

(s. nachfolgend unter 10.) höher als das inländische für die bisherige Gruppe von Anlegern in geschlossenen Fonds mit „Sachwerten“ als Fondsgegenstand.

10. Parallele Regulierung in Österreich zur Umsetzung der AIFM-Richtlinie

Die Umsetzung der AIFM-Richtlinie ist in Österreich durch das AIFM-Gesetz⁹¹ erfolgt, das über die Möglichkeiten des KAGB deutlich hinausgeht und den Vertrieb der bisherigen Beteiligungen an Privatpersonen praktisch unterbindet. Hebel dazu ist u.a. die strikte Konzessionierung der Manager/Verwalter (juristische Person nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 AIFM-Gesetz) der alternativen Investmentfonds nach dem 2. Teil des Gesetzes i. V.m. § 48 Abs. 1 AIFM-Gesetz, das den Vertrieb an Privatpersonen nur durch konzessionierte AIFM gestattet und die nur registrierten Verwalter (§ 1 Abs. 5 AIFM-Gesetz), die Vermögenswerte bis 500 Mio. € verwalten, davon ausgeschlossen sind. Die Eigenkapitalvoraussetzungen und die Versicherungspflicht als Voraussetzungen der Konzessionierung (vgl. § 7 AIFM-Gesetz) bilden eine weitere Schranke gegen die bisherigen Systeme, wie sie dem vorliegend behandelten Urteil des EuGH zugrunde liegen. Ein EU-AIFM (vgl. § 2 Nr. 12 AIFM-Gesetz), der in einem Mitgliedstaat zugelassen ist, darf Anteile eines von ihm verwal-

teten alternativen Investmentfonds in Österreich unter bestimmten Voraussetzungen in Österreich vertreiben, indes nur an professionelle Anleger (§ 31 AIFM-Gesetz).⁹² Eine Ausnahme enthält § 48 Abs. 12 AIFM-Gesetz für den Vertrieb von alternativen Investmentfonds durch ein AIFM an „qualifizierte Privatkunden“ (s. die Definition in § 2 Nr. 42 AIFM-Gesetz mit den sechs Voraussetzungen in Buchst. a)–e) der Norm); ein solcher Kunde muss u.a. in gesonderter Erklärung bestätigen, dass er die Risiken der geplanten Investition kennt und nachgewiesen ist, dass er unbelastete Finanzanlagen (Bankguthaben usw.) von mindestens 250.000 € hat. Die weiteren Hürden halten alternativen Investmentfonds von dem typischen Kleinanleger bisheriger Provenienz fern.

Fazit: Die im Urteil „TVP“ des EuGH beschriebene Konstellation kann daher seit Inkrafttreten des AIFM-Gesetzes in „Neufällen“ in Österreich praktisch nicht mehr auftreten.

91 Österreichisches BGBl. I Nr. 135/2013 i.d.F. der Änderung durch BGBl. I Nr. 98/2014.

92 S. zu Detailfragen die Broschüre der österreichischen Finanzmarktaufsicht (FMA), Frequently Asked Questions zur Anwendung des Alternative Investment-Fonds Manager-Gesetz, Stand: Oktober 2018, s. unter: <https://www.fma.gv.at>, Abruf: 29.12.2019.

Die volle Entschuldung nach der Restrukturierungsrichtlinie insbesondere in Bezug auf Masseverbindlichkeiten

von Rechtsanwalt/Insolvenzverwalter Henning Sämisch und Stud. Mitarb. Theresa Haug, Kanzlei SHNF, Hamburg

Seit dem 16.7.2019 ist die „Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlamentes und des Rates über präventive Restrukturierungsmaßnahmen, über Entschuldung sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 (Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz)“¹ in Kraft. Die Vorgaben der Richtlinie müssen nun bis zum 17.7.2021 in nationales Recht umgesetzt werden.

