Judith Berg / Cathérine d'Avoine / Marc d'Avoine*

Mitteilungen an das Transparenzregister – Pflichten nach § 20 GwG für Insolvenzverwalter?

Die mit dem Inkrafttreten des Transparenzregister- und Finanzinformationsgesetzes verbundene Umstellung des Transparenzregisters von einem „Auffangregister" zu einem „Vollregister" und mit ihr der Wegfall der Mitteilungsfiktion erzeugte ab 1.8.2021 neue Pflichten. So sind alle Rechtseinheiten fortan verpflichtet, ihren wirtschaftlich Berechtigten zur Eintragung an das Transparenzregister zu melden. Wie im Insolvenzfall mit diesen Pflichten umzugehen ist, ist Gegenstand des nachfolgenden Beitrags. Beantwortet werden sollen die Fragen „Wer ist zu melden?" und „Wer hat zu melden?".

A. Einleitung

Über das Transparenzregister, eingeführt mit dem Gesetz[1] zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie[2] und verankert im Geldwäschegesetz (GwG), werden *„bestimmte Angaben zu den wirtschaftlich Berechtigten von juristischen Personen des Privatrechts, eingetragenen Personengesellschaften, Trusts und Rechtsgestaltungen, die in ihrer Struktur und Funktion Trusts ähneln, zugänglich gemacht."*[3] Diese erhöhte Transparenz sollte dazu beitragen, den Missbrauch der genannten Vereinigungen und Rechtsgestaltungen zum Zweck der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung zu verhindern.[4]

Mit der Novelle des GwG durch das Transparenzregister- und Finanzinformationsgesetz[5], dessen Regelungen bis auf wenige Ausnahmen[6] am 1.8.2021 in Kraft traten, verbinden sich auch Änderungen des 2017 eingeführten Transparenzregisters.

So sah die 5. EU-Geldwäscherichtlinie vor, die Transparenzregister der EU-Mitgliedsstaaten miteinander zu vernetzen[7], um ein europaweites, für alle einsehbares Register zu schaffen. Grundlegende Voraussetzung hierfür war und ist jedoch, dass zu den wirtschaftlich Berechtigten in den nationalen Registern strukturierte Datensätze in einem einheitlichen Dateiformat vorhanden sind.[8]

An dieser Stelle bestand Handlungsbedarf, da das nationale Transparenzregister – bis zur Novelle des GwG – (nur) als sog. „Auffangregister" ausgestaltet war und eine Mitteilungspflicht gegenüber dem Transparenzregister nur dann bestand, wenn die wirtschaftlich Berechtigten der betreffenden Rechtseinheit nicht bereits in einem anderen Register, z.B. Handels-, Genossenschafts- oder Vereinsregister, erfasst waren.[9]

Nunmehr wurde diese, in § 20 Abs. 2 GwG a.F. normierte, Mitteilungsfiktion aufgehoben mit der Folge, dass alle Rechtseinheiten zur Meldung ihrer wirtschaftlichen Berechtigten zwecks Eintragung in das Transparenzregister verpflichtet sind.[10]

Der Gesetzgeber hat für Registermitteilungen von juristischen Personen des Privatrechts und eingetragenen Personengesellschaften nach § 20 Abs. 1 GwG, deren Pflicht zur Mitteilung an das Transparenzregister nach der bis einschließlich zum 31.7.2021 geltenden Fassung des § 20 Abs. 2 GwG als erfüllt galt, in § 59 Abs. 8 GwG jedoch Übergangsfristen vorgesehen: für Aktiengesellschaften, SE, Kommanditgesellschaften auf Aktien bis zum 31.3.2022, für Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Genossenschaften, Europäischen Genossenschaften oder Partnerschaften bis zum 30.6.2022 und in allen anderen Fällen bis spätestens zum 31.12.2022.

Damit stellt sich die Frage, wie im Insolvenzfall mit den neuen Pflichten umzugehen ist.

* *Judith Berg, Ass. Jur.*, ist Juristische Referentin des VID e.V., Berlin, *Cathérine d'Avoine, Dr. iur.*, ist Rechtsanwältin in Düsseldorf und *Marc d'Avoine, Dr. iur.*, ist Rechtsanwalt, FA für Steuerrecht und für Handels- und Gesellschaftsrecht in Köln/Ratingen/Wuppertal sowie Sprecher des Ausschusses für Steuern und Bilanzierung im VID. Der nachfolgende Beitrag stellt ausschließlich die private Meinung der Autoren dar.

1 Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen vom 23.6.2017, abrufbar https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl117s1822.pdf%27%5D#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl117s1822.pdf%27%5D__1653219419694 (zuletzt abgerufen am 22.5.2022).

2 RL (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.5.2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der VO (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der RL 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der RL 2006/70/EG der Kommission, abrufbar unter https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L0849&from=DE (zuletzt abgerufen am 22.5.2022).

3 Vgl. Gesetzesbegründung, S. 89 zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen (Drucks. 18/11555), abrufbar unter https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/115/1811555.pdf (zuletzt abgerufen am 22.5.2022).

4 Siehe Fn. 3.

5 Gesetz zur europäischen Vernetzung der Transparenzregister und zur Umsetzung der RL (EU) 2019/1153 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.6.2019 zur Nutzung von Finanzinformationen für die Bekämpfung von Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung und sonstigen schweren Straftaten (Transparenzregister- und Finanzinformationsgesetz) v. 25.6.2021, BGBl. I 2021, 2083.

6 Vgl. Art. 14 des Transparenzregister – und Finanzinformationsgesetzes.

7 Art. 1 Ziff. 42 RL (EU) 2018/843, vgl. auch Gesetzesbegründung zum Transparenzregister- und Finanzinformationsgesetz, BT-Drucks. 19/28164, S. 29.

8 Gesetzesbegründung, S. 29 (BT-Drucks. 19/28164).

9 Vgl. Gesetzesbegründung, S. 29 (BT-Drucks. 19/28164).

10 Gesetzesbegründung, S. 30 (BT-Drucks. 19/28164).

B. Mitteilungen an das Transparenzregister

I. Mitteilungspflicht

§ 20 GwG regelt die „*Transparenzpflichten im Hinblick auf bestimmte Vereinigungen*". Danach haben juristische Personen des Privatrechts sowie eingetragene Personengesellschaften bestimmte, in § 19 Abs. 1 GwG aufgeführte Angaben zu den wirtschaftlich Berechtigten dieser Vereinigungen einzuholen, aufzubewahren, auf dem aktuellem Stand zu halten und der registerführenden Stelle unverzüglich zur Eintragung in das Transparenzregister mitzuteilen.[11]

II. Wegfall der Mitteilungsfiktion

Bis zum 31.7.2021 galt die Pflicht zur Mitteilung an das Transparenzregister als erfüllt (sog. Mitteilungsfiktion), wenn die in § 19 Abs. 1 Nr. 1 – 4 GwG aufgeführten Angaben zum wirtschaftlich Berechtigten bereits anderweitig verfügbar waren. Konkret entfiel eine Mitteilungspflicht gem. § 20 Abs. 2 Satz 1 GwG a.F. immer dann, wenn die Eigentums- und Kontrollstruktur und damit die wirtschaftlich Berechtigten einer Rechtseinheit aus anderen Registern, insbesondere dem Handelsregister, aber auch Genossenschafts- und Vereinsregister ermittelbar waren.[12]

Allein Rechtsträger, die in keinem anderen deutschen Register erfasst waren, wurden vom Transparenzregister „aufgefangen" und mussten ihren wirtschaftlich Berechtigten nicht nur ermitteln, sondern dem Transparenzregister zum Zweck der Eintragung gesondert mitteilen.[13]

Neben der Mitteilungsfiktion sah das Gesetz ursprünglich auch eine weitere Ausnahme in § 20 Abs. 2 Satz 2 GwG a.F. vor. Hiernach bedurfte es bei Gesellschaften, die an einem organisierten Markt nach § 2 Abs. 11 WpHG notiert waren oder dem Gemeinschaftsrecht entsprechenden Transparenzanforderungen im Hinblick auf Stimmrechtsanteile oder gleichwertigen internationalen Standards unterlagen, keiner gesonderten Mitteilung an das Transparenzregister. Auch in diesem Fall galt das Mitteilungserfordernis als erfüllt.

III. Inhalt der Mitteilung

Maßgeblicher Inhalt der Mitteilung an das Transparenzregister sind die in § 19 Abs. 1 GwG aufgeführten Angaben zu Vor- und Nachname, Geburtsdatum, Wohnort, Art und Umfang des wirtschaftlichen Interesses sowie Staatsangehörigkeit(en)[14] des wirtschaftlich Berechtigten (§ 20 Abs. 1 Satz 1 GwG).

IV. Auskunft

Nach § 23 Abs. 1 GwG a.F. war die Einsichtnahme in das Transparenzregister zunächst nur bestimmten Behörden,[15] soweit dies zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben erforderlich war, und Verpflichteten zur Erfüllung ihrer Sorgfaltspflichten in einem der in § 10 Abs. 3 GwG genannten Fälle sowie jedem, der der registerführenden Stelle ein berechtigtes Interesse an der Einsichtnahme darlegt, gestattet. Seit Inkrafttreten der Novelle ist die Einsichtnahme seit 1.1.2020[16] nunmehr allen Mitgliedern der Öffentlichkeit (§ 23 Abs. 1 Nr. 3 GwG), unabhängig von der Darlegung eines berechtigten Interesses, gestattet.[17]

Im Transparenzregister sind gem. § 19 Abs. 1 GwG die o.g. mitteilungspflichtigen Angaben zum wirtschaftlich Berechtigten zugänglich.[18]

Ähnlich verhält es sich mit den Veröffentlichungen unter „neu. insolvenzbekanntmachungen.de", bei denen Handelsregisternummer, Firma der Schuldnerin/des Schuldners, bzw. Vor- und Nachname der Schuldnerin/des Schuldners, Geburtsdatum (bei natürlichen Personen), Geschäftsadresse und ggf. Wohnort (bei natürlichen Personen) sowie Art des Geschäftsbetriebs der Schuldnerin/des Schuldners veröffentlicht sind. Im Hinblick auf die in den Verfahren bestellten (vorläufigen) Insolvenzverwalter sind hier regelmäßig jedoch nur Name, Vorname und Büroanschrift der Verwalter über die Insolvenzbekanntmachungen öffentlich zugänglich.[19]

C. Wirtschaftlich Berechtigter

Wer wirtschaftlich Berechtigter ist, richtet sich gem. § 19 Abs. 2 Satz 1 GwG für Vereinigungen i.S.d. § 20 Abs. 1 Satz 1 GwG nach § 3 Abs. 1 und 2 GwG.[20] Der Verweis auf § 3 GwG war – ausweislich der damaligen Gesetzesbegründung – erforderlich, da diese Vorschrift auf die Kontrolle des Vertragspartners bzw. den Veranlasser einer Transaktion abstellt, während für das Transparenzregister die wirtschaftlich Berechtigten nicht im Zusammenhang mit konkreten Geschäftsbeziehungen oder Transaktionen mit Verpflichteten ermittelt werden.[21]

---

11 Zu Vereinigungen mit Sitz im Ausland, auf die hier nicht eingegangen werden soll, vgl. § 20 Abs. 1 Satz 2 und 3 GwG.

12 Zu den Mitteilungspflichten juristischer Personen des Privatrechts oder eingetragener Personengesellschaften, die nach § 20 Abs. 1 Satz 1 GwG mitteilungspflichtig waren und die nicht in einem der in Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 4 aufgeführten Register eingetragen waren, beachte § 20 Abs. 2 GwG n.F. (§ 20 Abs. 1a GwG a.F.).

