

17. Abgeordnete
**Mechthild
Dyckmans**
(FDP)
- Ist es richtig, dass trotz Änderung von § 19 Abs. 2 Satz 3 InsO-E (Beibehaltung des Erfordernisses einer ausdrücklichen Rangrücktrittserklärung zur Vermeidung der Passivierung von Gesellschafterdarlehen im Überschuldungsstatus, Bundestagsdrucksache 16/9737) die Rückzahlung eines nicht passivierten Gesellschafterdarlehens kurz vor Eintritt der Überschuldung möglich ist, da sich der nach jener Vorschrift geforderte Rangrücktritt lediglich auf das Insolvenzverfahren beziehen muss und nicht wie bisher auch ein außerhalb des Insolvenzverfahrens wirkendes Auszahlungsverbot beinhalten muss (vgl. dazu Protokoll der 85. Sitzung des Rechtsausschusses, S. 48, Wortmeldung Prof. Dr. Haas: „verlangt zweierlei“)?

**Antwort des Staatssekretärs Lutz Diwell
vom 22. Dezember 2008**

Zunächst sei daran erinnert, dass nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung des MoMIG (Bundestagsdrucksache 16/6140) Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen, soweit sie nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 der Insolvenzordnung (InsO) nachrangig waren und deshalb die Masse nicht mehr belasteten, im Überschuldungsstatus auf der Passivseite nicht mehr zu berücksichtigen waren.

Dem lag der Gedanke zu Grunde, dass wegen des Nachrangs eine Auszahlung der Verbindlichkeit an den Gesellschafter im Regelfall nicht zu erwarten war und deshalb eine Passivierung der Verbindlichkeit nicht der Rechtswidrigkeit entsprechen würde. Hiergegen wurde eingewandt, dass durch die unvollständige Wiedergabe der Passivseite eine Überschuldung zu spät eintrete und durch die damit verbundene spätere Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein Schaden für die Gläubiger eintreten könne. Der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages hat deshalb empfohlen (Bundestagsdrucksache 16/9737), Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen bzw. gleichgestellte Forderungen nur dann aus der Überschuldungsbilanz herauszunehmen, wenn entsprechend der bisherigen Rechtslage eine ausdrückliche (sog. qualifizierte) Rangrücktrittserklärung des kreditgebenden Gesellschafters vorliegt. Dies wurde in § 19 Abs. 2 Satz 3 InsO übernommen.

Ein Gesellschafterdarlehen wird folglich nur dann nicht passiviert, wenn ein qualifizierter Rangrücktritt erklärt wurde. Dieser Rangrücktritt ist im Insolvenzverfahren insofern relevant, als er die Rangfolge der Befriedigung nach den übrigen Insolvenzgläubigern bestimmt. Wegen der Abschaffung des Konzepts der Finanzierungsfolgenverantwortung, der daraus folgenden Streichung des früheren Kapitalersatzrechts und der Umqualifizierung der bisherigen gesellschaftsrechtlichen Regelungen in das Insolvenzrecht ist davon auszugehen, dass sich auch die Anforderungen an die Rangrücktrittserklärung geändert haben (siehe Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, Bundestagsdrucksache 16/9737, S. 105). Die Rangrücktrittserklärung hat mit-

hin nur noch insolvenzrechtliche Bedeutung und beinhaltet kein gesellschaftsrechtliches Auszahlungsverbot.

Sollte gleichwohl eine Auszahlung vor Insolvenzeröffnung erfolgen, so ist die Rechtshandlung jedoch nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO anfechtbar, sofern sie im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag oder in der Zeit danach vorgenommen wurde. Auch darin spiegelt sich das durch die Aufgabe des früheren Kapitalersatzrechts veränderte Schutzkonzept des Gesetzes wider; der im früheren Recht durch das Gesellschaftsrecht gewährleistete Schutz wird nun durch das Insolvenzrecht zur Verfügung gestellt.

18. Abgeordnete
**Mechthild
Dyckmans**
(FDP)
- Bleibt es dann für freiwillig subordiniertes Kapital (z. B. Sanierungsdarlehen seitens einer Bank), bezüglich dessen Rückzahlung § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO nicht anwendbar ist, bei der alten Rechtslage hinsichtlich der Anforderungen an die Rangrücktrittsklausel mit der Konsequenz, dass zwei verschiedene Mechanismen zum Gläubigerschutz für erzwungenes (Ex-post-Schutz) und gewillkürtes Haftkapital (Ex-ante-Schutz) nebeneinander bestehen (vgl. dazu Protokoll der 85. Sitzung des Rechtsausschusses, S. 49 f., Wortmeldung Prof. Dr. Haas)?

