber, zeigt sich, dass die dingliche Wirkung des Nießbrauchs nach h.M. Unterscheidungskriterium für die Eintragungsfähigkeit in das Handelsregister ist. Eine angemessene Berücksichtigung der tatsächlich für die Registeröffentlichkeit relevanten Rechtsstellung der an dem Geschäftsanteil *Berechtigten* erfolgt hierdurch nicht. Nicht die Rechtsnatur des Rechtsinstituts mittelbarer wirtschaftlicher Teilhabe an einer Gesellschaft gebietet nach hier vertretener Auffassung deren Offenlegung im Handelsregister, sondern die eine wirtschaftliche Berechtigung des Hintermanns begründende Ausgestaltung des Rechtsinstituts, sofern sie eine Einbeziehung des Hintermanns in Verbands- und Außenverhältnis bezüglich der mit dem Geschäftsanteil verbundenen Rechten und Pflichten ausdrückt.⁹⁴³

II. Publizität wirtschaftlicher Berechtigung in der Gesellschafterliste?

1. Die Frage nach der Notwendigkeit einer ausdrücklichen Eintragungsgrundlage

a) Kein strenger numerus clausus des Listeninhalts

Das Gesetz sieht die Eintragungsfähigkeit mittelbarer wirtschaftlicher Teilhaberrechte in die Gesellschafterliste nicht ausdrücklich vor. Die in § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG bezeichneten Vorgänge der Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung beziehen sich auf „offene“ Änderungen, d.h., offengelegte und nach außen hin wirksame Abtretungen von Geschäftsanteilen. „Stille Abtretungen“ wie Vereinbarungen über eine Treugeberstellung⁹⁴⁴ oder eine Unterbeteiligung an einem Geschäftsanteil, gehören ebenso wenig

⁹⁴⁰ Vgl. 2. b) bb) sowie Kapitel 3 B. VII. 1.

⁹⁴¹ Vgl. Vgl. 2. b) cc).

⁹⁴² Vgl. Vgl. 2. b) dd).

⁹⁴³ Vgl. 3. b).

⁹⁴⁴ Die Treuhand kann ungeachtet dessen formbedürftig im Sinne des § 15 Abs. 3, 4 GmbHG sein, vgl. hierzu Kapitel 3 B. II. 3. und die Pflicht zur Einreichung einer neuen Gesellschafterliste durch den beurkundenden Notar begründen. Die Formbedürftigkeit des Verfügungsgeschäfts über den Geschäftsanteil als Treugut entscheidet insofern über die Zuständigkeitsfrage für die Einreichung der Gesellschafterliste, vgl. B. III. 1. b), c), In den einschlägigen Fällen wird die Gesellschafterstellung jedoch *an den Treuhänder* übertragen. Hierin besteht die Veränderung in der Person des Gesellschafters im Sinne des § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Dessen formale Gesellschafterstellung, nicht die „stille“ Stellung des Treugebers, gelangt insofern zur Eintragung.

dazu, wie Belastungen von Gesellschaftsanteilen, etwa durch einen Nießbrauch.⁹⁴⁵ Dies wirft die Frage auf, ob eine Rechtstatsache für ihre Eintragungsfähigkeit in der Gesellschafterliste stets einer gesetzlichen Grundlage bedarf oder ob auch über den Katalog des § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG hinaus Angaben in der Gesellschafterliste gemacht werden können.

Die Eintragung bewirkt allein die Eingliederung einer nach materiellem Recht im Sinne des § 40 Abs. 1 S. 1 beziehungsweise § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG entstandenen Rechtstatsache in die Rechtsscheinwirkung der Gesellschafterliste nach § 16 Abs. 1 – 3 GmbHG. Mithin kommt der Eintragung stets eine rein deklaratorische Wirkung zu.⁹⁴⁶ Zwar steht der Grundsatz der Registerklarheit einer voraussetzungslosen Ergänzung des gesetzlich vorgesehenen Eintragungsinhalts entgegen.⁹⁴⁷ Ein strenger numerus clausus des Listeninhalts, der eine Eintragungsfähigkeit von in § 40 Abs. 1 GmbHG nicht genannten Rechtstatsachen gänzlich ausschließen würde, existiert aber nicht.⁹⁴⁸

b) Auslegung und Einordnung des § 2 GesLV

Dass § 40 Abs. 1 GmbHG keine abschließende Aufzählung der Angaben vorsieht, die eine Gesellschafterliste enthalten darf, dürfte jedenfalls seit Einführung des § 2 GesLV⁹⁴⁹ feststehen. Darin wurde die Eintragung weiterer, über § 40 Abs. 1 GmbHG hinausgehender Angaben in einer zusätzlichen Spalte (der Veränderungsspalte) empfohlen. Hierdurch soll die Nachvollziehbarkeit derjenigen Veränderungen in der GmbH erleichtert werden, die die Neueinreichung der Gesellschafterliste erforderlich gemacht haben. Einige dieser Angaben werden in § 2 Abs. 3 GesLV aufgezählt, wobei § 2 Abs. 4 GesLV ausdrücklich die nicht abschließende Natur dieser Aufzählung klarstellt.⁹⁵⁰

Teilweise wird die Bestimmung des § 2 Abs. 4 GesLV herangezogen, um die Eintragungsfähigkeit dinglicher Lasten, zu denen auch der Nießbrauch gehört, zu begründen. Der Gesetzgeber habe hierin den Willen zum Ausdruck gebracht, alle sinnvollen Angaben, die über einen Geschäftsanteil gemacht werden können, zuzulassen.⁹⁵¹

⁹⁴⁵ Vgl. *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 40 Rn. 60; *Heidinger*, in: MüKo, GmbHG, § 40 Rn. 220.

⁹⁴⁶ Für die Begründung der Erwerberhaftung für rückständige Einlageverpflichtungen nach § 16 Abs. 2 GmbHG muss ausnahmsweise von einer konstitutiven Wirkung der Eintragung ausgegangen werden, da ohne die Eintragung auch keine materiell-rechtliche Einbindung des Erwerbers eines Geschäftsanteils in den gesamtschuldnerischen Haftungsverband im Sinne des § 16 Abs. 2 GmbHG existiert.

⁹⁴⁷ BGH, Beschluss vom 20. September 2011 – II ZB 17/10 –, BGH, NZG 2011, 1268 (1268) –, *Beutel*, NZG 2014, 646 (647).

⁹⁴⁸ *Beutel*, NZG 2014, 646 (647); *Heidinger*, in: MüKo, GmbHG, § 40 Rn. 55.

⁹⁴⁹ Verordnung über die Ausgestaltung der Gesellschafterliste (Gesellschafterlistenverordnung - GesLV) vom 20. Juni 2018 (BGBl. I S. 870) auf Grundlage der Ermächtigung nach § 40 Abs. 4 GmbHG.

⁹⁵⁰ BR-Drs. 105/18, S. 10.

⁹⁵¹ *Heidinger*, in: MüKo, GmbHG, § 40 Rn. 59.

Dem kann mit Blick auf die Systematik des § 2 GesLV nicht zugestimmt werden. Systematisch ist die Bestimmung dahingehend zu verstehen, dass Eintragungen in die Veränderungsspalte in Anwendung des § 2 Abs. 4 GesLV, wie die in § 2 Abs. 2 und § 2 Abs. 3 GesLV angeführten Pflicht- beziehungsweise Sollangaben, einen rein erläuternden Zweck haben sollen.⁹⁵² Dingliche Belastungen, ebenso wie Treuhand- oder Unterbeteiligungsvermerke passen systematisch nicht zu dem Katalog des § 2 Abs. 3 GesLV. Als eigenständige Rechtstatsache der Gesellschafterliste, müsste an ihre Eintragung auch eine rechtliche Wirkung geknüpft werden, die in einer Teilnahme an der Rechtsscheinwirkung der Gesellschafterliste nach § 16 Abs. 1 – 3 GmbHG bestünde.⁹⁵³ In diesem Sinne kann die im Verhältnis zu § 2 Abs. 3 GesLV als subsidiär anzusehende Öffnungsklausel in § 2 Abs. 4 GesLV nicht interpretiert werden. § 2 GesLV kann deshalb die Frage einer Eintragungsfähigkeit wirtschaftlicher Teilhaberrechte an Gesellschaftsanteilen nicht beantworten.

2. Eintragung eines Nießbrauchs an Gesellschaftsanteilen

a) Die fehlende Eintragungsfähigkeit des Nießbrauchs nach h.M.

Jedenfalls eine *Pflicht* zur Eintragung eines Nießbrauchs an GmbH-Gesellschaftsanteilen wird man mangels Normierung einer solchen *de lege lata* verneinen müssen.⁹⁵⁴

Die überwiegende Auffassung verneint auch die Eintragungsfähigkeit eines Nießbrauchsvermerks.⁹⁵⁵ Begründet wird dies zunächst damit, dass eine gesetzliche Normierung der Eintragungsfähigkeit dinglicher Belastungen fehle.⁹⁵⁶ Dieses Argument allein verfängt allerdings nicht, da die Gesellschafterliste gerade keinem strengen Eintragungsgrundsatz unterliegt, aus

⁹⁵² So auch *Cziupka*, GmbHR 2018, R180 (R182), der das Beispiel der Namensänderung nennt.

⁹⁵³ Warum eine Eintragung von an dem Gesellschaftsanteil bestehenden Rechten Dritter auch zu deren Einbeziehung in die Rechtsscheinwirkungen des § 16 Abs. 1 – 3 GmbHG führen muss, wird bei 2. b) ausgeführt.

⁹⁵⁴ So auch die Vertreter der Eintragungsfähigkeit, vgl. *Reymann*, Anm. zu LG Aachen, Beschluss vom 6. April 2009 – 44 T 1/09 –, RNotZ 2009, 409 (411 ff.); *ders.*, WM 2008, 2095 (2102); *Heidinger*, in: MüKo, GmbHG, § 40 Rn. 118; eine Eintragungspflicht bejahend lediglich *Laukemann*, in: jurisPK-BGB, 6. Aufl., § 1069 Rn. 11.

⁹⁵⁵ So die h.L. vor der Einführung der Veränderungsspalte durch § 2 GesLV, vgl. *Mayer*, DNotZ 2008, 403 (407); *Hasselmann*, AnwBl. 2008, 659 (665); *ders.*, NZG 2009, 449 (451); *Haas/Oechsler*, NZG 2006, 806 (812); *Wachter*, ZNotP 2008, 378 (397); *Preuß*, ZGR 2008, 676 (688). Dafür, dass die Einführung der Veränderungsspalte an dieser Auffassung nichts geändert hat: *Cziupka*, GmbHR 2018, R180 (R182); *Altmeppen*, in: Altmeppen, GmbHG, § 16 Rn. 37; *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 40 Rn. 25 ff.; *Terlau*, in: MHLS, GmbHG, § 16 Rn. 12, 250 f.; *Frank*, MittBayNot 2010, 96 (98). Der BGH, stellt die Frage der Eintragungsfähigkeit dinglicher Belastungen der Frage der Eintragungsfähigkeit von Verfügungsbeschränkungen gleich und verfährt seit jeher dahingehend sehr restriktiv, vgl. gegen Vermerk eines aufschiebend bedingten Erwerbs BGH, Beschluss vom 20. September 2011 – II ZB 17/10 –, NZG 2011, 1268 (1269 f.) und gegen Eintragung Testamentsvollstreckervermerk BGH, Beschluss vom 24. Februar 2015 – II ZB 17/14 –, DNotZ 2015, 456; demgegenüber damals bereits für eine Eintragungsfähigkeit eines Nießbrauchsvermerks: LG Aachen, Beschluss vom 6. April 2009 – 44 T 1/09 –, RNotZ 2009, 409.

⁹⁵⁶ Siehe die Nachweise in Fußnote 955.

dem sich ein strikter Katalog eintragungsfähiger Rechtstatsachen ergeben würde.⁹⁵⁷ Die Gesellschafterliste soll vielmehr Rechtsklarheit gegenüber der GmbH und dem Rechtsverkehr herstellen, indem über die in der GmbH bestehende Beteiligungs- und Berechtigungslage aufgeklärt wird. Diesen Zweck würde die Eintragung eines Nießbrauchs in der Gesellschafterliste sogar fördern, wobei die Vertreter einer Eintragungsmöglichkeit diese, mit überzeugender Begründung, von der Ausgestaltung des Nießbrauchs abhängig machen wollen: Da nur bei einem „qualifiziert“ ausgestalteten Vollnießbrauch auch Rechte und Pflichten des Nießbrauchers gegenüber der Gesellschaft bestehen, solle auch nur in diesem Fall ein die Eintragung rechtfertigendes erhebliches Bedürfnis nach Rechtsklarheit bestehen.⁹⁵⁸ Insofern wird eine ähnliche Unterscheidung vorgenommen wie bei der Frage der Eintragung von Nießbrauchsvermerken an Personenhandelsgesellschaftsanteilen. Das in diesem Zusammenhang beschriebene Problem unzureichender Rechtsklarheit besteht indes nicht, sofern man ausschließlich bei „qualifizierter“ Ausgestaltung des Nießbrauchs eine Eintragungsfähigkeit annimmt und eine Eintragungspflicht ansonsten verneint.⁹⁵⁹ Der Einwand, eine Eintragungsfähigkeit würde faktisch zu einer Eintragungspflicht führen, sofern die Eintragung in Anwendung des § 16 Abs. 1 GmbHG der Begründung der Rechte und Pflichten des Nießbrauchers gegenüber der Gesellschaft dienen würde⁹⁶⁰, kann teilweise entkräftet werden: Die Eintragung würde lediglich deklaratorisch wirken, womit auch bei einer fehlenden Eintragung die aus dem bereits entstandenen Nießbrauch abzuleitenden Rechte und Pflichten bestehen könnten. Deren Verletzung durch den formalen Rechtsinhaber würde diesen gegenüber dem Nießbraucher zumindest im Innenverhältnis Schadensersatzpflichtig machen. Gleichwohl ist zuzugeben, dass ein Eintragungsdruck bestehen würde, da ohne eine Eintragung der für die Ausübung der dem Nießbraucher zustehenden Rechte nach außen hin ausschlaggebende Rechtsschein fehlen würde.

b) Die Teilnahme des Nießbrauchsvermerks an der Rechtsscheinwirkung des § 16 Abs. 3 GmbHG

Weiterhin wird gegen die h.M. angeführt, dass auch für das Aktienregister die Eintragungsfähigkeit dinglicher Belastungen nicht vorgesehen sei, diese aber dort anerkannt ist.⁹⁶¹ Betrachtet

⁹⁵⁷ LG Aachen, Beschluss vom 6. April 2009 – 44 T 1/09 –, RNotZ 2009, 409, mit zust. Anm. hierzu *Reymann*, RNotZ 2009, 409 (411 ff.); *ders.*, WM 2008, 2095 (2102); *Pohlmann*, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 88. Für eine Erläuterung der in dieser Arbeit verwendeten Terminologie, vgl. Kapitel 3 B. I. 4. b).

⁹⁵⁸ LG Aachen, Beschluss vom 6. April 2009 – 44 T 1/09 –, RNotZ 2009, 409, mit zust. Anm. hierzu *Reymann*, RNotZ 2009, 409 (411 ff.); *ders.*, WM 2008, 2095 (2102); *Pohlmann*, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 88. Für eine Erläuterung der in dieser Arbeit verwendeten Terminologie, vgl. Kapitel 3 B. I. 4. b).

⁹⁵⁹ Siehe hierzu I. 2. b) cc).

⁹⁶⁰ *Frank*, MittBayNot 2010, 96 (98); *Pohlmann*, in: MüKo, BGB, § 1068 Rn. 88.

⁹⁶¹ LG Aachen, Beschluss vom 6. April 2009 – 44 T 1/09 –, RNotZ 2009, 409 (410); *Reymann*, WM 2008, 2095 (2102); *Heidinger*, in: MüKo, GmbHG, § 40 Rn. 117 f. Zum Aktienregister, siehe Kapitel 4 C. II. 10. c).

man ausschließlich die „Binnenpublizitätswirkung“⁹⁶² der Gesellschafterliste gemäß § 16 Abs. 1 GmbHG, die dem Aktienregister nachgebildet ist, ist dieser Einwand nachvollziehbar. Allerdings kennt das Aktienregister keine mit § 16 Abs. 3 GmbHG vergleichbare Publizitätswirkung gegenüber dem Rechtsverkehr, womit eine Eintragung zusätzlicher Rechtstatsachen nicht die für die Gesellschafterliste bestehende Reichweite hat. Deshalb muss die Frage beantwortet werden, welche Auswirkungen eine Eintragung beziehungsweise das Fehlen eines Nießbrauchsvermerks für den gutgläubigen Erwerb nach § 16 Abs. 3 GmbHG hätte, ob also ohne Eintragung der dinglichen Belastung auch ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb möglich ist beziehungsweise wäre.

Teilweise wird genau das behauptet: Wenn eine dingliche Belastung nicht aus der Gesellschafterliste hervorgehe, müsse in analoger Anwendung des § 16 Abs. 3 GmbHG der Geschäftsanteil lastenfrei übergehen, wenn der Erwerber dahingehend gutgläubig ist.⁹⁶³

Dies ist angesichts des Wortlauts des § 16 Abs. 3 GmbHG nur schwierig vertretbar. Wenn der Gesetzgeber einen gutgläubigen lastenfreien Erwerb hätte zulassen möchten, wäre dieser Wille entsprechend gesetzlich normiert.⁹⁶⁴ Nun ist Wesensmerkmal einer Analogie, dass eine Norm über ihren Wortlaut hinaus angewendet wird. Der gutgläubige Erwerb ist jedoch bereits seinem Wesen nach eine eng auszulegende Sondervorschrift. Ihm kommt stets eine Wertentscheidung des Gesetzgebers zugunsten des Rechtsverkehrs und zulasten des in Wahrheit Berechtigten zu. Eine analoge Anwendung würde nicht nur diese sensible Werteentscheidung außer Acht lassen, sondern gleichzeitig dem Zweck des gutgläubigen Erwerbs, dem Schaffen von Rechtssicherheit entgegenstehen. Denn es ist unklar, wie in der Nichteintragung einer dinglichen Belastung der Rechtsschein des Nichtbestehens einer solchen Belastung gesehen werden kann, wenn das Gesetz nicht einmal die Eintragungsfähigkeit dinglicher Belastungen vorsieht.⁹⁶⁵

⁹⁶² Der in dieser Arbeit verwendete Begriff der „Binnenpublizität“ wird in Kapitel 3 A. III. 1. c) erläutert.

⁹⁶³ *Reymann*, WM 2008, 2095 (2102 f.); *ders.*, Anm. zu LG Aachen, Beschluss vom 6. April 2009 – 44 T 1/09 –, RNotZ 2009, 409 (413 ff.); dem zust. auch *Harbarth*, ZIP 2008, 57 (64); *Klöckner*, NZG 2008, 841 (844); *Rieg*, Erwerb vom Nichtberechtigten und Liste der Gesellschafter, S. 326, sogar in direkter Anwendung.

⁹⁶⁴ Vgl. § 936 BGB, § 892 BGB. Ebenfalls diesen Schluss ziehend, der *HRA des DAV*, NZG 2007, 211 (215), wonach das Schweigen des Gesetzgebers zu dem gutgläubigen lastenfreien Erwerb historisch als Entscheidung gegen diese Möglichkeit gesehen werden muss, da kein für die Rechtssicherheit erforderlicher Rechtsschein gesetzt wird; zust.: *Hasselmann*, NZG 2009, 449 (451); *Terlau*, in: *MHLS*, GmbHG, § 16 Rn. 12, 250 f.

⁹⁶⁵ Abl. die h.M., vgl. BGH, Beschluss vom 20. September 2011 – II ZB 17/10 –, NZG 2011, 1268 (1270); *Hasselmann*, NZG 2009, 449 (451); vgl. auch *Servatius*, in: *Noack/Servatius/Haas*, GmbHG, § 40 Rn. 26. Einen Rechtsschein befürwortend aber: *Reymann*, Anm. zu LG Aachen, Beschluss vom 6. April 2009 – 44 T 1/09 –, RNotZ 2009, 409 (414); *Heidinger*, in: *MüKo*, GmbHG, § 16 Rn. 345.

Die h.M. kommt, da sie bereits die Eintragungsfähigkeit dinglicher Lasten wie dem Nießbrauch verneint, gar nicht zu diesem Problem und verneint die Möglichkeit eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs folgerichtig schlechthin.⁹⁶⁶

c) Keine sich auf die Teilnahme an der „Binnenpublizitätswirkung“ nach § 16 Abs. 1, 2

GmbHG beschränkende Rechtsscheinwirkung des Nießbrauchsvermerks

Eine mögliche Lösung für das Problem eines für den gutgläubigen lastenfreien Erwerb fehlenden Rechtsscheins bietet *Heidinger* an. Er behauptet, dass die Eintragungsfähigkeit eines Nießbrauchs nicht zwingend die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs nach § 16 Abs. 3 GmbHG analog mit sich bringe, sondern fordert lediglich eine gesetzliche Klarstellung dahingehend. Ohne eine solche Klarstellung soll eine entsprechende Eintragung demnach in Anwendung der § 16 Abs. 1, 2 GmbHG nur im Verbandsverhältnis zur Gesellschaft Wirkung entfalten.⁹⁶⁷

Auch wenn eine in diesem Sinne gesteigerte „Binnenpublizität“ als wünschenswert anzusehen ist, würde eine solche Handhabe gleichwohl erheblich zulasten der Rechtssicherheit gehen. Die Wirkung, die eine Eintragung im Verhältnis zur Gesellschaft nach § 16 Abs. 1, 2 GmbHG hätte, würde sich zu der Wirkung gegenüber dem Rechtsverkehr nach § 16 Abs. 3 GmbHG unterscheiden, wofür das Gesetz keine Anhaltspunkte bietet. Auch nach der Gesetzesbegründung ist vorgesehen, dass der gutgläubige Erwerb an den Inhalt der Gesellschafterliste anknüpfen soll.⁹⁶⁸

Insofern dürfte es zwingend sein, die Eintragungsfähigkeit dinglicher Belastungen mit der Möglichkeit eines lastenfreien gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen zu verknüpfen. Da eine analoge Anwendung von § 16 Abs. 3 GmbHG systematisch nicht einleuchtet und zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen würde, ist die Eintragungsfähigkeit eines Nießbrauchs an Geschäftsanteilen in der Gesellschafterliste im Ergebnis de lege lata abzulehnen.

⁹⁶⁶ BGH, Beschluss vom 20. September 2011 – II ZB 17/10 –, NZG 2011, 1268 (1270 f.); OLG München, Beschluss vom 11. März 2011 – 31 Wx 162/10 –, ZIP 2011, 612 (614); *Hasselman*, AnwBl. 2008, 659 (665); *ders.*, NZG 2009, 449 (451); *Haas/Oechsler*, NZG 2006, 806 (812); *Wachter*, ZNotP 2008, 378 (397); *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 40 Rn. 25 f.; *Damm*, BWNotZ 2017, 2 (10); *Frank*, MittBayNot 2010, 96 (98); *Terlau*, in: MHLS, GmbHG, § 16 Rn. 12, 250 f.

⁹⁶⁷ *Heidinger*, in: MüKo, GmbHG, § 40 Rn. 120, § 16 Rn. 343 ff.

⁹⁶⁸ BT-Drs. 16/6140, S. 66.

3. Eintragung von Unterbeteiligungs- oder Treuhandvermerk

Auch die Eintragung einer an einem Gesellschaftsanteil bestehenden Unterbeteiligung oder einer hieran bestehenden Treugeberstellung einer anderen Person soll unabhängig von ihrer Ausgestaltung nicht möglich sein.⁹⁶⁹ Zur Begründung wird auf den in § 16 Abs. 1 GmbHG ausgedrückten entgegenstehenden Willen des Gesetzgebers verwiesen, wonach nur und ausschließlich der formale Inhaber der Gesellschafterstellung die mit ihr verbundenen gesellschaftlichen Befugnisse ausüben können soll.⁹⁷⁰

Dem ist mit Blick auf die in § 16 Abs. 1 – 3 GmbHG i.V.m. § 40 Abs. 1 GmbHG vorgesehene Ausgestaltung der Gesellschafterliste *de lege lata* zuzustimmen. Zum einen kann an die zuvor im Zusammenhang mit der Eintragungsmöglichkeit eines Nießbrauchs angeführten Bedenken im Hinblick auf die erhebliche Rechtsunsicherheit im Umgang mit den Publizitätswirkungen der Gesellschafterliste angeknüpft werden. Zum anderen besteht *de lege lata* nach h.M. keine Möglichkeit, „qualifizierte“ Treuhand- oder Unterbeteiligungsverhältnisse an einem GmbH-Gesellschaftsanteil zu schaffen, in deren Folge der Hintermann unmittelbare Gesellschafterbefugnisse gegenüber der Gesellschaft innehaben soll.⁹⁷¹ Anders als beim Nießbrauch, bei dem eine derartige „qualifizierte“ Ausgestaltung für zulässig erachtet wird⁹⁷², kann aus diesem Grunde auch das Argument einer gesteigerten „Binnenpublizität“, die eine Eintragung eines Treuhand- oder Unterbeteiligungsvermerks im Verbandsverhältnis mit sich bringen könnte, nicht greifen.⁹⁷³ Die Frage der Eintragungsfähigkeit von Treuhand- und Unterbeteiligungsvermerken steht mithin *de lege lata* auch nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Frage einer über das Privatregisterrecht in Erscheinung tretenden wirtschaftlichen Berechtigung, die nach hier vertretener Auffassung eine solche „qualifizierte“ Ausgestaltung erfordert.⁹⁷⁴

4. Zwischenergebnis

Wenngleich ein Bedürfnis für die Ausweisung von „qualifizierten“ Nießbrauchsverhältnissen jedenfalls aus Gründen der „Binnenpublizität“ im Sinne des § 16 Abs. 1, 2 GmbHG besteht, kann eine Eintragungsfähigkeit nicht mit der geltenden Gesetzeslage in Einklang gebracht werden. Der Inhalt der Gesellschafterliste ist gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG für die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs maßgeblich. Indes fehlt eine gesetzliche Grundlage dafür, dass die Gesellschafterliste einen Rechtsschein für die Lastenfreiheit der Gesellschaftsanteile setzt.⁹⁷⁵

⁹⁶⁹ Für die Treuhand: *Walch*, NZG 2015, 1259 (1263); siehe auch *Jocher*, BWNotZ 2009, 190 (191 f.). Für die Unterbeteiligung wird eine Eintragung soweit ersichtlich nicht diskutiert.

⁹⁷⁰ *Walch*, NZG 2015, 1259 (1263).

⁹⁷¹ Hierzu ausführlich Kapitel 3 B. II. 6. a) bb) (zur Treuhand), III. 6. c) bb) (zur Unterbeteiligung).

⁹⁷² Womit § 16 Abs. 1 GmbHG uneinheitlich angewendet wird, vgl. Kapitel 3 B. I. 6. a), II. 6. b) bb).

⁹⁷³ Zu dieser Argumentation, vgl. die Ausführungen bei 2. a).

⁹⁷⁴ Siehe Kapitel 3 B. VII. 4.

⁹⁷⁵ Vgl. 2. b).

Auch für eine Beschränkung des Nießbrauchsvermerks auf die Wirkungen des § 16 Abs. 1, 2 GmbHG liefert das Gesetz keine Anhaltspunkte.

Für Treuhand- und Unterbeteiligungsvermerke in der Gesellschafterliste besteht demgegenüber schon kein privatrechtliches Bedürfnis, da „qualifizierte“ Ausgestaltungen hier de lege lata unzulässig sind. Voraussetzung für ein Interesse der Registeröffentlichkeit der Gesellschafterliste an einer Eintragung des Treugebers oder des Unterbeteiligten wäre insofern zunächst die materiell-rechtliche Zulässigkeit derartiger Ausgestaltungen der Rechtslage für Nießbrauchsverhältnisse anzugleichen.⁹⁷⁶

Da im Ergebnis aber auch die Eintragung von Nießbrauchsvermerken abzulehnen ist, spiegelt sich die Ungleichbehandlung gegenüber Treuhand- und Unterbeteiligungsverhältnissen an GmbH-Gesellschaftsanteilen nicht in dem Recht der Gesellschafterliste.

III. Publizität wirtschaftlicher Berechtigung im Stiftungsregister?

1. Der grundsätzlich abschließende Inhalt der in § 2 StiftRG k.F. aufgezählten Eintragungen
Was in das kommende Stiftungsregister eingetragen werden kann und gleichermaßen einzutragen ist⁹⁷⁷, wird in §§ 82b, 84d, 85b, 86i, 87d BGB k.F. i.V.m. § 2 StiftRG k.F. geregelt sein. Während die BGB-Regelungen dabei die einzelnen anmeldungspflichtigen Rechtsvorgänge im Stiftungsrecht beschreiben, weist § 2 StiftRG k.F. die eintragungsfähigen Rechtstatsachen aus.

Auch wenn die Gesetzesbegründung nicht ausdrücklich von einem abschließenden Inhalt des § 2 StiftRG k.F. spricht, ist der Wille des Reformgesetzgebers so auszulegen, dass der Kreis der eintragungsfähigen Rechtstatsachen hier abschließend geregelt werden soll. Hierfür spricht nicht nur die enumerative Aufzählung aller eintragungsfähigen Rechtstatsachen in der Norm⁹⁷⁸, der eine abschließende Aufzählung zumindest suggeriert. Auch der gesetzgeberische Wille zur Herstellung von Rechtssicherheit und Übersichtlichkeit durch die Schaffung des Stiftungsregisters⁹⁷⁹, worin sich das allgemeine Gebot der Registerklarheit konkretisiert, legt eine solche Auslegung nahe.

⁹⁷⁶ Vgl. Kapitel 3 B. VII. 4. und die dort enthaltenen Verweisungen.

⁹⁷⁷ Dies ergibt sich aus § 82b Abs. 2 BGB k.F. („ist [...] anzumelden“, „sind [...] anzugeben“) sowie aus § 2 StiftRG k.F. („sind [...] einzutragen“).

⁹⁷⁸ So auch die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/28173, S. 88: „§ 2 StiftRG k.F. regelt, welche Tatsachen in das Stiftungsregister eingetragen werden“.

⁹⁷⁹ BT-Drs. 19/28173, S. 16 ff., 31 f., 81; Schwalm, ZEV 2021, 68 (69); Gollan/Richter, npoR 2021, 29 (34). Vgl. auch die aus entsprechenden Gründen von der Literatur gestellten Forderungen zur Einführung eines Stiftungsregisters: Articus/Fein, npoR 2019, 49 (50); Bundesverband Deutscher Stiftungen e.V., npoR 2017, 113 (117); Weitemeyer, NZG 2020, 569 (573).

Eine Erweiterung der Pflichtangaben um Zusatzangaben wäre demnach generell nicht möglich.⁹⁸⁰ Damit käme auch eine Eintragung von Destinatären in das Stiftungsregister nach den Vorgaben des Reformgesetzgebers nicht in Betracht.

2. Die über die Einbeziehung der Satzung in die Transparenz von Stiftungen entstehende mittelbare Registeröffentlichkeit der Stiftungsdestinatäre

Indessen sollen nach den Vorgaben des Reformgesetzgebers neben den Eintragungen des Stiftungsregisters gemäß § 1 Abs. 3 StiftRG k.F. auch die zum Register eingereichten Dokumente in der zugehörigen Registerakte aufbewahrt werden. Auch in diese Dokumente soll gemäß § 15 StiftRG k.F. die Einsichtnahme für jedermann gestattet sein. Zu diesen Dokumenten gehört auch die Stiftungssatzung. Gemäß § 82b Abs. 2 Nr. 1 BGB k.F. ist diese sowohl bei der Anmeldung der Stiftung zur Eintragung) als auch gemäß § 85b Nr. 2 BGB k.F. bei anzumeldenden Satzungsänderungen in der jeweils geltenden Fassung beizufügen.

Eine materieller Ausschüttungsanspruch von Destinatären kann sich, wie in Kapitel 3 erläutert wurde⁹⁸¹, unmittelbar aus der Stiftungssatzung ergeben und wäre demnach zumindest mittelbar in die Registeröffentlichkeit einbezogen. Und auch wenn die Satzung hierzu keine ausdrücklichen Bestimmungen enthält, ist sie in ihrer jeweils geltenden Fassung doch für den Inhalt der Stiftungsverfassung maßgeblich⁹⁸², aus der sich wiederum jedenfalls die Rechtsstellung der Destinatäre und ableiten lässt.⁹⁸³ Mittelbar informiert das Stiftungsregister insofern auch über Destinatärsrechte und deren wirtschaftliche Teilhabe an der Stiftung. Gleiches gilt für in der Satzung vorgesehene Verwaltungsbefugnisse der Destinatäre innerhalb der Stiftung, die eine über die wirtschaftliche Teilhabe hinausgehende *Berechtigung* ausdrücken könnten.⁹⁸⁴

3. Die Kritik an der Registeröffentlichkeit von Stiftungssatzungen

Die vorgesehene Einbeziehung der Satzung in die Registeröffentlichkeit bedeutet eine nicht unwesentliche Neuerung im Stiftungsrecht, da Satzungen bislang nicht an der Öffentlichkeit der landesrechtlichen Stiftungsverzeichnisse teilnehmen.

⁹⁸⁰ Dies betrifft etwa auch die Eintragung eines, eine Verfügungsbeschränkung ausdrückenden Testamentsvollstreckervermerks. Zu der in diesem Sinne geäußerten Kritik an der geplanten Ausgestaltung des Stiftungsregisters, vgl. *Gollan/Richter*, npoR 2021, 29, (31); *Muscheler*, ZEV 2019, 1 (2).

⁹⁸¹ Siehe Kapitel 3 C. I. 3.

⁹⁸² Maßgeblich für die Stiftungsverfassung ist die Satzung in ihrer jeweils geltenden Form, vgl. BT-Drs. 19/28173, S. 52. Satzungsänderungen sind gemäß § 85b Nr. 2 BGB k.F. im Stiftungsregister einzutragen, weshalb sich die für die Stiftungsverfassung maßgebliche jeweils geltende Fassung auch aus dem Stiftungsregister ergibt.

⁹⁸³ Siehe Kapitel 3 C. I. 5.

⁹⁸⁴ Siehe Kapitel 3 C. II. 1., III.

Dies hat auch der Bundesrat so gesehen, der in seiner Stellungnahme vom 26. März 2021 zu dem letztlich beschlossenen Entwurf von einem „*völligen Paradigmenwechsel zur Öffentlichkeit der Satzungen*“ durch die in § 15 StiftRG k.F. vorgesehene Möglichkeit der Einsichtnahme für jedermann spricht. Vor allem aus datenschutzrechtlichen Gründen und da es kein in diesem Umfang und dieser Pauschalität rechtfertigungsfähiges Interesse der Allgemeinheit an Offenlegung sämtlicher Satzungsbestimmungen gebe, ist nach Auffassung des Bundesrats eine derartige Öffnung des Stiftungsrechts nicht geboten und eine Einsichtnahmebeschränkung zu fordern.⁹⁸⁵

Eine diesen Einwänden nachkommende Änderung des Gesetzesentwurfs hat es indes nicht gegeben. Die Bundesregierung ist den Bedenken des Bundesrats damit entgegengetreten, dass die Möglichkeit der Einsichtnahme der Öffentlichkeit in die Satzung den für Handelsgesellschaften und Vereine geltenden Grundsätzen entspreche und es keine Gründe für eine Ungleichbehandlung von Stiftungen in dieser Hinsicht gebe.⁹⁸⁶ Berechtigten Interessen an einer Geheimhaltung insbesondere personenbezogener Daten könnten durch die in § 15 S. 1 StiftRG k.F. (i.V.m. § 19 Nr. 4 StiftRG k.F.) vorgesehene Möglichkeit der Beschränkung oder des Ausschlusses des öffentlichen Zugangs zu einzelnen Dokumenten im Einzelfall Rechnung getragen werden.

Dass eine mit der Stiftungsreform bezweckte Transparenzsteigerung dazu führt, dass auch bislang stiftungsintern behandelten Informationen künftig der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, ist grundsätzlich einleuchtend. Die Literatur steht der Argumentation des Gesetzgebers gleichwohl kritisch gegenüber.⁹⁸⁷ Dabei wird insbesondere auf das berechtigte Geheimhaltungsinteresse betroffener Personen bezüglich personenbezogener Daten abgestellt, das dem Interesse an einer allein aus Transparenzgründen zu schaffenden voraussetzungslosen Einsichtnahme überwiege.

Ob der Gesetzgeber an seiner gegenläufigen Wertung, die vor dem Hintergrund der zum damaligen Zeitpunkt bestehenden voraussetzungslosen Einsichtnahmemöglichkeit zum Transparenzregister dem Zeitgeist der Rechtsentwicklung entsprach⁹⁸⁸, auch im Lichte des Urteils des EuGH – C-37/20, 601/20 festhalten wird, wonach die voraussetzungslose Einsichtnahme in das Transparenzregister für jedermann rechtswidrig ist⁹⁸⁹, bleibt abzuwarten. Stand jetzt ist aus da-

⁹⁸⁵ BT-Drs. 19/28173, S. 117 f.

⁹⁸⁶ BT-Drs. 19/28173, S. 120.

⁹⁸⁷ Schwalm, ZEV 2021, 68 (73); Feick/Schwalm, NZG 2021, 525, (529); im Ergebnis ebenso Gollan/Richter, npoR 2021, 29 (34); Schuck/Medinger, ZEV 2021, 298 (303).

⁹⁸⁸ Denn eine Einbeziehung der Stiftungssatzung in die Publizität des Stiftungsregisters ist nicht vorgesehen, § 82d BGB k.F., hierzu sogleich bei 4., weshalb eine vergleichbare Abwägung zwischen Transparenz als Selbstzweck und Geheimhaltungsinteresse aus Datenschutzgründen wie im Transparenzregisterrecht angezeigt ist.

⁹⁸⁹ Siehe hierzu Kapitel 2 B. I. 2.

tenschutzrechtlicher Perspektive jedenfalls zu fordern, dass die noch zu schaffenden Voraussetzungen für die Beschränkung der Einsichtnahmemöglichkeit einen effektiven Schutz dieser im Einzelfall jedenfalls überwiegenden Interessen ermöglichen.⁹⁹⁰

4. Keine privatrechtlichen Wirkungen der Satzungsöffentlichkeit durch die fehlende Einbeziehung der Satzung in die Publizitätswirkung des Stiftungsregisters

Indes soll sich die Publizität des Stiftungsregisters nach § 82d BGB k.F. nur auf die *Eintragungen*, nicht aber auf die zugehörigen Dokumente beziehen, weshalb kein Vertrauensschutz oder sonstige sich auf den privaten Rechtsverkehr beziehende Wirkungen von den Satzungsbestimmungen ausgehen können.⁹⁹¹ Die Registeröffentlichkeit der Satzung vermag deshalb, sofern sie überhaupt Bestand haben sollte, allein Transparenz, nicht aber eine für die privatrechtliche Beurteilung der Destinatärsstellung maßgebliche Publizität herzustellen. Da das Stiftungsregister insofern nicht mit Publizitätswirkung über das Verbandsverhältnis der Stiftung informiert, sondern primär die Vertretung der Stiftung im Rechtsverkehr betrifft, kommt der Rechtsstellung von Destinatären, auch wenn sie über materielle Ansprüche auf die Stiftungsleistung oder satzungsmäßige Verwaltungsbefugnisse innerhalb der Stiftung verfügen, keine für das Privatreisterrecht bedeutsame Stellung zu.

IV. Zwischenergebnis

Über das Privatreisterrecht lassen sich keine rechtssicheren Informationen über Vorliegen und Wirkung der in Kapitel 3 als Erscheinungsformen wirtschaftlicher Berechtigung erkannten Rechtsinstitute entnehmen. Einzig für den Nießbrauch an Personenhandelsgesellschaftsanteilen wird eine Eintragungsfähigkeit angenommen. Auch aus einem Nießbrauchsvermerk kann aber nicht auf die wirtschaftliche Berechtigung des Nießbrauchers geschlossen werden, weil auch bei „einfacher“ Ausgestaltung des Nießbrauchsverhältnisses von der h.M. eine Eintragungsfähigkeit erkannt wird. Ein einfacher Nießbrauch ist nach hier vertretener Auffassung keine Erscheinungsform privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung. Die Eintragung von „qualifizierten“ Treuhand- oder Unterbeteiligungsverhältnissen an Personenhandelsgesellschaften in das Handelsregister ist de lege lata ebenso wenig möglich, wie die Eintragung „qualifizierter“ Nießbrauchsverhältnisse in die Gesellschafterliste. Angesichts der bei einer „qualifizierten“ Ausgestaltung der jeweiligen Rechtsinstitute bestehenden Einbeziehung des hieraus wirtschaftlich Berechtigten in das Verbands- und sogar in das Außenverhältnis der Gesellschaft, wird dem Anspruch von Handelsregister und Gesellschafterliste, über die in diesem Zusammenhang

⁹⁹⁰ Eine ähnliche Wertung treffend: *Feick/Schwalm*, NZG 2021, 525, (529).

⁹⁹¹ Vgl. BT-Drs. 19/28173, 83.

für die Registeröffentlichkeit relevanten Rechtstatsachen zu informieren, nicht Genüge getan.⁹⁹²

Das Stiftungsregister informiert nicht mit Publizitätswirkung über das Verbandsverhältnis der Stiftung, in dem sich die Rechtsbeziehung von Stiftung und Destinatären erschöpft. Folglich kommt auch das Stiftungsregister in seiner vorgesehenen Ausgestaltung nicht als Plattform einer privatregisterrechtlich in Erscheinung tretenden wirtschaftlichen Berechtigung in Betracht.

B. Die unterschiedlichen Anforderungen an die materielle Richtigkeitsgewähr einer im Privatregisterrecht in Erscheinung tretenden wirtschaftlichen Berechtigung gegenüber dem Transparenzregisterrecht

I. Das aus den privatrechtlichen Wirkungen für den Rechtsverkehr erwachsende Bedürfnis zur Gewährleistung von Rechtswahrheit

In Kapitel 2 wurde herausgearbeitet, dass und warum an die Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung im Transparenzregister keine privatrechtlichen Wirkungen geknüpft sind. Dabei wurde insbesondere festgestellt, dass jedenfalls keine initiative registerliche Überprüfung der von den Meldepflichtigen mitgeteilten Angaben über wirtschaftliche Berechtigung erfolgt, die im Wesentlichen auf den Mitteilungen der wirtschaftlich Berechtigten und Anteilseigner meldepflichtiger Vereinigungen im Innenverhältnis beruhen.⁹⁹³ In Kapitel 3 wurde ausgeführt, dass Eintragungen des Privatregisterrechts sich demgegenüber durch privatrechtliche Wirkungen gegenüber der jeweiligen Registeröffentlichkeit auszeichnen, womit der Zweck privatregisterrechtlicher Eintragungen immer über ein schlichtes Transparenzbedürfnis hinausgehen muss.⁹⁹⁴ Handelsregister und Gesellschafterliste als näher zu beleuchtende geeignete Plattformen privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung⁹⁹⁵, entfalten für die von „qualifizierten“ mittelbaren wirtschaftlichen Teilhaberrechten an OHG, KG und GmbH, als Erscheinungsformen privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung, betroffenen Rechtskreise auch Publizitätswirkung,

⁹⁹² Siehe hierzu bereits die Zwischenergebnisse bei I. 4., II. 4. sowie die dort enthaltenen Verweisungen.

⁹⁹³ Siehe Kapitel 2 C. III., E. II. sowie die dort enthaltenen Verweisungen.

⁹⁹⁴ Siehe Kapitel 3 B. III. 1. a).

