

Betriebs Berater

47 | 2017

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... **Abschlussprüfung ... AÜG ...** Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... 20.11.2017 | 72. Jg. Seiten 2753–2816

DIE ERSTE SEITE

Dr. Elmar Bintl, StB

Zum Stand der Investmentsteuerreform 2018

WIRTSCHAFTSRECHT

Jan Birkefeld, RA, und **Stephan Schäfer**, RA

Die neue Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 1 GmbHG –

„Prozente, Prozente, Prozente!“ und am Ende haftet der Geschäftsführer? | 2755

STEUERRECHT

Dr. Tobias Hagemann, LL.M., M.Sc., StB, **Dr. Christian Kahlenberg**, M.Sc., StB, und

Prof. Dr. Adrian Cloer, RA/StB

BB-Rechtsprechungsreport Internationales Steuerrecht 2016 – Teil II | 2775

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Ariette Giese, WPin/StBin, und **Dr. Holger Seidler**, WP/StB/RA

Leistungen des Abschlussprüfers – Aufnahme in den Anhang oder in den Bestätigungsvermerk? | 2795

ARBEITSRECHT

David Johnson, RA

Arbeitsrechtliche Fallstricke infolge der Neufassung des § 309 Nr. 13 BGB | 2805

Daniel Happ, RA/FAArbR, und **Marijke van der Most**, RAin

Was ist „gelegentlich“? – Die unscheinbare Privilegierung in § 1 Abs. 3 Nr. 2a AÜG | 2809

Jan Birkefeld, LL.M., RA, und Stephan Schäfer, RA*

Die neue Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 1 GmbHG – „Prozente, Prozente, Prozente!“ und am Ende haftet der Geschäftsführer?

Der Gesetzgeber hat mit Wirkung zum 26.6.2017 die gesetzliche Regelung zur Liste der GmbH-Gesellschafter neugefasst und erweitert. § 40 Abs. 1 GmbHG steht nun noch stärker als bisher im Zeichen der Transparenz. Im Kampf gegen Geldwäsche und internationalen Terrorismus sollen sich aus der deutschen GmbH-Gesellschafterliste die tatsächlich wirtschaftlich Berechtigten an einem Unternehmen auf einen Blick ergeben. Verantwortlich für die korrekte Erstellung der Gesellschafterliste ist – wie schon bisher – primär die Geschäftsführung des jeweiligen Unternehmens. Neu ist: Bislang eher theoretische Haftungsszenarien werden mit zunehmender Komplexität der Gesellschafterliste wahrscheinlicher. Der Beitrag gibt einen kompakten Überblick über die gesetzliche Neuregelung und setzt diese zur bisherigen Praxis in Bezug.

I. Einleitung

1. Der wirtschaftlich Berechtigte im Fokus der Geldwäscheprävention

Mit dem Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie¹ vom 23.6.2017 (BGBl. I, 1822) erweiterte der Gesetzgeber die Compliance-Pflichten für Unternehmen erheblich.² Insbesondere das Geldwäschegesetz (GwG) erhielt eine neue Fassung.³ Dreh- und Angelpunkt der Neuregelung ist die Einführung eines Transparenzregisters der sogenannten wirtschaftlich Berechtigten.⁴ Komplementär hierzu wurden ca. 20 weitere Gesetze angepasst.

Auf der Figur des wirtschaftlich Berechtigten liegt ein Fokus der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie.⁵ Gemeint ist in der Terminologie der Richtlinie jene natürliche Person, in deren Eigentum oder unter deren Kontrolle eine juristische Person steht.⁶

2. Anpassungen der Liste der Gesellschafter nach § 40 Abs. 1 GmbHG zur erleichterten Aufdeckung des wirtschaftlich Berechtigten

Wenig Beachtung fand bisher die Neufassung von § 40 GmbH-Gesetz (GmbHG). Diese war europarechtlich nicht veranlasst. Indes dient die Gesellschafterliste auch bislang schon – wenngleich nicht ausschließlich – dazu, Transparenz über die Anteilseignerstrukturen der GmbH zu schaffen. Der deutsche Gesetzgeber optierte nun dafür, sein Transparenzregister durch „Verlinkung“ auf bestehende Register mit Leben – und Inhalten – zu füllen (§ 20 GwG).⁷ Zu diesem Zwecke passte er die Gesellschafterliste an die Erfordernisse des Transparenzregisters inhaltlich an:

Der Beitrag geht zunächst erinnernd darauf ein, welche Bedeutung die Gesellschafterliste nach der Konzeption des Gesetzgebers (auch bislang schon) hat und wo die typischen Risiken der Handhabung für die Unternehmen liegen (s. II.). Anschließend werden die gesetzlichen

Neuregelungen in § 40 GmbHG im Einzelnen dargestellt (III.). Allgemein gehaltene Handlungsempfehlungen an Geschäftsführer (IV.) sowie ein kurzes Fazit schließen den Beitrag (V.).

II. Ziele der Gesellschafterliste – Fallstricke der Handhabung

Der Gesetzgeber verfolgt mit der Gesellschafterliste zwei tendenziell divergierende Ziele: die Herstellung der Transparenz über die Anteilseignerschaft einerseits sowie die Verwirklichung der Transferabilität der Geschäftsanteile andererseits (s.u. 1.) durch die Aktualisierungspflicht des Geschäftsführers bzw. des beurkundenden Notars. Der zu Lasten der Geschäftsführer eigens vorgesehene Haftungstatbestand nach § 40 Abs. 3 GmbHG wurde bislang allerdings – soweit ersichtlich – kaum einmal aktiviert (s.u. 2.).

1. Zielsetzungen der Gesellschafterliste

Bekanntlich hat das MoMiG⁸ mit Wirkung zum 1.11.2008 die Regelung zur Gesellschafterliste in § 40 Abs. 1 GmbHG ganz fundamental modifiziert. Die Gesellschafterliste dient heute im Wesentlichen zwei Zwecken:

a) Transparenz

Seit jeher geht es in der Gesellschafterliste um die Schaffung von Transparenz. Denn die zum Handelsregister eingereichte Gesellschafterliste ist gemäß § 9 HGB dort jederzeit online abrufbar. Jedermann,

* Die Verfasser danken Wiss. Mitarbeiterin *Nora Ebeling* für wertvolle Unterstützung bei der Erstellung dieses Beitrags.

1 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 Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der RL 2005/70/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der RL 2006/70/EG der Kommission, ABl. L 141/73 v. 5.6.2015.

2 Instrukтив *Kotzenberg/Lorenz*, NJW 2017, 2433. Überblickartige Darstellung auch bei *Fisch*, NZG 2017, 408.

3 Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten – Geldwäschegesetz (GwG) vom 23.6.2017 (BGBl. I, 1822). Besondere Bedeutung für den vorliegenden Beitrag haben § 3 („wirtschaftlicher Berechtigter“), § 19 („Angaben zum wirtschaftlich Berechtigten“) und § 20 („Transparenzpflichten im Hinblick auf bestimmte Vereinigungen“).

4 Die Terminologie der 4. EU-Geldwäsche-RL wählt hierzu den Begriff des wirtschaftlichen Eigentümers, der inhaltlich dem des deutschen geldwäscherechtlichen wirtschaftlich Berechtigten entspricht, vgl. bereits *Kunz/Schirmer*, BB 2015, 2435, 2437, Fn. 50; *Fisch*, NZG 2017, 408.