13 Gesetzesbegründung, S. 29 (BT-Drucks. 19/28164).

14 § 19 Abs. 1 Nr. 5 GwG wurde insoweit ergänzt, dass nunmehr alle Staatsangehörigkeiten anzugeben sind.

15 So z.B. Aufsichts- und Strafverfolgungsbehörden, Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen und Bundeszentralamt für Steuern.

16 Gesetz zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur Vierten EU-Geldwäscherichtlinie vom 12.12.2019, BGBl I 2602.

17 Zu den datenschutzrechtlichen Implikationen vgl. auch *Schenke/Teichmann*, ZIP 2019, 1260 ff. (1262 ff.), die darauf verweisen, dass es reichlich naiv wäre anzunehmen, „*die Zivilgesellschaft würde sich im Zeitalter sozialer Medien bei der Verwendung dieser Daten allein auf die hehren Ziele der Geldwäsche- und Terrorismusbekämpfung beschränken*".

18 Gem. § 23 Abs. 1 Satz 3 GwG sind bei der Einsichtnahme von Mitgliedern der Öffentlichkeit beim Geburtsdatum nur Monat und Jahr der Geburt des wirtschaftlich Berechtigten, sein Wohnsitzland und alle Staatsangehörigkeiten der Einsichtnahme zugänglich. (Etwaige (weitere) Einschränkungen aufgrund schutzwürdiger Interessen des wirtschaftlich Berechtigten regelt § 23 Abs. 2 GwG).

19 Ob aus datenschutzrechtlichen Gründen Informationen zur Person des Insolvenzverwalters die ggf. über diejenigen hinausgehen dürfen, die von der Öffentlichkeit im Rahmen der Insolvenzbekanntmachungen zu erfahren sind, im Transparenzregister abrufbar sein sollen, soll nachfolgend nicht untersucht werden. (So regelt § 22 Abs. 1 Satz 2 GwG, dass „*in dem nach den besonderen registerrechtlichen Vorschriften für die Einsicht geregelten Umfang [...] nur solche Dokumente und Eintragungen nach Satz 1 Nummer 2 bis 8 [zugänglich sind], die aus dem Handelsregister, Genossenschaftsregister, Partnerschaftsregister, Unternehmensregister oder Vereinsregister elektronisch abrufbar sind.*").

20 Auf etwaige Besonderheiten des wirtschaftlich Berechtigten von Rechtsgestaltungen und rechtsfähigen Stiftungen soll an dieser Stelle nicht eingegangen werden (vgl. § 19 Abs. 2 Satz 2 GwG).

21 Vgl. Gesetzesbegründung, S. 126 zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-

Wirtschaftlich Berechtigter i.S.d. § 3 Abs. 1 Satz 1 GwG ist die natürliche Person, in deren Eigentum oder unter deren Kontrolle eine juristische Person, eine sonstige Gesellschaft oder eine Rechtsgestaltung i.S.d. Abs. 3 letztlich steht (Nr. 1) oder die natürliche Person, auf deren Veranlassung eine Transaktion letztlich durchgeführt oder eine Geschäftsbeziehung letztlich begründet wird (Nr. 2).

Wenn auch nach Durchführung umfassender Prüfungen und ohne, dass Tatsachen nach § 43 Abs. 1 vorliegen, von der meldepflichtigen Vereinigung nach § 20 Abs. 1 GwG kein wirtschaftlich Berechtigter nach Abs. 1 oder nach den Sätzen 1 bis 4 ermittelt werden kann, gilt gem. § 3 Abs. 2 Satz 5 GwG der gesetzliche Vertreter, der geschäftsführende Gesellschafter oder der Partner des Vertragspartners als wirtschaftlich Berechtigter.[22]

Während die durch § 3 GwG aufgeworfenen Fragen, insbesondere, wer im Hinblick auf die jeweilige Rechtsform und Vereinigung als wirtschaftlich Berechtigter und Meldepflichtiger gilt,[23] in der Vergangenheit in der Literatur bereits diskutiert wurden, fand die Konstellation, dass über das Vermögen einer meldepflichtigen Vereinigung nach § 20 Abs. 1 GwG ein Insolvenzverfahren eröffnet und ein Insolvenzverwalter bestellt wird, sowie die daraus etwaig resultierende Besonderheiten, bislang wenig Beachtung.

D. Insolvenzfall

Im Insolvenzfall ist zunächst zwischen folgenden beiden Fragen zu differenzieren: „Wer ist zu melden?" und „Wer hat zu melden?"

I. Wer ist zu melden?

1. Einleitung

Die Frage, wer im Insolvenzfall wirtschaftlich Berechtigter des Insolvenzschuldners/der Insolvenzschuldnerin[24] ist, wurde in der insolvenzrechtlichen Literatur bislang kaum[25] diskutiert und ist auch höchstrichterlich (noch) nicht entschieden. Vor dem Hintergrund, dass die Mitteilungspflichten bußgeldbewährt sind,[26] ist die Klärung dieser Frage jedoch angezeigt.

Unterschiedliche Ansätze sind denkbar. So kommen als wirtschaftlich Berechtigte/r der/die bisherige/n wirtschaftlich Berechtigte/n der Schuldnerin, die Gläubiger oder aber der Insolvenzverwalter[27] in Betracht.

Bislang hilft sich die Praxis mit sog. Auslegungshinweisen, die auch aus dem Kreis der Verpflichteten i.S.d. des § 2 GwG, wie bspw. der Kreditinstitute und Notare, stammen. Die allgemeinen Sorgfaltspflichten des § 10 Abs. 1 GwG zwingen die Verpflichteten zur Klärung, ob der (zu identifizierende) Vertragspartner (und gegebenenfalls die für ihn auftretende Person) für einen wirtschaftlich Berechtigten handelt. Soweit dies der Fall ist, veranlassen die Sorgfaltspflichten auch zur Identifizierung des wirtschaftlich Berechtigten nach Maßgabe des GwG. Wenn der Vertragspartner keine natürliche Person ist, ist zudem die Eigentums- und Kontrollstruktur des Vertragspartners mit angemessenen Mitteln in Erfahrung zu bringen.[28]

Bei den nachfolgend dargestellten Auslegungs- und Anwendungshinweisen der Praxis ist daher zu unterscheiden, ob diese für den Insolvenzfall Festlegungen im Hinblick auf den Vertrags-/Geschäftspartner und /oder den wirtschaftlich Berechtigten treffen:

a) Auslegungs- und Anwendungshinweise der Länder der Bundesrepublik Deutschland

Die Bundesländer orientieren sich an gemeinsamen Auslegungs- und Anwendungshinweisen, die zum Insolvenzverwalter den nachfolgenden Hinweis enthalten:[29]

„Testamentsvollstrecker (...), Nachlassverwalter (...), Insolvenzverwalter und Zwangsverwalter treten nicht „in Vertretung (i.V.)" auf, sondern sind kraft Gesetzes ermächtigt, im Wege der sogenannten „gesetzlichen Treuhandschaft" ein fremdes Recht im eigenen Namen geltend zu machen. Geschäftspartner eines GwG-Verpflichteten sind also die Genannten selbst, nicht etwa die „vertretenen" Insolvenzschuldner bzw. Erben. Eine Feststellung der Insolvenzschuldner bzw. Erben als wirtschaftlich Berechtigte ist nicht erforderlich, da ihnen in den genannten Fallkonstellationen jegliche Einflussmöglichkeit auf die Verwaltung und Verwertung des betroffenen Vermögens kraft Gesetz entzogen ist. Eine Einflussnahme in Form einer „Veranlassung" ist daher nicht möglich."

Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen (Drucks. 18/11555), abrufbar unter https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/115/1811555.pdf (zuletzt abgerufen am 22.5.2022); andere Abweichungen, so die Gesetzesbegründung weiter (S. 126), *„zur Definition des § 3 bestehen nicht, auch nicht für börsennotierte Gesellschaften, bei denen die anderweit für börsennotierte Gesellschaften vorgeschriebenen Offenlegungspflichten eine angemessene Transparenz der Informationen über die Eigentumsverhältnisse an börsennotierten Gesellschaften gewährleisten"*.

22 Die damalige Gesetzesbegründung führte zum wirtschaftlich Berechtigten aus: *„(...) danach sind zunächst umfassende Prüfungen erforderlich, um festzustellen, ob eine natürliche Person Eigentümer einer juristischen Person ist oder auf sonstige Weise Kontrolle über diese ausübt. Erst wenn danach keine natürliche Person als wirtschaftlich Berechtigter festgestellt werden kann (entweder weil keine solche existiert oder die Struktur es nicht erlaubt, einen solchen zu identifizieren), keine Verdachtsmomente bestehen oder wenn Zweifel daran bestehen, dass es sich bei einer als wirtschaftlich Berechtigter festgestellten Person tatsächlich um einen solchen handelt, gelten qua Fiktion die gesetzlichen Vertreter, geschäftsführenden Gesellschafter oder Partner als wirtschaftlich Berechtigter. Zu erfassen sind in diesem Fall die gesetzlichen Vertreter, geschäftsführenden Gesellschafter bzw. Partner des Vertragspartners, nicht auch der dahinterstehenden Gesellschaften, und zwar sowohl für die Erfüllung der Kundensorgfaltspflichten als auch für die Datei zum automatisierten Abruf von Kontoinformationen. (...)"*, vgl. Gesetzesbegründung, S. 109 zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen (BT-Drucks. 18/11555).