⁹⁹⁵ Das Grundbuch informiert lediglich über Rechte an Grundstücken, die als Bezugsobjekte wirtschaftlicher Berechtigung nach dem dieser Arbeit zugrunde liegenden Verständnis ausscheiden, vgl. Kapitel 3 A. II. Dem Unternehmensregister kommt keine eigene Publizitätswirkung zu, vgl. Kapitel 3 A. III. 1. b). Das Stiftungsregister entfaltet ausschließlich Publizitätswirkung für das Außenverhältnis der Stiftung, auf das die Rechtsstellung von Destinatären de lege lata keinen Einfluss nehmen kann, vgl. A. III. 4. Mittelbare wirtschaftliche Teilhaberrechte an Namensaktien können de lege lata nicht im Sinne einer „qualifizierten“ Ausgestaltung als wirtschaftliche Berechtigung vorliegen, vgl. Kapitel 3 B. I. 6. a) (zum Nießbrauch), II. 6. a) (zur Treuhand), III. 6. c) bb) (zur Unterbeteiligung).

woraus sich ein Bedürfnis nach Offenlegung ableiten lässt, das aus unterschiedlichen Gründen de lege lata nicht befriedigt wird.⁹⁹⁶

Die Aufnahme von Rechtstatsachen in Privatrechtsregister sollte indes immer nur gefordert, wenn das Risiko einer von der Publizitätswirkung verdrängten Rechtswahrheit über die einzutragende Rechtstatsache weitgehend ausgeschlossen ist. Denn über die privatrechtlichen Wirkungen einer Eintragung in Handelsregister und Gesellschafterliste wird zwangsläufig in Kauf genommen, dass die schützenswerten Interessen einzelner Personen von einer Registerlage beeinträchtigt werden, die einer eigentlich abzubildenden Rechtswahrheit nicht entspricht.⁹⁹⁷ Insofern müssen das Recht des Handelsregisters und der Gesellschafterliste auch im Vergleich zum Transparenzregisterrecht angemessene Mechanismen kennen, um die mit der Eintragung verbundenen privatrechtlichen Wirkungen rechtfertigen zu können. Schließlich müssten diese allgemein bestehenden Mechanismen konkret beachtet und genutzt werden, sofern eine systemstimmige Einpassung wirtschaftlicher Berechtigung in Betracht kommen soll.

II. Die Mechanismen zur Gewährleistung der Richtigkeit und Vollständigkeit des Eintragungsinhalts des Handelsregisters im Vergleich zum Transparenzregisterrecht

1. Die gerichtliche Richtigkeitsgewähr des Handelsregisters im Zeitpunkt der Eintragung

a) Die tradierte Doppelfunktion des Handelsregisters

Das Handelsregister wird von den örtlich zuständigen Amtsgerichten geführt, wobei gemäß 376 Abs. 1 FamFG immer das Amtsgericht zuständig ist, in dessen Bezirk das Landgericht seinen Sitz hat. Dass das Handelsregister gerichtlich geführt wird, ist Ausdruck der sogenannten tradierten Doppelfunktion des Handelsregisters.⁹⁹⁸ Demnach gehört zu den Wirkungen des Handelsregisters neben der Informations- und Publizitätsfunktion auch eine Kontrollfunktion. Diese zeichnet sich dadurch aus, dass die Registergerichte die einzutragenden Vorgänge, Eigenschaften und Umstände, die vor einer Eintragung stehen, überprüfen. Neben einer formellen Prüfungskompetenz hinsichtlich der Einhaltung verfahrenstechnischer Eintragungsvoraussetzungen steht dem Registergericht auch eine materiell-rechtliche Prüfkompetenz zu, die sich gegenständlich aus der einschlägigen Eintragungsgrundlage ergibt und durch diese gleichzeitig

⁹⁹⁶ Vgl. A. I. 4., II. 4. und die dort enthaltenen Verweisungen sowie Kapitel 3 B. III. 1. b), c).

⁹⁹⁷ Vgl. *Krebs*, in: MüKo, HGB, § 15 Rn. 7.

⁹⁹⁸ *Preuß*, in: Oetker, HGB, § 8 Rn. 1, 4 f.

ihrem Umfang nach begrenzt wird.⁹⁹⁹ In Anbetracht der Maßgeblichkeit der konkreten Eintragungsgrundlage lässt sich die Reichweite der materiell-rechtlichen „Eingangskontrolle“ einer einzutragenden Rechtstatsache nur schwerlich verallgemeinern.

b) Die materiell-rechtliche Prüfungstiefe der Registergerichte

Grundsätzlich nimmt das Registergericht zunächst stets eine reine Plausibilitätskontrolle vor und dringt erst dann, in Ausübung seiner Amtsermittlungspflicht nach § 26 FamFG, tiefer in den Sachverhalt und die Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen ein, wenn Zweifel daran bestehen, dass diese vollumfänglich eingehalten sind.¹⁰⁰⁰ Da das Registergericht im Rahmen einer sogenannten „öffentlichen Wirtschaftskontrolle“¹⁰⁰¹ auch eine rechtsaufsichtsbehördliche Funktion wahrnimmt, soll es darüber hinaus *nachhaltig* an der Rechtswahrheit einer eingetragenen Rechtstatsache mitwirken und aus diesem Grund grundsätzlich auch verhindern, dass Rechtstatsachen in das Handelsregister aufgenommen werden, an deren Bestand in materiell-rechtlicher Hinsicht bereits im Zeitpunkt der Eintragung berechtigte Zweifel bestehen.¹⁰⁰² In jedem Fall sind aber die sich gegenständlich aus der Eintragungsgrundlage und die teleologisch aus der Eintragungswirkung ergebenden Grenzen des Prüfungsumfangs zu beachten, womit eine Prüfung keinesfalls Zweckmäßigkeitserwägungen einschließen darf, die nichts mit dem Zustandekommen oder Bestand der die Eintragung erforderlichen Umstände in materiell-rechtlicher Hinsicht zu tun haben. So darf etwa nicht geprüft werden, ob eine Zustimmung des Aufsichtsrats in Fällen des § 111 Abs. 4 S. 2 AktG eingeholt wurde¹⁰⁰³ oder, im Falle der GmbH, ob für eine außenwirksam erteilte Prokura ein dieser zustimmender Gesellschafterbeschluss vorliegt, der nur im Verbandsverhältnis wirkt.¹⁰⁰⁴ Eine Eintragung ist demnach auch dann vorzunehmen, wenn materiell-rechtliche Mängel einer Rechtstatsache zwar festgestellt werden,

⁹⁹⁹ St. Rechtsprechung, vgl. etwa BGH, Beschluss vom 4. Juli 1977 – II Z B 4/77, NJW 1977, 1879 (1880); BGH, Urteil vom 9. März 1981 – II 54/80 –, WM 1981, 400 (400 f.); BGH, Beschluss vom 21. Juni 2011 – II ZB 15/10 –, NZG 2011, 907 (908); *Schaub*, in: Ebenroth/Boujong, HGB, § 8 Rn. 50 ff.

¹⁰⁰⁰ St. Rechtsprechung, vgl. BGH, Beschluss vom 21. Juni 2011 – II ZB 15/10 –, NZG 2011, 907 (908); BayObLG, Beschluss vom 19. September 1991 – BReg 3 Z 97/91 –, juris (Rn. 34); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Dezember 2000 – 3 Wx 432/00 –, juris (OS).

¹⁰⁰¹ *Lutter*, NJW 1969, 1873 (1876); *Krafka*, in: MüKo, HGB, § 8 Rn. 17; *Schaub*, in: Ebenroth/Boujong, HGB, § 8 Rn. 54. Es besteht eine Nähe zu dem Legalitätsprinzip, dem öffentliche Einrichtungen, wie etwa das Grundbuchamt, bei Ausübung ihrer Pflichten unterliegen, vgl. *Winkler*, DStR 1991, 284 (287); *Schöner/Stöber*, GrundbR, Rn. 209 ff.

¹⁰⁰² Am Beispiel der Eintragung von Satzungsänderungen nach Beschluss durch die Hauptversammlung in einer AG: *Preuß*, in: Oetker, HGB, § 8 Rn. 111 ff.; *Krafka*, in: MüKo, HGB, § 8 Rn. 92.

¹⁰⁰³ *Preuß*, in: Oetker, HGB, § 8 Rn. 88.

¹⁰⁰⁴ Vgl. BGH, Beschluss vom 14. Februar 1974 – II ZB 6/73 –, BGHZ 62, 166 (169); BayObLG, Beschluss vom 8. Februar 1985 – BReg 3 Z 12/85 –, juris (OS); OLG Köln, Beschluss vom 9. Juni 1981 – 2 Wx 11/81 –, juris (OS); *Preuß*, in: Oetker, HGB, § 8 Rn. 88.

diese aber für den Rechtsverkehr, dem gegenüber das Handelsregister über die Publizitätswirkungen der § 15 Abs. 1 – 3 HGB seine Informations- und Rechtsscheinfunktion erfüllt, unerheblich sind.¹⁰⁰⁵

c) Das Ermessen des Registergerichts über die zu treffenden Maßnahmen

Wie auch hinsichtlich Aufnahme und Umfang der Prüfung steht dem Registergericht bei der Entscheidung über die Maßnahmen, mit deren Hilfe eine mit den Eintragungsvoraussetzungen konforme Eintragung erreicht werden könnte, ein Ermessen zu, das jedoch in Abhängigkeit von den Umständen des Einzelfalls im Sinne eines bestimmten Tätigwerdens reduziert oder gebunden sein kann. So kann es bei der Feststellung materiell-rechtlicher Mängel einer Rechtstatsache, die im Rahmen ihrer Prüfungskompetenzen festgestellt wurden, die Eintragung aussetzen, wenn die Klärung der materiell-rechtlichen Grundlagen der Eintragung von dem Ausgang eines Hauptsacheverfahrens abhängig ist.¹⁰⁰⁶ Hiervon dürfte wiederum allgemein eine Ausnahme bestehen, wenn die Eintragung für die auf materiell-rechtlichen Mängeln beruhende Rechtstatsache konstitutiv wirken würde. In derartigen Fällen würde das Registergericht, nähme es die Eintragung vor, seiner rechtsaufsichtsbehördlichen Funktion zuwiderhandeln, da es an der Entstehung einer den materiell-rechtlichen Voraussetzungen dem Grunde nach nicht gegebenen Rechtstatsache mitwirken würde.¹⁰⁰⁷ Aufgrund dieser Gebundenheit der Registergerichte an die Rechtswahrheit ist allgemein auch eine Pflicht zur Ablehnung der Eintragung von Rechtstatsachen anzunehmen, die, unabhängig von der Wirkung ihrer Eintragung, auf evidenten materiell-rechtlichen Mängeln beruhen.¹⁰⁰⁸

¹⁰⁰⁵ *Wolff*, in: in: MHdB GesR II, § 4 Rn. 58, wobei diese Wertung mit Blick auf die nach hier vertretener Auffassung ebenso anzuerkennende „Binnenpublizitätswirkung“ des Handelsregisters zweifelhaft ist, vgl. A. I. 2. b) bb).

¹⁰⁰⁶ *Preuß*, in: Oetker, HGB, § 8 Rn. 111 ff.; *Krafka*, in: MüKo, HGB, § 8 Rn. 92.

¹⁰⁰⁷ Im Rahmen der Eintragung satzungsändernder Beschlüsse in einer AG: *Krafka*, in: MüKo, HGB, § 8 Rn. 89; *Holzborn*, in: BeckOGK, AktR, § 181 AktG Rn. 27.

¹⁰⁰⁸ Für das Beispiel der Eintragung von Satzungsänderungen nach Beschluss durch die Hauptversammlung in einer AG: *Krafka*, in: MüKo, HGB, § 8 Rn. 78; *Schmidt*, GesR, § 28 IV 5 g.

2. Herstellung materiell-rechtlicher Richtigkeit nach Eintragung einer unrichtigen Tatsache oder Unrichtigwerden einer einstmals richtig eingetragenen Tatsache
- a) Die den Bestandsschutz handelsregisterrechtlicher Eintragungen überwindenden Korrekturbefugnisse und -pflichten der Registergerichte

Im Sinne der Rechtssicherheit kommt einer einmal eingetragenen Rechtstatsache grundsätzlich ein durch die Publizitätswirkung begründeter Bestandsschutz zu, was eine rückwirkende Beseitigung einer Eintragung allgemein ausschließt.¹⁰⁰⁹ Für die besonders intensiv in den Rechtsverkehr eingebundenen Kapitalgesellschaften ist dieser Bestandsschutz besonders wichtig und wird in den Vorschriften der §§ 397, 398 FamFG ausgedrückt, die hohe Anforderungen an die Löschung eingetragener Kapitalgesellschaften und deren Beschlüsse vorsehen. Gleichwohl sieht das Gesetz vereinzelt Wege vor, auf unrichtig eingetragene Tatsachen zu reagieren, wiederum als Ausfluss der öffentlichen Wirtschaftskontrolle und der hieraus folgenden rechtsaufsichtsbehördlichen Funktion der Registergerichte.¹⁰¹⁰ So können eintragungspflichtige Rechtstatsachen durch die Festsetzung von Zwangsgeld nach § 14 HGB erzwungen werden. In einigen gesetzlich vorgesehenen Fällen ist auch eine Eintragung von Amts wegen durch das Registergericht möglich, wenn eine sofortige Publizierung der Rechtstatsache zum Schutz des Rechtsverkehrs eine Überwindung des förmlichen Antragsverfahrens nach § 12 HGB gebietet.¹⁰¹¹

Für ein fälschlicherweise im Handelsregister eingetragenes Rechtsverhältnis wirtschaftlicher Berechtigung dürfte indes keine spezielle Eingriffsnorm der Registergerichte greifen. Es käme dann nur eine Amtslöschung nach § 395 FamFG in Betracht, die nur zulässig ist, wenn ein öffentliches Interesse an der Richtigkeit und Vollständigkeit des Handelsregisters in Bezug auf die Eintragung besteht, die fälschliche Eintragung dem Interesse der Beteiligten widerspricht oder ihr Fortbestehen eine Schädigung Dritter zur Folge hätte.¹⁰¹²

- b) Rechtsschutzmöglichkeiten des von einer falschen Handelsregisterlage beeinträchtigten Rechtsinhabers

Gemäß § 383 Abs. 3 FamFG besteht allgemein keine Möglichkeit für denjenigen, der in einer Rechtsposition durch eine unrichtige Eintragung im Handelsregister beeinträchtigt ist, im Wege

¹⁰⁰⁹ BGH, Beschluss vom 3.2.2015 – II ZB 12/14 –, NJW 2015, 2116 (2118); *Krafka*, in: MüKo, HGB, § 8 Rn.11, 93.

¹⁰¹⁰ Siehe 1. a), b).

¹⁰¹¹ *Preuß*, in: Oetker, HGB, § 8 Rn. 27; eine Aufzählung von von Amts wegen einzutragender Rechtstatsachen findet sich etwa bei *Otto*, in: BeckOK, FamFG, § 384 Rn. 4 f.

¹⁰¹² BayObLG, Beschluss vom 19. Juni 2001 – 3Z BR 48/01 –, NJW-RR 2002, 246 (246); *Otto*, in: BeckOK, FamFG, § 395 Rn. 3. Darüber hinaus müsste ein grundsätzlich vorrangiges Zwangsgeldverfahren nach § 388 ff. FamFG nicht möglich, aussichtslos oder ohne Erfolg geblieben sein, *Krafka*, in: MüKo, FamFG, § 384 Rn. 2.

der Beschwerde oder anderer Rechtsmittel auf eine solche Eintragung zu reagieren. Er kann nach § 24 FamFG jedoch ein Amtslöschungsverfahren nach § 395 FamFG anregen, wozu ein entsprechender Wille in einer solchen gemäß § 383 Abs. 3 FamFG zur Anfechtung der Eintragung ungeeigneten Beschwerde erkannt werden kann.¹⁰¹³ Davon abgesehen muss, wenn sich eine richtig eingetragene Tatsache ändert, eine neue Eintragung angemeldet werden.¹⁰¹⁴ Die Möglichkeit, einen die Publizitätswirkung einer eingetragenen Rechtstatsache beseitigenden Widerspruch eintragen zu lassen, sieht das Recht des Handelsregisters nicht vor.

c) Mitwirkung anderer Behörden an der Korrektur des Handelsregisters

Die Richtigkeitsgewähr des Handelsregisters wird durch behördliche Mitteilungspflichten gemäß § 379 Abs. 1 FamFG unterstützt, welche von Gerichten, Staatsanwaltschaften, Notaren, Polizei- und Gemeindebehörden ausgeführt werden.¹⁰¹⁵ Die Mitteilungspflichten tragen der fehlenden ständigen Überprüfung der Registerrichtigkeit durch die Registergerichte Rechnung, indem sie zu der Kenntniserlangung hinsichtlich solcher Tatsachen und Umstände durch die Registergerichte beitragen, auf die diese zwar von Amts wegen zu reagieren haben, von denen sie aber ohne entsprechende Unterstützung durch die Behörden (oder auch die von der Unrichtigkeit einer Eintragung Betroffenen) nichts wissen würden. Konsequenterweise beziehen sich die behördlichen Mitteilungspflichten auch nur auf solche Vorgänge, denen eine mit Zwangsmitteln zu bewirkende Anmeldepflicht – insbesondere also nach § 14 HGB i.V.m. §§ 388 ff. FamFG – zugrunde liegt.¹⁰¹⁶ Darüber hinaus tragen Auskunfts- und Mitwirkungspflichten von Steuerbehörden und berufsständischen Organen in § 379 Abs. 2 und § 380 FamFG zur Abbildung der Rechtswahrheit durch das Handelsregister bei.¹⁰¹⁷

3. Vergleich der die privatrechtlichen Wirkungen des Handelsregisters rechtfertigenden Mechanismen materieller Richtigkeitsgewähr mit dem Transparenzregisterrecht

Es ist praktisch undenkbar, ein System zur hoheitlichen Registerkontrolle und -überwachung zu integrieren, das die Abbildung der materiell-rechtlichen Wahrheit durch ein Register vollständig und umfassend gewährleistet. Dies als zwingende Konsequenz von Publizität akzeptierend, liegt den Publizitätswirkungen des Handelsregisters ein vergleichsweise umfangreiches

¹⁰¹³ OLG Köln, Beschluss vom 4. Februar 2004 – 2 Wx 36/03 –, FGPrax 2004, 88 (89); OLG Hamm, Beschluss vom 31. Juli 1967 – 15 W 282/67 –, OLGZ 1967, 471 (472); *Krafka*, in: MüKo, HGB, § 8 Rn. 93.

¹⁰¹⁴ Zu der immerhin erfolgenden Erleichterung des Anmeldeverfahrens durch teleologische Reduktion der in § 12 HGB angelegten Mitwirkungsverpflichtung anderer Personen, vgl. *Krafka*, in: *Krafka, RegisterR*, Rn. 201.

¹⁰¹⁵ Unter Gemeindebehörden sind letztlich alle Behörden der öffentlichen Verwaltung zu verstehen, vgl. *Krafka*, in: MüKo, FamFG, § 379 Rn. 4; *Otto*, in: BeckOK, FamFG, § 379 Rn. 4.

¹⁰¹⁶ *Krafka*, in: MüKo, FamFG, § 379 Rn. 5; *Eickelberg*, in: Sternal, FamFG, § 379 Rn. 5.

¹⁰¹⁷ *Krafka*, in: MüKo, FamFG, § 379 Rn. 4; *Eickelberg*, in: Sternal, FamFG, § 379 Rn. 20.

und ausgewogenes gesetzgeberisches Konzept zur Überprüfung und Überwachung der Konformität des Handelsregisters mit der materiell-rechtlichen Rechtslage zugrunde. Einer der wesentlichen Unterschiede zum Transparenzregisterrecht liegt darin, dass das Handelsregister gerichtlich, verbunden mit einem persönlichen fachlichen Qualifikationsversprechen des jeweils befassten Amtsträgers, und das Transparenzregister von der Bundesanzeiger Verlag GmbH als Beliehener geführt wird.¹⁰¹⁸ Auch wenn hinsichtlich des materiell-rechtlichen Prüfungsumfangs durch das Registergericht im Zeitpunkt der Eintragung noch Ungewissheiten bestehen, erwachsen hieraus verlässliche Kontrollmechanismen, um zur Eintragung ins Handelsregister gelangende Rechtstatsachen im Rahmen des Umsetzbaren auf ihre Übereinstimmung mit der materiell-rechtlichen Rechtslage hin zu überprüfen. Dies gilt allerdings einschränkend wohl nur bei Eintragungen, denen eine Wirkung gegenüber dem Rechtsverkehr zukommt.¹⁰¹⁹ Für Eintragung von Rechtstatsachen, die lediglich an der „Binnenpublizitätswirkung“¹⁰²⁰ für das Verbandsverhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft teilnehmen, würde eine materiell-rechtliche Richtigkeitsgewähr im Zeitpunkt der Eintragung demgegenüber weitgehend fehlen. Da mit einer „qualifizierten“ Ausgestaltung mittelbarer wirtschaftlicher Teilhaberrechte an Personenhandelsgesellschaften, die nach hier vertretener Auffassung eine privatrechtliche wirtschaftliche Berechtigung ausdrückt, in Gestalt einer Einbeziehung in die Gesellschafterhaftung stets eine für den Rechtsverkehr relevante Außenwirkung einhergehen soll¹⁰²¹, muss nicht beantwortet werden, ob vor diesem Hintergrund die Eintragung einer sich auf eine Teilnahme an der „Binnenpublizität“ beschränkenden wirtschaftlichen Berechtigung¹⁰²² zu befürworten wäre.

Indem an Rechtstatsachen, die in besonderem Maße für die Registeröffentlichkeit relevant sind, teilweise eine konstitutive Wirkung der Eintragung geknüpft ist, wird ein Abweichen von der Rechtswahrheit in aller Regel verhindert. Darüber hinaus kann mit Zwangsmitteln und in Einzelfällen dem Recht, eine Eintragung von Amts wegen vorzunehmen, auf eine falsche Registerlage über eine eintragungspflichtige Rechtstatsache reagiert werden. Zwar ist in diesem Zusammenhang anzuerkennen, dass auch im Transparenzregisterrecht ein Zusammenwirken von Verpflichteten und Behörden mit der registerführenden Stelle vorgesehen ist, um auf eine falsche Registerlage zu reagieren.¹⁰²³ Die Instrumente des Registergerichts sind indes, wiederum

¹⁰¹⁸ Vgl. Kapitel 2 C. II. 1.

¹⁰¹⁹ Siehe 1. b).

¹⁰²⁰ Der in dieser Arbeit verwendete Begriff der „Binnenpublizität“ wird in Kapitel 3 A. III. 1. c) erläutert.

¹⁰²¹ Vgl. Kapitel 3 B. VII. 4. sowie die dort enthaltenen Verweisungen.

¹⁰²² Ein Eintragungsinteresse ließe sich hierfür grundsätzlich bejahen, da dem Handelsregister nach hier vertretener Auffassung auch eine „Binnenpublizität“ zukommt, vgl. A. I. 2. b) aa).

¹⁰²³ Vgl. hierzu Kapitel 2 C. II. 3.

als Ausdruck ihrer gegenüber der Bundesanzeiger Verlag GmbH größeren Fach- und Amtskompetenz, ungleich vielfältiger und weitreichender.¹⁰²⁴

III. Die Mechanismen zur Gewährleistung der Richtigkeit und Vollständigkeit des Eintragungsinhalts der Gesellschafterliste im Vergleich zum Handels- und Transparenzregisterrecht

1. Die Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste bei Einreichung

a) Keine materielle Rechtskontrolle durch das Registergericht

Die Gesellschafterliste wird gemäß § 40 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 GmbHG von den Geschäftsführern der GmbH oder einem beteiligten Notar beim Handelsregister eingereicht. Das Handelsregister dient lediglich als Verwahrstelle¹⁰²⁵, weshalb sich die Prüfkompentenz der Registergerichte auf formale Anforderungen an die Gesellschafterliste beschränkt.¹⁰²⁶

Teilweise wird als Ausnahme hierzu die fehlende Pflicht zur Aufnahme evident unrichtiger Gesellschafterlisten durch das Registergericht angeführt.¹⁰²⁷ Dies ist angesichts des allgemein für hoheitliche Einrichtungen geltenden Legalitätsprinzips zwar richtig, da es als staatliche Stelle nicht wider besseres Wissen an der Schaffung unrichtiger Rechtsscheinträger mitwirken darf.¹⁰²⁸ Die Frage nach der Evidenz bringt jedoch wieder Abgrenzungs- und Auslegungsschwierigkeiten mit sich, die mit dem fehlenden materiellen Prüfungsrecht des Registergerichts nicht ohne Weiteres in Einklang zu bringen sind. Die Frage nach der Evidenz einer Unrichtigkeit kann sich schließlich erst im Anschluss an die Feststellung einer Unrichtigkeit ergeben, wozu dem Registergericht an und für sich die Prüfungskompetenz fehlt. Der Gesetzgeber hat sich für eine Zuständigkeit des einreichenden Notars beziehungsweise Geschäftsführers entschieden, gerade auch um die Registergerichte von etwaigen aufwändigen Prüfungspflichten frei zu halten und um eine unverzügliche Abbildung der rechtsscheinstiftenden Beteiligungslage innerhalb der GmbH durch die zügige und weitestgehend voraussetzungslose Aufnahme eingereichter Gesellschafterlisten gewährleisten zu können.¹⁰²⁹ Diese Kompetenzzuweisung

¹⁰²⁴ Vgl. im Einzelnen bei 2. a), c).

¹⁰²⁵ BT-Drs. 16/6140, S. 38, 43 f.; BGH, Beschluss vom 20. September 2011 – II ZB 17/10 –, BGH, NZG 2011, 1268 (1268); *Link*, RNotZ 2009, 193 (209); *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 40 Rn. 86.

¹⁰²⁶ So die g.h.M. in Rechtsprechung und Literatur, wonach lediglich zu prüfen ist, ob es sich überhaupt um eine Gesellschafterliste im Sinne des § 40 GmbHG mit dem zulässigen und für eine Identifizierung der Gesellschafter erforderlichen Inhalt nach Vorgabe des § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG handelt, vgl. BGH, Beschluss vom 20. September 2011 – II ZB 17/10 –, NZG 2011, 1268 (1268); OLG München, Beschluss vom 8. September 2009 – 31 Wx 82/09 –, NJW 2010, 305 (305); OLG Bamberg, Beschluss vom 2. Februar 2010 – 6 W 40/09 –, MittBayNot 2010, 331 (332); OLG Jena, Beschluss vom 22. März 2010 – 6 W 110/10 –, NZG 2010, 591 (592); *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 40 Rn. 86; *Mayer*, MittBayNot 2014, 24 (27); *Apfelbaum*, BB 2008, 2470 (2472 f.).

¹⁰²⁷ Vgl. die übersichtliche Darstellung des Meinungsstands in Literatur und Rechtsprechung bei *Heidinger*, in: MüKo, GmbHG, § 40 Rn. 355 ff. m.w.N.

¹⁰²⁸ Vgl. die aus dem Legalitätsprinzip beziehungsweise dem Grundsatz der öffentlichen Wirtschaftskontrolle folgenden Vorgaben an die Prüfungsbefugnis des Registergerichts bei Handelsregistereintragungen bei II. 1. b).

¹⁰²⁹ BT-Drs. 16/6140, S. 38; wie hier *Heidinger*, in: MüKo, GmbHG, § 40 Rn. 367 ff.

und diese Prioritätensetzung sind bei der Beurteilung der Funktion des Registergerichts zu berücksichtigen. Jedenfalls eine dem Umfang der Prüfungsbefugnisse bei Handelsregistereintragungen vergleichbare Prüfkompetenz der Registergerichte ist deshalb abzulehnen.¹⁰³⁰ Aus entsprechenden Erwägungen gilt dies letztlich aber auch für bloße Plausibilitätskontrollen.¹⁰³¹ Eine Evidenzkontrolle kann richtigerweise deshalb allenfalls in extremen Ausnahmefällen anerkannt werden, in denen ein für jedermann erkennbarer offensichtlicher Mangel vorliegt.¹⁰³²

b) Rechtskontrolle des neu einzutragenden Inhalts durch den Notar bei dessen Zuständigkeit nach § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG

Für den Fall einer Notarzuständigkeit nach § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG i.V.m. § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG kommt jedoch dem Notar als mit hoheitlichen Befugnissen beliehene Stelle eine auch materielle Prüfungspflicht zu.¹⁰³³ Gemäß § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG muss er bei Einreichen der neuen Liste bescheinigen, dass die geänderten Eintragungen den Veränderungen entsprechen, an denen er mitgewirkt hat, und die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste übereinstimmen. Dabei hat er von der Richtigkeit des bisherigen Listeninhalts auszugehen und nicht diese „alte“ Vorgängerliste auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen.¹⁰³⁴

Dem muss zwangsläufig eine materiell-rechtliche Prüfung im Rahmen seines Tätigwerdens nach § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG vorausgehen.¹⁰³⁵ Aufgrund seiner Mitwirkung an dem der Änderung zugrunde liegenden Rechtsgeschäft liegt eine Überprüfung durch ihn in seiner Funktion als öffentliche Stelle nahe und ist sachgerecht und zuverlässig.¹⁰³⁶ Die Prüfung erfolgt von Amts

¹⁰³⁰ So aber *Omlor*, WM 2009, 2105 (2108).

¹⁰³¹ So auch *Preuß*, ZGR 2008, 676 (689).

¹⁰³² Dabei kann sich an den von *Wachter*, NZG 2009, 1001 (1002 f.) aufgeführten Beispielsfällen orientiert werden, wobei auch die hier angesetzten Maßstäbe für das Prüfungsrecht allenfalls noch gerade so anzuerkennen sind.

¹⁰³³ Zu Fragen nach der Rechtsnatur der Bescheinigung und zu Sonderproblemen in Bezug auf ihr Verhältnis zu der Gesellschafterliste, vgl. die Darstellungen bei *Graf Wolffskeel/Danninger*, NZG 2019, 1000 (1002 f.).

¹⁰³⁴ OLG München, Beschluss vom 27. Mai 2009 – 31 Wx 38/09 –, NZG 2009, 797 (798); *Bohrer*, MittBayNot 2010, 17 (18). Einschränkend muss positive Kenntnis von der Unrichtigkeit ausgeklammert werden, da der Notar ansonsten seiner Eigenschaft als Amtsträger nicht gerecht würde. Eine umfangreiche Darstellung der sich in diesem Zusammenhang stellenden Frage nach dem Bestehen und Reichweite eines Voreintragungsgrundsatzes im Recht der Gesellschafterliste gibt der *Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts*, DNotI-Report, 7/2010, 53 (55) m.w.N.

¹⁰³⁵ Insofern schlägt sich die Prüfung streng genommen nicht in der Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG nieder, sondern ist Bestandteil seiner Einreichungspflicht nach § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG. Mit der Bescheinigung beurkundet der Notar gemäß § 39 BeurkG dann in rein formaler Hinsicht, dass die geänderten Eintragungen mit den Veränderungen übereinstimmen, an denen er mitgewirkt hat und dass die übrigen Eintragungen im Vergleich zur zuletzt zum Handelsregister aufgenommenen Liste unverändert geblieben sind, vgl. OLG Stuttgart, Beschluss vom 7. April 2011 – 8 W 120/11 –, NZG 2011, 752 (752 f.); *Graf Wolffskeel/Danninger*, NZG 2019, 1000 (1002 f.).

¹⁰³⁶ *Heidinger*, in: MüKo, GmbHG, § 40 Rn. 211 ff.; *Graf Wolffskeel/Danninger*, NZG 2019, 1000 (1002).

wegen¹⁰³⁷, ist nicht delegierbar¹⁰³⁸ und ihrem Umfang nach vergleichbar mit der des Registergerichts bei Handelsregistereintragungen.¹⁰³⁹

Der Notar darf erst dann eine neue Liste zum Handelsregister einreichen, wenn er in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens zu der Überzeugung gelangt ist, dass die Veränderungen, an denen er mitgewirkt hat, wirksam sind.¹⁰⁴⁰ Es liegt insofern auch bei ihm zu entscheiden, in welcher Form er den Nachweis der Wirksamkeit verlangt.¹⁰⁴¹ Da der Notar die Beurkundung von Gesellschafterbeschlüssen betreffend eine Geschäftsanteilsabtretung nach § 14 Abs. 2 BNotO nur dann verweigern darf, wenn er von der Unwirksamkeit des Beschlusses überzeugt ist¹⁰⁴², kann es vorkommen, dass Beschlüsse zwar beurkundet werden (müssen), die geänderte Gesellschafterliste jedoch nicht zum Handelsregister eingereicht wird, da der zuständige Notar weiterhin Zweifel an der Wirksamkeit der Abtretung hat.¹⁰⁴³ In diesem Fall dürfte ein Grund zur Verweigerung seiner nach § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG grundsätzlich bestehenden Vollzugszuständigkeit im Sinne von § 15 Abs. 1 BNotO vorliegen¹⁰⁴⁴, womit dem Anspruch der Gesellschafterliste, die in ihm enthaltenen Informationen möglichst richtig und vollständig in den Rechtsverkehr einzuspeisen, entsprochen wird.

c) Rechtskontrolle des neu einzutragenden Inhalts durch die Geschäftsführer bei deren Zuständigkeit nach § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG

Anders stellt sich die Situation bei Zuständigkeit der Geschäftsführung dar. Diese besteht, wenn aufgrund von Änderungen eine neue Liste einzureichen ist, die nicht in den Anwendungsbereich von § 40 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG fallen. Dem Geschäftsführer kommt dann auch die Pflicht zu, die Wirksamkeit der entsprechenden Änderung zu prüfen und für die Richtigkeit der Gesellschafterliste zu sorgen.¹⁰⁴⁵

¹⁰³⁷ Wachter, ZNotP 2008, 378 (387); Heidinger, in: MüKo, GmbHG, § 40 Rn. 214; OLG Köln, Beschluss vom 7. Mai 2010 – 2 Wx 20/10 –, NZG 2011, 556 (556); zumindest ungenau deshalb OLG Hamm, Beschluss vom 1. Dezember 2009 – 15 W 304/09 –, NJW-RR 2010, 390 (391), worin von einem Tätigwerden des Notars „für die Gesellschaft“ im Rahmen der § 40 Abs. 2 GmbHG die Rede ist; a.A. auch noch Bohrer, DStR 2007, 995 (1000), wonach ein Verfahrensantrag der Gesellschaft zur Listenerstellung für ein Tätigwerden des Notars benötigt wird; inzwischen aber anders: Bohrer, MittBayNot 2010, 17 (20).

¹⁰³⁸ Mayer, MittBayNot 2014, 114 (114); Link, RNotZ 2009, 193 (198 f.); Wachter, Sonderheft GmbHR 2008, 51 (56).

¹⁰³⁹ Dazu siehe die Ausführungen II. 1. Wie hier auch Heidinger, in: MüKo, GmbHG, § 40 Rn. 227.

¹⁰⁴⁰ BT-Drs. 16/6140, S. 44; dem folgend, die g.h.M., vgl. Heidinger, in: MüKo, GmbHG, § 40 Rn. 226 f.; Mayer, DNotZ 2008, 403 (409); Link, RNotZ 2009, 193 (201); Graf Wolffskeel/Danninger, NZG 2019, 1000 (1001); Preuß, ZGR 2008, 678 (681); Mayer/Weiler, in: BeckNotar-HdB, § 22 Rn. 565.

¹⁰⁴¹ Bohrer, DStR 2007, 995 (1000); Heidinger, in: MüKo, GmbHG, § 40 Rn. 227.

¹⁰⁴² Sander, in: BeckOK, BNotO, § 14 Rn. 26 f.

¹⁰⁴³ Vgl. hierzu Heidinger, in: MüKo, GmbHG, § 40 Rn. 229.

¹⁰⁴⁴ Str., so wie hier Preuß, ZGR 2008, 676 (681); Heidinger, in: MüKo, GmbHG, § 40 Rn. 229; im Ergebnis ebenso, unter Hinweis auf die Möglichkeit einer auf die durch Vorbescheid mitgeteilte Verweigerung der Eintragung folgende Beschwerde der Beteiligten: Tebben, RNotZ 2008, 441 (453); Link, RNotZ 2009, 193 (201); Servatius, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 40 Rn. 70.

¹⁰⁴⁵ BT-Drs. 16/6140, S. 44.

Anders als die Notare, die selbst an dem betreffenden Rechtsgeschäft gemäß § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG beteiligt sind, haben die Geschäftsführer oftmals keine Kenntnis von der Veränderung und werden deshalb erst tätig, wenn die von der Änderung Betroffenen diese ihnen gegenüber mitteilen und nachweisen.¹⁰⁴⁶ In diesem Informationssystem liegen Schwächen der Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste. Zum einen geht die materiell-rechtliche Änderung der Rechtslage der Einreichung der Liste zeitlich voraus, da es an den Betroffenen liegt, das Eintragungsverfahren durch ihre Mitteilung der Änderung einzuleiten und nicht, wie im Rahmen von § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG, eine öffentliche Stelle von Amts wegen die Rechtstatsache in die Publizität der Gesellschafterliste einspeist.¹⁰⁴⁷

Zum anderen leidet die Richtigkeitsgewähr unter der regelmäßig fehlenden juristischen Kompetenz der Geschäftsführer, über den Nachweis im Sinne von § 40 Abs. 1 S. 4 GmbHG zu entscheiden, da sie als juristische Laien, anders als Notare, die Voraussetzung einer wirksamen Rechtsveränderung nicht beurteilen können.¹⁰⁴⁸ Selbst die unstreitigen Fälle einer Geschäftsführerzuständigkeit betreffen oftmals Sachverhalte und Vorgänge, die ohne juristische Ausbildung schwerlich verlässlich auf ihre Wirksamkeit hin überprüft werden können.¹⁰⁴⁹

d) Die Abgrenzung der Zuständigkeiten von Geschäftsführung und Notar bei mittelbarer Mitwirkung des Notars

Noch undurchsichtiger sind Situationen, in denen ein Notar nur mittelbar an einem Änderungsgeschäft beteiligt war. Fest steht, dass die Zuständigkeiten einander verdrängen. In der Rechtspraxis wird es zwar als zulässig angesehen, eine neu eingereichte Gesellschafterliste sowohl von Geschäftsführung als auch vom Notar unterschreiben zu lassen.¹⁰⁵⁰ Auf diese Weise wird jedoch nur dafür gesorgt, dass *jedenfalls auch* die zuständige Person handelt. Eine aufgeteilte

¹⁰⁴⁶ Ausführlich zur Mitteilung: *Heilmeyer*, in: BeckOK, GmbHG, § 40 Rn. 128 ff.

¹⁰⁴⁷ Dem Interesse an einer schnellstmöglichen Aufnahme der neuen Liste wird versucht Rechnung zu tragen, indem sowohl dem Beteiligten ein Anspruch auf Eintragung nach Mitteilung und Nachweis zugesprochen, vgl. BT-Drs. 16/6140, S. 38; OLG Jena Urteil vom 9. Oktober 2013 – 2 U 678/12 –, NZG 2014, 902 (903); OLG München, Urteil vom 29. Juli 2010 – 23 U 199/70 –, GmbHR 2011, 429 (429), als auch eine Pflicht zur Information der Gesellschaft durch den Gesellschafter aus dessen Treuepflicht abgeleitet wird, *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 40 Rn. 79; *Heilmeyer*, in: BeckOK, GmbHG, § 40 Rn. 133; a.A. *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 40 Rn. 35, 96 (nur Mitwirkungspflicht).

¹⁰⁴⁸ *Heidinger*, in: MüKo, GmbHG, § 40 Rn. 211 ff.

¹⁰⁴⁹ Dies betrifft etwa die Fälle der Zusammenlegung oder Teilung von Geschäftsanteilen durch privatschriftliche Gesellschafterbeschlüsse, die Einziehung von Geschäftsanteilen auf Grundlage privatschriftlicher Einziehungsbeschlüsse oder die Frage der wirksamen Gesamtrechtsnachfolge durch Erbfolge nach § 1922 BGB, vgl. *Mayer*, DNotZ 2008, 403, 412; *Terlau*, in: MHLs, GmbHG, § 40 Rn. 13 unter Anführung weiterer Fallgruppen.

¹⁰⁵⁰ OLG Hamm, Beschluss vom 16. Februar 2010 – 15 W 322/09 –, NJW-RR 2010, 609 (609); *Mayer/Weiler*, in: BeckNotar-HdB, § 22 Rn. 560; *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 40 Rn. 68; a.A. mit durchaus überzeugenden Argumenten: *Heilmeyer*, in: BeckOK, GmbHG, § 40 Rn. 152 f., der in dieser Praxis nur eine Verschiebung der Abgrenzungsproblematik von der Zuständigkeits- auf die Haftungsebene sieht. Zur Haftung des Notars beziehungsweise Geschäftsführers, siehe die Ausführungen bei 3.

Zuständigkeit wird dadurch nicht geschaffen.¹⁰⁵¹ Dass in diesem Fällen ein eigentlich zu vermeidender Verwaltungsmehraufwand besteht, liegt auf der Hand. Zudem erübrigt sich eine Feststellung der Zuständigkeit zumindest dann nicht, wenn es um Haftungsfragen aus einer fehlerhaften Eintragung geht.¹⁰⁵²

Teleologisch lassen sich die besseren Argumente dafür finden, eine Notarzuständigkeit nach § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG möglichst weit zu fassen und auch nur mittelbare Mitwirkungshandlungen an einem Geschäft im Sinne von § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG für ausreichend zu befinden, um in diesen Fällen den Notaren die Zuständigkeit zuzusprechen. Auf diese Weise könnten die oben genannten Schwächen, die die Zuständigkeit der Geschäftsführung mit sich bringen¹⁰⁵³, vermieden werden. Eine möglichst umfangreiche Notarzuständigkeit würde mit einer den privatrechtlichen Wirkungen angemessenen höheren Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste einhergehen.¹⁰⁵⁴

Indes stößt eine derart weite Auslegung der „Mitwirkung“ im Sinne von § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG in mehrfacher Hinsicht an ihre Grenzen. Der Notar kann nur deshalb im Rahmen des § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG von sich aus tätig werden, weil er bei seiner unmittelbaren Mitwirkung sicher weiß, dass ihn eine Pflicht zur Einreichung einer neuen Gesellschafterliste trifft.¹⁰⁵⁵ Bei mittelbaren Mitwirkungsakten führen erst noch hinzutretende Umstände, Bedingungen oder Rechtshandlungen in der Folge des mitwirkungsbedürftigen Geschäfts zu dem Eintritt der Änderung, die eine neue Gesellschafterliste erforderlich macht. Von diesen hinzukommenden Umständen hat der Notar regelmäßig aber keine Kenntnis.¹⁰⁵⁶ Eine Beschleunigung des Eintragungsablaufs kann in diesen Konstellationen nicht erreicht werden, da der Notar seinerseits auch erst einmal informiert werden müsste.¹⁰⁵⁷ Deshalb ist die Kenntnis des Notars von der

¹⁰⁵¹ Eine solche stünde dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers entgegen, der die alternative Zuständigkeit auch an dem Begriff „anstelle“ in § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG festmacht, vgl. BT-Drs. 16/6140, S. 44.

¹⁰⁵² Heilmeier, in: BeckOK, GmbHG, § 40 Rn. 152 f. Zu der Haftung, siehe 3.

¹⁰⁵³ Siehe c). Genauer eigentlich: Schwäche (fehlende juristische Expertise), denn die längere Informationskette im Rahmen der aktuell bestehenden Geschäftsführungszuständigkeit ließe sich auch bei einer generellen Notarzuständigkeit in aller Regel nicht verhindern.

