

Praxis der Insolvenzanfechtung

herausgegeben von

Prof. Dr. iur. Hans Haarmeyer

em. Professor für Wirtschafts- und Insolvenzrecht an der Hochschule Koblenz
und am RheinAhrCampus in Remagen, Rechtsanwalt, Mötzingen

Prof. Dr. iur. Michael Huber

Präsident des LG Passau a.D., Honorarprofessor an der Universität Passau

Prof. Dr. iur. Jens M. Schmittmann

Professor für Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, Wirtschafts- und Steuerrecht an der FOM Hochschule in Essen, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Fachanwalt für Steuerrecht und Steuerberater, Essen

5. Auflage

Leseprobe

Carl Heymanns Verlag 2023

Zitervorschlag: HHS/*Bearbeiter*, § Rn. bzw. Kap. Rn.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-452-29982-6

www.wolterskluwer.de

Alle Rechte vorbehalten.

© 2023 Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Wolters-Kluwer-Str. 1, 50354 Hürth.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Verlag und Autor übernehmen keine Haftung für inhaltliche oder drucktechnische Fehler.

Umschlagkonzeption: Martina Busch, Grafikdesign, Homburg Kirrberg

Satz: Datagroup-Int SRL, Timisoara, Romania

Druck und Weiterverarbeitung: Wydawnictwo Diecezjalne i Drukarnia w Sandomierzu, Sandomierz, Polen

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem und chlorfreiem Papier.

Leseprobe

Vorwort

Der russische Angriffskrieg auf die Ukraine und die Corona-Pandemie haben in diesem Jahr die politischen und auch die rechtlichen Entwicklungen bestimmt. Die Corona-Pandemie hat sich bis hinein in das Insolvenzanzfechtungsrecht niedergeschlagen, da der Gesetzgeber durch das COVInsAG Sonderregelungen geschaffen hat, die wir in dieser Neuauflage ebenso aufgreifen wie die durch das Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz geschaffenen Anfechtungsausschlüsse in der Sanierungsmoderation und im Restrukturierungsverfahren.

Für die Praxis von erheblicher Bedeutung sind die massiven Umbrüche in der Rechtsprechung des IX. Zivilsenats zur Insolvenzanfechtung, die insbesondere die Vorsatzanfechtung, aber auch die Anfechtung unentgeltlicher Leistungen betreffen und dem Insolvenzverwalter die erfolgreiche Geltendmachung von insolvenzanfechtungsrechtlichen Rückgewähransprüchen deutlich schwerer machen. Dem potentiellen Anfechtungsgegner werden neue Verteidigungsmöglichkeiten eröffnet. Mögliche negative Auswirkungen auf die mit der Insolvenzrechtsreform beabsichtigte Erhöhung der Eröffnungsquote von Insolvenzverfahren sind derzeit noch nicht abzusehen.

Wir greifen in dieser 5. Auflage die dynamischen Entwicklungen in Rechtsprechung und Literatur auf und geben dem Rechtsanwender sofort umsetzbare Praxishinweise. Das Werk orientiert sich an der Rechtsprechung und behält trotz der umfassenden Darstellung der Detailfragen immer den »roten Faden« des Insolvenzrechts im Blick.

Die in schneller Folge veröffentlichten Entscheidungen sind konsequent in die Darstellung eingearbeitet und bewertet. Wir danken allen Autoren für ihr großes Engagement, mit dem sie die Rechtsprechung und das Schrifttum bis Spätsommer 2022 beobachtet, ausgewertet und berücksichtigt haben.

Bei unseren Lesern und Rezensenten bedanken wir uns für die überaus freundliche Aufnahme der 4. Auflage. Zudem haben wir uns über die konstruktiven Anregungen aus dem Nutzerkreis gefreut. Wir hoffen, dass auch die Neuauflage wieder einen sicheren Pfad durch die Wildnis des Insolvenzanfechtungsrechts bietet und die Leser sicher am Ziel ankommen. Für Hinweise sind wir weiter dankbar.

Mötzingen, Passau, Essen im September 2022

Hans Haarmeyer
Michael Huber
Jens M. Schmittmann

Autorenverzeichnis

Charis Bograkos

Rechtsanwalt, Bograkos Rechtsanwälte, Berlin

Prof. Dr. iur. Hans Haarmeyer

em. Professor für Wirtschafts- und Insolvenzrecht an der Hochschule Koblenz, Rhein-AhrCampus in Remagen, Rechtsanwalt, Mötzingen

Prof. Dr. iur. Michael Huber

Präsident des LG Passau a.D., Honorarprofessor an der Universität Passau

Ulrich Josephs

Rechtsanwalt, Insolvenzverwalter, westhelleundpartner, Kassel

Dirk Kirstein

Rechtsanwalt, Dipl.-Kaufmann, EMBA, KDLB Dirk Kirstein Unternehmensberatung, Berlin

Katrin van Rossum

Vorsitzende Richterin am OLG Düsseldorf

Prof. Dr. iur. Jens M. Schmittmann

Professor für Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, Wirtschafts- und Steuerrecht an der FOM Hochschule in Essen, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenz- und Sanierungsrecht, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Fachanwalt für Steuerrecht und Steuerberater, Mitglied des Senats für Anwaltssachen des Bundesgerichtshofs, Essen

Gerhard Tischner

Richter am OLG Düsseldorf

Raimund Weyand

Oberstaatsanwalt a.D., St. Ingbert

Im Einzelnen haben bearbeitet

Kap. 1 A.	Haarmeyer
Kap. 1 B.-D.	Huber
Kap. 1 E.-G.	Schmittmann
Kap. 2 A.	Kirstein
Kap. 2 B.	Bograkos
Kap. 3:	
§§ 14, 16-19	Josephs
§ 129	Kirstein
§§ 130, 131	Bograkos
§ 132	Schmittmann
§ 133	Bograkos
§ 134-137	Schmittmann
§ 138	Haarmeyer
§§ 139-144	van Rossum
§ 145	Kirstein
§ 146	Schmittmann
§ 147	Haarmeyer
Kap. 4 A.	Kirstein
Kap. 4 B.	Schmittmann
Kap. 4 C.	Tischner
Kap. 4 D.	Schmittmann
Kap. 4 E., F.	Huber
Kap. 4 G.	Bograkos
Kap. 4 H.	Schmittmann
Kap. 5	Kirstein
Kap. 6	Schmittmann
Kap. 7	Huber
Kap. 8	Weyand
Kap. 9	Haarmeyer

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Autorenverzeichnis	VII
Im Einzelnen haben bearbeitet	IX
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Literaturverzeichnis	XXVII
Kapitel 1: Einführung	1
A. Allgemeine Einführung	3
I. Das reale Insolvenzgeschehen und das Antragsverhalten der Unternehmen	9
II. Die volkswirtschaftliche Dimension flächendeckender Insolvenzverschleppung	15
III. Von der IST- zur SOLL-Masse und die Funktion des Anfechtungsrechts	18
B. Dogmatische Grundlagen	21
I. Rechtsnatur der Insolvenzanfechtung	21
II. Abgrenzung der Insolvenzanfechtung von anderen Rechtsinstituten	24
III. Bestand des Insolvenzanfechtungsrechts	34
C. Systematik der Insolvenzanfechtung	35
I. Zweck der Insolvenzanfechtung und Übersicht zum Inhalt des Anfechtungsanspruchs	36
II. Reform des Anfechtungsrechts 2017	36
III. Anfechtungsberechtigung	46
IV. Prüfungsschema für Anfechtungsanspruch (Checkliste)	50
V. Rechtsfolgen unterlassener Insolvenzanfechtung	52
VI. Anfechtungsgegner	53
D. Indizienbeweis (auch) im insolvenzrechtlichen Anfechtungsprozess	56
I. Vorbemerkung	57
II. Zivilprozessrechtliche Grundlagen zum Indizienbeweis	60
III. Denkprozess beim Indizienbeweis	64
IV. Von der Theorie in die Praxis des Insolvenzanfechtungsprozesses	66
E. Sonderregelungen im Zusammenhang mit dem COVInsAG	70
I. Aussetzung der Insolvenzantragspflicht	70
II. Anfechtungsrechtliche Folgen der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht	71
III. Insolvenzanfechtungen bei Leistungen aus Corona-Hilfen	78
F. Besonderheiten bei der Anfechtung nach §§ 89 bis 91 StaRUG	78
I. Vorsatzanfechtung	78
II. Deckungsanfechtung	80
III. Anfechtung unentgeltlicher Leistungen	81
IV. Anfechtung gegenüber Gesellschaftern	81
V. Planfolgen und Planvollzug	81
VI. Berechnung von Fristen	83
G. Besonderheiten bei Starkregen	83