5 Dort ist die Rede vom wirtschaftlichen Eigentümer (beneficial owner), den die deutsche Gesetzgebung wohl deshalb zum wirtschaftlich Berechtigten gemacht hat, um einerseits in der feststehenden Terminologie des deutschen Geldwäscherechts zu bleiben, andererseits keine Konflikte mit dem sachenrechtlich feststehenden Eigentums-Terminus zu entfachen.

6 Erwägungsgrund (ErwGr.) 12 Geldwäscherichtlinie, vgl. auch ErwGr. 14 Geldwäscherichtlinie.

7 BR-Drs 182/17.

8 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008, BGBl. I, 2026.

insbesondere potentielle Erwerber von Geschäftsanteilen und Vertragspartner können sich so über die wirtschaftlichen Strukturen hinter einem Unternehmen informieren, das in der Rechtsform der GmbH agiert.⁹ Allerdings war vor Inkrafttreten des MoMiG schlichtweg nicht gewährleistet, dass die dortigen Informationen auch nur annähernd ein lückenfreies, aktuelles und vollständiges Bild von diesen Strukturen bieten konnten.¹⁰

Hinter dem Transparenzziel steht auch schon bislang die Bekämpfung von Missbräuchen der Rechtsform der GmbH sowie die Verhinderung von Geldwäsche.¹¹ Wer steht wirtschaftlich hinter einer GmbH und trägt diese? Diese Leitfrage korrespondiert mit dem Telos der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie.

b) Transferabilität der Geschäftsanteile

Nimmt man die Ermittlung des wahren Berechtigten am Unternehmen zum Maßstab, liegt die Idee der erleichterten Übertragbarkeit (Fungibilität) der Geschäftsanteile in gewisser Weise quer zum eben beschriebenen Transparenzziel. Und doch hat das MoMiG auch dieses Leitprinzip in der Gesellschafterliste verwirklicht: Diese dient als Rechtsscheinträger für die Inhaberschaft eines Geschäftsanteils, § 16 Abs. 3 GmbHG. Diese Norm ermöglicht den Erwerb eines Geschäftsanteils vom Nichtberechtigten, wenn der Veräußerer als Inhaber des Geschäftsanteils in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Dieser „kleine“ gute Glaube hat in der Praxis viel Rechtssicherheit gestiftet und die Gesellschafterliste als Zentraldokument der GmbH etabliert.¹²

2. Absicherung der fortlaufenden Aktualisierung der Gesellschafterliste über den Haftungstatbestand des § 40 Abs. 3 GmbHG

a) Grundsatz der Primärverantwortlichkeit des Geschäftsführers

Die Aktualisierung der Gesellschafterliste liegt in den Händen des Geschäftsführers. Er ist derjenige, der materiell zur Herstellung der gesetzlich angeordneten Transparenz verpflichtet ist. *Unverzüglich* nach Wirksamwerden jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung hat er deshalb eine neue Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen, vgl. § 40 Abs. 1 GmbHG. Selbstverständlich muss die Gesellschafterliste auch – was ebenfalls mittelbar aus dem Unverzüglichkeitskriterium folgt – inhaltlich zutreffend sein.

Für den Fall einer verspäteten – oder gar unterlassenen – Einreichung sowie für den Fall einer fehlerhaften Liste hält § 40 Abs. 3 GmbHG einen eigenen Haftungstatbestand vor:

„Geschäftsführer, welche die ihnen nach Absatz 1 obliegende Pflicht verletzen, haften denjenigen, deren Beteiligung sich geändert hat, und den Gläubigern der Gesellschaft für den daraus entstehenden Schaden.“

Diese Haftung setzt Verschulden voraus. Das ist mittelbar aus dem Unverzüglichkeitskriterium abzuleiten (§ 121 BGB „ohne schuldhaftes Zögern“).¹³ Jedoch wird das Verschulden gemäß § 93 Abs. 2 S. 2 AktG analog vermutet.¹⁴

b) Haftungsausfüllung

Eine Haftung des Geschäftsführers nach § 40 Abs. 3 GmbHG kommt gegenüber zwei Personengruppen in Betracht: Zum einen gegenüber denjenigen, deren Beteiligung an der Gesellschaft sich geändert hat, zum anderen gegenüber Gläubigern der Gesellschaft. Erster Fall be-

trifft insbesondere die Konstellation des wahren Berechtigten, der seine Gesellschafterstellung durch gutgläubigen Erwerb eines Dritten verliert.¹⁵ Hierunter zu subsumieren sind aber auch Konstellationen, in denen eine zu Unrecht in die Gesellschafterliste eingetragene Person gesellschaftsvertragliche Rechte zum Nachteil des materiell-rechtlichen (Mit-)Gesellschafters zukünftig ausübt.

3. Zwischenergebnis

Die Gesellschafterliste dient zum einen der Herstellung von Transparenz über die Anteilseignerstrukturen. Sie erhöht zum anderen die Verkehrsfähigkeit der Geschäftsanteile, da sie deren gutgläubigen Erwerb von einem in die Gesellschafterliste eingetragenen (Schein-)Gesellschafter ermöglicht (§ 16 Abs. 3 GmbHG).

Die Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste trägt mittelbar der Geschäftsführer. Er haftet nach § 40 Abs. 3 GmbHG für die unverzügliche Einreichung einer inhaltlich richtigen Gesellschafterliste.¹⁶ Soweit ersichtlich sind bisher Haftungsfälle wenig praktisch geworden. Dies dürfte bislang – neben dem Umstand, dass Aktualisierungen der Gesellschafterliste regelmäßig von dem mitwirkenden Notar gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG vorgenommen wurden – vornehmlich an der guten Beherrschbarkeit der Eintragungsinhalte liegen. Die nachfolgend darzustellende Änderung der Rechtslage erschwert die Aktualisierung nun allerdings spürbar und erhöht potentielle Haftungsrisiken.

III. Darstellung der Neuregelungen im Tatbestand des § 40 GmbHG

§ 40 Abs. 1 GmbHG hat folgende Fassung erhalten (Änderungen zur bisherigen Gesetzesfassung sind kursiv kenntlich gemacht):

„Die Geschäftsführer haben unverzüglich nach Wirksamwerden jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung eine von ihnen unterschriebene Liste der Gesellschafter zum Handelsregister einzureichen, aus welcher Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort derselben sowie die Nennbeträge und die laufenden Nummern der von einem jeden derselben übernommenen Geschäftsanteile sowie die durch den jeweiligen Nennbetrag eines Geschäftsanteils vermittelte jeweilige prozentuale Beteiligung am Stammkapital zu entnehmen sind. Ist ein Gesellschafter selbst eine Gesellschaft, so sind bei eingetragenen Gesellschaften in die Liste deren Firma, Satzungssitz, zuständiges Register und Registernummer aufzunehmen, bei nicht eingetragenen Gesellschaften deren jeweilige Gesellschafter unter einer zusammenfassenden Bezeichnung mit Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort. Hält ein Gesellschafter mehr als einen Geschäftsanteil, ist in der Liste der Gesellschafter zudem der Gesamtumfang der Beteiligung am Stamm-

⁹ *Seibt*, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2012/2015, § 40, Rn. 3.

