

Deutsches Insolvenzrecht

Die Aufrechnung in der Insolvenz

German Insolvency Law

The right to set-off during insolvency proceedings



Die Aufrechnung ist ein Rechtsinstitut, durch welches wechselseitige Forderungen miteinander verrechnet werden. Sie bewirkt damit zum einen die Erfüllung der Hauptforderung und ist zugleich eine Möglichkeit des Gläubigers, die eigene Gegenforderung im Wege der Selbsthilfe durchzusetzen.

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 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 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. Eine Aufrechnung ist jedoch dann nicht zulässig, wenn das Recht zur Aufrechnung nach Verfahrenseröffnung oder in anfechtbarer Weise erworben wurde.

The right to offset a claim is a legal institution through which reciprocal receivables are settled against each other. The set-off thereby effects the fulfillment of the principle claim and is at the same time a possibility for the creditor to assert his own claim by way of self-help.

According to the German insolvency laws the creditor's right to set-off survives the insolvency of the debtor, if at the time of the opening of insolvency proceedings the creditor was entitled to a set-off by law or by virtue of an agreement. Thus, set-off situations already existing at the time of the opening of insolvency proceeding are insolvency-proof (*insolvenzfest*). This is an exemption from the general principle within the German insolvency law, according to which creditors shall be treated equally (*Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung, par condition creditorum*), because the creditor of an off-settable claim can obtain preferred satisfaction. Thus, the creditor has the opportunity to satisfy himself in the amount of his own claim by way of set-off. Without this option, the creditor would have to fulfill the principle claim of the debtor. With his own claim, however, he would then participate in the insolvency proceedings and merely obtain an insolvency dividend, if any. However, the right to set-off is inadmissible, if this right was acquired after the insolvency proceeding had been opened or if it was obtained by an avoidable transaction.

Voraussetzungen einer Anfechtung 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. Einreden dürfen ihr nicht entgegenstehen. Eine Aufrechnung ist jedoch dann nicht ausgeschlossen, wenn die aufzurechnende Forderung 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.

Aufrechnungsverbote

Gesetzliche Aufrechnungsverbote bestehen auch während des Insolvenzverfahrens fort. So kann etwa gegen Forderungen aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung, gegen unpfändbare Forderungen oder gegen einredebehaftete Forderungen eine Aufrechnung nicht erfolgen. Eines der wichtigsten gesellschaftsrechtlichen Aufrechnungsverbote 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.

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

Prerequisites for a set-off in insolvency proceedings

In case of a set-off, the opposed claims have to be reciprocal and of the same kind. The creditor's claim which he wants to set off has to be validly existent and due. There must be no pleas that pose an obstacle to the claim. However, if the off-settable claim is time-barred, a set-off is still possible, if at the end of the limitation period the off-setting situation already existed. On the other hand, the claim of the insolvency debtor, against which the creditor wants to set off, must exist and be attainable. Here, maturity is not required.

Prohibition of set-off

Statutory prohibitions to set-off continue to exist during insolvency proceedings. As a result, a set-off is not possible against claims arising from a willful tort, unseizable claims or against claims which can be contested. One of the most important corporate prohibitions to set-off is the prohibition of a shareholder to set off against the contribution claim of the limited liability company (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*). Consequently, a set-off of the shareholder against a repayment claim of the company according to the capital maintenance rules under the Limited Liability Companies Act (*GmbHG*) is inadmissible.

Offset agreement

According to the German insolvency laws a set-off is not only possible in cases described by statutory law, but also on the basis of a contractual agreement. This is, however, subject to limitations, such as that the mutual claims have to be effective and the statutory prohibitions of set-off must not intervene. Such agreements

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 Verrechnung und Saldierung künftiger Ansprüche möglich sein soll oder dass die Aufrechnungsvoraussetzungen gegenüber dem Gesetz erweitert werden.

Einen Unterfall der Aufrechnungsvereinbarung 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.