23 Zur GmbH vgl. *Koehler*, ZIP 2020, 1399.

24 Da es sich bei § 20 Abs. 1 GwG um juristische Personen des Privatrechts und eingetragene Personengesellschaften handelt, wird nachfolgend die Bezeichnung Insolvenzschuldnerin verwendet.

25 Aktuell lediglich *Hundertmark/Theurich*, ZIP 2022, 973.

26 Vgl. § 56 GwG.

27 Die nachfolgenden Ausführungen gelten gleichermaßen für den starken vorläufigen Insolvenzverwalter (§ 22 Abs. 1 InsO).

28 Vgl. § 10 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GwG.

29 Gemeinsame Auslegungs- und Anwendungshinweise der Länder der Bundesrepublik Deutschland; Auslegungs- und Anwendungshinweise zum Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegesetz – GwG) für Güterhändler, Immobilienmakler und andere Nichtfinanzunternehmen, am Bsp. Bayern abrufbar unter: https://www.ihk-muenchen.de/Auslegungs-und-Anwendungshinweise-zum-GwG_-Stand-2021.pdf (zuletzt abgerufen am 22.5.2022); gleichlautend Regierungspräsidien in Hessen (Darmstadt, Gießen, Kassel), Stand: Dezember 2020, abrufbar unter https://rp-darmstadt.hessen.de/sites/rp-darmstadt.hessen.de/files/2022-03/auslegungs-und-anwendungshinweise-gwg_2020-12.pdf, dort S. 41 (zuletzt abgerufen am 22.5.2022).

b) Auslegungs- und Anwendungshinweise der Bundesnotarkammer

Die Hinweise der Bundesnotarkammer lauten hingegen:

„Insolvenzverwalter, Testamentsvollstrecker oder Nachlassverwalter treten nicht in Vertretung auf, sondern machen ein fremdes Recht im eigenen Namen geltend. Sie sind damit selbst die wirtschaftlich Berechtigten des Vorgangs und damit zu identifizieren, nicht etwa der Insolvenzschuldner oder die Erben."[30]

c) Auslegungs- und Anwendungshinweise der BaFin

Die aktuellen[31] Auslegungs- und Anwendungshinweise der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht weichen davon ab. So heißt es unter der Überschrift „*Keine Feststellung der wirtschaftlich Berechtigten bei Treuhandkonten im Falle der Insolvenz, Testamentsvollstreckung und Zwangsverwaltung*" in den Hinweisen:

„In den Fällen, in denen dem Eigentümer jegliche Einflussnahmemöglichkeit auf die Verwaltung und Verwertung des betroffenen Vermögens kraft Gesetzes entzogen ist, kann keine Veranlassung i. S. d. § 3 Abs. 1 Nr. 2 GwG an den entsprechenden Konten vorliegen. Beispiele hierfür sind Insolvenz, Testamentsvollstreckung und Zwangsverwaltung. Entsprechend kann kein „wahrer" wirtschaftlich Berechtigter vorliegen. Der Erfassung des Insolvenz- bzw. Zwangsverwalters oder Testamentsvollstreckers als „fiktiver" wirtschaftlich Berechtigter des Schuldners bedarf es nicht, weil dieser bereits entweder als Kontoinhaber oder als Verfügungsberechtigter hinterlegt ist."[32]

Das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen, als „Vorgänger" der BaFin, führte mit Schreiben vom 10.5.1999 (Z 5 – B 410) zur Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten gem. § 8 GwG (Insolvenzverwalter) noch aus:

„Ich teile die von Ihnen vertretene Auffassung nicht, daß Insolvenzverwalter, die im Rahmen des Insolvenzverfahrens ein Konto eröffnen, „für eigene Rechnung" handeln. Der Insolvenzverwalter handelt, unabhängig davon, ob man ihn als Vertreter, als Organ oder als Partei kraft Amtes ansieht, zwar „im eigenen Namen", doch stets für fremde Rechnung, nämlich für die Masse. Die von ihm eingegangenen Verbindlichkeiten sind solche der Masse, ebenso wie er für diese erwirbt (vgl. *Jaeger/Henckel*, Konkursordnung, Rz. 29 ff., 35 ff. zu § 6 KO).

Wirtschaftlich Berechtigter wäre mithin nach insolvenzrechtlicher Betrachtung die Masse. Da § 8 Abs. 1 Satz 2 und 3 GwG jedoch die Feststellung von Namen und Anschrift des wirtschaftlich Berechtigten verlangt, halte ich es für erforderlich, den Gemeinschuldner/Schuldner als wirtschaftlich Berechtigten anzugeben. Der Sachverhalt ist insofern etwa der Führung von Rechtsanwaltsanderkonten vergleichbar."[33]

d) FAQs des Bundesverwaltungsamtes

Das Bundesverwaltungsamt (BVA),[34] das die Fach- und Rechtsaufsicht über die für die Führung des Transparenzregisters zuständige Stelle, die Bundesanzeiger Verlag GmbH, ausübt, vertritt naturgemäß eine verwaltungsvereinfachende Ansicht. So finden sich in den vom BVA veröffentlichten FAQs seit kurzem auch Ausführungen zum Insolvenzfall:

„Ist eine Vereinigung/Gesellschaft in Liquidation oder in Insolvenz zur Mitteilung an das Transparenzregister verpflichtet?
Ja. Eine Vereinigung/Gesellschaft in Liquidation oder in Insolvenz ist bis zur Eintragung ihrer Löschung zur Mitteilung an das Transparenzregister und zur Aktualisierung bereits vorhandener Mitteilungen verpflichtet.[35] (...)

Gilt der Insolvenzverwalter als tatsächlich wirtschaftlich Berechtigter?

Aufgrund der ihm nach § 80 Abs. 1 InsO zustehenden Verwaltungs- und insbesondere Verfügungsbefugnis gilt der Insolvenzverwalter als tatsächlich wirtschaftlich Berechtigter. Er übt Kontrolle auf sonstige Weise nach § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GwG[36] aus. Der Insolvenzverwalter gilt neben Kapitalanteil- oder Stimmrechtsinhabern mit über 25 % als wirtschaftlich Berechtigter; er ersetzt diese nicht."[37]

e) Interpretation der Richtlinie in Österreich

Die FAQs des österr. Bundesministeriums für Finanzen[38] gehen detaillierter auf Liquidations-, Sanierungs- und Insolvenzverfahren ein. Die FAQs informieren zum einen über die Frage der Meldepflicht, zum anderen darüber, wen die Meldepflicht trifft. So sind Rechtsträger, die sich in einem Liquidations-, Sanierungs- oder Insolvenzverfahren befinden, (weiterhin) gem. § 5 WiEReG meldepflichtig,[39] bis diese im Firmenbuch gelöscht[40] wurden. Eine im Insolvenzverfahren angeordnete Schließung des Unternehmens hat keinen Einfluss auf die Meldepflicht.

Wirtschaftliche Eigentümer eines Rechtsträgers in einem Liquidations-, Sanierungs- oder Insolvenzverfahren sind nach § 2 WiEReG zu bestimmen.

„Es können daher die rechtlichen Eigentümer nach wie vor auch wirtschaftliche Eigentümer sein. [...] Bei einer subsidiären Feststellung der wirtschaftlichen Eigentümer gemäß § 2 Z 1 lit. b WiEReG ist zu prüfen, wer die oberste Führungsebene des meldepflichtigen Rechtsträgers ist. Als oberste Führungsebene sind diesfalls weiterhin die jeweiligen Organe des Rechtsträgers anzusehen. Insbesondere ist der Masse- bzw. Insolvenzverwalter nur dann als oberste Führungsebene

30 Geldwäschegesetz 2021, Auslegungs- und Anwendungshinweise für Notarinnen und Notare (Stand: Oktober 2021) abrufbar unter: https://www.bnotk.de/fileadmin/user_upload_bnotk/anwendungsempfehlungen/Auslegungs-_und_Anwendungshinweise_zum_GwG_2021.pdf, dort S. 31 (zuletzt abgerufen am 22.5.2022).

31 So auch bislang die Hinweise der Deutschen Kreditwirtschaft zu Insolvenzverwalterkonten: „*Da dem Insolvenzschuldner im Insolvenzverfahren jegliche Einflussnahmemöglichkeiten auf die Verwaltung und Verwertung des von der Insolvenz betroffenen Vermögens kraft Gesetz entzogen sind, kann keine Veranlassung i.S.d. § 1 Abs. 6 GwG an Insolvenzverwalterkonten vorliegen. Entsprechend kann kein wB vorliegen.*"; DK-Hinweise zur Geldwäscheverhinderung (1.2.2014), Zeile 39b abrufbar unter: https://die-dk.de/media/files/DK-HinweiseStand_Februar2014.pdf (zuletzt abgerufen am 22.5.2022).

32 Auslegungs- und Anwendungshinweise der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, Besonderer Teil: Kreditinstitute (Stand: Juni 2021), Ziff. 7.2.2 „Keine Feststellung der wirtschaftlich Berechtigten bei Treuhandkonten im Falle der Insolvenz, Testamentsvollstreckung und Zwangsverwaltung", S. 20 f., abrufbar https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Auslegungsentscheidung/dl_ae_aua_bt_ki_gw.pdf?__blob=publicationFile&v=7 (zuletzt abgerufen am 22.5.2022).

33 abrufbar unter: https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fges%2Fkwg_11_55%2Fcont%2Fkwg_11_55.htm&anchor=Y-100-G-KWG_11_55 (zuletzt abgerufen am 22.5.2022).

34 https://www.bva.bund.de/DE/Das-BVA/Aufgaben/T/Transparenzregister/transparenz_node.html (zuletzt abgerufen am 22.5.2022).

