

Dr. K. Jan Schiffer, RA, und Christoph J. Schürmann, RA

Transparenzregister und Stiftungen – Normadressaten der Melde- und Eintragungspflichten

In der Praxis bisher noch recht wenig beachtet ist zur Umsetzung der 4. EU-Geldwäscherichtlinie am 26.6.2017 das geänderte Geldwäschegesetz (GwG) in Kraft getreten. Dieses regelt in den §§ 18 ff. GwG auch die Einrichtung eines neuen elektronischen Transparenzregisters mit entsprechenden Meldepflichten. Das Register soll der Erfassung und Zugänglichmachung von Angaben über den „wirtschaftlich Berechtigten“ dienen (§ 18 Abs. 1 GwG). Die Frist zur Eintragung in das Register endete bereits zum 1.10.2017. Gleichwohl sind zahlreiche Einzelfragen zu den neuen Regelungen des Transparenzregisters noch ungeklärt, was zu erheblicher Rechtsunsicherheit führt. Das gilt insbesondere für rechtsfähige und nichtrechtsfähige Stiftungen, die durch das neue GwG erstmalig registerrechtlichen Melde- und Eintragungspflichten unterliegen.

I. Das neue Transparenzregister

Das Transparenzregister schafft neue Pflichten:¹ Grundsätzlich sind alle juristischen Personen des Privatrechts und eingetragene Personengesellschaften verpflichtet, Angaben zu ihren „wirtschaftlich Berechtigten“ einzuholen, aufzubewahren, auf dem aktuellen Stand zu halten und der registerführenden Stelle unverzüglich zur Eintragung in das Transparenzregister mitzuteilen (§ 20 Abs. 1 GwG).² Eingetragen werden Name, Geburtsdatum, Wohnort sowie Art und Umfang des wirtschaftlichen Interesses der wirtschaftlich Berechtigten (§ 19 Abs. 1 GwG). Die gleiche Verpflichtung trifft Verwalter von Trusts und Treuhänder nichtrechtsfähiger Stiftungen oder vergleichbarer Rechtsgestaltungen (§ 21 Abs. 1 und 2 GwG). Als einzige wesentliche Gesellschaftsform aus der Praxis ist die GbR nicht von den Eintragungspflichten erfasst.³ Die besagten Pflichten bringen ersichtlich einen ganz erheblichen Mehraufwand für die Betroffenen mit sich.⁴ Bei Verstößen gegen die Meldepflichten drohen zudem erhebliche Bußgelder (§ 56 GwG).⁵

Die Grundstrukturen und Begrifflichkeiten des Transparenzregisters sowie die Rechtsfolgen für verschiedene Gesellschaftsformen hat Rieg kürzlich ausführlicher erläutert.⁶ Der Beitrag gibt schwerpunktmäßig einen genaueren Blick auf die Besonderheiten der für rechtsfähige und nichtrechtsfähige Stiftungen geltenden Regelungen.

II. Stiftungen als transparenzpflichtige Einheiten

1. Rechtsfähige Stiftungen

Alle rechtsfähigen Stiftungen des Privatrechts (§§ 80 ff. BGB) unterliegen nach §§ 19, 20 Abs. 1 GwG der Verpflichtung, ihre wirtschaftlich

Berechtigten zur Eintragung in das Transparenzregister mitzuteilen. Für öffentlich-rechtliche Stiftungen gilt die Meldepflicht hingegen nicht.⁷

a) Keine „Meldefiktion“ für Stiftungen

Die sog. „Meldefiktion“ nach § 20 Abs. 2 GwG,⁸ wonach die Mitteilungspflichten an das Transparenzregister dann als erfüllt gelten, wenn die nach dem GwG erforderlichen Angaben zu den wirtschaftlich Berechtigten bereits aus einem anderen Register elektronisch abrufbar sind; kann für Stiftungen nicht eingreifen. Es existiert kein solches öffentliches „Stiftungsregister“. Die mitunter von den landesrechtlichen Aufsichtsbehörden geführten „Stiftungsverzeichnisse“ erfüllen die Anforderungen als Register i. S. d. GwG nicht.⁹

b) Gemeinnützigkeit

Eine etwaige Steuerbegünstigung einer Stiftung nach den §§ 51 ff. AO („Gemeinnützigkeit“) begründet keine Ausnahme von der Meldepflicht zum Transparenzregister.¹⁰ Nach der strukturell auf wirtschaftliche Geschäftsbetriebe (vgl. § 14 AO) ausgerichteten Terminologie des GwG führt dieser Punkt zumindest zu Irritationen in der Praxis, schließt doch eine steuerbegünstigte Förderung der „Allgemeinheit“ (§ 52 Abs. 1 AO) prinzipiell die „wirtschaftliche Berechtigung“ bestimmter natürlicher Personen aus.¹¹ Der Bundesverband Deutscher Stiftungen hat auf diese und weitere Unstimmigkeiten sowie auf mögliche Praxisprobleme für gemeinnützige Stiftungen und deren oft ehrenamtliches Personal schon im Gesetzgebungsverfahren kritisch hin-

1 Siehe auch die Beiträge zum neuen Transparenzregister von Rieg, BB 2017, 2310; Rosner, nwb 2017, 2594; Schiffer/Pruns, nwb 2017, 3211; Kotzenberg/Lorenz, NJW 2017, 2433; Schaub, DStR 2017, 1438; Bochmann, DB 2017, 1310; Zillmer, DB 2017, 1931; Seibert, GmbHR R97-R98; Theuffel-Werhahn, StiftungsBrief 2017, 192; ders., StiftungsBrief 2016, 107; Bochmann, FuS 2017, 106. Der Bundesverband Deutscher Stiftungen hat zum Transparenzregister eine Anwendungshilfe für Stiftungen veröffentlicht, abrufbar unter https://www.stiftungen.org/fileadmin/stiftungen_org/Stiftungen/Stiftungsmanagement/Transparenzregister.pdf (Abruf: 17.10.2017). Auf der Website des Bundesverwaltungsamtes finden sich außerdem „FAQ“ zu Einzelfragen des Transparenzregisters, abrufbar unter http://www.bva.bund.de/DE/Organisation/Abteilungen/Abteilung_ZMV/Transparenzregister/FAQ/faq_node.html (Abruf: 17.10.2017).