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.

can be entered into until the insolvency proceeding has been opened (but it should be noted that the conclusion of such agreement may under certain circumstances be subject to avoidance rights of the insolvency administrator). The content of a set-off agreement can provide for the set-off to take effect immediately, meaning that the set-off may take place without the statutory prerequisites having been fulfilled, that set-off and balancing of future claims may be possible or that in comparison to statutory law, the requirements for a set-off have been extended.

A subcategory to a set-off agreement is the clauses addressing the possibility to declare set-off within a group of companies (*Konzernverrechnungsklausel*). By using such clause, the parties eliminate the requirement of reciprocity, by agreeing that a group company shall be able to set off against claims of the business partner with claims of other affiliated companies which they have against the same business partner. However, according to the German Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*), group-set-off-clauses are not insolvency-proof. The inadmissibility results from the fact that a set-off situation does not arise until two claims are offsettable against each other. In case of a group-set-off the group company which makes use of the possibility to offset is only determinable at the moment the set-off has been declared. Hence, if the declaration is made after the date of the opening of the insolvency proceeding, the declared set-off is invalid. If the declaration is, however, made before the date of the opening of the insolvency proceedings, the declared set-off is valid, unless the set-off was avoidable.

Effect of a set-off

The set-off has to be declared vis-à-vis the insolvency administrator. The declaration causes for the reciprocal claims to expire as far as they coincide. There is no need for the creditor to file the offsettable claim with the insolvency schedule (*Insolvenztabelle*), nevertheless, the filing does not cause a waiver of the possibility to set-off. A potential residual claim existing after the set-off can still be filed with the insolvency schedule.

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.

Gesetzliche Unzulässigkeit der Aufrechnung während des Insolvenzverfahrens

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.

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 aus dem Kontokorrent aufzurechnen.

Eine Aufrechnung ist auch dann unzulässig, wenn der Insolvenzgläubiger seine Gläubigerstellung erst nach Verfahrenseröffnung von einem anderen Gläubiger durch eine

Acquisition of the right to set off a claim during the proceedings

If at the time the insolvency proceedings are opened, the claims cannot be set off, for example because one claim is still subject to a condition precedent, because the creditor's claim is not yet due or because the claims do not cover similar types of performance, such set-off may not be effected prior to the prerequisites having been met. This provision protects the creditor's legitimate expectation on a subsequent offset situation. However, a set-off would not be possible if the creditor's claim becomes due after the claim of the debtor.

Statutory prohibition of set-off during insolvency proceedings

For the protection of the principle of the creditors being treated equally, the German Insolvency Code provides for provisions, according to which a set-off during insolvency proceedings is considered to be invalid. These provisions may not be modified by an agreement between the parties.

A reason for invalidity exists if the creditor's claim arises after the opening of insolvency proceedings. This reason is of particular importance in connection with current account agreements (*Kontokorrentabreden*). According to the German Insolvency Code such agreement expires on the date the insolvency proceedings have been opened. If after opening of insolvency proceedings payments of third parties are credited to an account standing in debit, the bank is no longer entitled to set off against that payment with claims of the current account.

A set-off is further inadmissible if the creditor has gained his position as creditor from another creditor by a legal act, e.g. by an assignment following the opening of the

Rechtshandlung, beispielsweise eine Abtretung, erworben hat. Hierdurch soll insbesondere ein Ausplündern der Insolvenzmasse durch kollusiven Aufkauf von Passiva verhindert werden.

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. [*Mayer Brown Whitepaper Deutsches Insolvenzrecht – Übersicht zum Insolvenzanfechtungsrecht*](#)).

Gegen eine Forderung der Masse kann nicht mit einer Forderung aufgerechnet werden, die aus dem insolvenzfreien Vermögen des Schuldners zu erfüllen ist.

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, 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.

insolvency proceedings. Thereby, plundering of the insolvency estate by collusive acquisition of liabilities shall be prevented.