¹⁰ *Seibt*, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2012/2015, § 40, Rn. 3 m. w. N.

¹¹ BT-Drs. 16/1640, 37.

¹² *Seibt*, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2012/2015, § 40, Rn. 8 mit ebenfalls positiver Bewertung.

¹³ Deutlich *Heilmeier*, in: BeckOK GmbHG, 31. Ed. 1.2.2017, GmbHG § 40, Rn. 218; in diesem Sinne auch *Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 40, Rn. 43.

¹⁴ Für eine Korrektur nach der Business Judgement Rule besteht hingegen kein Raum, da es sich bei der Einreichung der Gesellschafterliste nicht um eine unternehmerische Entscheidung handelt, *Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, GmbHG § 40, Rn. 43. Daneben besteht in den praktisch häufigen Fällen der Mitwirkung eines Notars nach § 40 Abs. 2 GmbHG auch für diesen ein Haftungsrisiko. Es folgt aus § 19 BNotO. Dieser Beitrag behandelt dies nur am Rande, vgl. aber *Mayer*, DNotZ 2008, 403, 415. Daneben trifft auch die Gesellschaft selbst ggf. eine Haftung, die aber auf die Innenhaftung gegenüber ihren Gesellschaftern beschränkt ist, *Heilmeier*, in: BeckOK GmbHG, 31. Ed. 1.2.2017, GmbHG § 40, Rn. 225.

¹⁵ Vgl. *Birkefeld*, in: Kelber/Zeifig/Birkefeld, Rechtshandbuch Führungskräfte, 2016, C. III., Rn. 350.

¹⁶ Die Haftung des Notars aus § 19 BNotO ist in der weiteren Darstellung zunächst auszuklammern.

kapital als Prozentsatz gesondert anzugeben. Die Änderung der Liste durch die Geschäftsführer erfolgt auf Mitteilung und Nachweis.“

Schon ein oberflächlicher Blick zeigt, dass der Umfang der Informationspflichten zugenommen hat. Ausschlaggebend hierfür: die Rekalibrierung der Gesellschafterliste mit Blick auf das Transparenzziel der 4. EU-Geldwäscherichtlinie (s. 1.). In sachlicher Hinsicht sind nunmehr Angaben zur prozentualen Beteiligung am Stammkapital vorgesehen (s. 2.). In persönlicher Hinsicht sind detaillierte Angaben erforderlich, wenn ein unternehmenstragender Gesellschafter selbst eine Gesellschaft ist. Für nicht in einem Register eingetragene Gesellschaften, insbesondere also die teilrechtsfähige (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) als Gesellschafter wird auf diesem Wege indirekt eine Art Registerpublizität herbeigeführt (s. 3.). Das mit zunehmendem Detaillierungsgrad erschwerte Handling der Gesellschafterliste adressiert der Gesetzgeber ferner in zwei Verordnungsermächtigungen in § 40 Abs. 4 und Abs. 5 GmbHG (s. 4.) sowie in der durchaus sinnhaften Übergangsregelung in § 8 des Einführungsgesetzes zum GmbHG (EGGmbHG – s. 5.).

1. Gesetzgeberische Ratio der erweiterten Transparenzpflichten

Im Gesetzesentwurf der Bundesregierung¹⁷ sind zur Begründung der Änderung des § 40 GmbHG zwei Gesichtspunkte als tragend aufgeführt: zum einen – wie bereits erwähnt – die Stärkung des Transparenzziels und damit im Zusammenhang stehend die Ausrichtung des § 40 GmbHG auf das Transparenzregister (s. a)), zum anderen die Festschreibung einer registergerichtlichen Best Practice im Bereich der Eintragung von juristischen Personen als Gesellschafter (s. b)).

a) Europarechtlich gebotenes Transparenzziel nach der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie

Obwohl die Vierte EU-Geldwäscherichtlinie nicht vollharmonisierend wirkt (vgl. Art. 5¹⁸), verpflichtet sie die Mitgliedstaaten, Transparenz über den wirtschaftlich Berechtigten herzustellen. Dies folgt aus Art. 3 Nr. 6 der Richtlinie. Nach dem Wortlaut dieser Norm wird „zumindest“ jener Personenkreis als wirtschaftlicher Eigentümer einer Gesellschaft vermutet, der mehr als 25 Prozent der Beteiligung an dieser hält. Die Mitgliedstaaten sind dazu verpflichtet, Transparenz über diese Personen herzustellen (vgl. ErwGr. 14¹⁹).

Die Vierte EU-Geldwäscherichtlinie lässt den Mitgliedstaaten Freiheit, auf welche Weise sie die Transparenz über die wirtschaftlich Berechtigten herstellen wollen. Deutschland setzt hierbei auf die „Verlinkung“ bereits vorhandener Systeme. So existiert hierzulande mit dem Handelsregister ein mit hoher Publizität ausgestattetes und im Wesentlichen gut funktionierendes amtliches Verzeichnis.²⁰ Für Tabula rasa im deutschen Registerwesen bestand daher kein Anlass. Gleichwohl stand der Gesetzgeber vor der Herausforderung, das neu eingeführte Transparenzregister mit bestehenden öffentlichen Registern zu vernetzen:

„Da dieses Transparenzregister weitgehend mit Verweisungen auf bereits bestehende Angaben in Dokumenten aus anderen öffentlichen Registern arbeitet, gilt es, diese Angaben in anderen Dokumenten möglichst derart bereitzuhalten, dass es für einen Nutzer des Transparenzregisters einfach ist, sich über den wirtschaftlich Berechtigten zu informieren.“²¹

Umgesetzt hat man diese „Verlinkung“ in § 20 Abs. 2 GwG. Danach gilt die Pflicht zur Mitteilung der Angaben über den wirtschaftlichen Berechtigten als erfüllt, wenn sich diese Angaben aus Eintragungen im Handelsregister²² bzw. aus „*Listen der Gesellschafter von Gesell-*

schaften mit beschränkter Haftung und Unternehmergesellschaften nach § 8 Abs. 1 Nr. 3, § 40 des GmbHG“²³ ergeben.

b) Goldstandard: Festschreibung registerrechtlicher Best Practice

Eine zweite Intention, die der Gesetzgeber bei Gelegenheit aufgriff, war die Festschreibung einer seines Erachtens bereits gebildeten Best Practice im Umgang mit der Gesellschafterliste aus Wissenschaft und Praxis. Das betrifft namentlich die Angabe der Registernummer und das zuständige Registergericht bei Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften.²⁴

2. Angaben zur prozentualen Beteiligung am Stammkapital

Gesondert in der Gesellschafterliste zu machen sind nunmehr zwei Prozentangaben:

- die durch den jeweiligen Nennbetrag eines Geschäftsanteils vermittelte jeweilige prozentuale Beteiligung am Stammkapital (s. a)) und
- der Gesamtumfang der Beteiligung am Stammkapital als Prozentsatz, wenn ein Gesellschafter mehr als einen Geschäftsanteil hält (s. b)).

a) Prozentuale Beteiligung des Nennbetrags eines Geschäftsanteils am Stammkapital

aa) Berechnung und Darstellungsform

Die Darstellung sieht insoweit vor, dass für jeden Geschäftsanteil ausgewiesen wird, welche prozentuale Beteiligung am Stammkapital damit einher geht. Das führt bei einer heute üblichen kleinteiligen Stückelung zu wenig aussagekräftigen Quoten: Bei einer Gesellschaft mit einem Stammkapital von 25 000 Euro aufgeteilt in 25 000 Geschäftsanteile mit einem Nennwert von je einem Euro, beträgt die Beteiligung pro Geschäftsanteil 0,004 Prozent. Diese ist gesondert auszuweisen.²⁵ Ob das die Verwendung einer eigenen Spalte impliziert oder – wie bisweilen schon zu sehen – die Angabe auch in der Spalte erfolgen kann, in der bislang bereits der Nennbetrag des Geschäftsanteils zu finden ist, ist ungeklärt. Das Argument der leichteren Auffindbarkeit

17 Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen, BR-Drs. 182/17 v. 23.2.2017, 201 ff. (nachfolgend nur noch zitiert: BR-Drs. 182/17).

