

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Workshop IV: Zahlungen an Gesellschafter

Aktuelle Entwicklungen im Anfechtungsrecht zu §§ 134, 135 InsO – Impulsreferat –

23. Deutscher Insolvenzrechtstag
am 19. März 2026 in Berlin

www.georg-bitter.de

Gliederung

- I. Gesellschafterdarlehensrecht in Gefahr?
- II. Wirtschaftlich dem Darlehen vergleichbare Rechtshandlung
 1. Zeitlicher Rahmen beim Waren-/Leistungskredit ⇔ Geldkredit
Sonderfall: Aufwendungsersatzanspruch des Gesellschafters
 2. Leasing und Eigentumsvorbehalt – Verwertung der Sicherheit
 3. Zurechnung bei der Treuhand
 4. Gesellschaftergleicher Dritter:
Immobilienfinanzierung mit Sonderrechten der Bank
 5. Gesellschafterdarlehensrecht im Unternehmensverbund – Person
des Anfechtungsgegners (bei Rückzahlung des Darlehens an eine
Schwestergesellschaft)
- III. Unentgeltlichkeitsanfechtung gegenüber Gesellschaftern

BGH v. 16.1.2025 – IX ZR 229/23, ZIP 2025, 334

Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts gemäß Art. 267 Abs. 1 Buchst. b, Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) folgende Fragen vorgelegt:

1. Ist Art. 13 der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren (ABl. EG L 160 S. 1 - EuInsVO aF) dahingehend auszulegen, dass sich die durch eine die Gesamtheit der Gläubiger benachteiligende Handlung begünstigte Person gegenüber einem Rückforderungsverlangen des Insolvenzverwalters auch dann auf die Wirkungen dieser Bestimmung berufen kann, wenn das Rückforderungsverlangen dazu dient, den nach dem anwendbaren Recht des Staates der Verfahrenseröffnung geltenden Nachrang (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchst. i EuInsVO aF) durchzusetzen?

2. Sofern Frage 1 bejaht wird:

Ist Art. 13 EuInsVO aF dahingehend auszulegen, dass die Bestimmung auch gegenüber Anfechtungstatbeständen gilt, welche dazu dienen, die von einem Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft gewährten Darlehen im Vorfeld der Insolvenz zur Sicherung der Kapitalausstattung der Gesellschaft dem haftenden Eigenkapital weitgehend gleichzustellen?

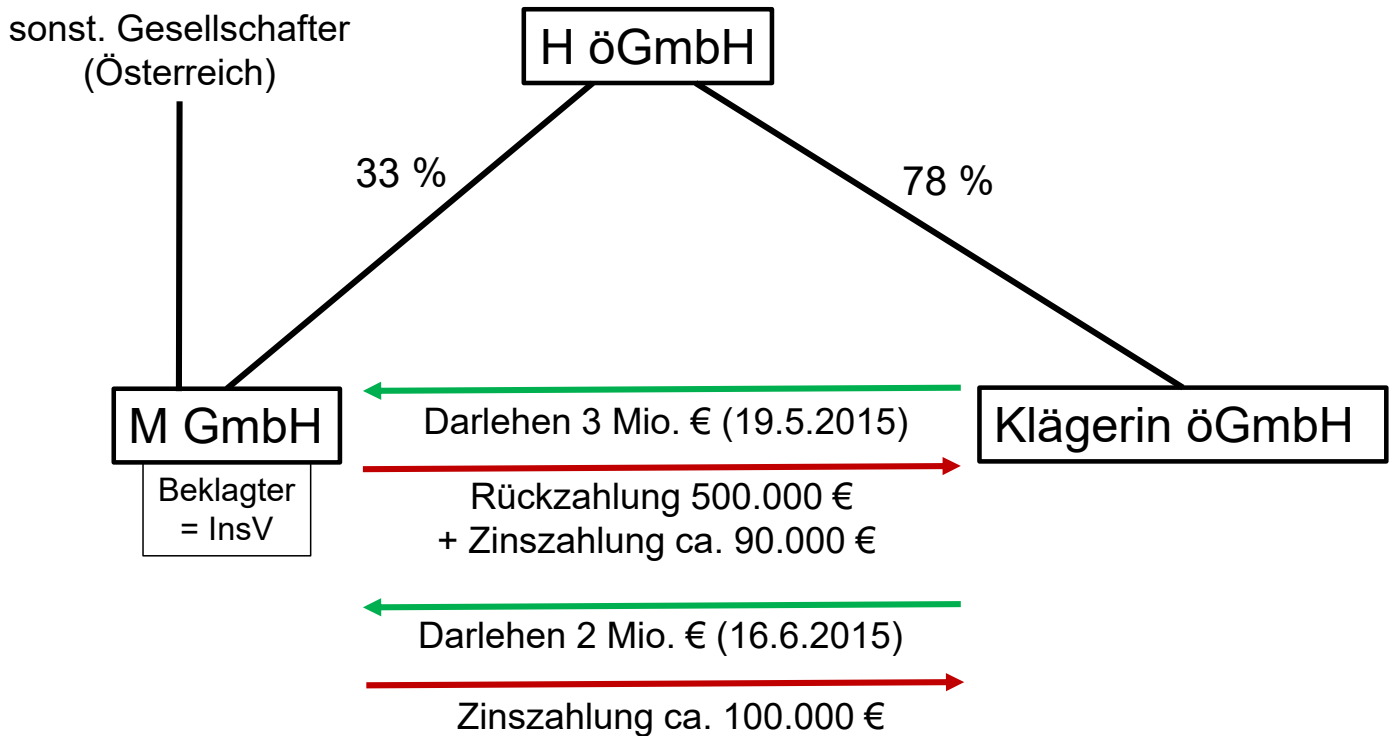
3. Sofern Frage 2 bejaht wird:

Ist Art. 13 EuInsVO aF dahingehend auszulegen, dass sich das auf ein von einem Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft der Gesellschaft gewährte Darlehen anwendbare Recht nach dem Gesellschaftsstatut richtet?

4. Sofern Frage 3 verneint wird:

Ist Art. 9 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (ABl. EU L 177 S. 6 – Rom I-VO) für das nach Art. 13 Buchst. a EuInsVO aF zu bestimmende maßgebliche Recht anwendbar und dahingehend auszulegen, dass Eingriffsnormen auch in vertragsrechtlichen Regelungen in nationalen Insolvenzvorschriften – wie solchen über den Nachrang von Gesellschafterdarlehen und die Rechtsfolgen des Nachrangs – enthalten sein können?

Achtung: Der Europäische Gerichtshof hat mitgeteilt, dass er am Donnerstag, 19.3.2026, um 9:30 Uhr sein Urteil in der Rechtssache C-43/25 – SML Maschinen zur BGH-Vorlage IX ZR 229/23 verkünden wird.



Artikel 7 EuInsVO 2015 – Anwendbares Recht

(1) Soweit diese Verordnung nichts anderes bestimmt, gilt für das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen das Insolvenzrecht des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet das Verfahren eröffnet wird (im Folgenden „Staat der Verfahrenseröffnung“).

(2) ¹Das Recht des Staates der Verfahrenseröffnung regelt, unter welchen Voraussetzungen das Insolvenzverfahren eröffnet wird und wie es durchzuführen und zu beenden ist. ²Es regelt insbesondere:

...

m) welche Rechtshandlungen nichtig, anfechtbar oder relativ unwirksam sind, weil sie die Gesamtheit der Gläubiger benachteiligen.

Art. 16 EuInsVO 2015 – Benachteiligende Handlungen (→ Art. 13 EuInsVO 2000)

Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe m findet keine Anwendung, wenn die Person, die durch eine die Gesamtheit der Gläubiger benachteiligende Handlung begünstigt wurde, nachweist, dass

a) für diese Handlung das Recht eines anderen Mitgliedstaats als des Staates der Verfahrenseröffnung maßgeblich ist und

b) diese Handlung im vorliegenden Fall in keiner Weise nach dem Recht dieses Mitgliedstaats angreifbar ist.



Prof. Dr. Georg Bitter • Sie
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht an d...
2 Monate •

Ein echter Knaller zum Recht der Gesellschafterdarlehen ist die EuGH-Vorlage des IX. Zivilsenats v. 16.1.2025 – IX ZR 229/23. Sie hat nämlich die Sprengkraft, das deutsche Recht der Gesellschafterdarlehen (§§ 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5, 44a, 135 InsO) entweder zu zersetzen oder es zu retten.

Auf den ersten Blick geht es nur um eine Auslegungsfrage des internationalen Insolvenzrechts zu Art. 13 EuInsVO 2000 bzw. Art. 16 EuInsVO 2015: Bleibt das deutsche Gesellschafterdarlehensrecht in Gestalt der Anfechtung nach § 135 InsO anwendbar, wenn Kredite an in Deutschland beheimatete Gesellschaften (mit beschränkter Haftung) aus dem Ausland vergeben werden, beispielsweise von einer im Ausland angesiedelten Konzernmutter oder Schwestergesellschaft (vgl. dazu jüngst Bitter in Scholz, GmbHG, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rz. 523 ff., insbes. Rz. 533 ff.)? Falls das deutsche Gesellschafterdarlehensrecht durch Einschaltung ausländischer Finanzierungsgesellschaften und Wahl des ausländischen Rechts für den Kreditvertrag umgangen werden könnte, wären vermutlich seine letzten Tage gezählt. Niemandem wäre es nämlich zu vermitteln, wenn sich allein grenzüberschreitend tätige Konzerne diesem Schutzrecht für Gesellschaftsgläubiger entziehen könnten, während allein der inländische Gesellschafter einer deutschen GmbH – der „kleine Mann“ – weiter in die Verantwortung genommen wird.

Der IX. Zivilsenat positioniert sich klar für eine Beibehaltung des Gesellschafterdarlehensrechts auch in grenzüberschreitenden Fällen, weil die Idee des mit Art. 16 EuInsVO 2015 (Art. 13 EuInsVO 2000) bezweckten Vertrauensschutzes nur auf zwei voneinander unabhängige Vertragspartner, nicht aber auf die enge Beziehung zwischen Gesellschafter und Gesellschaft passt. Wörtlich heißt es dazu in Rz. 32 des Beschlusses:

EDITORIAL



Prof. Dr. Georg Bitter

Gesellschafterdarlehensrecht am Ende?