¹⁰⁵⁴ In diesem Sinne Mayer/Weiler, in: BeckNotar-HdB, § 22 Rn. 554 ff. unter Verweis auf OLG Hamm, Beschluss vom 1. Dezember 2009 – 15 W 304/09 –, DNotZ 2010, 214; zu diesem Urteil, siehe auch die zust. Anm. von Ising, DNotZ 2012, 382 (384 ff.); inzwischen anders aber: OLG Hamm, Beschluss vom 2. November 2011 – 27 W 100/11 –, DNotZ 2012, 382 (383 f.), mit abl. Anm. Ising, DNotZ 2010, 214 (216 ff.).

¹⁰⁵⁵ Tebben, RNotZ 2008, 451 (452).

¹⁰⁵⁶ So etwa bei einer bedingten Abtretung des Geschäftsanteils, bei der der Notar aus der Beurkundung des Abtretungsvertrags noch keine Kenntnis in Bezug auf den Bedingungseintritt und damit den Eintritt der Veränderung nach § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG gewinnt. Eine bedingte Abtretung wird von der h.M. als lediglich künftige Rechtstatsache erkannt, die nicht eintragungsfähig ist, OLG München, Beschluss vom 8. September 2009 – 31 Wx 82/09 –, NJW 2010, 305 (305 f.); HansOLG, Beschluss vom 12. Juli 2010 – 11 W 51/10 –, NZG 2010, 1157 (1158), in der Revision bestätigt durch BGH, Beschluss vom 20. September 2011 – II ZB 17/10 –, NZG 2011, 1268 (1268); Wachter, Bespr. OLG München, Beschluss 8. September 2009 – 31 Wx 082/09 –, BB 2009, 2167 (2168).

¹⁰⁵⁷ Vgl. Heilmeier, in: BeckOK, GmbHG, § 40 Rn. 53 f.

Änderung im Sinne von § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG vorauszusetzen, soll er auch bei einer mittelbaren Mitwirkung dafür zuständig sein, die Gesellschafterliste einzureichen.

Weiterhin kann eine mittelbare Mitwirkungshandlung an einer Änderung im Sinne des § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG nur dann zu einer Notarzuständigkeit führen, wenn sich diese *final* auf das Bewirken eben dieser Änderung bezieht.¹⁰⁵⁸ Dieser Ansicht wird zwar entgegengehalten, dass auch dann, wenn eine Mitwirkungshandlung den Korrekturbedarf einer Gesellschafterliste nur zur Folge und nicht zum Zweck hat, der Notar sicher von der einen Änderungsbedarf der Gesellschafterliste hervorrufenden Veränderung im Sinne von § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG weiß und er die Eintragung und die damit zusammenhängende Prüfung schneller und kompetenter vornehmen könnte als der Geschäftsführer.¹⁰⁵⁹ Wenngleich teleologisch überzeugend, lässt sich diese Auffassung kaum mit der bestehenden Systematik des § 40 GmbHG vereinbaren. Der Gesetzgeber hat darin ein zweigleisiges Zuständigkeitssystem mit klar getrennt voneinander bestehenden Zuständigkeitsbereichen normiert. Ausweislich der Gesetzesbegründung¹⁰⁶⁰ soll es keine Überschneidungen geben, womit, über das Kriterium der Finalität, eine klare Zuordnung in einen der beiden Zuständigkeitsbereiche vorgesehen und auch aus Haftungsgründen de lege lata erforderlich ist.¹⁰⁶¹

2. Herstellung materiell-rechtlicher Richtigkeit nach Eintragung einer unrichtigen Tatsache oder Unrichtigwerden einer einstmals richtig eingetragenen Tatsache

a) Möglichkeit des Registergerichts zur Korrektur der Gesellschafterliste

Dem Registergericht stehen für falsche Eintragungen in der Gesellschafterliste die Korrekturmaßnahmen und -mittel, die das Gesetz für Eintragungen im Handelsregister kennt, wie etwa § 395 FamFG¹⁰⁶², nicht zur Verfügung, da die Gesellschafterliste nicht im Handelsregister *eingetragen* wird.¹⁰⁶³ Eine Korrektur der Gesellschafterliste kann deshalb grundsätzlich nur durch

¹⁰⁵⁸ OLG Hamm, Beschluss vom 2. November 2011 – 27 W 100/11 –, DNotZ 2012, 382 (383 f.), mit abl. Anm. Ising, DNotZ 2012, 382 (384 ff.); Servatius, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 40 Rn. 62, 66.

¹⁰⁵⁹ Mayer/Weiler, in: BeckNotar-HdB, § 22 Rn. 554 ff. nennen in Bezugnahme auf den Beschluss des OLG Hamm vom 2. November 2011 – 27 W 100/11 –, DNotZ 2012, 382 hier das Beispiel der Beurkundung einer Firmenänderung hinsichtlich eines GmbH-Gesellschafters, die nach ihrer Ansicht den Notar gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG zur Einreichung einer entsprechend geänderten Gesellschafterliste für die an der Beurkundung nicht beteiligte (Tochter-) GmbH verpflichtet. Eine vergleichbare Situation ergibt sich bei Umwandlungen, die zu einem veränderten GmbH-Gesellschafterbestand in einem an der umgewandelten Gesellschaft beteiligten Gesellschafter führen. Dazu, vgl. Tebben, RNotZ 2008, 451 (452); a.A. noch OLG Hamm, Beschluss vom 1. Dezember 2009 – 15 W 304/09 –, DNotZ 2010, 214 (215), damals mit zust. Anm. Ising, DNotZ 2010, 214 (216 ff.).

¹⁰⁶⁰ BT-Drs. 16/6140, S. 43 ff. Siehe auch schon die Ausführungen in Fußnote 1051.

¹⁰⁶¹ Servatius, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 40 Rn. 62, 65. Zur Haftung, siehe 3.

¹⁰⁶² Dazu vgl. II. 2. a)

¹⁰⁶³ Heidinger, in: MüKo, GmbHG, § 40 Rn. 190. Das Registergericht nimmt die zum Handelsregister *eingereichte* Gesellschafterliste lediglich als verwahrende Stelle auf, siehe 1. a)

Einreichung einer neuen Liste erfolgen.¹⁰⁶⁴ Allerdings kann das Registergericht, wenn es glaubhaft Kenntnis davon erlangt, dass die Geschäftsführer ihrer Verpflichtung zur Aktualisierung der Gesellschafterliste nicht nachkommen, diese durch Festsetzung eines Zwangsgeldes nach § 14 HGB (beziehungsweise §§ 388 ff. FamFG)¹⁰⁶⁵ dazu anhalten, eine neue Liste einzureichen.¹⁰⁶⁶ Diese Kenntnis kann dem Registergericht auch dadurch vermittelt werden, dass der Veräußerer oder der Erwerber dem Registergericht die Abtretung mitteilt.¹⁰⁶⁷ Gegen einen nach § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG zuständigen Notar die Einreichung einer neuen Liste durch Zwangsgeld durchzusetzen, dürfte demgegenüber nicht möglich sein, da diesen eine eigene Amtspflicht hierzu trifft.¹⁰⁶⁸

b) Möglichkeit des einreichenden Notars zur Korrektur der Gesellschafterliste

Von der aus § 44a Abs. 2 BeurkG abzuleitenden Korrekturmöglichkeit offensichtlich unrichtiger Listen abgesehen¹⁰⁶⁹, findet keine notarielle Überwachung der Gesellschafterliste statt.¹⁰⁷⁰ Ist ein Notar zuständig, erschöpft sich dessen Rechtskontrolle in der Beurteilung des die Änderungsbedürftigkeit der Liste auslösenden Vorgangs an dem er beteiligt ist. Er muss auch die ordnungsgemäße Aufnahme einer eingereichten Gesellschafterliste nicht überwachen.¹⁰⁷¹

c) Korrektur der Gesellschafterliste durch die Geschäftsführer

aa) Meinungsstand

Inwiefern aus der Gesetzesbegründung, wonach Geschäftsführer für die Richtigkeit der Liste zu sorgen haben¹⁰⁷², auch eine Überwachungspflicht eingereicherter Gesellschafterlisten folgt, wird in der Literatur uneinheitlich beurteilt.

¹⁰⁶⁴ *Heidinger*, in: MüKo, GmbHG, § 40 Rn. 190.

¹⁰⁶⁵ Zu dem Zwangs- und Beugungscharakter der in § 14 HGB i.V.m. §§ 388 ff. FamFG vorgesehenen Möglichkeit der Zwangsgeldverhängung, siehe II. 2. a).

¹⁰⁶⁶ Die Regierungsbegründung bezog sich noch auf den alten § 132 Abs. 1 FGG, siehe BT-Drs. 16/6140, S. 44.

¹⁰⁶⁷ BT-Drs. 16/6140, S. 44. Zur neuen Gesetzeslage, vgl. *Kühn*, in: Krafka, RegisterR, Rn. 1105; *Heidinger*, in: MüKo, GmbHG, § 40 Rn. 356 ff. Zu der Frage der Zulässigkeit der Eintragung ergänzender Hinweise durch das Registergericht bei festgestellten Fehlern, vgl. *Melchior*, NotBZ 2010, 213 (217). Zu der Möglichkeit einer Zwischenverfügung durch das Registergericht siehe auch *Mayer*, MittBayNot 2014, 24 (27) m.w.N. in Fn. 41.

¹⁰⁶⁸ Str., in diesem Sinne: OLG München, Beschluss vom 27. Mai 2009 – 31 Wx 38/09 –, NZG 2009, 797 (797); *Wicke*, Anm. zu OLG Bamberg, Beschluss vom 2. Februar 2010 – 6 W 40/09 –, MittBayNot 2010, 283 (283); *Heidinger*, in: MüKo, GmbHG, § 40 Rn. 371; die Anwendbarkeit des § 14 HGB bei Notarzuständigkeit gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG hingegen bejahend: OLG Köln, Beschluss vom 19. Juli 2013 – 2 Wx 170/13 –, FGPrax 2013, 272 (274 f.).

¹⁰⁶⁹ Hierzu: OLG Nürnberg, Beschluss vom 28. Dezember 2017 – 12 W 2005/17 –, NZG 2018, 312 (314); *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 40 Rn. 78; *Mayer/Weiler*, in: BeckNotar-HdB, § 22 Rn. 561.

¹⁰⁷⁰ Ohne Ausführungen zur praktischen Umsetzung, zur Zuständigkeitszuweisung oder einer gesetzlichen Verankerung dieser Ansicht: *Mayer/Weiler*, in: BeckNotar-HdB, § 22 Rn. 184, wonach auch der Notar sich ständig über den aktuellen Stand der Gesellschafterliste zu informieren habe.

¹⁰⁷¹ Nach der Gesetzesbegründung kann es sich dennoch anbieten, dass der z. B. an einer Abtretung eines Geschäftsanteils mitwirkende Notar zugleich dafür Sorge trägt, dass die Einreichung der neuen Liste vollzogen wird, vgl. BT-Drs. 16/6140, S. 37, 44.

¹⁰⁷² BT-Drs. 16/6140, S. 37, 44.

Teilweise wird vertreten, dass die Geschäftsführung ausschließlich auf Mitteilung des Gesellschafters gemäß § 40 Abs. 1 S. 4 GmbHG tätig werden darf und ihr bei anderweitiger Kenntniserlangung weder das Recht noch die Pflicht zukommt, eine neue Liste einzureichen.¹⁰⁷³ Stattdessen würden sie ihrer Verantwortung, für die Richtigkeit der Liste zu sorgen, dadurch gerecht, dass sie auf eine entsprechende Mitteilung hinwirken.¹⁰⁷⁴ Eine andauernde Überwachungspflicht des Listeninhalts sei hierdurch nicht vorgesehen.¹⁰⁷⁵ Vielmehr obliege es den Betroffenen selbst, die Richtigkeit der Gesellschafterliste, beginnend mit der Kontrolle der ordnungsgemäßen Aufnahme der neu eingereichten Liste ins Handelsregister, durch Einsichtnahme zu überprüfen.¹⁰⁷⁶ Neben dem Wortlaut der Norm wird auch die Bezugnahme auf § 67 Abs. 3 AktG in der Gesetzesbegründung¹⁰⁷⁷ angeführt. Auch der Vorstand einer AG dürfe keine eigenmächtige Änderung des Aktienregisters vornehmen, auch wenn er Kenntnis von einer wirksamen Aktienübertragung habe.¹⁰⁷⁸ Das Tatbestandsmerkmal der Mitteilung wird von den Vertretern dieser Auffassung aber weit ausgelegt, womit eine Mitteilung im Sinne von § 40 Abs. 1 S. 4 GmbHG auch bei amtswegiger Kenntniserlangung vorliegen könne, wenn sich die maßgebliche Veränderung unter direkter Mitwirkung des Geschäftsführers vollzieht, z.B. bei Kaduzierung, Einziehung oder Versteigerung von Geschäftsanteilen.¹⁰⁷⁹

Nach a.A., der sich auch der BGH¹⁰⁸⁰ angeschlossen hat, stehen der Geschäftsführung hingegen auch ohne Mitteilung durch den Gesellschafter das Recht und sogar die Pflicht zu, auf Falscheintragungen durch Einreichen einer neuen Liste zu reagieren, und zwar auch, wenn für das Einreichen der Liste eine Notarzuständigkeit nach § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG bestand.¹⁰⁸¹

¹⁰⁷³ *Heidinger*, in: MüKo, GmbHG, § 40 Rn. 161 ff., 179; *Heilmeyer*, in: BeckOK, GmbHG, § 40 Rn. 130; *Terlau*, in: MHLS, GmbHG, § 40 Rn. 16; *Mayer*, DNotZ 2008, 403, 412; *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894 (895).

¹⁰⁷⁴ *Seibt*, in: Scholz, GmbHG, § 40 Rn. 53, wonach die Geschäftsführung bei begründeten Zweifeln an der Richtigkeit der Gesellschafterliste verpflichtet ist, den oder die Betroffenen von diesen Tatsachen in Kenntnis zu setzen und zur Stellungnahme aufzufordern. Darüber hinaus solle, sofern die Stellungnahmen unergiebig sind, das Recht bestehen, sämtliche Gesellschafter zu informieren und eine Beratung und Beschlussfassung zum Verfahren anzuzeigen; ähnlich *Heidinger*, in: MüKo, GmbHG, § 40 Rn. 192.

¹⁰⁷⁵ Vgl. *Seibt*, in: Scholz, GmbHG, § 40 Rn. 48; *Wachter*, ZNotP 2008, 378 (386); *Heidinger*, in: MüKo, GmbHG, § 40 Rn. 160.

¹⁰⁷⁶ *Heidinger*, in: MüKo, GmbHG, § 40 Rn. 160.

¹⁰⁷⁷ BT-Drs. 16/6140, S. 44.

¹⁰⁷⁸ *Mayer*, DNotZ 2008, 403, 412; *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894 (895); *Seibt*, in: Scholz, GmbHG, § 40 Rn. 48.

¹⁰⁷⁹ *Heilmeyer*, in: BeckOK, GmbHG, § 40 Rn. 130; *Heidinger*, in: MüKo, GmbHG, § 40 Rn. 161; *Seibt*, in: Scholz, GmbHG, § 40 Rn. 48.

¹⁰⁸⁰ BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 – II ZR 21/12 –, NZG 2014, 184 (188).

¹⁰⁸¹ *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 40 Rn. 49 ff.; *Lieder*, NZG 2014, 329 (331); *Liebscher/Götte*, DStR 2010, 2038 (2042 f.); *Mayer/Weiler*, in: BeckNotar-HdB, § 22 Rn. 561; inzwischen auch *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 40 Rn. 55.

bb) Stellungnahme

Letztere Ansicht ist nicht nur unter dem Gesichtspunkt einer effektiveren Richtigkeitsgewähr des Inhalts der Gesellschafterliste vorzugswürdig, sondern überzeugt auch aus systematischen und teleologischen Gründen.

Zunächst hinkt der durch die Gegenauffassung aufgestellte Vergleich mit dem in § 67 AktG normierten Aktienregister. Richtig ist, dass die Gesetzesbegründung von dem Vorbildcharakter des Aktienregisters spricht.¹⁰⁸² Indessen dürfen die Unterschiede der beiden Register in Bezug auf Einzelfragen nicht außer Acht gelassen werden. Die Notwendigkeit eines dem Rechtsverkehr gegenüber richtig dargestellten Listeninhalts besteht für das Aktienregister mangels einer Publizitätswirkung nicht in dem Maße wie für die Gesellschafterliste. Die Publizität der Gesellschafterliste macht eine schnelle und effektive Korrekturmöglichkeit seitens der Gesellschaft erforderlich. Zu Recht scheidet deshalb auch eine analoge Anwendung von § 67 Abs. 5 S. 2 AktG auf das Korrekturverfahren zur Gesellschafterliste aus, wonach ein Widerspruch des angeblich zu Unrecht Eingetragenen einer Korrektur durch die Gesellschaft im Wege steht.¹⁰⁸³ Dem Betroffenen ist hinreichend damit gedient, dass er, in analoger Anwendung von § 67 Abs. 5 S. 1 AktG, vor der Korrektur angehört wird und damit in der Lage ist, bis zur endgültigen Klärung der Rechtsfrage einen Widerspruch gegen den dann neuen Listeninhalt zuordnen zu lassen.¹⁰⁸⁴ Die potentielle Haftung der Geschäftsführung nach § 40 Abs. 3 GmbHG trägt zudem dazu bei, dass eine Korrektur gegen den Willen des Eingetragenen nur vorgenommen werden dürfte, wenn die Geschäftsführung sich über die Unrichtigkeit der Liste weitgehend sicher ist und wirkt zudem abschreckend gegen rechtsmissbräuchliches Verhalten der Geschäftsführung.¹⁰⁸⁵

Darüber hinaus sollte die Geschäftsführung über den Wortlaut des § 16 Abs. 3 S. 3 GmbHG hinaus ein Recht zur Zuordnung eines Widerspruchs haben, um tatsächliche Anteilsinhaber vor der Gefahr von Rechtsverlusten zu bewahren, die von § 16 Abs. 3 S. 1 GmbHG ausgeht.¹⁰⁸⁶

¹⁰⁸² BT-Drs. 16/6140, S. 44.

¹⁰⁸³ BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 – II ZR 21/12 –, NZG 2014, 184 (188); *Liebscher/Goette*, DStR 2010, 2038 (2042); *Lieder*, NZG 2014, 329 (331).

¹⁰⁸⁴ BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 – II ZR 21/12 –, NZG 2014, 184 (188); *Liebscher/Goette*, DStR 2010, 2038 (2042); *Lieder*, NZG 2014, 329 (331). Die sich hieraus ergebende „zerstückelte Analogie“ des § 67 AktG im Recht der Gesellschafterliste kann zwar in Rückkopplung an den Zweck und die Wirkung der Gesellschafterliste aufgeschlüsselt werden. Nachvollziehbarkeit und Übersichtlichkeit leiden jedoch gleichwohl hierunter.

¹⁰⁸⁵ So auch *Lieder*, NZG 2014, 329 (331); *Liebscher/Goette*, DStR 2010, 2038 (2041 f.). Zur Haftung, siehe 3.

¹⁰⁸⁶ Wie hier: *Mayer*, DNotZ 2008, 403 (422); *Harbarth*, ZIP 2008, 57 (61); *Heidinger*, in: MüKo, GmbHG, § 16 Rn. 315; a.A. *HRA des DAV*, NZG 2007, 735 (739); *Verse*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 16 GmbHG Rn. 85; *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 16 Rn. 54. Zu den Wirkungen des Widerspruchs, siehe bei d).

d) Rechtsschutzmöglichkeiten des von einer falschen Gesellschafterliste beeinträchtigten Rechtsinhabers

Auch die Gesellschafterliste genießt einen im Sinne der Rechtssicherheit erforderlichen Bestandsschutz, der einer rückwirkende Beseitigung, etwa durch Anfechtung, entgegensteht.¹⁰⁸⁷ Der von einer falschen Gesellschafterliste Beeinträchtigte muss demnach die Einreichung einer neuen, korrigierten Gesellschafterliste durch Notar oder Geschäftsführer vorantreiben, um seine Rechtsposition zu schützen. Ein eigenes Einreichungsrecht sieht das Gesetz nicht vor. Ein solches ist auch bei Führungslosigkeit einer GmbH abzulehnen.¹⁰⁸⁸

Indes besteht gemäß § 16 Abs. 3 S. 3 Var. 3, S. 4 GmbHG die Möglichkeit der Zuordnung eines Widerspruchs. Der Widerspruch beseitigt ausschließlich die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs nach § 16 Abs. 3 S. 1 GmbHG, steht also nicht der Verfügungsbefugnis des Eingetragenen im Wege, wenn er tatsächlich Rechtsinhaber ist und beseitigt auch nicht die internen Wirkungen nach § 16 Abs. 1 und 2 GmbHG.¹⁰⁸⁹ Zur Verhinderung von Missbräuchen ist die Anteilsinhaberschaft durch den Antragssteller glaubhaft zu machen.¹⁰⁹⁰

e) Mitwirkung anderer Behörden an der Korrektur der Gesellschafterliste

Eine umfassende Pflicht anderer Behörden zur Mitteilung amtlich zur Kenntnis gelangender Fälle einer unrichtigen Gesellschafterliste an das Registergericht ist nicht vorgesehen. Die §§ 379 f. FamFG schließen die Gesellschafterliste nicht in ihren Anwendungsbereich ein.¹⁰⁹¹ Insbesondere unterfällt die *Einreichung* einer neuen Gesellschafterliste nach § 40 GmbHG nicht der Mitteilungspflicht nach § 379 Abs. 1 FamFG, da sie keinen *anzumeldenden Eintragungstatbestand* im Sinne von § 12 Abs. 1 HGB begründet.¹⁰⁹² Darüber hinaus fehlen spezielle behördliche Mitteilungspflichten, die sich auf eine Unrichtigkeit der Gesellschafterliste beziehen.

¹⁰⁸⁷ Dieselben Erwägungen sprechen, abgesehen davon, dass § 395 FamFG sich auf „Eintragungen“ bezieht, gegen die Möglichkeit einer Amtslöschung, vgl. *Heidinger*, in: MüKo, GmbHG, § 40 Rn. 374. Zum vergleichbaren Bestandsschutz von Eintragungen im Handelsregister, vgl. II. 2. a).

¹⁰⁸⁸ So die Gegenäußerung der Bundesregierung in BT-Drs. 16/6140, S. 76 f. zu einer entsprechenden Konstellation anregenden Empfehlung des Bundesrats, siehe BR-Drs. 354/01/07, S. 21. Sollte allerdings kein Notgeschäftsführer bestellt werden können, ist mit *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 40 Rn. 94 richtigerweise die Einreichung durch die Gesellschafter als ausnahmsweise zulässig anzusehen.

¹⁰⁸⁹ BT-Drs. 16/6140, S. 39; *Verse*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 16 GmbHG Rn. 83; *Hasselmann*, NZG 2010, 207 (207 f.).

¹⁰⁹⁰ *Hasselmann*, NZG 2010, 207 (208); *Schneider*, NZG 2009, 1167 (1169); a.A. *Verse*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 16 GmbHG Rn. 83; *Oppermann*, DB 2009, 2306 (2308), denen zufolge nur im Verhältnis zu dem tatsächlich Berechtigten der gutgläubige Erwerb durch Zuordnung eines Widerspruchs ausgeschlossen werden könne.

¹⁰⁹¹ *Schemmann*, in: Haußleiter, FamFG, § 379 Rn. 2; *Otto*, in: BeckOK, FamFG, § 379 Rn. 7. Zu der Anwendung der § 379 f. FamFG im Recht des Handelsregisters, siehe II. 2. c).

¹⁰⁹² *Krafka*, in: MüKo, FamFG, § 379 Rn. 3; *Eickelberg*, in: Sternal, FamFG, § 379 Rn. 4.

3. Haftung bei Unrichtigkeit der Gesellschafterliste

a) Geschäftsführerhaftung

Als Instrument der Richtigkeitsgewähr kann darüber hinaus auch die an ein Fehlverhalten im Zusammenhang mit einer rechtsunwahren Gesellschafterliste geknüpfte Haftung der für die Einreichung verantwortlichen Personen begriffen werden. Hierdurch wird zu gewissenhafter Ausübung der sanktionsbewährten Pflichten angehalten, was die Richtigkeitswahrscheinlichkeit des Listeninhalts erhöht.¹⁰⁹³ Gemäß § 40 Abs. 3 GmbHG haftet die Geschäftsführung für die Verletzung der ihnen nach § 40 Abs. 1 GmbHG obliegenden Pflichten. Dementsprechend besteht eine Schadensersatzpflicht der Geschäftsführung für nicht die Rechtswahrheit widerspiegelnde Gesellschafterlisten, die auf einer nicht, verspätet oder fehlerhaft erfolgten Einreichung beruhen, für die die Geschäftsführung zuständig ist.¹⁰⁹⁴ Die Haftung gilt dem ausdrücklichen Wortlaut der Norm zufolge nicht nur gegenüber dem von der Anteilsänderung Betroffenen, sondern auch gegenüber den Gläubigern.

Nach dem zuvor Gesagtem ergibt sich aus § 40 Abs. 1 GmbHG eine allgemeine Pflicht der Geschäftsführung, für die Richtigkeit der Gesellschafterliste zu sorgen. Aus diesem Grund können auch Falscheintragungen, die aus einer Notarzuständigkeit nach § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG herrühren, zu einer Geschäftsführerhaftung nach § 40 Abs. 3 GmbHG führen, sofern der Geschäftsführung bei der Wahrnehmung ihrer allgemeinen Überwachungs- und Korrekturpflicht eine schuldhafte Pflichtverletzung unterlaufen ist.¹⁰⁹⁵ Eine automatische Haftung der Geschäftsführung für unrichtige Gesellschafterlisten wird dabei durch das, über den Wortlaut der Norm hinaus anzuerkennende¹⁰⁹⁶, Verschuldenserfordernis ausgeschlossen. Für die Annahme einer Gefährdungshaftung gibt es hingegen keinerlei Anhaltspunkte. Eine solche würde auch die allgemeine Überwachungs- und Korrekturpflicht der Geschäftsführung aus § 40 Abs. 1 GmbHG überstrapazieren. Das Fehlen eines positiv in dem Haftungstatbestand verankerten Verschuldenserfordernisses gebietet aber, dass der Geschäftsführer sich analog § 93 Abs. 2 S. 2 AktG von dem Vorwurf einer schuldhaft begangenen Pflichtverletzung entlasten muss, auch

¹⁰⁹³ In diesem Sinne Servatius, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 16 Rn. 65.

¹⁰⁹⁴ Altmeppen, in: Altmeppen, GmbHG, § 40 Rn. 48; Paefgen, in: HCL, GmbHG, § 40 Rn. 234; Heidinger, in: MüKo, GmbHG, § 40 Rn. 208.

¹⁰⁹⁵ Anders, wenn entgegen der hier vertretenen Auffassung, vgl. die Streitdarstellung bei 2. c) aa), eine solche Pflicht der Geschäftsführung abgelehnt wird. Dann käme in diesen Konstellationen jeweils nur eine Haftung des Notars in Betracht, vgl. dazu sogleich bei b). So z.B. Heidinger, in: MüKo, GmbHG, § 40 Rn. 208 f.

¹⁰⁹⁶ Entspricht einem allgemeinen Grundsatz der Schadensersatzhaftung, vgl. BT-Drs. 16/6140, S. 39, 43; Servatius, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 40 Rn. 54; Heilmeyer, in: BeckOK, GmbHG, § 40 Rn. 218 f.

wenn die sich aus § 93 Abs. 2 S. 1 AktG ergebende Business Judgement Rule nicht entsprechend anwendbar ist, da bei der Wahrnehmung der aus § 40 Abs. 1 GmbHG abzuleitenden Pflichten keine unternehmerischen Entscheidungen getroffen werden.¹⁰⁹⁷

Parallel kommt eine allgemeine Haftung gegenüber der Gesellschaft gemäß § 43 GmbHG in Betracht.¹⁰⁹⁸

b) Notarhaftung

Auch der nach § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG zuständig handelnde Notar kann gemäß § 19 Abs. 1 S. 1 BNotO in die Haftung geraten, wenn er eine unrichtige Liste einreicht. Bei gleichzeitigem Vorliegen einer Pflichtverletzung der Geschäftsführung in diesem Zusammenhang ist seine Haftung jedoch, sofern sie auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung beruht, gemäß § 19 Abs. 1 S. 2 BNotO subsidiär.¹⁰⁹⁹ Das bedeutet, dass eine Haftung nach der hier vertretenen Auffassung nur dann infrage kommt, wenn eine von dem Notar schuldhaft falsch eingereichte Liste von der Geschäftsführung nicht als solche zu erkennen war oder der Notar vorsätzlich handelt. Dass die Haftung des Notars gegenüber derjenigen der Geschäftsführung das etwas weniger scharfe Schwert ist, zeigt sich zudem an der Möglichkeit der Rechtsmittelversäumnis gemäß § 839 Abs. 3 BGB i. V. m. § 19 Abs. 1 S. 3 BNotO.¹¹⁰⁰

4. Kritik an der privatrechtlichen Wirkungen der Gesellschafterliste

Das Überwachungs- und Kontrollsystem für die Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste wird den umfangreichen Rechtsscheinwirkungen der Eintragungen gegenüber Gesellschaft und Rechtsverkehr nach den § 16 Abs. 1 – 3 GmbHG nicht vollumfänglich gerecht.

Der Gesetzgeber hatte wohl ein Konzept vor Augen, wonach regelmäßig ein Notar für die Änderung der Gesellschafterliste zuständig sein würde, da in den meisten Fällen, in denen die Neueinreichung der Gesellschafterliste erforderlich wird, auch ein Notar an dem Änderungsgeschäft im Sinne von § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG mitwirkt. Dass die Bundesanzeiger Verlag GmbH ebenso wie der Notar *Beliehener* ist, führt nicht dazu, dass das Niveau der Richtigkeitsgewähr für den Listeninhalt von Transparenzregister und Gesellschafterliste bei Notarzuständigkeit als vergleichbar zu bewerten wäre. Der Notar ist Amtsträger (vgl. § 14 BNotO), fachlich qualifi-

¹⁰⁹⁷ *Altmeppen*, in: *Altmeppen, GmbHG*, § 40 Rn. 48; *Servatius*, in: *Noack/Servatius/Haas, GmbHG*, § 40 Rn. 54; *Paefgen*, in: *HCL, GmbHG*, § 40 Rn. 249.

¹⁰⁹⁸ *Liebscher/Goette*, DStR 2010, 2038 (2042); *Servatius*, in: *Noack/Servatius/Haas, GmbHG*, § 40 Rn. 53.

¹⁰⁹⁹ Str., wie hier: *Heilmeyer*, in: *BeckOK, GmbHG*, § 40 Rn. 223; *Liebscher/Goette*, DStR 2010, 2038 (2039) jeweils m.w.N.; a.A. *Servatius*, in: *Noack/Servatius/Haas, GmbHG*, § 40 Rn. 84, mit der Begründung, dass die Geschäftsführung auch in den Schutzbereich des § 19 Abs. 1 S. 1 BNotO einbezogen sei, womit § 19 Abs. 1 S. 2 BNotO nicht greife.

¹¹⁰⁰ *Liebscher/Goette*, DStR 2010, 2038 (2042).

ziertes Mitglied der vorsorgenden Rechtspflege und „Instanz“ der freiwilligen Gerichtsbarkeit.¹¹⁰¹ Als „amtszuverlässiger Dritter“ kommt seine Funktion im Rahmen des § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG der eines erstinstanzlichen Gerichts gleich.¹¹⁰² Für den Fall einer Notarzuständigkeit ist das gesetzgeberische Konzept zur Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste dementsprechend auch als verlässlich zu beurteilen und vergleichbar mit den Vorkehrungen des Handelsregisterrechts, was sich etwa daran zeigt, dass eine Einreichung respektive Eintragung hier wie dort nur erfolgen darf, wenn keine Zweifel an der Abbildung der Rechtswahrheit bestehen.¹¹⁰³ Da der Notar in der Lage ist, durch seine Mitwirkung an dem die Einreichung auslösenden Geschäft deren Rechtmäßigkeit nicht bloß zu beurteilen, sondern hierauf Einfluss zu nehmen und die Einreichung unmittelbar an seine Mitwirkung anknüpft, womit zwischen Entstehung und Abbildung der veränderten Rechtstatsache in der Gesellschafterliste nur wenig Zeit vergeht, kann bei einer Notarzuständigkeit sogar von einer höheren Richtigkeitsgewähr ausgegangen werden, als sie für Rechtstatsachen im Zeitpunkt ihrer Eintragung ins Handelsregister besteht. Dass die Richtigkeitsgewähr des Transparenzregisters durch die Bundesanzeiger Verlag GmbH, die die Rechtstatsache bei Eintragung nicht auf ihre Vereinbarkeit mit dem materiellen Recht überprüft, dahinter zurückbleibt, wurde bereits aufgezeigt.¹¹⁰⁴

Es gibt jedoch nicht wenige Konstellationen, in denen es bei der Zuständigkeit der Geschäftsführung bleibt. Im Unterschied zum Transparenzregisterrecht gelangen Rechtstatsachen zwar nicht lediglich auf Basis einer Mitteilung der betroffenen Personen im Innenverhältnis zu der GmbH zur Eintragung.¹¹⁰⁵ Die insofern vorgesehene Pflicht, die Eintragungsvoraussetzungen nach § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG in materiell-rechtlicher Hinsicht zu überprüfen, fällt der Geschäftsführung, regelmäßig aus juristischen Laien bestehend, aber naturgemäß schwer.¹¹⁰⁶

Die herrschende Annahme einer initiativen Korrekturmöglichkeit der Geschäftsführung bei Feststellung der Fehlerhaftigkeit der Liste, wodurch eine zügige und flexible Fehlerbehebung angestrebt wird, trägt zwar zur Steigerung der Richtigkeitsgewähr bereits eingetragener Gesellschafterliste bei.¹¹⁰⁷ Die Laieneigenschaft der Geschäftsführung als einzig mit Überwachungsaufgaben befugter Kontrollinstanz steht einer effektiven Umsetzung dieses Überwachungs- und Korrektursystems jedoch wiederum entgegen. Hoheitliche Überwachungsmechanismen, etwa

¹¹⁰¹ Siehe zu der über die klassischen Aufgaben der vorsorgenden Rechtspflege erfolgenden Einbeziehung von Notaren in die freiwillige Gerichtsbarkeit, BT-Drs. 17/1469, BT-Drs. 17/13136.

¹¹⁰² *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 40 Rn. 60; *Löbbe*, GmbHR 2012, 7 (8 f.).

¹¹⁰³ Vgl. 1. b) sowie zum Handelsregister bei II. 1. b).

¹¹⁰⁴ Siehe hierzu die Ausführungen bei II. 3. sowie bereits in Kapitel 2 E. II.

¹¹⁰⁵ Vgl. 1. c). Siehe demgegenüber zu der Mitteilungssystematik des Transparenzregisterrechts, Kapitel 2 C. I. 2.

¹¹⁰⁶ Vgl. 1. c).

¹¹⁰⁷ Vgl. hierzu bei 2. c).

durch eine Einbeziehung fremder Behörden bei entsprechender Kenntniserlangung über die Unrichtigkeit einer Gesellschafterliste, fehlen nahezu komplett.¹¹⁰⁸ Dass etwa behördliche Mitteilungspflichten fehlen, ist angesichts der sehr eingeschränkten Zuständigkeit des Registergerichts für Angelegenheiten im Zusammenhang mit der Gesellschafterliste zwar einleuchtend, dennoch leidet die Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste hierunter.¹¹⁰⁹ Diesbezüglich trifft das Transparenzregisterrecht sogar vergleichsweise weitergehende Vorkehrungen.¹¹¹⁰

Ein hoheitliches Kontrollniveau, das den Vorrang der Registerlage vor der Rechtswahrheit rechtfertigen könnte, kommt auch nicht darin zum Ausdruck, dass das Registergericht, das an sich nur als verwahrende Stelle fungiert, zumindest in offensichtlichen Fällen die Aufnahme einer falschen Gesellschafterliste ablehnen kann. Entsprechendes gilt für die Möglichkeit, unter Umständen mit Zwangsmitteln auf eine Einreichung hinwirken zu können.¹¹¹¹ Vergleichbare Instrumente stehen auch der registerführenden Stelle des Transparenzregisters zur Verfügung.¹¹¹² Auch eine mögliche Haftung der Geschäftsführung und oder der einreichenden Notare gegenüber den Betroffenen vermag die Schwächen dieses Systems nicht auszugleichen. Ein Fehlverhalten wird einer unkundigen Geschäftsführung regelmäßig nicht vorzuwerfen sein und selbst wenn, führt das Schadloshalten der Betroffenen nur dazu, dass sich die Person des Geschädigten verlagert. Es sollte aber so weit wie möglich versucht werden, überhaupt keinen Schaden bei irgendjemanden durch Falscheintragungen entstehen zu lassen, indem Falscheintragungen bestmöglich verhindert oder zumindest schnellstmöglich behoben werden können. Anderenfalls fällt es schwer, die Privilegierung der Rechtssicherheit gegenüber den Interessen der von einer falschen Registerlage beeinträchtigten Personen zu verteidigen.

In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass eine Notarzuständigkeit gemäß § 16 Abs. 1, 2 GmbHG nicht zwingend daran anknüpft, ob die die Einreichung auslösende neue Rechtstatsache an den Wirkungen der § 16 Abs. 3 GmbHG (Publizität) teilnimmt oder auf das Verbandsverhältnis zur Gesellschaft beschränkt bleiben („Binnenpublizität“).¹¹¹³ Denn auch für im Außenverhältnis beachtliche Veränderungen kann eine die Notarzuständigkeit auslösende notarielle Mitwirkung im Sinne des § 15 Abs. 3, 4 GmbHG fehlen.¹¹¹⁴ Umgekehrt löst nicht jede für das Außenverhältnis der Gesellschafterstellung grundsätzlich relevante notarielle Mitwirkung

¹¹⁰⁸ Vgl. 2. e).

¹¹⁰⁹ So auch *Schemmann*, in: Haußleiter, FamFG, § 379 Rn. 2.

¹¹¹⁰ Siehe hierzu Kapitel 2 C. II. 2.

¹¹¹¹ Vgl. 2. a).

¹¹¹² Siehe hierzu Kapitel 2 C. II. 1., 3.

¹¹¹³ Zu den verschiedenen Publizitätswirkungen der Gesellschafterliste und dem in dieser Arbeit verwendeten Begriff der „Binnenpublizität“, vgl. Kapitel 3 A. III. 1. b), c).

¹¹¹⁴ Vgl. nur die in Fußnote 1049 genannten Konstellationen einer Geschäftsführerzuständigkeit

eine Pflicht zur Einreichung einer Gesellschafterliste aus.¹¹¹⁵ Somit besteht auch keine Parallelität zu der für das Handelsregister geltenden Rechtslage, wonach nach h.M. nur bei einer Beachtlichkeit der Rechtstatsache für den Rechtsverkehr ein zu einem hinreichenden Niveau an Richtigkeitsgewähr führendes materiell-rechtliches Prüfungsrecht der Registerbehörden anzuerkennen ist.¹¹¹⁶

Dass der privatrechtlichen Wirkungen, die die Gesellschafterliste gleichwohl entfaltet, in den Konstellationen einer Geschäftsführerzuständigkeit kein angemessenes Niveau an Richtigkeitsgewähr zugrunde liegt, führt indes nicht zu der Wertung, dass auch eine privatrechtliche Wirkung des Transparenzregisters angezeigt sein könnte. Stattdessen muss diese Erkenntnis bei der nachfolgenden Untersuchung, wie eine systemstimmige Einpassung wirtschaftlicher Berechtigung in die Gesellschafterliste erfolgen könnte, berücksichtigt werden. Denn die Erweiterung des Eintragungsinhalts der Gesellschafterliste sollte angesichts der mit der Eintragung verbundenen privatrechtlichen Wirkungen nicht in Betracht kommen, wenn nicht mit hinreichender Sicherheit gewährleistet wäre, dass die eingetragene wirtschaftliche Berechtigung auch die Rechtswahrheit abbildet.

C. Die Möglichkeit einer de lege ferenda systemstimmigen Einpassung wirtschaftlicher Berechtigung in das Privatregisterrecht

I. Eintragung des wirtschaftlicher Berechtigung zugrunde liegenden Rechtsinstituts mittelbarer wirtschaftlicher Teilhabe an fremden Unternehmen in seiner konkreten „qualifizierten“ Ausgestaltung

Im Ergebnis der vorangegangenen Untersuchung besteht ein Interesse der Adressaten der Registeröffentlichkeit von Handelsregister und Gesellschafterliste, über „qualifizierte“ Ausgestaltungen von Rechtsinstituten mittelbarer wirtschaftlicher Teilhabe an Gesellschaften informiert zu werden. Dieses Interesse könnte de lege ferenda durch die Schaffung einer entsprechenden ausdrücklichen Eintragungsfähigkeit, besser einer Eintragungspflicht, befriedigt werden. Um eine Einbindung in die jeweiligen Rechtsscheinwirkungen zu gewährleisten, wäre die Normierung entsprechender Eintragungsgrundlagen ratsam. Um Rechtssicherheit hinsichtlich der Rechtsstellung des Berechtigten herzustellen, sollte die Eintragung dann auch ausschließlich bei einer „qualifizierten“ Ausgestaltung möglich sein.¹¹¹⁷

¹¹¹⁵ So etwa im Fall notariellen, bedingten Anteilsübertragung, die zwar das Außenverhältnis betrifft, mangels Kenntnis aber nach h.M. dennoch keine Notarzuständigkeit auslöst, da erst der Bedingungeintritt das Wirksamwerden der Veränderung im Sinne des § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG markiert, vgl. Fußnote 1056.

¹¹¹⁶ Siehe hierzu II. 1. b) und die Erwägungen bei II. 3.

¹¹¹⁷ Vgl. die Erwägungen hierzu bei A. I. 2. b) dd).

Ein solcher Ansatz würde indes das Potential einer privatregisterrechtlich in Erscheinung tretenden wirtschaftlichen Berechtigung nicht ausschöpfen. Ein in vielen Bereichen für den privatrechtlichen Umgang mit den Rechtsinstituten mittelbarer wirtschaftlicher Teilhabe an fremden Unternehmen festgestelltes Regelungsbedürfnis würde unbefriedigt bleiben.

So bliebe weiterhin eine im Einzelfall vorzunehmende Zuweisung der mit dem Geschäftsanteil verbundenen Verwaltungsbefugnisse erforderlich.¹¹¹⁸ Ob eine zu wirtschaftlicher Berechtigung führende „qualifizierte“ Ausgestaltung als Konsequenz dieser Zuordnung vorliegt, müsste von dem mit der materiellen Rechtskontrolle einer einzutragenden Rechtstatsache zuständigen „Instanz“ beurteilt werden. Für das Recht der Gesellschafterliste würde, da allein „qualifizierte“ Nießbrauchgestaltungen zulässig sind, die immer gemäß § 1069 Abs. 1 BGB i.V.m. § 15 Abs. 3 GmbHG notariell zu beurkunden sind, zwar stets eine Notarzuständigkeit bestehen, wodurch eine Richtigkeitsgewähr so weit wie möglich gewährleistet wäre.¹¹¹⁹ Eine einzelfallabhängige Beurteilung bliebe angesichts der Gestaltungsvielfalt gleichwohl fehleranfällig, eine Prüfung aufwendig. Für Handelsregistereintragungen würde Entsprechendes für die Beurteilung wirtschaftlicher Berechtigung durch die Registergerichte gelten.