Die Umsetzung erfolgt zzt. in drei Maßnahmenpaketen, wobei das zweite Paket das Restschuldbefreiungsrecht betreffen soll.² Ein erster Entwurf des BMJ und für Verbraucherschutz für eine Änderung des Restschuldbefreiungsrechts liegt inzwischen vor und wird derzeit diskutiert. Änderungsbedarf besteht bzgl. der Restschuldbefreiung besteht vor allem in Bezug auf deren Frist. Die Restrukturierungsrichtlinie sieht in Art. 21 Abs. 1 eine Entschuldung in 3 Jahren vor:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Frist, nach deren Ablauf insolvente Unternehmer in vollem Umfang entschuldigt werden können, höchstens drei Jahre beträgt [...]“ (Art. 21 Abs. 1)

Die derzeitige maximale Restschuldbefreiungsfrist von 6 Jahren ist somit nicht mit der Restrukturierungsrichtlinie vereinbar. Klärungsbedürftig ist darüber hinaus jedoch, in

welchem Umfang die Richtlinie eine Entschuldung vorsieht. Art. 2 Abs. 1 Nr. 10 sieht hierzu vor, dass „volle Entschuldung“ im Sinne der Richtlinie bedeutet,

„dass die Eintreibung der ausstehenden für eine Entschuldung infrage kommenden Schulden ausgeschlossen ist, oder dass die ausstehenden einer Entschuldung zugänglichen Schulden als solche erlassen sind, als Teil eines Verfahrens, das eine Verwertung von Vermögenswerten oder einen Tilgungsplan oder beides umfassen könnte“. (Art. 2 Abs. 1 Nr. 10)

Dies wird in Art. 23 Abs. 4 jedoch durch Öffnungsklauseln wieder eingeschränkt:

„Die Mitgliedstaaten können bestimmte Schuldenkategorien von der Entschuldung ausschließen, den Zugang zur Entschuldung beschränken oder eine längere Entschuldungsfrist festlegen, wenn solche Ausschlüsse, Beschränkungen oder längeren Fristen ausreichend gerechtfertigt sind, etwa im Falle von [...]“

e) Schulden, die nach dem Antrag auf ein zu einer Entschuldung führendes Verfahren oder nach dessen Eröffnung entstanden sind, und

1 Nachfolgend: Restrukturierungsrichtlinie oder Richtlinie.

2 Interview mit Bundesjustizministerin Christine Lambrecht in: INDat Report 9/2019, S. 12 ff.

f) *Schulden, die aus der Verpflichtung, die Kosten des zur Entschuldung führenden Verfahrens zu begleichen, entstanden sind.*“ (Art. 23 Abs. 3 lit. e), f))

Fraglich ist, wie diese Vorgaben nun im Sinne der Richtlinie in nationales Recht umzusetzen sind. Der natürliche Wortsinn von „volle Entschuldung“ legt zunächst nahe, dass ausnahmslos alle Verbindlichkeiten von der Entschuldung vollständig erfasst sind. Dies erscheint nach der momentanen Rechtslage insbesondere in Bezug auf Masseverbindlichkeiten fraglich. Problematisch sind in dieser Hinsicht vor allem im Insolvenzverfahren durch Handlungen des Insolvenzverwalters entstandene Steuerverbindlichkeiten. Diese sind nach Rechtsprechung des BFH nach der bisherigen Rechtslage nicht von der Restschuldbefreiung erfasst.³ Der Wortlaut des § 301 Abs. 1 Satz 1 InsO erfasse nur „Insolvenzgläubiger“ und damit gerade keine Masseverbindlichkeiten. Auch wird die vom BGH und der h.M. im Schrifttum angenommene Haftungsbeschränkung für Masseverbindlichkeiten – wenn auch ohne abschließende Entscheidung – vom BFH zumindest in Zweifel gezogen. Jedenfalls aber greife eine solche Haftungsbeschränkung im Fall von während des Insolvenzverfahrens entstandenen Steuerschulden ohnehin nicht ein. Der Schuldner bleibe trotz Eröffnung des Insolvenzverfahrens Steuersubjekt. Die betreffenden Steuerschulden entstünden unmittelbar allein durch Verwirklichung des steuerlichen Tatbestands und lediglich mittelbar durch steuerrelevante Handlungen des Insolvenzverwalters. Sie seien damit nicht von der Haftungsbeschränkung für Masseverbindlichkeiten erfasst.

Angesichts dieser Rechtsprechung ist es zzt. möglich, dass dem Schuldner zwar die Restschuldbefreiung erteilt wird, er sich hiernach jedoch wiederum erheblichen Steuerforderungen gegenüber sieht, welche ggf. das Ausmaß der vor der Restschuldbefreiung bestehenden Verschuldung übersteigen. Es erscheint daher fraglich, inwieweit die momentane Rechtslage mit der Restrukturierungsrichtlinie vereinbar ist und welche Folgen hieraus für deren Umsetzung resultieren.

