

MAYER | BROWN

Dezember 2023

# DIE AUFRECHNUNG IN DER INSOLVENZ





Die Aufrechnung ist ein Rechtsinstitut, durch welches wechselseitige Forderungen miteinander verrechnet werden. Sie bewirkt, dass die Forderung des Gläubigers um den Betrag der Hauptforderung der Schuldnergesellschaft (soweit dieser Betrag kleiner ist) oder um den Betrag der Forderung des Gläubigers (soweit letzterer kleiner ist) verringert bzw. zum Erlöschen gebracht wird. Das Recht zur Aufrechnung kann eine Möglichkeit des Gläubigers darstellen, die eigene Gegenforderung im Wege der Selbsthilfe ohne gerichtliche Hilfe durchzusetzen.

## DEUTSCHES INSOLVENZRECHT

Nach dem deutschen Insolvenzrecht besteht das Recht zur Aufrechnung des Insolvenzgläubigers auch in der Insolvenz des Schuldners fort, wenn er zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens kraft Gesetzes oder auf Grund einer Vereinbarung zur Aufrechnung berechtigt war. Zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung bestehende Aufrechnungslagen sind somit „insolvenzfest“. Dies gilt nicht, wenn das Recht zur Aufrechnung nach Verfahrenseröffnung oder in anfechtbarer Weise erworben wurde (hierzu später). Die Aufrechnung stellt eine Ausnahme zu dem im deutschen Insolvenzrecht geltenden Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung (*par conditio creditorum*) dar, da der Gläubiger einer aufrechenbaren Forderung eine bevorzugte Befriedigung erlangen kann. Der Insolvenzgläubiger hat dadurch die Möglichkeit, sich gegen eine Forderung des Insolvenzschuldners durch Aufrechnung – in Abhängigkeit von der Höhe seiner eigenen Forderung – bis zur Höhe der Gegenforderung voll zu befriedigen. Gäbe es diese Möglichkeit nicht, so müsste der Gläubiger zunächst die dem Insolvenzschuldner zustehende Forderung vollumfänglich erfüllen. Mit seiner eigenen Forderung gegen den Insolvenzschuldner würde der Gläubiger hingegen an dem Insolvenzverfahren teilnehmen und hierbei gegebenenfalls nur eine Quotenausschüttung erhalten.

### I. VORAUSSETZUNGEN EINER AUFRECHNUNG IM INSOLVENZVERFAHREN

Bei einer Aufrechnung müssen die zur Aufrechnung gegenübergestellten Forderungen gegenseitig und gleichartig sein.

Die vom Insolvenzgläubiger zur Aufrechnung gestellte Forderung muss wirksam entstanden und fällig sein (d.h. die künftige Forderung eines Gläubigers kann nicht Gegenstand einer Aufrechnung sein). Einreden dürfen ihr nicht entgegenstehen. Eine Aufrechnung ist jedoch dann

nicht ausgeschlossen, wenn die aufzurechnende Forderung des Insolvenzgläubigers zwar bereits verjährt ist, die Aufrechnungslage im Zeitpunkt des Eintritts der Verjährung aber bereits gegeben war.

Demgegenüber muss die Forderung des Insolvenzschuldners, gegen die aufgerechnet werden soll, entstanden und erfüllbar sein. Fälligkeit wird hier nicht vorausgesetzt.

### II. AUFRECHNUNGSVERBOTE

Gesetzliche Aufrechnungsverbote bestehen auch während des Insolvenzverfahrens fort. So kann etwa keine Aufrechnung gegen Forderungen aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung, gegen unpfändbare Forderungen oder gegen einredebehaftete Forderungen erfolgen.

Eines der wichtigsten gesellschaftsrechtlichen Aufrechnungsverbote im deutschen Recht ist das Verbot der Aufrechnung eines Gesellschafters gegen die Einlagenforderung der GmbH. Folgerichtig ist auch eine Aufrechnung des Gesellschafters gegen eine Rückzahlungsforderung der Gesellschaft nach den Kapitalerhaltungsvorschriften des GmbH-Rechts nicht zulässig.