**Antwort des Staatssekretärs Lutz Diwell
vom 22. Dezember 2008**

Nach der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses (Bundestagsdrucksache 16/9737) sollen die bisher von der Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen an die Rangrücktrittserklärung hinsichtlich des Insolvenzrechts weiterhin gelten. Man kann deshalb davon ausgehen, dass diese Anforderungen auch für Rangrücktrittserklärungen Dritter gelten, die der Gesellschaft Kapital zur Verfügung gestellt haben.

Es trifft zu, dass bei Rückzahlungen an Dritte § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO nicht anwendbar ist. Jedoch ist nach § 135 Abs. 2 InsO die Rückzahlung solcher Forderungen ebenfalls anfechtbar, wenn ein Gesellschafter dafür Sicherheiten bestellt oder gebürgt hat. Fehlt es daran, greifen die allgemeinen Regeln des Anfechtungsrechts, insbesondere § 133 InsO (vorsätzliche Gläubigerbenachteiligung). Dabei ist zu beachten, dass die im Anfechtungsrecht vorgesehene Beweislastumkehr zu Lasten der Dritten eingreifen kann, wenn diese durch ihre Nähe zur insolventen Gesellschaft Umstände im Hinblick auf deren fehlende Zahlungsfähigkeit gekannt haben. Auch hier spiegelt sich das durch die allgemein begrüßte Aufgabe des Konzepts der Finanzierungsfolgenverantwortung bewusst geänderte Schutzkonzept des MoMiG wider; die nach neuem Recht bestehende Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft erfasst in erster Linie den Gesellschafter und nicht Dritte, die der Gesellschaft Darlehen oder ähnliche Forderungen zur Verfügung stellen. Der durch das Anfechtungsrecht zur Verfügung gestellte Schutz erscheint insoweit jedoch angemessen und ausreichend, um die Interessen der Gläubiger zu wahren.

Einen Handlungsbedarf vermag die Bundesregierung nicht zu erkennen.

19. Abgeordneter
Wolfgang Neskovic
(DIE LINKE.)
- Welche einfach- oder untergesetzlichen Regelungen hält die Bundesregierung für erforderlich, um Rechtssicherheit und praktische Berechenbarkeit im Verfahren im Interesse des Kindeswohls herzustellen in Fällen einer beabsichtigten Adoption von Kindern aus Ländern (wie z. B. Marokko), die nach muslimischem Recht ein Verbot der Adoption und zugleich die Möglichkeit einer Kafala vorsehen (Sorgeverpflichtung bis zur Volljährigkeit, kein Verwandtschaftsverhältnis wird begründet), angesichts der Einschätzung des Leiters der zentralen Adoptionsstelle des Bayerischen Landesjugendamts, Jörg Reinhardt, bislang fehle es diesbezüglich „an jeglichen Absprachen oder gar (unter-)gesetzlichen Regelungen“ und deshalb müsse „dringend Abhilfe“ geschaffen werden („Kafala und internationale Adoptionsvermittlung“, Das Jugendamt, Heft 2/2008, S. 63 ff., insbesondere S. 66)?

**Antwort des Staatssekretärs Lutz Diwell
vom 22. Dezember 2008**

Die Bundesregierung kennt die Probleme, die sich beim Umgang mit einer im Ausland begründeten Kafala in Deutschland ergeben können.

Die Anerkennung einer solchen Kafala als Adoption wird in Deutschland abgelehnt. Die Kafala kann auch nicht in eine Adoption umgewandelt werden. Von der Adoption unterscheidet sich die Kafala nämlich eindeutig dadurch, dass das Kind ausnahmslos seiner ursprünglichen Familie zugeordnet bleibt.

Der nachgeschobenen Adoption in Deutschland nach einer im Ausland begründeten Kafala steht die Bundesregierung grundsätzlich skeptisch gegenüber. Durch eine solche Adoption würden problematische Rechtsverhältnisse geschaffen, weil die in Deutschland ausgesprochene Adoption im Heimatstaat des Kindes nicht anerkannt wird. Das Recht des islamischen Heimatstaates verbietet nämlich regelmäßig die Adoption oder kennt sie zumindest nicht. Das Kind hat dann in zwei Staaten zwei unterschiedliche Elternpaare. Das entspricht nicht dem Kindeswohl. Damit wird auch in die kulturelle Identität der Kinder eingegriffen, deren Schutz z. B. durch Artikel 20 Abs. 3 des UN-Kinderrechteübereinkommens gewährleistet werden soll.

Die Bundesregierung ist der Auffassung, dass Gesetzesänderungen nicht notwendig sind. Die deutschen Vorschriften reichen aus, um das Kindeswohl auch in Fällen mit Bezug zur Kafala zu schützen.

Eine Adoptionsvermittlung aus Deutschland ist rechtlich und praktisch nicht möglich, vor allem weil aufgrund unterschiedlicher Rechts-