18 „Die Mitgliedstaaten können zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung in den Grenzen des Unionsrechts strengere Vorschriften auf dem unter diese Richtlinie fallenden Gebieten erlassen oder beibehalten.“; zu alledem bereits *Kunz/Schirmer*, BB 2015, 2535, 2436.

19 „Die Verpflichtung zum Vorhalten präziser und aktueller Daten zum wirtschaftlichen Eigentümer ist eine wichtige Voraussetzung für das Aufspüren von Straftätern, die ihre Identität ansonsten hinter einer Gesellschaftsstruktur verbergen könnten. Die Mitgliedstaaten sollten deshalb dafür sorgen, dass in ihrem Staatsgebiet gemäß dem nationalen Recht eingetragene Unternehmen zusätzlich zu den grundlegenden Informationen, wie Name und Anschrift der Gesellschaft, Nachweis der Gründung und des rechtlichen Eigentums, auch angemessene, präzise und aktuelle Angaben zu ihrem wirtschaftlichen Eigentümer beschaffen und vorhalten müssen [...] Die Mitgliedstaaten können hierfür eine zentrale Datenbank, in der Informationen über wirtschaftliche Eigentümer gespeichert werden, das Handelsregister oder ein anderes Zentralregister verwenden. Die Mitgliedstaaten können beschließen, dass die Verpflichteten für die Eintragungen in das Register verantwortlich sind.“

20 § 15 HGB. Daneben bietet auch das Unternehmensregister bereits heute schon integrierten Zugriff auf Unternehmensinformation aus ganz verschiedenen Informationsquellen.

21 BR-Drs. 182/17, 203.

22 § 20 Abs. 2 i.V.m. § 22 Abs. 1 Nr. 5 GwG.

23 § 20 Abs. 2 i.V.m. § 22 Abs. 1 Nr. 4 GwG. Diese Einzelregelung ist notwendig, da die Gesellschafterliste als solche nicht an der Registerpublizität teilhat (s. II. 1. a), s. auch e contrario § 16 GmbHG.

24 BR-Drs. 182/17, 202. S. zum Meinungsstreit um die Reichweite der Zulässigkeit zusätzlicher Angaben *Noack*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, 21. Aufl. 2017, § 40, Rn. 15.

25 „Getrennt“, BR-Drs. 182/17, 203.

und im Übrigen auch der maschinellen Verwertbarkeit (vgl. § 40 Abs. 4 und 5, s. 4.) spricht für die Ausweisung in einer eigenen Spalte.

bb) Geringer Informationswert

Nach der Gesetzesbegründung soll die o. g. Vorgabe der „Übersichtlichkeit“ der Gesellschafterliste dienen.²⁶ Dass eine solche durch das Ausweisen von Promillewerten erreicht wird, lässt sich auf den ersten Blick freilich nicht behaupten.

Die Angabe hat allerdings dann einen gewissen Informationswert, wenn die Gesellschafterliste Geschäftsanteile mit unterschiedlichen Nennbeträgen (§ 5 Abs. 3 S. 1 GmbHG) ausweist und einzelne Gesellschafter nur einen Geschäftsanteil halten. Dann ermöglicht tatsächlich nur diese Angabe einen Vergleich der Beteiligung und ergo die Ermittlung des wirtschaftlich Berechtigten. Eine Summierung der prozentualen Gesamtbeteiligung nach § 40 Abs. 1 S. 3 GmbHG kommt nämlich in diesen Fällen nach dem Wortlaut nicht in Betracht.

b) Gesamtbeteiligung am Stammkapital eines Gesellschafters, § 40 Abs. 1 S. 3 GmbHG

aa) Schwierige Darstellung der prozentualen Beteiligung in der Gesellschafterliste

Gesondert ist ferner der Gesamtumfang der Beteiligung als Prozentsatz anzugeben, wenn ein Gesellschafter mehrere Geschäftsanteile hält. Dies jedenfalls hat zweckmäßigerweise in einer eigenen Spalte zu erfolgen.

Hat die X-GmbH also ein Stammkapital von 25000 Euro eingeteilt in 25000 Geschäftsanteile zu je einem Euro und hält Gesellschafter A 12500 Geschäftsanteile, Gesellschafter B 10000 Geschäftsanteile sowie Gesellschafter C die restlichen 2500 Geschäftsanteile, so ist die Spalte der prozentualen Beteiligung wie folgt zu befüllen (Ausschnitt):

Tabelle: Spalte der prozentualen Beteiligung

| | | | |
|----------------------|------------------------|-------------|------------|
| 1. Gesellschafter A: | lfd. Nr. 1-12.500 | 12 500 Euro | 50 Prozent |
| 2. Gesellschafter B: | lfd. Nr. 12.501-22.500 | 10 000 Euro | 40 Prozent |
| 3. Gesellschafter C: | lfd. Nr. 22.501-25.000 | 2 500 Euro | 10 Prozent |

In der Darstellung problematisch und vom Gesetzgeber nicht gelöst ist hierbei allerdings der Fall, dass ein Gesellschafter an mehreren Stellen der Gesellschafterliste genannt wird. Das könnte beispielsweise passieren, wenn im obigen Beispiel Gesellschafter A von Gesellschafter C dessen Anteile erwirbt. Zur Aufrechterhaltung der fortlaufenden Nummerierung der Geschäftsanteile ist es an sich zweckmäßig, Gesellschafter A nun zweimal in der Gesellschafterliste aufzuführen – und zwar an Position eins (wie bisher) sowie an Position drei (anstelle Gesellschafter C).