2 Zu Mitteilungspflichten und entsprechenden Compliance-Aufgaben Bochmann, FuS 2017, 106; Rieg, BB 2017, 2310, 2311 f.

3 Schaub, DStR 2017, 1438; Kotzenberg/Lorenz, NJW 2017, 2433, 3434.

4 Kritisch zur Rechtfertigung des Mehraufwands auch Schaub, DStR 2017, 1438, 1444; Bochmann, FuS 2017, 106, 109.

5 Rosner, nwb 2017, 2594, 2599 f.; Schaub, DStR 2017, 1438, 1443.

6 Rieg, BB 2017, 2310.

7 Bundesverwaltungsamt, FAQ „Stiftungen“ Nr. 1, abrufbar unter http://www.bva.bund.de/DE/Organisation/Abteilungen/Abteilung_ZMV/Transparenzregister/FAQ/fragen/01_stiftungen/stiftungen_node.html (Abruf: 18.10.2017).

8 Näher dazu Rieg, BB 2017, 2310, 2312 ff.; Schaub, DStR 2017, 1438, 1440 f.

9 S. Bundesverwaltungsamt (Fn. 7).

10 Kotzenberg/Lorenz, NJW 2017, 2433, 2436; Bundesverband Deutscher Stiftungen (Fn. 1), S. 1; vgl. auch Bundesverwaltungsamt, FAQ „Stiftungen“ Nr. 1 (Fn. 7).

11 So auch Kotzenberg/Lorenz, NJW 2017, 2433, 2436.

gewiesen.¹² Die Umsetzung der EU-Geldwäscherichtlinie durch das neue GwG soll dennoch keine Differenzierung zwischen privatnützigen und gemeinnützigen Stiftungen zulassen.¹³ Es bleibt also nach aktuellem Stand dabei, dass die Meldepflichten zum Transparenzregister für gemeinnützige und privatnützige Stiftungen gleichermaßen bestehen.

2. Nichtrechtsfähige Stiftungen

Anders als bei der rechtsfähigen Stiftung ergeben sich aus dem Wortlaut des GwG schon große Schwierigkeiten bei der Beantwortung der Frage, ob eine nichtrechtsfähige Stiftung im Einzelfall überhaupt den Eintragungspflichten zum Transparenzregister unterliegt.

Nach § 21 Abs. 2 Nr. 1 GwG sind Treuhänder nichtrechtsfähiger Stiftungen zur Mitteilung der wirtschaftlich Berechtigten an das Transparenzregister verpflichtet, „... wenn der Stiftungszweck aus Sicht des Stifters eigennützig ist“. Nach dem Gesetzeswortlaut soll also offenbar bei nichtrechtsfähigen Stiftungen – anders als bei rechtsfähigen Stiftungen – eine Differenzierung nach deren Zwecksetzung vorgenommen werden. Völlig unklar ist jedoch, was mit der Einschränkung in § 21 Abs. 2 Nr. 1 GwG konkret gemeint ist. Das an eine subjektive Komponente („aus Sicht des Stifters“) anknüpfende Merkmal der „Eigennützigkeit“ ist jedenfalls kein Begriff, der sich aus der bisher gängigen stiftungsrechtlichen Terminologie eindeutig ableiten ließe.

Auf den ersten Blick mag es naheliegend erscheinen, die „Eigennützigkeit“ hier als Gegensatz zur „Gemeinnützigkeit“ i. S. d. § 52 AO zu deuten. Das hätte zur Folge, dass gemeinnützige, nichtrechtsfähige Stiftungen per se nicht den Eintragungspflichten zum Transparenzregister unterlägen. Diesem Ansatz folgt auch eine erste Stellungnahme des Bundesverbandes Deutscher Stiftungen, wonach – hinreichend „vorsichtig“ formuliert – gemeinnützige, nichtrechtsfähige Stiftungen im Gegensatz zu privatnützigen, nichtrechtsfähigen Stiftungen „regelmäßig nicht mitteilungsspflichtig“ sein dürften.¹⁴ Der Bundesverband weist aber gleichzeitig einschränkend darauf hin, dass nicht allein aufgrund des deutschen Gemeinnützigkeitsstatus darauf geschlossen werden könne, dass keine eigennützige Rechtsgestaltung vorliege.¹⁵ In der Tat, geht es doch hier um die Umsetzung einer EU-Richtlinie.

Nur was bedeutet das für die Anwendung des GwG in Deutschland? Nach unserer Auffassung überzeugt der bisher auch vom Bundesverband geteilte Auslegungsansatz im Ergebnis nicht. Es ist nach der Systematik des GwG schon kein Grund dafür ersichtlich, dass der Status der Gemeinnützigkeit bei nichtrechtsfähigen Stiftungen eine Ausnahme von der Meldepflicht begründen soll, obwohl eine solche Ausnahme bei rechtsfähigen Stiftungen gerade nicht gegeben ist (siehe oben II. 1.). Auch kann – worauf der Bundesverband selbst hinweist – die rein steuerrechtliche Kategorie der Gemeinnützigkeit als Tatbestand ohne eine entsprechende Grundlage im GwG nicht Rechtsfolgen nach dem GwG begründen. Das nach seinem Wortlaut rein subjektive Kriterium in § 21 Abs. 2 Nr. 1 GwG ist bei näherer Betrachtung zudem ausgesprochen indifferent. Ist doch genau genommen auch jede gemeinnützige Stiftung aus Sicht des Stifters zumindest (zugleich) auch eigennützig, mehr sie doch in aller Regel sein Ansehen. Soll es bei dieser Sachlage tatsächlich allein darauf ankommen, wie das der jeweilige Stifter rein subjektiv in seinem konkreten Fall sieht? Das erscheint den Verfassern schwer vorstellbar, führte es doch potentiell zu verschiedenen, rein willkürlichen Sichtweisen.