Die Insolvenzordnung sieht zum Schutz des Gläubigergleichbehandlungsgrundsatzes auch einige Tatbestände vor, wonach eine Aufrechnung in der Insolvenz von Anfang an als unwirksam gilt. Diese Unwirksamkeitstatbestände sind auch nicht durch eine Vereinbarung der Parteien abdingbar.



### **1. ENTSTEHUNG DER FORDERUNG DES INSOLVENZGLÄUBIGERS NACH VERFAHRENERÖFFNUNG**

Ein Unwirksamkeitsgrund besteht dann, wenn die Forderung des Insolvenzgläubigers erst nach Verfahrenseröffnung entsteht. Besondere Bedeutung kommt diesem Unwirksamkeitsgrund in Zusammenhang mit Kontokorrentabreden zu. Nach der Insolvenzordnung erlischt eine solche Abrede im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung. Gehen auf einem debitorisch (also im Soll) geführten Konto nach Verfahrenseröffnung noch Zahlungen Dritter ein, ist die Bank nicht mehr berechtigt, gegen diese mit Forderungen der Bank aus dem Kontokorrent aufzurechnen.

### **2. ERWERB DER GLÄUBIGERSTELLUNG NACH VERFAHRENERÖFFNUNG**

Eine Aufrechnung ist auch dann unzulässig, wenn der Insolvenzgläubiger seine Gläubigerstellung erst nach Verfahrenseröffnung von einem anderen Gläubiger durch eine Rechtshandlung, beispielsweise eine Abtretung, erworben hat. Hierdurch soll insbesondere ein Ausplündern der Insolvenzmasse durch kollusiven Aufkauf von Passiva verhindert werden.

### **3. AUFRECHNUNGSLAGE DURCH ANFECHTBARE RECHTSHANDLUNG**

Besteht bei Verfahrenseröffnung zwar bereits eine Aufrechnungslage, wurde diese aber durch eine anfechtbare Rechtshandlung geschaffen, ist eine Aufrechnung ebenfalls unzulässig. Die Unwirksamkeit der Aufrechnung tritt in diesem Fall automatisch als Rechtsfolge ein (ausführlich zum Anfechtungsrecht in der Insolvenz, vgl. [Deutsches Insolvenzrecht - Übersicht zum Insolvenzanfechtungsrecht](#)).

### **4. AUFRECHNUNG MIT FORDERUNG, DIE AUS INSOLVENZFREIEN VERMÖGEN ZU ERFÜLLEN IST**

Schließlich kann gegen eine Forderung der Masse auch nicht mit einer Forderung aufgerechnet werden, die aus dem insolvenzfremden Vermögen des Schuldners zu erfüllen ist.

## **III. AUFRECHNUNGSVEREINBARUNG**

Nach dem deutschen Insolvenzrecht ist eine Aufrechnung nicht nur in den gesetzlich geregelten Fällen, sondern auch auf Grundlage einer vertraglichen Vereinbarung möglich. Beschränkungen bestehen insoweit, als dass die wechselseitigen Ansprüche wirksam bestehen und keine gesetzlichen Aufrechnungsverbote eingreifen dürfen. Zeitlich können solche Vereinbarungen bis zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung getroffen werden (wobei der Abschluss der Vereinbarung jedoch unter Umständen der Insolvenzanfechtung durch den Insolvenzverwalter unterliegen kann). Die inhaltliche Gestaltung kann vorsehen, dass die Aufrechnung sofort, das heißt ohne Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen, vollzogen werden darf, dass die Aufrechnung künftiger Ansprüche möglich sein soll oder dass die Aufrechnungsvoraussetzungen gegenüber dem Gesetz erweitert werden.

Einen Unterfall der Aufrechnungsvereinbarungen stellen die sogenannten Konzernverrechnungsklauseln dar. Hier wird die allgemeine Aufrechnungsvoraussetzung der Gegenseitigkeit beseitigt, indem die Parteien vereinbaren, dass ein Konzernunternehmen gegen Forderungen des Geschäftspartners auch mit Forderungen anderer Konzerngesellschaften aufrechnen kann, die diese gegen denselben Geschäftspartner haben. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind solche Klauseln indes nicht insolvenzfest. Die Unzulässigkeit ergibt sich daraus, dass eine Aufrechnungslage erst zu dem Zeitpunkt entsteht, zu welchem zwei Forderungen aufrechenbar gegenüberstehen. Im Falle einer Konzernverrechnung steht hingegen erst mit Erklärung der Aufrechnung fest, welches Konzernunternehmen von der Aufrechnungsmöglichkeit Gebrauch macht. Erfolgt die Erklärung mithin erst nach Verfahrenseröffnung, ist die erklärte Aufrechnung unwirksam. Erfolgte die Erklärung hingegen bereits vor Verfahrenseröffnung, so ist diese wirksam, soweit sie nicht angefochten werden kann.