§ 40 Abs. 1 S. 3 GmbHG fordert hier nun, die Angabe des prozentualen Umfangs der Gesamtbeteiligung von A am Stammkapital kenntlich zu machen (60 Prozent). Zwar ergibt sich diese ohne weiteres aus einer Addition. In Anbetracht des Transparenzziels wird man aber zumindest zu fordern haben, dass die Gesellschafterliste hierzu einen ergänzenden Hinweis erhält. Praktisch wird sich dies am ehesten durch Einführung einer Erläuterungsspalte lösen lassen (zur im Übrigen kritisch zu sehenden Fortentwicklung der Gesellschafterliste s. 4.).

bb) Handwerkliche Unzulänglichkeiten

Im Zusammenhang mit dieser neuen prozentualen Angabe der Beteiligungsquote hat der Gesetzgeber nicht alle zur Klärung anstehenden Punkte sauber aufgelöst:

So ist insbesondere der Umgang mit rundungsbedingten Differenzen ungeklärt. Übernimmt bei einer Gesellschaft mit einem Stammkapital von 30000 Euro und drei Gesellschaftern jeder Gesellschafter Geschäftsanteile im Wert von 10000 Euro, so ergibt sich eine prozentuale Beteiligung von je 33,33333 ... Prozent. Diese lässt sich in der Gesellschafterliste nur gerundet prozentual mit Nachkommastellen darstellen, mit der Folge, dass die Gesellschafterliste unrichtig wird. Hier wäre es am zweckmäßigsten, Bruchzahlen zuzulassen, um die Registerwahrheit aufrecht zu erhalten (33 1/3 Prozent). Ob die Registergerichte diesen Weg mitgehen, ist gegenwärtig offen.

Ein weiterer Lapsus: Der Gesetzgeber hat es versäumt, das Musterprotokoll nach der Anlage zu § 2 Abs. 1a GmbHG anzupassen. Dieses gilt nach § 2 Abs. 1a S. 4 GmbHG zugleich als Gesellschafterliste, sieht aber entsprechende Prozentangaben nicht vor. Man wird hier – mit Blick auf das Transparenzziel – den Beteiligten in einem solchen Fall nur raten können, das Musterprotokoll unverändert zu verwenden, vorsorglich aber eine zusätzliche Gesellschafterliste im Einklang mit § 40 Abs. 1 GmbHG einzureichen.

cc) Ziel: Transparenzgewinn der Gesellschafterliste

Ziel dieser Neuregelung ist die Möglichkeit der Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung „mit einem Blick“²⁷.

Dabei geht die Regelung über das europarechtlich geforderte Mindestmaß an Harmonisierung sogar hinaus: Die Angabe der prozentualen Beteiligung ist nämlich nicht nur bei solchen Gesellschaftern vorgeschrieben, die im Sinne der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie wirtschaftliche Berechtigte der GmbH sind, d.h. mehr als 25 Prozent der Geschäftsanteile halten. Sie erfasst vielmehr jeden Gesellschafter. Der deutsche Gesetzgeber beruft sich zur Begründung dieser Erweiterung auf die Notwendigkeit dieser Angaben, um im Fall von Beteiligungsketten und der notwendigen Zuhilfenahme mehrerer Gesellschafterlisten den letztlich wirtschaftlich Berechtigten durch Addition ausfindig zu machen.²⁸ Dieser deutsche Ansatz ist jedenfalls europarechtlich zulässig.²⁹

3. Angaben zu Gesellschaften als Gesellschafter

Neben der Festschreibung der registergerichtlichen Praxis für registerrechtlich erfasste Gesellschaften als Gesellschafter (s. a)) liegt der Fokus in § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG auf den Registerpflichten für nicht erfasste Personengesellschaften, insbesondere also die (Außen-) Gesellschaft bürgerlichen Rechts (s. b)). Letztere dürften die größten Haftungsrisiken für den Geschäftsführer bergen.

a) Registerrechtlich erfasste Gesellschaften

Ist ein Gesellschafter selbst eine Gesellschaft, so sind – nach § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG – nunmehr bei (in ein Register) eingetragenen Gesellschaften deren Firma, Sitzungssitz, zuständiges Register und Registernummer in die Gesellschafterliste aufzunehmen. Diese Anpassung des § 40 Abs. 1 GmbHG an die registerrechtliche Praxis war überfällig. Die Norm war in der Fassung des MoMiG auf natürliche Personen als Gesellschafter zugeschnitten. Dies war schon bei Inkrafttreten des MoMiG nicht mehr zeitgemäß. Die Rechtsprechung hat dies zwischenzeitlich teilweise korrigiert: Gefordert wird

26 BR-Drs. 182/17, 204.
 27 BR-Drs. 182/17, 204.
 28 BR-Drs. 182/17, 204.
 29 Art. 5 Vierte EU-Geldwäscherichtlinie: keine Vollharmonisierung.

bei Personen- und Kapitalgesellschaften die Angabe von Firma und Satzungssitz.³⁰ Diese Entwicklung der Rechtsprechung vollzieht der Gesetzgeber nunmehr nach. Er schreibt ferner die registergerichtliche Praxis fest,³¹ die aus Transparenzgesichtspunkten die Angabe des Registergerichts sowie der Registernummer fordert. Nach der Gesetzesbegründung soll dies unabhängig davon gelten, ob es sich um eine in- oder ausländische Gesellschaft handelt.³²

b) Nicht registrierte Gesellschaften

aa) „Registerpublizität light“ für die GbR

Im Fall von Gesellschaften, die nicht in ein Register eingetragen sind, namentlich also der Außen-GbR, hat sich der Gesetzgeber dafür entschieden, neben der Angabe der Bezeichnung der GbR in der Gesellschafterliste auch die Angabe jedes ihrer Gesellschafter zu fordern.³³ Anzugeben sind Name, Vorname, Geburts- und Wohnort. Damit trifft der Gesetzgeber in einer bisher in Rechtsprechung und Lehre umstrittenen Frage eine eindeutige Zuordnung.³⁴

Auch bisher entsprach es der wohl herrschenden Meinung, dass die Gesellschafter – dem Transparenzziel der Gesellschafterliste folgend – neben bzw. unter der GbR in der Gesellschafterliste aufzuführen seien. Gestützt wurde diese Ansicht auf eine Analogie zu § 162 Abs. 1 S. 2 HGB (sowie rechtsgedanklich auf § 47 Abs. 2 GBO).³⁵ In krassem Gegensatz dazu entschied der BGH erst im Jahr 2015 – freilich unter dem Blickwinkel der weiterhin strittigen freiwilligen zusätzlichen Informationen –, dass kein erhebliches praktisches Bedürfnis des Rechtsverkehrs bestehe, die Personen zu kennen, die entscheidenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft haben.³⁶ Diese Auffassung ist heute obsolet.

Der Gesetzgeber korrigiert den BGH nun und beruft sich dezidiert auf die Transparenzinteressen des Rechtsverkehrs.³⁷ Damit schafft der Gesetzgeber partiell Gleichlauf mit den Personenhandelsgesellschaften, allerdings mit dem feinen Unterschied, dass die Angabe der Gesellschafter der unternehmenstragenden GbR nicht im Register selbst zu erfolgen hat und diese daher – anders als bei OHG oder KG – nicht direkt an der Registerpublizität teilhat. Man geht aber wohl nicht fehl, die Ergänzung der Gesellschafterliste als Schritt des Gesetzgebers zu verstehen, die bislang fehlende Registerpublizität der Außen-GbR zu substituieren.³⁸ Für die Praxis ruft dieser Paradigmenwechsel freilich große Unsicherheit hervor.

bb) Dauernder Aktualisierungsbedarf – ständige Haftungsgefahr für den Geschäftsführer

Änderungen im Bestand der unternehmenstragenden GbR lösen eine Pflicht zur Anpassung der Gesellschafterliste aus. Nach dem Wortlaut gilt dies nicht nur bei Ausscheiden oder Eintritt eines Gesellschafters, sondern grundsätzlich auch bei Wohnort- oder Namenswechseln. Stets ist die Einreichung einer aktualisierten Liste erforderlich – und zwar grundsätzlich unverzüglich. Der Gesetzgeber lässt insoweit keinen Zweifel, dass das Transparenzziel insoweit absoluten Vorrang genießen soll. Schon die im Vergleich zur bisherigen Rechtslage zu erwartende erhöhte Veränderungskadenz führt zu einer höheren Fehlerwahrscheinlichkeit und damit potentiell vermehrt zu Fallszenarien, in denen Gläubiger oder Gesellschafter, deren Beteiligung sich geändert hat, gemäß § 40 Abs. 3 GmbHG Rückgriff beim Geschäftsführer zu nehmen versuchen. Gerade im Kontext des § 16 Abs. 1 und Abs. 3 GmbHG sind vielschichtige Haftungsfälle denkbar. Die hier bestehenden Risiken weist § 40 Abs. 3 GmbHG dem Geschäftsführer zu. Das überzeugt nicht.