If the set-off situation had already been existing at the date the insolvency proceedings were opened, but was gained by an avoidable transaction, a set-off is inadmissible, too. In this case the invalidity of the set-off occurs automatically by law (for detailed information on challenge rights in insolvency proceedings, see [*Mayer Brown Whitepaper German Insolvency Law – Overview of Insolvency Challenge Rights*](#)).

A set-off against a claim of the insolvency estate by using a claim which has to be fulfilled by the insolvency-free-assets of the debtor is not possible.

Crossborder context

In insolvency proceedings with a cross-border context the regulations of the international insolvency laws have to be considered. According to the principles of the German international insolvency law, the law of the state in which the proceedings have been opened (*lex fori concursus*) decides on the admissibility of a set-off in insolvency proceedings. If a set-off is permissible under the laws of the opening state, the regulations of this state apply. In cases in which the *lex fori concursus* leads to a limitation or prohibition of the right to set-off a claim, the German international insolvency law nevertheless permits a set-off, provided, however, that pursuant to the laws applicable to the claim of the debtor an off-set situation exists and the set-off is permissible in the insolvency of the debtor.

A similar regulation is provided for in Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council on insolvency proceedings. The regulation permits a set-off, regardless of the *lex fori concursus*, in all those cases where according to the national laws of the principal claim (*lex causae*), a set-off was admissible before the opening of insolvency proceedings.

Ihre Ansprechpartner

Sollten Sie zu dieser Publikation noch mehr Informationen wünschen, wenden Sie sich bitte an die folgenden Ansprechpartner:



Dr. Marco Wilhelm
Partner, Frankfurt am Main
T +49 69 7941 2731
mwilhelm@mayerbrown.com



Dr. Malte Richter,
LL.M. (Northwestern)
Counsel, Frankfurt am Main
T +49 69 7941 1657
mrichter@mayerbrown.com



Tina Hoffmann
Associate, Frankfurt am Main
T +49 69 7941 1281
thoffmann@mayerbrown.com

Your Contacts

If you have any questions or require specific advice on any matter discussed in this publication, please contact the lawyers listed below:

About Mayer Brown

Mayer Brown is a global legal services organization advising clients across the Americas, Asia and Europe. Our presence in the world's leading markets enables us to offer clients access to local market knowledge combined with global reach.

We are noted for our commitment to client service and our ability to assist clients with their most complex and demanding legal and business challenges worldwide. We serve many of the world's largest companies, including a significant proportion of the Fortune 100, FTSE 100, CAC 40, DAX, Hang Seng and Nikkei index companies and more than half of the world's largest banks. We provide legal services in areas such as banking and finance; corporate and securities; litigation and dispute resolution; antitrust and competition; US Supreme Court and appellate matters; employment and benefits; environmental; financial services regulatory and enforcement; government and global trade; intellectual property; real estate; tax; restructuring, bankruptcy and insolvency; and wealth management.

Please visit www.mayerbrown.com for comprehensive contact information for all Mayer Brown offices.

Mayer Brown comprises legal practices that are separate entities (the "Mayer Brown Practices"). The Mayer Brown Practices are: Mayer Brown LLP and Mayer Brown Europe-Brussels LLP, both limited liability partnerships established in Illinois USA; Mayer Brown International LLP, a limited liability partnership incorporated in England and Wales (authorized and regulated by the Solicitors Regulation Authority and registered in England and Wales number OC 303359); Mayer Brown, a SELAS established in France; Mayer Brown Mexico, S.C., a sociedad civil formed under the laws of the State of Durango, Mexico; Mayer Brown JSM, a Hong Kong partnership and its associated legal practices in Asia; and Tauil & Chequer Advogados, a Brazilian law partnership with which Mayer Brown is associated. Mayer Brown Consulting (Singapore) Pte. Ltd and its subsidiary, which are affiliated with Mayer Brown, provide customs and trade advisory and consultancy services, not legal services.

"Mayer Brown" and the Mayer Brown logo are the trademarks of the Mayer Brown Practices in their respective jurisdictions.

© 2018 The Mayer Brown Practices. All rights reserved.

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