Nach der Rechtsprechung des EuGH sind bei Zweifeln bzgl. der Auslegung einer Vorschrift neben der betreffenden nationalen Sprachfassung auch weitere Fassungen in anderen Amtssprachen zu berücksichtigen.⁴ Darüber hinaus sind neben dem Wortlaut auch Systematik sowie Sinn und Zweck des Regelungsregimes, dessen Teil die betreffende Vorschrift ist, zu beachten.⁵ Dies gilt insbesondere, sollten sich Differenzen zwischen den Sprachfassungen ergeben.⁶ Auch die Erwägungsgründe sind bei der Auslegung zu berücksichtigen.⁷

Der natürliche Wortsinn des Begriffs der „vollen Entschuldung“ spricht zunächst für eine Erfassung von Masseverbindlichkeiten, inklusive der problematischen Steuerverbindlichkeiten. Auch die englische Fassung der Richtlinie spricht von einem „full discharge of debt“, sodass sich insoweit im Wortlaut keine Differenzen ergeben. Jedoch definiert die Richtlinie in Art. 2 Abs. 1 Nr. 10 als Teil der „vollen Entschuldung“ nur die „für eine Entschuldung infrage kommenden“ bzw. die „einer Entschuldung zugänglichen“ Schulden. Ähnlich sieht die englische Fassung nur die Befreiung von Schulden vor, welche „dischargeable“ sind. Welche Schulden dies betrifft, lässt die Richtlinie in Art. 2 Abs. 1 Nr. 10 jedoch offen. Der

Wortlaut legt nach seinem natürlichen Wortsinn damit eine Erfassung von Masseverbindlichkeiten zumindest nahe.

Etwas anderes könnte sich allerdings durch die Öffnungsklauseln in Art. 23 Abs. 4 lit. e), f) ergeben. Insbesondere die Öffnungsklausel des Art. 23 Abs. 4 lit. e) könnte nach ihrem Wortlaut Masseverbindlichkeiten und insbesondere besagte Steuerverbindlichkeiten umfassen, da diese gerade durch Handlungen des Insolvenzverwalters nach Stellung des Insolvenzantrags entstanden sind. Es erscheint jedoch fraglich, ob dies tatsächlich im Sinne der Richtlinie wäre. Art. 23 bezweckt, Initiative des Schuldners einzufordern, als Voraussetzung dafür, dass er sich des „Makels der Insolvenz“ entledigen kann.⁸ Im Fall der betreffenden Steuerverbindlichkeiten erscheint dies jedoch gerade nicht gerechtfertigt, da diese ohne das Zutun des Schuldners als notwendiger Nebeneffekt des Insolvenzverfahrens entstehen. Darüber hinaus wäre die dem Schuldner bei einer Ausnahme der Steuerverbindlichkeiten abzuverlangende Initiative aufgrund der Höhe der Verbindlichkeiten in vielen Fällen für diesen kaum zu bewältigen. Zudem sehen die Erwägungsgründe vor, dass bestimmte Schuldenkategorien ausgeschlossen werden können, wenn ein „im nationalen Recht ausreichend begründeter Grund vorliegt“.⁹ Ein solcher spezifischer Grund ist im deutschen Recht jedoch nicht ersichtlich. Insbesondere besteht kein rechtlicher Grund, dem Fiskus eine bevorzugte Stellung einzuräumen. Die Erfassung der Masseverbindlichkeiten erscheint daher nicht mehr vom Sinn und Zweck des Art. 23 Abs. 4 lit. e) gedeckt.