35 Transparenzregister Fragen und Antworten zum Geldwäschegesetz (GwG) Stand: 25.5.2022, S. 4, abrufbar unter https://www.bva.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aufgaben/ZMV/Transparenzregister/Transparenzregister_FAQ.pdf;jsessionid=B704D0C7C5D6C11B36039656A05CF0F4.internet271?__blob=publicationFile&v=34 (zuletzt abgerufen am 31.5.2022).

36 Gemeint ist hier wohl § 3 *Abs. 2* Satz 1 Nr. 3 GwG („auf vergleichbare Weise Kontrolle ausübt"), da die Bezeichnung Kontrolle auf sonstige Weise § 19 Abs. 3 Nr. 1b) GwG entstammt.

37 Transparenzregister Fragen und Antworten zum Geldwäschegesetz (GwG) Stand: 25.05.2022, S. 11; die Ausführungen finden sich dabei unter „*Sonderfälle: Vetorecht, Poolvertrag, Treuhand, Nießbrauch, Insolvenzverwalter, Testamentsvollstrecker*".

38 Österr. Bundessministerium für Finanzen, FAQs zum Register der wirtschaftlichen Eigentümer, Stand: März 2021, S. 33 ff. abrufbar unter https://www.bmf.gv.at/dam/jcr:0382bfaa-ff33-441a-b56c-53383a985a2d/FAQs_zum_Register_der_wirtschaftlichen_Eigent%C3%BCmer.pdf (zuletzt abgerufen am 22.5.2022).

39 Befreiungen von der Meldepflicht regelt § 6 WiEReG.

40 Die Meldepflicht endet erst mit der Löschung des Rechtsträgers im jeweiligen Stammregister (Firmenbuch, Vereinsregister oder Ergänzungsregister), so die FAQs weiter.

zu melden, wenn der Rechtsträger über keine solche mehr verfügt. Liquidatoren sind hingegen als oberste Führungsebene anzusehen und können auch subsidiäre wirtschaftliche Eigentümer sein. Wurde für die Gesellschaft kein Organ mehr bestellt (kein Geschäftsführer oder Liquidator), dann kann für die Gesellschaft ab dem 1.10.2018 trotzdem eine subsidiäre Meldung abgegeben werden. Diesfalls wird der Insolvenzverwalter automatisationsunterstützt als subsidiärer wirtschaftlicher Eigentümer übernommen, bis wieder ein Geschäftsführer im Firmenbuch eingetragen wird. Dieser wird diesfalls automatisationsunterstützt als wirtschaftlicher Eigentümer übernommen."[41]

Im Hinblick auf die Frage, wen die Meldepflicht in diesen Fällen trifft, führen die FAQs aus:

„Adressat der Meldepflicht gemäß § 5 WiEReG ist immer der Rechtsträger selbst. Für die Erfüllung dieser Verpflichtung sind die vertretungsbefugten Organe des Rechtsträgers verantwortlich. Bei Rechtsträgern, die sich in einem Liquidationsverfahren befinden, ist die Meldepflicht durch die Liquidatoren zu erfüllen. Bei Rechtsträgern, die sich in einem Sanierungsverfahren (mit oder ohne Eigenverwaltung) oder Konkursverfahren befinden, sind die jeweiligen organschaftlichen Vertreter des Rechtsträgers (zB die Geschäftsführer einer GmbH) verpflichtet die Meldung gemäß § 5 WiEReG zu erstatten. [...]

Der Insolvenzverwalter ist gem. § 83 Abs. 1 IO nicht berechtigt Meldungen gem. § 5 WiEReG abzugeben oder einen anderen Parteienvertreter mit der Durchführung der Meldung zu beauftragen. Die Durchführung von Meldungen gem. § 5 WiEReG ist keine Angelegenheit, die die Masse betrifft und ist daher keine Obliegenheit, die die Erfüllung des Amtes des Insolvenzverwalters mit sich bringt. Auch wenn keine handlungsfähigen organschaftlichen Vertreter des Rechtsträgers mehr vorhanden sind, geht diese Verpflichtung nicht auf den Insolvenzverwalter über."

2. Beurteilung

Die verschiedenen und zum Teil auch widersprüchlichen Ansätze zeigen, dass die Frage, wer wirtschaftlich Berechtigter der Insolvenzschuldnerin ist und mithin zum Transparenzregister gemeldet werden muss, näherer Untersuchung bedarf.

Um (selbst) originärer wirtschaftlich Berechtigter zu sein, müsste der Insolvenzverwalter die natürliche Person sein, in deren Eigentum oder unter deren Kontrolle eine juristische Person, sonstige Gesellschaft oder eine Rechtsgestaltung i.S.d. Abs. 3 letztlich steht (§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GwG), bzw. die natürliche Person, auf deren Veranlassung eine Transaktion letztlich durchgeführt oder eine Geschäftsbeziehung letztlich begründet wird (§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GwG).[42]

a) § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Alt. 1 GwG („in deren Eigentum")

Die Frage, ob es sich beim Insolvenzverwalter um die natürliche Person handelt, in deren Eigentum eine juristische Person, sonstige Gesellschaft oder eine Rechtsgestaltung i.S.d. Abs. 3 letztlich steht, ist zügig zu beantworten.

So ist der Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse auf den Insolvenzverwalter (§ 80 Abs. 1 InsO) auf das zur Insolvenzmasse (§ 35 Abs. 1 InsO) gehörende Vermögen beschränkt. Die Eigentumsrechte an den zur Insolvenzmasse gehörenden Gegenständen werden vom Verlust der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse nicht berührt und die Schuldnerin, der Schuldner, bzw. das schuldnerische Unternehmen bleiben Eigentümer der insolvenzbefangenen Sachen sowie der in die Masse fallenden Rechte und Forderungen.[43]

b) § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Alt. 2 GwG („unter deren Kontrolle")

Ist damit der Insolvenzverwalter nicht die natürliche Person, in deren Eigentum eine juristische Person, sonstige Gesellschaft oder eine Rechtsgestaltung i.S.d. Abs. 3 letztlich steht, stellt sich die Frage, ob diese (zumindest) unter seiner Kontrolle (i.S.d. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Alt. 2 GwG) stehen.

Gem. § 3 Abs. 1 Satz 2 GwG zählen zu den wirtschaftlich Berechtigten insbesondere die in den Abs. 2 bis 4 aufgeführten natürlichen Personen. Wer bei juristischen Personen außer rechtsfähigen Stiftungen und bei sonstigen Gesellschaften, die nicht an einem organisierten Markt nach § 2 Abs. 11 des WpHG notiert sind und keinen dem Gemeinschaftsrecht entsprechenden Transparenzanforderungen im Hinblick auf Stimmrechtsanteile oder gleichwertigen internationalen Standards unterliegen, aufgrund der Ausübung unmittelbarer, bzw. mittelbarer Kontrolle zu den wirtschaftlich Berechtigten zählt, regelt § 3 Abs. 2 Satz 1 GwG. Danach ist wirtschaftlich Berechtigter, wer mehr als 25 Prozent der Kapitalanteile hält (Nr. 1), wer mehr als 25 Prozent der Stimmrechte kontrolliert (Nr. 2) oder auf vergleichbare Weise Kontrolle ausübt (Nr. 3).

Mittelbare Kontrolle liegt gem. § 3 Abs. 2 Satz 2 GwG insbesondere vor, „wenn entsprechende Anteile von einer oder mehreren Vereinigungen nach § 20 Absatz 1 gehalten werden, die von einer natürlichen Person kontrolliert werden. Kontrolle liegt insbesondere vor, wenn die natürliche Person unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss auf die Vereinigung nach § 20 Absatz 1 ausüben kann. Für das Bestehen eines beherrschenden Einflusses gilt § 290 Absatz 2 bis 4 des Handelsgesetzbuchs entsprechend", so das Gesetz weiter.

Abzustellen[44] ist damit zunächst auf die Kapitalanteile/Stimmrechte, bzw. die Kontrolle über diese Anteile der Gesellschaft.[45]

aa) Halten von Kapitalanteilen

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ändert nichts an der Verteilung der Anteile auf die Gesellschafter. Der Insolvenzverwalter wird nicht etwa Gesellschafter, sondern er führt lediglich

41 FAQs zum Register der wirtschaftlichen Eigentümer, S. 34.

42 So regelt § 19 Abs. 3 Nr. 1 GwG im Hinblick auf die zum Transparenzregister notwendigen Angaben zum wirtschaftlich Berechtigten: *„Die Angaben zu Art und Umfang des wirtschaftlichen Interesses nach Absatz 1 Nummer 4 zeigen, woraus die Stellung als wirtschaftlich Berechtigter folgt, und zwar 1. bei Vereinigungen nach § 20 Absatz 1 Satz 1 mit Ausnahme der rechtsfähigen Stiftungen aus a) der Beteiligung an der Vereinigung selbst, insbesondere der Höhe der Kapitalanteile oder der Stimmrechte, b) der Ausübung von Kontrolle auf sonstige Weise, insbesondere aufgrund von Absprachen zwischen einem Dritten und einem Anteilseigner oder zwischen mehreren Anteilseignern untereinander, oder aufgrund der einem Dritten eingeräumten Befugnis zur Ernennung von gesetzlichen Vertretern oder anderen Organmitgliedern oder c) der Funktion des gesetzlichen Vertreters, geschäftsführenden Gesellschafters oder Partners, (...)"*

43 *Mock* in Uhlenbruck, 15. Aufl. 2019, § 80 InsO Rz. 11, 63.

44 Vgl. dazu auch § 19 Abs. 3 Nr. 1 a) GwG, wonach die Angaben zu Art und Umfang des wirtschaftlichen Interesses nach Absatz 1 Nummer 4 zeigen, woraus die Stellung als wirtschaftlich Berechtigter folgt, und zwar bei Vereinigungen nach § 20 Absatz 1 Satz 1 mit Ausnahme der rechtsfähigen Stiftungen aus der Beteiligung an der Vereinigung selbst, insbesondere der Höhe der Kapitalanteile oder der Stimmrechte.