Dass die Unzulässigkeit „qualifizierter“ Ausgestaltungen von Treuhand oder Unterbeteiligung an einem GmbH-Anteil nicht überwunden werden würde, würde zwar eine ausschließliche Notarzuständigkeit gewährleisten, wäre gleichzeitig aber eine große Schwäche dieses Ansatzes einer privatregisterrechtlichen Offenlegung wirtschaftlicher Berechtigung. Die hierin zum Ausdruck kommende Ungleichbehandlung sowohl gegenüber dem Nießbrauch an GmbH-Anteilen als auch gegenüber dem Personenhandelsgesellschaftsrecht lässt sich weder dogmatisch zwingend begründen, noch entspricht sie den Bedürfnissen der Rechtspraxis.¹¹²⁰ Da die Gründe, die für eine Offenlegung entsprechender Berechtigungen im Handelsregister beziehungsweise in der Gesellschafterliste sprechen, bei all diesen Rechtsinstituten identisch sind (Bestehen von Verwaltungsbefugnissen im Verbandsverhältnis, Einbeziehung in die Außenhaftung beziehungsweise die Kapitalerhaltungsregelungen etc.) und bereits de lege lata Überschneidungen dieser Rechtsinstitute anerkannt werden¹¹²¹, wird nachfolgend ein Konzept vorgestellt, dass eine Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung „als solcher“ vorstellt. Dieses soll in Abstimmung der jeweiligen Registersysteme dem Bedürfnis nach einer privatregisterrechtlichen Ausweisung wirtschaftlicher Berechtigung bestmöglich Rechnung tragen.

¹¹¹⁸ Vgl. hierzu bereits Kapitel 3 B. VII. 5. und die in Fußnote 831 enthaltenen Verweisungen.

¹¹¹⁹ Vgl. B. III. 1. b), 4.

¹¹²⁰ Vgl. insofern Kapitel 3 B. VII. und die dort enthaltenen Verweisungen.

¹¹²¹ Zu dem Verhältnis von Treuhand und Unterbeteiligung vgl. Kapitel 3 B. III. 2. b).

II. Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung „als solcher“ in Handelsregister und Gesellschafterliste

1. Skizzierung

Eine Rechtsfigur „wirtschaftlicher Berechtigung“ als freiwilliges Gestaltungsinstrument, die es den an dem jeweiligen Rechtsinstitut wirtschaftlicher Teilhabe an Gesellschaftsanteilen von OHG, KG und GmbH beteiligten Personen ermöglichen würde, dem Hintermann „qualifizierte“ Rechte und Pflichten an dem Gesellschaftsanteil gewissermaßen über das Privatregisterrecht einzuräumen, könnte eine Vielzahl der Fragen lösen und Unsicherheiten beseitigen, die im privatrechtlichen Umgang mit diesen Rechtsinstituten bestehen.

Die an die Eintragung geknüpften Rechtsfolgen sollen das jeweilige Rechtsinstitut wirtschaftlicher Teilhabe (im Folgenden auch: das Grundverhältnis) nicht verdrängen, sondern ergänzen. Während im Innenverhältnis zwischen Gesellschafter und dem Berechtigten weiterhin die Bestimmungen der dem Grundverhältnis zugrunde liegenden Vereinbarung gelten sollen, würde der wirtschaftlich Berechtigte nach außen hin in die von dem Gesellschaftsanteil ausgehenden Rechtsbeziehungen mit der Gesellschaft und dem Rechtsverkehr einbezogen. Um Rechtssicherheit herzustellen, sollte die Begründung einer Außenwirkung des Grundverhältnisses im Sinne einer „qualifizierten“ Ausgestaltung dann auch nur im Rahmen einer solchen einzutragenden wirtschaftlichen Berechtigung zulässig sein.

Zu den Rechtsfolgen würde zum einen die interessengerechte Einbeziehung des wirtschaftlich Berechtigten in die innergesellschaftlichen Angelegenheiten gehören. Dabei wäre die Schaffung eines Gemeinschaftsverhältnisses zwischen Gesellschafter und wirtschaftlich Berechtigtem im Verbandsverhältnis zur Gesellschaft sinnvoll, das eine „quasi-gesamtschuldnerische“ Stellung beider Personen in Bezug auf die Gesellschafterverpflichtungen herstellt und ihnen, als „Quasi-Gesamtgläubigern“, gleichzeitig das Recht zur Wahrnehmung der mit den Gesellschaftsanteilen verbundenen Rechte gegenüber der Gesellschaft und den Mitgesellschaftern zuweist. Die wirtschaftliche Berechtigung würde in diesem Zusammenhang in die „Binnenpublizität“¹¹²² von Handelsregister und Gesellschafterliste einbezogen.

Von diesen Rechtsfolgen wären die Mitgesellschafter berührt, da mit dem wirtschaftlich Berechtigten eine weitere Person in das Verbandsverhältnis integriert würde. Folgerichtig müsste deren Zustimmung für die Schaffung und Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung eingeholt werden. Hierbei könnte es sinnvoll sein, eine Zustimmungspflicht einzuführen, sofern keine

¹¹²² Der in dieser Arbeit verwendete Begriff der „Binnenpublizität“ wird in Kapitel 3 A. III. 1. c) erläutert.

wichtigen Gründe gegen die Einbeziehung eines oder des wirtschaftlich Berechtigten in die Gesellschaftsverhältnisse sprechen.

Zum anderen könnte der wirtschaftlich Berechtigte durch die Eintragung in die mit dem Gesellschaftsanteil verbundene Außenwirkung gegenüber dem Rechtsverkehr einbezogen werden. Die Eintragungsfähigkeit wirtschaftlicher Berechtigung könnte dem jeweiligen Register eine Rechtsscheinwirkung für die Belastung der aus ihm ersichtlichen Gesellschaftsanteile mit wirtschaftlichen Teilhabe- und Mitspracherechten anderer begründen. Dann wäre es interessengerecht, die Möglichkeit eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs des Gesellschaftsanteils zuzulassen, wenn das Register zu der wirtschaftlichen Teilhabe einer anderen Person als dem Gesellschafter schweigt. Auch eine Einbeziehung des wirtschaftlich Berechtigten an einem Personenhandelsgesellschaftsanteil in die persönliche Haftung nach (§ 161 Abs. 2 HGB i.V.m.) § 126 HGB (i.V.m. §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 HGB) wäre zu befürworten.

2. Die dogmatische Einordnung der Rechtsgemeinschaft zwischen wirtschaftlich Berechtigtem und Gesellschafter

Die Rechtsfigur des wirtschaftlich Berechtigten soll ein Gestaltungsinstrument darstellen, mit dem den in vielerlei Hinsicht zueinander parallelen Bedürfnissen der verschiedenen Akteure entsprochen werden kann, die mit den einzelnen Ausprägungsformen mittelbarer wirtschaftlicher Teilhabe an fremden Gesellschaftsanteilen in Berührung kommen. Dabei müssen die im Innenverhältnis zwischen Gesellschafter und Hintermann für das jeweilige Rechtsinstitut / Grundverhältnis bestehenden Unterschiede nicht negiert werden.

Denn während für das Innenverhältnis, die dem Grundverhältnis zugrunde liegenden gesetzlichen Bestimmungen und Vereinbarungen fortgelten sollen, entstünde im Verbands- und im Außenverhältnis eine Rechtsgemeinschaft zwischen Gesellschafter und wirtschaftlich Berechtigtem. Indem im Innenverhältnis zwischen Gesellschafter und Hintermann weiterhin die für das jeweilige Grundverhältnis einschlägigen vertraglichen oder gesetzlichen Modalitäten gelten sollen, ließe sich Einwänden zuvorkommen, die auf die in diesem Verhältnis bestehenden Unterschiede in der rechtlichen Würdigung beruhen, wie sie etwa gegen das von *Geibel* vorgeschlagene Modell einer vollumfassenden gesellschaftsrechtlichen Behandlung aller Treuhandgestaltungen vorgebracht werden.¹¹²³

Im Verhältnis zu Gesellschaft und Rechtsverkehr würde eine partielle Überlagerung der das Grundverhältnis durch das jeweilige Rechtsinstitut mittelbarer wirtschaftlicher Teilhabe prägenden Rechtsnatur und Wirkung stattfinden. Durch die entstehende Rechtsgemeinschaft

¹¹²³ Vgl. Kapitel 3 B. II. 2. c).

würde der wirtschaftlich Berechtigte als *Beteiligter* der Gesellschaft in das Verbandsverhältnis einbezogen, unabhängig davon, ob das Grundverhältnis schuldrechtlich, dinglich oder gesellschaftsrechtlich geprägt ist. Infolgedessen würden sämtlichen Vorbehalte, die gegen eine Einbeziehung eines „Dritten“ in das Verbandsverhältnis angestellt werden, begegnet werden können.¹¹²⁴ Zudem könnte die Eintragung bewirken, dass der Gesellschaftsanteil nach außen hin rechtssicher der Rechtsgemeinschaft zwischen Gesellschafter und wirtschaftlich Berechtigtem als Sondervermögen zugewiesen wird. Die wirtschaftliche Berechtigung an dem Geschäftsanteil würde hierdurch absolute Wirkungen im Außenverhältnis entfalten. Sofern man nicht bereits in der Neuuzuweisung der mit dem Gesellschaftsanteil verbundenen Rechte und Pflichten an die Rechtsgemeinschaft eine dingliche Wirkung erkennt¹¹²⁵, dürfte jedenfalls mit der Eintragung eine solche „Verdinglichung“ der Rechtsgemeinschaft einhergehen. Diese würde bewirken, dass der wirtschaftlich Berechtigte seine Rechte aus der wirtschaftlichen Berechtigung auch im Verhältnis zu Rechtsnachfolgern des Gesellschafters behalten würde. In der Eintragung könnte der für die „Verdinglichung“ der Rechtsbeziehung erforderliche Publizitätsakt erkannt werden, wodurch auch Zweifel bei der Frage nach den insolvenz- und zwangsvollstreckungsrechtlichen Verteidigungsmöglichkeiten beseitigt werden könnten.¹¹²⁶ Dabei ist zu beachten, dass eine dingliche Wirkung der Rechtsgemeinschaft nur im Hinblick auf den Gesellschaftsanteil in Betracht kommt. Die Beziehung des wirtschaftlich Berechtigten zur Gesellschaft kann demgegenüber keinen dinglichen Charakter haben, wenn schon dem Gesellschaftsanteil selbst ein solcher nicht zukommt.¹¹²⁷

Die nähere Bindung des Hintermanns an das Gesellschaftsunternehmen könnte im Gegenzug aber auch etwa zu einer Neubewertung der (analogen) Anwendung der §§ 135, 136 InsO auf Zahlungen an den wirtschaftlich Berechtigten führen.¹¹²⁸

Fast alle Rechte aus dem Gesellschaftsanteil sollen infolge der Eintragung mit Wirkung für den jeweils anderen entweder durch den Gesellschafter oder den wirtschaftlich Berechtigten wahrgenommen werden können. Umgekehrt sollen fast alle Pflichten aus dem Gesellschaftsanteil sowohl gegenüber dem Gesellschafter als auch gegenüber dem wirtschaftlich Berechtigten mit

¹¹²⁴ Vgl. Kapitel 3 B. II. 6. a) bb), III. 6. c) bb).

¹¹²⁵ In diesem Sinne etwa *Tebben*, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, S. 109. Vgl. hierzu Kapitel 3 B. VI.

¹¹²⁶ Vgl. zu dem im Rahmen des § 47 InsO beziehungsweise § 771 ZPO de lege lata ausschlaggebendem sogenannten „Unmittelbarkeitsgrundsatz“ in Kapitel 3 B. II. 2. b) dd). Bei Eintragung eines Unterbeteiligten als wirtschaftlich Berechtigten an dem Gesellschaftsanteil dürfte die Anwendung des § 236 HGB abzulehnen sein, der dem Charakter „typischer“ stiller Beteiligungsverhältnisse entspricht, die einen Fremdkapitalcharakter aufweisen, vgl. Kapitel 3 B. III. 5. c). Die konkrete insolvenzrechtliche Einordnung des Gesellschaftsanteils als Sondervermögen der Rechtsgemeinschaft zwischen wirtschaftlich Berechtigten und Gesellschafter bliebe einer spezifisch insolvenzrechtlichen Beurteilung zu überlassen, da insolvenzrechtliche Fragen grundsätzlich außerhalb des Untersuchungsrahmens dieser Arbeit liegen, vgl. Einführung B.

¹¹²⁷ Insofern gelten vergleichbare Erwägungen wie für den Nießbraucher, vgl. Kapitel 3 B. I. 2.

¹¹²⁸ Vgl. Kapitel 3 B. III. 5. c).

Wirkung für den jeweils anderen geltend gemacht werden können.¹¹²⁹ Gesellschafter und wirtschaftlich Berechtigter käme in Bezug auf den Gesellschaftsanteil insofern eine Art Gesamtschuldner- / Gesamtgläubigerstellung zu. Zwar käme eine entsprechende Anwendbarkeit der einschlägigen BGB-Regelungen aus § 421 BGB und § 428 BGB in Betracht. Da die BGB-Regelungen jedoch auf Leistungsansprüche zugeschnitten sind, zu denen nicht alle in einem Gesellschaftsanteil angelegten Rechte und Pflichten passen, wie insbesondere die Organwalterei in Personengesellschaften¹¹³⁰, ist hiervon abzuraten. Auch die Vorschriften über die Bruchteilsgemeinschaft nach §§ 741 ff. BGB entsprechen in vielerlei Hinsicht nicht der hier angedachten Ausgestaltung¹¹³¹, weshalb die durch die Eintragung entstehende Rechtsgemeinschaft zwischen Gesellschafter und wirtschaftlich Berechtigtem als Rechtsverhältnis sui generis bewertet werden sollte. Dieses dürfte als beschränktes dingliches Recht an dem Gesellschaftsanteil bestehen.

3. Die Teilnahme wirtschaftlicher Berechtigung an der „Binnenpublizität“¹¹³² von Handelsregister und Gesellschafterliste

a) Keine Benachteiligung der Gesellschaft und der Mitgesellschafter

Allgemein gilt, dass der Gesellschaft und den Mitgesellschaftern durch die Existenz eines wirtschaftlich Berechtigten keine Nachteile entstehen sollten. Zustellungen und Ladungen könnten weiterhin allein an den Gesellschafter erfolgen, sämtliche Ansprüche weiterhin allein diesem gegenüber geltend gemacht werden. Ein in der Person des Gesellschafters liegender wichtiger Grund könnte unabhängig von der Person des wirtschaftlich Berechtigten zu einem Ausschluss des Gesellschafters und damit auch des wirtschaftlich Berechtigten aus der Gesellschaft führen. Das Vorhandensein des wirtschaftlich Berechtigten wäre für die Gesellschaft sogar insofern vorteilhaft, als jede nicht explizit personenbezogene Handlung mit Wirkung für den Gesellschafter auch gegenüber dem wirtschaftlich Berechtigten vorgenommen werden könnte.

¹¹²⁹ Von einer vollständigen Gleichstellung ausgenommen sollte insbesondere die Verfügungsbefugnis sein, vgl. 4. a). Zu dem Verhältnis von wirtschaftlich Berechtigten und Gesellschafter im Rahmen des § 126 HGB, vgl. 4. c).

¹¹³⁰ Vgl. Kapitel 3 B. I. 5. d). Auch in einer GmbH kann etwa durch satzungsmäßige Bestimmung die Befähigung zur Wahrnehmung bestimmter Aufgaben an die Zugehörigkeit zu der Gesellschaft gebunden sein.

¹¹³¹ So auch *Tebben*, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, S. 103 f.

¹¹³² Der in dieser Arbeit verwendete Begriff der „Binnenpublizität“ wird in Kapitel 3 A. III. 1. c) erläutert.

b) Die Auswirkungen wirtschaftlicher Berechtigung auf die Wahrnehmung der Verwaltungsbefugnisse

aa) Grundsatz einer alternativen Wahrnehmungsbefugnis

Die aus dem Gesellschaftsanteil abzuleitenden innergesellschaftlichen Verwaltungsbefugnisse¹¹³³ würden infolge der Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung sowohl durch den Gesellschafter als auch den wirtschaftlich Berechtigten wahrgenommen werden können. Die Ausübung würde für *die aus dem Gesellschaftsanteil Berechtigten* wirken. Das allgemeine Informationsrecht über die finanziellen Ansprüche des Hintermanns gegen die Gesellschaft, in dem *de lege lata* ausnahmsweise eine Rechtswirkung aller Rechtsinstitute mittelbarer wirtschaftlicher Teilhabe im Verbandsverhältnis vorgesehen ist¹¹³⁴, würde hierdurch verdrängt.

Eine unzulässige Aushöhlung der Mitgliedschaft wäre durch eine solche Wirkung wirtschaftlicher Berechtigung ebenso ausgeschlossen wie ein Verstoß gegen den Grundsatz der Selbstorganschaft in Personengesellschaften.¹¹³⁵

Gleichzeitig sollte es künftig unzulässig sein, eine „qualifizierte“ Rechtsstellung des Hintermanns eines Rechtsinstituts wirtschaftlicher Teilhabe am Gesellschaftsanteil außerhalb der Rechtsfigur wirtschaftlicher Berechtigung herzustellen. Hierdurch würde dem Bedürfnis nach Transparenz bei der Beurteilung der Gesellschafterverhältnisse entsprochen und Rechtssicherheit für alle Beteiligten hergestellt. Insbesondere könnte die wirtschaftliche Berechtigung hierdurch an der Rechtsscheinwirkung von Handelsregister und Gesellschafterliste teilnehmen.¹¹³⁶

Wer im Innenverhältnis zwischen Gesellschafter und wirtschaftlich Berechtigtem für die Wahrnehmung der jeweiligen Befugnisse zuständig und berechtigt wäre, wäre der Vereinbarung über das Grundverhältnis zu entnehmen. Hierin könnten und sollten dann auch Schadensersatz- und / oder Vertragsstrafenregelungen für den Verstoßfall vorgesehen werden.

bb) Das Bedürfnis nach einer Zweifelsregelung

Es erscheint aber sinnvoll, eine Zweifelsregelung zu normieren, wer bei Uneinigkeit über die Zuordnung einer Verwaltungsbefugnis im Verbandsverhältnis als berechtigt anzusehen ist. Zu wessen Gunsten die Zweifelsregelung zu formulieren wäre, ist nicht ganz einfach zu beantworten. Man könnte erwägen, im Zweifel die Ausübung durch den wirtschaftlich Berechtigten als

¹¹³³ Zu dem Begriff der Verwaltungsbefugnisse, der als Oberbegriff sämtlicher mit dem Gesellschaftsanteil verbundenen Stimm-, Mitwirkungs- und Auskunftsrechte im Verbandsverhältnis dient, siehe Kapitel 3 B. I. 4. a).

¹¹³⁴ Vgl. Kapitel 3 B. I. 5. f) (zum Nießbrauch), II. 5. b) aa) (zur Treuhand), III. 5. a) (zur Unterbeteiligung).

¹¹³⁵ Vgl. hierzu die verallgemeinerungsfähigen Ausführungen in Kapitel 3 B. I. 6. b) bb).

¹¹³⁶ Vgl. hierzu noch bei 4. b).

maßgeblich auszugeben. Schließlich dient die Konstituierung wirtschaftlicher Berechtigung gerade dessen Einbeziehung in die Gesellschaftsgeschicke und seine Stellung aus dem Grundverhältnis macht ihn regelmäßig zu dem „wirtschaftlichen Gesellschafter“.

Auf der anderen Seite bliebe der Gesellschafter formaler Inhaber des Gesellschaftsanteils. Die Motivation, die hinter der Begründung wirtschaftlicher Berechtigung steht, könnte sehr unterschiedlich sein und gegebenenfalls auch etwa nur darin liegen, dass ein Nießbraucher verhindern will, aufgrund der ansonsten bestehenden Möglichkeit eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs des Gesellschaftsanteils durch Dritte, seiner Rechtsposition verlustig zu gehen.¹¹³⁷ Hinzu kommt, dass eine Person, die ein starkes Interesse daran hat, die mit dem Gesellschaftsanteil verbundenen Verwaltungsaufgaben wahrzunehmen, sich auch die formale Inhaberschaft übertragen lassen könnte. Es darf nicht übersehen werden, dass die Motivlage für die der wirtschaftlichen Berechtigung zugrunde liegenden Grundverhältnisse regelmäßig die Abgrenzung der „Verwaltungsaufgaben und -lasten“ von der wirtschaftlichen Nutzbarkeit der Gesellschaftsbeteiligung bliebe. Im Ergebnis dürfte insofern eine Regelung zu bevorzugen sein, wonach im Zweifelsfall die durch den Gesellschafter getätigten Handlungen und Erklärungen maßgeblich wären.

cc) Die Vorzüge gegenüber alternativen Ansätzen der Zuweisung von Verwaltungsbefugnissen

Die vorgeschlagene gemeinschaftliche Zuordnung der Verwaltungsbefugnisse an die Rechtsgemeinschaft hätte den vermeintlichen Nachteil, dass weiterhin keine endgültige Zuordnung der Verwaltungsbefugnisse zwischen den beiden an der Rechtsgemeinschaft beteiligten Personen erfolgen würde.¹¹³⁸ Eine andere Möglichkeit bestünde deshalb darin, sämtliche Verwaltungsbefugnisse, die im Zusammenhang mit der Nutzung des Gesellschaftsanteils stehen, dem wirtschaftlich Berechtigten zuzuweisen, während sämtliche Verwaltungsbefugnisse, die im Zusammenhang mit der Substanz des Gesellschaftsanteils stehen, dem Gesellschafter zustehen sollen.¹¹³⁹

Indessen würde die Einführung einer solchen Bestimmung Streitigkeiten über die Zuordnung der Verwaltungsbefugnisse künftig nicht verhindern. Oftmals würde es praktisch nicht gelingen, eine Angelegenheit zweifelsfrei allein Substanz oder Nutzung des Gesellschaftsanteils zuzuweisen. In der Folge könnte etwa nicht rechtssicher beurteilt werden, ob eine Stimmabgabe durch die richtige Person erfolgt ist oder ob ein geltend gemachtes Auskunftsverlangen als berechtigt anzusehen ist. Hierdurch würden die innergesellschaftlichen Abläufe erheblich gestört

¹¹³⁷ Hierzu, siehe noch die Ausführungen bei 4. b) bb).

¹¹³⁸ In diesem Zusammenhang bestehen vor allem beim Nießbrauch Unsicherheiten, vgl. Kapitel 3 B. I. 5. c).

¹¹³⁹ Für den Nießbrauch entspräche dies der Wertung der h.L. und Rechtsprechung de lege lata, vgl. Kapitel 3 B. I. 5. c).

werden, was sogar zu einem Stillstand der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft führen könnte. Denkbar wäre etwa eine Konstellation, in der eine zustimmungsbedürftige Maßnahme der Gesellschaft beschieden werden muss und die Stimmabgabe eines Gesellschafters, an dessen Gesellschaftsanteil eine wirtschaftliche Berechtigung eingetragen ist, entscheidend ist. Die Geschäftsführung könnte sich vor gerichtlicher Klärung, in wessen Wahrnehmungszuständigkeit die Angelegenheit fällt, nicht darauf verlassen, rechtmäßig zu handeln, wenn sie die Maßnahme gegen den geäußerten Willen entweder des Gesellschafters oder des wirtschaftlich Berechtigten durchführen würde. Um Haftungsansprüche zu vermeiden, würde die Geschäftsführung wohl von der Durchführung der Maßnahme absehen.

Eine differenziertere allgemeine Zuordnung einzelner Verwaltungsbefugnisse im Gesetz, mit der die Frage der Wahrnehmungsbefugnis zufriedenstellend geklärt werden, ist demgegenüber nicht realistisch umsetzbar. Es gibt schlicht zu viele denkbare Angelegenheiten, in deren Zusammenhang eine Verwaltungsbefugnis greifen könnte, als dass eine zweifelsfreie abschließende Zuordnung im Gesetz erfolgen könnte. Im Übrigen müsste eine solche abschließende Regelung sehr umfangreich sein. Dies würde der gebotenen Schlichtheit und Nachvollziehbarkeit der gesetzlichen Einführung wirtschaftlicher Berechtigung in das Privatregisterrecht zuwiderlaufen.

Als weiteres denkbare Modell käme eine kumulative Wahrnehmung durch Gesellschafter und wirtschaftlich Berechtigten Betracht. In diesem Fall würde die Wirksamkeit ausgeübter Verwaltungsbefugnisse allerdings von einer vorherigen Einigung beider Personen abhängig sein. Deshalb ist dieses Modell wegen mangelnder Praxistauglichkeit abzulehnen.¹¹⁴⁰ Gesellschafter und wirtschaftlich Berechtigter dürften zudem regelmäßig kein Interesse daran haben, die Ausübung sämtlicher Verwaltungsbefugnisse mit dem jeweils anderen abzustimmen und entsprechend auszuüben. Zudem wäre zu klären, was bei Uneinigkeit der Beteiligten gelten würde. Eine solche Wirkung wirtschaftlicher Berechtigung würde die Figur des wirtschaftlich Berechtigten folglich sperrig und unattraktiv für die Beteiligten machen.

Der vorgeschlagene Weg einer alternativen Wahrnehmungsbefugnis ermöglicht demgegenüber eine flexible Handhabung der Wahrnehmung von Verwaltungsbefugnissen durch Gesellschafter und wirtschaftlich Berechtigten im Verbandsverhältnis. Streitigkeiten über im Einzelfall bestehende Zuordnungsfragen werden in das Innenverhältnis der Rechtsgemeinschaft verlagert. Die Anwendung der beschriebenen Zweifelsregel würde eine rechtssichere Lösung für den Fall der Uneinigkeit von Gesellschafter und wirtschaftlich Berechtigtem bieten. Ein reibungsloser Ablauf des Gesellschaftsbetriebs wäre gewährleistet.

¹¹⁴⁰ Vgl. hierzu auch schon Kapitel 3 B. I. 5. c).

Dies schließt freilich nicht aus, dass einzelne Fragen im Zusammenhang mit bestimmten Verwaltungsbefugnissen klärungsbedürftig und Gegenstand der Rechtsfortbildung blieben. Hierzu gehört etwa die Frage nach einem Teilnahmerecht auch derjenigen Person an Gesellschafterversammlungen, deren Stimme, in Anwendung der Zweifelsregel, nicht maßgeblich ist.¹¹⁴¹

c) Die Einbeziehung des wirtschaftlich Berechtigten in die mit dem Gesellschaftsanteil verbundenen Pflichten gegenüber der Gesellschaft

aa) Treuepflicht des wirtschaftlich Berechtigten

Durch die Einbeziehung des wirtschaftlich Berechtigten in den Kreis der an der Gesellschaft beteiligten Personen würde jedenfalls zweifelsfrei eine Treuebindung des wirtschaftlich Berechtigten begründet werden. Damit einhergehend müssen auch die hieraus abzuleitenden Pflichten der Gesellschafter, sich an Wettbewerbsverbote und Verschwiegenheitsgebote zu halten, auf die wirtschaftlich Berechtigten angewendet werden.¹¹⁴²

bb) Der wirtschaftlich Berechtigte als Schuldner von Sozialansprüchen

Darüber hinaus sollte der wirtschaftlich Berechtigte grundsätzlich zweiter Schuldner von Sozialansprüchen werden. Dies ist besonders relevant für die in GmbHs geltenden Kapitalaufbringungs- und -erhaltungspflichten.

Bereits *de lege lata* kommt nach h.M. in manchen Konstellationen eine diesbezügliche Einbeziehung von Nießbrauchern oder Treugebern in Betracht. Während beim Nießbrauch auf die „qualifizierte“ Stellung des Hintermanns abgestellt wird¹¹⁴³, wird der Treugeber allgemein als Schuldner eines Durchgriffsanspruchs bestimmter Sozialansprüche gesehen¹¹⁴⁴.

Bei Umsetzung des hier vorgeschlagenen Konzepts sollten einheitliche Maßstäbe eingeführt werden, die dem gebotenen Gleichlauf von verpflichtender und berechtigender gesellschaftlicher Verantwortung der an einer Gesellschaft beteiligten Personen¹¹⁴⁵ Rechnung tragen. Da einem als wirtschaftlich Berechtigter im Privatregisterrecht in Erscheinung tretenden Hintermann die Wahrnehmung der gesellschaftlichen Rechte aus dem Gesellschaftsanteil im Ver-

¹¹⁴¹ Für ein Teilnahmerecht spricht der Rechtsgedanke aus § 18 GmbHG, der jedem Mitberechtigten an einem Gesellschaftsanteil ein Teilnahmerecht zubilligt, vgl. *Altmeppen*, in: *Altmeppen, GmbHG*, § 48 Rn. 4. Auch bei der OHG gibt es keinen allgemeinen Grundsatz, wonach das Teilnahmerecht zwingend auf den formalen Gesellschafter beschränkt ist, vgl. *Roth*, in: *Hopt, HGB*, § 109 Rn. 15.

¹¹⁴² Zu der Treuebindung des Hintermanns aus dem jeweiligen Rechtsinstitut bei „qualifizierter“ Ausgestaltung, siehe Kapitel 3 B. I. 6. c) (zum Nießbrauch), II. 6. b) (zur Treuhand), III. 6. d) (zur Unterbeteiligung).

¹¹⁴³ Siehe Kapitel 3 B. I. 6. c).

¹¹⁴⁴ Siehe Kapitel 3 B. II. 5. b) bb). Vgl. auch zur Einbeziehung des Unterbeteiligten in die mit dem Gesellschaftsanteil verbundenen Pflichten in Kapitel 3 B. III. 5., 6. d).

¹¹⁴⁵ Vgl. hierzu insbesondere Kapitel 3 B. I. 6. c). Siehe auch Kapitel 3 B. II. 6. b), III. 6. d).

bandsverhältnis ermöglicht würde, wäre es unabhängig davon, welches Grundverhältnis im Innenverhältnis besteht, angemessen, ihn auch in die Sozialansprüche miteinzubeziehen. Würde von einer Herstellung und Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung abgesehen, wodurch dem Hintermann jegliche Mitsprache und Einfluss im Verbandsverhältnis verwehrt würden¹¹⁴⁶, sollte umgekehrt auch keine Inanspruchnahme des Hintermanns möglich sein.

Die Einstandspflicht gegenüber der Gesellschaft sollte dabei unmittelbar sein. Aus Sicht der Gesellschaft läge das Problem einer nur mittelbaren Einstandspflicht des Hintermanns, der die Inanspruchnahme des Gesellschafters durch die Gesellschaft dann nur im Innenverhältnis ausgleichen müsste, darin, dass sie das Insolvenzrisiko des Gesellschafters trägt, obwohl der in der Kette der Einstandspflichten letztlich zur Leistung Verpflichtete der Hintermann ist. Denn dieser kann, bei fehlender Unmittelbarkeit der Einstandspflicht, nur durch den Gesellschafter in Anspruch genommen werden, nicht durch die Gesellschaft. Wird der wirtschaftlich Berechtigte im Sinne der hier vorgeschlagenen Ausgestaltung in die Gesellschafterstellung einbezogen, erscheint ein Anspruch zur unmittelbaren Inanspruchnahme des wirtschaftlich Berechtigten durch die Gesellschaft angemessen, um diesem Problem unsachgemäßer Insolvenzrisiken zu begegnen.

Fraglich ist, ob der wirtschaftlich Berechtigte auch neben dem Gesellschafter gleichgestellter *erstrangiger* Gesamtschuldner sein sollte. Grundsätzlich wäre dem Interesse der Gesellschaft ausreichend entsprochen, wenn die Möglichkeit der Inanspruchnahme des wirtschaftlich Berechtigten im Wege einer subsidiären Ausfallhaftung ausgestaltet wäre. Der Gefahr, dass die Gesellschaft mit ihrem Anspruch an einem zahlungsunwilligen beziehungsweise zahlungsunfähigen Gesellschafter scheitert, obwohl der wirtschaftlich für den Anspruch Einstandspflichtige der Hintermann ist, würde auch begegnet werden, wenn dieser erst nach erfolgloser Inanspruchnahme des Gesellschafters ein Anspruch gegen den wirtschaftlich Berechtigten zustehen würde.

Angesichts der Tatsache, dass häufig der wirtschaftlich Berechtigte auch derjenige ist, der im Innenverhältnis zum Gesellschafter für die Sozialansprüche aufzukommen hat, könnte aber auch eine primäre Einstandspflicht des wirtschaftlich Berechtigten sinnvoll sein. Immerhin könnte hierdurch dazu beigetragen werden, die Kette der Zahlungsverpflichtungen bei Sozialansprüchen zu verkürzen. Außerdem wäre dann im Sinne der Schlichtheit der einzuführenden Bestimmungen zur wirtschaftlichen Berechtigung keine Korrektur der nach dem hier vorge-

¹¹⁴⁶ Zur Begründung, siehe b) aa).

schlagenen Konzept als Grundprinzip auszugebenden Gleichstellung von wirtschaftlich Berechtigten und Gesellschafter im Hinblick auf die Gesellschafterrechte und -pflichten vorzunehmen.

Hier müsste eine gesetzgeberische Wertung getroffen werden, wie weitgehend die Einbeziehung des wirtschaftlich Berechtigten gehen sollte (so weit wie nötig / so weit wie möglich).

4. Die Teilnahme wirtschaftlicher Berechtigung an der Publizität von Handelsregister und Gesellschafterliste im Rechtsverkehr

a) Die Auswirkungen wirtschaftlicher Berechtigung auf die Verfügungsbefugnis über den Gesellschaftsanteil

Es entspräche dem für das hier vorgeschlagene Konzept vorgesehenen Grundsatz, wonach Gesellschafter und wirtschaftlich Berechtigter als Rechtsgemeinschaft gemeinschaftlich die Wahrnehmung der mit dem Gesellschaftsanteil verbundenen Rechte und die Einstandspflicht der mit dem Gesellschaftsanteil verbundenen Pflichten treffen soll, am ehesten, wenn mit der Entstehung wirtschaftlicher Berechtigung eine geteilte, gemeinsam wahrzunehmende Verfügungsbeziehung einherginge. Dass in einer Verfügungsbeschränkung für sich betrachtet keine wirtschaftliche Berechtigung zum Ausdruck kommt¹¹⁴⁷, stünde dem nicht entgegen. Die verfügungsbeschränkende Wirkung wäre *Rechtsfolge* nicht *Ausdruck* wirtschaftlicher Berechtigung.

Indessen würde die Leichtigkeit des Rechtsverkehrs erheblich darunter leiden, knüpfte man eine verfügungsbeschränkende Wirkung an die Existenz wirtschaftlicher Berechtigung. Sähe man für eine Übertragung des Gesellschaftsanteils eine gemeinschaftlich abzugebende Erklärung von Gesellschafter und wirtschaftlich Berechtigten vor, würde dies Übertragungsvorgänge verkomplizieren und nicht nur für den Gesellschafter und den wirtschaftlich Berechtigten einen erhöhten Aufwand bedeuten, sondern auch für den Geschäftspartner. Zudem würde die Fehleranfälligkeit der Übertragungsvorgänge steigen und damit mittelbar auch das Risiko falscher Registerlagen. Insgesamt würden Übertragungsvorgänge unattraktiver, teurer und risikoreicher werden. Entsprechendes würde gelten, müsste für eine wirksame Übertragung die vorherige Zustimmung des wirtschaftlich Berechtigten durch den Gesellschafter eingeholt werden. Räumte man dem wirtschaftlich Berechtigten ein Widerspruchsrecht gegen Verfügungen des Gesellschafters ein, wäre die Rechtsunsicherheit für den Erwerber sogar noch größer.

Eine Partizipation des wirtschaftlich Berechtigten an der Verfügungsberechtigung läge darüber hinaus auch oftmals gar nicht in dessen Interesse. Sofern durch die Eintragung der Bestand

¹¹⁴⁷ Siehe Kapitel 3 A. V. 4. b).

seiner Rechtsposition in Bezug auf den Gesellschaftsanteil gesichert werden kann¹¹⁴⁸, dürfte er regelmäßig nicht den mit dem Übertragungsvorgang einhergehenden Verwaltungsaufwand tragen wollen. Auf § 137 BGB, dessen Anwendung bei einer verfügungsbeschränkenden Wirkung der wirtschaftlichen Berechtigung Probleme aufwerfen könnte, ist deshalb nicht einzugehen.

Stattdessen sollte mit Einführung des Gestaltungsinstruments wirtschaftlicher Berechtigung die Klarstellung einhergehen, dass die für eine Eintragung berechtigenden Grundverhältnisse niemals einen verfügungsbeschränkenden Charakter im Außenverhältnis entfalten können.¹¹⁴⁹ Die Verfügungsbefugnis würde stets im Sinne der Rechtssicherheit allein bei dem Gesellschafter liegen.

b) Die Auswirkungen wirtschaftlicher Berechtigung auf die Möglichkeit gutgläubigen lastenfreien Erwerbs des Gesellschaftsanteils

aa) Die de lege lata uneinheitliche Bewertung der Übertragungssicherheit der Grundverhältnisse

Ein hinreichender Schutz des wirtschaftlich Berechtigten könnte aber damit erreicht werden, dass mit der Eintragung die Möglichkeit eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs des Gesellschaftsanteils verhindert werden könnte.

Nach h.M. steht für die Treuhand und die Unterbeteiligung an einem Gesellschaftsanteil aufgrund ihrer jeweils im Grundsatz lediglich schuldrechtlichen Wirkung fest, dass die Berechtigungen aus diesen Rechtsinstituten sich nach der Übertragung des Gesellschaftsanteils nicht gegenüber dem Erwerber fortsetzen können, woran eine Eintragungsfähigkeit unabhängig von der konkreten Ausgestaltung scheitert.¹¹⁵⁰ Für eintragungsfähig, je nach Ausgestaltung sogar eintragungspflichtig, wird nach h.M. nur der Nießbrauch an einem Gesellschaftsanteil in das Handelsregister gehalten. Doch soll mit der Eintragungsfähigkeit nicht die Möglichkeit eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs einhergehen.¹¹⁵¹ Weder Handelsregister noch Gesellschafterliste entfalten mithin de lege lata eine Rechtsscheinwirkung für die Lastenfreiheit eines Gesellschaftsanteils.

¹¹⁴⁸ Siehe hierzu sogleich bei b) bb).

¹¹⁴⁹ Bei der Treuhand ist die Zuordnung der Verfügungsbefugnis nicht unumstritten, vgl. Kapitel 3 B. II. 2.

¹¹⁵⁰ Vgl. zu der fehlenden Eintragungsfähigkeit in Handelsregister und Gesellschafterliste bei A. I. 3., II. 3.

¹¹⁵¹ Siehe A. I. 3. a).

Diese sehr ungleiche Bewertung der Fortsetzung wirtschaftlicher Teilhaberrechte gegenüber dem Erwerber im Übertragungsfall (Nießbrauch geht niemals unter, Treuhand und Unterbeteiligung immer) könnte durch die Einführung wirtschaftlicher Berechtigung in das Privatregisterrecht nach dem hier vorgeschlagenen Konzept überwunden werden.

bb) Die Herstellung eines Rechtsscheins von Handelsregister und Gesellschafterliste für die „Lastenfreiheit“ wirtschaftlicher Teilhaberrechte Dritter an einem Gesellschaftsanteil

Die wirtschaftliche Berechtigung dürfte nach dem vorgesehenen Konzept als beschränktes dingliches Recht an dem Gesellschaftsanteil zu qualifizieren sein.¹¹⁵² Über ihr Bestehen würden Handelsregister und Gesellschafterliste verlässlich Auskunft geben können. Es wäre deshalb interessengerecht, bei einem Schweigen von Handelsregister beziehungsweise Gesellschafterliste über die Belastung eines Gesellschaftsanteils mit wirtschaftlicher Berechtigung, die Rechtsscheinwirkung der Register auch auf die Lastenfreiheit des Gesellschaftsanteils von jeglichen Rechten Dritter zur wirtschaftlichen Teilhabe zu erstrecken, sofern diese zu einer eintragungsfähigen wirtschaftlichen Berechtigung ausgestaltet werden können. Infolgedessen würden die einschlägigen Rechtsscheinvorschriften dazu führen, dass bei einer Übertragung eines Gesellschaftsanteils, für den keine wirtschaftliche Berechtigung eingetragen ist, jedes Grundverhältnis, einschließlich des Nießbrauchs, unterginge. Die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Registerlage, wie ihn das Recht der Gesellschafterliste kennt¹¹⁵³, stünde dem Hintermann, der nicht auch wirtschaftlich Berechtigter ist, mangels falscher Registerlage dabei nicht zu. Ein solcher könnte lediglich in Betracht kommen, wenn glaubhaft gemacht würde, dass eine entstandene wirtschaftliche Berechtigung ausnahmsweise nicht zur Eintragung gelangt ist oder die Registerlage fälschlicherweise eine solche ausweist. Dies wäre etwa denkbar, wenn wirtschaftliche Berechtigung unterginge, der Vermerk aber noch nicht gelöscht wäre.¹¹⁵⁴

Diese Wertung lässt sich mit der Steigerung an Rechtssicherheit für den Rechtsverkehr rechtfertigen. Der teleologisch überzeugenden Auffassung, wonach ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb bereits *de lege lata* möglich sein müsse, ist bislang die fehlende Rechtsscheinwirkung der Register für die Lastenfreiheit des Gesellschaftsanteils entgegenzuhalten.¹¹⁵⁵ Diesem Einwand würde durch die Normierung einer eintragungsfähigen wirtschaftlichen Berechtigung die Grundlage entzogen. Die Beteiligten sähen sich nunmehr in der Lage, mittels Begründung und anschließender Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung den Rechtsschein eines lastenfreien Gesellschaftsanteils zu beseitigen.

¹¹⁵² Vgl. die Ausführungen bei 2.

¹¹⁵³ Siehe B. III. 2. d).

¹¹⁵⁴ Siehe zu letztgenannter Konstellation die Ausführungen bei 8. b).

¹¹⁵⁵ Zu der im Zusammenhang mit der Gesellschafterliste geführten Diskussion, siehe A. II. 2. b).

Wird keine wirtschaftliche Berechtigung begründet oder eingetragen, wäre ein Ausgleich für den Verlust der Rechtsposition des Hintermanns aus dem Grundverhältnis dann stets ausschließlich im Innenverhältnis zu suchen. Dazu bedürfte es Regelungen, die dem Gesellschafter die Übertragung des Gesellschaftsanteils untersagen, wodurch Vertragsstrafen- und Schadensersatzansprüche des Hintermanns ausgelöst werden könnten.

cc) Die Rechtfertigung des Risikos eines Rechtsverlusts des Nießbrauchers „einfacher“ Nießbrauchsverhältnisse

Für den Treuhänder und Unterbeteiligten würde die eintragungsfähige Rechtsfigur wirtschaftlicher Berechtigung ausschließlich eine Besserstellung bedeuten. Der Nießbraucher würde demgegenüber im Vergleich zu der derzeit geltenden Rechtslage schlechter gestellt, da ihm nun bei einer zu seiner Berechtigung an dem Gesellschaftsanteil schweigenden Registerlage der Verlust seiner als solcher nicht eintragungsfähigen Rechtsposition drohen würde. Da die Eintragung des Nießbrauchs nicht den für die Entstehung des Nießbrauchs als dinglichem Recht notwendigen Publizitätsakt darstellt, würde hiermit auch nicht gegen sachenrechtliche Grundprinzipien verstoßen. Vielmehr wird die Eintragung von Nießbrauchsgestaltungen trotz Fehlens einer Eintragungsgrundlage *de lege lata* mit der für die Privatregisteröffentlichkeit relevanten Rechtsstellung des Nießbrauchers gerechtfertigt. Da eine solche richtigerweise aber nur bei „qualifizierter“ Nießbrauchsgestaltung vorliegt, die nach dem hier vorgeschlagenen Konzept nur im Kleide einer eingetragenen wirtschaftlichen Berechtigung zulässig sein soll¹¹⁵⁶, wäre der Wegfall der Eintragungsfähigkeit konsequent. Dass der Nießbraucher bei einem Verstoß des Gesellschafters gegen eine ihm auferlegte Pflicht zur Offenlegung oder ein ihm auferlegtes Übertragungsverbot nunmehr auf Ansprüche gegen diesen im Innenverhältnis verwiesen wäre, wenn er von einer Herstellung und Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung absieht, wäre im Sinne der Rechtsicherheit gerechtfertigt.