Kapitel 2: Realisierung von Insolvenzanfechtungsansprüchen	85
A. Ermittlung von Insolvenzanfechtungsansprüchen.	86
I. Grundlagen.	87
II. Strukturelles Ressourcen- und Know-how-Management.	105
III. Unterlagensicherung.	108
IV. Ordnung der Sachverhalte	111
V. Betriebswirtschaftliche Aufbereitung der Sachverhalte.	113
VI. Juristische Einordnung	117
VII. Dokumentation der aufgefundenen Sachverhalte	118
VIII. Abschließende Bewertung und Strategiefestlegung	119
B. Die außergerichtliche Anspruchsrealisierung	120
I. Einleitung.	121
II. Die Entstehung des Anfechtungsanspruches	123
III. Die Auswirkungen der Neuregelung des Zinsanspruches in § 143 Abs. 1 Satz 3 InsO auf die außergerichtliche Geltendmachung	128
IV. Der außergerichtliche Vergleich über Anfechtungsansprüche	133
V. Die Erstattungsfähigkeit der anwaltlichen Kosten als Masseschulden	153
VI. Erfolgshonorar zwischen Prozessanwalt und Insolvenzverwalter	157
Kapitel 3: Kommentierung der §§ 14, 16 - 19, 129 ff. InsO	165
§ 14 Antrag eines Gläubigers	165
§ 16 Eröffnungsgrund	175
§ 17 Zahlungsunfähigkeit.	178
§ 18 Drohende Zahlungsunfähigkeit	196
§ 19 Überschuldung.	204
§ 129 Grundsatz.	214
§ 130 Kongruente Deckung.	231
§ 131 Inkongruente Deckung.	250
§ 132 Unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen	266
§ 133 Vorsätzliche Benachteiligung	274
§ 134 Unentgeltliche Leistung	322
§ 135 Gesellschafterdarlehen	351
§ 136 Stille Gesellschaft	389
§ 137 Wechsel- und Scheckzahlungen	400
§ 138 Nahestehende Personen	407
§ 139 Berechnung der Fristen vor dem Eröffnungsantrag.	419
§ 140 Zeitpunkt der Vornahme einer Rechtshandlung	426
§ 141 Vollstreckbarer Titel	442
§ 142 Bargeschäft.	444
§ 143 Rechtsfolgen.	466
§ 144 Ansprüche des Anfechtungsgegners	491
§ 145 Anfechtung gegen Rechtsnachfolger	499
§ 146 Verjährung des Anfechtungsanspruches	506
§ 147 Rechtshandlungen nach Verfahrenseröffnung	521

Kapitel 4: Anfechtungsgegner und branchenspezifische Besonderheiten . . .	525
A. Kreditinstitute als Anfechtungsgegner	532
I. Einführung	532
II. Rechtliche Grundlagen des Kontokorrents	534
III. Virtuelle Insolvenzanfechtung aufgrund § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO	542
IV. Anfechtbarkeit nach § 133 Abs. 1 InsO	547
V. Anfechtbarkeit nach §§ 130, 131 InsO	556
VI. Zahlungseingänge nach Kündigung der Geschäftsverbindung	560
VII. Zusammenfassung	561
B. Sonstige institutionelle Gläubiger (Sozialversicherungsträger und Finanzverwaltung)	561
I. Verhalten der Gläubiger in der Krise	562
II. Verhalten im Insolvenzeröffnungsverfahren	577
III. Verhalten im eröffneten Insolvenzverfahren	581
IV. Besonderheiten bei der Sozialversicherung	606
V. Besonderheiten bei der Finanzverwaltung	607
VI. Verhältnis der Anfechtung ggü. Sozialversicherung und Finanzverwaltung einerseits und Geschäftsführerhaftung andererseits	627
VII. Case Studies: Sozialversicherung und Finanzverwaltung	631
C. Lieferanten als Anfechtungsgegner	633
I. Einführung	638
II. Anfechtung von Sicherheiten	672
III. Anfechtung von Rechtshandlungen im Eröffnungsverfahren	683
D. Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Rechtsanwälte	709
I. Berufsgruppen	711
II. Rechtshandlungen	716
III. Kenntnis des Berufsträgers	722
IV. Inkongruente Deckungen	728
V. Unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen (Verschleuderungsgeschäfte)	729
VI. Bargeschäftseinwand, § 142 InsO	731
VII. Zurückbehaltungsrechte des Berufsträgers	740
VIII. Aufrechnungen	742
IX. Strafrechtliche Implikationen	744
E. Arbeitnehmer	747
I. Rechtsweg bei Insolvenzanfechtung von Lohnzahlungen	748
II. Systematische anfechtungsrechtliche Ausgangspunkte	752
III. Kongruenzanfechtung bei rückständigen Lohnzahlungen, § 130 InsO	759
IV. Inkongruenzanfechtung, § 131 InsO	765
V. Vorsatzanfechtung nach neuem Anfechtungsrecht 2017	768
F. Insolvenzanfechtung im Bauvertragsrecht	773
I. Neues Anfechtungsrecht 2017	774
II. Insolvenz des Bauherrn (Auftraggebers, späterer Insolvenzschuldner)	774
III. Insolvenz des Bauunternehmers (Auftragnehmers, späterer Insolvenzschuldner)	779
IV. Anfechtbarkeit bei Direktzahlung des Bauherrn an den Subunternehmer des später insolventen Generalunternehmers	780
G. Insolvenzanfechtung nach fehlgeschlagener Sanierung	787
I. Einführung	789

II.	Sanierungskonzept	793
III.	Anfechtung ggü. Kreditinstituten nach gescheiterter Sanierung	800
IV.	Weitere mögliche Anspruchsgrundlagen bei fehlgeschlagener Sanierung	811
V.	Anfechtung im Rahmen von gescheiterten Sanierungsmaßnahmen ggü. Lieferanten	821
H.	Firmenbestattung	837
I.	Rechtstatsachen	838
II.	Rechtliche Würdigung	842
III.	Gegenstrategien	844
IV.	Systematisierung von Haftungs- und Anfechtungsansprüchen	847
V.	Anspruchsgegner	851

Kapitel 5: Anfechtbarkeit im Zusammenhang mit der Bestellung von Sicherungsrechten 857

A.	Allgemein	858
I.	Akzessorische und nichtakzessorische Sicherheiten	859
II.	Nachbesicherungen	860
III.	Sicherheitentausch	860
IV.	Unentgeltliche Besicherung	863
B.	AGB-Pfandrecht der Kreditinstitute	864
C.	Revolvierende Sicherheiten	866
I.	Globalzession	867
II.	Raumsicherungsübereignung	869
D.	Immobiliarsicherheiten	870
E.	Mietsicherheiten	873
I.	Mietabtretung	873
II.	Vermieterpfandrecht	874
F.	Drittsicherheiten	875

Kapitel 6: Internationales Insolvenzanfechtungsrecht 877

A.	Grundlagen des internationalen Anfechtungsrechts	879
I.	UNCITRAL-Modellgesetz	879
II.	Staatsverträge	880
III.	Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.05.2015 über Insolvenzverfahren [EuInsVO 2015]	881
B.	Bestimmung des anwendbaren Rechts und des zuständigen Gerichts	882
I.	Bestimmung des anwendbaren Rechts	882
II.	Bestimmung des zuständigen Gerichts	884
C.	Anknüpfung der Insolvenzanfechtung	888
I.	Vorüberlegungen	888
II.	Drohende Zahlungsunfähigkeit	888
III.	Zahlungsunfähigkeit	889
IV.	Überschuldung	890
V.	Antragstellung	891
VI.	Eröffnung des Insolvenzverfahrens	892
VII.	Bewilligung der Zwangsvollstreckung	892

VIII. Verdachtsperiode	893
D. Bestimmung des Zeitpunkts der Insolvenzanknüpfung	893
I. Grundlagen	893
II. Streitgericht	893
III. Insolvenzgericht	894
E. Geltendmachung der Insolvenzanfechtung	894
I. Anfechtung durch den Insolvenzverwalter	894
II. Anfechtung durch dritte Personen	895
F. Verjährung des insolvenzrechtlichen Rückgewähranspruchs	896
Kapitel 7: Anspruchsdurchsetzung	899
A. Anfechtbare Vertrags- und Prozessverhältnisse	900
I. Anfechtungssystematik bei Vertragsverhältnissen	901
II. Anfechtungssystematik bei Prozessverhältnissen	915
B. Die gerichtliche Anspruchsdurchsetzung	919
I. Vorfeld der Anfechtungsklage	920
II. Anfechtungsklage	924
III. Klageantrag	930
IV. Klagebegründung	933
V. Prozesskostenhilfe für Insolvenzanfechtungsklage	938
VI. Einstweiliger Rechtsschutz für Anfechtungsanspruch	941
Kapitel 8: Die zivil- und strafrechtliche Haftung des Insolvenzverwalters	943
A. Die zivilrechtliche Haftung des Insolvenzverwalters	944
I. Vorbemerkung	944
II. Die insolvenzspezifische Haftung des Verwalters	944
III. Exkurs: Die Haftung des Gläubigerausschusses	964
B. Die strafrechtliche Haftung des Insolvenzverwalters	967
I. Allgemeines	967
II. Allgemeine Tatbestandstruktur und -merkmale des § 266 StGB	969
III. Der Insolvenzverwalter als Täter einer Untreue	973
Kapitel 9: Vergütungsrechtliche Aspekte	987
A. Einführung	987
B. Bemessungsgrundlage in der vorläufigen Verwaltung	988
C. Erhöhungsfaktoren	992
Stichwortverzeichnis	995

mittelbare Zuwendung gegenüber dem Leistungsempfänger angefochten, die in der Weise bewirkt worden ist, dass ein Geldbetrag auf das Konto einer Zwischenperson überwiesen wurde und diese den Betrag an den Leistungsempfänger durch Überweisung weitergeleitet hat, ist die Wertstellung auf dem Konto des Leistungsempfängers der für die Beurteilung der subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung maßgebliche Zeitpunkt, während die Gläubigerbenachteiligung bereits durch die Überweisung an die Zwischenperson eintritt.⁶²