45 *Figura* in Herzog, 4. Aufl. 2020, § 3 GwG Rz. 9.

die Geschäfte der Schuldnerin im Interesse der Gläubiger (fort). Da die Anteile weiterhin von den Gesellschaftern gehalten werden, dürften diese grundsätzlich – ungeachtet der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens und Bestellung eines Insolvenzverwalters – als wirtschaftlich Berechtigte anzusehen sein. Dass dies eine logische und konsequente Betrachtungsweise darstellt, zeigt ein Vergleich mit einer typischen GmbH & Co. KG. Entsprechend dem gesetzlichen Regelfall hat ein Kommanditist keine Einflussmöglichkeiten auf die Unternehmensführung, vgl. § 164 Satz 1 HGB. Die Geschäftsführung obliegt allein dem persönlich haftenden Gesellschafter. Nichtsdestotrotz gilt der Kommanditist als wirtschaftlich Berechtigter i.S.d. § 3 Abs. 2 GwG, wenn er mit mehr als 25 % am Kapital beteiligt ist.[46] Insoweit zeigt sich, dass die Beteiligung am Kapital der entscheidende Maßstab für die Beurteilung ist und nicht etwa die Geschäftsführung.

bb) Kontrolle von Stimmrechten

Ausweislich § 238a InsO bestimmt sich das Stimmrecht der Anteilsinhaber des Schuldners allein nach deren Beteiligung am gezeichneten Kapital oder Vermögen des Schuldners. Stimmrechtsbeschränkungen, Sonder- oder Mehrheitsstimmrechte bleiben außer Betracht. Es ist damit ausschließlich auf die Anteile, nicht aber auf sonstige Mitgliedschaftsrechte abzustellen, was dazu führt, dass die Stimmrechte im Planverfahren nicht zwangsläufig den Stimmrechten entsprechen, die nach dem Gesellschaftsrecht den Anteilsinhabern zustehen.[47] Dort entscheiden die Forderungen in den jeweiligen Rangklassen über etwaige Stimmrechte.

An einer Kontrolle von Stimmrechten über dem in § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GwG genannten Schwellenwert durch den Insolvenzverwalter fehlt es jedoch.

cc) Ausübung von Kontrolle auf vergleichbare Weise

Zweck der Vorschrift des § 3 GwG ist es *„die natürliche Person zu erfassen, die auf die Kundenbeziehung zum Verpflichteten maßgeblich Einfluss nehmen kann"*.[48] Zu den wirtschaftlich Berechtigten zählt daher auch jede natürliche Person, die unmittelbar oder mittelbar auf vergleichbare Weise Kontrolle ausübt. In § 19 Abs. 3 GwG wird näher bestimmt, was unter Art und Umfang des wirtschaftlichen Interesses im Sinne von Abs. 1 Nr. 4 für die jeweiligen Vereinigungen im Sinne des § 20 Abs. 1 Satz 1 zu verstehen ist.[49] Zur Ausübung von Kontrolle auf sonstige Weise[50] definiert § 19 Abs. 3 Nr. 1b) GwG im Hinblick auf die Angaben zu Art und Umfang des wirtschaftlichen Interesses, woraus die Stellung als wirtschaftlich Berechtigter folgt: *„insbesondere aufgrund von Absprachen zwischen einem Dritten und einem Anteilseigner oder zwischen mehreren Anteilseignern untereinander, oder aufgrund der einem Dritten eingeräumten Befugnis zur Ernennung von gesetzlichen Vertretern oder anderen Organmitgliedern"*.[51] Die FAQs des Bundesverwaltungsamtes führen dazu aus:

„Die Angabe „Ausübung von Kontrolle auf sonstige Weise (§ 19 Abs. 3 Nr. 1 Buchstabe b GwG) ist insbesondere zu wählen, wenn eine natürliche Person wirtschaftlich berechtigt aufgrund eines Widerspruchs-/ Vetorechts ist und somit die unmittelbare oder mittelbare Kontrolle über Entscheidungen der Mitglieder-, Haupt- oder Gesellschafterversammlungen hat. (...) Des Weiteren üben auch Komplementäre von Kommanditgesellschaften oder andere persönlich haftende Gesellschafter aufgrund ihrer besonderen gesellschaftsrechtlichen Stellung eine Kontrolle auf sonstige Weise nach § 3 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GwG aus. „Kontrolle auf sonstige Weise" liegt jedoch nicht vor, wenn Kapitalanteile oder Stimmrechte mittelbar über andere Vereinigungen oder Personen kontrolliert werden."[52]

Kontrolle liegt damit nicht nur vor, wenn eine natürliche Person eine bestimmte Entscheidung herbeiführen kann, sondern auch dann, wenn sie eine solche, bspw. durch ein Widerspruchs-/Vetorecht verhindern kann.[53]

Folgt man der Auffassung, dass Kontrolle auf „vergleichbare Weise" nicht nur dann vorliegt, wenn der Einfluss auf die Gesellschaft mitgliedschaftlich (gesellschaftsrechtlich) geprägt ist, sondern auch durch schuldrechtliche Absprachen begründet werden kann,[54] fehlt es jedoch bereits an einem schuldrechtlichen Treuhandverhältnis, da der Insolvenzverwalter als Amtstreuhänder tätig ist.[55]

Zudem bleibt der Schuldner bzw. das Schuldnerunternehmen bezüglich der insolvenzfreien Vermögensgegenstände (§ 36 InsO) bzw. im Bereich gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen berechtigt, über Geschäftsanteile zu verfügen und Beschlüsse zu fassen.[56] Die Verfügungsbefugnis eines Insolvenzverwalters blockiert nicht die Disposition des oder der Gesellschafter, etwa – auch während der Laufzeit eines Insolvenzverfahrens – Anteile zu verpfänden, zu belasten oder diese zu verkaufen. Zudem können die Organmitglieder nur von den dafür zuständigen Gesellschaftsorganen abberufen oder neu bestellt werden.[57] Neben den verbleibenden Restbefugnissen obliegt vor allem die Wahrnehmung verfahrensrechtlicher Befugnisse und Pflichten den vertretungsberechtigten Organen. Zu den Restbefugnissen zählen *„z.B. die Geschäftsleitungsbefugnis, die Befugnis, Gesellschafterversammlungen (Hauptversammlungen) einzuberufen, Handelsregisteranmeldungen vorzunehmen"*.[58] Eine Ausübung von Kontrolle auf vergleichbare, bzw. sonstige Weise durch den Insolvenzverwalter scheidet damit ebenfalls aus.

46 *Figura* in Herzog, 4. Aufl. 2020, § 3 GwG Rz. 11.

47 *Thies/Lieder* in HambKomm/InsO, 9. Aufl. 2022, § 238a InsO Rz. 3.

48 Gesetzesentwurf zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen, BT-Drucks. 18/11555 zu § 3, S. 108, abrufbar unter https://dserver.bundestag.de/btd/18/115/1811555.pdf (zuletzt abgerufen am 22.5.2022).

49 Vgl. BT-Drucks. 18/11555 zu § 19, S. 127.

50 Auch wenn § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GwG von Kontrolle auf *vergleichbarer Weise* und § 19 Abs. 3 Nr. 1b) GwG von Kontrolle *auf sonstige Weise* sprechen, ist in § 19 Abs. 2 GwG klargestellt, dass die in § 3 GwG enthaltenen Definitionen auch im Zusammenhang mit dem Transparenzregister maßgeblich sind, vgl. dazu auch *Figura* in Herzog, 4. Aufl. 2020, § 19 GwG Rz. 3.

51 Zur streitigen Frage, ob auch eine faktische Kontrolle zu einer „Kontrolle" i.S.d. § 3 GwG führen kann, überzeugend *Köhler* in ZIP 2020, 1405, 1406 m.w.N., der eine rein faktische Kontrolle als nicht ausreichend erachtet, da es an einem übereinstimmenden Willen der Parteien fehlt, sodass die Einflussnahme nicht hinreichend rechtlich gesichert ist.

52 Transparenzregister Fragen und Antworten zum Geldwäschegesetz (GwG) Stand: 25.5.2022, S. 20.

53 Zur GmbH vgl. *Koehler*, ZIP 2020, 1406.

54 Vgl. *Koehler*, ZIP 2020, 1406.

55 Ausführlich zur rechtlichen Stellung des Insolvenzverwalters nachfolgend unter I 2 c aa (2).

56 *Mock* in Uhlenbruck, 15. Aufl. 2019, § 80 InsO Rz. 73.

57 *Kuleisa* in HambKomm/InsO, 9. Aufl. 2022, § 80 InsO Rz. 33 mit weiteren Beispielen zu den (Rest-)Kompetenzen.

58 *Mock* in Uhlenbruck, 15. Aufl. 2019, § 80 InsO Rz. 32.

c) § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GwG („auf deren Veranlassung")

Wirtschaftlich Berechtigter ist (auch) die natürliche Person, auf deren Veranlassung eine Transaktion letztlich durchgeführt oder eine Geschäftsbeziehung letztlich begründet wird (§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GwG).[59]

aa) Veranlasser einer Transaktion

Die Legaldefinition der Transaktion findet sich in § 1 Abs. 5 GwG. Transaktion ist oder sind danach eine oder, soweit zwischen ihnen eine Verbindung zu bestehen scheint, mehrere Handlungen, die eine Geldbewegung oder eine sonstige Vermögensverschiebung bezweckt oder bezwecken oder bewirkt oder bewirken.[60] Bei Vermittlungstätigkeiten von Verpflichteten nach § 2 Abs. 1 Nr. 14 und 16 gilt als Transaktion im Sinne dieses Gesetzes das vermittelte Rechtsgeschäft.