Der Gesetzgeber hat es versäumt, im Zuge der gesetzlichen Neuregelung des § 40 GmbHG den Anwendungsbereich dieser Norm zu schärfen. Nun ist es also dringende Aufgabe der Rechtsprechung, für die Gesellschafter in ihrer exponierten Stellung Rechtssicherheit zu schaffen.

cc) Keine Ausnahme für Publikumsgesellschaften

Ausweislich der Gesetzesbegründung soll die Aktualisierungspflicht auch bei Publikumsgesellschaften stets greifen.³⁹ Das ist einerseits konsequent, da gerade in diesen Fällen die Anteilseignerstrukturen komplex sind und das öffentliche Transparenzinteresse besonders hoch zu bewerten ist. Andererseits erfordert dies enormen Aufwand und birgt eine nochmals deutliche Ausweitung des Haftungsrisikos des Geschäftsführers im Lichte von § 40 Abs. 3 GmbHG.

Bei unternehmenstragenden Publikumsgesellschaften ist daher absehbar, dass die hier vorgestellte Gesetzesänderung den Rückgriff auf Treuhandverhältnisse attraktiver erscheinen lässt.⁴⁰ Hierbei ist allerdings zu beachten, dass die hinter einem formal unternehmenstragenden Treuhänder stehenden Treugeber als (mittelbare) wirtschaftliche Berechtigte zwar nicht in der Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 1 GmbHG, sehr wohl aber unmittelbar im Transparenzregister anzugeben sind (§ 19 i.V.m. § 3 GwG).⁴¹ So führt die Einschaltung eines (Verwaltungs-)Treuhänders sicherlich zu einer Erleichterung der Aktualisierung der Gesellschafterliste für den Geschäftsführer. Sie entbindet diesen jedoch nicht davon – im Zusammenwirken mit dem Treuhänder selbst (§ 20 Abs. 1, Abs. 3 GwG) – den oder die wirtschaftlich Berechtigten (Treugeber) gegenüber dem Transparenzregister offenzulegen.

4. Erleichterte Weiterentwicklung der Gesellschafterliste durch Verordnungsermächtigungen in § 40 Abs. 4 und Abs. 5 GmbHG

Die Ausgestaltung der Gesellschafterliste ist komplexer geworden, die dahinter stehende Entwicklung noch nicht abgeschlossen. Dem trägt der Normgeber mit zwei Verordnungsermächtigungen in § 40 Abs. 4 und Abs. 5 GmbHG Rechnung:⁴²

- Vereinheitlichung der Listen in inhaltlicher und struktureller Hinsicht (§ 40 Abs. 4 GmbHG, s. a));
- Verbesserung der elektronischen Aufbereitung und Handhabbarkeit der Listen (§ 40 Abs. 5 GmbHG, s. b)).

30 BR-Drs. 182/17, 202; *Heidinger*, in: MüKoGmbHG, 2. Aufl. 2016, § 40, Rn. 21; *Seibt*, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2012/2015, § 40, Rn. 16.

31 Zu dieser Praxis und zur wissenschaftlichen Rezeption: MüKoGmbHG/*Heidinger*, 2. Aufl. 2016, § 40, Rn. 21.

32 BR-Drs. 182/17, 203

33 BR-Drs. 182/17, 202.

34 Vgl. OLG Hamm, 24.5.2016 – 27 W 27/16, NZG 2016, 1147; s. *Seibt*, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2012/2015, § 40, Rn. 17 m.w.N. zum Streitstand.

35 OLG Hamm, 24.5.2016 – 27 W 27/16, NZG 2016, 1147; zur Kommanditgesellschaft OLG Celle, 27.3.2012 – 9 W 37/12, NZG 2012, 667. Vgl. weiterführend für die Konstellation der GbR als Gesellschafterin einer Personenhandelsgesellschaft BGH, 16.7.2001 – II ZB 23/00Z, NJW 2001, 3121. Hierzu *Klimke*, in: BeckOK, HGB § 106, Rn. 12 ff. m.w.N.

36 BGH, 24.2.2015 – II ZB 17/14, NZG 2015, 519.

37 Daneben beansprucht freilich das Argument weiterhin Geltung, dass freiwillige Angaben zu Verfügungsbeschränkungen, Anteilsteilungen, Testamentsvollstreckung etc. gegenwärtig keine Anpassungspflicht auslösen, da sie von § 40 GmbHG nicht erfasst werden.

38 BR-Drs. 182/17, 202: „In Abwesenheit eines Registers für derartige GbR im geltenden Recht kann durch die zusätzliche Angabe der Gesellschafter größtmögliche Transparenz mit Blick auf den Kreis der Gesellschafter erzielt werden. Um der Transparenz willen ist es auch nicht möglich, hiervon eine Ausnahme bei sog. Publikumsgesellschaften mit einem großen Gesellschafterkreis, der womöglich auch noch häufig wechselt, zu machen.“ Vgl. zu diesem Themenkreis jüngst *Westermann*, NZG 2017, 921, 927 ff.

39 BR-Drs. 182/17, 202.

40 Vgl. zur Funktionsweise: *Ebbing*, in: Michalski, 3. Aufl. 2017, GmbHG § 15, Rn. 206 ff. Zur grundsätzlichen Zulässigkeit *Gebke*, GmbHR 2014, 1128 ff.