Man kann auf den Gedanken kommen, eine die Registrierung erfordernde Eigennützigkeit der gemeinnützigen, nichtrechtsfähigen Stif-

tung könnte jedenfalls ausgehend von objektiven Kriterien dann in Betracht kommen, wenn die Stiftungssatzung mögliche Leistungen an den Stifter im Rahmen des § 58 Nr. 6 AO vorsieht.¹⁶ Auch dann stellt sich allerdings die Frage, ob bereits eine solche „teilweise“ Eigennützigkeit die Meldepflicht nach § 21 Abs. 2 Nr. 1 GwG begründet, oder ob im Sinne der Ausnahmenvorschrift der Stiftungszweck „vollständig“ eigennützig sein muss. Bei genauer Betrachtung aus steuerrechtlicher Sicht handelt es sich bei § 58 Nr. 6 AO auch nur um eine ausnahmsweise steuerlich unschädliche Betätigung der Stiftung, die aber eben keinen eigenständigen steuerbegünstigten Stiftungszweck begründet.¹⁷ Mangels eines eigennützigen „Stiftungszwecks“ wäre insofern auch in diesen Fällen die Meldepflicht nach § 21 Abs. 2 Nr. 1 GwG nicht gegeben. Betrachtet man andererseits die subjektive Komponente der Vorschrift, könnte in diesem Fall doch die Eintragungspflicht eingreifen, da es – auch wenn kein „formaler“ Stiftungszweck gegeben ist – jedenfalls *aus Sicht des Stifters* im Ergebnis bei ihm zu einer eigennützigen Vermögensmehrung führt.

Auch die Gesetzesbegründung liefert wenig Erhellendes zu den vorstehend aufgeworfenen Fragen. Es heißt dort, § 21 Abs. 2 GwG diene der Umsetzung von Artikel 31 Abs. 8 der Vierten Geldwäscherichtlinie.¹⁸ Diese Vorschrift der Richtlinie lautet: „Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die Maßnahmen nach diesem Artikel auch auf andere Arten von Rechtsvereinbarungen angewandt werden, die in ihrer Struktur und Funktion Trusts ähneln.“ Werden nichtrechtsfähige Stiftungen, so die Gesetzesbegründung, mit einem aus Sicht des Stifters eigennützigen Zweck eingesetzt, liege eine solche Ähnlichkeit zu Trusts vor.¹⁹ Eine nähere Begründung, warum das (nur) bei einem aus Sicht des Stifters eigennützigen Zweck der Fall sein soll, findet sich dort nicht. Die Grundproblematik scheint darin zu wurzeln, dass die EU-Richtlinie in ihren Vorgaben stets von der dem deutschen Recht fremden Rechtsfigur des Trusts²⁰ ausgeht, und es im Übrigen mehr oder weniger beiläufig den Mitgliedstaaten überlässt, bei der Umsetzung der Richtlinie auch die „Trust-ähnlichen“ Rechtsgestaltungen mit einzu beziehen. Bei der Formulierung des GwG ist das offensichtlich nicht gelungen. Es hat den Anschein, der Gesetzgeber habe an dieser Stelle – mit Verlaub – selbst nicht gewusst, was er genau regeln sollte und wollte.

Nach dem Vorstehenden lässt sich bislang nur festhalten, dass die Voraussetzungen der Eintragungspflicht nichtrechtsfähiger Stiftungen nach § 21 Abs. 2 Nr. 1 GwG bisher völlig unklar sind. Auf die Nachfrage einer Stiftungsbehörde wurde von Seiten des Bundesverwaltungsamtes im September 2017 dazu lediglich mitgeteilt, der unbestimmte Rechtsbegriff „eigennützig“ befinde sich noch in der Klärungsphase und werde künftig bei den FAQ auf der Website des Bundesverwaltungsamtes erläutert. Aktuell²¹ findet sich dort allerdings

12 Schreiben von Prof. Dr. Stephan Schauhoff für den Bundesverband Deutscher Stiftungen an das BMF vom 7.4.2017, veröffentlicht unter https://www.stiftungen.org/fileadmin/stiftungen_org/Verband/Wer_Wir_sind/Positionen/Brief-Schaeuble.pdf.

13 Schreiben des Parl. Staatssekretärs Dr. Michael Meister an den Bundesverband Deutscher Stiftungen vom 22.5.2017, veröffentlicht unter: https://www.stiftungen.org/fileadmin/stiftungen_org/Verband/Wer_Wir_sind/Positionen/Meister-BMF-22.05.2017.pdf. (Abruf: 18.10.2017)

14 S. Bundesverband Deutscher Stiftungen (Fn. 1), S. 2.

15 S. Bundesverband Deutscher Stiftungen (Fn. 1).

16 Näher dazu etwa Schiffer in: Schiffer (Hrsg.), Die Stiftung in der Beraterpraxis, 4. Aufl. 2016, § 9, Rn. 171 ff.

17 Siehe nur Buchna u. a., Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 11. Aufl. 2015, Ziffer 2.8.6.6.

18 BT-Drs. 18/11555, 131.

19 BT-Drs. 18/11555, 131.

20 Vgl. BGH, 13.6.1984 – IVa ZR 196/82, ZIP 1984, 1405; NJW 1984, 2762: „Mit den dogmatischen Grundlagen des deutschen Rechts ist die Rechtsfigur des Trusts unvereinbar.“

21 Stand: 13.10.2017.

noch keine Stellungnahme zu dieser Frage. Es bleibt zu hoffen, dass die erhebliche Rechtsunsicherheit zu diesem Punkt baldmöglichst überzeugend beseitigt wird. Letztlich wird das nur durch eine entsprechende höchstrichterliche Rechtsprechung geschehen können; denn die in FAQ geäußerte Verwaltungsmeinung bindet die Gerichte nicht. Bis dahin wird angesichts der drohenden Bußgelder im Zweifel auch eine nichtrechtsfähige Stiftung zum Transparenzregister anzumelden sein, selbst wenn sie gemeinnützig ist.

III. Wer ist „wirtschaftlich Berechtigter“?

Unterliegt eine rechtsfähige oder nichtrechtsfähige Stiftung der Meldeverpflichtung zum Transparenzregister ist zu ermitteln, welche Person(en) konkret als wirtschaftlich Berechtigter(r) im Sinne des GwG an das Register zu melden sind.

Grundsätzlich und allgemein gilt laut § 3 Abs. 1 GwG: Wirtschaftlich Berechtigte sind stets nur natürliche Personen, und zwar solche, in deren Eigentum oder unter deren Kontrolle die betreffende Vereinigung oder Rechtsgestaltung letztlich steht oder auf deren Veranlassung eine Transaktion letztlich durchgeführt oder eine Geschäftsbeziehung letztlich begründet wird. Diese Definition wird für rechtsfähige und nichtrechtsfähige Stiftungen in § 3 Abs. 3 GwG konkretisiert.