Es stellt sich zunächst die Frage, ob der Insolvenzverwalter überhaupt als Veranlasser der Durchführung einer Transaktion i.S.d. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Alt. 1 GwG einzuordnen ist. So soll die Identifizierungspflicht des wirtschaftlichen Berechtigten ja gerade „Strohmanngeschäften" entgegenwirken und denjenigen sichtbar machen, in dessen wirtschaftlichen oder rechtlichen Interesse eine Transaktion erfolgt.[61]

Zentraler Ansatz bei der Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung ist es, die Identität des jeweiligen Vertragspartners zu kennen. *„Damit wird zum einen der Wegfall der Anonymität bezweckt. Das Transparenzgebot soll im Interesse des Verpflichteten verhindern, dass Transaktionen zu Zwecken der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung missbraucht werden. Zum anderen soll diese Verpflichtung sicherstellen, dass die Ermittlungsbehörden im Falle von Anhaltspunkten für Geldwäsche- oder Terrorismusfinanzierungsaktivitäten anhand der Identität der betreffenden Person der so genannten „Papierspur" folgen und dadurch gegebenenfalls Täter überführen können."*[62]

(1) Transparenz bereits durch Insolvenzverfahren

Das Transparenzregister- und Finanzinformationsgesetz soll der Verbesserung der Nutzbarkeit des Transparenzregisters einschließlich der Schaffung der datenseitigen Voraussetzungen der im Jahr 2021 anstehenden europäischen Transparenzregistervernetzung gemäß der EU-Geldwäscherichtlinie, zum anderen zur Umsetzung der EU-Finanzinformationsrichtlinie über die Nutzung von Finanzinformationen bei der Bekämpfung schwerer Straftaten dienen.[63]

Im Fokus der gesetzgeberischen Intention steht auch hier die Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung. Die in den Transparenzregistern gesammelten und gebündelten Finanzinformationen sollen bei der Bekämpfung von schweren Straftaten herangezogen und die Verfolgung und Aufklärung derselben erleichtern.[64] Wie bereits der Name des Registers indiziert, wird mit der Meldepflicht eine erhöhte Transparenz in Bezug auf die wirtschaftlich Berechtigten von juristischen Personen des Privatrechts, Personengesellschaften und anderen Rechtsgestaltungen angestrebt.[65] Dieses erhöhte Maß an Transparenz soll die Hemmschwelle für Straftaten anheben. Somit sollen die Möglichkeiten, sich hinter einem – mitunter nicht ohne weiteres zu durchdringenden – Geflecht aus Gesellschaften zu verstecken und aus dieser verdeckten Position heraus in kriminellen Absichten zu agieren, eingeschränkt werden.[66]

Ausgehend von dieser klaren und eindeutigen Zielsetzung des Transparenzregisters kann von einem „Verstecken" des Insolvenzverwalters hinter einem Firmengeflecht ebenso wenig die Rede sein, wie von einer Gefahr drohender Straftaten. Im Gegenteil; die Eröffnung des Insolvenzverfahrens und mit ihm der bestellte Insolvenzverwalter sind stets öffentlich bekannt zu machen (https://neu.insolvenzbekanntmachungen.de/ap/). Insoweit ist der Insolvenzverwalter ohnehin dem Gericht, das ihn im Übrigen nach den gesetzlichen Kriterien des § 56 InsO ausgewählt hat, sowie der Öffentlichkeit bekannt. Nach Eröffnung des Verfahrens wird von Amts wegen ein Insolvenzvermerk im Handelsregister für das jeweilige Unternehmen eingetragen, so dass der Rechtsverkehr informiert ist.

Ebenso liegt es fern, eine vom Insolvenzverwalter ausgehende drohende Gefahr der Begehung von Straftaten, konkret der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, anzunehmen. Ein präventiver Schutz zur Verhinderung von Finanzkriminalität – soweit er überhaupt für notwendig erachtet wird – wird bereits dadurch gewährleistet, dass der Insolvenzverwalter unter der Aufsicht des Insolvenzgerichts steht, welches die Verfahrensabwicklung und die Maßnahmen des Insolvenzverwalters überwacht (§ 58 Abs. 1 InsO). Neben der Aufsicht des Insolvenzgerichts wird der (vorläufige) Insolvenzverwalter zudem durch Gläubigergremien[67] überwacht, §§ 69, 21 Abs. 2 Nr. 1a) InsO.

Darüber hinaus drohen dem Insolvenzverwalter eine Entlassung, Haftung und ggf. sogar strafrechtliche Verfolgung, sollte er Straftaten, von denen er im Rahmen der Insolvenzverwaltung Kenntnis erlangt, nicht unverzüglich anzeigen oder sich gar daran beteiligen. Es zeigt sich, dass die Insolvenzordnung bereits über ein eigenes System verfügt, um Transparenz zu schaffen und Straftaten aufzudecken und vorzubeugen.

Auch sorgt Ziff. IX der Anordnung über Mitteilungen in Zivilsachen (MiZi) für die notwendige Weitergabe von Informationen in Insolvenzverfahren, insb. an Behörden, wie bspw. auch die zuständigen Staatsanwaltschaften. Im Rahmen etwaiger Er-

59 Auch wenn ausweislich der Gesetzesbegründung für das Transparenzregister die wirtschaftlich Berechtigten nicht im Zusammenhang mit konkreten Geschäftsbeziehungen oder Transaktionen mit Verpflichteten ermittelt werden (BT-Drucks. 18/11555, vgl. dazu Fn. 21), soll an dieser Stelle vorsorglich auf § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GwG eingegangen werden.

60 Bei Vermittlungstätigkeiten von Verpflichteten nach § 2 Abs. 1 Nr. 14 und 16 gilt als Transaktion im Sinne dieses Gesetzes das vermittelte Rechtsgeschäft (vgl. § 1 Abs. 5 Satz 2 GwG).

61 Gesetzentwurf zur Ergänzung der Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschebekämpfungsergänzungsgesetz – GwBekErgG), BT-Drucks. 16/9038 v. 5.5.2008,: S. 20, abrufbar unter: https://dserver.bundestag.de/btd/16/090/1609038.pdf (zuletzt abgerufen am 22.5.2022).

62 BT-Drucks. 16/9038 v. 5.5.2008, S. 33.

63 Gesetzentwurf Transparenzregister- und Finanzinformationsgesetz, BT-Drucks. 19/28164, S. 1.

64 *Fisch*, NZG 2017, 408; *Bode/Gätsch*, NZG 2021, 437; *Figura* in Herzog, 4. Aufl. 2020, § 11 GwG Rz. 28.

65 *Bode/Gätsch*, NZG 2021, 437; *Figura* in Herzog, 4. Aufl. 2020, § 11 GwG Rz. 28.

66 *Fisch*, NZG 2017, 408; *Goette*, DStR 2021, 1551.

67 Vgl. auch § 68 InsO.

mittlungsverfahren ist der Insolvenzverwalter sodann regelmäßig Ansprechpartner derselben.

Von einer Verschleierung von Personen und einem Missbrauch von Strukturen zum Zwecke der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung kann im Insolvenzverfahren, insbesondere auch im Hinblick auf die Zielsetzung des Transparenzregisters, damit nicht die Rede sein.

(2) Amtstheorie spricht gegen „Veranlassung"

Auch wenn die rechtliche Einordnung des Konkurs-/Insolvenzverwalters seit Inkrafttreten der Konkursordnung umstritten ist, hat sich doch die sog. Amtstheorie als überwiegend vertretene und für die Lösung von Praxisproblemen als brauchbarste erwiesen. Zum besseren Verständnis sollen die wesentlichen Standpunkte jedoch kurz zusammengefasst werden.

Nach der sog. Vertretertheorie ist der Insolvenzverwalter der gesetzliche Vertreter des Schuldners für das massebefangene Vermögen. *„Grundlage dieser Ansicht ist der Gedanke, die Gläubigerschaft habe ein Generalpfandrecht an der Masse, welches der Insolvenzverwalter ausübt."*[68] *„Gegen die Vertretertheorie wird eingewandt, dass der Verwalter nur im Hinblick auf die Insolvenzmasse, und nicht auf das von der Verfahrenseröffnung ausgeschlossene Vermögen, vertretungsberechtigt ist. Ferner leite er seine Rechtsmacht über das Vermögen der Insolvenzmasse gerade nicht vom Schuldner ab, da diese dem Schuldner durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens gerade entzogen wurde."*[69] Zweck des Insolvenzverfahrens ist die gemeinschaftliche Befriedigung der Gläubiger (§ 1 Satz 1 InsO).

Nach der sog. Organtheorie ist der Verwalter gesetzliches Vertretungsorgan der Insolvenzmasse. Diese sei rechtlich selbstständig und als eigene Rechtspersönlichkeit oder selbstständiges Sondervermögen anzusehen.[70] Die Kritik an dieser Theorie stützt sich darauf, dass sich die Verselbstständigung der Insolvenzmasse als Quasi-Rechtssubjekt schwer mit dem System des Zivilrechts vereinbaren lässt und den Schuldner als Rechtsträger völlig ausschaltet.[71]

Die von der Rechtsprechung und in weiten Teilen des Schrifttums vertretene Amtstheorie, der hier gefolgt wird, sieht den Insolvenzverwalter vielmehr als Träger eines privaten Amtes. Sie stellt darauf ab, *„dass der Insolvenzverwalter materiell-rechtlich im eigenen Namen und aus eigenem Recht mit Wirkung für und gegen die Insolvenzmasse handelt. Der Insolvenzverwalter wird als Amtstreuhänder verstanden, der seine Befugnisse nicht im eigenen Interesse, sondern treuhänderisch ausübt. (...) Der Schuldner bleibt selbst Träger der Rechte und Pflichten und haftet für Verbindlichkeiten mit der Insolvenzmasse. Prozessual handelt der Verwalter kraft gesetzlicher Prozessstandschaft und ist damit [...] im Prozess selbst Partei mit uneingeschränkter Prozessführungsbefugnis."*[72]

Den Insolvenzverwalter als Veranlasser i.S.d. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GwG zu sehen, um denjenigen sichtbar machen, in dessen wirtschaftlichen oder rechtlichen Interesse eine Transaktion erfolgt, erscheint aus den o.g. Gründen nicht überzeugend.

Auch die Regelung des § 3 Abs. 4 GwG, wonach bei Handeln auf Veranlassung derjenige zu den wirtschaftlich Berechtigten zählt, auf dessen Veranlassung die Transaktion durchgeführt wird und soweit der Vertragspartner als Treuhänder handelt, er ebenfalls auf Veranlassung handelt, ist nicht einschlägig. Das frühere Regelbeispiel des § 1 Abs. 6 Satz 2 Nr. 3 GwG a.F., das nun in § 3 Abs. 4 GwG normiert ist, dient als Auffangregelung. Damit sollen auch die Fälle erfasst werden, die zwar nicht den vorhergehenden Absätzen zugeordnet werden können, „in denen aber gleichwohl eine andere Person als der Vertragspartner aufgrund (wirtschaftlicher) Beherrschung der Geschäftsbeziehung als eigentlich Berechtigter anzusehen ist."[73] Vorliegend handelt es sich jedoch nicht um ein (schuldrechtliches) Treuhandverhältnis, sondern der gerichtlich bestellte Insolvenzverwalter tritt als Amtstreuhänder auf. Dieser arbeitet ein gesetzlich vorgegebenes „Programm" ab, das nicht in seinem Belieben steht.