41 Vgl. BR-Drs. 182/17, 145.

42 BR-Drs. 182/17, 204. Ermächtigt ist in § 40 Abs. 4 das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz (BMJV), in § 40 Abs. 5 sind es grundsätzlich die Landesregierungen.

a) Vereinheitlichung im Lichte einer sich ausbildenden Best Practice, § 40 Abs. 4 GmbHG

aa) Zur Regelungsintention

Mit Blick auf das Transparenzziel versucht der Gesetzgeber insbesondere eine Fortschreibung der materiell-rechtlichen Vorgaben der Gesellschafterliste überall dort zu ermöglichen, wo ein Goldstandard bisher nicht existiert. Als Beispiel nennt er die tatsächlich noch weithin streitigen Themen der Zuordnung der laufenden Nummern zu den einzelnen Geschäftsanteilen (insbesondere im Fall der Teilung von Geschäftsanteilen), die Möglichkeit einer Hinweis- oder Veränderungsspalte oder die Angabe von Verfügungsbeschränkungen hinsichtlich einzelner Anteile.⁴³

Hinter § 40 Abs. 4 GmbHG steht die Grundannahme des Gesetzgebers, ein beständiges Plus an Informationen diene dem Transparenzziel und sei deshalb positiv zu bewerten: Informationswert hat seines Erachtens grundsätzlich auch all das, was – über die quantitativ messbare wirtschaftliche Beteiligung am Stammkapital hinaus – Aufschluss darüber gibt, welchen Einfluss ein Gesellschafter auf die Geschicke der Gesellschaft nehmen kann.⁴⁴ Eine extensive Auslegung würde dann ggf. sogar Informationen über Sonder- und Vorzugsrechte oder die Einteilung von Geschäftsanteilen in verschiedene Anteilklassen erfassen. In etlichen gesellschaftsvertraglichen Gestaltungen dürfte der Aussagegehalt derartiger Informationen für die Frage der wirtschaftlichen Berechtigung sogar höher sein als die bloße Angabe der prozentualen Beteiligung.

Hinsichtlich dieser Informationen legt sich der Gesetzgeber aber nicht fest, sondern spielt mit der Verordnungsermächtigung in § 40 Abs. 4 GmbHG den Ball zunächst an die Registergerichte zurück. Sobald sich eine Best Practice hier abzeichnet, soll das BMJV reagieren und diese festschreiben.

bb) Gefahr der Überfrachtung der Gesellschafterliste

Kritisch zu bewerten ist die grundsätzlich in § 40 Abs. 4 GmbHG ermöglichte – und nach der Gesetzesbegründung wohl auch prinzipiell erwünschte – unbeschränkte Öffnung zur Erweiterung des Kanons an Pflichtinformationen. Denn die früher gegen die Zusatzangaben ins Feld geführten Hauptargumente haben nichts an ihrer Kraft eingebüßt: Weiterhin lautet eine im Wortlaut des § 40 Abs. 1 GmbHG angelegte und wesentliche Funktion der Gesellschafterliste, den gutgläubigen Anteilserwerb zu ermöglichen (§ 16 Abs. 3 GmbHG). Zusatzangaben dienen diesem Ziel nicht und unterfallen auch nicht der Aktualisierungspflicht des Gesetzgebers, sodass ihr Aussagegehalt – auch mit Blick auf das Transparenzziel – nur geringen Wert hat.⁴⁵

Eine Praxis, die fordert, immer mehr Informationen mit dem Argument der Transparenz in die Gesellschafterliste aufzunehmen, überfrachtet dieses Instrument und überfordert die Beteiligten in der Darstellung und juristischen Prüfung der eintragungsrelevanten Sachverhalte. Für den Geschäftsführer erwachsen hieraus weitere, kaum abzuschätzende Haftungsrisiken nach § 40 Abs. 3 GmbHG. Aber auch im Registerwesen wird im Umgang mit komplexen Gesellschafterlisten große Unsicherheit einziehen. Damit werden die Effizienzgewinne des MoMiG konterkariert.

Zweifelhaft ist auch, ob eine mit Informationen überladene Gesellschafterliste der bezweckten Transparenz überhaupt dienen kann. Hier wird es nun an den Registergerichten liegen, eine umsichtige und ausgewogene Praxis zu entwickeln. Freilich werden die Gerichte hier vermutlich ganz unterschiedliche Ansätze verfolgen. Der vom Gesetzgeber in § 40 Abs. 4 GmbHG angestoßene Prozess wird somit zu einer mehrjährigen Phase der Rechtsunsicherheit führen, deren Leidtragende die GmbHs und ihre Geschäftsführer sind.

b) § 40 Abs. 5 GmbHG

Schon bisher muss die Gesellschafterliste elektronisch eingereicht werden (§ 12 Abs. 2. S. 1 HGB). In welcher Form dies zu geschehen hat, ist jedoch immer noch offen.

§ 40 Abs. 5 GmbHG setzt hier an und ermöglicht den Landesverordnungsgebern und ggf. auch dem BMJV, verbindliche Vorgaben zu machen, welche Strukturdaten dem Registergericht übermittelt werden sollen, m. a. W. in welcher Dateiform die Gesellschafterliste an das Handelsregister zu übermitteln ist, um eine optimale Auslesbarkeit und Verwendbarkeit der Daten – auch im Zusammenspiel mit dem Transparenzregister – sicherzustellen (§ 20 GwG).⁴⁶

Bislang führt die Verlinkung des Transparenzregisters zum Handelsregister lediglich zur Möglichkeit, die entsprechende Gesellschafterliste (als gescanntes Dokument regelmäßig im pdf-Format) im Registerordner aufzurufen und zu lesen. Gezieltes Filtern, Sortieren oder Suchen ist hierin weitgehend sinnlos. Die Verwaltung einer – absehbar zunehmend komplexen – Gesellschafterliste für Geschäftsführer, Notare und Registerrichter würde durch Einführung eines elektronischen Standards erleichtert. Quasi in Echtzeit könnte ein XML-Dokument⁴⁷ aktualisiert und an das Handelsregister übermittelt werden. Dann würde nicht mehr viel fehlen, die Gesellschafterliste in einem neuen, auch elektronisch besser suchbaren Handelsregisterblatt aufgehen zu lassen.

5. Zeitlicher Anwendungsbereich der Neuregelung, § 8 EGGmbHG

Der zeitliche Anwendungsbereich des neuen § 40 Abs. 1 GmbHG ist in § 8 EGGmbHG festgelegt. Danach ist zu unterscheiden:

Für Listen der Gesellschafter, die nach dem 26.6.2017 (Zeitpunkt des Inkrafttretens) erstmals erstellt werden, gilt § 40 Abs. 1 GmbHG ohne weiteres in seiner neuen Fassung.

„Altlisten“ haben nach § 8 EGGmbHG zunächst Bestandsschutz, der allerdings nur solange reicht, bis eine Veränderung nach § 40 Abs. 1 GmbHG ansteht. Dann ist bei dieser Gelegenheit die gesamte Liste an die neuen gesetzlichen Vorgaben anzupassen. Durch diese Übergangsregel hat der Gesetzgeber hier die Gefahr eines „Register-Runs“ effektiv und durchaus kostenschonend entschärft.⁴⁸

6. Zwischenergebnis

Mit Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie hat der Gesetzgeber das Transparenzziel in § 40 Abs. 1 GmbHG nochmals deutlich betont. Die Neufassung des Gesetzes dient ferner der Festschreibung einer seit Inkrafttreten des MoMiG vor zehn Jahren etablierten Best Practice der Registergerichte. Insoweit öffnen die neu angefügten Verordnungsermächtigungen in §§ 40 Abs. 4, 5 GmbHG die Gesellschafterliste auch für eine zukünftige Weiterentwicklung der Praxis, die freilich mittelfristig zunächst erhebliche Rechtsunsicherheit mit sich bringen dürfte. Das betrifft insbesondere die Ergänzung um zusätzli-

43 Zum Streitstand: *Hasselmann*, NZG 2009, 449, 451; *Heidinger*, in: MüKo GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 40 GmbHG, Rn. 26; *Noack*, in: *Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz*, 21. Aufl. 2017, § 40, Rn. 15; *Seibt*, in: *Scholz, GmbHG*, 11. Aufl. 2012/2015, § 40, Rn. 26; *Terlau*, in: *Mischalski, GmbHG*, 2. Aufl. 2010, § 40 GmbHG, Rn. 12.