Ferner spricht die Entstehungsgeschichte des Art. 23 dafür, dass besagte Steuerverbindlichkeiten von der Entschuldung nach der Intention des Richtliniengabers erfasst sein sollen. So ist in einem früheren Vorschlag zur Richtlinie¹⁰ zur Erläuterung des Art. 2311 angegeben, dass die aufgrund des Artikels gemachten Einschränkungen „zum Schutz eines allgemeinen Interesses erforderlich“ sein müssen. Die Nichterfassung von durch das Insolvenzverfahren angefallenen Steuerverbindlichkeiten widerspricht einem solchen allgemeinen Interesse langfristig jedoch gerade. Wird dem Schuldner durch Erstreckung der Restschuldbefreiung auf Masseverbindlichkeiten eine effiziente Möglichkeit der erneuten wirtschaftlichen Tätigkeit verschafft, steigen damit die Chancen, dass dieser in Zukunft wieder dauerhaft leistungsfähiger Steuerzahler wird. Damit wäre dem Allgemeininteresse wesentlich mehr gedient, als wenn aufgrund der verbleibenden erheblichen Steuerlast der wirtschaftliche Neustart dermaßen erschwert wird, die betreffenden Steuerverbindlichkeiten evtl. nie beglichen werden können und ggf. sogar die Gefahr einer erneuten Insolvenz nach Ablauf der Sperrfristen besteht. Darüber hinaus führte die Europäische Kommission im selben Richtlinienentwurf

3 BFH, ZInsO 2019, 106.

4 EuGH, ZUR 1/2010, 28, 30.

5 EuGH, LMuR 2018, 194, 197.

6 EuGH, ZUR 1/2010, 28, 30.

7 EuGH, LMuR 2018, 194, 197.

8 Paulus, NZI-Beil. 2019, 8, 10.

9 Erwägungsgrund (81) der Restrukturierungsrichtlinie.

10 Richtlinienentwurf der Europäischen Kommission v. 22.11.2016.

aus: „Den Verbrauchern zu helfen, sich wieder am wirtschaftlichen Ausgabenzklus zu beteiligen, ist ein wichtiger Bestandteil gut funktionierender Finanzmärkte und Finanzdienstleistungen für Privatkunden“.¹² Auch in Hinblick auf dieses Ziel erscheint eine Befreiung auch von Masseverbindlichkeiten und insbesondere den betreffenden Steuerverbindlichkeiten bei der Umsetzung der Richtlinie geboten.

Außerdem entspräche eine solche Gestaltung auch den in den Erwägungsgründen aufgeführten Zielen. So soll Ziel der „vollen Entschuldung“ sein, dem Schuldner eine „zweite Chance“ zu gewähren.¹³ An anderer Stelle spricht die Restrukturierungsrichtlinie zusätzlich von einem „Neubeginn“.¹⁴ Verbleiben nach Erteilung der Restschuldbefreiung beachtliche Steuerverbindlichkeiten, würde dies in vielen Fällen eine solche zweite Chance faktisch verhindern oder sie zumindest erschweren. Eine tatsächlich nachhaltige zweite Chance im Sinne der Richtlinie ließe sich daher erst und nur durch eine Befreiung von den betreffenden Steuerverbindlichkeiten erreichen. Dies entspräche somit auch dem Richtlinienziel, die Wirksamkeit von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren zu erhöhen.¹⁵ Durch die Erfassung von Masseverbindlichkeiten von der Restschuldbefreiung wird die effiziente erneute Beteiligung des Schuldners am Markt gefördert und so die Wahrscheinlichkeit einer erneuten Insolvenz effektiv verringert. Zudem stellt nach der Richtlinie die „andauernde Unfähigkeit zur Begleichung von Schulden“ einen Negativanreiz für eine Unternehmensgründung oder den Versuch, eine zweite Chance zu erhalten, dar.¹⁶ Durch die Entschuldung nach der Richtlinie sollen solche Auswirkungen reduziert werden.¹⁷ Dieses Ziel kann aber aus den genannten

Gründen bei einer Ausnahme von Masseverbindlichkeiten von der Restschuldbefreiung kaum erreicht werden.

Insgesamt dürfte eine generelle Ausnahme von Masseverbindlichkeiten von der Restschuldbefreiung also nicht mit der Richtlinie vereinbar sein und eine diesbezügliche Frage an den EuGH¹⁸ in entsprechender Weise entschieden werden. Im Zuge der Richtlinienumsetzung sollten Masseverbindlichkeiten daher von der Restschuldbefreiung erfasst werden. Dies ließe sich durch eine entsprechende Erweiterung des Wortlauts des § 301 Abs. 1 InsO erreichen. Dies bezieht sich jedoch nicht auf Verfahrenskosten, die ausdrücklich in der Öffnungsklausel Art. 23 Abs. 4 Nr. 5 als Ausnahme benannt sind. Dazu zählen Masseverbindlichkeiten nicht. Auch hier bietet sich an, im Sinne einer vollen Entschuldung, eine Nachhaftung zeitlich nach ggf. möglichen und erbrachten Leistungen zeitlich ggf. stärker zu begrenzen. Mindestens müssten aber Masseverbindlichkeiten innerhalb der gleichen Frist für die Nachhaftung für Verfahrenskosten wegfallen. Die Richtlinie hätte ihren Zweck in Bezug auf die volle Entschuldung anderenfalls komplett verfehlt.