Richtigerweise würde die Anwendung des § 1071 BGB in diesem Zusammenhang neu bewertet werden müssen. Da der einfache Nießbrauch bei fehlender Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung untergehen würde, würde nach § 1071 BGB grundsätzlich eine Zustimmung des Nießbrauchers erforderlich werden. Es wäre allerdings unangemessen, einer solchen Zustimmung eine die Verfügungsmacht im Außenverhältnis beschränkende Wirkung zuzuweisen. Ansonsten würde der einfache Nießbraucher eine stärkere Rechtsposition innehaben als der wirtschaftlich Berechtigte. Außerdem stünde eine solche Wirkung im diametralen Widerspruch zu der Einführung einer Rechtsscheinwirkung für die Lastenfreiheit von Gesellschaftsanteilen der Re-

¹¹⁵⁶ Zur Begründung, siehe 3. b) aa).

gister. Da die h.M. § 1071 BGB indes bereits de lege lata eine ausschließlich auf das Innenverhältnis beschränkte Wirkung zuweist, wäre eine Anpassung des § 1071 BGB nicht zwingend notwendig.¹¹⁵⁷ Das Fehlen der Zustimmung würde die Verfügungsmacht insofern unberührt lassen und lediglich Schadensersatzansprüche des Nießbrauchers begründen. Eine entsprechende Klarstellung durch den Gesetzgeber wäre gleichwohl zu begrüßen.

Zu würdigen ist, dass die primäre Motivation des Nießbrauchers für die Herstellung wirtschaftlicher Berechtigung damit in der Beseitigung dieser Rechtsscheinwirkung liegen könnte. Ein unzumutbarer „Rattenschwanz“ von Verpflichtungen für den Nießbraucher ist hierin aber nicht zu erkennen. Denn die übrigen mit der Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung einhergehenden Rechtsfolgen, wenngleich gegebenenfalls unerwünscht, sind grundsätzlich unschädlich. Zusätzliche Verwaltungsbefugnisse müssten nicht wahrgenommen werden. Zudem bliebe es immer möglich, den Bedürfnissen der Parteien des Grundverhältnisses durch Regelungen im Innenverhältnis (etwa im Sinne einer Einstandspflicht bei Inanspruchnahme für gesellschaftsbezogene Pflichten) Rechnung zu tragen.

Auch ein möglicherweise zu erhebender Einwand, ein Zustimmungserfordernis der Mitgesellschafter zur Herstellung wirtschaftlicher Berechtigung hindere die an dem Grundverhältnis Teilnehmenden daran, den registerrechtlichen Schutz vor abredewidrigen Verfügungen des Gesellschafters auf eigenen Wunsch zu begründen, ist bei näherer Betrachtung unbegründet. Die Zustimmung dürfte aufgrund außerhalb von in der Person des Hintermanns liegenden Gründen nur dann verweigert werden, wenn die personalistische Struktur der Gesellschaft dies geböte. In diesen Fällen wäre aber auch eine Übertragung des Gesellschaftsanteils nicht zulässig, womit der Schutz vor einem gutgläubigen lastenfreien Erwerb nicht erforderlich wäre.¹¹⁵⁸

c) Die Einbeziehung des wirtschaftlich Berechtigten in die Gesellschafterhaftung in Personenhandelsgesellschaften

aa) Die de lege lata unterschiedlichen Kriterien einer persönlichen Haftung von Nießbraucher, Treuhänder und Unterbeteiligten an Gesellschaftsanteilen

Eine persönliche Haftung der Gesellschafter gegenüber Gesellschaftsgläubigern kommt über (§ 161 Abs. 2 HGB i.V.m.) § 126 HGB (i.V.m. §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 HGB) nur im Personengesellschaftsrecht in Betracht.¹¹⁵⁹ In Kapitel 3 wurde aufgezeigt, dass die Rechtsprechung

¹¹⁵⁷ Vgl. Kapitel 3 B. I. 5. e).

¹¹⁵⁸ Siehe hierzu die Ausführungen bei 5. e).

¹¹⁵⁹ Eine Durchgriffshaftung ist im GmbH-Recht nicht einmal mehr über die Grundsätze der Existenzvernichtungshaftung möglich, vgl. BGH, Urteil vom 16. Juli 2007 – II ZR 3/04 –, NJW 2007, 2689 (2. LS) („Trihotel“).

eine Inanspruchnahme von Nießbrauchern, Treugebern und Unterbeteiligten an einem Gesellschaftsanteil aus § 126 HGB zurecht nur bei entsprechender („qualifizierter“) Ausgestaltung des jeweiligen Rechtsinstituts in Betracht zieht.¹¹⁶⁰ Gleichwohl ist zu bemängeln, dass die zur Anwendung gelangenden Maßstäbe für die verschiedenen Grundverhältnisse einander nicht gänzlich entsprechen. Während ein „qualifizierter“ Nießbrauch stets in die Durchgriffshaftung einbezogen sein soll, soll Entsprechendes für den Treugeber nur gelten, wenn dieser höchst ausnahmsweise als „faktischer Gesellschafter“, für den Unterbeteiligten, wenn er als „Quasi-Gesellschafter“ anzusehen ist.

bb) Die Überwindung formaler Bedenken gegen eine Außenhaftung

Wirtschaftlich betrachtet führt eine „qualifizierte“ Ausgestaltung *de lege lata* indes bei jedem Grundverhältnis dazu, dass der Hintermann als *Berechtigter* an dem Gesellschaftsanteil anzusehen ist. Insofern wäre es auch nicht unbillig, diesen stets auch gegenüber dem Rechtsverkehr in den Pflichtenkanon eines Gesellschafters miteinzubeziehen. Dass die h.M. § 126 HGB auf den Treugeber und den Unterbeteiligten nur zurückhaltend anwendet, liegt primär daran, dass ihnen nach h.M. keine gesellschaftsrechtliche oder verdinglichte Rechtsstellung innerhalb der Gesellschaft oder in Bezug auf den Gesellschaftsanteil zukommt. Hier würden Herstellung und Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung ansetzen und eine „Verdinglichung des Grundverhältnisses“ bewirken, die auch für Gesellschaftsgläubiger ersichtlich wäre.¹¹⁶¹ Mit den Argumenten, mit denen auch für eine unmittelbare, primäre Einstandspflicht des wirtschaftlich Berechtigten für Sozialansprüche der Gesellschaft plädiert wurde¹¹⁶², wäre damit auch eine Anwendung des (§ 161 Abs. 2 HGB i.V.m.) § 126 HGB (i.V.m. §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 HGB) auf den wirtschaftlich Berechtigten neben dem Gesellschafter zu fordern.

cc) Die Einbeziehung in die Außenhaftung des wirtschaftlich Berechtigten

Einer völligen Gleichbehandlung von Gesellschafter und wirtschaftlich Berechtigtem bei der Beurteilung der gegenüber dem Rechtsverkehr bestehenden *Pflichten* könnte jedoch entgegengesetzt werden, dass nach dem hier vorgeschlagenen Konzept demgegenüber keine völlige Gleichbehandlung bzgl. der im Außenverhältnis zum Rechtsverkehr bestehenden *Rechte* einhergehen soll. Der wirtschaftlich Berechtigte soll nicht Verfügungsberechtigt über den Gesellschaftsanteil sein und auch die Verfügungsberechtigung des Gesellschafters nicht beeinträchtigen können. Vielmehr soll die Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung nur verhindern, dass er seiner Rechtsposition im Wege des gutgläubigen lastenfreien Erwerbs verlustig geht.¹¹⁶³

¹¹⁶⁰ Vgl. Kapitel 3 B. I. 6. c) (zum Nießbrauch), II. 6. b) (zur Treuhand), III. 6. d) (zur Unterbeteiligung).

¹¹⁶¹ Siehe 2.

¹¹⁶² Vgl. 3. c) bb).

¹¹⁶³ Hierzu, siehe die Ausführungen bei aa) und bb).

Insofern könnte auch die Schaffung weniger einschneidender Haftungsfolgen des wirtschaftlich Berechtigten erwogen werden. Als mögliche Haftungskonzepte kämen eine bloß auf das Innenverhältnis gegenüber dem Gesellschafter beschränkte Ausgleichspflicht oder eine Ausgestaltung der Außenhaftung als sekundäre Ausfallhaftung in Betracht.

Für eine lediglich im Innenverhältnis stattfindende Ausgleichspflicht könnte vor allem sprechen, dass hiermit einer bereits vertretenen Auffassung bei der Beurteilung der Einstandspflicht des „qualifizierten“ Nießbrauchers eines Gesellschaftsanteils sowie weitgehend dem herrschend für die „qualifizierte“ Treuhand und die „qualifizierte“ Unterbeteiligung vorgesehenen Haftungsmodell des jeweiligen Hintermanns entsprochen würde.¹¹⁶⁴

Indessen würde ein solches Haftungskonzept keine *echte* Einbeziehung des wirtschaftlich Berechtigten in die Gesellschafterhaftung bedeuten. Seiner Stellung als „wirtschaftlicher Gesellschafter“ würde hierdurch nicht entsprochen. Dass de lege lata ein vergleichbares Haftungskonzept im Umgang mit den verschiedenen Grundverhältnissen vielfach für angemessen gehalten wird¹¹⁶⁵, rührt, wie bereits gesagt, in erster Linie von der fehlenden formalen Außenwirkung des Berechtigungsverhältnisses des Hintermanns in Bezug auf den Gesellschaftsanteil her. Dies kann insofern kaum als Argumentationsstütze dafür dienen, eine Außenhaftung des wirtschaftlich Berechtigten auch bei Schaffung einer solchen Außenwirkung abzulehnen.

Es darf zudem nicht übersehen werden, dass auch der Gesellschafter ein Interesse an der Herstellung wirtschaftlicher Berechtigung haben muss, wenn er einer solchen zustimmen soll. Ein solches würde dadurch gefördert, dass neben ihm eine weitere Person aus § 126 HGB in Bezug auf den von ihm gehaltenen Gesellschaftsanteil persönlich in Anspruch genommen werden kann. Ob der wirtschaftlich Berechtigte in Folge einer Inanspruchnahme einen Ausgleichsanspruch gegen den Gesellschafter hätte, würde sich nach dem Innenverhältnis richten. Dem Regelfall dürfte dies allerdings nicht entsprechen. Unabhängig davon könnte es für den Gesellschafter angenehmer sein, wenn der ihm persönlich bekannte wirtschaftlich Berechtigte Gläubiger eines Rückgriffsanspruchs ist, dem gegenüber er womöglich auch mit Ansprüchen aus dem Innenverhältnis aufrechnen könnte, als sich der zwangsweisen Durchsetzung der Durchgriffshaftung nach (§ 161 Abs. 2 HGB i.V.m.) § 126 HGB (i.V.m. §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 HGB) durch einen Gesellschaftsgläubiger gegenüberzusehen.

Aus vergleichbaren Motiven heraus könnten auch die Mitgesellschafter eher zu einer Zustimmung zu der wirtschaftlichen Berechtigung bewegt werden, wenn die „Solvenz“ des von ihrem

¹¹⁶⁴ Vgl. Kapitel 3 B. I. 6. c) (zum Nießbrauch), II. 6. b) (zur Treuhand), III. 6. d) (zur Unterbeteiligung).

¹¹⁶⁵ Vgl. Kapitel 3 B. I. 6. c) (zum Nießbrauch), II. 6. b) (zur Treuhand), III. 6. d) (zur Unterbeteiligung).

Mitgesellschafter gehaltenen Gesellschaftsanteil dadurch erhöht wird, dass an ihm ein ebenfalls in die Gesellschafterhaftung einzubeziehender wirtschaftlich Berechtigter beteiligt ist.¹¹⁶⁶

Eine gesetzliche Innenhaftung würde zudem dem angedachten Grundkonzept zuwiderlaufen, wonach das Innenverhältnis grundsätzlich von der Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung unbeeinflusst bleiben soll. Eine zwingende Innenhaftung läge vor diesem Hintergrund nicht im Interesse einer Regelungsfreiheit für die Einstandspflicht von Gesellschafter und wirtschaftlich Berechtigtem im Innenverhältnis des jeweiligen Rechtinstituts.

dd) Vorschlag einer sekundären Ausfallhaftung des wirtschaftlich Berechtigten

Als Kompromisslösung käme die Statuierung einer sekundären Ausfallhaftung des wirtschaftlich Berechtigten in Betracht. Der wirtschaftlich Berechtigte könnte dann aus (§ 161 Abs. 2 HGB i.V.m.) § 126 HGB (i.V.m. §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 HGB) analog durch Gesellschaftsgläubiger in die Haftung genommen werden, wenn der Gesellschafter¹¹⁶⁷ nicht zu leisten bereit oder imstande ist. Konsequenterweise wären ihm dann auch, neben einem sich gegebenenfalls aus dem Innenverhältnis ergebenden Ausgleichsanspruch gegen den Gesellschafter, der ansonsten diesem zustehende Regressanspruch gegen die Gesellschaft aus § 110 HGB und der sekundäre¹¹⁶⁸ Ausgleichsanspruch¹¹⁶⁹ gegen die Mitgesellschafter aus § 126 HGB i.V.m. § 426 BGB einzuräumen.

Sollte dies für zu umständlich gehalten werden, wäre aber auch eine primäre Ausfallhaftung des wirtschaftlich Berechtigten neben dem Gesellschafter vertretbar.

5. Der Tatbestand wirtschaftlicher Berechtigung

a) Systematische Erwägungen

Eine Integration wirtschaftlicher Berechtigung in das Privatregisterrecht nach dem hier vorgesehenen Konzept erfordert die Einführung entsprechender Bestimmungen in das materielle

¹¹⁶⁶ Dies dürfte nur für die Konstellationen relevant sein, in denen Mitgesellschafter einer personalistisch organisierten Personenhandels-gesellschaft sich aus den gegen eine Übertragung von Gesellschaftsanteilen einzuwendenden Gründen dagegen aussprechen können, wirtschaftlich Berechtigte in der Gesellschaft zuzulassen. Anderenfalls wäre die unbegründete Versagung der Zustimmung als unzulässig anzusehen, vgl. 5. e).

¹¹⁶⁷ Ob auch eine Subsidiarität gegenüber der Inanspruchnahme der anderen Gesellschafter angezeigt wäre, ist eine weitere, hiervon zu unterscheidende Frage. Hiervon ist aber abzuraten, um eine Inanspruchnahme des wirtschaftlich Berechtigten durch die Gläubiger nicht von der Zahlungsfähigkeit der Mitgesellschafter abhängig zu machen.

¹¹⁶⁸ Der Gesellschafter muss nach h.M. vor einer Inanspruchnahme seiner Mitgesellschafter aus § 126 HGB i.V.m. § 426 BGB versuchen, Regress bei der Gesellschaft zu nehmen, vgl. BGH, Urteil vom 2. Juli 1962 – II ZR 204/60 –, NJW 1962, 1863 (1864); *Schmidt*, in: MüKo, HGB, § 128 Rn. 35 m.w.N.

¹¹⁶⁹ Der Anspruch gegen die Mitgesellschafter ist kein vollständiger Regressanspruch, sondern ist gemäß §§ 120 Abs. 1, 121 Abs. 3 HGB von vornherein um den seinem eigenen Verlustanteil entsprechenden Forderungsteil zu kürzen, vgl. BGH, Urteil vom 2. Juli 1962 – II ZR 204/60 –, NJW 1962, 1863 (2. LS); BGH, Urteil vom 17. Dezember 2001 – II ZR 382/99 –, NJW-RR 2002, 455 (456); *Roth*, in: Hopt, HGB, § 126 Rn. 24.

Recht der OHG (mittelbar über § 161 Abs. 2 HGB auch für KG) sowie der GmbH. Die grundsätzliche Unterscheidung zwischen Personenhandelsgesellschaften und Kapitalgesellschaften dahingehend, ob eine „qualifizierte“ Ausgestaltung des Grundverhältnisses zugunsten einer weitgehenden Einbeziehung des Hintermanns in die Gesellschaftsangelegenheiten zulässig ist, soll aufgegeben werden.¹¹⁷⁰ Da sich insofern die Anforderungen und Wirkungen wirtschaftlicher Berechtigung im Personenhandelsgesellschaftsrecht und GmbH-Recht entsprechen sollen, könnte eine Umsetzungsmöglichkeit darin liegen, nur im Recht der OHG eine Norm einzuführen, für die eine entsprechende Anwendbarkeit im GmbH-Recht vorzusehen wäre. Die Verweisungsnorm wäre durch speziell auf das Recht der Gesellschafterliste abgestimmte Eintragungsbestimmungen zu ergänzen. Aufgrund der Verschiedenartigkeit von Personen- und Kapitalgesellschaftsrecht wäre ein solcher Verweis allerdings sehr unüblich, weshalb eine separate Normierung vorzugswürdig erscheint.

b) Abstrakte Definition wirtschaftlicher Berechtigung

Hinsichtlich der tatbestandlichen Normierung wirtschaftlicher Berechtigung erscheint es sinnvoll, eine allgemeine Definition vorzusehen, wonach sinngemäß wirtschaftlich an einem Gesellschaftsanteil berechtigt ist, wer als wirtschaftlicher Teilhaber hieran auch im Verhältnis zur Gesellschaft Rechte und Pflichten mit Wirkung für den formalen Gesellschafter wahrnehmen kann und umgekehrt. Gegebenenfalls könnte sich sogar der aus dem Transparenzregisterrecht abgeleiteten Termini von „Geschäftsrisiko“ und „Geschäftsinitiative“ bedient werden, wobei diese dann wiederum zu definieren wären.¹¹⁷¹ Vorzugswürdig erscheint aber, diese Kriterien, wie im Transparenzregisterrecht, als Auslegungsstützen bei der Beurteilung geeigneter Grundverhältnisse (hierfür wäre ein „Geschäftsrisiko“ erforderlich) und der Einordnung der mit der Eintragung entstehenden Rechtsfolgen anzuwenden (mit der Eintragung geht eine „Geschäftsinitiative“ des wirtschaftlich Berechtigten einher). Hierdurch würde die Norm schlank gehalten und ein Streit über Auslegung und Anwendung dieser Begriffe würde verhindert.

c) Die Ausnahmen von dem vollständigen Gleichlauf der Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsanteil

In Bezug auf einige wenige Rechte und Pflichten, die mit dem Gesellschaftsanteil verknüpft sind, wurde dafür plädiert, wirtschaftlich Berechtigten und Gesellschafter nicht vollständig gleich zu behandeln. Dies gilt für die nur dem Gesellschafter zustehende Verfügungsgewalt

¹¹⁷⁰ Siehe zur Begründung Kapitel 3 B. II. 6. a) bb), III. 6. c) bb), VII. 4. Die wirtschaftliche Berechtigung müsste sich dann auch bei einer Umwandlung der Gesellschaft fortsetzen können, sofern ausschließlich zur Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung geeignete Rechtsträger an der Umwandlung beteiligt sind. Vgl. hierzu Fußnote 568.

¹¹⁷¹ Vgl. Kapitel 1 C. IV.

über den Gesellschaftsanteil¹¹⁷², sowie für die Teilnahme an der persönlichen Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten nach § 126 HGB analog im Wege einer vorgeschlagenen sekundären Ausfallhaftung¹¹⁷³. Entsprechende Klarstellungen sollten unmittelbar im Tatbestand adressiert werden. Auch die vorgeschlagene Zweifelsregelung¹¹⁷⁴ hinsichtlich der Wahrnehmung von Verwaltungsbefugnissen sollte hier aufgenommen werden.

d) Die Aufnahme geeigneter Grundverhältnisse als Regelbeispiele

Die Rechtsinstitute von Treuhand, Nießbrauch und Unterbeteiligung an einem Gesellschaftsanteil könnten als Regelbeispiele geeigneter Grundverhältnisse wirtschaftlicher Berechtigung benannt werden. Auf diese Weise könnten künftig auch andere Rechtsinstitute mittelbarer wirtschaftlicher Teilhabe an der Gesellschaft in den Anwendungsbereich wirtschaftlicher Berechtigung mit einbezogen werden. Zwar sind derartige Gestaltungen derzeit nicht ersichtlich.¹¹⁷⁵ Es liegt jedoch im Interesse privatautonomer Entwicklungsfreiheit, hier keine zu starren Vorgaben zu machen, die sich allein auf die zum Zeitpunkt einer gesetzlichen Einführung der Rechtsfigur wirtschaftlicher Berechtigung in das Privatregisterrecht bekannten Rechtsinstitute beziehen.

e) Materiell-rechtliches Zustimmungserfordernis der Mitgesellschafter

Es entspricht der geltenden Rechtslage, dass eine zulässige „qualifizierte“ Ausgestaltung eines der einschlägigen Rechtsinstitute der Zustimmung der Mitgesellschafter bedarf. Dies ist auf die Auswirkungen, die die Einbindung einer hinter einem Gesellschafter bestehenden Person in die Gesellschaftsgeschicke mit sich bringt, zurückzuführen.¹¹⁷⁶ Richtigerweise muss deshalb auch für die Einbeziehung des wirtschaftlich Berechtigten in die Gesellschaftsverhältnisse ein Einverständnis der Mitgesellschafter eingeholt werden. Dabei scheint angezeigt, die Mitgesellschafter grundsätzlich zu der Erteilung der Zustimmung zu verpflichten, sofern nicht begründete Einwände erhoben werden können, *einen* oder *den* wirtschaftlich Berechtigten in die Gesellschaftsgeschicke einzubinden.

Begründete Einwände gegen *den* wirtschaftlich Berechtigten müssten dabei in der Person des Betroffenen selbst liegen. Als einschlägige Gründe für eine aus diesem Grund berechtigte Verweigerung der Zustimmung kämen etwa das Vorspiegeln falscher Tatsachen durch den Betroffenen, eine einschlägige Straffälligkeit oder ein bestehendes tiefgreifendes Zerwürfnis mit

¹¹⁷² Vgl. 4. a).

¹¹⁷³ Vgl. 4. c) dd).

¹¹⁷⁴ Vgl. 3. b) bb).

¹¹⁷⁵ Siehe insbesondere die in Kapitel 3 A. V. 4. d) aa), B. V. genannten Gründe gegen eine in einem Pfandrecht an einem Gesellschaftsanteil zu erkennende wirtschaftliche Berechtigung.

¹¹⁷⁶ Vgl. Kapitel 3 B. I. 1. (zum Nießbrauch), II. 6. a) aa) (zur Treuhand), III. 6. c) aa) (zur Unterbeteiligung).

einem Mitgesellschafter in Betracht, die auch für den Ausschluss von Gesellschaftern anerkannt werden.¹¹⁷⁷ Die Versagung zur Einbindung des Hintermanns als wirtschaftlich Berechtigter dürfte für diesen aber weniger einschneidend sein als der Ausschluss für einen Gesellschafter, weshalb auch weniger schwerwiegende Gründe ausreichend sein dürften, wie etwa eine nachgewiesene Verbindung des Hintermanns zu einem Konkurrenzunternehmen. Es wäre Aufgabe der Rechtsprechung hier Fallgruppen zu bilden, aus denen sich angemessene Kriterien ableiten ließen, anhand derer die Begründetheit einer Verweigerung auch abstrakt zu messen wäre.

In personalistisch strukturierten Gesellschaften müsste eine Verweigerung der Zustimmung auch mit dem personalistischen Charakter der Gesellschaft begründet werden können. Der dem gesetzgeberischen Grundkonzept zufolge bestehende personalistische Charakter von Personengesellschaften drückt sich in dem weiterhin bestehenden Zustimmungserfordernis aller Gesellschafter zu der Übertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen aus.¹¹⁷⁸ Aber auch in GmbHs können nach § 15 Abs. 5 GmbHG Vinkulierungsklauseln in der Satzung eine Zustimmungspflicht der Mitgesellschafter vorsehen. Hierbei würde es sich dann um Einwände gegen *einen* wirtschaftlich Berechtigten handeln. Eine Verweigerung sollte dabei nur dann begründet sein, wenn die Personengebundenheit des Gesellschafterbestands auch dadurch geschützt ist, dass eine Übertragbarkeit der Gesellschaftsanteile ausgeschlossen beziehungsweise nicht zugelassen ist. Anderenfalls ist nicht ersichtlich, warum die Aufnahme eines wirtschaftlich Berechtigten, die nach den hier vorgesehenen Rechtsfolgen keine Schlechterstellung der Mitgesellschafter mit sich bringen würde, und die einen weitaus geringfügigeren Eingriff in die personalistische Gesellschafterstruktur darstellt, nicht zugelassen werden sollte.

f) Die Anwendbarkeit der jeweiligen Rechtsscheinvorschriften

Die Eintragungsfähigkeit beziehungsweise -pflichtigkeit wirtschaftlicher Berechtigung zu normieren, würde noch nicht zwangsläufig eine Einbeziehung in die Rechtsscheinvorschriften von Handelsregister und Gesellschafterliste bewirken. Dies gilt insbesondere, wenn nicht bloß eine

¹¹⁷⁷ Grdl.: BGH, Urteil vom 1. April 1953 – II ZR 235/52 –, NJW 1953, 780 (781). Demzufolge kommt es darauf an, „dass der jeweilige Grund „das Verbleiben dieses Gesellschafters in der GmbH untragbar erscheinen [lässt] und eine gedeihliche Fortführung des Unternehmens in Frage stell[t]“; siehe auch: *Stefanink/Punte*, GWR 2018, 403 (404 ff.); *Schmidt/Fleischer*, in: MüKo, HGB, § 140 Rn. 16 ff.

¹¹⁷⁸ Vgl. hierzu und insbesondere zu der Frage, ob in der Zustimmung der Gesellschafter zur Übertragung des Gesellschaftsanteils auch eine Zustimmung zu der Einräumung von Rechten des Nießbrauchers, Treugebers oder Unterbeteiligten im Verbandsverhältnis zu erkennen ist, die Ausführungen in Kapitel 3 B. I. 1. (für den Nießbrauch), II. 6. a) aa) (für die Treuhand), III. 6. c) aa) (für die Unterbeteiligung). Die in Fußnote 526 dahingehend geäußerten Bedenken, dürften nach dem hier vorgesehenen Konzept wirtschaftlicher Berechtigung nicht durchgreifen, da dem wirtschaftlich Berechtigten keinerlei Befugnisse eingeräumt werden sollen, die über diejenigen des Gesellschafters hinausgehen oder hiervon abweichen, vgl. 3. a), b).

Rechtsscheinwirkung für das Vorliegen wirtschaftlicher Berechtigung, sondern, wie vorgeschlagen, wirtschaftlicher Teilhaberrechte Dritter allgemein hergestellt werden soll.¹¹⁷⁹ Eine entsprechende Klarstellung sollte insofern in die Normierung integriert werden.

g) Keine Beschränkung wirtschaftlicher Berechtigung auf natürliche Personen

Im Gegensatz zu den Vorgaben, die das Transparenzregisterrecht an die Person des wirtschaftlich Berechtigten stellt, sollte die Möglichkeit, sich als wirtschaftlich Berechtigter an einem Gesellschaftsanteil im Handelsregister oder in der Gesellschafterliste eintragen zu lassen, nicht auf natürliche Personen beschränkt werden. Die mit der Herstellung wirtschaftlicher Berechtigung entstehenden Rechte und Pflichten könnten ebenso gut durch eine juristische Person oder andere rechtsfähige Personenmehrheiten (letztlich: eine Vereinigung im Sinne von § 20 Abs. 1 GwG) wahrgenommen werden. Als Voraussetzung sollte genügen, dass die Vereinigung über ein funktionierendes System interner Willensbildung verfügt und diesen Willen nach außen repräsentieren kann. Für die Gesellschaft und die Mitgesellschafter ergäben sich hieraus keine Nachteile. Die Verantwortung dafür, die ihr zugewiesenen Befugnisse wahrzunehmen, läge bei der Vereinigung, beziehungsweise dem Gesellschafter des betroffenen Gesellschaftsanteils.¹¹⁸⁰ Eine Vereinigung ist zudem regelmäßig solventer als eine natürliche Person, was in Anbetracht der Einbeziehung des wirtschaftlich Berechtigten in die gesellschafterlichen Kapitalerbringungs- und Ausstattungsverpflichtungen im Falle der GmbH ein Interesse der Gesellschaft und der Mitgesellschafter begründen dürfte, auch Vereinigungen den Zugang zu der wirtschaftlichen Berechtigung zu ermöglichen. Entsprechendes gilt hinsichtlich der Einbeziehung in die Außenhaftung der Vereinigung als wirtschaftlich Berechtigte an einem Personenhandelsgesellschaftsanteil. Potenzielle Grenzen können sich dabei zwar im Hinblick auf die Wahrnehmung einzelner Verwaltungsbefugnisse ergeben. Hierzu könnte etwa die Organwaltereignung in Personengesellschaften gehören. Diese Grenzen gelten dann aber unabhängig von der wirtschaftlichen Berechtigung und müssen insofern tatbestandlich nicht adressiert werden.

h) Der Umgang mit staatlicher Beteiligung

Will eine sich mehrheitlich in staatlicher Hand befindliche juristische Person die Möglichkeit einer gesellschaftlichen Einbindung über die Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung an dem Gesellschaftsanteil einer fremden Gesellschaft nutzen, gibt es aus privatrechtlicher Perspektive keinen Grund, ihr dieses Recht zu versagen. Der Staat könnte dann als mehrheitlicher Eigentümer der juristischen Person die ihm zugewiesenen Befugnisse des wirtschaftlich Berechtigten genauso im eigenen Interesse geltend machen, wie jeder private Eigentümer. Ob es praktisch

¹¹⁷⁹ Dies würde dazu führen, dass der „einfache“ Nießbrauch an Geschäftsanteilen nicht länger „übertragungsfest“ wäre, vgl. 4. b) bb).

¹¹⁸⁰ Siehe 3. b) aa).

realistisch ist, dass der Staat sich in einer solchen Form die Möglichkeit einer „qualifizierten“ wirtschaftlichen Teilhabe an einem fremden Gesellschaftsunternehmen sichert und ob es einschlägige öffentlich-rechtliche Beschränkungen gäbe, die einer solchen Partizipationsform im Einzelfall entgegenstünden, sind hiervon zu unterscheidende Frage, die einer Klärung außerhalb dieser Arbeit bedürften.

6. Zustandekommen wirtschaftlicher Berechtigung unter Zugrundelegung der Eintragungssystematik der einschlägigen Registersysteme

a) Modell einer konstitutiven Wirkung der Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung als eintragungsfähiger Rechtstatsache

aa) Bedenken aus der Perspektive des Handelsregisters

Eine wirtschaftliche Berechtigung als fakultatives Gestaltungsinstrument für eine über das Grundverhältnis wirtschaftlicher Teilhabe hinausgehende Einbeziehung des Hintermanns in Verbands- und Außenverhältnis könnte dergestalt in das Privatregisterrecht eingeführt werden, dass die Eintragung konstitutiv für die Entstehung der wirtschaftlichen Berechtigung als einer lediglich eintragungsfähigen Rechtstatsache wirkt. Die Rechtsgemeinschaft zwischen wirtschaftlich Berechtigtem und Gesellschafter würde unmittelbar *durch* die Eintragung entstehen. Dass auch im Außenverhältnis zum Rechtsverkehr Wirkungen mit der Eintragung einhergehen sollen, dürfte dabei nicht genügen, um diejenigen, die eine Ausrichtung des Handelsregisters auf die innergesellschaftlichen Belange von Personenhandelsgesellschaften bislang strikt abgelehnt hatten¹¹⁸¹, von einem solchen Konzept privatregisterrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung zu überzeugen. Würde die wirtschaftliche Berechtigung hingegen bereits in einem Schritt vor der Eintragung außerhalb des Handelsregisters entstehen und das, wie hier vorgesehen, als beschränktes dingliches Recht¹¹⁸², ließe sich jedenfalls eine (deklaratorisch wirkende) *Eintragungsfähigkeit* der wirtschaftlichen Berechtigung besser begründen.¹¹⁸³ Entsprechend dem engen Zweck, der dem Handelsregister nach dieser traditionellen Auffassung zukommt, würde mit der Eintragung der Rechtsverkehr über wesentliche Rechtstatsachen betreffend den Gesellschaftsanteil informiert werden. Dass die Eintragung dann zugleich Wirkungen gegenüber der Gesellschaft entfaltet, wäre wohl auch von den Kritikern einer „Binnenpublizitätswirkung“ des Handelsregisters eher hinzunehmen, als wenn der Hauptzweck der Eintragung darin bestünde, derartige Wirkungen zu begründen.

¹¹⁸¹ Vgl. A. I. 2. a). In dieser Hinsicht streng traditionell etwa *Krafka*, in: *Krafka*, RegR, Rn. 85.

¹¹⁸² Vgl. 2.

¹¹⁸³ Vgl. zu dem Meinungsstand der Eintragung des Nießbrauchs an Gesellschaftsanteilen, der ebenfalls ein beschränktes dingliches Recht darstellt, in das Handelsregister bei A. I. 2. a).

Überdies wäre zweifelhaft, ob ein solcher Vermerk wirtschaftlicher Berechtigung an den Publizitätswirkungen des Handelsregisters teilnehmen könnte. Denn § 15 Abs. 1 – 3 HGB gilt nach h.M. nur für eintragungsfähige Rechtstatsachen.¹¹⁸⁴ Inwiefern dies auch dann gilt, wenn die Eintragung konstitutiv wirkt¹¹⁸⁵, müsste geklärt werden.

bb) Bedenken aus der Perspektive der Gesellschafterliste

Insbesondere wäre die wirtschaftliche Berechtigung als lediglich eintragungsfähige Rechtstatsache, deren Eintragung aber konstitutiv wirken soll, aber mit dem Recht der Gesellschafterliste kaum in Einklang zu bringen.

Die h.M., der zufolge in § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG abschließend die eintragungsfähigen Rechtstatsachen als eintragungspflichtig aufgezählt werden, lehnt die Existenz *lediglich eintragungsfähiger* Rechtstatsachen für die Gesellschafterliste grundsätzlich ab.¹¹⁸⁶ Während hierin noch kein unüberwindbares Grundprinzip des Rechts der Gesellschafterliste zum Ausdruck kommt, ließe sich eine *konstitutive* Wirkung der Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung nur schwerlich mit dem Recht der Gesellschafterliste in Einklang bringen. Eine solche ist der Gesellschafterliste *de lege lata* fremd.¹¹⁸⁷ Zwar könnte auch hieran im Sinne der Rechtsfortentwicklung gerüttelt werden. Es würden aber weitreichende Änderungen des Rechts der Gesellschafterliste erforderlich, das auf die deklaratorische Wirkung der Eintragungen abgestimmt ist. So heißt es in § 40 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 GmbHG auch, dass eine neue Gesellschafterliste *nach Wirksamwerden* der Veränderung in der Person des Gesellschafters einzureichen ist.

b) Das vorzugswürdige Modell einer deklaratorischen Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung als eintragungspflichtiger Rechtstatsache

Um die fakultative Einrichtung der wirtschaftlichen Berechtigung den den Voraussetzungen nach berechtigten Personen zu ermöglichen und gleichzeitig die Eintragungssystematik der jeweils einschlägigen Privatrechtsregister zu respektieren, sollte die Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung deshalb deklaratorisch wirken, nachdem die wirtschaftliche Berechtigung materiell-rechtlich begründet wurde. Eine entstandene wirtschaftliche Berechtigung sollte dann auch eintragungspflichtig sein und umgehend erfolgen. Die freie Entscheidung der Beteiligten, ob sie von der Rechtsfigur der privatrechtsregisterrechtlichen wirtschaftlichen Berechtigung Gebrauch

¹¹⁸⁴ Siehe hierzu die Nachweise in Fußnote 915.

¹¹⁸⁵ In dieser Konstellation für eine Anwendung des § 15 Abs. 1 – 3 HGB: *Koch/Harnos*, in: Staub, HGB, § 15 Fn. 203, siehe Fußnote 914.

¹¹⁸⁶ Vgl. A. II. 2. a).

¹¹⁸⁷ Vgl. A. II.1. a). Eine ist Ausnahme nur für die Begründung der Erwerberhaftung nach § 16 Abs. 2 GmbHG zu erkennen, für die es vor der Eintragung keine materiell-rechtliche Grundlage gibt, vgl. Fußnote 946.

machen wollen, bezöge sich demnach nicht auf die *Eintragung*, sondern auf die *Herstellung* der wirtschaftlichen Berechtigung.

7. Wirtschaftliche Berechtigung als eintragungsfähige (und -pflichtige) Rechtstatsache in Handelsregister und Gesellschafterliste

a) Normierung einer Eintragungsgrundlage

Die Eintragungsfähigkeit in Handelsregister und Gesellschafterliste sollte in die Normierung der die wirtschaftliche Berechtigung definierenden Bestimmung aufgenommen werden. Aus den soeben beschriebenen Gründen sollte die Eintragung auch verpflichtend sein. Dass jedenfalls im Handelsregister Rechtstatsachen bei einem dringenden Bedürfnis des Rechtsverkehrs auch ohne Normierung der Eintragungsfähigkeit als eintragungsfähig und sogar eintragungspflichtig angesehen werden¹¹⁸⁸, ist demnach für das hier vorgestellte Konzept nicht von Bedeutung.

b) Vereinbarkeit mit § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG

Allerdings geht die h.M., abgesehen von den rein deskriptiven Eintragungen in der Veränderungsspalte, davon aus, dass § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG die eintragungsfähigen Rechtstatsachen der Gesellschafterliste abschließend benennt.¹¹⁸⁹ Insofern ist fraglich, ob die Anordnung der Eintragung in der die wirtschaftliche Berechtigung definierenden Norm genügen würde, um Eintragungssystematik der Gesellschafterliste zu entsprechen.

Es könnte durchaus erwogen werden, das Entstehen der Rechtsgemeinschaft zwischen Gesellschafter und wirtschaftlich Berechtigten als eine „Veränderung in der Person des Gesellschafters“ im Sinne des § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG zu bewerten, die eine Pflicht zur Anmeldung der Eintragung bereits nach geltender Gesetzesfassung auslösen würde. Lehnte man ein solches Verständnis ab, bestünde die Möglichkeit, § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG um Angaben über die wirtschaftliche Berechtigung an einem Geschäftsanteil zu ergänzen. Eine andere Variante wäre darin zu sehen, im Sinne der Mindermeinung, die eine Eintragungsfähigkeit dinglicher Belastungen, Verfügungsbeschränkungen etc. bereits *de lege lata* annimmt¹¹⁹⁰, § 40 GmbHG derart anzupassen, dass die Gesellschafterliste ausdrücklich für Zusatzangaben geöffnet ist, die auch über bloß deskriptive Angaben in der Veränderungsspalte im Sinne von § 2 GesLV hinausgehen können. Einfacher und insofern vorzugswürdig erscheint jedoch der Weg über eine Einbeziehung in die Bestimmung des § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG, jedenfalls, wenn die Eintragung, wie

¹¹⁸⁸ Sogar eine konstitutive Wirkung wäre ausnahmsweise möglich, sofern eine solche entgegen der hier vertretenen Auffassung, siehe 6., vorgesehen würde, siehe A. I. 1.

¹¹⁸⁹ Vgl. A. II. 2. a).

¹¹⁹⁰ Vgl. A. II. 2. a).

nach dem hier vorgestellten Konzept vorgesehen, verpflichtend sein soll. Weitreichende Anpassungen des geltenden Rechts der Gesellschafterliste wären dann nicht erforderlich.

c) Vereinbarkeit mit § 16 GmbHG

Zwar steht § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG einer „qualifizierten“ Ausgestaltung jedenfalls der Treuhand und der Unterbeteiligung an einem GmbH-Gesellschaftsanteil *de lege lata* entgegen.¹¹⁹¹ Würden Zulässigkeit und Eintragungsfähigkeit einer „qualifizierten“ Einbeziehung des wirtschaftlich Berechtigten in die mit dem Gesellschaftsanteil verbundenen Rechte und Pflichten allerdings explizit normiert, würde der im Vergleich zu § 67 Abs. 2 S. 1 AktG offenere Wortlaut des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG durchaus auch die nach dem vorgestellten Konzept vorgesehenen Wirkungen wirtschaftlicher Berechtigung zulassen, da gerade die *Inhaberschaft* des Gesellschaftsanteils von diesen Wirkungen nicht berührt sein soll.¹¹⁹² Gleichwohl wäre eine gesetzliche Klarstellung sinnvoll, wonach bei Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung in die Gesellschafterliste die Wirkungen des § 16 Abs. 1, 2 GmbHG entsprechend der gesetzlichen Vorgaben auch für und gegen den wirtschaftlich Berechtigten zur Anwendung kämen.

8. Die Vorkehrungen des einschlägigen Registerrechts zur Richtigkeitsgewähr der Abbildung wirtschaftlicher Berechtigung

a) Bei Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung an einem OHG- oder KG-Gesellschaftsanteil in das Handelsregister

Durch die Eintragungsfähigkeit wirtschaftlicher Berechtigung würden die Vorkehrungen des jeweiligen Registerrechts zur Richtigkeitsgewähr der einzutragenden Rechtstatsache genutzt werden können. Für das Handelsregister ist vergleichsweise verlässlich absehbar, in welcher Form eine Registerkontrolle vor der Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung stattfinden würde. Die Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung wäre auch für den Rechtsverkehr bedeutsam, weshalb die materiellen Entstehungsvoraussetzung aus gegenständlicher Hinsicht vollumfänglich überprüfbar sein sollten. Dass bei einer sich auf Wirkungen im Verbandsverhältnis beschränken wirtschaftlichen Berechtigung anderes gelten könnte, ist insofern unbeachtlich.¹¹⁹³ Das zuständige Registergericht würde prüfen, ob ein Rechtsinstitut existiert, dass einer hinter einem Gesellschaftsanteil an der OHG oder KG stehenden Person ein Recht auf wirtschaftliche Teilhabe einräumt, und ob die erforderlichen Zustimmungen der Mitgesellschafter vorhanden sind. Dem zuständigen Registergericht sollte insbesondere zugestanden werden, bei

¹¹⁹¹ Siehe Kapitel 3 B. II. 6. a) bb), III. 6. c) bb).

¹¹⁹² Vgl. Kapitel 3 B. II. 6. a) bb).

¹¹⁹³ Zu der vorgesehenen Außenwirkung wirtschaftlicher Berechtigung, siehe 4. Zu der Beschränkung der Prüfungskompetenz der Registergerichte auf für die Publizität relevante Rechtstatsachen B. II. 1. b), 3.