#### IV. WIRKUNG DER AUFRECHNUNG

Die Aufrechnung ist gegenüber dem Insolvenzverwalter zu erklären. Die Erklärung bewirkt, dass die wechselseitigen Forderungen erlöschen, soweit sie sich decken. Eine Anmeldung der aufzurechnenden Forderung zur Tabelle ist nicht erforderlich, gleichwohl bewirkt eine Anmeldung keinen Verzicht auf die Aufrechnungsmöglichkeit. Ebenso kann auch eine eventuell nach erfolgter Aufrechnung bestehende Restforderung weiterhin zur Tabelle angemeldet werden.

#### V. EINTRITT DER AUFRECHNUNGSLAGE NACH VERFAHRENSERÖFFNUNG

Sind zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung die Forderungen noch nicht aufrechenbar, etwa weil eine von ihnen noch aufschiebend bedingt, die Gläubigerforderung nicht fällig oder die Forderungen nicht auf gleichartige Leistungen gerichtet sind, kann eine Aufrechnung erst dann erfolgen, wenn das Aufrechnungshindernis beseitigt wurde. Diese Regelung schützt das Vertrauen auf eine spätere Aufrechnungslage. Eine Aufrechnung scheidet jedoch aus, wenn die Forderung des Insolvenzgläubigers nach der Forderung des Insolvenzschuldners fällig wird.

#### VI. AUSLANDSBEZUG

In Insolvenzverfahren mit Auslandsbezug sind für die Frage der Zulässigkeit der Aufrechnung die Regeln des internationalen Insolvenzrechts zu beachten. Nach den Grundsätzen des deutschen internationalen Insolvenzrechts entscheidet zunächst das Recht des Staates, in dem das Verfahren eröffnet wurde (*lex fori concursus*), über die Zulässigkeit einer Aufrechnung im Insolvenzverfahren. Ist eine Aufrechnung unter dem Recht des Eröffnungsstaates zulässig, gelten die dort geregelten Grundsätze. Abweichend davon lässt das deutsche internationale Insolvenzrecht für die Fälle, in denen die *lex fori concursus* zu einer Einschränkung oder Untersagung der Aufrechnung in der Insolvenz führt, dennoch eine Aufrechnung zu, wenn nach dem Recht, dem die Forderung des Schuldners unterliegt, eine Aufrechnungslage besteht und die Aufrechnung in der Insolvenz zulässig wäre.

Eine ähnliche Regelung findet sich auch in der Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates über Insolvenzverfahren (EulnsVO), die eine Aufrechnung unabhängig von der *lex fori concursus* immer dann zulässt, wenn die Aufrechnung vor Verfahrenseröffnung nach dem Schuldstatut der Hauptforderung (*lex causae*) zulässig war.



## ENGLISCHES INSOLVENZRECHT

Eine Form der gesetzlichen Aufrechnung (die so genannte „Insolvenzaufrechnung“ (*insolvency set-off*)) findet bei einer Liquidation und unter bestimmten Umständen auch bei einer Verwaltung Anwendung. Wie nachstehend erläutert, ist die Insolvenzaufrechnung obligatorisch und selbstvollstreckend. Wird sie in Anspruch genommen, so verdrängt sie grundsätzlich andere Formen der Aufrechnung, die mit ihr unvereinbar sind.

Wird die Insolvenzaufrechnung im Insolvenzverfahren jedoch nicht in Anspruch genommen (z.B., wie unten erwähnt, in einer Verwaltung ohne Ausschüttung), so ist es möglich, dass andere Formen der Aufrechnung (z.B. die vertragliche Aufrechnung) ungeachtet des Bestehens eines Insolvenzverfahrens weiterhin möglich sind.