2. Beweislast

Die Beweislast für die (mittelbare) Gläubigerbenachteiligung und die Kausalität zwischen Rechtshandlung und Gläubigerbenachteiligung trägt – wie für alle objektiven Umstände – der Insolvenzverwalter.⁶³ 30

V. Gläubigerbenachteiligungsvorsatz

1. Anforderungen

Der Benachteiligungsvorsatz ist gegeben, wenn der Schuldner bei Vornahme der Rechtshandlung wusste, dass sein Vermögen nicht ausreicht, um über Teilzahlungen an einzelne Gläubiger hinaus alle Gläubiger befriedigen zu können⁶⁴ und der Schuldner die Benachteiligung der Gläubiger im Allgemeinen als Erfolg seiner Rechtshandlung gewollt oder als deren mutmaßliche Folge – sei es auch als unvermeidliche Nebenfolge eines an sich erstrebten anderen Vorteils – erkannt und gebilligt hat;⁶⁵ bedingter Vorsatz genügt insoweit.⁶⁶ 31

Ein bedingter Vorsatz ist anzunehmen, wenn der Schuldner bei Vornahme seiner Rechtshandlung das Bewusstsein hat, dass seine Handlung sich zum Nachteil der Gläubiger in ihrer Gesamtheit auswirken könnte und er diese Auswirkung zumindest als notwendige Neben- oder Durchgangsfolge billigend mit in Kauf genommen hat. Sein Handeln muss insofern nicht auf die Benachteiligung abzielen. Der Schuldner kann die Handlung zu einem anderen Zweck oder persönlichen Vorteil verfolgen.⁶⁷ 32

Der Vorsatz muss sich nicht auf die tatsächlich eingetretene Benachteiligung bezogen haben.⁶⁸ Da eine mittelbare, erst künftig eintretende Gläubigerbenachteiligung genügt, 33

62 BGH, 28.01.2021 – IX ZR 64/20, ZInsO 2021, 554 Rn. 14, 25, 28.

63 Uhlenbruck/Borries/Hirte, § 133 InsO Rn. 59.

64 BGH, 06.12.2012 – IX ZR 3/12, ZInsO 2013, 190 Rn. 31.

65 BGH, 06.12.2012 – IX ZR 3/12, ZInsO 2013, 190 Rn. 15; BGH, 22.11.2012 – IX ZR 62/10, ZInsO 2013, 76 Rn. 7; BGH, 30.06.2011 – IX ZR 134/10, ZInsO 2011, 1410 Rn. 8.

66 BGH, 23.06.2022 – IX ZR 75/21, ZInsO 2022, 1734 Rn. 17; BGH, 12.09.2019 – IX ZR 264/18, ZInsO 2019, 2159, Rn. 27; BGH, 12.10.2017 – IX ZR 50/15, ZInsO 2017, 2612 Rn. 21; Gehrlein, ZInsO 2018, 2557 f.; Lau, DB 2013, 1219 ff.

67 BGH, 05.03.2009 – IX ZR 85/07, ZInsO 2009, 873 Rn. 10; BGH, 24.05.2007 – IX ZR 97/06, ZInsO 2007, 819 Rn. 8.

68 BGH, 24.10.2013 – IX ZR 104/13, ZInsO 2013, 2378 Rn. 14.

setzt der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz nicht voraus, dass der Schuldner zum Zeitpunkt der Rechtshandlung über (weitere) Gläubiger verfügt. Die Annahme, dass spätere Gläubiger benachteiligt werden könnten, reicht aus.⁶⁹

2. Nachweis (Vollbeweis) durch Beweisanzeichen (§ 133 Abs. 1 Satz 1 InsO)

- 34 Da es sich beim Gläubigerbenachteiligungsvorsatz um ein subjektives Tatbestandsmerkmal handelt, welches als innere Tatsache dem Beweis nur eingeschränkt zugänglich ist, erfordert dessen Darlegung und Nachweis meist die Herleitung aus mittelbaren objektiven Anknüpfungstatsachen (zum Indizienbeweis s. weiterführend Kap. 7 Rdn. 105 ff.). Hierzu hat die Rechtsprechung verschiedene Fallgruppen entwickelt, bei deren Vorliegen von einem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz ausgegangen werden kann.⁷⁰ Diese Anknüpfungstatsachen stellen jedoch lediglich mehr oder weniger gewichtige Beweisanzeichen dar, welche eine Gesamtwürdigung nicht entbehrlich machen und folglich nicht schematisch i.S.e. widerleglichen Vermutung wirken.⁷¹ Es bedarf einer umfassenden Bewertung aller Umstände des Einzelfalles. Insbesondere sind hierbei auch gegenläufige Indizien wie ein ernsthafter, aber gescheiterter Sanierungsversuch bzw. ein bargeschäftlicher Leistungsaustausch (bei § 133 Abs. 1 InsO a.F.) zu berücksichtigen.⁷² Alle dargelegten relevanten Umstände sind folglich vom Tatrichter gem. § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO zu würdigen und im Zweifel mittels Beweiserhebung zu klären.⁷³ Eine Tatsache liegt nach der freien Überzeugung des Gerichts vor, wenn es die persönliche Gewissheit erlangt hat, die Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen.⁷⁴
- 35 Der Vollbeweis verlangt entsprechend dem in § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO festgelegten Regelbeweismaß die volle Überzeugung des Gerichts vom Vorliegen der behaupteten Tatsache. Das Gericht darf eine schlüssige, aber streitige Behauptung nur dann seiner Entscheidung zugrunde legen, wenn es sich von ihrer Wahrscheinlichkeit überzeugt hat. Dies geschieht durch Beweis. Es handelt sich also um den prozessualen Vorgang, der dem Gericht eine auf objektive Gründe gestützte Überzeugung von der Wahrheit tatsächlicher Behauptungen verschaffen soll.⁷⁵ Diese Überzeugung ist Voraussetzung

69 BGH, 13.08.2009 – IX ZR 159/06, ZInsO 2009, 1901 Rn. 5; Gehrlein, in: FS Ganter, S. 181 ff.

70 Berbuer, NZI 2016, 717; Kayser, WM 2013, 293 ff.; Menn, ZInsO 2011, 1245 ff.; Gehrlein, in: FS Ganter, S. 181 ff.; ders., WM 2009, Sonderbeilage Nr. 1, 41 ff.

71 BGH, 23.06.2022 – IX ZR 75/21, ZInsO 2022, 1734 Rn. 18; BGH, 07.05.2020 – IX ZR 18/19, ZInsO 2020, 1306 Rn. 10; Gehrlein, in: FS Ganter, S. 181 ff.

72 BGH, 03.03.2022 – IX ZR 53/19, ZInsO 2022, 716 Rn. 10; Thole, ZIP 2017, 401, 407.

73 BGH, 28.03.2019 – IX ZR 7/18, ZInsO 2019, 1060 Rn. 6; BGH, 08.10.2009 – IX ZR 173/07, ZInsO 2009, 2148 Rn. 8; BGH, 13.08.2009 – IX ZR 159/06, ZInsO 2009, 1901 Rn. 8.

74 BGH, 29.09.2021 – VIII ZR 111/20, NJW 2022, 463 Rn. 35.

75 Baumgärtel/Laumen, Handbuch der Beweislast, Kap. 2 Rn. 1.

für die richterliche Rechtsanwendung im Sinne der Subsumtion des konkreten Sachverhalts unter die jeweilige Rechtsnorm und damit die Streitentscheidung selbst.⁷⁶

Der mittelbare Beweis bezieht sich als Indizienbeweis auf tatbestandsfremde Tatsachen, die den Schluss auf das Vorliegen oder das Nichtvorliegen des bestrittenen Tatbestandsmerkmals (Haupttatsache) rechtfertigen.⁷⁷ Diese sogenannten Hilfstatsachen bezeichnet man auch als Indizien, Indiztatsachen oder Beweiszeichen. Der Indizienbeweis ist überzeugungskräftig, wenn ein anderer Schluss als das Vorliegen der Haupttatsache aus den Hilfstatsachen ernstlich nicht in Betracht kommt.⁷⁸

Insoweit hat der Tatrichter neben den wirtschaftlichen Verhältnissen des Schuldners auch die Umstände in seine Würdigung einzubeziehen, unter denen die angefochtene Rechtshandlung vorgenommen worden ist. Zu diesen Umständen zählen etwa die Gewährung einer inkongruenten Deckung, die Bewirkung einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung und die Übertragung von Vermögensgegenständen an nahe-stehende Dritte.⁷⁹ Auch die Gewährung eines Sondervorteils für den Fall der Insolvenz spricht für einen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz.⁸⁰

Die Rechtsprechung hat u.a. nachfolgende gewichtige Indizien, die den Schluss auf den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners rechtfertigen, entwickelt:

a) Kenntnis des Schuldners von der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit

Das in der Praxis bedeutsamste Indiz bildete bislang bei kongruenten Deckungen die Kenntnis des Schuldners von der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit.⁸¹ Auch wenn der BGH nunmehr nach eigenem Kundtun die Vorsatzanfechtung bei kongruenten Deckungen neu ausgerichtet hat, ist nicht zu erwarten, dass dieses Beweiszeichen an Bedeutung verliert.

aa) Bisherige Rechtsprechung

Kannte der Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit, konnte nach der bisherigen Rechtsprechung daraus i.d.R. auf einen Benachteiligungsvorsatz geschlossen werden.⁸² In diesem Fall handelte der Schuldner nur dann nicht mit Benachteiligungsvorsatz, wenn er auf Grund konkreter Umstände – etwa der sicheren Aussicht, demnächst Kredit zu erhalten oder Forderungen realisieren zu können – mit einer baldigen Überwindung

76 Baumgärtel/Laumen, Handbuch der Beweislast, Kap. 2 Rn. 1.

77 Baumgärtel/Laumen, Handbuch der Beweislast, Kap. 2 Rn. 21.

78 Baumgärtel/Laumen, Handbuch der Beweislast, Kap. 2 Rn. 21.

79 BGH, 17.09.2020 – IX ZR 174/19, ZIP 2020, 2135 Rn. 18, 38.

80 BGH, 03.03.2022 – IX ZR 53/19, ZInsO 2022, 716 Rn. 11; BGH, 12.10.2017 – IX ZR 288/14, ZInsO 2017, 2539 Rn. 53.

81 Gehrlein/Pape, ZInsO 2021, 2061, die keine wesentliche Neuausrichtung der Rechtsprechung zur Vorsatzanfechtung erkennen wollen.

82 BGH, 05.03.2020 – IX ZR 171/18, ZInsO 2020, 893 Rn. 10; BGH, 14.09.2017 – IX ZR 3/16, ZInsO 2017, 2546 Rn. 8.

der (Liquiditäts-)Krise rechnen konnte. Diese Grundsätze galten auch dann, wenn der Schuldner seinem Gläubiger eine kongruente Deckung gewährte.⁸³

- 41 Diesem Verständnis lag die Überlegung zugrunde, dass der zahlungsunfähige Schuldner um die möglicherweise zeitlich verzögerte, letztlich aber unabwendbare Insolvenzeröffnung weiß und deshalb bei der Begleichung einer Forderung notwendigerweise mit Benachteiligungsvorsatz handelt. Dem Schuldner ist dann geläufig, dass er seine Gläubiger nicht insgesamt voll befriedigen kann.⁸⁴

bb) Neujustierung der BGH-Rechtsprechung

- 42 Mit der Grundsatzentscheidung vom 06.05.2021⁸⁵, die in der insolvenzrechtlichen Literatur große Beachtung gefunden hat,⁸⁶ hat der BGH statuiert, dass der Vollbeweis des gem. § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO erforderlichen Benachteiligungsvorsatzes nicht allein deshalb angenommen werden kann, weil ein Schuldner, der zahlungsunfähig ist, seine Zahlungsunfähigkeit kennt. Der BGH hält es bei kongruenten Deckungen für erforderlich, den Bezugspunkt des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes zu erweitern. Der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz kann nicht allein daraus abgeleitet werden, dass der Schuldner im Zeitpunkt der Rechtshandlung nicht in der Lage ist, sämtliche Gläubiger zu befriedigen. **Von entscheidender Bedeutung für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz ist vielmehr, dass der Schuldner weiß oder jedenfalls billigend in Kauf nimmt, dass er seine (übrigen) Gläubiger auch zu einem späteren Zeitpunkt nicht vollständig befriedigen können wird.** Dies kann aus der im Moment der Rechtshandlung gegebenen Liquiditätslage nicht in jedem Fall mit hinreichender Gewissheit abgeleitet werden. Dies soll ausdrücklich auch für § 133 InsO in der derzeit geltenden Fassung gelten.⁸⁷
- 43 Die vorgenommene Neuausrichtung begründet der BGH insbesondere damit, dass sich der Schluss von der erkannten Zahlungsunfähigkeit auf den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz und auf die Kenntnis von diesem nicht ohne Bruch in die Systematik der Anfechtungstatbestände eingefügt habe. Entsprechendes gelte für die Systematik des § 133 Abs. 1 InsO selbst. Es komme hinzu, dass die erkannte Zahlungsunfähigkeit für sich genommen in einer nicht zu vernachlässigenden Zahl der Fälle nicht mit hinreichender Gewissheit (§ 286 ZPO) auf die subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung schließen lasse. Dies sei insb. dann anzunehmen, wenn der Schuldner aus der maßgeblichen Sicht ex ante trotz eingetretener Zahlungsunfähigkeit berechtigterweise davon ausgehen durfte, noch alle seine Gläubiger befriedigen zu

83 BGH, 17.12.2015 – IX ZR 61/14, ZInsO 2016, 214 Rn. 16; BGH, 18.12.2008 – IX ZR 79/07, ZInsO 2009, 518 Rn. 13; BGH, 24.05.2007 – IX ZR 97/06, ZInsO 2007, 819 Rn. 8.

84 Gehrlein/Pape, ZInsO 2021, 2061, 2062.

85 BGH, 06.05.2021 – IX ZR 72/20, ZInsO 2021, 1627.

86 Schultz, ZInsO 2022, 1434; Smid, DZWIR 2022, 1; Thole, ZRI 2021, 609; Schneider, KTS 2021, 562; Maier, ZInsO 2021, 2005; Ganter, NZI 2021, 945; Huber, ZInsO 2021, 2649; Gehrlein/Pape, ZInsO 2021, 2061.

87 Gehrlein/Pape, ZInsO 2021, 2061, 2062.

können.⁸⁸ Darin liege der eigentliche Anwendungsbereich dieses Beweiszeichens.⁸⁹ Der Schluss von der erkannten Zahlungsunfähigkeit auf die subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung führe im Fall der Gewährung kongruenter Deckungen zu einem weitgehenden Gleichlauf mit den Voraussetzungen der Deckungsanfechtung nach § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO und damit faktisch zu einer Verlängerung des nach dieser Vorschrift maßgeblichen Anfechtungszeitraums von drei Monaten auf zehn Jahre nach altem Recht (§ 133 Abs. 1 Satz 1 InsO a.F.) und auf vier Jahre nach neuem Recht (§ 133 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 InsO). Die Regelung des § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO beruhe dagegen auf dem Gedanken, dass ein Gläubiger, der eine kongruente Deckung erhalten hat, grds. darauf vertrauen können solle, die ihm zustehende Leistung behalten zu dürfen. Dieses Vertrauen solle zwar dann keinen Schutz verdienen, wenn der Gläubiger wusste, dass die Krise eingetreten war. Das Risiko, dass er die empfangene Leistung zur Insolvenzmasse zurückgewähren muss, solle der Gläubiger indes auch in diesem Fall im Grundsatz nur dann tragen, wenn das Insolvenzverfahren innerhalb einer begrenzten Zeit nach Erhalt der Leistung eröffnet wird.⁹⁰ Dieses Ansinnen würde verfehlt, wenn man die Anfechtung einer kongruenten Deckung nach § 133 Abs. 1 InsO schon dann für möglich hält, wenn der Schuldner erkanntermaßen zahlungsunfähig war.⁹¹

Den Rechtssatz, dass aus der erkannten Zahlungsunfähigkeit auf den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners geschlossen werden konnte, leitete der BGH mittelbar aus der Vorschrift des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO ab. Da hiernach für den anderen Teil die Kenntnis vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners vermutet wird, wenn er wusste, dass dessen Zahlungsunfähigkeit drohte, konnten nach Auffassung des BGH für den Schuldner selbst keine strengeren Anforderungen gelten.⁹² Die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners soll dagegen nach der neuen Rechtsprechung des BGH nur ein Indiz im Blick auf die Kenntnis des Benachteiligungsvorsatzes beim Anfechtungsgegner, aber nicht auch hinsichtlich des Benachteiligungsvorsatzes des Schuldners darstellen. Die Indizwirkung des Wissens um die Zahlungsunfähigkeit ist auf Seiten des Schuldners beseitigt.⁹³

Die Vermutungsregelung in § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO ist mit dem Ziel geschaffen worden, dem Insolvenzverwalter die schwierige Beweisführung im Blick auf die Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz und damit die praktische Durchsetzung des Anfechtungsanspruchs zu erleichtern.⁹⁴ Die bezweckte Erleichterung kommt nach aktueller Auffassung des BGH jedoch nicht zum Tragen, wenn der Vollbeweis des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes des Schuldners – so wie

88 BGH, 06.05.2021 – IX ZR 72/20, ZInsO 2021, 1627 Rn. 31.

89 BGH, 06.05.2021 – IX ZR 72/20, ZInsO 2021, 1627 Rn. 32.

90 BT-Drucks. 12/2443, 158.

91 BGH, 06.05.2021 – IX ZR 72/20, ZInsO 2021, 1627 Rn. 33.

92 BGH, 13.04.2006 – IX ZR 158/05, ZInsO 2006, 712 Rn. 14.

93 Gehrlein, WuB 2021, 362, 365.

94 BT-Drucks. 12/2443, 160, 265 ff.

zuvor⁹⁵ – allein aus der von ihm erkannten Zahlungsunfähigkeit abgeleitet wird. Für die Kenntnis des Anfechtungsgegners von diesem Vorsatz gelten nämlich keine weitergehenden Anforderungen. Knüpfe man den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz – und damit auch den Vollbeweis der Kenntnis des Anfechtungsgegners von diesem – nicht mehr allein an die erkannte Zahlungsunfähigkeit, komme ein eigenständiger, die Beweisführung erleichternder Anwendungsbereich der Vermutungsregelung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO überhaupt erst in Betracht.⁹⁶