Zweifeln an der Wirksamkeit einer Eintragungsvoraussetzung Vorkehrungen zu treffen und Nachforschungen anzustellen, mittels derer die Herstellung einer nicht der Rechtswahrheit entsprechenden Registerlage verhindert würde.¹¹⁹⁴

Um Zweifel an dem Vorliegen der materiell-rechtlichen Zustimmung weitgehend auszuschließen, könnte in der materiellen Zustimmung zugleich die formelle Mitwirkungshandlung der Mitgesellschafter im Antragsverfahren erkannt werden. Hierdurch könnte auch ein zeitliches Auseinanderfallen zwischen Entstehung und Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung begrenzt werden. Die wirtschaftliche Berechtigung würde unmittelbar mit der Zustimmung der Mitgesellschafter formell rechtmäßig zur Eintragung beantragt werden, womit zugleich der Eintragungspflicht entsprochen würde. Dass der Eintragung keine konstitutive Wirkung zukommen soll, würde insofern auch kein erheblich höheres Risiko einer falschen Registerlage mit sich bringen. Falls die Zustimmung doch außerhalb des formellen Eintragungsantrags erteilt würde, würden zumindest die auf die Herstellung von Rechtswahrheit gerichteten Zwangsmittel des Registergerichts sowie die behördlichen Mitwirkungspflichten greifen beziehungsweise eröffnet sein, die mit der Eintragungspflicht einer Rechtstatsache einhergehen.¹¹⁹⁵ Hiermit könnte der Gefahr falschen Registerlage effektiv begegnet werden.

Geht das Grundverhältnis unter, hätten es die Beteiligten selbst in der Hand, die Eintragung der wirtschaftlichen Berechtigung zu löschen. Ein Zustimmungserfordernis der Mitgesellschafter scheint dabei im Interesse einer zügigen Korrektur des Registerinhalts nicht angezeigt. Da die Berechtigung an dem Gesellschaftsanteil in ihren eigentlichen „Normalzustand“ zurückfallen würde, gibt es auch kein begründetes materielles Interesse der Mitgesellschafter an einer Einbeziehung. Bis zur Löschung müssten alle Beteiligten auch den Rechtsschein der Eintragung für und gegen sich wirken lassen. Entsprechendes sollte gelten, wenn die Parteien des Grundverhältnisses die wirtschaftliche Berechtigung aufheben wollen, ohne dass das Grundverhältnis untergeht.

b) Bei Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung an einem GmbH-Geschäftsanteil in die Gesellschaftsliste

Schwieriger fällt die Einordnung des wirtschaftlich Berechtigten in das der Gesellschaftsliste zugrunde liegende System der Registerkontrolle. Das Niveau der Registerkontrolle ist hier ab-

¹¹⁹⁴ Vgl. B. II. 1. b).

¹¹⁹⁵ Siehe B. II. 2. a), c).

hängig davon, ob nach § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG i.V.m. § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG eine Notarzuständigkeit für die Eintragung besteht.¹¹⁹⁶ Zwar dürfte sich auch bei einer Geschäftsführerzuständigkeit das Risiko von Falscheintragungen angesichts des Zustimmungserfordernisses und der nicht allzu schwierigen Beurteilung, ob ein geeignetes Grundverhältnis vorliegt, in Grenzen halten. Gleichwohl sollte im Zuge der Einführung wirtschaftlicher Berechtigung versucht werden, diese einer bestmöglichen registerrechtlichen Richtigkeitsgewähr zu unterwerfen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass sämtliche Wirkungen der wirtschaftlichen Berechtigung von ihrer Eintragung abhängig sein sollen, womit dem Privatregisterrecht eine zentrale Funktion für die privatrechtliche Anerkennung wirtschaftlicher Berechtigung zukäme. Hinzu kommt, dass bei einer Geschäftsführerzuständigkeit ein zeitliches Auseinanderfallen zwischen dem Wirksamwerden der Abbildung wirtschaftlicher Berechtigung im Gesellschafterregister zu befürchten wäre, weil die Geschäftsführung immer erst auf Mitteilung und Nachweis der an der Veränderung einer Rechtstatsache Beteiligten tätig wird.¹¹⁹⁷

Ob das der wirtschaftlichen Berechtigung zugrunde liegende Rechtsinstitut selbst einer notariellen Beurkundungspflicht nach § 15 Abs. 3, 4 GmbHG unterliegt, wird de lege lata uneinheitlich bewertet.¹¹⁹⁸ Da eine solche jedenfalls nicht für alle Rechtsinstitute angenommen werden kann, kann die Herstellung wirtschaftlicher Berechtigung nicht allgemein in die Begründung des jeweiligen Rechtsinstituts wirtschaftlicher Teilhabe an dem Gesellschaftsanteil eingebunden werden, um eine notarielle Mitwirkung im Sinne des § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG i.V.m. § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG sicherzustellen.

Insofern wäre eine gesetzliche Klarstellung in der einzuführenden Bestimmung über wirtschaftliche Berechtigung sinnvoll, wonach das Grundverhältnis in Anwendung der Formvorschrift des § 15 Abs. 4 GmbHG zustande gekommen sein muss. Wollen etwa Treugeber und Gesellschafter also eine wirtschaftliche Berechtigung des Treugebers begründen, wäre hiernach erforderlich, dass das Treuhandverhältnis selbst notariell beurkundet wird.

Ein anderer Ansatz bestünde darin, eine separate Mitwirkungspflicht eines Notars als Eintragungsvoraussetzung anzuordnen, indem bestimmt wird, dass das Vorliegen aller übrigen Eintragungsvoraussetzungen notariell bestätigt werden muss. Damit würde auch der bereits teilweise vertretenen Wertung in der Literatur entsprochen werden, wonach eine „qualifizierte“ mittelbare wirtschaftliche Teilhabe schon angesichts der Verwaltungsbefugnisse des Hintermanns der notariellen Form bedürfe.¹¹⁹⁹ Der Notar wüsste sofort, dass eine Veränderung in der

¹¹⁹⁶ Siehe insbesondere B. III. 4., wonach zudem nicht ausschlaggebend ist, ob die Rechtstatsache für die Publizitätswirkung oder „nur“ die „Binnenpublizität“ der Gesellschafterliste relevant ist.

¹¹⁹⁷ Siehe B. III. 1. c).

¹¹⁹⁸ Vgl. Kapitel 3 B. I. 3. (zum Nießbrauch) II. 3. (zur Treuhand), III. 3. (zur Unterbeteiligung), VII. 3.

¹¹⁹⁹ Vgl. hierzu die Ausführungen in Kapitel 3 B. II. 3.

Person des Gesellschafters im Sinne des § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG stattgefunden hat, an der er mitgewirkt hat, wodurch er unzweifelhaft nach § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG i.V.m. § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG zuständig wäre und die bei mittelbaren Mitwirkungen bestehenden Zuständigkeitsfragen vermieden würden.¹²⁰⁰

Für eine Löschung der Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung sollte eine Erklärung von Gesellschafter und wirtschaftlich Berechtigten gegenüber der Geschäftsführung ausreichend sein, die dann eine neue Gesellschafterliste einzureichen hätten. Weitere Nachweise oder Erklärungen anderer Personen, etwa der Mitgesellschafter, sollten ebenso wenig erforderlich sein wie die Mitwirkung eines Notars, da eine Rückkehr zu der „gewöhnlichen“ Ausgestaltung des Gesellschaftsverhältnisses jederzeit möglich sein sollte. Gute Argumente lassen sich aber auch für ein weiteres notarielles Mitwirkungsgebot finden. So könnte etwa angeführt werden, dass die Löschung als *actus contrarius* der Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung einer Mitwirkungspflicht unterliegt. Für eine Notarzuständigkeit für die Löschung könnte die Warnfunktion der notariellen Beurkundung sprechen, da sich die Rechte und Pflichten der Beteiligten im Rechtsverkehr mit der Löschung verändern würden. Allerdings würden solche Anforderungen einen erhöhten Aufwand und zusätzliche Kosten bedeuten. Sollte in der Entstehung wirtschaftlicher Berechtigung stets eine Änderung im Sinne des § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG erkannt werden, müsste dies auch für deren Beendigung gelten, womit an einer notariellen Mitwirkung nach diesem Verständnis wohl kein Weg vorbeiführen dürfte. Bis zum Vollzug der Löschung würde der Rechtsschein der Gesellschafterliste fortbestehen. Auf die Möglichkeit eines Widerspruchs gegen eine hinsichtlich des Bestehens wirtschaftlicher Berechtigung falschen Registerlage wurde bereits eingegangen.¹²⁰¹

9. Gegenüberstellung mit der von *Ulmer* entwickelten Lehre einer Doppelzuständigkeit am Gesellschaftsanteil infolge „qualifizierter“ wirtschaftlicher Teilhaberrechte eines Dritten

a) Parallelen und Unterschiede

Unbestreitbar weist das vorgestellte Konzept einer wirtschaftlichen Berechtigung im Privatregisterrecht Parallelen zu der von *Ulmer* entwickelten Lehre von der Doppelzuständigkeit am Gesellschaftsanteil auf.¹²⁰² Hier wie dort sollen „qualifizierte“ Teilhaberrechte an einem Gesellschaftsanteil unabhängig von dem hierzu befähigenden Rechtsinstitut zulässig sein und zu einer verdinglichten Rechtsgemeinschaft zwischen Gesellschafter und Teilhaber führen, die die gesellschaftlichen Verwaltungsbefugnisse mit Wirkung für den jeweils anderen wahrnehmen

¹²⁰⁰ Vgl. B. III. 1. d).

¹²⁰¹ Siehe 4. b) bb).

¹²⁰² Siehe hierzu die Ausführungen in Kapitel 3 B. VI. sowie die Verweise in Fußnote 803.

können und gemeinsam in die gesellschaftlichen Pflichten einbezogen werden sollen. Der entscheidende Unterschied besteht darin, dass *Ulmer* diese Rechtsgemeinschaft nicht als eigenständige Rechtsfigur versteht, deren Rechtsnatur und Wirkungen *über* das Privatregisterrecht gewürdigt werden könnten.¹²⁰³ Die von ihm geforderte Angleichung im Umgang mit den verschiedenen mittelbaren wirtschaftlichen Teilhaberrechten an Gesellschaftsunternehmen¹²⁰⁴ soll sich nicht in den Privatrechtsregistern widerspiegeln. *Ulmer* argumentierte für eine Eintragungspflicht eines Nießbrauchs an Gesellschaftsanteilen¹²⁰⁵ sowie der „qualifizierten“ Treuhand an OHG-Anteilen.¹²⁰⁶ Für die „qualifizierte“ Treuhand an einem GmbH-Gesellschaftsanteil zieht er demgegenüber eine Registeröffentlichkeit nicht ernsthaft in Betracht, was er mit den einer Offenlegung zuwiderlaufender Interessen der Beteiligten der Rechtsgemeinschaft begründet.¹²⁰⁷ Auch die Eintragung „qualifizierter“ Unterbeteiligungsverhältnisse wird von ihm nicht in Erwägung gezogen.¹²⁰⁸

Diese Wertungen lassen sich zwar mit verschiedenen Erwägungen begründen. So bestand vor Einführung des Transparenzregisters eine abweichende Interessenlage hinsichtlich der Offenlegung mittelbarer wirtschaftlicher Teilhabeformen. Auch fehlte eine Publizitätswirkung der Gesellschafterliste. Zudem kann jedenfalls mit Blick auf die Unterbeteiligung die einer Eintragung entgegenstehende Rechtsnatur angeführt werden. Gleichwohl drückt sich hierin die Schwäche des von *Ulmer* vorgesehenen Ansatzes für das von ihm verfolgte Ziel aus, was das Konzept angreifbar macht. Neben der unerreichten Gleichbehandlung der verschiedenen mittelbaren wirtschaftlichen Beteiligungsformen an den Unternehmen der einschlägigen Gesellschaftsformen im Privatregisterrecht und damit gegenüber der Privatregisteröffentlichkeit, würdigt die Lehre von der Doppelzuständigkeit vor allem den dinglichen Charakter der Rechtsgemeinschaft, der dem Gesellschaftsanteil faktisch anhaften würde, nicht ausreichend. Dies ist auch Schwerpunkt der insoweit berechtigten Kritik von *Tebben*.¹²⁰⁹

¹²⁰³ *Ulmer*, in: Staub, HGB, 4. Aufl., § 105 Rn. 102.

¹²⁰⁴ *Ulmer*, FS Odersky 1996, 873 (879 f., 895).

¹²⁰⁵ Für OHG-Gesellschaftsanteile: *Ulmer*, FS Fleck 1988, 383 (396), wobei er davon ausging, dass eine „qualifizierte“ Ausgestaltung bereits dem gesetzlichen Grundkonzept des Nießbrauchs an Gesellschaftsanteilen entspreche, womit i.d.R. eine Eintragungspflicht bestehe, siehe Fußnote 902.

¹²⁰⁶ *Ulmer*, in: Staub, HGB, 4. Aufl., § 105 Rn. 102.

¹²⁰⁷ *Ulmer*, ZHR 156 (1992), 377 (390 f.); *ders.*, FS Odersky 1996, 873 (894), noch vor der Ausstattung der Gesellschafterliste mit Publizität im Rahmen der Beurteilung einer in das Handelsregister nach §§ 8 Abs.1 Nr. 1, 54 Abs.1 S. 1 GmbHG a.F. zu erfolgenden Eintragung.

¹²⁰⁸ Vgl. *Ulmer*, in: Staub, HGB, 4. Aufl., § 105 Rn. 113.

¹²⁰⁹ Siehe auch hierzu Kapitel 3 B. VI.

b) Überwindung der Schwächen der Lehre von der Doppelzuständigkeit durch eine angemessene privatrechtsrechtliche Würdigung wirtschaftlicher Berechtigung

Nach dem hier vorgeschlagenen Konzept wird nicht in Abrede gestellt, dass die Rechtsgemeinschaft auch über das Verbandsverhältnis hinausgehende Wirkungen im Außenverhältnis hätte. Stattdessen werden Voraussetzungen für die Entstehung der Rechtsgemeinschaft formuliert, die diesen Wirkungen entsprächen. Mit der Schaffung einer Eintragungsgrundlage würde dem Einwand eines Verstoßes gegen den *numerus clausus* des Sachenrechts der Boden entzogen.¹²¹⁰ In der Eintragung in Handelsregister beziehungsweise Gesellschafterliste läge der für die Begründung einer dinglichen Wirkung der Rechtsgemeinschaft zwischen wirtschaftlich Berechtigten und Gesellschafter sowie deren Einbeziehung in den Privatrechtsverkehr erforderliche Publizitätsakt. Dass aus teleologischer Perspektive der Begründung „qualifizierter“ Befugnisse des wirtschaftlich Berechtigten an dem Gesellschaftsanteil in der vorgeschlagenen Form keine durchschlagenden Einwände entgegenstehen, wurde bereits in aller Ausführlichkeit behandelt.¹²¹¹

c) Das nur eingeschränkte Geheimhaltungsbedürfnis wirtschaftlicher Teilhaberrechte infolge einer faktischen Offenlegung im Transparenzregister

Mit der Einführung des Transparenzregisters kann zudem die Wertung, dass die über Treuhand- oder Unterbeteiligungsverhältnisse an einem Gesellschaftsanteil beteiligten Personen stets ein Geheimhaltungsinteresse haben, das einer Eintragungsmöglichkeit, die auch in ihrem Sinne bestehen sollte, entgegenstünde, nicht mehr in dieser Pauschalität aufrechterhalten werden. So begründet eine „qualifizierte“ Ausgestaltung, sofern der Gesellschaftsanteil eine ausreichende Beteiligung ausdrückt, nunmehr eine Pflicht zur Offenlegung von Nießbrauchs-, Treuhand- und Unterbeteiligungsverhältnissen an Gesellschaftsanteilen im Transparenzregister.¹²¹² Es ist interessengerecht, den Beteiligten im Zuge dieser faktischen Transparenz ihrer Rechtsbeziehung auch eine angemessene privatrechtsrechtliche Würdigung über eine Offenlegung im Privatrechtsregister zu ermöglichen. Dies gilt umso mehr, als dass nach dem hier vorgestellten Konzept „qualifizierte“ Gestaltungen, die trotz bestehender Meldepflicht gegenüber dem Transparenzregister verdeckt bleiben, weil sie gerade aufgrund ihrer fehlenden Registeröffentlichkeit nicht nach außen treten, aus der Rechtslandschaft verbannt werden sollen.

¹²¹⁰ Vgl. 7. a).

¹²¹¹ Siehe Kapitel 3 B. II. 6. a) bb) (zur Treuhand), III. 6. c) bb) (zur Unterbeteiligung), VII. 4.

¹²¹² Siehe hierzu Kapitel 1 C. VI. 3.

d) Fazit

Dem von *Ulmer* entwickelten Konzept „qualifizierter“ Teilhaberrechte an Gesellschaftsanteilen standen die Grenzen und Schranken entgegen, die die Rechtsordnung in Ansehung des Bedürfnisses nach Rechtssicherheit und Transparenz im Rechtsverkehr vor allem über das Privatregisterrecht setzt. Das Konzept stand im Konflikt mit dem Normierungs- und Publizitätsgebot dinglich wirkender Berechtigungen sowie später mit § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG.¹²¹³ Nach dem hier vorgeschlagenen Konzept soll das Privatregisterrecht demgegenüber an dem Ausbau „qualifizierter“ wirtschaftlicher Teilhaberrechte mitwirken und zugleich für Transparenz und Rechtssicherheit sorgen. Dies soll gelingen, indem die zulasten des Rechtsverkehrs gehende Aushöhlung von Gesellschaftsanteilen zugunsten geheimbleibender Dritter verhindert wird und die Unterschiede in der Handhabung der verschiedenen Teilhaberrechte in für die Privatregisteröffentlichkeit relevanten Fragen überwunden werden.

10. Keine Erweiterung des vorgeschlagenen Konzepts im Sinne einer über das Aktienregister auszuweisenden wirtschaftlichen Berechtigung an Namensaktien

a) Wirtschaftliche Berechtigung an einer Namensaktie als an der „Binnenpublizität“ des Aktienregisters teilnehmende Rechtstatsache

An einer Namensaktie kann de lege lata keine Rechtsposition bestehen, die im Sinne einer „qualifizierten“ wirtschaftlichen Teilhabe als Erscheinungsform privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung erkannt werden könnte.¹²¹⁴ Da nach dem vorgesehenen Konzept aber auch für die GmbH eine Erweiterung zulässiger „qualifizierter“ Ausgestaltungen für die Rechtsinstitute Treuhand und Unterbeteiligung an einem Gesellschaftsanteil befürwortet wird, könnte erwogen werden, auch für die Zulässigkeit wirtschaftlicher Berechtigung an einer Namensaktie einzutreten.

Die privatrechtlichen Wirkungen des Aktienregisters beschränken sich gemäß § 67 Abs. 2 AktG auf die Herstellung von „Binnenpublizität“.¹²¹⁵ Mangels „echter“ Publizitätswirkung könnten sich die privatrechtlichen Wirkungen einer Eintragung folglich ausschließlich auf das Verbandsverhältnis zur Gesellschaft beziehen. Hierfür kämen grundsätzlich dieselben Wirkungen in Betracht, wie sie für die GmbH vorgeschlagen werden.¹²¹⁶

¹²¹³ Vgl. Kapitel 3 B. II. 6. a) bb), III. 6. c) bb), VI.

¹²¹⁴ Siehe Kapitel 3 B. I. 6. a) (zum Nießbrauch), II. 6. a) bb) (zur Treuhand), III. 6. c) bb) (zur Unterbeteiligung).

¹²¹⁵ Siehe Kapitel 3 A. III. 1. c).

¹²¹⁶ Siehe hierzu bei 3.

b) Die fehlenden Mechanismen der Richtigkeitsgewähr des Aktienregisters

Mit der fehlenden Außenwirkung des Aktienregisters entfällt der gesetzgeberischen Wertung zufolge das Bedürfnis, die Eintragungen einer hoheitlichen registerrechtlichen Richtigkeits- und Vollständigkeitskontrolle zu unterziehen. Das Aktienregister wird von spezialisierten Dienstleistungsunternehmen wie der Deutsche Börse Systems AG oder der Registrar Services GmbH geführt¹²¹⁷ und ausschließlich der Vorstand der AG überprüft die einzutragenden Rechtstatsachen.¹²¹⁸ Angesichts der mit der Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung einhergehenden Aufwertung der „Binnenpublizitätswirkung“ nach dem hier vorgesehenen Konzept, würde das privatreisterrechtliche Spannungsverhältnis von Rechtssicherheit und Rechtswahrheit, dem für Handelsregister und Gesellschafterliste durch Vorkehrungen materieller hoheitlicher Rechtskontrolle Rechnung getragen wird, nicht zufriedenstellend aufgelöst werden.

Diese Schwächen könnten zwar noch durch die Schaffung notarieller Mitwirkungspflichten im Rahmen der Herstellung und Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung überwunden werden. Allerdings würde sich das Recht des Aktienregisters hierdurch bereits grundlegend ändern, weshalb schwerlich von einer systemstimmigen Einpassung wirtschaftlicher Berechtigung in die bestehende Eintragungssystematik des Aktienregisters gesprochen werden könnte.

c) Der einer Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung entgegenstehende § 67 Abs. 2 AktG

In einer solchen systemfremden Neuerung des Aktienregisters würde sich indes nur ein Teilaspekt des Paradigmenwechsels ausdrücken, der für das Aktienregister bei der Umsetzung eines solchen Konzepts erforderlich wäre. Der Zweck des Aktienregisters liegt gerade darin, im Sinne der Rechtssicherheit eine unwiderlegliche Vermutung für die Zuordnung der mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten an den Aktionär gegenüber der Gesellschaft auszusprechen und damit Teilhabern an der Aktie die Einbeziehung in die innergesellschaftliche Beziehung zwischen Gesellschaft und Aktionär zu verwehren.¹²¹⁹ Vermerke, die eine Treuhand oder Unterbeteiligung an der Aktie ausweisen, sind folgerichtig unzulässig.¹²²⁰ Dass mittlerweile die Eintragung dinglicher Lasten, wie eines Nießbrauchs oder Pfandrechts¹²²¹, ebenso wie die Eintragung von Testamentsvollstreckervermerken¹²²² für zulässig erachtet wird, ändert hieran nichts. Denn die diesen Eintragungen zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse entfalten bereits ohne Eintragung

¹²¹⁷ Bayer, in: MüKo, AktG, Nachtrag ARUG II, § 67 Rn. 13.

¹²¹⁸ Grigoleit/Rachlitz, in: Grigoleit, AktG, § 67 Rn. 96 ff.

¹²¹⁹ Bayer, in: MüKo, AktG, Nachtrag ARUG II, § 67 Rn. 1.

¹²²⁰ Cahn, in: BeckOGK, AktR, § 67 AktG, Rn. 19, 32, 30.

¹²²¹ Die Eintragung soll in diesem Zusammenhang insbesondere die Rechtmäßigkeit einer Dividendenzahlung an den Nießbraucher klären und verhindern, dass die Gesellschaft das Risiko der unwirksamen Auszahlung tragen muss. Hierzu, vgl. LG Aachen, Beschluss vom 6. April 2009 – 44 T 1/09 –, RNotZ 2009, 409 (410); Cahn, in: BeckOGK, AktR, § 67 AktG Rn. 31 f.; Bayer, in: MüKo, AktG, Nachtrag ARUG II, § 67 Rn. 33.

¹²²² Bayer, in: MüKo, AktG, Nachtrag ARUG II, § 67 Rn. 34; Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, § 67 Rn. 9; str., a.A. Cahn, in: BeckOGK, AktR, § 67 AktG, Rn. 30, 32.

Rechtswirkungen gegenüber der AG, womit die Eintragung hier allein der Gewährleistung der von § 67 Abs. 2 S. 1 AktG ausgehenden Rechtssicherheit dient.¹²²³ Eine Eintragung stellt sich hier auch nicht vor dem Hintergrund eines möglichen gutgläubigen Erwerbs als problematisch dar, da das Aktienregister mangels Publizitätswirkung keinen hierfür erforderlichen Rechtschein zu bilden vermag.¹²²⁴ Die Eintragung eines wirtschaftlich Berechtigten, die diesem Rechte und Pflichten aus der Aktie gegenüber der AG zuwies, würde demgegenüber nicht in Reaktion auf die Aussage des § 67 Abs. 2 S. 1 AktG für Rechtsklarheit sorgen, sondern entgegen dieser Aussage eine Einbeziehung von Berechtigten an der Aktie in die „Binnenpublizität“ bewirken.

Eine Ungleichbehandlung gegenüber der Gesellschafterliste, für die mit § 16 Abs. 1 GmbHG eine dem § 67 Abs. 2 AktG vergleichbare und diesem sogar nachempfundene Regelung existiert, ist zunächst mit Blick auf den abweichenden Wortlaut von § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG gegenüber § 67 Abs. 2 S. 1 AktG zu rechtfertigen, der eine Öffnung für Eintragungen von an einem Gesellschaftsanteil bestehenden Rechtsverhältnissen in der Gesellschafterliste eher zulässt als im Aktienregister.¹²²⁵ Während eine Anpassung des § 67 Abs. 2 S. 1 AktG auch vor dem Hintergrund der Satzungsstrenge gemäß § 23 Abs. 5 AktG für eine Eintragungsfähigkeit wirtschaftlicher Berechtigung zwingend wäre, lässt sich das vorgeschlagene Konzept mit dem bestehenden § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG noch vereinbaren, wenngleich auch hier eine Anpassung des Gesetzeswortlaut zu empfehlen wäre.¹²²⁶

Davon abgesehen ist aber entscheidend, dass der Gesellschafterliste neben einer „Binnenpublizitätswirkung“ über § 16 Abs. 3 GmbHG auch eine Außenpublizitätswirkung zukommt, ihr alleiniger Zweck dementsprechend nicht in der Schaffung von Rechtsklarheit im Verbandsverhältnis besteht. Eine de lege ferenda erfolgende Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung an einem GmbH-Gesellschaftsanteil ändert, anders als beim Aktienregister, nicht zwangsläufig den Zweck der Gesellschafterliste, wenn hierdurch zugleich eine über die Außenwirkung der Gesellschafterliste erfolgende interessengerechte Einbeziehung des wirtschaftlich Berechtigten in den Privatrechtsverkehr erreicht werden könnte.

¹²²³ Vgl. *Bayer*, in: MüKo, AktG, Nachtrag ARUG II, § 67 Rn. 37; *Noack*, DB 1999, 1306 (1308).

¹²²⁴ *Grigoleit/Rachlitz*, in: Grigoleit, AktG, § 67 Rn. 64.

¹²²⁵ Vgl. Kapitel 3 B. II. 6. a) bb).

¹²²⁶ Vgl. 7. c).

- d) Kein zu der Rechtslage für GmbHs vergleichbares Interesse an einer Schaffung „qualifizierter“ wirtschaftlicher Teilhabepositionen im Aktienrecht

Davon abgesehen muss angesichts der regelmäßig anonymen, rein auf finanzielle Teilhabe ausgerichteten Beteiligungsstrukturen in einer AG auch bezweifelt werden, ob überhaupt ein Bedarf für die Schaffung „qualifizierter“ Berechtigungsverhältnisse nach dem Vorbild des für die GmbH und die Personenhandelsgesellschaften vorgestellten Konzepts wirtschaftlicher Berechtigung besteht.¹²²⁷ Die regelmäßige unterschiedliche Beteiligungsstruktur steht darüber hinaus einer Übertragung der bevorzugten Wirkungen wirtschaftlicher Berechtigung auf die AG in Einzelfragen entgegen. So würden kumulative Teilnahmerechte von Aktionär und wirtschaftlich Berechtigten bei Hauptversammlungen, wie nach dem vorgestellten Konzept für die Gesellschafterversammlungen in GmbH, OHG und KG bevorzugt¹²²⁸, aufgrund der regelmäßig vergleichsweise größeren Anzahl an Teilhabern einer AG zu ungleich größeren logistischen und finanziellen Herausforderungen führen.

Nach alledem sollte, in Ansehung des geltenden Rechts des Aktienregisters, von einer dieses einschließenden Eintragungsmöglichkeit wirtschaftlicher Berechtigung nach dem Vorbild des für die GmbH sowie die Personenhandelsgesellschaften vorgeschlagenen Konzepts Abstand genommen werden.

11. Bedenken an einer Erweiterung des vorgeschlagenen Konzepts im Sinne einer über das GbR-Gesellschaftsregister auszuweisenden wirtschaftlichen Berechtigung an GbR-Gesellschaftsanteilen

Mit Einführung des GbR-Gesellschaftsregisters zum 1. Januar 2024 sind nunmehr auch Gesellschaftsanteile an einer eingetragenen GbR als Registerobjekte anzusehen und kommen damit grundsätzlich als Bezugsobjekte einer wirtschaftlichen Berechtigung, wie sie nach dem hier vorgeschlagenen Konzept zu verstehen wäre, in Betracht. Hierzu, sowie zu dem Konflikt einer privatregisterrechtlich in Erscheinung tretenden wirtschaftlichen Berechtigung an einem GbR-Gesellschaftsanteil, wird auf die Ausführungen in Kapitel 3 verwiesen.¹²²⁹ Im Ergebnis ist das insoweit bestehende Interesse an Transparenz und Rechtssicherheit über die eingetragene GbR aber nicht hoch genug, als dass hiermit die Bedenken an einer privatregisterrechtlichen Ausweisung einer an sich systemfremden wirtschaftlichen Berechtigung an einem GbR-Gesellschaftsanteil überwunden werden können.

¹²²⁷ Vgl. hierzu bereits Kapitel 3 B. II. 6. a) bb).

¹²²⁸ Siehe Fußnote 1141.

¹²²⁹ Vgl. Kapitel 3 A. III. 2. b), B. IV.

Nur bei einer abweichenden Bewertung kämen für eine über die GbR-Gesellschafterliste auszuweisende wirtschaftliche Berechtigung an einem GbR-Geschäftsanteil weitgehend die Wirkungen in Betracht, die für Personenhandelsgesellschaftsanteilen beziehungsweise eine Ausweisung über das Handelsregister vorgeschlagen werden.¹²³⁰ In diesem Fall müsste aber geklärt werden, wie sich die doppelt fakultative Registeröffentlichkeit, einmal der GbR selbst¹²³¹ und einmal der wirtschaftlichen Berechtigung¹²³², auf die Zulässigkeit auswirken sollte, auch außerhalb von Registeröffentlichkeit „qualifizierte“ Verhältnisse wirtschaftlicher Teilhaberrechte Dritter zu schaffen, was nach dem für OHG, KG und GmbH vorgestellten Konzept abgelehnt wird.¹²³³ Wollte man diese Wertung für die GbR übernehmen, würde dies bedeuten, dass eine Eintragung der GbR erforderlich wäre, um derartige Berechtigungen herzustellen. Hierdurch von einem faktischen Eintragungszwang der GbR zu sprechen, wäre angesichts der weiterhin bestehenden Möglichkeit, über „einfache“ Ausgestaltungen von Nießbrauch, Treuhand und Unterbeteiligung mittelbar an dem GbR-Unternehmen teilzunehmen, zu weitgehend. Abgesehen davon entspräche es den gesetzgeberischen Motiven für die Schaffung des GbR-Gesellschaftsregisters, dass die an einer GbR Beteiligten zu Eintragungen und damit zu der Stiftung von Transparenz gedrängt werden.¹²³⁴

Allerdings ließe sich kaum überprüfen und gewährleisten, dass bei einer nicht eingetragenen GbR tatsächlich keine „qualifizierten“ mittelbaren wirtschaftlichen Teilhaberrechte Dritter vorhanden sind. Da bei fehlender Eintragung der GbR auch keine Meldepflicht gegenüber dem Transparenzregister bestünde¹²³⁵, könnte die in diesem Zusammenhang bestehende Verdunkelungsgefahr sogar erhöht werden, würde man die Möglichkeit „qualifizierter“ Teilhaberrechte an einem GbR-Anteil, von der Eintragung der GbR in das GbR-Gesellschaftsregister abhängig machen. Die Beteiligten würden vor die Wahl gestellt, entweder volle Transparenz über die (wirtschaftlichen) Berechtigungsstrukturen der GbR über GbR-Gesellschaftsregister und Transparenzregister herzustellen oder den Weg vollständig unterbleibender Registerpräsenz zu gehen.

¹²³⁰ Vgl. 3., 4.

¹²³¹ Siehe Kapitel 3 A. III. 2. b) bb).

¹²³² Fakultativ wäre nach dem hier vorgesehenen Konzept nicht die Eintragung, sondern die Herstellung wirtschaftlicher Berechtigung, vgl. 6. Aus diesem Grund würden sich aus der eintragungspflichtigen wirtschaftlichen Berechtigung auch keine zusätzlichen Probleme bei der Anwendung der § 15 Abs. 1 – 3 HGB auf das GbR-Gesellschaftsregister ergeben. Vgl. hierzu *Storz*, GWR 2020, 257 (258); *Geibel*, ZRP 2020, 137 (139); gegenüber *Bachmann*, NZG 2020, 612 (615), der § 15 Abs. 3 HGB auch auf die erstmalige Eintragung der GbR als lediglich *eintragungsfähige* Primärtatsache anwenden will.

¹²³³ Siehe 3. b) aa).

¹²³⁴ BT-Drs. 19/27635 S. 102, 128, siehe hierzu Kapitel 3 B. IV.

¹²³⁵ Siehe Kapitel 1 E. I. 2.

Sollte es tatsächlich zu einer gesetzlichen Umsetzung des vorgestellten Konzepts für OHG-, KG- und GmbH-Gesellschaftsanteile kommen, sollten diese und weitere bis dahin anzustellende Überlegungen aufgegriffen werden, um die Einbeziehung des GbR-Gesellschaftsregisters in den Kreis der für eine Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung geeigneten Privatrechtsregister bewerten zu können. Davon abgesehen ist angesichts der weiterhin für die GbR wesensgebenden fehlenden kaufmännischen Betätigung die praktische Relevanz mittelbarer wirtschaftlicher Teilhaberrechte an einer GbR im Privatrecht aber vergleichsweise niedrig.¹²³⁶

III. Bewertung der privatregisterrechtlichen Perspektive von Stiftungsdestinatären

Zwar können Destinatäre einen aus der Satzung beziehungsweise der Stiftungsverfassung abzuleitenden materiellen, durchsetzbaren Ausschüttungsanspruch gegen die Stiftung haben und überdies mit satzungsmäßigen Verwaltungsbefugnissen innerhalb der Stiftung ausgestattet sein. Obwohl die Satzung über das Stiftungsregister einzusehen sein soll, würde eine hierüber in der Destinatärsstellung angelegte wirtschaftliche Berechtigung an der Stiftung aber nicht an den privatrechtlichen Wirkungen des Stiftungsregisters teilnehmen. Das Stiftungsregister entfaltet keine Publizitätswirkung für die Satzung und damit für das Verbandsverhältnis der Stiftung.¹²³⁷

Eine sich auf das Außenverhältnis der Stiftung auswirkende Rechtsstellung von Stiftungsdestinatären, die für eine Einbeziehung in die Publizitätswirkung des Stiftungsregisters insofern erforderlich wäre, dürfte auch *de lege ferenda* nicht in Betracht kommen.

Dies gilt auch für privatnützige Stiftungen, bei der die Stiftung auch dem Stifter selbst als Destinatär dienen kann.¹²³⁸ Eine Stiftung ist dem Grundsatz „keine Stiftung für den Stifter“ entsprechend erst dann nicht anerkennungsfähig, wenn die Stiftung ausschließlich beziehungsweise weit überwiegend dem Stifter selbst dient.¹²³⁹ Zwar könnte eine nach außen gerichtete Einstandspflicht des Stifters, der zugleich Destinatär ist, als sachgerecht erwogen werden, wenn mit einer Eintragung seiner Rechtsstellung in das Stiftungsregister zugleich eine Verankerung von Mitsprachebefugnissen in der Stiftung einhergehen sollte. Jedenfalls dürfte dann das Argument entfallen, dass eine Außenhaftung von Destinatären deshalb ausscheiden muss, weil sich eine solche nicht allein aus dem Stiftungsgeschäft als einseitiger nicht empfangsbedürftiger Willenserklärung ergeben darf.¹²⁴⁰ Dies gilt jedenfalls, wenn die Registerausweisung wiederum fakultativ sein würde und damit auch von dem Willen und einer entsprechenden Erklärung

¹²³⁶ Vgl. Kapitel 3 B. IV.

¹²³⁷ Siehe hierzu A. III. 4., IV.

¹²³⁸ Zur Zulässigkeit: *Werner*, ZEV 2014, 66 (70); *Jakob/Uhl*, in: BeckOGK § 80 BGB Rn. 559. Zu der Unterscheidung zwischen privatnützigen und gemeinnützigen Stiftungen, vgl. Kapitel 1 D. I. 3. c).

¹²³⁹ Vgl. v. *Oertzen/Hosser*, ZEV 2010, 168 (170); *Jakob/Uhl*, in: BeckOGK § 80 BGB Rn. 559.

¹²⁴⁰ Deshalb kommt *de lege lata* eine Destinatärhaftung nicht in Betracht, vgl. Kapitel 3 C. II. 2.

der Destinatäre abhängig wäre. Gleichwohl wäre die Einrichtung eines Haftungsregimes, das an die Eigenschaft als Destinatär anknüpft, für das deutsche Stiftungsrecht systemfremd.

Damit Stiftungsdestinatäre mit privatrechtlichen Wirkungen in das Privatregisterrecht einbezogen werden könnten, müsste dem Stiftungsregister insofern auch für das Verbandsverhältnis der Stiftung eine Publizitätswirkung zukommen. Würden etwa die Satzungsbestimmungen an der Publizität des Stiftungsregisters teilnehmen, wäre hiervon auch die sich aus der Satzung ergebende Rechtsstellung von Stiftungsdestinatären betroffen. Die Einbeziehung der Stiftungssatzung in die Registeröffentlichkeit der Stiftung ist indes aus persönlichkeits- und datenschutzrechtlichen Gründen bereits Kritik ausgesetzt, ohne dass hiermit privatrechtliche Wirkungen einhergingen.¹²⁴¹ Insbesondere vor dem Hintergrund der Entwicklungen im Transparenzregisterrecht, für das die voraussetzungslose Einsichtnahme für die Mitglieder der Öffentlichkeit vom EuGH aus vergleichbaren Gründen für unzulässig erklärt wurde¹²⁴², muss deshalb abgewartet werden, ob die Transparenz von Stiftungssatzungen überhaupt Bestand hat, bevor über eine diese erfassende Publizität nachgedacht wird.

Ob dann eine Eintragung in das Stiftungsregister als „wirtschaftlich Berechtigte“ der Stiftung in Betracht zu ziehen wäre, etwa um Rechtssicherheiten über Bestand und Rechtsnatur eines Auszahlungsanspruchs der Destinatäre zu klären oder deren Rechtsstellung als Beteiligte der Stiftung zu verankern oder Verwaltungsbefugnisse der Destinatäre im Verbandsverhältnis auszuweisen, müsste dann auch im Lichte der für das Stiftungsregister vorgesehenen Mechanismen der Richtigkeitsgewähr bewertet werden.

¹²⁴¹ Hierzu, siehe die Ausführungen bei A. III. 3.

¹²⁴² EuGH, Urteil vom 22. November 2022 – C-37/20, 601/20, siehe hierzu Kapitel 2 B. I. 2.

D. Zusammenfassung in Thesen

- I. Wirtschaftliche Berechtigung im Transparenzregisterrecht ist weit, ungebunden und zweckorientiert zu verstehen

Die gemäß § 19 Abs. 2 GwG für die Bestimmung transparenzregisterrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung entsprechend anzuwendenden § 3 Abs. 1 – 3 GwG führen zu einem Begriffsverständnis, das einen weiten Einzugsbereich möglicher Begründungsformen und Ausprägungen wirtschaftlicher Berechtigung einschließt und nicht an formale Anforderungen gebunden ist, um dem Transparenzzweck einer möglichst effektiven Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung zu entsprechen.

Jede meldepflichtige Vereinigung im Sinne des § 20 Abs. 1 GwG beziehungsweise Rechtsgestaltungen im Sinne des § 21 GwG, wobei hiervon fast alle nicht als Einzelperson am Rechtsverkehr teilnehmenden Akteure umfasst sind, hat demnach mindestens eine Person als wirtschaftlich Berechtigten auszuweisen, unter deren *Kontrolle* sie steht. Notfalls ist in Anwendung des § 3 Abs. 2 S. GwG ein fingierter wirtschaftlich Berechtigter zu melden.

„Bezugsobjekte“ wirtschaftlicher Berechtigung sind also die meldepflichtigen Vereinigungen im Sinne des § 20 Abs. 1 GwG beziehungsweise Rechtsgestaltungen im Sinne des § 21 GwG selbst, nicht etwa von diesen gehaltene Rechte oder Sachen. Damit besteht wirtschaftliche Berechtigung im Sinne des Transparenzregisterrechts z.B. niemals an einem Grundstück, einem Unternehmen oder einem Gesellschaftsanteil.

Indem die für die Begründung wirtschaftlicher Berechtigung maßgebliche Kontrolle in dem denkbar weitesten Sinne zu verstehen ist, soll verhindert werden, dass Meldepflichtige oder wirtschaftlich Berechtigte selbst Mittel und Wege finden, formale Anforderungen zu umgehen. Formale Vorgaben sind aber, über § 19 Abs. 2 GwG, als Regelbeispiele in § 3 Abs. 2 und 3 GwG formuliert, um den Meldepflichtigen eine konkrete Bestimmung zu erleichtern. Dies betrifft in erster Linie die für Vereinigungen im Sinne des § 21 Abs. 1 GwG vorgesehenen Beteiligungsschwellen von 25 % beziehungsweise mehr als 50 % ab der zweiten Beteiligungsstufe. Doch auch außerhalb der Regelbeispiele kann stets über formlose Vereinbarungen oder sogar faktische Strukturen von Einfluss und Verantwortung wirtschaftliche Berechtigung hergestellt werden.

Dass auch abseits dieser Regelbeispiele über formlose Vereinbarungen oder sogar faktische Strukturen von Einfluss und Verantwortung wirtschaftliche Berechtigung hergestellt werden kann, macht die Bestimmung wirtschaftlicher Berechtigung anhand allgemeingültiger Kriterien schwierig. Gleichwohl nimmt der wirtschaftlich Berechtigten im Regelfall an den Erträgen /

Ausschütten des Meldepflichtigen teil („Geschäftsrisiko“) und hat in irgendeiner Form Einfluss auf ihn („Geschäftsinitiative“). Bei Meldepflichtigen im Sinne des § 19 Abs. 2 S. 2 GwG kann aber auch nur eines von beiden ausreichen, wenn es in einem hinreichenden Umfang besteht.

Aus der gebotenen zweckorientierten Auslegung des Begriffsverständnisses wirtschaftlicher Berechtigung im Transparenzregisterrecht folgt auch, dass allein natürliche Personen die letztlich Verantwortlichen beziehungsweise Profiteure einer Rechtsgemeinschaft wirtschaftlich Berechtigte im Sinne des Transparenzregisterrechts sein können und dass eine mehrheitliche staatliche Beteiligung das Bedürfnis einer Meldepflicht entfallen lässt.