### I. INSOLVENZAUFRECHNUNG

Die Insolvenzaufrechnung ist eine gesetzliche Aufrechnung, die zwingend vorgeschrieben ist, und als solche auch nicht durch eine Vereinbarung der Parteien abdingbar ist. Vorbehaltlich der unten genannten Bedingungen, gilt die Insolvenzaufrechnung automatisch bei einer Liquidation (oder Auflösung) sowie bei einer Verwaltung, wenn die Verwalter ihre Absicht bekannt geben, eine Ausschüttung an die Gläubiger vorzunehmen (die „Verwaltermitteilung“).

In jedem Fall ist zu prüfen, was aus den „gegenseitigen Geschäften“ zwischen dem schuldnerischen Unternehmen und dem Gläubiger gegenseitig „fällig“ ist. Die Beträge, die der eine schuldet, sind mit den Beträgen zu verrechnen, die der andere schuldet, so dass nur der Saldo vom Liquidator/Verwalter (bei Fälligkeit) eingefordert oder vom Gläubiger im Rahmen der Liquidation oder Verwaltung angemeldet werden kann.

Eine Form der Insolvenzaufrechnung gilt auch bei einem eigenständigen Moratorium. Sie gilt jedoch nur für die Bewertung von Gläubigerforderungen für Abstimmungszwecke, da bei einem eigenständigen Moratorium keine Ausschüttungen an die Gläubiger vorgenommen werden.

#### 1. GEGENSEITIGE GESCHÄFTE

„Gegenseitige Geschäfte“ erfasst gegenseitige Kredite, gegenseitige Schulden und andere gegenseitige Geschäfte zwischen dem Unternehmen und dem Gläubiger.

Im Falle einer Verwaltung gehören zu den gegenseitigen Geschäften weder Schulden, die aus einer eingegangenen Verpflichtung entstanden sind, noch Schulden, die der Gläubiger durch Abtretung oder auf andere Weise erworben hat, wenn jeweils:

- der Gläubiger von einer anhängigen Verwaltung Kenntnis hatte;
- das Unternehmen zuvor unter Verwaltung gestellt wurde; oder
- der Verwaltung eine Liquidation unmittelbar vorausging, vorausgesetzt, dass der Gläubiger von der anhängigen Liquidation Kenntnis hatte oder während dieser Liquidation.

Im Falle einer Liquidation zählen zu den gegenseitigen Geschäften weder Schulden, die aus einer eingegangenen Verpflichtung entstanden sind, noch Schulden, die der Gläubiger durch Abtretung oder auf andere Weise erworben hat, und zwar in jedem Fall:

- wenn der Gläubiger von einer bevorstehenden Liquidation Kenntnis hatte;
- nachdem das Unternehmen in Liquidation gegangen ist; oder
- wenn der Liquidation unmittelbar eine Verwaltung vorausging, vorausgesetzt, der Gläubiger hatte von dem anhängigen Insolvenzverfahren Kenntnis hatte oder während dieses Insolvenzverfahrens.



Die Gegenseitigkeit setzt zwar nicht voraus, dass die Forderungen miteinander verbunden sind, doch müssen die Forderungen zwischen denselben Parteien (d.h. dem Unternehmen und dem Gläubiger) bestehen und in derselben Eigenschaft, mit demselben Recht oder demselben Interesse gehalten werden. Bei den Forderungen muss es sich um Geldforderungen und nicht um vermögensrechtliche Forderungen handeln.

### **2. ZEITPUNKT DER ABRECHNUNG**

Bei einer Liquidation erfolgt die Aufrechnung automatisch und gilt ab dem Zeitpunkt des Beginns der Liquidation. Im Falle einer Verwaltung wird das Konto für die Berechnung der Aufrechnung zum Datum der Verwaltermitteilung erstellt.

### **3. BETRÄGE, DIE FÜR DIE ZWECKE DER INSOLVENZAUFRECHNUNG „FÄLLIG“ SIND**

Für die Zwecke der Insolvenzaufrechnung gilt ein Betrag als der Gesellschaft gegenüber "fällig", unabhängig davon, ob er gegenwärtig oder künftig zu zahlen ist, ob die Verpflichtung, aufgrund derer er zu zahlen ist, sicher oder bedingt ist, ob der Betrag feststeht oder aufgelöst wird oder ob er ermittelt werden kann.