Dass der Insolvenzverwalter kein „Veranlasser" i.S.d. § 3 GwG ist, zeigt sich auch im Verhältnis zu den Gläubigergremien. Will der Insolvenzverwalter bspw. Rechtshandlungen vornehmen, die für das Insolvenzverfahren besonders bedeutsam sind, hat er die Zustimmung des Gläubigerausschusses einzuholen (§ 160 Abs. 1 Satz 1 InsO),[74] ebenso, wenn er vor dem Berichtstermin das Unternehmen des Schuldners stilllegen oder veräußern will.

bb) Veranlasser der Begründung einer Geschäftsbeziehung

(Veranlasste) Geschäftsbeziehung im Sinne des GwG ist jede Beziehung, die unmittelbar in Verbindung mit den gewerblichen oder beruflichen Aktivitäten der Verpflichteten steht und bei der beim Zustandekommen des Kontakts davon ausgegangen wird, dass sie von gewisser Dauer sein wird (§ 1 Abs. 4 GwG). Unstreitig ist der Insolvenzverwalter kein Verpflichteter i.S.d. Geldwäschegesetzes. So wird er, anders als bspw. Rechtsanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, vereidigte Buchprüfer oder Steuerberater, nicht im Kreis der Verpflichteten in § 2 GwG genannt. Der Gesetzgeber hat hier – zu Recht – keinen Bedarf gesehen.[75]

Beispielhaft sei an dieser Stelle eine Entscheidung des OLG Dresden erwähnt. Hier hatte der Insolvenzverwalter von einem Versicherungsunternehmen die Auszahlung einer in der Person

68 *Kuleisa* in HambKomm/InsO, 9. Aufl. 2022, § 80 InsO Rz. 5.

69 *Kästner*, Beruf und Berufsrecht des Insolvenzverwalters, 1. Aufl. 2018, S. 52 m.w.N.

70 *Kuleisa* in HambKomm/InsO, 9. Aufl. 2022, § 80 InsO Rz. 6.

71 *Kästner*, Beruf und Berufsrecht des Insolvenzverwalters, 1. Aufl. 2018, S. 53 m.w.N.

72 *Kästner*, Beruf und Berufsrecht des Insolvenzverwalters, 1. Aufl. 2018, S. 52 m.w.N.

73 Gesetzentwurf zur Optimierung der Geldwäscheprävention, BT-Drucks. 17/6804 v. 17.8.2011, S. 25, abrufbar unter https://dserver.bundestag.de/btd/17/068/1706804.pdf (zuletzt abgerufen am 22.5.2022).

74 Für den Fall, dass ein Gläubigerausschuss nicht bestellt ist, s. § 160 Abs. 1 Satz 2 InsO.

75 Unabhängig von der Diskussion um ein eigenständiges Berufsrecht für Insolvenzverwalter, sieht selbst die Bundesrechtsanwaltskammer einen Insolvenzverwalter der zugleich auch Rechtsanwalt ist, nicht als Verpflichteten i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG an, vgl. dazu Auslegungs- und Anwendungshinweise der BRAK zum Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegesetz – GwG), Stand: Februar 2021, S. 10, Rz. 11: *„Wird ein Rechtsanwalt im Rahmen eines ihm übertragenen Amtes tätig, das kein Mandatsverhältnis begründet (z.B. als Insolvenzverwalter oder Sachwalter, Schiedsrichter, Testamentsvollstrecker, Nachlasspfleger, Vormund, Verfahrenspfleger, Betreuer; dagegen nicht: Kanzlei-Abwickler), ist er – ungeachtet der möglichen Einordnung in eine andere Verpflichtetengruppe des GwG – nicht Verpflichteter i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG."*, abrufbar unter: https://www.brak.de/fileadmin/newsletter_archiv/berlin/2021/gwg.pdf (zuletzt abgerufen am 22.5.2022).

des Insolvenzschuldners begründeten Zahlungsforderung verlangt und der Versicherer machte die Auszahlung von der Vorlage des Personalausweises, bzw. des Nachweises, dass die Auszahlung auf ein Anderkonto erfolgt, abhängig. Das OLG lehnte eine Identifizierungspflicht des Versicherers ab und verwies in seiner Begründung darauf, dass *„[e]in Insolvenzverwalter – sofern er zugelassener Rechtsanwalt ist – unterhält aber weder zum Schuldner noch zu dessen Gläubigern eine (vertragliche) Mandatsbeziehung. Er wird vielmehr in Ausübung eines ihm aufgrund Hoheitsaktes (Amtsgerichtsbeschluss) verliehenen Amtes tätig. Jedoch trifft nicht nur der Wortlaut dieser „Kataloggeschäfte" nicht zu. Darüber hinaus gebieten auch Sinn und Zweck des Geldwäschegesetzes es nicht, das Rechtsverhältnis zwischen Insolvenzverwalter und Schuldner oder zwischen Insolvenzverwalter und Gläubigern als „Mandatsverhältnis" i.S. dieser Vorschrift anzusehen. Dieser liegt nämlich darin, zu verhindern, dass das vertrauliche Verhältnis zwischen Mandant und Rechtsanwalt missbraucht wird, um herkunftsverschleiernde Transfers und Geldtransaktionen durchzuführen. Darum geht es im Falle einer hoheitlich angeordneten Insolvenzverwaltung gerade nicht. Der Insolvenzverwalter unterliegt ohnehin Berichtspflichten und der Kontrolle durch das Insolvenzgericht. Die Gleichstellung mit einem „Mandatsverhältnis" liegt vor diesem Hintergrund neben der Sache."*[76]

d) Fazit

Nach der herrschenden Amtstheorie zur rechtlichen Stellung des Insolvenzverwalters, der den Zielen der Insolvenzordnung, d.h. der gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger, verpflichtet ist, bleibt der Schuldner – trotz des Übergangs der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis – Träger von Rechten und Pflichten[77] und mithin wirtschaftlich Berechtigter.[78]

Die Auslegungs- und Anwendungshinweise der Bundesländer stellen zu Recht darauf ab, dass *„Eine Feststellung der Insolvenzschuldner [...] als wirtschaftlich Berechtigte [...] nicht erforderlich [ist], da ihnen in den genannten Fallkonstellationen jegliche Einflussmöglichkeit auf die Verwaltung und Verwertung des betroffenen Vermögens kraft Gesetz entzogen ist."*[79]

Es steht mithin nicht in Frage, dass der Schuldner wirtschaftlich Berechtigter ist, sondern lediglich, ob die Feststellung desselben im Insolvenzfall noch sinnvoll ist. Um im Insolvenzfall jedoch etwaigen Identifizierungspflichten der Verpflichteten i.S.d. § 2 GwG nachzukommen, sind nach Auffassung der Länder *„Geschäftspartner eines GwG-Verpflichteten sind (...) die Genannten selbst, nicht etwa die „vertretenen" Insolvenzschuldner (...)"*.

Die (kontenbezogenen[80]) Auslegungshinweise der BaFin gehen ebenfalls nicht davon aus, dass der Insolvenzverwalter wirtschaftlich Berechtigter des Schuldners wäre. Sie stellen im Insolvenzfall lediglich darauf ab, dass aufgrund dessen, dass *„dem Eigentümer jegliche Einflussnahmemöglichkeit auf die Verwaltung und Verwertung des betroffenen Vermögens kraft Gesetzes entzogen ist, [...] keine Veranlassung [...] an den entsprechenden Konten vorliegen. [...[„* und *„Entsprechend [...] kein „wahrer" wirtschaftlich Berechtigter vorliegen [kann]"*.[81]

Den Hinweisen der Bundesnotarkammer, wonach die Insolvenzverwalter *„[...] selbst die wirtschaftlich Berechtigten des Vorgangs und damit zu identifizieren [sind], [...]."*[82]kann insoweit nicht gefolgt werden.[83] Ggf. sind diese aus Sicht des zur Identifizierung verpflichteten Berufsstandes rein praktischer Natur.

Dass das Bundesverwaltungsamt (BVA) den Insolvenzverwalter als zusätzlichen wirtschaftlich Berechtigten erfassen möchte, versteht sich. Die Behörde will erreichen, dass jedenfalls eine Person „greifbar" ist und bleibt. Denn vielfach sind Ex-Geschäftsführer von Gesellschaften nicht (mehr) erreichbar oder melden sich einfach nicht. Der Insolvenzverwalter wäre für das BVA eine praktisch greifbare Person und damit „Zielsubjekt", allerdings – nach hiesiger Auffassung – ein unbrauchbares.

Zu betonen ist auch, dass der Vermerk der Löschung im Handelsregister (noch) nicht zur Vollbeendigung der Gesellschaft führt. Der Vermerk der Löschung im Handelsregister ist nur der Hinweis an den Rechtsverkehr, dass die Liquidation begonnen hat. Erst mit Vollbeendigung und Verteilung des gesamten Vermögens kann und wird das Handelsregister das Registerblatt entfernen, also löschen und damit die Liquidation auch formal beenden. Spätestens dann müsste wieder eine Änderung des wirtschaftlich Berechtigten erfolgen.

Die – unrichtige - Auffassung des BVA, wonach der Insolvenzverwalter neben den Kapitalanteil- oder Stimmrechtsinhabern mit über 25 % als wirtschaftlich Berechtigter im Transparenzregister zu erfassen sei, führte im Ergebnis auch zu Widersprüchen im Registerrecht. Wiederholt sei, dass beispielsweise auch im Handelsregister lediglich ein Insolvenzvermerk (vgl. § 31 InsO) eingetragen wird.

e) § 3 Abs. 2 Satz 5 GwG (sog. fiktiver wirtschaftlich Berechtigter)

„Wenn auch nach Durchführung umfassender Prüfungen und ohne dass Tatsachen nach § 43 Absatz 1 vorliegen von der meldepflichtigen Vereinigung nach § 20 Absatz 1 kein wirtschaftlich Berechtigter nach Absatz 1 oder nach den Sätzen 1 bis 4 ermittelt werden kann, gilt als wirtschaftlich Berechtigter der gesetzliche Vertreter, der geschäftsführende Gesellschafter oder der Partner des Vertragspartners.",

so § 3 Abs. 2 Satz 5 GwG.