1. Treugeber, Trustee oder Protoktor

Nach § 3 Abs. 3 Nr. 1 GwG zählt zu den wirtschaftlich Berechtigten „jede natürliche Person, die als Treugeber, Verwalter von Trusts (Trustee) oder Protoktor, sofern vorhanden, handelt“.

a) „Treuhandstifter“

Die Vorschrift kann ersichtlich allein nichtrechtsfähige Stiftungen betreffen. Dabei liegt es nahe, dass der in der Vorschrift genannte „Treugeber“ auch den „Stifter“ einer nichtrechtsfähigen Stiftung meint. Der Bundesverband Deutscher Stiftungen verneint hingegen in seiner Stellungnahme die Anwendbarkeit des § 3 Abs. 3 Nr. 1 GwG auf deutsche, nichtrechtsfähige Stiftungen. Das begründet der Verband zum einen damit, dass der Stifter einer rechtsfähigen Stiftung in § 3 Abs. 3 GwG explizit nicht als wirtschaftlich Berechtigter genannt sei, so dass dies auch für den „Treuhandstifter“ gelten müsse. Außerdem handele es sich bei der deutschen, nichtrechtsfähigen Stiftung nicht um eine „echte Treuhand“, Rechtsgrundlage sei hier vielmehr eine Schenkung, ein Geschäftsbesorgungsvertrag oder eine erbrechtliche Gestaltung.²²

Das überzeugt nicht. Der Gedanke, dass der Stifter einer rechtsfähigen Stiftung als solcher nach dem GwG kein wirtschaftlich Berechtigter ist, kann nicht ohne weiteres auf die nichtrechtsfähige Stiftung übertragen werden. Schließlich ist der „Treuhandstifter“, ungeachtet häufiger begrifflicher Ungenauigkeiten in der Praxis, gerade kein „Stifter“ i. S. d. §§ 80 ff. BGB. Die rechtsfähige Stiftung unterscheidet sich als juristische Person und Rechtsfigur ersichtlich deutlich von der nichtrechtsfähigen Stiftung. Ob der Gesetzgeber sich der Vielschichtigkeit der zivilrechtlichen Grundlagen für die nichtrechtsfähige Stiftung bei der Formulierung des GwG im Einzelnen bewusst war, erscheint fraglich.²³

Es liegt vielmehr nahe, dass der „Stifter“ einer nichtrechtsfähigen Stiftung als „Treugeber“ dem Wortlaut des § 3 Abs. 3 Nr. 1 GwG unterfällt. Betrachtet man nämlich die Begriffsdefinition des wirtschaft-

lichen Eigentümers in der Vierten Geldwäscherichtlinie, so ist dort in Art. 3 Nr. 6 lit. b) bei Trusts u. a. der „Settlor“ aufgeführt, d. h. die Person, die Vermögen für den Trust zur Verfügung stellt, eben wie es ein Treugeber tut.²⁴ Art. 3 Nr. 6 lit. c) der Richtlinie bestimmt zudem ausdrücklich als wirtschaftliche Eigentümer „bei juristischen Personen wie Stiftungen und Rechtsvereinbarungen, die Trusts ähneln, die natürliche(n) Person(en), die gleichwertige oder ähnliche wie die unter Buchst. b genannten Funktionen bekleidet/bekleiden“. Darunter ließe sich aus Sicht der Verfasser der Treuhänder subsumieren. Es zeigt sich wieder die Grundproblematik der vorrangigen Bezugnahme auf den im deutschen Recht unbekanntem Trust. Nach dem äußerst weitgefassten Wortlaut der Richtlinie liegt es jedenfalls nahe, dass der „Treuhandstifter“ durch die Zurverfügungstellung des Vermögens eine solche dem „Settlor“ ähnliche oder vergleichbare Funktion hat, so dass dieser auch nach § 3 Abs. 3 Nr. 1 GwG als wirtschaftlich Berechtigter in das Transparenzregister einzutragen ist.

b) Stiftungsträger

Auf der anderen Seite stellt sich mit Blick auf die vorstehenden Überlegungen die Frage, ob der Träger einer nichtrechtsfähigen Stiftung („Treuhand“) ebenfalls wirtschaftlich Berechtigter i. S. d. GwG ist. In § 3 Abs. 3 Nr. 1 ist der „Treuhand“, anders als der „Treugeber“, nicht genannt. Das könnte zu der Annahme (ver-)führen, dass der Stiftungsträger eben gerade nicht eintragungspflichtig ist. Dieses Ergebnis ist allerdings verwunderlich, nimmt doch gerade der Stiftungsträger in Umsetzung der „Stiftungssatzung“ regelmäßig entscheidenden Einfluss auf die Verwaltung und Verwendung des Vermögens der nichtrechtsfähigen Stiftung.²⁵ Im Übrigen wäre der Stiftungsträger auch mit dem „Trustee“ eines Trusts vergleichbar, so dass sich entsprechend der vorstehenden Argumentation zum „Treuhandstifter“ auch eine Eintragungspflicht des Stiftungsträgers begründen lässt. Folgt man diesen Erwägungen nicht, wird sich unabhängig davon die Eintragungspflicht des Stiftungsträgers regelmäßig aus dem „Auffangtatbestand“ des § 3 Abs. 3 Nr. 5 GwG ergeben (siehe unten III. 5.).

Die FAQ des Bundesverwaltungsamtes äußern sich auch zu diesen Fragen bisher nicht, es verbleiben mithin erhebliche Zweifel für die Normadressaten.

2. Mitglieder des Stiftungsvorstands

Nach § 3 Abs. 3 Nr. 2 GwG zählt zu den wirtschaftlich Berechtigten „jede natürliche Person, die Mitglied des Vorstands der Stiftung ist“. Sämtliche Vorstandsmitglieder einer rechtsfähigen Stiftung sind demnach stets meldepflichtig, und zwar auch dann, wenn sich nach § 3 Abs. 3 zusätzliche wirtschaftlich Berechtigte ergeben.²⁶ Die Regelung ist insofern erfreulicherweise wirklich klar.