Wenn eine Verpflichtung keinen bestimmten Wert hat (z.B. weil sie einem ungewissen Ereignis unterliegt), wird ihr Wert vom Liquidator oder Verwalter geschätzt. Ist ein Betrag, der dem Unternehmen geschuldet wird, erst in der Zukunft fällig, wird er abgezinst, um einen beschleunigten Eingang zu berücksichtigen.

Bei der Forderung des Gläubigers muss es sich um eine Forderung handeln, die im Insolvenzverfahren beweisbar ist (zum Zeitpunkt der Eröffnung der Liquidation bzw. zum Zeitpunkt der Verwaltermitteilung). Sie darf z.B. nicht verjährt sein.

## II. VERFÜGBARKEIT ANDERER FORMEN DER AUFRECHNUNG IN INSOLVENZVERFAHREN

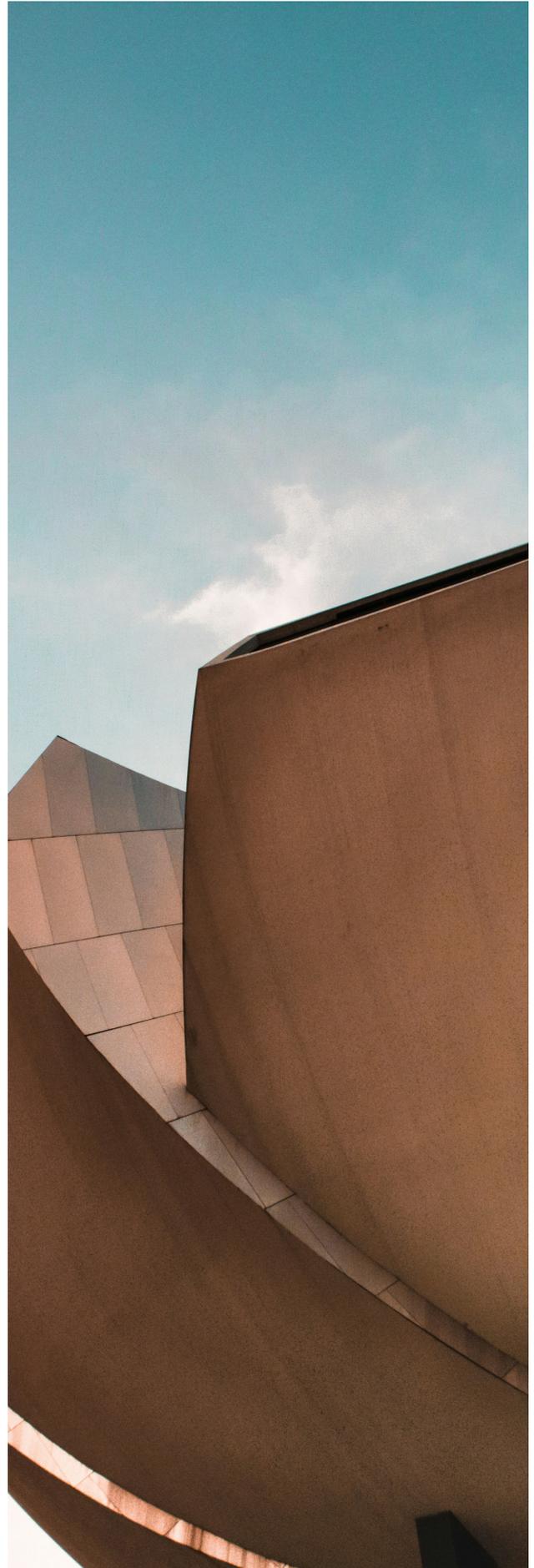
Wie bereits erwähnt, verdrängt die Insolvenzaufrechnung grundsätzlich andere Formen der Aufrechnung, die mit ihr unvereinbar sind.