Fiktiv wirtschaftlich Berechtigte sind mithin nur dann zu melden, wenn eine meldepflichtige Vereinigung keine tatsächlich

76 OLG Dresden, Urt. v. 16.9.2014 – 4 U 681/14, juris Rz. 9.

77 Die Gesetzesbegründung führte im Übrigen zu § 20 Abs. 1 GwG aus: *„Bei der Pflicht, die Angaben einzuholen, aufzubewahren, auf aktuellem Stand zu halten und weiterzugeben, handelt es sich um Compliance-Pflichten, die zur Ergreifung geeigneter interner Organisationsmaßnahmen zur Beachtung der gesetzlichen Pflichten verpflichten. Es ist Aufgabe des Leitungsorgans von juristischen Personen oder eingetragenen Personengesellschaften, solche Organisationsmaßnahmen zu etablieren, insbesondere ein effektives internes Überwachungs- und Meldewesen."* (BT-Drucks. 18/11555, 127).

78 A.A. *Hundertmark/Theurich*, ZIP 2022, 975, wonach der Insolvenzverwalter nach Bestellung durch das Insolvenzgericht *(zusätzlich)* als wirtschaftlich Berechtigter i.S.d. § 3 GwG anzusehen und in das Transparenzregister aufzunehmen ist.

79 Vgl. Fn. 29, a.a.O.

80 Vgl. auch § 154 Abs. 2 AO.

81 Vgl. Fn. 32, a.a.O.

82 Vgl. Fn. 30, a.a.O.

83 Dagegen auch *Diehn*, der den Insolvenzschuldner und nicht den Insolvenzverwalter als wirtschaftlich Berechtigten sieht, vgl. Übersichten und Übungsfälle zum neuen Geldwäscherecht für Notare, Jan. 2020, S. 6, Bielefelder Fachlehrgänge, abrufbar unter https://docplayer.org/179064460-U-bersichten-und-u-bungsfa-lle-zum-neuen-geldwa-scherechte-fu-r-notare.html (zuletzt abgerufen am 22.5.2022).

wirtschaftlich Berechtigten hat.[84] So liegt es hier – aus den oben genannten Gründen – jedoch gerade nicht.[85]

Dennoch soll (vorsorglich) kurz auf die Thematik eingegangen werden.

Dass in § 3 Abs. 2 Satz 5 GwG[86] eine zusätzliche Regelung aufgenommen wurde, zeigt, dass der gesetzliche Vertreter, der geschäftsführenden Gesellschafter oder der Partner des Vertragspartners der meldepflichtigen Vereinigung gerade nicht unter § 3 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 GwG subsumiert werden können. Sähe man dies anders, hätte es der Regelung in § 3 Abs. 2 Satz 5 GwG nicht bedurft. Der Gesetzgeber ordnete folglich den Vertreter und Geschäftsführer einer Gesellschaft nach der Systematik des § 3 Abs. 2 Satz 5 GwG lediglich als fiktiven wirtschaftlich Berechtigten ein. Auch wenn der Insolvenzverwalter nach Verfahrenseröffnung die laufenden Geschäfte übernimmt und in die Position des vormaligen Geschäftsführers tritt, ist damit ist nicht gesagt, dass der Insolvenzverwalter ebenfalls ein solcher fiktiver wirtschaftlich Berechtigter wäre. Die enumerative Aufzählung zeigt, dass nur bestimmte, konkret benannte Personen unter die Fiktion zu fassen sind. Der Insolvenzverwalter ist dort gerade nicht genannt. Hätte der Gesetzgeber ihn auch erfassen wollen, so hätte er klar definieren und festlegen müssen, dass auch er unter die Fiktion fallen soll. Da er davon abgesehen hat, ist davon auszugehen, dass die Fiktion nicht auch für den Insolvenzverwalter gelten soll.

Dass der Insolvenzverwalter nicht der gesetzliche Vertreter des Schuldners/der Schuldnerin, sondern Träger eines privaten Amtes ist, wurde oben bereits dargestellt.

II. Wer hat zu melden?

Die Insolvenzordnung sieht eine ausdrückliche Übernahme von geldwäscherechtlichen Pflichten im Hinblick auf Mitteilungen zum Transparenzregister, anders als die beispielsweise in § 155 Abs. 1 InsO geregelte Übernahme handels- und steuerrechtlicher Pflichten, nicht vor.

Auch hat der Gesetzgeber davon abgesehen, eine Melde-, bzw. Unterstützungspflicht des Insolvenzverwalters im Hinblick auf das Transparenzregister anderweitig gesetzlich zu regeln.[87]

Die Pflicht zur Meldung obliegt damit (weiterhin) der Schuldnerin.[88]

Auch das Bundesverwaltungsamt führt in seinen FAQs (lediglich) aus, dass

„Eine Vereinigung/Gesellschaft in Liquidation oder in Insolvenz […] bis zur Eintragung ihrer Löschung zur Mitteilung an das Transparenzregister und zur Aktualisierung bereits vorhandener Mitteilungen verpflichtet [ist]".[89]

Wenn die Gesellschaft bis zur Eintragung ihrer Löschung jedoch zur Mitteilung verpflichtet bleibt, kann nicht parallel eine Art „Reservemeldepflicht" für den Insolvenzverwalter erwachsen.

Zudem kann das Insolvenzverfahren durchaus zeitnah wieder beendet und aufgehoben werden, etwa bei Wegfall des Insolvenzgrundes gem. § 212 InsO oder nach den Regelungen eines Insolvenzplans oder vorzeitig mit Zustimmung aller Gläubiger gem. § 213 InsO. In diesen Fällen erlangt die Schuldnerin ihre Verfügungsbefugnis wieder zurück. Es ist daher nur konsequent, wenn nicht nur bis zur Löschung, sondern bis zur Vollbeendigung der Schuldnerin diese auch zur Meldung verpflichtet bleibt.

Sollte – entgegen gesetzlicher Vorgaben – eine Mitteilung der wirtschaftlich Berechtigten der Insolvenzschuldnerin im „lebenden Unternehmen", also i.d.R. vor Verfahrenseröffnung nicht oder nicht richtig erfolgt sein, bzw. noch Übergangsfristen laufen, erscheint eine Nachmeldung der wirtschaftlich Berechtigten der Schuldnerin ohne den Hinweis auf das Insolvenzverfahren unter Transparenzgesichtspunkten wenig hilfreich, da dieser die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das insolvenzbefangene Vermögen entzogen ist.

E. Ausblick

Nachdem die Mitteilungspflicht, vorbehaltlich der Übergangsfristen, bis zum 31.7.2021 als erfüllt galt, wenn der wirtschaftlich Berechtigte der meldepflichtigen Unternehmung in anderen Registern eingetragen war, stellt sich die Frage, weshalb im Hinblick auf ein Insolvenzverfahren der meldepflichtigen Schuldnerin nicht auch hier ein (bloßer) Insolvenzvermerk ausreichen soll.

Insofern käme eine Ergänzung des § 31 InsO in Betracht.[90]

F. Fazit

- Der Insolvenzverwalter ist in Bezug auf meldepflichtige Vereinigungen des § 20 Abs. 1 GwG weder wirtschaftlich Berechtigter noch fiktiv wirtschaftlich Berechtigter i.S.d. § 3 GwG.
- Der Insolvenzverwalter hat nicht die Pflicht, die wirtschaftlich Berechtigten der meldepflichtigen Vereinigung beim Transparenzregister (nachzu-) melden.
- Eine (gesetzliche) Regelung zu einer amtsseitigen Meldung i.S.d. § 31 InsO an das Transparenzregister wird befürwortet.

84 Transparenzregister Fragen und Antworten zum Geldwäschegesetz (GwG) Stand: 25.05.2022, S. 5.

85 Ob der Hinweis der BaFin, wonach es einer Erfassung des Insolvenzverwalters als „fiktiver" wirtschaftlich Berechtigter des Schuldners nicht bedarf, weil dieser bereits entweder als Kontoinhaber oder als Verfügungsberechtigter hinterlegt ist, dahingehend zu verstehen ist, dass der Insolvenzverwalter seitens der BaFin als fiktiver wirtschaftlich Berechtigter angesehen wird oder ob diese Frage gar nicht zu entscheiden war, da er bereits „anderweitig hinterlegt" ist, kann hier offenbleiben. (Auslegungs- und Anwendungshinweise der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, Besonderer Teil: Kreditinstitute (Stand: Juni 2021), Ziff. 7.2.2 „Keine Feststellung der wirtschaftlich Berechtigten bei Treuhandkonten im Falle der Insolvenz, Testamentsvollstreckung und Zwangsverwaltung", S. 20 f.

86 Vgl. dazu auch § 19 Abs. 3 Nr. 1c) GwG.

87 Hier sei an den in Reaktion auf die Bundesverwaltungsgerichtsentscheidung (BVerwG v. 13.4.2005 – 6 C 4.04, ZIP 2005, 1145 m. Anm. *Ott* = EWiR 2005, 747 *(Herchen/Herchen)*) entstandenen § 24 WpHG erinnert, (vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/2498, 31 f., damals noch § 11 WpHG), abrufbar unter https://dserver.bundestag.de/btd/16/024/1602498.pdf (zuletzt abgerufen am 22.5.2022) mit dem zur Erreichung von Transparenz an den Finanzmärkten die Erfüllung kapitalmarktrechtlicher Pflichten im Insolvenzfall sichergestellt werden sollte.

88 Ebenso *Hundertmark/Theurich*, ZIP 2022, 973 (976, 977), die davon ausgehen, dass die Meldepflicht nicht dem Insolvenzverwalter obliegt. (Offen bleibt dort, von wem der Insolvenzverwalter, der als (zusätzlicher) wirtschaftlich Berechtigter eingeordnet wird, dann an das Transparenzregister gemeldet wird.)

89 Transparenzregister Fragen und Antworten zum Geldwäschegesetz (GwG) Stand: 25.5.2022, S. 4.

90 So wohl auch *Hundertmark/Theurich*, ZIP 2022, 978.