Auf nichtrechtsfähige Stiftungen findet § 3 Abs. 3 Nr. 2 GwG keine Anwendung.²⁷ Häufig gibt es zwar auch dort interne Gremien, die als

22 Bundesverband Deutscher Stiftungen (Fn. 1), S. 4.

23 Zu den Grundlagen nichtrechtsfähiger Stiftungen siehe etwa Schiffer/Pruns in: Schiffer (Hrsg.), Die Stiftung in der Beraterpraxis, 4. Aufl. 2016, § 12; Hof in: v. Campenhausen/Richter, Stiftungsrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2014, § 36; Hüttemann/Rawert, in: Staudinger, 2017, Vorbem. zu §§ 80 ff. BGB, Rn. 319 ff.

24 Zur Rechtsgestaltung des Trust siehe etwa Schiffer/Schürmann, in: Schiffer (Hrsg.), Die Stiftung in der Beraterpraxis, 4. Aufl. 2016, § 13, Rn. 7 ff.; Dörner, in: Richter/Wachter (Hrsg.), Handbuch des internationalen Stiftungsrechts, 2007, § 11.

25 Vgl. Hof, in: v. Campenhausen/Richter, Stiftungsrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2014, § 36, Rn. 66 ff.

26 Bundesverwaltungsamt, FAQ „Stiftungen“ Nr. 6 (Fn. 7).

27 So auch Bundesverband Deutscher Stiftungen (Fn. 1), S. 4.

„Vorstand“ bezeichnet sind. Da die nichtrechtsfähige Stiftung, wie die Bezeichnung schon feststellt, jedoch keine eigene Rechtsfähigkeit besitzt, kann sie auch keine „echten“ Organe haben.²⁸

3. Begünstigte Personen

Wirtschaftlich Berechtigter ist nach § 3 Abs. 3 Nr. 3 auch „jede natürliche Person, die als Begünstigte bestimmt worden ist“. Hier stellt sich vor allem die Frage, wie konkret die Begünstigung im Sinne der Vorschrift ausgestaltet sein muss, damit sie die Eigenschaft als wirtschaftlich Berechtigter begründet.

a) Destinatäre

Nach den FAQ des Bundesverwaltungsamtes sind Begünstigte im Sinne von § 3 Absatz 3 Nr. 3 GwG bei rechtsfähigen Stiftungen nur die Destinatäre, bei denen sich aus dem Stiftungsgeschäft ergibt, dass diese einen Anspruch auf Leistungen der Stiftung haben. Die dem Geldwäschegesetz zugrunde liegende EU-Richtlinie sehe vor, dass nur die „in erster Linie“ Begünstigten wirtschaftlich Berechtigte sind. Insofern sei das Geldwäschegesetz an dieser Stelle entsprechend der Richtlinie eng auszulegen. Bei einer großen Anzahl von wechselnden Begünstigten, die nicht namentlich im Stiftungsgeschäft bezeichnet sind, soll laut dem Bundesverwaltungsamt nicht jeder einzelne als wirtschaftlich Berechtigter an das Transparenzregister zu melden sein.²⁹

Nach der engen Auslegung durch das Bundesverwaltungsamt sind Begünstigte im Sinne der Vorschrift nur solche natürlichen Personen, denen bereits nach dem Stiftungsgeschäft (einschließlich der zugehörigen Stiftungssatzung) ein konkreter Anspruch auf Leistungen der Stiftung zusteht. Dementsprechend dürfte die Meldepflicht dann nicht bestehen, wenn etwa, was der Regelfall in der Praxis ist, die Satzung einer Familienstiftung noch keinen unmittelbaren Anspruch bestimmter Familienmitglieder auf Leistungen der Stiftung vorsieht, sondern die Ansprüche erst aufgrund eines entsprechenden Beschlusses der zuständigen Stiftungsorgane begründet werden.³⁰ Nach § 3 Abs. 3 Nr. 3 GwG sind wirtschaftlich Berechtigte insofern nicht alle einzelnen Familienmitglieder, die nach der Satzung Stiftungsleistungen erhalten dürfen, sondern nur solche, bei denen sich die zunächst nur abstrakte satzungsmäßige Begünstigung in der Praxis durch einen Organbeschluss zu einem Rechtsanspruch „verfestigt“ hat. Dabei fragt sich allerdings, ob – und wenn ja inwieweit – sich der Anspruch dauerhaft „verfestigt“ haben muss, oder ob auch ein einmaliger Anspruch (z. B. Einmalzahlung in einer Notlage) schon ausreicht.

b) Der Stifter

Auch der Stifter selbst ist als solcher nicht wirtschaftlich Berechtigter der Stiftung. Er ist es nur dann, wenn er neben seiner Eigenschaft als Stifter einen der anderen Tatbestände des § 3 Abs. 3 GwG erfüllt.³¹ Der Stifter kann z. B. Begünstigter i. S. d. § 3 Abs. 3 Nr. 3 GwG sein. Bei Leistungen einer gemeinnützigen Stiftung an den Stifter im Rahmen des § 58 Nr. 6 AO ist allerdings zu berücksichtigen, dass sich hier gerade kein Anspruch schon aufgrund des Stiftungsgeschäfts oder der Satzung ergibt. Es handelt sich vielmehr um Leistungen, die nur aufgrund einer entsprechenden Entscheidung der zuständigen Stiftungsorgane erfolgen. Dem engen Auslegungsansatz des Bundesverwaltungsamtes folgend, begründen diese Leistungen an den Stifter dann auch keine Stellung als wirtschaftlich Berechtigter i. S. d. § 3 Abs. 3 Nr. 3 GwG.³²

c) Förderleistungen bei gemeinnützigen Stiftungen

Für gemeinnützige Stiftungen bedeutet die insofern erfreulich praxisgerechte Auslegung des Bundesverwaltungsamtes im Übrigen, dass nicht jeder einzelne Empfänger von Förderleistungen im Rahmen der abstrakten Satzungszwecke (z. B. Stipendien) als wirtschaftlich Berechtigter zu melden ist.³³ Das ist angesichts des undeutlichen Gesetzeswortlauts sehr zu begrüßen, da eine solche umfangreiche Meldung durch die Stiftungen faktisch nahezu unmöglich zu realisieren wäre. Generell bleibt zu beobachten, ob die Rechtsprechung der Verwaltungsmeinung folgt.

4. Gruppe noch unbestimmter Begünstigter

Nachdem der geeignete Leser bis hierher gedacht haben mag, einige Klarheit gewonnen zu haben, wird es nun wieder diffuser.