Wird die Insolvenzaufrechnung nicht im Rahmen des Insolvenzverfahrens durchgeführt, können andere Formen der Aufrechnung (z.B. die vertragliche Aufrechnung) ungeachtet des Insolvenzverfahrens weiterhin zur Verfügung stehen, wenn auch möglicherweise mit Einschränkungen.

Wurde beispielsweise eine Aufrechnung vertraglich vereinbart und ist entweder der Gläubiger oder das schuldenrische Unternehmen zahlungsunfähig, kann die Gültigkeit dieser Aufrechnungsvereinbarung einer Reihe von Einschränkungen unterworfen sein:

- Eine vertragliche Aufrechnung kann angegriffen werden, wenn sie (i) eine Bevorzugung, (ii) eine Transaktion zu einem zu niedrigen Wert oder (iii) eine Transaktion unter welcher Gläubiger getäuscht werden oder (iv) eine Verfügung über das Vermögen des Unternehmens nach Beginn der Liquidation darstellt.
- Eine vertragliche Aufrechnung kann mit der Regel in *British Eagle (British Eagle International Airlines Ltd gegen Cie Nationale Air France* [1975] 1 WLR 758) unvereinbar sein. Dabei handelt es sich um eine Regel des Common Law, nach der eine Vereinbarung über die Verteilung des Vermögens einer Insolvenzmasse ungültig ist, die nicht der Gläubigergleichbehandlungsverteilungsregelung des englischen Insolvenzrechts entspricht.

Schlussbemerkung: Das Konzept des „Netting“ (im Unterschied zur Aufrechnung), einschließlich des gesetzlichen Schutzes des Close-out-Netting gemäß der Richtlinie 2002/47/EG über Finanzsicherheiten, ist nicht Gegenstand dieser Übersicht.



## TALK TO US

### GERMANY



PARTNER  
**DR. MARCO WILHELM**  
+49 69 7941 2731  
[MWILHELM@MAYERBROWN.COM](mailto:MWILHELM@MAYERBROWN.COM)



COUNSEL  
**DR. MALTE RICHTER**  
+49 69 7941 2533  
[MRICHTER@MAYERBROWN.COM](mailto:MRICHTER@MAYERBROWN.COM)



COUNSEL  
**TINA HOFFMANN**  
+49 69 7941 1281  
[THOFFMANN@MAYERBROWN.COM](mailto:THOFFMANN@MAYERBROWN.COM)

### ENGLAND AND WALES



PARTNER  
**AMY JACKS**  
+44 20 3130 3756  
[AJACKS@MAYERBROWN.COM](mailto:AJACKS@MAYERBROWN.COM)



PARTNER  
**DEVI SHAH**  
+44 20 3130 3669  
[DSHAH@MAYERBROWN.COM](mailto:DSHAH@MAYERBROWN.COM)



COUNSEL  
**ALEXANDRA WOOD**  
+44 20 3130 3717  
[AWOOD@MAYERBROWN.COM](mailto:AWOOD@MAYERBROWN.COM)



## ABOUT MAYER BROWN

Mayer Brown is a leading international law firm positioned to represent the world's major corporations, funds, and financial institutions in their most important and complex transactions and disputes.

Please visit [mayerbrown.com](https://www.mayerbrown.com) for comprehensive contact information for all our offices.

Mayer Brown is a global services provider comprising associated legal practices that are separate entities, including Mayer Brown LLP (Illinois, USA), Mayer Brown International LLP (England & Wales), Mayer Brown (a Hong Kong partnership) and Tauil & Chequer Advogados (a Brazilian law partnership) and non-legal service providers, which provide consultancy services (collectively, the "Mayer Brown Practices"). The Mayer Brown Practices are established in various jurisdictions and may be a legal person or a partnership. PK Wong & Nair LLC ("PKWN") is the constituent Singapore law practice of our licensed joint law venture in Singapore, Mayer Brown PK Wong & Nair Pte. Ltd. Details of the individual Mayer Brown Practices and PKWN can be found in the Legal Notices section of our website. "Mayer Brown" and the Mayer Brown logo are the trademarks of Mayer Brown.

© 2024 Mayer Brown. All rights reserved.

Attorney Advertising. Prior results do not guarantee a similar outcome.

MAYER | BROWN

[mayerbrown.com](http://mayerbrown.com)

Americas | Asia | EMEA