(1) Kenntnis des Schuldners von der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit

- 46 Ausgangspunkt der Prüfung ist weiterhin die bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit (§ 17 Abs. 2 InsO). Wer im Zeitpunkt der Rechtshandlung alle seine Gläubiger befriedigen kann, handelt in aller Regel nicht mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz.⁹⁷ Für die Feststellung der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit gelten auch nach der neuesten Rechtsprechung die hergebrachten Grundsätze. Insbesondere kann weiterhin von der erkannten Zahlungseinstellung auf die erkannte Zahlungsunfähigkeit geschlossen werden.⁹⁸
- 47 Die Zahlungseinstellung kann aus einem einzigen Indiz gefolgert werden, wenn dieses Indiz eine hinreichende Aussagekraft hat.⁹⁹ Ein besonders aussagekräftiges Indiz für die Zahlungseinstellung bildet – wie bereits nach der bisherigen Rechtsprechung¹⁰⁰ – die eigene Erklärung des Schuldners. Erklärt der Schuldner, eine fällige und nicht unbeträchtliche Verbindlichkeit binnen drei Wochen nicht – und zwar auch nicht nur ratenweise – begleichen zu können, wird in aller Regel von einer Zahlungseinstellung des Schuldners im Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung auszugehen sein. Dies gilt erst recht, wenn der Schuldner darüber hinaus ausdrücklich erklärt, zahlungsunfähig zu sein.¹⁰¹
- 48 Fehlt es an einer (ausdrücklichen) Erklärung des Schuldners, müssen die für eine Zahlungseinstellung sprechenden Umstände ein der Erklärung entsprechendes Gewicht erreichen. Zahlungsverzögerungen allein, auch wenn sie wiederholt auftreten, reichen dafür häufig nicht. Es müssen dann Umstände hinzutreten, die mit hinreichender Gewissheit dafürsprechen, dass die Zahlungsverzögerung auf der fehlenden Liquidität des Schuldners beruht.¹⁰² Die zusätzlich erforderlichen Umstände können darin zu sehen sein, dass der Schuldner Forderungen solcher Gläubiger nicht begleicht, auf

95 BGH, 21.01.2016 – IX ZR 84/13, ZInsO 2016, 448 Rn. 15; BGH, 08.01.2015 – IX ZR 198/13, ZInsO 2015, 299 Rn. 10.

96 BGH, 06.05.2021 – IX ZR 72/20, ZInsO 2021, 1627 Rn. 35.

97 BGH, 03.03.2022 – IX ZR 78/20, ZInsO 2022, 640 Rn. 101; BGH, 06.05.2021 – IX ZR 72/20, ZInsO 2021, 1627 Rn. 38.

98 BGH, 06.05.2021 – IX ZR 72/20, ZInsO 2021, 1627 Rn. 41.

99 BGH, 28.04.2022 – IX ZR 48/21, ZInsO 2022, 1498 Rn. 28.

100 BGH, 09.06.2016 – IX ZR 174/15, ZInsO 2016, 1357 Rn. 27.

101 BGH, 06.05.2021 – IX ZR 72/20, ZInsO 2021, 1627 Rn. 41.

102 BGH, 10.02.2022 – IX ZR 148/19, ZInsO 2022, 762 Rn. 22.

reitung einer Sanierung im Schutzschirmverfahren gem. § 270b InsO a.F. entsteht, nachdem das Gericht angeordnet hat, dass der Schuldner Masseverbindlichkeiten begründet, ist als Masseverbindlichkeit und nicht als Insolvenzforderung zu behandeln.³⁴⁷ Ab dem 1. Januar 2021 ist § 270d Abs. 3 InsO n.F. zu beachten.

5. Anfechtung in Sachverhalten mit umsatzsteuerlicher Organschaft

Schrifttum

Avermann, Die umsatzsteuerliche Organschaft auf dem Prüfstand, AG 2009, 28 ff.; *de Weerth*, Umsatzsteuerliche Organschaft und Insolvenz, DStR 2010, 590 ff.; *Dusch*, Aufrechnung und § 74 AO – Möglichkeit zur Regulierung geplanter Organschaften?, DStR 2012, 1537 ff.; *Ebbinghaus/Neu*, Verunglückte umsatzsteuerliche Organschaft vor der Insolvenz, DB 2016, 1636 ff.; *Eisolt*, Ende der USt-Organschaft in der Doppelinsolvenz von Organträger und Organgesellschaft bei identischem Insolvenzverwalter, ZInsO 2015 ff., 1429; *Ganterl Brünink*, Insolvenz und Umsatzsteuer aus zivilrechtlicher Sicht, NZI 2006, 257 ff.; *Grambeck*, Umsatzsteuerliche Organschaft – Überarbeitung des Umsatzsteuer-Anwendungserlasses, StuB 2017, 588 ff.; *Haase*, Die grenzüberschreitende Organschaft – eine Bestandsaufnahme, BB 2009, 980 ff.; *Hasbach*, Ende der umsatzsteuerlichen Organschaft mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens, ZInsO 2017, 914 ff.; *Hölzle*, Umsatzsteuerliche Organschaft und Insolvenz der Organgesellschaft, DStR 2006, 1210 ff.; *Hölzle*, Steuerliche Haftung im Konzern – Organschaftskaskade als Sanierungshemmnis? – Zugleich Besprechung FG Düsseldorf v. 19.02.2015 – 16 K 932/12 H(K), ZIP 2016, 118, ZIP 2016, 103 ff.; *Hubert*, Erneute Änderungen zur umsatzsteuerlichen Organschaft: Anmerkungen zum BMF-Schreiben vom 5.5.2014 zur organisatorischen Eingliederung, StuB 2014, 721 ff.; *Hubertus/Fetzer*, Umsatzsteuerliche Organschaft: Personengesellschaft kann Organgesellschaft sein, DStR 2013, 1468 ff.; *Klink/Wüllrich*, Die umsatzsteuerliche Organschaft? Gesellschaftsrechtliche Fallstricke bei der organisatorischen Eingliederung, BB 2014, 1757 ff.; *Lemken*, Folgen der Beendigung einer umsatzsteuerlichen Organschaft durch Insolvenz, InsbÜrO 2010, 413 ff.; *Lemken*, Folgen der Beendigung einer umsatzsteuerlichen Organschaft durch Insolvenz, InsbÜrO 2012, 417 ff.; *Lemken*, Umsatzsteuerliche Organschaft in der Insolvenz: Rechtsprechungsänderung des BFH, InsbÜrO 2013, 483 ff.; *Lengler/Khanian*, Beendigung der umsatzsteuerlichen Organschaft in der vorläufigen Eigenverwaltung, NZI 2014, 385 ff.; *Lüdenbach*, Steuerlatenzen bei Begründung und Beendigung einer Organschaft, StuB 2014, 422 ff.; *Marshall/Oldiges*, Beendigung der umsatzsteuerlichen Organschaft auch bei Bestellung eines schwachen vorläufigen Insolvenzverwalters, DStR 2013, 2211 ff.; *Schmittmann*, Gefahren für die Organschaft in der Insolvenz, ZSteu 2007, 191 ff.; *ders.*, Organschaft in der Insolvenz und Umsatzsteuer, InsbÜrO 2007, 265 ff.; *ders.*, Aktuelles zur körperschaft- und umsatzsteuerlichen Organschaft, StuB 2008, 531 ff.; *ders.*, Betriebsaufspaltung, Organschaft und Zwangsverwaltung, IGZ-Info 2008, 103 ff.; *ders.*, Nochmals: Organschaft und Einkünfte des Insolvenzverwalters in der Rechtsprechung, StuB 2009, 71 f.; *ders.*, Handhabung von Steuerguthaben nach Freigabe gem. § 35 Abs. 2 InsO durch den Insolvenzverwalter, InsbÜrO 2011, 246 ff.; *ders.*, Die umsatzsteuerliche Organschaft im Europa- und Insolvenzrecht, StuB 2013, 706 f.; *ders.*, Die Organschaft ist der Organschaft ihr Tod, InsbÜrO 2014, 249 ff.; *Schramm*, Umsatzsteuerliche Organschaft in der Insolvenz als Durchbrechung der Rechtsordnung, in: Festschrift Görg, München, 2010, S. 431 ff.; *Schützel/Winter*, Organisatorische Eingliederung in der umsatzsteuerlichen Organschaft, UR 2009,

347 So FG Nürnberg, 28.03.2018 – 2 K 1105/15, NZI 2018, 652 ff., mit Anm. Witfeld.

397 ff.; *Thole*, Steuerliche Organschaft und Insolvenzanfechtung, ZIP 2019, 1353 ff.; *Trinks*, Die Eingliederung der umsatzsteuerlichen Organgesellschaft und ihr Bestand im Insolvenzfall, UVR 2010, 12; *Uhländer*, Aktuelle Entwicklungen im Insolvenzsteuerrecht 2010, AO-StB 2010, 81; *Wagner*, Das Schicksal der umsatzsteuerlichen Organschaft bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen von Konzerngesellschaften, BB 2014, 2583; *Walter/Stümper*, Überraschende Gefahren nach Beendigung einer Organschaft, GmbHR 2006, 68; *Zeeck*, Die Umsatzsteuer in der Insolvenz, KTS 2006, 407; *Ziegenhagen/Thieme*, Besteuerung in Krise und Insolvenz, 2010, 240 ff.