Neben einzelnen Begünstigten i. S. d. § 3 Abs. 3 Nr. 3 GwG zählt nach § 3 Abs. 3 Nr. 4 GwG zu den wirtschaftlich Berechtigten auch „die Gruppe von natürlichen Personen, zu deren Gunsten das Vermögen verwaltet oder verteilt werden soll, sofern die natürliche Person, die Begünstigte des verwalteten Vermögens werden soll, noch nicht bestimmt ist“.

Die Regelung stellt insofern „systemfremd“ zu den übrigen Bestimmungen der wirtschaftlich Berechtigten nach dem GwG nicht auf eine natürliche Person ab, sondern auf eine Gruppe natürlicher Personen. Für zunächst erhebliche Irritationen in der Praxis hat hier vor allem der Umstand gesorgt, dass es bei der Eingabemaske auf der Website des Transparenzregisters³⁴ bisher gar keine Möglichkeit zur Eintragung einer solchen „Gruppe“ gab. Die technische Umsetzung sah vielmehr stets zwingend die Eingabe der Daten einzelner Personen vor. Das führte in der Praxis zu der Annahme, nach § 3 Abs. 3 Nr. 4 GwG müssten, entgegen dem Gesetzeswortlaut, wohl nicht die Gruppe als solche, sondern jede einzelne Person, die der Gruppe angehört, gesondert zum Register gemeldet werden. Der Aufwand einer solchen Verpflichtung führt ersichtlich an die Grenzen der faktischen Umsetzbarkeit, man denke etwa an ältere Familienstiftungen mit hunderten Familienmitgliedern als potentiellen Destinatären und das mit Blick auf Todesfälle und Geburten.

Erfreulicherweise hat das Bundesverwaltungsamt dieses Problem erkannt und in den FAQ zum Transparenzregister aufgegriffen. Danach ist die Gruppe von künftigen Berechtigten nach § 3 Abs. 3 Nr. 4 GwG wie im Stiftungsgeschäft bezeichnet zu benennen. Die bisher fehlende Möglichkeit zur Angabe solcher Gruppen werde, so das Bundesverwaltungsamt, zeitnah erstellt.³⁵ Zur Eintragung in das Transparenzregister ist demnach die Bezeichnung der Gruppe aus dem Stiftungsgeschäft einschließlich der Stiftungssatzung zu übernehmen (z. B. „Die Mitglieder der Familie des Stifters“, „Die Beschäftigten des Unternehmens X“).

Unklar bleibt allerdings noch, ob die Gruppe der unbestimmten Personen nach § 3 Abs. 3 Nr. 4 GwG auch dann noch meldepflichtig ist, wenn einzelne Personen aus dieser Gruppe bereits als konkrete Be-

28 Siehe nur Schiffer/Pruns, in: Schiffer (Hrsg.), Die Stiftung in der Beraterpraxis, 4. Aufl. 2016, § 12, Rn. 7 ff.

29 Bundesverwaltungsamt, FAQ „Stiftungen“ Nr. 2 und Nr. 3 (Fn. 7).

30 Zur Rechtsstellung der Destinatäre siehe etwa Hof, in: v. Campenhausen/Richter, Stiftungsrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2014, § 6, Rn. 168 ff.; Hüttemann/Rawert, in: Staudinger, 2017, 85 BGB, Rn. 37 ff.

31 Kotzenberg/Lorenz, NJW 2017, 2433, 2435; Bundesverwaltungsamt, FAQ „Stiftungen“ Nr. 7 (Fn. 7).

32 So auch Bundesverband Deutscher Stiftungen (Fn. 1).

33 Bundesverwaltungsamt, FAQ „Stiftungen“ Nr. 2 (Fn. 7).

34 Abrufbar unter www.transparenzregister.de (Abruf: 18.10.2017).

35 Bundesverwaltungsamt, FAQ „Stiftungen“ Nr. 4 (Fn. 7).

günstigte gemäß § 3 Abs. 3 Nr. 3 GwG eingetragen worden sind. Nach dem Gesetzeswortlaut dürfte das wegen des Zusatzes „[...] sofern die natürliche Person, die Begünstigte des verwalteten Vermögens werden soll, noch nicht bestimmt ist“ bei engem Verständnis zu verneinen sein, da in den besagten Fällen schließlich eine oder mehrere Person(en) als Begünstigte bestimmt sind. Damit würde dann allerdings die Regelung des § 3 Abs. 3 Nr. 4 GwG in der Praxis weitgehend leerlaufen, da letztlich so gut wie immer einzelne Personen aus der abstrakten Gruppe in Erfüllung der Stiftungszwecke bereits konkret von der Stiftung begünstigt werden.

Die FAQ des Bundesverwaltungsamtes geben hier keine konkrete Antwort. Zu der Frage, inwiefern „Ausfallbegünstigte“, also solche, die nach dem Stiftungsgeschäft dann einen Anspruch erhalten, wenn vorrangige Begünstigte weggefallen sind, meldepflichtig sind, wird dort ausgeführt, dass diese erst dann meldepflichtig sind, wenn deren Anspruch durch Wegfall der vorrangig Begünstigten entstanden ist. Gleichzeitig wird dort aber mit dem Verweis „Siehe Antwort zu Frage 4.“ auf die Ausführungen zur Eintragung der Gruppe künftiger Begünstigter nach § 3 Abs. 3 Nr. 4 GwG verwiesen.³⁶ Daraus ließe sich schließen, dass die Eintragungspflicht für die Gruppe zusätzlich zu der Eintragungspflicht einzelner Begünstigter bestehen soll. Eine eindeutige Antwort ist das ersichtlich nicht. Vorsorglich kann man hier „doppelt“ melden.

5. Beherrschender Einfluss auf sonstige Weise

Nach § 3 Abs. 3 Nr. 5 GwG ist wirtschaftlich Berechtigter auch „jede natürliche Person, die auf sonstige Weise unmittelbar oder mittelbar beherrschenden Einfluss auf die Vermögensverwaltung oder Ertragsverteilung ausübt“.