11 Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission v. 22.11.2016, S. 26, im Vorschlag ehemals Art. 22.

12 Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission v. 22.11.2016, S. 16.

13 Erwägungsgrund (1) der Restrukturierungsrichtlinie.

14 Erwägungsgrund (5) der Restrukturierungsrichtlinie.

15 Erwägungsgrund (1) der Restrukturierungsrichtlinie.

16 Erwägungsgrund (72) der Restrukturierungsrichtlinie.

17 Erwägungsgrund (73) der Restrukturierungsrichtlinie.

18 Zur fehlerhaften Umsetzung einer Richtlinie etwa: EUGH NZA 2007, S. 499, oder EUGH NJW-RR 2005, S. 564 f.

BGH stellt klar: Einziehung beim Täter auch nach Weiterleitung des Tatertrags vom Drittempfänger zulässig

Eine Anmerkung zum Beschluss des 3. Strafsenates des BGH v. 28.11.2019 – 3 StR 294/19 (LG Düsseldorf), ZInsO 2020, 598 (in diesem Heft)

von Richterin am Landgericht Dr. Sohre Tschakert, Lübeck

I. Einleitung und zentrale Aussagen der Entscheidung

Tatertrag, der zunächst bei einem Unternehmen (allgemein: bei einem Drittempfänger, § 73b Abs. 1 Nr. 1 StGB)¹ angefallen war, kann beim Täter (im Original oder wertmäßig) eingezogen werden, soweit er an ihn weitergeleitet wurde: Dies stellte der 3. Strafsenat² des BGH in seiner für BGHSt bestimmten Leitsatzentscheidung ausdrücklich klar. Beide, ursprünglicher Drittempfänger und Täter, haften dann gesamtschuldnerisch.³ Im gleichen Sinne hatten bereits der 1. Strafsenat⁴ in seinem Beschl. v. 5.9.2019 und das BayObLG in seinem Ur. v. 8.11.2019⁵ entschieden. Warum aber bedurfte es dazu einer so herausgehobenen Entscheidung?⁶

Die Rechtsprechung grenzt damit diesen Fall einerseits von denjenigen ab, in denen der Täter direkt als Erstempfänger die der Gesellschaft zufließenden Vermögenswerte selbst erlangt

hat (1. LS),⁷ und andererseits von einem Transfer auf Basis eines unbemakelten Vertrags (3. LS). Legale, vom Drittemp-

1 Beim Handeln für einen anderen (= jede natürliche oder juristische Person, hat regelmäßig nur der Dritte etwas erlangt. Dies gilt selbst dann, wenn der Angeklagte die Möglichkeit des Zugriffs auf das Erlangte hatte. BGH, Beschl. v. 31.7.2018 – 3 StR 620/17, Rn. 25 f.; Beschl. v. 14.11.2018 – 3 StR 447/18, Rn. 7 – 10; ZInsO 2019, 499; Beschl. v. 17.1.2019 – 4 StR 486/18, Rn. 10.

2 BGH, Ur. v. 28.11.2019 – 3 StR 294/19.

3 BGH, Ur. v. 28.11.2019 – 3 StR 294/19, Rn. 45; Beschl. v. 5.9.2019 – 1 StR 99/19; Köhler, in: Bittmann/Köhler/Seeger/Tschakert, Handbuch der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, Rn. 154; Tschakert, wistra 2020, 24, 25 Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 5.9.2019 – 1 StR 99/19.

4 BGH, Beschl. v. 5.9.2019 – 1 StR 99/19, Rn. 4, wistra 2020, 24, 25; en passant auch BGH, Beschl. v. 17.1.2019 – 4 StR 486/19.

5 BayObLG, Ur. v. 8.11.2019 – 207 St RR 1839/19.

6 Dazu unten zu III.

7 Wenn der Täter die juristische Person nur als formalen Mantel nutzt, eine Trennung zwischen seiner Vermögenssphäre →