a) Grundlagen der umsatzsteuerlichen Organschaft

- 331 Eine **Organschaft** im umsatzsteuerlichen Sinne liegt gem. § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG vor, wenn eine juristische Person nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse **finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch** in das Unternehmen des Organträgers **eingegliedert** ist.³⁴⁸ Liegen diese Voraussetzungen vor, verliert die Organgesellschaft ihre Unternehmereigenschaft, da sie ihre gewerbliche oder berufliche Tätigkeit nicht mehr selbstständig ausübt. Unternehmer i.S.d. § 2 Abs. 1 UStG ist ausschließlich der **Organträger**.³⁴⁹
- 332 Der **Organträger** kann eine beliebige Rechtsform haben.³⁵⁰ Als **Organgesellschaften** kommen regelmäßig lediglich juristische Personen in Betracht, wobei nach neuerer Rechtsprechung auch eine **GmbH & Co. KG** als Organgesellschaft in Betracht kommt. Die Bestimmung des § 2 Abs. 2 Satz 1 UStG kann in einer mit Art. 4 Abs. 4 Unterabs. 2 der Richtlinie 77/388/EWG zu vereinbarenden Weise richtlinienkonform dahingehend ausgelegt werden, dass der Begriff »juristische Person« auch eine GmbH & Co. KG umfasst.³⁵¹
- 333 Die **Organgesellschaft** ist nur dann als solche anzusehen, wenn sie finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in das Unternehmen des Organträgers **eingegliedert** ist.
- 334 Unter der **finanziellen Eingliederung** ist gem. Nr. 2.8 Abs. 5 zu § 2 USt-AE (früher: Abschn. 21 Abs. 4 Satz 1 UStR) der Besitz der entscheidenden Anteilsmehrheit an der Organschaft zu verstehen, die es ermöglicht, Beschlüsse in der Organgesellschaft durchzusetzen.
- 335 **Wirtschaftliche Eingliederung** bedeutet gem. Nr. 2.8 Abs. 6 zu § 2 USt-AE (früher: Abschn. 21 Abs. 5 Satz 1 UStR), dass die Organgesellschaft gemäß dem **Willen des**

³⁴⁸ Vgl. Schramm, in: FS Görg, S. 431, 432 ff.

³⁴⁹ S. Lemken, InsbürO 2010, 413 ff.; Schmittmann, InsbürO 2007, 265 ff.; Thole, ZIP 2019, 1353 ff.

³⁵⁰ So Klenk, in: Sölch/Ringleb, UStG, 65. Erg.Lfg., Jan. 2011, § 2 Rn. 96; Schramm, in: FS Görg, S. 431, 432 ff.; Schmittmann, StuB 2009, 71.

³⁵¹ So BFH, 01.06.2016 – XI R 17/11, ZIP 2016, 1577 ff.; BFH, 19.01.2016 – XI R 38/12, BFH/NV 2016, 706 ff. = ZIP 2016, 1378 ff. = DSrR 2016, 587 ff.

Unternehmers i.R.d. Gesamtunternehmens, und zwar im engen wirtschaftlichen Zusammenhang mit diesem, wirtschaftlich tätig ist.³⁵²

Bei einer **Betriebsaufspaltung** in ein Besitzunternehmen (z.B. Personengesellschaft) und eine Betriebsgesellschaft (Kapitalgesellschaft) und Verpachtung des Betriebsvermögens durch das Besitzunternehmen an die Betriebsgesellschaft steht die durch die Betriebsaufspaltung entstandene Kapitalgesellschaft im Allgemeinen in einem Abhängigkeitsverhältnis zum Besitzunternehmen.³⁵³ 336

Die **organisatorische Eingliederung** liegt gem. Nr. 2.8 Abs. 7 zu § 2 USt-AE vor, wenn der Organträger durch organisatorische Maßnahmen sicherstellt, dass in der Organgesellschaft sein Wille auch tatsächlich durchgeführt wird. Dies ist z.B. durch **Personalunion** der Geschäftsführer der Besitzgesellschaft und der Betriebsgesellschaft der Fall.³⁵⁴ 337

Ein **Organschaftsverhältnis** kann nach Auffassung des BMF zwischen einer Kapitalgesellschaft und ihrem Anteilseigner nur dann angenommen werden, wenn der Anteilseigner die gesellschaftsrechtliche **Beteiligung** in seinem **unternehmerischen Bereich** hält und auch die finanzielle und die organisatorische Eingliederung in das Unternehmen des Organträgers gegeben sind.³⁵⁵ Dabei ist es für die finanzielle Eingliederung einer Organgesellschaft in das Unternehmen des Organträgers ausreichend, wenn die finanzielle Eingliederung mittelbar über eine nicht unternehmerisch tätige Tochtergesellschaft des Organträgers oder einer Organgesellschaft erfolgt. Die nicht unternehmerisch tätige Tochtergesellschaft wird dadurch jedoch nicht Bestandteil des Organkreises (Tz. 17). 338

Ist ein **Organschaftsverhältnis** gegeben, so besteht kein Wahlrecht, ob dieses auch steuerlich umgesetzt werden soll. Die Rechtsfolgen treten unabhängig vom Willen der Beteiligten ein.³⁵⁶ 339

Die organisatorische Eingliederung wird nach der Rspr. durch die **Bestellung eines schwachen vorläufigen Insolvenzverwalters** über das Vermögen der Organgesellschaft beendet.³⁵⁷ Nach früherer Rechtsprechung bestand die Organschaft fort, wenn der 339a

352 Vgl. BFH, 22.06.1967 – V R 89/66, BStBl. III 1967, S. 715; Schmittmann, StuB 2009, 71, 72.

353 Vgl. BFH, 28.01.1965 – V 126/62 U, BStBl. III 1965, S. 243; BFH, 17.11.1966 – V 113/65, BStBl. III 1967, S. 103; BFH, 17.08.1994 – V B 147/92, BFH/NV 1995, 750; vgl. Lemken, InsbÜrO 2010, 413.

354 So BFH, 23.04.1959 – V 66/57 U, BStBl. III 1959, S. 256; BFH, 13.04.1961 – V 81/59 U, BStBl. III 1961, S. 343.

355 So BME, 26.01.2007 – IV A 5 – S 7300 – 10/07, DB 2007, 315 ff.

356 So EuGH, 22.05.2008 – Rs. C – 162/07, UR 2008, 534; BFH, 29.10.2008 – XI R 74/07, UR 2009, 344 ff. Rn. 21; Vorinstanz: FG Schleswig-Holstein, 04.07.2007 – 4 K 225/04, EFG 2007, 1640; Schramm, in: FS Görg, S. 431, 434 f.; Schmittmann, StuB 2009, 71.

357 So BFH, 24.8.2016 – V R 36/15, BStBl. II 2017, 595 ff. = ZIP 2016, 2487 ff. = NZI 2017, 42 ff. mit Anm. Schmittmann = StuB 2017, 40 [Ls.] mit Anm. jh; BFH, 03.07.2014 – V R 32/13, ZIP 2014, 2045 ff. = DB 2014, 2512 ff. = DStR 2014, 2020 ff. = EWiR 2014,

Organträger weiterhin als Geschäftsführer der von der Insolvenz bedrohten Organgesellschaft tätig und die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen der Organgesellschaft noch nicht auf den vorläufigen Insolvenzverwalter übergegangen ist.³⁵⁸ Die organisatorische Eingliederung der Organgesellschaft endet auch, wenn die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis zwar nicht vollem Umfang auf den vorläufigen Insolvenzverwalter übertragen wird, aber faktisch für den gesamten noch verbleibenden operativen Geschäftsbereich übergeht.³⁵⁹

- 339b Die **Abweisung eines Antrags auf Eröffnung** des Insolvenzverfahrens **mangels einer die Kosten des Verfahrens deckenden Masse** führt nicht zur Beendigung der Organschaft.³⁶⁰
- 339c Im Zuge der aktuellen Rechtsprechung von EuGH³⁶¹ und BFH hat das **BMF** den **USt-AE** mehrfach angepasst³⁶²: »BFH, Urt. v. 15.12.2016 – V R 14/16: Beendigung der Organschaft mit **Eröffnung des Insolvenzverfahrens** über das Vermögen des Organträgers oder der Organgesellschaft (auch bei Eigenverwaltung); BFH, Urt. v. 08.08.2013 – V R 18/13, und BFH, Urt. v. 24.08.2016 – V R 36/15: Beendigung auch bei **Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters**; Grundsätze gelten auch bei **Bestellung eines personenidentischen Sachwalters, vorläufigen Sachwalters oder Insolvenzverwalters**; Anwendung in allen offenen Fällen«. ³⁶³
- 340 Im Fall der **vorläufigen Eigenverwaltung** gilt:

Weder die Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung beim Organträger noch die Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung bei der Organgesellschaft beenden eine Organschaft, wenn das Insolvenzgericht lediglich bestimmt, dass ein vorläufiger Sach-

719 f. [Schmittmann]; BFH, 08.08.2013 – V R 18/13, BFH/NV 2013, 1747 ff. = NZI 2013, 857 ff. m. Anm. de Weerth = DB 2013, 2065 ff. = DStR 2013, 1883 ff. = ZIP 2013, 1773 ff. = EWiR 2013, 619 f. [Onusseit] = NWB 2013, 2974 m. Anm. Korn; vgl. Marchal/Oldiges DStR 2013, 2211 ff.; Lemken, InsbürO 2013, 483 ff.; Schmittmann, StuB 2013, 706 ff.