Diese Regelung soll ersichtlich als Auffangtatbestand solche Personen erfassen, die zwar nicht unter die Regelungen der § 3 Abs. 3 Nrn. 1 bis 4 GwG fallen, im konkreten Einzelfall aber gleichwohl „beherrschenden Einfluss“ auf die Vermögensverwaltung oder Ertragsverteilung bei der Stiftung haben. Konkretere Fallgruppen oder Anwendungsbeispiele für diese Vorschrift bleiben die FAQ des Bundesverwaltungsamtes bisher schuldig.

a) Rechtsfähige Stiftungen

Bei der rechtsfähigen Stiftung kann beispielsweise der Stifter als wirtschaftlich Berechtigter nach § 3 Abs. 3 Nr. 5 GwG in Betracht kommen, sofern diesem allein, ohne dass er Mitglied des Stiftungsvorstands ist (dann greift schon § 3 Abs. 3 Nr. 2 GwG), nach der Satzung entsprechende „beherrschende“ Sonderrechte bei der Vermögensverwaltung oder Ertragsverteilung zugewiesen sind.³⁷ Gleiches gilt für einen Geschäftsführer der Stiftung mit entsprechend weitreichenden Befugnissen.³⁸ Mitglieder rein beratender und/oder repräsentativer Stiftungsgremien (z.B. „Fachbeirat“, „Kuratorium“) werden hingegen mangels konkreter Entscheidungsbefugnisse nicht erfasst.

Höchst unklar bleibt, ob Mitglieder eines neben dem Vorstand bestehenden und mit echten Entscheidungs- und/oder Kontrollbefugnissen ausgestatteten Organs („Stiftungsrat“)³⁹ als wirtschaftlich Berechtigter nach § 3 Abs. 3 Nr. 5 GwG der Eintragungspflicht zum Transparenzregister unterliegen.

Übt ein Stiftungsrat, was in der Praxis nicht selten der Fall ist, durch seine Entscheidungen eine „beherrschende“ Funktion i.S.d. § 3 Abs. 3 Nr. 5 aus, liegt es nahe, die Mitglieder dieses Organs dem Anwendungsbereich dieser Vorschrift zu unterwerfen. Bei genauerer Be-

trachtung trägt der vom Gesetzgeber gewählte Wortlaut im systematischen Zusammenhang des § 3 Abs. 3 GwG dieses Ergebnis allerdings nicht. So bezieht sich § 3 Abs. 3 Nr. 5 GwG ausdrücklich nur auf (einzelne) natürliche Personen, die einen solch beherrschenden Einfluss ausüben. Ein Stiftungsrat ist hingegen keine natürliche Person, sondern ein Organ, das seine ggf. „beherrschenden“ Entscheidungen durch entsprechende (Mehrheits-)Beschlüsse trifft. Gleiches gilt zwar auch für den Stiftungsvorstand, jedoch bestimmt § 3 Abs. 3 Nr. 2 GwG, anders als § 3 Abs. 3 Nr. 5 GwG, ausdrücklich jede (einzelne) natürliche Person, die Mitglied des Vorstands ist, als wirtschaftlich Berechtigten.

Andererseits könnte auch dahingehend argumentiert werden, dass § 3 Abs. 3 Nr. 2 GwG bei dem Organ Stiftungsvorstand gerade unabhängig von der „Entscheidungsmacht“ der einzelnen Person jedes Mitglied als wirtschaftlich Berechtigten bestimmt und insofern bei anderen, obligatorischen Entscheidungsorganen wie dem Stiftungsrat das gleiche gelten müsse. Gleichwohl wird man aber den Gesetzgeber „beim Wort nehmen“ und von dem ausdrücklichen Wortlaut der Vorschrift ausgehen müssen. Der Gesetzesbegründung zu § 3 GwG sind dazu ebenfalls keine näheren Erkenntnisse zu entnehmen.

De lege lata sind demnach, auch wenn ein Stiftungsrat „beherrschende“ Entscheidungen i.S.v. § 3 Abs. 3 Nr. 5 GwG trifft, die einzelnen Organmitglieder grundsätzlich nicht als wirtschaftlich Berechtigte zum Transparenzregister meldepflichtig. Etwas anderes kann im Einzelfall allenfalls dann gelten, wenn aufgrund besonderer Umstände (z.B. Besetzung des Organs mit nur zwei Personen und Mehrfachstimmrechte einer Person) letztlich einzelne Organmitglieder die Entscheidungsmacht besitzen.⁴⁰

b) Nichtrechtsfähige Stiftungen

Bei nichtrechtsfähigen Stiftungen wird regelmäßig der Stiftungsträger („Treuhand“) als wirtschaftlich Berechtigter unter § 3 Abs. 3 Nr. 5 GwG fallen, sofern man diesen nicht bereits nach § 3 Abs. 3 Nr. 1 GwG der Eintragungspflicht unterwirft (siehe oben III. 1.). Ist der Stiftungsträger, wie in der Praxis häufig, eine juristische Person, stellt sich parallel zu der vorstehend zum Stiftungsrat dargestellten Problematik die Frage, ob in diesem Fall deren Organmitglieder wirtschaftlich Berechtigte nach § 3 Abs. 3 Nr. 5 GwG sind. Der Bundesverband Deutscher Stiftungen bejaht in diesem Fall die Eintragungspflicht der vertretungsberechtigten Organmitglieder des Stiftungsträgers, obgleich er – insofern nicht ganz konsequent – die Eintragungspflicht einzelner Stiftungsratsmitglieder entsprechend der von den Verfassern vertretenen Auslegung zu § 3 Abs. 3 Nr. 5 GwG grundsätzlich ablehnt.⁴¹

6. Weitere „unbenannte“ Fälle wirtschaftlicher Berechtigung?

Zu beachten ist ferner, dass die Aufzählung der Kategorien von wirtschaftlich Berechtigten bei Stiftungen in § 3 Abs. 3 GwG nach dem

36 Bundesverwaltungsamt, FAQ „Stiftungen“ Nr. 5 (Fn 7).

37 Vgl. Hof, in: v. Campenhausen/Richter, Stiftungsrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2014, § 8, Rn. 99.

38 Siehe auch Bundesverband Deutscher Stiftungen (Fn. 1), S. 3, abrufbar unter www.stiftungen.org.

39 Siehe etwa Schiffer/Pruns/Schürmann, in: Schiffer (Hrsg.), Die Stiftung in der Beraterpraxis, 4. Aufl. 2016, § 3, Rn. 75 ff.; Hof in: v. Campenhausen/Richter, Stiftungsrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2014, § 8, Rn. 80 ff.