44 Mit einer solchen positiven Betonung des Transparenzziels bereits BGH, 1.3.2011 – II ZB 6/10, NZG 2011, 516. Dagegen freilich (noch) BGH, 24.2.2015 – II ZB 17/14, NZG 2015, 519.

45 Vgl. zur Argumentationslinie die Ableitung aus BGH, 20.9.2011 – II ZB 17/10, BB 2011, 2832 m. BB-Komm. *Löwe*, NZG 2011, 1268.

46 BR-Drs. 182/17, 204.

47 XML = Extensible Markup Language – Metasprache, die den Datenaustausch zwischen verschiedenen computergestützten Systemen ermöglicht.

48 BR-Drs. 182/17, 3.

che Angaben und die elektronische Übermittelbarkeit und Auswertbarkeit der Gesellschafterliste.

Die neuen Pflichtangaben sind von teils zweifelhaftem Informationswert und weisen auch handwerkliche Mängel auf. Allerdings dürften sie in summa durchaus zum Ziel erhöhter Transparenz beitragen. Dies allerdings im Ergebnis auf Kosten einer erhöhten Komplexität und daraus resultierenden gesteigerten Haftungsrisiken für den Geschäftsführer (§ 40 Abs. 3 GmbHG).

IV. Handlungsempfehlungen für Geschäftsführer

1. Der Geschäftsführer⁴⁹ ist insbesondere einem Haftungsrisiko nach § 40 Abs. 3 GmbHG ausgesetzt, wenn ihm Fehler oder Versäumnisse bei der nun vorgeschriebenen Eintragung von Mitgliedern einer unternehmenstragenden GbR als Gesellschafterin unterlaufen. Es fehlt noch an klaren Maßstäben der Rechtsprechung. Zumindest bis diese vorliegen, ist dem Geschäftsführer zu raten, – auch bei Publikums-Gesellschaften – auf eine beständige, unverzügliche Aktualisierung der Liste zu achten und Veränderungen im Gesellschafterbestand auch selbstständig zu überwachen (§ 93 Abs. 2 S. 2 AktG analog). Hierfür sind tunlichst in einem festen Turnus etwaige Veränderungen im Gesellschafterbestand der GbR bei deren Vertretern abzufragen. Bei einer Publikums-GbR als Gesellschafterin kann dem Geschäftsführer zur Zeit gar nur geraten werden, in sehr kurzen zeitlichen Abständen Veränderungen im Gesellschafterbestand abzufragen und diese Abfragen zu dokumentieren.

2. Man wird im Blick behalten müssen, wie Handelsregister mit den neuen Vorgaben des § 40 Abs. 1 GmbHG umgehen werden. Derzeit ist eine erhöhte Beanstandungsrate zu verzeichnen, die zeigt, dass die neuen Pflichtangaben noch nicht flächendeckend beachtet werden.

3. Hinzuweisen ist schließlich auf den Bußgeldtatbestand nach § 56 Abs. 1 Nr. 53 GwG. Dieses Risiko trifft ebenfalls den Geschäftsführer, der verpflichtet ist, die Anteilseignerstrukturen im Transparenzregister aufzudecken. Auch hier wird sich erst im Laufe der Zeit eine Praxis ausbilden. Die Geschäftsführung wird hier aber höchst umsichtig zu agieren haben, insbesondere soweit im Einzelfall nicht alle für die Aufdeckung der wirtschaftlichen Berechtigten notwendigen Informa-

tionen direkt aus der Gesellschafterliste abzulesen sind. Das betrifft etwa Treuhandverhältnisse.

V. Fazit

Die Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie ins deutsche Recht führt im Bereich der Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 1 GmbHG zu einer noch stärkeren Betonung des Transparenzgedankens. Die erweiterten Pflichtangaben in der Gesellschafterliste setzen den Geschäftsführer einem erhöhten Haftungsrisiko aus. Dies ist problematisch, da die praktische Handhabung der Gesellschafterliste nicht nur aufgrund handwerklicher Defizite des Gesetzes praktische Schwierigkeiten aufwirft. Besonders aufwendig ist die Aktualisierung der Gesellschafterliste im Fall einer unternehmenstragenden GbR als Gesellschafterin: Hier muss der Geschäftsführer auch den Mitgliederbestand der GbR fortlaufend erfassen und in der Gesellschafterliste abbilden. Dies kann im Einzelfall – insbesondere bei einer Publikums-GbR – deutlich erhöhte Kapazitäten beanspruchen. Ob die Rechtsprechungspraxis hier die notwendige Linderung bringt, ist zur Zeit völlig offen.

Jan Birkefeld, LL.M. (Norwich), RA, ist Partner im Berliner Büro von ZENK Rechtsanwälte Partnerschaft mbH. Seine Tätigkeitsschwerpunkte sind die Begleitung von Unternehmenskäufen und -umstrukturierungen sowie die laufende handels- und gesellschaftsrechtliche Beratung in- und ausländischer Unternehmen.



Stephan Schäfer ist seit 2015 Rechtsanwalt bei ZENK Rechtsanwälte Partnerschaft mbH in Berlin. Zuvor war er Geschäftsführer einer wirtschaftsrechtlich orientierten Forschungsstelle der Universität Bayreuth. Er berät Mittelständler und Startups in strukturellen und operativen Fragen rund um Gründung, Transaktionen und Vertragsmanagement.



⁴⁹ Wie eingangs ausgeführt, treffen die hier thematisierten Handlungspflichten zumindest in Teilbereichen auch Notare, vgl. § 19 BNotO.

BGH: Schriftformheilungsklauseln in Gewerberaummietverträgen sind stets unwirksam

BGH, Urteil vom 27.9.2017 – XII ZR 114/16

ECLI:DE:BGH:2017:270917UXXI:ZR114:16:0

Volltext des Urteils: [BB-ONLINE BBL2017-2689-1](#)

unter [www.betriebs-berater.de](#)

AMTLICHE LEITSÄTZE

a) Sogenannte Schriftformheilungsklauseln sind mit der nicht abdingbaren Vorschrift des § 550 BGB unvereinbar und daher unwirksam. Sie können deshalb für sich genommen eine Vertragspartei nicht daran hindern, einen Mietvertrag unter Berufung auf einen Schriftformmangel ordent-

lich zu kündigen (Fortführung der Senatsurteile BGHZ 200, 98 = NJW 2014, 1087 und vom 30. April 2014 – XII ZR 146/12 – NJW 2014, 2102).

b) Es verstößt gegen Treu und Glauben, wenn eine Mietvertragspartei eine nachträglich getroffene Abrede, die lediglich ihr vorteilhaft ist, allein deshalb, weil sie nicht die schriftliche Form wahrt, zum Anlass nimmt, sich von einem ihr inzwischen lästig gewordenen langfristigen Mietvertrag zu lösen (im Anschluss an Senatsurteile vom 25. November 2015 – XII ZR 114/14 – NJW 2016, 311 und vom 19. September 2007 – XII ZR 198/05 – NJW 2008, 365).

BGB §§ 242, 550 S. 1