358 So BFH, 22.10.2009 – V R 14/09, BFH/NV 2010, 773 ff.; BFH, 29.01.2009 – V R 67/07, BFHE 225, 172 ff. = BStBl. II 2009, 1029 ff.; BFH, 10.03.2009 – XI B 66/08, BFH BFH/NV 2009, 977 ff.; Lemken, InsbürO 2012, 417 [420].

359 So BFH, 24.08.2011 – V R 53/09, BFHE 235, 5 ff. = ZIP 2011, 2421 ff. = DStR 2011, 2396 ff. mit Anm. Ma.

360 So BFH, 28.09.2009 – V B 213/06, BeckRS 2007, 2501294.

361 S. EuGH, 16.07.2015 – Rs. C-108/14, ZIP 2015, 1971 ff. – Larentia + Minerva; EuGH, 16.07.2015 – Rs. C-109/14, ZIP 2015, 1971 ff. – Marenav.

362 S. BMF, 26.05.2017 – III C 2 – S 7105/15/10002 [DOK 2017/0430168] – Umsatzsteuerliche Organschaft; vgl. auch OFD Frankfurt am Main, 12.07.2017 – S 7105 A – 21 – St 110, ZInsO 2017, 2426 (Beendigung der umsatzsteuerlichen Organschaft; insb. in Fällen der Insolvenz).

363 S. BMF, 26.05.2017 – III C 2 – S 7105/15/10002 [DOK 2017/0430168] – Umsatzsteuerliche Organschaft; vgl. auch OFD Frankfurt am Main, 12.07.2017 – S 7105 A – 21 – St 110, ZInsO 2017, 2426 (Beendigung der umsatzsteuerlichen Organschaft; insb. in Fällen der Insolvenz).

walter bestellt wird, sowie eine Anordnung gemäß § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 InsO erlässt.³⁶⁴ Der USt-AE wurde angepasst, so dass es nun in Abschnitt 2.8. Abs. 12 Satz 6 USt-AE heißt:

»Hingegen beenden weder die Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung beim Organträger noch die Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung bei der Organgesellschaft eine Organschaft, wenn das Insolvenzgericht lediglich bestimmt, dass ein vorläufiger Sachwalter bestellt wird sowie eine Anordnung gemäß § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 InsO erlässt (vgl. BFH-Urteil vom 27. 11. 2019, XI R 35/17, BStBl 2021 II S. 252).«

b) Anfechtungssachverhalte in der Organschaft

In der Praxis ist regelmäßig zu beobachten, dass die **Organgesellschaft**, die auch das operative Geschäft betreibt, die vom Leistungsempfänger zu zahlende **Gegenleistung** einschließlich der USt **vereinnahmt**, die USt aber nicht an den Organträger abführt, was zumindest außerhalb der Krise gesellschaftsrechtlich geboten ist, sondern – aus Vereinfachungsgründen – unmittelbar an die Finanzverwaltung auf die **Steuerschuld des Organträgers** leistet.³⁶⁵ Diese Problematik verschärft sich, wenn es sich um eine **unerkannte Organschaft** handelt, die erst später, z.B. bei einer Betriebsprüfung oder im Insolvenzverfahren, überhaupt erkannt wird. Das Entstehen einer umsatzsteuerlichen Organschaft ist nach der Rechtsprechung des BFH bei Vorliegen der Tatbestandsmerkmale zwingend und hängt nicht vom Willen der Beteiligten ab. Ein **Wahlrecht** ergibt sich **weder aus Europäischem Gemeinschaftsrecht noch aus nationalem Steuerrecht**.³⁶⁶

Der BFH hat die wesentlichen Fragen der **Insolvenzanfechtung** im Zusammenhang mit der Zahlung der **Organgesellschaft** auf die **Steuerschuld des Organträgers**³⁶⁷ inzwischen geklärt.³⁶⁸ Besteht eine Organschaft, d.h. ist die Organgesellschaft finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in das Unternehmen des Organträgers eingegliedert, § 2 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 UStG, ist der **Organträger Schuldner** der auf die Umsätze der Organschaft entfallenden USt. Zahlt die **Organgesellschaft** die USt, so liegt eine **Zahlung auf fremde Schuld** vor.

Auf die **Erstattungsberechtigung** nach § 37 Abs. 2 Satz 1 AO wirkt sich dies wie folgt aus: Erstattungsberechtigt i.S. von § 37 Abs. 2 Satz 1 AO ist derjenige, auf dessen Rechnung und nicht auf dessen Kosten eine Zahlung bewirkt worden ist. Es kommt

364 So BFH, 27.11.2019 – XI R 35/17, BStBl. II 2021, 252 ff. = ZRI 2020, 489 ff. = NZI 2020, 378 ff. mit Anm. *Pieroth* = ZIP 2020, 469 ff. = EWiR 2020, 241 f. [*Vortmann*] = ZInsO 2020, 620 ff. = StuB 2020, 247 f. mit Anm. *jh*.

365 So Schmittmann, InsbürO 2007, 265, 266.

366 Vgl. EuGH, 22.05.2008 – Rs. C – 162/07, UR 2008, 534; BFH, 29.10.2008 – IX R 74/07, UR 2009, 344 ff. Rn. 21; Vorinstanz: FG Schleswig-Holstein, 04.07.2007 – 4 K 225/04, EFG 2007, 1640; Schramm, in: FS Görg, Köln, 2010, S. 431, 434 f.; Schmittmann, StuB 2009, 71.

367 Vgl. ausführlich: Thole, ZIP 2019, 1353 ff.

368 Vgl. umfassend: Lemken, InsbürO 2010, 413 ff.

nicht darauf an, von wem und mit wessen Mitteln gezahlt worden ist, sondern nur darauf, wessen Steuerschuld nach dem Willen des Zahlenden, so wie er im Zeitpunkt der Zahlung dem FA gegenüber erkennbar hervorgetreten ist, getilgt werden sollte. Dies gilt auch im Fall einer **vermeintlichen Organschaft**.³⁶⁹ Die Wertung des Finanzgerichts, dass die unter der Steuernummer der Klägerin erteilte Einzugsermächtigung hinsichtlich des Kontos der GmbH die Steuerschuld der Klägerin tilgen sollte, sei – so der BFH – nicht zu beanstanden.

- 342b Aus der **Haftung der Organgesellschaft** für Steuern des Organträgers gem. § 73 Satz 1 AO ergibt sich nach Auffassung des BFH nichts anderes. Der Haftungsanspruch setzt nur das **Bestehen einer steuerrechtlich bedeutsamen Organschaft** voraus.³⁷⁰ Nichts anderes ergebe sich aus der Rechtsprechung des BGH.³⁷¹ Entgegen der Auffassung des BFH³⁷² meint der BGH, dass durch den **Lastschrifteinzug** der Haftungsanspruch aus § 73 AO gegen die Organgesellschaft geltend gemacht werde. Der BFH lässt dies hier dahinstehen, da in der dem BGH vorliegenden Sachverhaltsgestaltung nicht ersichtlich war, wessen Steuerschuld durch den Lastschrifteinzug beglichen werden sollte, woraus der BGH geschlossen hatte, dass die Zahlung der Organgesellschaft allein dem Haftungsanspruch zugeordnet werden könne.

Die **Anrufung des Gemeinsamen Senats** der obersten Gerichtshöfe des Bundes war nach Auffassung des BFH nicht erforderlich, da der BGH die zivilrechtliche Frage, wer Insolvenzgläubiger ist, entschieden hatte, während der BFH die steuerliche Frage, wer Erstattungsberechtigter ist, zu prüfen hat.³⁷³

Unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BFH³⁷⁴, wonach ein **Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben** vorliegt, wenn im Fall einer umsatzsteuerrechtlichen Organschaft der Organträger einen Erstattungsanspruch geltend macht, obwohl das Finanzamt den entsprechenden Betrag bereits wegen einer (vermeintlichen) **Anfechtung** in die Insolvenzmasse der Organgesellschaft bezahlt hat und ohne die Anfechtung eine **Verpflichtung des Organträgers** zur Weiterleitung des Betrages an die Organgesellschaft bestanden hätte, führt der BGH aus, dass dies im Hinblick darauf, dass das Finanzamt keine Erstattungszahlung an die Insolvenzmasse geleistet hat, vorliegend unerheblich sei.³⁷⁵

369 So BFH, 14.11.2021 – VII R 20/18, BB 2022, 1508 ff. = EWiR 2022, 487 f. [Schmittmann].

370 Vgl. BFH, 10.05.2007 – VII R 18/05, BFHE 217, 216, BStBl II 2007, 914, unter II.B.8.; BFH, 27.02.2020 – V R 28/19, BFH/NV 2020, 1275, Rz 28.