Da die wesentlichen Erkenntnisse zu dem Begriffsverständnis wirtschaftlicher Berechtigung im Sinne des Transparenzregisterrechts bereits zum Abschluss von Kapitel 1 zusammengefasst wurden, wird zur Vermeidung von Wiederholungen für eine detaillierte Zusammenfassung und konkrete Verweisungen im Übrigen auf die Ausführungen dort verwiesen.¹²⁴³

II. Das Transparenzregister ist de lege lata nicht mit dem Privatrecht verknüpft

An die Eintragungen wirtschaftlicher Berechtigung im Transparenzregister sind keinerlei privatrechtliche Wirkungen geknüpft. Ob eine öffentliche, voraussetzungslose Einsichtnahme in das Transparenzregister besteht, ist in diesem Zusammenhang nicht entscheidend. Eine privatrechtliche Wirkung ist nicht daran geknüpft, dass die Eintragungen öffentlich zugänglich sind, sondern dass die dargestellte Rechtslage für die privatrechtlichen Beziehungen des ausgewiesenen Registerobjekts maßgeblich ist. Zwar wurde mit § 12 Abs. 3 S. 3 GwG n.F. ein eingeschränkter Vertrauenstatbestand für die geldwäscherechtlich Verpflichteten geschaffen, die ihren konkreten Sorgfaltspflichten regelmäßig dadurch Genüge tun, einen Abgleich der vom Vertragspartner übermittelten Informationen zu wirtschaftlicher Berechtigung mit den Informationen des Transparenzregisters vorzunehmen. Eine Publizitätswirkung gegenüber dem Rechtsverkehr oder eine privatrechtliche Wirkung für das Verbandsverhältnis meldepflichtiger Vereinigungen gehen hiermit indes nicht einher.¹²⁴⁴

Mit Wegfall der ehemaligen Meldefiktion nach § 20 Abs. 2 S. 2 GwG a.F. besteht auch keine Verknüpfung des Privatregisterrechts mit dem Transparenzregisterrecht mehr. Diese sah vor, dass eine originäre transparenzregisterrechtliche Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung nicht notwendig war, wenn sich die Informationen hierzu aus den in § 22 Abs. 1 GwG genannten Quellen des Privatregisterrechts ergaben.¹²⁴⁵ Zwar sind Eintragungen und Dokumente im Sinne des § 22 Abs. 1 GwG nach Maßgabe des § 23 GwG weiterhin über die Internetseite des

¹²⁴³ Siehe Kapitel 1 F. sowie die dort angegebenen Verweisungen auf die einschlägigen Abschnitte von Kapitel 1.

¹²⁴⁴ Vgl. die zusammenfassenden Darstellungen in Kapitel 2 B. III. sowie die dort gelieferten Verweisungen auf die einzelnen Abschnitte des Kapitels 2.

¹²⁴⁵ Vgl. die Darstellungen in Kapitel 2 D. I. sowie die Bewertung dieser Entwicklungen in Kapitel 2 E. I.

Transparenzregisters zugänglich. Die in ihnen enthaltenen Informationen sind für die Bestimmung wirtschaftlicher Berechtigung allerdings nicht länger maßgeblich, sondern dienen grundsätzlich nur noch einer Zentralisierung der mit wirtschaftlicher Berechtigung im Zusammenhang stehenden Registerinformationen und werden gemäß § 23a Abs. 3a S. 1 GwG bei festgestellten Unstimmigkeiten im Einzelfall für einen Abgleich mit der Transparenzregisterlage durch die registerführende Stelle herangezogen.¹²⁴⁶

Wenngleich Handelsregister, Gesellschafterliste, Genossenschaftsregister etc. über die für die Begründung wirtschaftlicher Berechtigung maßgeblichen Rechtsbeziehungen, Beteiligungsstrukturen und Verantwortungen Auskunft geben können, entfalten diese Eintragungen insofern keine Wirkung mehr für das Transparenzregisterrecht. Stattdessen sind die wirtschaftlich Berechtigten stets originär im Transparenzregister einzutragen. Zwar ist der Kritik an dem ehemaligen Charakter des Transparenzregisters als Sammelregister insoweit zuzustimmen, dass das Ineinandergreifen von privatrechtsregisterrechtlichen und transparenzregisterrechtlichen Eintragungen die Nachvollziehbarkeit wirtschaftlicher Berechtigung erschwerte und die Gefahr nicht nachvollziehbarer Geldflüsse und Begünstigungsstrukturen erhöhte¹²⁴⁷. Gleichwohl ist der Wegfall der Meldefiktion als Rückschritt für das „Once-Only-Prinzip“ zu bewerten, das als Leitziel für das nationale und europäische Registerrecht ausgegeben wurde.¹²⁴⁸ Statt einen durch Doppelmeldungen gesteigerten Aufwand für Meldepflichtige und Verwaltung in Kauf zu nehmen, wären auch automatisierte Abrufverfahren, wie etwa Österreich vorgesehen, denkbar gewesen, um auf das unübersichtliche Nebeneinander von Transparenzregister und Privatrechtsregistern zu reagieren.¹²⁴⁹

Zudem hat sich die Richtigkeitsgewähr der Eintragungen des Transparenzregisters durch den Wegfall der Meldefiktion verschlechtert. Denn die für die jeweiligen Privatrechtsregister und deren Eintragungen und Dokumente bestehenden Vorkehrungen der Richtigkeitsgewähr, die zur Auflösung des in privatrechtlicher Publizität angelegten Spannungsverhältnisses von Rechtswahrheit und Rechtssicherheit erforderlich werden, werden damit im Grundsatz nicht einmal mehr mittelbar für die Eintragungen des Transparenzregisters nutzbar gemacht.¹²⁵⁰

¹²⁴⁶ Siehe Kapitel 2 C. II. 2., D. II. 1., 2.

¹²⁴⁷ Vgl. Kapitel 2 D. I. 1. d), E. II.

¹²⁴⁸ Siehe die Nachweise in den Fußnoten 4, 5, 6, sowie die Ausführungen bei E.

¹²⁴⁹ Vgl. Kapitel 2 E. III.

¹²⁵⁰ Siehe hierzu noch bei These IV sowie bereits Kapitel 2 E. II. und die dort enthaltenen Verweisungen.

III. Eine im Privatregisterrecht mit privatrechtlichen Wirkungen in Erscheinung tretende wirtschaftliche Berechtigung kann in „qualifizierten“ Teilhaberrechten an fremden Gesellschaftsunternehmen erkannt werden

Eine privatrechtliche Wirkung des Transparenzregisters würde zudem voraussetzen, dass das transparenzregisterrechtliche Begriffsverständnis wirtschaftlicher Berechtigung überhaupt einen sinnvollen privatrechtlichen Anwendungsbereich hätte. Angesichts der aus geldwäscherechtlicher Perspektive gebotenen Weite dieses Begriffsverständnisses auf der einen und der differenzierten privatrechtlichen Behandlung der hierin inbegriffenen privatrechtlichen Rechtsinstitute auf der anderen Seite ist dies kaum denkbar. So findet das transparenzregisterrechtliche Bezugsobjekt des „Meldepflichtigen“ schon gar keine privatrechtliche Entsprechung, über die das Privatregisterrecht informieren könnte, geschweige denn mit einheitlichen Rechtsfolgen.¹²⁵¹ Davon abgesehen kommt es nach hier vertretener Auffassung für einen sinnvollen Anwendungsbereich einer privatrechtlich zu verstehenden wirtschaftlichen Berechtigung im Privatregisterrecht entscheidend auf ein privatrechtliches Bedürfnis für eine solche Offenlegung an. Eine privatregisterrechtliche Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung kann sich, anders als im Transparenzregisterrecht, niemals allein in der Herstellung von Transparenz „um ihrer selbst willen“ erschöpfen. Stattdessen bedarf es eines Interesses der von der Eintragung adressierten Privatregisteröffentlichkeit daran, über diese Berechtigung informiert zu werden und hieran die von der Eintragung ausgehenden privatrechtlichen Wirkungen zu knüpfen.¹²⁵² Für die sehr vielfältigen Berechtigungsformen, die zu einer wirtschaftlichen Berechtigung im Sinne des Transparenzregisterrechts führen können, ist ein solches privatrechtliches Regelungsbedürfnis nicht durchweg anzunehmen. Schon gar nicht kann eine mit Rechtsfolgen verbundene Ausweisung im Privatregisterrecht ein solches *einheitlich* erfüllen. Für die Anforderungen, die in diesem Sinne an das Begriffsverständnis privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung zu stellen sind, kann auf die (zusammenfassenden) Ausführungen in Kapitel 3 verwiesen werden.¹²⁵³

Im Ergebnis tritt nach hier vertretener Auffassung eine wirtschaftliche Berechtigung an einem privatrechtlichem Bezugsobjekt, das dem des „Meldepflichtigen“ im Transparenzregisterrecht zumindest vergleichbar ist, in „qualifiziert“ ausgestalteten Teilhaberrechten an fremden Gesellschaftsunternehmen in Erscheinung. Einschlägige Rechtsinstitute, die eine solche Teilhabe ermöglichen können, sind der Nießbrauch, die Treuhand sowie die Unterbeteiligung an einem Gesellschaftsanteil. Dabei ist nicht die Rechtsnatur ausschlaggebend für die Annahme einer

¹²⁵¹ Siehe Kapitel 3 A. II.

¹²⁵² Siehe Kapitel 3 A. III. 1. a)

¹²⁵³ Vgl. insofern die Ausführungen in Kapitel 3 A., insbesondere die Auswertung der an ein sinnvolles Begriffsverständnis zu stellenden Anforderungen in Kapitel 3 A. IX.

über bloße Teilhabe hinausgehenden Berechtigung, für deren Offenlegung ein privatrechtsrechtliches Interesse anzuerkennen ist. Zwar kann diese die Anwendung von Formvorschriften wie § 15 Abs. 3, 4 GmbHG oder insolvenzschutzrechtlicher Bestimmungen wie § 47 InsO bedingen, bewirkt aber für sich genommen keine Einbeziehung des Teilhabers in das Verbandsverhältnis der Gesellschaft, auf die es nach hier vertretener Auffassung für das Vorliegen wirtschaftlicher Berechtigung ankommt. Denn eine Einbeziehung in die Publizität oder auch „Binnenpublizitätswirkung“ eines Privatrechtsregisters erfordert stets eine über die Innenbeziehung hinausgehende beachtliche Rechtsstellung des Berechtigten an dem einschlägigen Registerobjekt, mindestens im Verbandsverhältnis zur Gesellschaft.¹²⁵⁴ Eine „einfache“ Ausgestaltung des jeweiligen Rechtsinstituts führt nach hier vertretener Auffassung deshalb nicht zu privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung des Nießbrauchers, Treugebers oder Unterbeteiligten. Eine „qualifizierte“ wirtschaftliche Teilhabe ist de lege lata indes nicht über alle genannten Rechtsinstitute zulässig. So können an Kapitalgesellschaften weder „qualifizierte“ Treuhand- noch Unterbeteiligungsverhältnisse bestehen, was jedenfalls aufgrund teleologischer und rechtspraktischer Erwägungen zu kritisieren ist. Eine etwas ausführlichere Zusammenfassung dieser Erkenntnisse und eine Begründung der Kritik an der uneinheitlichen Bewertung der Rechtsinstitute mittelbarer wirtschaftlicher Teilhabe an Gesellschaftsunternehmen hinsichtlich der Möglichkeit „qualifizierter“ Ausgestaltung, sind in Kapitel 3 enthalten, auf die auch in Bezugnahme auf die dort enthaltenen Verweisungen insofern verwiesen werden kann.¹²⁵⁵

Eine weitere Erscheinungsform privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung könnte zudem in der Rechtsstellung von Stiftungsdestinatären erkannt werden, jedenfalls, wenn diesen über eine Auslegung der Stiftungssatzung ein durchsetzbarer und einklagbarer Anspruch auf Auszahlung der Stiftungsleistungen zusteht und ihnen eine organisatorische Einflussmöglichkeit innerhalb der Stiftung zugewiesen ist. Da Destinatäre indes niemals eine für das Außenverhältnis der Stiftung beachtliche Rechtsstellung innehaben und das in der Entstehung befindliche Stiftungsregister allein hierüber mit privatrechtlichen Wirkungen informiert, kommt Stiftungsdestinatären auch künftig keine für das Privatrechtsregisterrecht beachtliche privatrechtliche wirtschaftliche Berechtigung zu.¹²⁵⁶

IV. Eine künftige Ausstrahlungswirkung transparenzregisterrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung auf das Privatrecht ist abzulehnen

Dass wirtschaftliche Berechtigung demnach ein sehr enges Begriffsverständnis erfordert, um einen sinnvollen Anwendungsbereich im Privatrecht zu beanspruchen, führt auch zu dem

¹²⁵⁴ Der in dieser Arbeit verwendete Begriff der „Binnenpublizität“ wird in Kapitel 3 A. III. 1. c) erläutert.

¹²⁵⁵ Siehe Kapitel 3 B. VII.

¹²⁵⁶ Siehe die in Kapitel 4 A. III. 4., IV, C. III. sowie die in Kapitel 3 C. III. getroffenen Feststellungen.

Schluss, dass für eine wirtschaftliche Berechtigung im Sinne des Transparenzregisterrechts de lege ferenda kein sinnvoller privatrechtlicher Anwendungsbereich erkannt werden kann. Die Einbeziehung transparenzregisterrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung in ein Privatrechtsregister ist deshalb abzulehnen.

Zwar ist das hier vertretene Verständnis einer privatrechtlichen wirtschaftlichen Berechtigung angesichts der Auslegungsweite des Wortlauts und der zugrunde gelegten terminologischen Grenzziehung nicht zwingend. Doch selbst wenn man die Anforderungen an das Begriffsverständnis privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung lockerte, müsste eine künftige privatrechtliche Ausstrahlungswirkung des Transparenzregisters auch mit Blick auf das dem Transparenzregister zugrunde liegende System der Informationsgewinnung und Richtigkeitsgewähr wirtschaftlicher Berechtigung abgelehnt werden.

Privatrechtliche Publizitätswirkungen lösen dadurch ein Spannungsverhältnis aus, dass eine Registerlage, die im Widerspruch zur Rechtswahrheit steht, Geltung gegenüber der jeweiligen Registeröffentlichkeit beansprucht, wodurch zwangsläufig die Interessen von einer falschen Registerlage betroffenen Personen verletzt werden. Dem Privatrechtsregister kommt deshalb eine gewisse Verantwortung zu, die materielle Rechtslage weitgehend richtig wiederzugeben.¹²⁵⁷ Handelsregister und Gesellschafterliste sehen hierfür im Grundsatz angemessene Mechanismen der Richtigkeitsgewähr vor, die weitgehend sicherstellen, dass die zur Eintragung gelangenden Rechtstatsachen durch eine qualifizierte, hoheitliche Instanz mit der materiellrechtlichen Rechtswahrheit korrespondieren. Einschränkend gilt dabei, dass dieses Niveau im Recht des Handelsregister nur erreicht wird, wenn der Rechtstatsache im Rechtsverkehr beachtliche Wirkungen zukommen, da dem Registergericht nur unter dieser Voraussetzung eine Prüfkompetenz in diesem Sinne eingeräumt wird.¹²⁵⁸ Für die Gesellschafterliste kann nur im Fall einer Notarzuständigkeit nach § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG i.V.m. § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG eine gegenüber dem Transparenzregisterrecht erheblich gesteigerte Richtigkeitswahrscheinlichkeit erkannt werden, da bei einer Geschäftsführerzuständigkeit nach § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG keine fachlich qualifizierte hoheitliche Prüfinstanz an dem Einreichungsvorgang beteiligt ist.¹²⁵⁹

Dem Transparenzregister fehlen vergleichbare Mechanismen weitgehend. Das von der Bundesanzeiger Verlag GmbH geführte Transparenzregister unterliegt keiner hoheitlichen Registerführung, die Informationen im Zeitpunkt ihrer Eintragungen daraufhin überprüft, ob sie die materiell-rechtliche Rechtslage abbilden. Zwar existieren Korrekturmöglichkeiten, behördliche Abstimmungspflichten und Zwangsmittel, mit denen falsche Registerlage erkannt und behoben

¹²⁵⁷ Siehe Kapitel 4 B. I.

¹²⁵⁸ Siehe Kapitel 4 B. II. 3. sowie die dort vorgesehenen Verweisungen.

¹²⁵⁹ Siehe Kapitel 4 B. III. 4. sowie die dort vorgesehenen Verweisungen.

werden sollen, die denen des Handelsregisters oder der Gesellschafterliste vergleichbar sind. Dass Rechtstatsachen aber zunächst stets „ungeprüft“ zur Eintragung gelangen, wobei die Informationen grundsätzlich lediglich die im Innenverhältnis zu den Meldepflichtigen gemachten Angaben der wirtschaftlich Berechtigten sowie der Anteilseigner spiegeln, steht jeglicher privatrechtlicher Wirkung des Transparenzregisters entgegen. Im Grundsatz ist nicht einmal eine Nachforschungs- oder Prüfungspflicht durch die Meldepflichtigen, beziehungsweise deren verantwortliches Organ, vorgesehen.¹²⁶⁰

Diese „Defizite“ der Registerkontrolle führen dazu, dass sich das Transparenzregister in seiner derzeitigen Ausgestaltung kaum dazu eignen dürfte, über die Registerfigur des wirtschaftlich Berechtigten, privatrechtliche Wirkungen herzustellen. Ohne ein angemessenes Niveau an Richtigkeitsgewähr der in ihr ausgedrückten Informationen, sollte einer Registereintragung niemals ein privatrechtlicher Gehalt zugewiesen werden. Denn die Begründung eines privatrechtlichen Vertrauenstatbestands des Transparenzregisters, ohne zugleich ein kostenaufwendiges und umfassendes Kontrollsystem in Bezug auf den Registerinhalt einzuführen, wäre angesichts der privatrechtlichen Folgen, die mit einer falschen Registerlage zwangsläufig einhergingen, nicht zu rechtfertigen. Der Gesetzgeber würde in diesem Fall seiner Verantwortung, für einen bestmöglichen Ausgleich zwischen den Interessen der Privatregisteröffentlichkeit, auf die Registerlage vertrauen zu dürfen, und dem Interesse der von einer falschen Registerlage betroffenen Person zu sorgen, nicht gerecht werden. Der bereits in der Einführung angesprochene Anspruch des Gesetzgebers, über das Privatregisterrecht verlässliche und gerechte Regeln für den Privatrechtsverkehr vorzugeben, würde ansonsten missachtet werden.¹²⁶¹ Dies gilt erst recht, wenn man beachtet, dass eine Privatperson sich allein auf den Informationsgehalt des Transparenzregisters stützen und nicht, wie Verpflichtete im Rahmen des § 12 Abs. 3 S. 3 GwG¹²⁶², diesen mit unmittelbar von den Meldepflichtigen übermittelten Informationen abgleichen könnte.

Dieses Ergebnis gilt nicht nur für die Frage nach einer gegenüber dem Privatrechtsverkehr zu schaffenden Publizitätswirkung, sondern auch für die Annahme einer an die Einsichtnahme in das Transparenzregister bestehenden privatrechtlichen Obliegenheit, unabhängig davon, für welchen Teilbereich des Privatrechts und welchen Anspruch sie bestehen würde. Die Registerlage muss auch hierfür eine, wenn auch gegenüber einer „echten“ Publizitätswirkung verminderte, Aussagekraft entfalten, die sich dadurch auswirkt, dass der Einsichtnehmende sich der Verhältnisse über die wirtschaftliche Berechtigung eines Meldepflichtigen vergewissern muss,

¹²⁶⁰ Siehe hierzu auch schon die Bewertung in Kapitel 2 E. II. und die dort vorgesehenen Verweisungen auf die entsprechenden Abschnitte von Kapitel 2 sowie die vergleichenden Darstellungen in Kapitel 4 B. II. 3., III. 4.

¹²⁶¹ Siehe Einführung A.

¹²⁶² Hierzu, siehe Kapitel 2 B. II. 2.

um eines Anspruchs nicht verlustig zu gehen. Den Effekt einer „Vergewisserung“ sollte eine Registereintragung, die keinem hinreichenden materiell-rechtlichen Kontrollniveau unterliegt, in privatrechtlicher Hinsicht allerdings niemals herbeiführen können.

Vor diesem Hintergrund kann und sollte überdies auch die Angemessenheit des geldwäscherechtlichen Vertrauenstatbestands des § 12 Abs. 3 S. 3 GwG, wonach Verpflichtete sich im Rahmen der Wahrnehmung ihrer einzelfallbezogenen Sorgfaltspflichten zur Bestimmung wirtschaftlicher Berechtigung nach § 11 Abs. 1 S. 1 GwG i.V.m. § 10 Abs. 3 GwG grundsätzlich auf die Angaben im Transparenzregister verlassen dürfen, in Zweifel gezogen werden.¹²⁶³

- V. Eine in einer „qualifizierten“ wirtschaftlichen Teilhabe an Geschäftsanteilen einer OHG, KG oder GmbH zu erkennende privatrechtliche wirtschaftliche Berechtigung könnte „als solche“ in Handelsregister und Gesellschafterliste eingetragen werden

Stattdessen wäre eine eigenständige privatregisterrechtliche Rechtsfigur wirtschaftlicher Berechtigung sinnvoll, die eine „qualifizierte“ wirtschaftliche Teilhabe des Berechtigten an dem Unternehmen einer OHG, KG oder GmbH ausdrückt, der neben dem Gesellschafter des betroffenen Anteils an dem Verbandsverhältnis teilnimmt und, im Rahmen der Anwendung des § 126 HGB sowie einer Einbeziehung in die Rechtsscheinwirkung von Handelsregister beziehungsweise Gesellschafterliste, auch für das gesellschaftliche Außenverhältnis relevant ist. De lege lata informiert das Privatregisterrecht nämlich nicht über privatrechtliche wirtschaftliche Berechtigung, sofern sie in diesem Sinne bereits zulässig ist.¹²⁶⁴ Nach hier vertretener Auffassung wäre eine in diesem Sinne ausgestaltete Rechtsfigur privatregisterrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung „als solcher“ einer Eintragung der einzelnen Rechtsinstitute vorzuziehen, insbesondere um dem praktischen Interesse nach „qualifizierten“ Ausgestaltungen von Treuhand- und die Unterbeteiligungsverhältnissen an einem GmbH-Geschäftsanteil zu entsprechen.¹²⁶⁵ Die Herstellung dieser Rechtsfigur könnte dabei von dem Willen der Beteiligten (Teilhhaber, Gesellschafter, Gesellschaft/Mitgesellschafter) abhängig sein. Ermöglicht würde eine im Privatregisterrecht ausgewiesene wirtschaftliche Berechtigung jedenfalls des Nießbrauchers, des Treuhänders sowie des Unterbeteiligten, wobei die im Innenverhältnis bestehenden Unterschiede der jeweiligen Rechtsinstitute gewahrt würden, im Außenverhältnis aber eine einheitlich wirkende Überlagerung im Sinne einer verdinglichten Rechtsgemeinschaft erfolgen würde. Zu den Erwägungen, die für die Sinnhaftigkeit einer solchen Rechtsfigur und ihren praktischen Nutzen sprechen, sowie deren konkrete Wirkungen, die insbesondere in einer alternativen

¹²⁶³ Vgl. Kapitel 2 E. II.

¹²⁶⁴ Vgl. die Zwischenergebnisse in Kapitel 4 A. I. 4., II. 4., IV. und die hierin vorgesehenen Verweisungen.

¹²⁶⁵ Siehe Kapitel 4 C. I.

Wahrnehmungsbefugnis der Verwaltungsbefugnisse, einer Einbindung in den gesellschaftlichen Pflichtenkanon sowie der Beseitigung einer künftig anzuerkennenden Rechtsscheinwirkung der Lastenfreiheit wirtschaftlicher Teilhaberrechte von Handelsregister und Gesellschafterliste bestünde, ist auf den Überblick in Kapitel 4 zu verweisen, der hier nicht wiederholt werden soll.¹²⁶⁶

VI. Die Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung würde die Bestimmung wirtschaftlicher Berechtigung im Transparenzregisterrecht in den einschlägigen Konstellationen erleichtern

Insofern könnte eine in das Privatregisterrecht einzuführende wirtschaftliche Berechtigung nach dem vorgeschlagenen Konzept umgekehrt durchaus Auswirkungen auf das Transparenzregisterrecht haben. Zwar ist seit dem Wegfall der Meldefiktion des § 20 Abs. 2 GwG a.F. ausgeschlossen, dass eine Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung in ein Privatrechtsregister unmittelbare Auswirkungen auf die Meldepflichten der §§ 20 Abs. 1, 21 Abs. 1, 2 GwG hat. Gleichwohl könnten die verlässlich mit einer privatregisterrechtlichen Eintragung verbundenen Rechtsfolgen wirtschaftlicher Berechtigung eine nicht unwesentliche Erleichterung bei der Bestimmung des transparenzregisterrechtlich wirtschaftlich Berechtigten bedeuten. Dass hauptsächlich hierin, und nicht in der zugegebenermaßen unausgereiften, aber dennoch nicht unbrauchbaren ehemaligen Meldefiktion des Transparenzregisters, dessen ursprünglich bestehendes Transparenzdefizit angelegt war, wurde bereits in Kapitel 2 angemerkt.¹²⁶⁷

Bei Umsetzung des vorgeschlagenen Konzepts stünde fest, dass in einem Rechtsinstitut mittelbarer wirtschaftlicher Teilhabe an einer OHG, KG oder GmbH nur dann eine für das Transparenzregisterrecht relevante Kontrolle im Sinne von § 19 Abs. 2 S. 1 GwG i.V.m. § 3 Abs. 1, 2 GwG des Hintermanns bestehen kann, wenn er als wirtschaftlich Berechtigter in Handelsregister oder Gesellschafterliste eingetragen wäre. Denn nur in dieser Form könnten künftig „qualifizierte“ mittelbare Teilhaberrechte bestehen, in denen eine nach hier vertretener Auffassung grundsätzlich erforderliche „Geschäftsinitiative“ des Hintermanns im Verhältnis zum Meldepflichtigen¹²⁶⁸ ausgedrückt wäre.¹²⁶⁹

Gleichzeitig würde auf die Gefahr eines Informationsdefizits über transparenzregisterrechtliche wirtschaftliche Berechtigung reagiert werden, die bei mittelbaren wirtschaftlichen Teilhaberrechten teilweise noch darin angelegt ist, dass es letztlich an dem wirtschaftlich Berechtigten

¹²⁶⁶ Siehe Kapitel 4 C. II. 1.

¹²⁶⁷ Vgl. Kapitel 2 E. III.

¹²⁶⁸ Hierzu, siehe Kapitel 1 C. VI. 2., 3.

¹²⁶⁹ Zur Begründung siehe Kapitel 4 C. II. 3. b) aa).

liegt, die Gesellschaft hierüber zu informieren.¹²⁷⁰ Durch die Pflicht zur Eintragung „qualifizierter“ mittelbarer Teilhaberrechte in Gestalt privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung könnten sich transparenzregisterrechtliche wirtschaftliche Berechtigte nicht länger im Verborgenen halten, da Meldepflichtige dann stets Kenntnis im Sinne des § 20 Abs. 3a S. 3 GwG hätten.¹²⁷¹

Zusätzlich würde die Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung an einem OHG- oder KG-Anteil im Handelsregister für Klarheit hinsichtlich des Vorhandenseins einer Kapitalbeteiligung des betroffenen Gesellschafters sorgen. Denn eine Kapitalbeteiligung des Gesellschaftsanteils soll für die Begründung wirtschaftlicher Berechtigung hieran nach dem beschriebenen Konzept zwingend erforderlich sein. Zwar wird herrschend ohnehin vertreten, dass die Komplementäre und OHG-Gesellschafter bereits aufgrund der ihnen zugewiesenen „Geschäftsinitiative“ als wirtschaftlich Berechtigte der Gesellschaft anzusehen sind, womit es auf eine zu einem „Geschäftsrisiko“ führende Kapitalbeteiligung aus transparenzregisterrechtlicher Perspektive nicht ankäme. Die Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung würde gleichwohl jedenfalls im Sinne der hier vertretenen Auffassung, wonach es regelmäßig sehr wohl auf eine solche Kapitalbeteiligung ankommen müsse, für Gewissheit sorgen.¹²⁷²

Zweifel an der transparenzregisterrechtlichen Aussagekraft der privatrechtlichen Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung könnten allerdings damit begründet werden, dass eine solche, zumindest in Einzelfällen, nur vorgenommen werden würde, um die negativen Folgen, die eine Nichteintragung für den aus dem Grundverhältnis berechtigten Hintermann haben könnten, insbesondere die Gefahr eines Rechtsverlusts, auszuschließen. Insofern könnte kritisiert werden, dass die aus privatrechtlichen Gründen gebotene Eintragung bewirke die künstliche Schaffung wirtschaftlich Berechtigter im Sinne des Transparenzregisterrechts. Ihnen werde eine zur Verteidigung ihrer Rechtsposition erforderliche Registeröffentlichkeit im Privatrecht auferlegt, durch die ihnen dann auch noch „durch die Hintertür“ eine „Geschäftsinitiative“ im Sinne des Transparenzregisterrechts zugewiesen werde, an der sie gar kein Interesse haben. Indes wurde bereits dargelegt, warum aus privatrechtlicher Perspektive gerade nicht von einem faktischen Eintragungszwang die Rede sein kann und es den Hintermännern offensteht, ohne in das Risiko einer unbilligen Benachteiligung zu geraten, von der Herstellung und Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung abzusehen.¹²⁷³ Wählen sie aber die privatrechtliche Option wirtschaftlicher Berechtigung, würde eine zusätzliche Eintragung in das Transparenzregister auch keine nennenswerten zusätzlichen Lasten mit sich bringen. Für den

¹²⁷⁰ Hierzu, siehe Kapitel 2 C. I. 2. c).

¹²⁷¹ Vgl. Kapitel 2 C. I. 2. c).

¹²⁷² Zu diesem Problemkreis, siehe die Ausführungen in Kapitel 1 C. VI. 4., 5.

¹²⁷³ Siehe zu alledem Kapitel 4 C. II. 4. b) cc).

wirtschaftlich Berechtigten sind hiermit für sich genommen keine Rechtsfolgen verbunden und die Offenlegung seiner personenbezogenen Daten wäre bereits durch die freiwillige Eintragung in dem Privatrechtsregister erfolgt. Eine zusätzliche Offenlegung im Transparenzregister wäre demnach hinzunehmen.

Auf der anderen Seite können mittelbar wirtschaftlich Teilhabende, die ein gesteigertes Geheimhaltungsinteresse hinsichtlich des zur Teilhabe berechtigenden Rechtsinstituts haben, nunmehr rechtssicher darauf vertrauen, dass auch keine transparenzregisterrechtliche Pflicht zur Offenlegung besteht, wenn sie sich gegen die privatrechtsregisterrechtliche Rechtsfigur wirtschaftlicher Berechtigung entscheiden. Dies gilt einschränkend nur, sofern nicht im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände, etwa einer besonderen Nähebeziehung zu den Gesellschaftern oder eines großen Umfangs der Gesellschaftsbeteiligung, an der das Grundverhältnis besteht, eine meldepflichtige wirtschaftliche Berechtigung anzunehmen ist.¹²⁷⁴

Eine Ausstrahlungswirkung würde auch nicht deshalb entfallen, weil wirtschaftliche Berechtigung nach dem vorgeschlagenen Konzept nicht allein natürlichen Personen vorbehalten sein soll.¹²⁷⁵ Zwar fällt es bei einer als wirtschaftlich Berechtigte an einem Gesellschaftsanteil ausgewiesenen Vereinigung nicht ganz so einfach, eine im Transparenzregister zu meldende wirtschaftliche Berechtigung, die über den betroffenen Gesellschaftsanteil vermittelt werden könnte, zu bestimmen. Hier müsste festgestellt werden, ob eine an der Vereinigung berechtigte natürliche Person mittelbar als wirtschaftlich Berechtigte an der meldepflichtigen Ausgangsvereinigung im Sinne des § 19 Abs. 2 S. 1 GwG i.V.m. § 3 Abs. 2 S. 2 – 4 GwG anzusehen ist. Allerdings würde eine Einsicht in die regelmäßig ebenfalls registeröffentlichen Beteiligungsverhältnisse der Vereinigung grundsätzlich ausreichen, die erforderlichen Informationen zu beziehen.

Sofern auch eine Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung in das GbR-Gesellschaftsregister in Erwägung gezogen wird, würde in den einschlägigen Konstellationen grundsätzlich auch eine Bestimmung meldepflichtiger wirtschaftlicher Berechtigung im Transparenzregisterrecht erleichtert werden. Dabei ist jedoch anzumerken, dass eine Verschleierungsgefahr bestehen bliebe, wenn die GbR nicht von der Eintragungsmöglichkeit in das GbR-Gesellschaftsregister

¹²⁷⁴ Zu der Maßgeblichkeit der im konkreten Einzelfall bestehenden Machtverhältnisse, vgl. Kapitel 1 C. II.

¹²⁷⁵ Zur Begründung, siehe Kapitel 4 C. II. 5. g).

Gebrauch macht, wodurch auch die Meldepflicht gegenüber dem Transparenzregister entfielen.¹²⁷⁶ Zwar dürfte in diesen Konstellationen auch eine „qualifizierte“ wirtschaftliche Teilhabe an dem Gesellschaftsunternehmen nicht zulässig sein. Es dürfte aber schwierig sein, dies praktisch sicherzustellen.¹²⁷⁷

- VII. Einer Überforderung der Registeröffentlichkeit durch ein sich unterscheidendes Verständnis von privatregisterrechtlicher und transparenzregisterrechtlicher „wirtschaftlicher Berechtigung“ könnte mit terminologischer Flexibilität begegnet werden

Dass wirtschaftliche Berechtigung im Privatregisterrecht nicht deckungsgleich wäre zu dem transparenzregisterrechtlichen Verständnis hiervon, ist dabei unproblematisch. Zum einen beansprucht das Transparenzregisterrecht den Begriff des wirtschaftlich Berechtigten nicht für sich. Die deutsche Rechtslandschaft ist durch eine Diversität der Anknüpfungspunkte und Ausgestaltungsformen wirtschaftlicher Berechtigung gekennzeichnet. Bislang fehlte dem Privatregisterrecht lediglich eine Begriffsbestimmung, was in seinem Anwendungsbereich hierunter zu verstehen ist.¹²⁷⁸ Zum anderen wird eine terminologische Verwandtschaft durch die Erleichterung, die die privatregisterrechtliche wirtschaftliche Berechtigung für die Wahrnehmung der transparenzregisterrechtlichen Meldepflichten hätte, gerechtfertigt.¹²⁷⁹

Sollten angesichts einer gleichwohl hierin erkannten terminologischen Undurchsichtigkeit durchgreifende Bedenken im Hinblick auf das vorgeschlagene Konzept geäußert werden, bestünde die Möglichkeit, die privatregisterrechtliche Figur nicht als den wirtschaftlich Berechtigten, sondern etwa den „wirtschaftlichen Gesellschafter“ auszuweisen.

Zu letztgenannter Lösung wäre insbesondere dann zu raten, wenn de lege ferenda noch andere privatrechtliche Erscheinungsformen wirtschaftlicher Berechtigung im Privatregisterrecht in Erscheinung treten könnten. Dies käme etwa in Betracht, wenn auch eine privatrechtliche Wirkung des Stiftungsregisters für das Verbandsverhältnis der Stiftung eingeführt würde, was eine Eintragung von wirtschaftlich berechtigten Destinatären mit sich bringen könnte.¹²⁸⁰ Vor allem dann, wenn eine ausdrückliche Ausweisung wirtschaftlicher Berechtigung an einem völlig anderen Bezugsobjekt, wie etwa einem Grundstück in Betracht gezogen werden sollte, was im Rahmen der *im Lichte einer Vergleichbarkeit zum Transparenzregisterrecht* vorgenommenen Begriffsentwicklung privatrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung bewusst vermieden

¹²⁷⁶ Hierzu, siehe Kapitel 1 E. I. 3.

¹²⁷⁷ Siehe Kapitel 4 C. II. 11.

¹²⁷⁸ Siehe Kapitel 3 A. I.

¹²⁷⁹ Vgl. VI.

¹²⁸⁰ Vgl. Kapitel 4 C. III.

wurde¹²⁸¹, sollte eine präzisere Terminologie gewählt werden, um die Privatregisteröffentlichkeit möglichst differenziert zu informieren.

E. Ausblick

I. Mittelfristig Beitrag zu „Once-Only-Prinzip“

Würde die ehemals in § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. vorgesehene Meldefiktion noch bestehen, würde eine Umsetzung des vorgestellten Konzepts einer privatregisterrechtlichen wirtschaftlichen Berechtigung demnach bewirken können, dass diese bei entsprechendem Umfang der Gesellschaftsbeteiligung, auf die sie sich bezöge, nicht mehr separat dem Transparenzregister mitzuteilen wäre. Auch bei einer privatrechtlichen wirtschaftlichen Berechtigung juristischer Personen würde aus der beschriebenen Möglichkeit, sich über deren Beteiligungsverhältnisse durch Einsichtnahme in die einschlägigen Register Gewissheit zu verschaffen¹²⁸², eine separate Mitteilung an das Transparenzregister in aller Regel entbehrlich.

Die Meldefiktion wurde in Reaktion auf den Wirecard-Skandal und die in diesem Zusammenhang gefundene Erkenntnis, dass die zuvor bestehende Vernetzung des Privatregisterrechts mit dem Transparenzregisterrecht zulasten der Transparenz ging, zunächst einmal aufgegeben.¹²⁸³ Gleichwohl besteht das ausdrückliche Bestreben des Gesetzgebers, künftig einen Weg der Registerverknüpfung zu schaffen, der eine einmalige Eintragung einer Rechtstatsache in einem einzelnen Register ausreichen lässt, um diese allen anderen Registern zugänglich zu machen und an dessen Wirkungen teilnehmen zu lassen, auf die sie von Einfluss ist („Once-Only-Prinzip“).¹²⁸⁴ Dieses Leitziel des Registerrechts geht auf entsprechende europarechtliche Vorgaben zurück, langfristig eine Registervernetzung auch auf europäischer Ebene im Sinne des „Once-Only-Prinzips“ zu gewährleisten, um eine Effizienz- und Transparenzsteigerung im Umgang mit europaweit angelegten Registerinformationen zu ermöglichen.¹²⁸⁵

Vor diesem Hintergrund hatten die Koalitionsfraktionen der CDU/CSU und SPD im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens zu dem Transparenzregister- und Finanzinformationsgesetz vom 25. Juni 2021 bereits den Auftrag an die Verantwortlichen der kommenden Legislaturperiode formuliert zu prüfen, inwiefern eine Verknüpfung des Datenbestands des Transparenzregister mit

¹²⁸¹ Kapitel 3 A. II.

¹²⁸² Siehe VI.

¹²⁸³ Vgl. Kapitel 2 D. I. 1. d), E. II.

¹²⁸⁴ Die Berücksichtigung dieser Zielsetzung wurde zu Recht auch bereits in dem Gesetzgebungsverfahren der jüngsten Reform des Geldwäscherechts gefordert, vgl. die Stellungnahme des Bundesrats, BT-Drs. 19/28164, S. 82, zurückgehend auf die Empfehlung der Ausschüsse, BR-Drs. 133/1/21, S. 10. Dem beipflichtend, die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 19/30443, S. 70. Siehe auch den in diesem Sinne formulierten aber durch den Bundestag abgelehnten Entschließungsantrag 1 der Fraktion der FDP, BT-Drs. 19/30443, S. 70.

¹²⁸⁵ Dies geht zurück auf eine entsprechende Ministererklärung über elektronische Behördendienste aus dem Jahr 2009. Vgl. hierzu die Ausführungen in Einführung A. sowie die Verweise in den Fußnoten 4, 5, 6.

den Privatrechtsregistern denkbar und umsetzbar wäre. Dabei sollte sich die Prüfung ausdrücklich nicht darauf beschränken, die Nutzbarkeit und gegebenenfalls automatisierte Übertragung privatrechtsregisterrechtlicher Eintragungen an das Transparenzregister zu prüfen. Auch das Potential einer Erweiterung des Eintragungsinhalts der Privatrechtsregister um die gegenwärtig allein im Transparenzregister enthaltenen Informationen zu wirtschaftlicher Berechtigung sollte untersucht werden.¹²⁸⁶ Die gegen einen solchen Ansatz sprechenden Gründe wurden bereits angeführt.¹²⁸⁷

Dass die Optimierung der Verknüpfung von Transparenzregisterrecht und Privatrechtsregisterrecht ein gesetzgeberisches Ziel bleiben muss, wurde auch durch die anderen an der Reform des Geldwäscherechts beteiligten Fraktionen formuliert. Diese beschränken sich allerdings auf die Forderung nach einer wirkungsvolleren Nutzung des Bestands privatrechtsregisterrechtlicher Informationen für das Transparenzregisterrecht.¹²⁸⁸

Bereits zuvor war im Verlaufe des Gesetzgebungsverfahrens die geplante und letztlich umgesetzte Aufgabe der ehemaligen Meldefiktion in diesem Sinne kritisiert worden.¹²⁸⁹

Das derzeit bestehende Nebeneinander transparenzregisterrechtlicher und privatrechtsregisterrechtlicher Meldepflichten mit teilweise identischem Inhalt muss deshalb als Übergangslösung verstanden werden. Mittel- bis langfristig erklärtes Ziel bleibt die Einführung eines möglichst unbürokratischen, kosten- und aufwandsarmen Systems der Registervernetzung, das eine einmalige Anmeldung einer eintragungspflichtigen Rechtstatsache ausreichen lässt, um die gegenüber anderen Registern bestehenden Eintragungspflichten entfallen zu lassen. Als Ausdruck dieses Anspruchs können die in § 20a GwG eingeführte automatisierte Übertragung von Eintragungen des Vereinsregisters¹²⁹⁰ sowie die Einbeziehung von Grundbucheintragungen zu den Grundstücksberechtigungen der Meldepflichten in das Transparenzregister nach §§ 19a f. GwG¹²⁹¹ bewertet werden.

Es kann somit auf eine optimierte Wiedereinführung einer Registerverknüpfung gehofft werden. In diesem Fall könnte das vorgeschlagene Konzept aus den aufgezeigten Gründen auch einen Beitrag zur Registervernetzung leisten.¹²⁹² Dann wäre natürlich darauf zu achten, dass

¹²⁸⁶ BT-Drs. 19/30443, S. 66 f.

¹²⁸⁷ Siehe IV.

¹²⁸⁸ Vgl. hierzu BT-Drs. 19/30443, S. 67 ff.

¹²⁸⁹ Siehe etwa die Empfehlungen der Ausschüsse des Bundesrats, BR Dr 133/1/21, S. 10; ebenso die Empfehlungen der Ausschüsse des Bundesrats im Zusammenhang mit den Plänen zu dem Gesetz zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts, die durch die Änderungen im Geldwäscherecht eingeholt wurden, vgl. BR-Drs. 143/1/21, S. 5 ff.

¹²⁹⁰ Siehe hierzu Kapitel 2 D. II. 3.

¹²⁹¹ Wenngleich diese keinen Bezug zu den wirtschaftlich Berechtigten der Meldepflichten aufweist, vgl. Kapitel 2 D. II. 4., Kapitel 3 A. II.

¹²⁹² Zur Begründung siehe These VI., wonach das Privatrechtsregisterrecht in den Konstellationen mittelbarer wirtschaftlicher Teilhabe verlässlich über transparenzregisterrechtliche wirtschaftliche Berechtigung informieren würde.

dann auch alle nach § 19 Abs. 1 GwG erforderlichen Angaben zu dem wirtschaftlich Berechtigten aus dem einschlägigen Privatrechtsregister ersichtlich wären.¹²⁹³

II. Zunehmend wirtschaftlichere Ausrichtung des Privatrechts und seiner Register

Es gibt Anzeichen dafür, dass das Privatrecht verstärkt eine wirtschaftlichere Perspektive auf eine Rechtsposition einnimmt. Dabei werden auch die über das Privatregisterrecht eröffneten Mittel und Wege genutzt, um diese Entwicklung zu ermöglichen, an der das hier vorgeschlagene Konzept einer privatregisterrechtlichen wirtschaftlichen Berechtigung teilnehmen könnte.