40 So auch Bundesverband Deutscher Stiftungen, (Fn. 1), S. 3 f.

41 Bundesverband Deutscher Stiftungen (Fn. 1), S. 3.

Gesetzeswortlaut nicht abschließend ist. Nach § 3 Abs. 1 Satz 2 GwG zählen zu den wirtschaftlich Berechtigten „insbesondere die in den Absätzen 2 bis 4 aufgeführten Personen“.

Damit verbleibt als Generalklausel die Anwendbarkeit des § 3 Abs. 1 Satz 1 GwG (siehe dazu bereits oben unter Ziffer III.). Hier sind für die betroffenen Entscheidungsträger weitere Konkretisierungen und Beispiele für den verbleibenden Anwendungsbereich dieses potentiell „uferlosen“ Auffangtatbestandes erforderlich und wünschenswert. Soll etwa, sofern § 3 Abs. 1 Satz 1 GwG darauf abstellt, unter wessen Kontrolle die Stiftung „letztlich steht“, auch der Stifter wirtschaftlich Berechtigter sein, wenn er zwar ohne satzungsmäßige Sonderrechte nur dem beratenden Fachbeirat der Stiftung angehört, dank seiner Autorität aber letztlich (faktisch) über die Vergabe der Fördermittel allein entscheidet?

Ersichtlich muss der Gesetzgeber auch hier nachbessern, wenn er sich nicht auf eine mehr oder weniger „freischaffende“ Verwaltung und/oder Rechtsprechung verlassen will. Ermächtigt er die Verwaltung, belastende Verwaltungsakte zu erlassen, ist der Gesetzgeber in der Verantwortung, die Ermächtigung so zu begrenzen und inhaltlich zu bestimmen, dass vorausgesehen werden kann, in welchen Fällen und mit welchem Sinn und Zweck von der Ermächtigung Gebrauch gemacht werden wird.⁴² Das gilt in erhöhtem Maße dann, wenn die Vorschriften – wie das GwG – bei Verstößen erhebliche Bußgelder vorsehen. Hier hat der Gesetzgeber noch einiges nachzuholen.

IV. Fazit

Der Gesetzgeber hat mit dem neuen Transparenzregister ein nicht ausgereiftes und bisher nicht vollständig durchdachtes Regelwerk ge-

schaffen. Dieses Regelwerk begründet, obwohl es viele Fragen unbeantwortet lässt, potentiell extrem weitreichende Verpflichtungen.

Gleichwohl sind die gesetzlichen Pflichten so gut es geht zu erfüllen, allein schon, um die Verwirkung von Bußgeldern zu vermeiden. Es wird sich zeigen, was im Einzelfall tatsächlich anzumelden ist. Mehr als ein echtes Bemühen kann der Gesetzgeber von dem gesetzestreuem Bürger bei derart „mangelhaften“ Gesetzen aktuell kaum verlangen. Die FAQ des Bundesverwaltungsamtes sind ein erster Schritt, auf den man aufbauen kann. Die Verfasser werden dieses Gesetz und seine praktischen Auswirkungen weiterhin im Blick behalten.⁴³

Dr. K. Jan Schiffer, RA, ist Gründungspartner der Rechtsanwaltskanzlei SP&P – Schiffer & Partner, Bonn, und Beiratsmitglied des Betriebs-Berater. Er ist als Wirtschaftsanwalt, Mitglied in Unternehmensaufsichtsorganen und Schiedsrichter tätig. Seine Tätigkeitsschwerpunkte bilden u. a. Erb- und Nachfolge, Stiftungen sowie steuerliche und wirtschaftsrechtliche Spezialfragen.



Christoph J. Schürmann, RA, ist seit 2016 Partner der Kanzlei SP&P – Schiffer & Partner in Bonn. Seine Tätigkeitsschwerpunkte bilden u. a. Erb-, Vereins- und Stiftungsrecht.



⁴² Vgl. bereits BVerwG, 20.5.1955 – V C 14/55, BVerwGE 2, 114.

⁴³ Ein Schreiben der Verfasser an das Bundesverwaltungsamt zu diversen Auslegungsfragen vom 25.8.2017 (abrufbar unter http://www.stiftungsrecht-plus.de/fileadmin/user_upload/Downloads/2017.08.25.pdf) ist bisher noch unbeantwortet geblieben.

Dr. Thomas Wachter, Notar

Stiftung von Todes wegen – Praxisempfehlungen für eine wirksame Gründung

– zugleich Besprechung von OLG München, Beschluss vom 4.7.2017 – 31 Wx 211/15 –

Stiftungen sollten nach Möglichkeiten zu Lebzeiten gegründet werden. Stiftungsgründungen von Todes wegen gestalten sich in der Praxis immer wieder als schwierig. Der Wille des Stifters kollidiert dann oftmals mit den Interessen von Erben und Pflichtteilsberechtigten. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Erblasser seinen letzten Willen nicht klar und eindeutig niedergelegt hat. Das OLG München hatte jüngst über eine solche, leicht verunglückte Stiftungsgründung von Todes wegen zu entscheiden. Der Fall ist nochmals gut ausgegangen; die Gerichte haben dem Willen der Erblasserin und Stifterin zum Durchbruch verholfen. Für die Kautelarpraxis ist die Entscheidung aber eher Warnung als Vorbild.

I. Einführung

Stiftungsgründungen von Todes wegen¹ erweisen sich in der Praxis immer wieder als streitanfällig. Die Gründe dafür liegen auf der Hand. Die Angehörigen fühlen sich regelmäßig übergangen und um „ihr Erbe“ gebracht, wenn der Erblasser sein Vermögen einem (gemeinnützigen) Stiftungszweck widmet. Die (gesetzlichen) Erben ver-

¹ Ausführlich zu Stiftungsgeschäften von Todes wegen (neben den Kommentierungen zu § 83 BGB) u. a. Schewe, ZSt 2004, 270 und 301; O. Schmidt, ZEV 2000, 219; Werner, ZSt 2005, 289 und ZSt 2006, 10. – Monographisch Schewe, Die Errichtung der rechtsfähigen Stiftung von Todes wegen, 2004; Steffek, Die Anforderungen an das Stiftungsgeschäft von Todes wegen, 1996; Weidmann, Stiftung und Testamentsvollstreckung, 2009.