371 S. BGH, 19.01.2012 – IX ZR 2/11, BGHZ 192, 221 ff.

372 S. BFH, 23.09.2009 – VII R 43/08, BFHE 226, 391 ff. = BStBl. II 2010, 215 ff. = ZIP 2009, 2455 ff.

373 So BFH, 14.11.2021 – VII R 20/18, BB 2022, 1508 ff. = EWiR 2022, 487 f. [Schmittmann].

374 S. BFH, 26.08.2014 – VII R 16/13, BFH/NV 2015, 8 ff. = ZIP 2014, 2404 ff. mit Anm. Kahlert.

375 So BGH, 19.01.2012 – IX ZR 2/11, BGHZ 192, 221 ff.; vgl. dazu BFH, 14.11.2021 – VII R 20/18, BB 2022, 1508 ff. = EWiR 2022, 487 f. [Schmittmann].

Eine **Schenkungsanfechtung** nach § 134 InsO kommt nur dann in Betracht, wenn die **Zahlung auf die fremde Schuld** zugleich eine **unentgeltliche Leistung** ist. Eine unentgeltliche Leistung liegt auch in der Zuwendung eines Dritten, wenn dessen Forderung gegen den Schuldner nicht werthaltig war. War nämlich die **Forderung nicht werthaltig**, verliert der Dritte mit dem Erlöschen dieser Forderung durch die Zahlung des späteren Insolvenzschuldners (§ 47 AO i.V.m. § 267 BGB) wirtschaftlich nichts, was als Gegenleistung für die Zuwendung angesehen werden kann.³⁷⁶ 343

Bezahlt in einer umsatzsteuerlichen Organschaft die **Organgesellschaft** kurz vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen die **Steuerschuld** des Organträgers, so ist die Zahlung nach § 134 InsO anfechtbar, wenn die **Steuerforderung** ggü. dem **Organträger nicht werthaltig** (einbringlich) war. Hat die Organgesellschaft die **Steuerschuld des Organträgers vor Fälligkeit** bezahlt, obwohl der Organträger leistungsfähig war, ist diese Zahlung ggü. dem FA nicht gem. § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO anfechtbar, weil das FA nicht Insolvenzgläubiger ist. 344

Der **Haftungsanspruch** nach § 73 AO ist ggü. dem Steueranspruch **subsidiär**, wenn feststeht, dass der **Steuerschuldner zur Zahlung in der Lage** ist. Der Tatbestand des § 73 AO wird ergänzt durch die Regelungen in § 191 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 5 AO. Danach setzt der **Haftungsanspruch** voraus, dass die **Haftungsinanspruchnahme** bei der gebotenen **Ermessensausübung** in Betracht kommt.³⁷⁷ 345

Tilgt bei einer umsatzsteuerlichen Organschaft die **Organgesellschaft** Umsatzsteuerschulden der Organträgerin, so ist eine wirksame **Insolvenzanfechtung** der Zahlung ggü. der Finanzbehörde **nicht vom Erlass eines Haftungsbescheides abhängig**. Gegen den anfechtungsrechtlichen Rückforderungsanspruch des Insolvenzverwalters nach **Anfechtung wegen inkongruenter Deckung** kann die Finanzbehörde nach Auffassung des FG Nürnberg nicht mit einem Haftungsanspruch gegen die Organgesellschaft aufrechnen.³⁷⁸ Eine Organgesellschaft haftet gem. § 73 Satz 1 AO allerdings für solche Steuern des Organträgers, für welche die Organschaft zwischen ihnen steuerlich von Bedeutung ist. Zieht das Finanzamt im Falle einer umsatzsteuerlichen Organschaft der **Steuerschuld des Organträgers** entsprechende Beträge aufgrund einer Lastschrifttermächtigung vom Konto der Organgesellschaft ein, so macht es nach Auffassung des BGH den steuerrechtlichen Haftungsanspruch aus § 73 AO gegen die Organgesellschaft geltend. Gerät diese in Insolvenz, erlangt das Finanzamt die Zahlung als deren Insolvenzgläubiger. Erbringt der Schuldner einer noch nicht durchsetzbaren steuerrechtlichen **Haftungsverbindlichkeit** eine Zahlung an das Finanzamt, ist davon auszugehen, dass er dadurch seine Haftungsverbindlichkeit und nicht die ihr 346

376 Vgl. BGH, 05.02.2004 – IX ZR 473/00, ZInsO 2004, 499 ff. Rn. 20; BGH, 16.11.2007 – IX ZR 194/04, BGHZ 174, 228 Rn. 25; BFH, 23.09.2009 – VII R 43/08, BStBl. II 2010, S. 215 ff. = ZIP 2009, 2455 ff. Rn. 18.

377 So BFH, 23.09.2009 – VII R 43/08, BStBl. II 2010, S. 215 ff. = ZIP 2009, 2455 ff. Rn. 18.

378 So OLG Nürnberg, 09.03.2009 – 4 U 2506/08, ZInsO 2010, 2007 ff.; OLG Nürnberg, 11.02.2009 – 4 U 2506/08, ZIP 2009, 1435 ff.

zugrunde liegende Steuerschuld des Dritten tilgen will.³⁷⁹ Die Auffassung des BGH verkennt m.E., dass jeder Haftung gegenüber der Finanzverwaltung zunächst eine Ermessensentscheidung vorausgehen muss.³⁸⁰ Darüber hinaus hat die Zahlung durch die Organgesellschaft in der Regel den praktischen Hintergrund, dass die Organgesellschaft das operative Geschäft betreibt und daher – anders als der Organträger, der regelmäßig lediglich Einkünfte aus der Vermietung oder Verpachtung der Betriebsimmobilie oder der Betriebs- und Geschäftsausstattung hat – über hinreichende Liquiditätszuflüsse verfügt, um die Umsatzsteuer zahlen zu können.³⁸¹

346a Besonderheiten ergeben sich, wenn eine »**unerkannte Organschaft**« vorliegt. Das FA kann, wenn eine Organschaft gem. § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG erst im Insolvenzverfahren der Organgesellschaft »entdeckt« wurde, gegenüber dem Insolvenzverwalter mit **Haftungsforderungen** gem. § 73 AO gegen die Steuererstattungsansprüche zuzüglich Zinsen aufrechnen, ohne, dass es des vorherigen Erlasses eines Haftungsbescheides, der Feststellung der Haftungsforderung oder ihrer Anmeldung zur Tabelle bedarf. Das **Aufrechnungsverbot** gem. § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO, wonach die Aufrechnung unzulässig ist, wenn die aufgerechneten Steuererstattungsansprüche erst nach Insolvenzeröffnung entstanden sind, greift nicht deshalb ein, weil die Aufhebungsbescheide als formelle Voraussetzung der Steuererstattung erst im Insolvenzverfahren ergangen sind. Abweichendes folgt nicht aus der Entscheidung des BFH³⁸², mit der der BFH seine frühere Rechtsprechung, dass eine Erstattungsforderung insolvenzrechtlich bereits dann entstanden ist, wenn sie vor Insolvenzeröffnung bereits »ihrem Kern nach« begründet wurde, geändert hat. Über einen (vermeintlichen) Anspruch des Insolvenzverwalters gegen das Finanzamt gem. § 143 InsO auf **Rückgewähr** insolvenzrechtlich angefochtener Leistungen kann nicht in einem Abrechnungsbescheid entschieden werden, denn er ist kein Anspruch aus dem Steuerschuldverhältnis. Da es sich um einen zivilrechtlichen Anspruch handelt, kann er nur bei den Zivilgerichten eingeklagt werden.³⁸³

346b In den Fällen einer umsatzsteuerlichen Organschaft können **Zahlungen der Organgesellschaft**, mit denen diese Umsatzsteuerschulden befriedigt, daher nicht als unentgeltliche Leistung angefochten werden, wenn die leistende Organgesellschaft eine eigene Verbindlichkeit gegenüber dem Finanzamt trifft. Als eine solche eigene Verbindlichkeit des Leistenden kommt bei einer umsatzsteuerlichen Organschaft der gegen die Organgesellschaft gerichtete Haftungsanspruch nach § 73 AO in Betracht. Der **Haftungsanspruch** nach § 73 AO entsteht materiell-rechtlich bereits mit der Entstehung der Steuerschuld des Organträgers und hängt nicht von einer Feststellung und dem

379 So BGH, 19.01.2012 – IX ZR 2/11, BGHZ 192, 221 ff. = ZIP 2012, 280 ff. Rn. 16 ff.

380 Vgl. Schmittmann in: Jesgarzewski/Schmittmann, Steuerrecht, Steuerhaftungsrecht Abschn. 1.6.

381 Vgl. zur Anfechtung in Organschaftsfällen Kap. 3 § 134 InsO Rdn. 42 ff.

382 S. BFH, 25.07.2012 – VII R 29/11, BStBl. II 2013, 36.

383 So FG München, 15.05.2019 – 3 K 2244/16, EFG 2019, 1642 ff.; der BFH (27.02.2020 – V R 28/19, BFH/NV 2020, 1275 ff.) hat die Entscheidung aufgehoben und an das FG zurückverwiesen.