Als Beispiel hierfür kann die aus insolvenzschutzrechtlichen Gründen vorgesehene Ausweisung einer Treugeberstellung im Deckungs- und im Refinanzierungsregister genannt werden.¹²⁹⁴ Dass Treuhandverhältnisse sich durch eine wirtschaftliche Teilhabe des Treugebers an formal durch einen Treuhänder gehaltenen Rechtspositionen auszeichnen, wurde hinreichend erläutert.¹²⁹⁵ Dies kommt nicht zuletzt darin zum Ausdruck, dass die Treuhand eines der für das vorgeschlagene Konzept privatregisterrechtlicher wirtschaftlicher Berechtigung geeigneten Rechtsinstitute sein soll.¹²⁹⁶

Auch die zunächst gescheiterten, dabei aber durch die zuständigen Ausschüsse unterschiedlich beurteilten Bestrebungen zur Einführung eines zentralen Immobilienregisters, in dem auch die wirtschaftlich Berechtigten eines jeden Grundstücks angegeben hätten werden sollen, können als ein solches Anzeichen erkannt werden.¹²⁹⁷ Der Antrag des Landes Berlin sah indes nur die Grundzüge der Ausgestaltung eines solchen Immobilienregisters vor. Es fehlten Anforderungen und Wirkungen, die für die Eintragung wirtschaftlicher Berechtigung hätten gelten sollen. Deshalb ist unklar, wer in Bezug auf Grundstücke als wirtschaftlich Berechtigter hätte angesehen werden müssen und inwiefern privatrechtliche Wirkungen an deren Offenlegung geknüpft hätten werden sollen. Unabhängig davon kommt in diesem Vorhaben eine bislang dem streng formalen Grundbuchrecht fremde wirtschaftliche Betrachtung der an Grundstücken bestehenden Berechtigungsverhältnisse zum Ausdruck.

¹²⁹³ Zu dem im Rahmen der Meldefiktion des § 20 Abs. 2 S. 1 GwG a.F. bestehenden Problem, dass die Angaben in der Gesellschafterliste diesen Anforderungen nicht immer gerecht werden konnten, vgl. Kapitel 2 D. 2. a).

¹²⁹⁴ Dem Deckungsregister sind seit dem 26. März 2009 Angaben über die Treugeber von von der Pfandbriefbank als Treuhänder gehaltenen Deckungswerten zu entnehmen, § 5 Abs. 1a S. 4 PfandBG. Für das Refinanzierungsregister ist seit dem 1. Januar 2014 die Ausweisung von durch Refinanzierungsunternehmen als Treuhänder gehaltenen Forderungen und Grundpfandrechten vorgesehen, § 22a Abs. 1, 1a KWG i.V.m. § 22d Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 2 KWG.

¹²⁹⁵ Vgl. nur Kapitel 1 C. VI. 2., Kapitel 4 B. II. 1., 2.

¹²⁹⁶ Vgl. den Vorschlag einer entsprechenden normativen Verankerung in Kapitel 4 C. II. 5. c).

¹²⁹⁷ BR-Drs. 40/21. Der die Zustimmung verweigern Bundesrat folgte der Empfehlung des federführenden Rechtsausschusses, BR-Drs. 40/21 (B). Da sowohl der Finanzausschuss als auch der Ausschuss für Städtebau, Wohnungswesen und Raumordnung allerdings für eine Beschließung plädiert haben, könnten entsprechende Vorhaben perspektivisch durchaus noch einmal Gegenstand konkreter Gesetzesvorhaben werden.

Würde das hier vorgeschlagene Konzept einer privatregisterrechtlichen wirtschaftlichen Berechtigung zur Umsetzung gelangen, könnte hierin ein weiterer Baustein für den Weg zu einer stärkeren Einbindung wirtschaftlicher Berechtigungsverhältnisse in den über das Privatregisterrecht geregelten Privatrechtsverkehr liegen.

Literaturverzeichnis

- Ackmann*, Bernd
Reder, Lars
Geldwäscheprävention in Kreditinstituten nach Umsetzung der Dritten EG-Geldwäscherichtlinie – Teil I -, WM 2009, 158 – 167
- Altmeppen*, Holger
Inwiefern „gilt“ der Listengesellschafter als Gesellschafter?, NJW 2021, 2681 – 2688
- Altmeppen*, Holger
Kommentar zum GmbHG, 11. Auflage, München 2023
- Apfelbaum*, Sebastian
Das Merkmal der Zurechenbarkeit beim gutgläubigen Erwerb von GmbH-Anteilen, BB 2008, 2470 – 2477
- Armbrüster*, Christian
Treuhänderische GmbH-Beteiligungen (II), Rechte und Pflichten von Treuhänder und Treugeber in der Gesellschaft, GmbHR 2001, 1021 – 2032
- Articus*, Susanne
Fein, Johannes
Der zweite Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zum Stiftungsrecht, npoR 2019, 49 – 53
- Bachmann*, Gregor
Zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), NZG 2020, 612 – 619
- Bälz*, Ulrich
Treuhandkommanditist, Treuhänder der Kommanditisten und Anlegerschutz – Für eine organschaftliche Publikumstreuhand, ZGR 80, 1 – 100
- Barry*, Sebastian
Bednarz, Liane
Nießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen, RNotZ 2014, 401 – 422
Die Gesellschafterliste als Rechtsscheinträger für einen gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen, BB 2008, 1854 – 1862

- Biedenkopf**, Kurt H. Die Wiederentdeckung des Privatrechts, Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag: Europäisches Rechtsgedenken in Geschichte und Gegenwart, München 1982, Band 2, 21 – 31
- Binz**, Mark Die GmbH & Co. KG, 12. Auflage, München 2018
- Sorg**, Martin
- Blaurock**, Uwe Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen – Formen mittelbarer Teilhabe an Gesellschaftsverhältnissen, Baden-Baden 1981
- Blaurock**, Uwe Handbuch Stille Gesellschaft, 9. Auflage, Köln 2020
- Blaurock**, Uwe Unterbeteiligung an einem GmbH-Anteil in zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht (I), GmbHHR 1990, 11 – 16
- Berninger**, Axel
- Blaurock**, Uwe Der wirtschaftlich Berechtigte im Sinne des Transparenzregisters – Offenlegungspflichten für stille Beteiligungsstrukturen? NZG 2019, 413 – 417
- Pordzik**, Philipp
- Blydt-Hansen**, Kristoffer Die Rechtsstellung der Destinatäre der rechtsfähigen Stiftung Bürgerlichen Rechts, Frankfurt am Main [u.a.] 1998
- Bochmann**, Christian Zweifelsfragen des neuen Transparenzregisters, DB 2017, 1310 – 1317
- Bohrer**, Michael Fehlerquellen und gutgläubiger Erwerb im Geschäftsanteilsverkehr – Das Vertrauensschutzkonzept im Regierungsentwurf des MoMiG, DStR 2007, 995 – 1003

Bohrer , Michael	Geschäftsanteilsverkehr, Beschlussfassungskompetenz und Gesellschafterliste – Überlegungen im Anschluss an OLG München, Beschluss vom 27.5.2009, 31 Wx 38/09 – MittBayNot 2010, 17 – 22
Bode , Johannes Gätsch , Andreas	Das Transparenzregister nach dem Regierungsentwurf des Transparenzregister- und Finanzinformationsgesetzes, NZG 2021, 437 – 442
Bonin , Anna von	Die Einheits-GmbH & Co. KG in der notariellen Praxis, RNotZ 2017, 1 – 16
Böttcher , Leif	Vertraglicher Anspruch des Destinatärs auf Stiftungsleistungen kein Schenkungsversprechen, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 7. Oktober 2009 – Xa ZR 8/08 -, DnotZ 2010, 188 – 193
Brambring , Günter (Begr.) Jerschke , Hans-Ulrich (Begr.) Heckschen , Heribert (Hrsg.) Herrler , Sebastian (Hrsg.) Münch , Christof (Hrsg.)	Beck'sches Notar-Handbuch, 8. Auflage, München 2024
Breuer , Johannes	Treuhandverhältnisse im Gesellschaftsrecht, MittRhNotK 1988, 79 – 96
Brian , Ilka Frey , Tobias Krais , Jürgen	Umsetzung der Fünften Geldwäsche-Richtlinie in Deutschland, CCZ 2019, 245 – 262

Brian , Ilka	Aktuelles Geldwäscherecht – Sommernovellen in Deutschland vor Winterreformen der EU, CCZ 2021, 209 – 220
Frey , Tobias	
Krais , Jürgen	
Bundesverband Deutscher Stiftungen e.V.	Stellungnahme zum Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder, npoR 2017, 113 – 117
Burgard , Ulrich	Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, Köln 2006
Burmeister , Frank	Vom „schlechterworb'nen Gelde“ – Neuerungen im Geldwäscherecht: Verschärfungen des Geldwäschetatbestandes und der Mitteilungspflichten zum Transparenzregister, AnwBl Online 2021, 273 – 278
Uwer , Dirk	
Coing , Helmuth	Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, München 1973
Cziupka , Johannes	Zehn praktische Hinweise zur neuen Gesellschafterlistenverordnung, GmbHR 2018, R180 – R183
Damm , Matthias	Die GmbH-Gesellschafterliste acht Jahre nach dem MoMiG, BWNotZ 2017, 2 – 14
Diergarten , Achim	Geldwäsche: Kommentar zum GwG und den einschlägigen Vorschriften des KWG, VAG, ZAG, Stuttgart 2019
Fraulob , Ulrich	
Dierlamm , Alfred	Das Transparenzregister – eine Zwischenbilanz, WPg 2019, 43 – 48
Weissinger , Thomas	

Drescher , Ingo (Hrsg.)	Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1, 6. Auflage, München 2025
Fleischer , Holger (Hrsg.)	
Schmidt , Karsten (Hrsg./Red.)	
Ebenroth , Karlheinz (Begr.)	Handelsgesetzbuch, Band 1, 5. Auflage, München 2024
Boujong , Carsten Thomas (Begr.)	
Joost , Detlev (Begr.)	
Strohn , Lutz (Hrsg.)	
Poelzig , Dörte (Hrsg.)	
Sander , Volker (Hrsg.)	
Eden , Siegfried	Treuhandenschaft an Unternehmen und Unternehmensanteilen, 3. Auflage, Berlin 2007
Emmerich , Volker (Hrsg.)	Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Kommentar, 10. Auflage, München 2022
Habersack , Mathias (Hrsg.)	
Schürnbrand , Jan (Hrsg.)	
Erman , Walter (Begr.)	Bürgerliches Gesetzbuch, 17. Auflage, Köln 2023
Westermann , Harm Peter (Hrsg.)	
Grunewald , Barbara (Hrsg.)	
Maier-Reimer , Georg (Hrsg.)	
Eschwey , Claudius (Hrsg.)	Beck'scher Online-Kommentar zur BNotO, 12. Edition, Stand: 1. August 2025
Feick , Martin	Kurskorrektur bei der Stiftungsreform – Gibt es noch ein Happy End?, NZG 2021, 525 – 533
Schwalm , Julian	
Fisch , Markus	Das neue Transparenzregister und seine Auswirkungen auf die Praxis, NZG 2017, 408 – 411

<i>Fleischer</i> , Holger (Hrsg.) <i>Goette</i> , Wulf (Hrsg.)	Münchener Kommentar zum GmbHG, Band 1, 5. Auflage, München 2025
<i>Fleischer</i> , Holger (Hrsg.) <i>Goette</i> , Wulf (Hrsg.)	Münchener Kommentar zum GmbHG, Band 2, 4. Auflage, München 2023
<i>Frank</i> , Johann	Der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen, MittBayNot 2010, 96 – 104
<i>Frey</i> , Tobias	Fünfte Geldwäsche-Richtlinie – Auswirkungen in Deutschland, CCZ 2018, 170 – 178
<i>Frey</i> , Tobias (Hrsg.) <i>Pelz</i> , Christian (Hrsg.)	Beck'scher Online-Kommentar zum GWG, 7. Edition, Stand: 1. Juni 2021
<i>Frey</i> , Tobias (Hrsg.) <i>Pelz</i> , Christian (Hrsg.)	Beck'scher Online-Kommentar zum GWG, 23. Edition, Stand: 1. September 2025
<i>Fridgen</i> , Alexander (Hrsg.) <i>Geiwitz</i> , Arndt (Hrsg.) <i>Göpfert</i> , Burkard (Hrsg.)	Beck'scher Online-Kommentar zum Insolvenzrecht, 40. Edition, Stand: 1. August 2025
<i>Friese</i> , Arne <i>Brehm</i> , Christian	Das neue Transparenzregister: Effektiver Kampf gegen Geldwäsche oder Bürokratie-Monstrum? GWR 2017, 271 – 274
<i>Flume</i> , Werner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Band / Erster Teil – Die Personengesellschaft, Berlin 1977

Foerster , Max	Die Zuordnung der Mitgliedschaft, Tübingen 2018
Gehrlein , Markus	Der Konsortialkredit als Modell einer Innengesellschaft, DStR 1994, 1314 – 1318
Geibel , Stefan J.	Treuhand als Gesellschaftsrecht, Tübingen 2008
Geibel , Stefan J.	Mauracher Entwurf zum Personengesellschaftsrecht – Ein Gesetzgebungs-vorschlag mit gewissen Widersprüchen, ZRP 2020, 137 – 140
Geibel , Stefan J. (Hrsg.)	beck-online.Großkommentar zum BGB, § 719, Stand: 15. Dezember 2020
Geibel , Stefan J. (Hrsg.)	beck-online.Großkommentar zum BGB, § 85, Stand: 1. Februar 2021
Geibel , Stefan J. (Hrsg.)	beck-online.Großkommentar zum BGB, § 80, Stand: 1. Juli 2022
Geibel , Stefan J.	Datenschutz vs. Registertransparenz, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 22.11.2022 – C-37/20, C-601/20 - WM beziehungsweise Sovim SA ./ Luxembourg Business Registers – GPR 2023, 11 – 18
Gierke , Julius von	Das Handelsunternehmen, ZHR 111 (1948), 1 – 17
Goette , Maximilian	Die Reform des Transparenzregister- und Finanzinformationsgesetzes – Erhebliche Ausweitung der Mitteilungspflichten für ca. 1,9 Mio. Unternehmen in Deutschland, DStR 2021, 1551 – 1558
Goette , Wulf (Hrsg.) Habersack , Matthias (Hrsg.)	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, 6. Auflage, München 2024

Kalss, Susanne (Hrsg.)

Goette, Wulf (Hrsg.)

Habersack, Matthias (Hrsg.)

Kalss, Susanne (Hrsg.)

Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 5, 6. Auflage,
München 2023

Goette, Wulf (Hrsg.)

Habersack, Matthias (Hrsg.)

Kalss, Susanne (Hrsg.)

Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Nachtrag infolge des
ARUG II, Band 1a / 2a, 5. Auflage, München 2021

Gollan, Katharina

Richter, Andreas

Der Referentenentwurf zur Stiftungsrechtsreform – So nicht,
bitte!, npoR 2021, 29 – 34

Götze, Cornelius

Bressler, Stefan

Praxisfragen der Gesellschafterliste und des gutgläubigen Erwerbs
von Geschäftsanteilen nach dem MoMiG, NZG 2007, 894 – 899

Grage, Katja

Ausgewählte Aspekte der Verwaltungstreuhand an Geschäftsantei-
len, RNotZ 2005, 251 – 276

Grigoleit, Hans Christoph (Hrsg.)

Aktiengesetz, 2. Auflage, München 2020

Grüneberg, Christian (Bearb.)

Ellenberger, Jürgen (Bearb.)

Götz, Isabell (Bearb.)

[u.a.]

Bürgerliches Gesetzbuch, 84. Auflage, München 2025

Gummert, Hans (Hrsg.)

Schäfer, Carsten (Hrsg.)

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1, 6. Auflage,
München 2024

<i>Gummert</i> , Hans (Hrsg.) <i>Schäfer</i> , Carsten	Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 2, 6. Auflage, München 2024
<i>Haas</i> , Ulrich <i>Oechsler</i> , Jürgen	Missbrauch, Cash Pool und gutgläubiger Erwerb nach dem MoMiG, NZG 2006, 806 – 813
<i>Habersack</i> , Mathias (Hrsg.) <i>Casper</i> , Matthias (Hrsg.) <i>Löbbe</i> , Marc (Hrsg.)	GmbHG, Großkommentar, Band 1, 4. Auflage, Tübingen 2025
<i>Habersack</i> , Mathias (Hrsg.) <i>Casper</i> , Matthias (Hrsg.) <i>Löbbe</i> , Marc (Hrsg.)	GmbHG, Großkommentar, Band 2, 3. Auflage, Tübingen 2020
<i>Hahne</i> , Meo-Micaela (Hrsg.) <i>Schlögel</i> , Jürgen (Hrsg.) <i>Schlünder</i> , Rolf (Hrsg.)	Beck'scher Online-Kommentar zum FamFG, 55. Edition, Stand: 1. September 2025
<i>Handelsrechtsausschuss des DAV</i>	Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), NZG 2007, 211 – 223
<i>Harbarth</i> , Stephan	Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen nach dem MoMiG-RegE, ZIP 2008, 57 – 64
<i>Hasselmann</i> , Cord-Georg	Die GmbH-Reform ist durch!, AnwBl 2008, 659 – 666

Hasselmann , Cord-Georg	Die Gesellschafterliste nach § 40 GmbHG: Inhalt und Zuständigkeit, NZG 2009, 449 – 456
Hasselmann , Cord-Georg	Die Zuordnung des Widerspruchs zur Gesellschafterliste, NZG 2010, 207 – 210
Hau , Wolfgang (Hrsg.) Poseck , Roman (Hrsg.)	Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 75. Edition, Stand 1. August 2025
Häublein , Martin (Hrsg.) Hoffmann-Theinert , Roland (Hrsg.) Poll , Jens	Beck'scher Online-Kommentar zum HGB, 47. Edition, Stand: 1. Juli 2025
Hauck , Ronny	Nießbrauch an Rechten, Tübingen 2002
Haußleiter , Martin (Hrsg.)	Kommentar zum FamFG, 2. Auflage, München 2017
Henssler , Martin	Treuhandgeschäft - Dogmatik und Wirklichkeit, AcP 196 (1996), 37 – 87
Henssler , Martin	Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, München 2018
Henssler , Martin (Hrsg.) Strohn , Lutz (Hrsg.)	Gesellschaftsrecht, 5. Auflage, München 2021
Henssler , Martin (Hrsg.) Strohn , Lutz (Hrsg.)	Gesellschaftsrecht, 6. Auflage, München 2024

Herzog , Felix	Geldwäschegesetz, 4. Auflage, München 2020
Herzog , Felix	Geldwäschegesetz, 5. Auflage, München 2023
Heß , Christian Laschewski , Christian	Transparenzregister und Kommanditgesellschaften, Umfang der Meldepflichten im Bereich KG und Co. KG mit Blick auf die neueren Hinweise des BVA und die Fiktion des § 20 Abs. 2 S. 1 GwG, DStR 2019, 2151 – 2154
Heuermann , Bernd (Hrsg.) Brandis , Peter (Hrsg.)	Ertragssteuerrecht, Band 2, 177. EL, München Juni 2025
Hille , Cornelius Bauerfeind , Tobias	Der wirtschaftlich Berechtigte in der GmbH & Co. KG, Anmerkung zu OVG Münster, Urteil vom 23. Juni 2023 – 4 B 352/22 –, GWR 2023, 245
Hopt , Klaus J. (Bearb.) [u.a.]	Handelsgesetzbuch, 44. Auflage, München 2025
Ihrig , Hans-Christoph Wandt , Andre P.H.	Die Stiftung im Konzernverbund, Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag, München 2010, 387 – 404
Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts	Nießbrauch an einem Personengesellschaftsanteil (Kommanditbeteiligung); Eintragung im Handelsregister, DNotI-Report 24/1999, 194 – 195

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts	GmbHG § 40 Abs. 2 – Einreichung einer Gesellschafterliste durch den Notar; Prüfungspflicht des Notars; fehlerhafte vorangehende Gesellschafterliste; Grundsatz der Voreintragung; eingeschränkte Notarbescheinigung, DNotI-Report 7/2010, 53 – 58
Ising, Peter	Anmerkung zu OLG Hamm, Beschluss vom 1. 12. 2009 - 15 W 304/09 -, DNotZ 2010, 214 – 218
Ising, Peter	Anmerkung zu OLG Hamm, Beschluss vom 2. 11. 2011 - 27 W 100/11 -, DNotZ 2012, 382 – 388
Jakob, Dominique	Schutz der Stiftung, Tübingen 2006
Jauernig, Othmar (Begr.) Stürner, Rolf (Hrsg.)	Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 19. Auflage, München 2023
Jocher, Martin	Treuhandvereinbarungen über GmbH-Geschäftsanteile Änderungsbedarf bei der bisherigen Gestaltung durch das MoMiG?, BWNotZ 2009, 190 – 193
John, David	(Erneute) Novellierung des Geldwäschegesetzes zum 1.8.2021 durch das „Transparenzregister- und Finanzinformationsgesetz“, NZG 2021, 957 – 960
Kepper, Philipp	Übertragung von Einzelunternehmen und Anteilen an Personengesellschaften unter Nießbrauchsvorbehalt im Lichte der neueren BFH-Rechtsprechung, NZG 2019, 211 – 217
Kiethe, Kurt	Gesellschaftsrechtliche Einflußnahme und Initiatorenstellung - Aspekte der Haftung Dritter aus Prospekt bei Kapitalanlagegesellschaften, NZG 1999, 858 – 868

Kindler , Esther	Der Gesellschafter hinter dem Gesellschafter – Zur Treugeberhaftung in der Personengesellschaft, ZIP 2009, 1146 – 1151
Kirchhof , Gregor	Transparenzregisterdaten für jederman? ZRP 2017, 127
Klöckner , Stefan	Praxisprobleme beim gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen, NZG 2008, 841 – 846
Klose , Holger	Eintragung des Nießbrauchs am Kommanditanteil im Handelsregister? DStR 1999, 807 – 809
Koller , Ingo (Hrsg.)	Handelsgesetzbuch, Kommentar, 10. Auflage, München 2023
Kindler , Peter (Hrsg.)	
Drüen , Klaus-Dieter (Hrsg.)	
Kotzenberg , Jochen	Das Transparenzregister kommt - Ein dringliches Thema vor allem für Familienunternehmen, NJW 2017, 2433 – 2438
Lorenz , Karsten	
Krais , Jürgen	Die Pläne zur Errichtung eines zentralen Transparenzregisters, CCZ 2017, 98 – 107
Krais , Jürgen	Praxisprobleme im Zusammenhang mit dem Transparenzregister, CCZ 2017, 266 – 269
Krais , Jürgen	Leichter gesagt als getan: Die Bestimmung des Wirtschaftlich Berechtigten iSd GwG bei börsennotierten Gesellschaften mit erhöhter Transparenz, CCZ 2021, 284 – 288

Krafka , Alexander (Hrsg.)	Handbuch der Rechtspraxis, Registerrecht, 12. Auflage, München 2024
Kruse , Viola	Nießbrauch an der Beteiligung an einer Personengesellschaft, RNotZ 2002, 69 – 87
Krüger , Wolfgang (Hrsg.)	Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 2, 7. Auflage, München 2025
Rauscher , Thomas (Hrsg.)	
Liebscher , Thomas	Korrektur einer von einem Notar eingereichten Gesellschafterliste, DStR 2010, 2038 – 2044
Goette , Constantin	
Lieder , Jan	Teilung und Listenkorrektur im GmbH- Recht, NZG 2014, 329 – 332
Lindemeier , Jörg	Die Belastung des Gesamthandsanteils im Grundbuch des zum Gesamthandsvermögen gehörenden Grundstücks - Zugleich ein Beitrag zu Zulässigkeit und Ausgestaltung des Nießbrauchs am Anteil einer Personengesellschaft, DNotZ 1999, 876 – 913
Lindemeier , Jörg	Die Eintragung des Nießbrauchs am Kommanditanteil im Handelsregister, Anmerkung zu LG Köln, Beschlüsse vom 12. 5. 2000 und 28. 7. 2000 - 89 T 10/00, 89 T 20/00, RNotZ 2001, 155 – 158
Link , Jan	Gesellschafterliste und gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen aus Sicht der Notarpraxis, RNotZ 2009, 193 – 221
Löbbe , Marc	Zuständigkeit von Geschäftsführer und Notar für Inhalt und Einreichung der GmbH-Gesellschafterliste, GmbHR 2012, 7 – 17

- Lutter**, Marcus Die Eintragung anfechtbarer Hauptversammlungsbeschlüsse im Handelsregister, NJW 1969, 1873 – 1879
- Lutter**, Marcus Theorie der Mitgliedschaft – Prolegomena zu einem allgemeinen Teil des Kooperationsrechts, AcP 180 (1980), 85 – 159
- Lutter**, Marcus (Hrsg.) GmbH-Gesetz, Kommentar, 20. Auflage, Köln 2020
- Hommelhoff**, Peter (Hrsg.)
- Martinek**, Michael (Hrsg.) juris PraxisKommentar BGB, Band 3, 6. Auflage, Saarbrücken 2012
- Mayer**, Dieter Der Erwerb einer GmbH nach den Änderungen durch das MoMiG, DNotZ 2008, 403 – 433
- Mayer**, Dieter Probleme rund um die Gesellschafterliste (Teil I), MittBayNot 2014, 24 – 35
- Mayer**, Dieter Probleme rund um die Gesellschafterliste (Teil II), MittBayNot 2014, 114 – 128
- Meinzer**, Markus Transparenzregisterdaten für jedermann? ZRP 207, 127
- Melchior**, Robin Kummer mit der Nummer? – Hinweise zur Nummerierung der GmbH-Geschäftsanteile in der Gesellschafterliste, NotBZ 2010, 213 – 217
- Meyer**, Christian Der Nießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen und an Aktien, Köln [u.a.] 2002

Michalski , Lutz (Hrsg.)	Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), Band 1, 4. Auflage, München 2023
Heidinger , Andreas (Hrsg.)	
Leible , Stefan (Hrsg.)	
Schmidt , Jessica (Hrsg.)	
Michalski , Lutz (Hrsg.)	Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), Band 2, 4. Auflage, München 2023
Heidinger , Andreas (Hrsg.)	
Leible , Stefan (Hrsg.)	
Schmidt , Jessica (Hrsg.)	
Mugdan , Benno	Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, Berlin 1899
Mugdan , Benno	Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 2, Berlin 1899
Mugdan , Benno	Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 3, Berlin 1899
Müller , Nadja	Transparenz auf allen Ebenen – Zur Umsetzung der Vierten Geldwäscherichtlinie – Teil 2, NZWiSt 2017, 121 – 129
Muscheler , Karlheinz	Der Zuwendungsvertrag zwischen Stiftung und Destinatär, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 7. Oktober 2009 – Xa ZR 8/08 –, NJW 2010, 341 – 344
Muscheler , Karlheinz	Die geplante Reform des Stiftungsrechts – Ein Einwurf, ZEV 2019, 1 – 2

Nadwornik , Dennis	Praxishinweise zum Transparenzregister für gemeinnützige Stiftungen, npoR 2017, 233 – 240
Noack , Ulrich	Die Namensaktie – Dornröschen erwacht, DB 1999, 1306 – 1310
Noack , Ulrich (Bearb.)	Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 24. Auflage, München 2025
Servatius , Wolfgang (Bearb.)	
Haas , Ulrich (Bearb.)	
[u.a.]	
Oertzen , Christian von	Asset Protection mit inländischen Familienstiftungen, ZEV 2010, 168 – 174
Hosser , Marcus	
Oetker , Hartmut (Hrsg.)	Handelsgesetzbuch, Kommentar, 8. Auflage, München 2024
Omlor , Sebastian	Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht – Das System des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen, WM 2009, 2105 – 2112
Oppermann , Rainer	Schutz des bedingten Erwerbers von GmbH-Anteilen, DB 2009, 2306 – 2310
Orth , Manfred	Stiftungsrechtsreform: Bedeutung des Stiftungsregisters für das Transparenzregister, BB 2020, 2512 – 2515
Ott , Nicolas	Der Umgang börsennotierter Gesellschaften mit den Mitteilungspflichten nach dem Transparenzregister- und Finanzinformationsgesetz, NZG 2022, 248 – 252
Goette , Maximilian	

<i>Passarge</i>, Malte	Zu den Anforderungen an die Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Stiftung und Destinatär, NZG 2009, 1421 – 1423
<i>Pelka</i>, Jürgen <i>Hettler</i>, Steffen <i>Weinhausen</i>, Susanne	Mitteilungspflichten zum Transparenzregister in Treuhandfällen, DStR 2018, 1303 – 1307
<i>Pöhlmann</i>, Peter (Hrsg.) <i>Fandrich</i>, Andreas (Hrsg.) <i>Bloehs</i>, Joachim (Hrsg.)	Genossenschaftsgesetz, 4. Auflage, München 2012
<i>Preuß</i>, Nicola	Gesellschafterliste - Legitimation gegenüber der Gesellschaft und gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen, ZGR 2008, 676 – 701
<i>Prinz</i>, Ulrich (Hrsg.) <i>Winkeljohann</i>, Norbert (Hrsg.)	Beck'sches Handbuch der GmbH, 6. Auflage, München 2021
<i>Pupeter</i>, Alexander	Der Unterbeteiligte als "virtueller" Gesellschafter einer GmbH, Urteilsbesprechung BFH, Urteil vom 18. 5. 2005 - VIII R 34/01, GmbHR 2006, 910 – 919
<i>Rauscher</i>, Thomas (Hrsg.)	Münchener Kommentar zum FamFG, Band 2, 3. Auflage, München 2019
<i>Reymann</i>, Christoph	Gutgläubiger Erwerb und Recht an GmbH-Geschäftsanteilen, WM 2008, 2095 – 2107
<i>Reymann</i>, Christoph	Urteilsanmerkung zu LG Aachen Beschluss vom 6. April 2009 – 44 T 1/09, RNotZ 2009, 409 – 415

Rieg, Jürgen	Erwerb vom Nichtberechtigten und Liste der Gesellschafter, Baden-Baden 2012
Rieg, Jürgen	Prüfungs- und Handlungsbedarf aufgrund der Einführung des Transparenzregisters, BB 2017, 2310 – 2320
Roth, Günter H. Thöni, Wilfried	Treuhand und Unterbeteiligung, Festschrift 100 Jahre GmbHG, Köln 1992, 245 – 288
Rowedder, Heinz (Begr.) Pentz, Andreas (Hrsg.)	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 7. Auflage, München 2022
Säcker, Franz Jürgen (Hrsg./Red.) Rixecker, Roland (Hrsg.) Oetker, Hartmut (Hrsg.) Limperg, Bettina (Hrsg.)	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 1, 6. Auflage, München 2012
Säcker, Franz Jürgen (Hrsg./Red.) Rixecker, Roland (Hrsg.) Oetker, Hartmut (Hrsg.) Limperg, Bettina (Hrsg.)	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 8. Auflage, München 2018
Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.) Rixecker, Roland (Hrsg.) Oetker, Hartmut (Hrsg.) Limperg, Bettina (Hrsg.) Habersack, Mathias (Red.)	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7, 9. Auflage, München 2024

<i>Säcker</i> , Franz Jürgen (Hrsg.)	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1,
<i>Rixecker</i> , Roland (Hrsg.)	10. Auflage, München 2025
<i>Oetker</i> , Hartmut (Hrsg.)	
<i>Limperg</i> , Bettina (Hrsg.)	
<i>Schubert</i> , Claudia (Red.)	
<i>Säcker</i> , Franz Jürgen (Hrsg.)	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, 9.
<i>Rixecker</i> , Roland (Hrsg.)	Auflage, München 2023
<i>Oetker</i> , Hartmut (Hrsg.)	
<i>Limperg</i> , Bettina (Hrsg.)	
<i>Henssler</i> , Martin (Red.)	
<i>Säcker</i> , Franz Jürgen (Hrsg.)	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8, 9.
<i>Rixecker</i> , Roland (Hrsg.)	Auflage, München 2023
<i>Oetker</i> , Hartmut (Hrsg.)	
<i>Limperg</i> , Bettina (Hrsg.)	
<i>Gaier</i> , Reinhard (Red.)	
<i>Schäfer</i> , Carsten	Zu Fragen der Treugeberhaftung bei qualifizierten Treuhandbeteiligungen an Publikumspersonengesellschaften, ZHR 177 (2013), 619 – 642
<i>Schaub</i> , Peter	Das neue Transparenzregister naht – Überblick über die Regelungen und praktische Auswirkungen für Personenvereinigungen, DStR 2017, 1428 – 1444
<i>Schiffer</i> , Jan	Transparenzregister und Stiftungen – Normadressaten der Melde- und Eintragungspflichten, BB 2017, 2626 – 2631
<i>Schürmann</i> , Christoph	

<i>Schlitt</i> , Christian	Die 5. EU-Geldwäscherichtlinie – was bringt sie Neues für Versicherungsunternehmen? VersR 2019, 80 – 84
<i>Schlüter</i> , Andreas	Stiftungsrecht zwischen Privatautonomie und Gemeinwohlbindung, München 2004
<i>Schmidt</i> , Karsten	Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, Köln [u.a.] 1997
<i>Schmidt</i> , Karsten	Stimmrecht beim Anteilsnießbrauch, Besprechung des Urteils BGH, Urteil vom 9. 11. 1998 - II ZR 213/97 (Düsseldorf), ZGR 1999, 601 – 612
<i>Schmidt</i> , Karsten	Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, Köln [u.a.] 2002
<i>Schmidt</i> , Karsten	Die Gesellschafterhaftung bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als gesetzliches Schuldverhältnis - Zum Stand der nach den BGH-Urteilen vom 24. 2. 2003 und vom 7. 4. 2003, NJW 2003, 1897 – 1904
<i>Schmidt</i> , Karsten	Struktur und Transparenz einer Treugeber-Innengesellschaft - Thesen zum Urteil des BGH vom 11. 1. 2011 – II ZR 187/09, NZG 2011, 276, NZG 2011, 361 – 367
<i>Schmidt</i> , Karsten	Handelsrecht: „Positive Publizität“ des Handelsregisters, Anmerkung zu OLG Brandenburg, Urt. v. 21. Juni 2012 – 5 U 66/, JuS 2013, 360 – 362
<i>Schmidt</i> , Karsten (Red.)	Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch Band 3, 4. Auflage, München 2019

Schmidt , Karsten (Red.)	Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch Band 2, 5. Auflage, München 2022
Schmidt , Karsten (Hrsg.)	Insolvenzordnung, 20. Auflage, München 2023
Schneider , Sebastian	Der Widerspruch gegen die Gesellschafterliste zur Sicherung der bedingten Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen, NZG 2009, 1167 – 1170
Scholz , Franz (Begr.)	Kommentar zum GmbH-Gesetz, Band 2, 13. Auflage, Köln 2024
Bitter , Georg (Bearb.)	
Bochmann , Christian (Bearb.)	
Cramer , Carsten (Bearb.)	
[u.a.]	
Schön , Wolfgang	Der Nießbrauch am Gesellschaftsanteil, ZHR 158 (1994), 229 – 270
Schuck , Frank	Stiftungsrechtsreform in der entscheidenden Phase: Die geplanten Neuregelungen im Überblick für die Praxis, ZEV 2021, 298 – 303
Medinger , Jonas	
Schwalm , Julian	Stiftungsrechtsreform ante portas? – Kernbotschaften für die Stiftungspraxis, ZEV 2021, 68 – 75
Segna , Ulrich (Hrsg.)	beck-online.Großkommentar zum BGB, § 22, Stand: 1. Januar 2025
Soergel , Hans Theodor (Begr.)	Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1, 13. Auflage, Stuttgart [u.a.] 2000
Wolf , Manfred (Red.)	

<i>Soergel</i> , Hans Theodor (Begr.) <i>Konzen</i> , Horst (Red.)	Bürgerliches Gesetzbuch, Band 16, 13. Auflage, Stuttgart [u.a.] 2001
<i>Spoerr</i> , Wolfgang <i>Roberts</i> , Marc	Die Umsetzung der Vierten Geldwäscherichtlinie: Totale Transparenz, Geldwäschebekämpfung auf Abwegen?, WM 2017, 1142 – 1148
<i>Staub</i> , Hermann (Begr.) <i>Canaris</i> , Claus-Wilhelm (Hrsg.) <i>Schilling</i> , Wolfgang (Hrsg.) <i>Ulmer</i> , Peter (Hrsg.)	Handelsgesetzbuch, Großkommentar, Band 2, 4. Auflage - 12. Lieferung, Berlin 1988
<i>Staub</i> , Hermann (Begr.) <i>Canaris</i> , Claus-Wilhelm (Hrsg.) <i>Habersack</i> , Mathias (Hrsg.) <i>Schäfer</i> , Carsten (Hrsg.)	Handelsgesetzbuch, Großkommentar, Band 3, 5. Auflage, Berlin 2009
<i>Staub</i> , Hermann (Begr.) <i>Canaris</i> , Claus-Wilhelm (Hrsg.) <i>Habersack</i> , Mathias (Hrsg.) <i>Schäfer</i> , Carsten (Hrsg.)	Handelsgesetzbuch, Großkommentar, Band 4, 5. Auflage, Berlin 2014
<i>Staub</i> , Hermann (Begr.) <i>Grundmann</i> , Stefan (Hrsg.) <i>Habersack</i> , Mathias (Hrsg.) <i>Schäfer</i> , Carsten (Hrsg.)	Handelsgesetzbuch, Großkommentar, Band 1/1, 6. Auflage, Berlin 2023

<i>Staudinger</i> , Julius von (Begr.) <i>Roth</i> , Herbert (Red.)	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 80 - 89, Neubearbeitung Berlin 2017
<i>Staudinger</i> , Julius von (Begr.) <i>Wiegand</i> , Wolfgang (Red.)	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 3: Sachenrecht, §§ 1030 - 1112, Neubearbeitung Berlin 2022
<i>Stefanink</i> , Richard <i>Punte</i> , Jan-Henric M.	Der Ausschluss eines Gesellschafters aus der GmbH, GWR 2018, 403 – 407
<i>Sternal</i> , Werner (Hrsg.)	FamFG, Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 21. Auflage, München 2023
<i>Stilz</i> , Eberhard (Hrsg.) <i>Veil</i> , Rüdiger (Hrsg.)	beck-online.Großkommentar zum Aktienrecht, § 17, § 291, Stand: 1. Oktober 2024
<i>Stilz</i> , Eberhard (Hrsg.) <i>Veil</i> , Rüdiger (Hrsg.)	beck-online.Großkommentar zum Aktienrecht, § 67, § 181, Stand: 1. Juni 2025
<i>Storz</i> , Johanna	Der Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), GWR 2020, 257 - 262
<i>Stürner</i> , Rolf (Hrsg.) <i>Eidenmüller</i> , Horst (Hrsg.) <i>Schoppmeyer</i> , Heinrich (Hrsg.)	Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 2, 5. Auflage, München 2025

Ulbrich, Clemens	Die Unterbeteiligungsgesellschaft an Personengesellschaftsanteilen, Augsburg 1981
Ulmer, Peter	Zur Bedeutung des gesellschaftsrechtlichen Abspaltungsverbots für den Nießbrauch am OHG (KG-) - Anteil, Festschrift für Hans Joachim Fleck zum 70. Geburtstag, Berlin 1988, 383 – 400
Ulmer, Peter	Zur Treuhand an GmbH-Anteilen: Haftung des Treugebers für Einlageansprüche der GmbH?, ZHR 156 (1992), 377 – 393
Ulmer, Peter	Zur Treuhand an GmbH-Anteilen, Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag, Berlin 1996, 873 – 896
Tebben, Joachim	Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, Baden-Baden 2000
Tebben, Joachim	Die qualifizierte Treuhand im Personengesellschaftsrecht, ZGR 2001, 586 – 614
Tebben, Joachim	Die Reform der GmbH – das MoMiG in der notariellen Praxis, RNotZ 2008, 441 – 462
Teichmann, Arndt	Der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen - gesellschaftsrechtlicher Teil -, ZGR 1972, 1 – 23
Teichmann, Arndt	Der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen – Probleme mit praktischen Gestaltungen, ZGR 1973, 24 – 44
Tschirschke, Michael	Rechtsgrundlagen der Bewilligung und Rückforderung von Stiftungsmitteln an Förderempfänger, ZStV 2013, 12 – 19
Wachter, Thomas	Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen nach MoMiG, in: GmbH-Beratung nach dem MoMiG, Sonderheft GmbHR 2008, 51 – 58
Wachter, Thomas	GmbH-Reform: Auswirkungen auf die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen, ZNotP 2008, 378 – 400

Wachter , Tomas	Aktuelle Praxisprobleme mit der neuen Gesellschafterliste, NZG 2009, 1001 – 1005
Wachter , Thomas	Beschlussbesprechung zu OLG München, Beschluss 8. September 2009 – 31 Wx 082/09, BB 2009, 2167 – 2169
Walch , Mathias	Treuhandbeteiligung und die Transparenz der Anteilseignerstrukturen im GmbH-Recht, NZG 2015, 1259 – 1263
Wälzholz , Eckhard	Ausgewählte gesellschaftsrechtliche Aspekte von Gesellschaftskonten bei Personengesellschaften (Teil 1), DStR 2011, 1815 – 1819
Weber-Rey , Daniela Reps , Markus	Ankerbeteiligungen: Chancen für die Corporate Governance, Rechtsrahmen und Investorenvereinbarungen, ZGR 2013, 597 – 646
Wedemann , Frauke	Das Stimmrecht beim Anteilsnießbrauch im Spiegel von Rechtsvergleichung und Rechtssetzungslehre, NZG 2013, 1281 – 1289
Wedemann , Frauke	Ist der Nießbrauch eines Gesellschaftsanteils wie ein Gesellschafter zu behandeln? ZGR 2016, 798 – 838
Weiske , Anne Maria Mocker , Felix	Praxisfragen zum Transparenzregister – Antworten des Bundesverwaltungsamts, GWR 2017, 445 – 448
Weitemeyer , Birgit [u.a.]	Professorenentwurf zur Stiftungsrechtsreform 2020, NZG 2020, 569 – 580
Wenz , Gerrit	Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundstücksverkehr, MittRhNotK 1996, 377 – 389

Werner, Rüdiger	Treuhandverhältnisse an GmbH-Anteilen, GmbHR 2006, 1248 – 1254
Werner, Rüdiger	Die Familienheimstiftung als Instrument der Asset Protection, ZEV 2014, 66 – 72
Wernicke, Thomas	Vorstandskontrolle in der Stiftung, ZEV 2003, 301 – 306
Wertenbruch, Johannes	Status und Haftung des Treugebers bei der Personengesellschafts-Treuhand, NZG 2013, 285 – 289
Westebbe, Achim	Die Stiftungstreuhand, Baden-Baden 1993
Wicke, Harmut	„Best Practice“ bei der Nummerierung in der Gesellschafterliste, Anmerkung zum Beschluss des OLG Bamberg vom 2. Februar 2010, 6 W 40/09; MittBayNot 2010, 283 – 285
Wiedemann, Herbert	Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, München 1965
Winkler, Karl	Das Grundbuch, DStR 1991, 284 – 287
Wionzeck, Lukas Scheerer, Marie-Louise	Mitteilungspflicht über stille Gesellschafter durch das Transparenzregister? NZG 2018, 217 – 219
Zentes, Uta (Hrsg.) Glaab, Sebastian (Hrsg.)	Frankfurter Kommentar, GWG, 1. Auflage, Frankfurt am Main 2018

Zentes, Uta (Hrsg.)

Glaab, Sebastian (Hrsg.)

Frankfurter Kommentar, GWG, 2. Auflage, Frankfurt am Main
2020

Zentes, Uta (Hrsg.)

Glaab, Sebastian (Hrsg.)

Frankfurter Kommentar, GWG, 4. Auflage, Frankfurt am Main
2024

Ziemons, Hildegard (Hrsg.)

Jaeger, Carsten (Hrsg.)

Pöschke, Moritz (Hrsg.)

Beck'scher Online-Kommentar zum GmbHG, 65. Edition, Stand:
1. August 2025

Zillmer, Inga

Transparenzregister: Das Steuergeheimnis bröckelt, DB 2017,
1931 – 1935