Die EuGH-Vorlage des IX. Zivilsenats vom 16.1.2025 (IX ZR 229/23, BeckRS 2025, 486) birgt enorme Sprengkraft. Die Antwort des EuGH könnte dem deutschen Recht der Gesellschafterdarlehen (§§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 44a, 135 InsO) den Garaus machen.

Auf den ersten Blick geht es nur um eine Auslegungsfrage des internationalen Insolvenzrechts zu Art. 13 EuInsVO 2000 bzw. Art. 16 EuInsVO 2015: Ist eine Kredittückführung an Gesellschafter auch dann nach § 135 InsO anfechtbar, wenn der Kredit vom Ausland aus an eine in Deutschland beheimatete Gesellschaft (mit beschränkter Haftung) vergeben wurde, etwa von einer im Ausland angesiedelten Konzernmutter oder Schwestergesellschaft (vgl. dazu jüngst Scholz/Bitter, GmbHG, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rz. 523 ff., insbes. Rz. 533 ff.)? Falls die Anwendung des deutschen Gesellschafterdarlehensrechts durch Einschaltung ausländischer Finanzierungsgesellschaften und Wahl des ausländischen Rechts für den Kreditvertrag vermieden werden könnte, geriete es allgemein auf den Prüfstand. Niemandem wäre es nämlich zu vermitteln, wenn sich allein grenzüberschreitend tätige Konzerne diesem Schutzrecht für Gesellschaftsgläubiger entziehen könnten, während allein der inländische Gesellschafter einer deutschen GmbH – der „kleine Mann“ – weiter in die Verantwortung genommen wird.

Der IX. Zivilsenat positioniert sich klar für eine Beibehaltung des Gesellschafterdarlehensrechts auch in grenzüberschreitenden Fällen, weil die Idee des mit Art. 16 EuInsVO 2015 (Art. 13 EuInsVO 2000) bezweckten Vertrauensschutzes durch Einschränkung der Insolvenzanfechtung nur auf zwei voneinander unabhängige Vertragspartner, nicht aber auf die enge Beziehung zwischen Gesellschafter und Gesellschaft passt. Wörtlich heißt es dazu in Rz. 32 des Beschlusses: „Demgemäß wird in der deutschen Praxis und Wissenschaft angenommen, dass ein im In- oder Ausland beheimateter Gesellschafter, der sich an einer Gesellschaft mit Sitz in Deutschland beteiligt und diese über Darlehen finanziert, nicht darauf vertrauen kann, dass diese Finanzierungsmaßnahme insolvenzrechtlich nur nach dem Statut des Schuldvertrags beurteilt wird (OLG Naumburg, ZIP 2011, 677 (679); Schmidt/Brinkmann, InsO, 20. Aufl., Art. 16 EuInsVO Rn. 8; Scholz/Bitter, GmbHG, 13. Aufl., § 135 InsO Rn. 538). Die Gewährung eines Gesellschafterdarlehens stellt in der Tat kein normales Verkehrsgeschäft dar. Bei einmaligen oder auch wiederholten Lieferbeziehungen erscheint angesichts des bloßen Leistungsaustauschs eine Rechtswahl unerkenntniswürdig, aber nicht bei der Finanzierung eines Unternehmens durch seinen Gesellschafter (vgl. Gehrein, ZInsO 2020, 2591, 2594).“

Ob der EuGH dem folgen wird, erscheint höchst ungewiss. Vermehrt er die Anfechtbarkeit in grenzüberschreitenden Kontext, gerät das Gesellschafterdarlehensrecht auch national unter Druck. Seine Tage dürften dann gezählt sein. ♦

Prof. Dr. Georg Bitter ist Lehrstuhlinhaber an der Universität Mannheim

NJW-aktuell 7/2025

3

I. Gesellschafterdarlehensrecht in Gefahr?

II. Wirtschaftlich dem Darlehen vergleichbare Rechtshandlung

1. Zeitlicher Rahmen beim Waren-/Leistungskredit ⇔ Geldkredit
Sonderfall: Aufwendungsersatzanspruch des Gesellschafters
2. Leasing und Eigentumsvorbehalt – Verwertung der Sicherheit
3. Zurechnung bei der Treuhand
4. Gesellschaftergleicher Dritter:
Immobilienfinanzierung mit Sonderrechten der Bank
5. Gesellschafterdarlehensrecht im Unternehmensverbund – Person des Anfechtungsgegners (bei Rückzahlung des Darlehens an eine Schwestergesellschaft)

III. Unentgeltlichkeitsanfechtung gegenüber Gesellschaftern

1. Gesetzlicher Anknüpfungspunkt: § 39 I Nr. 5 InsO

(1) ¹Im Rang nach den übrigen Forderungen der Insolvenzgläubiger werden in folgender Rangfolge, bei gleichem Rang nach dem Verhältnis ihrer Beträge, berichtet:

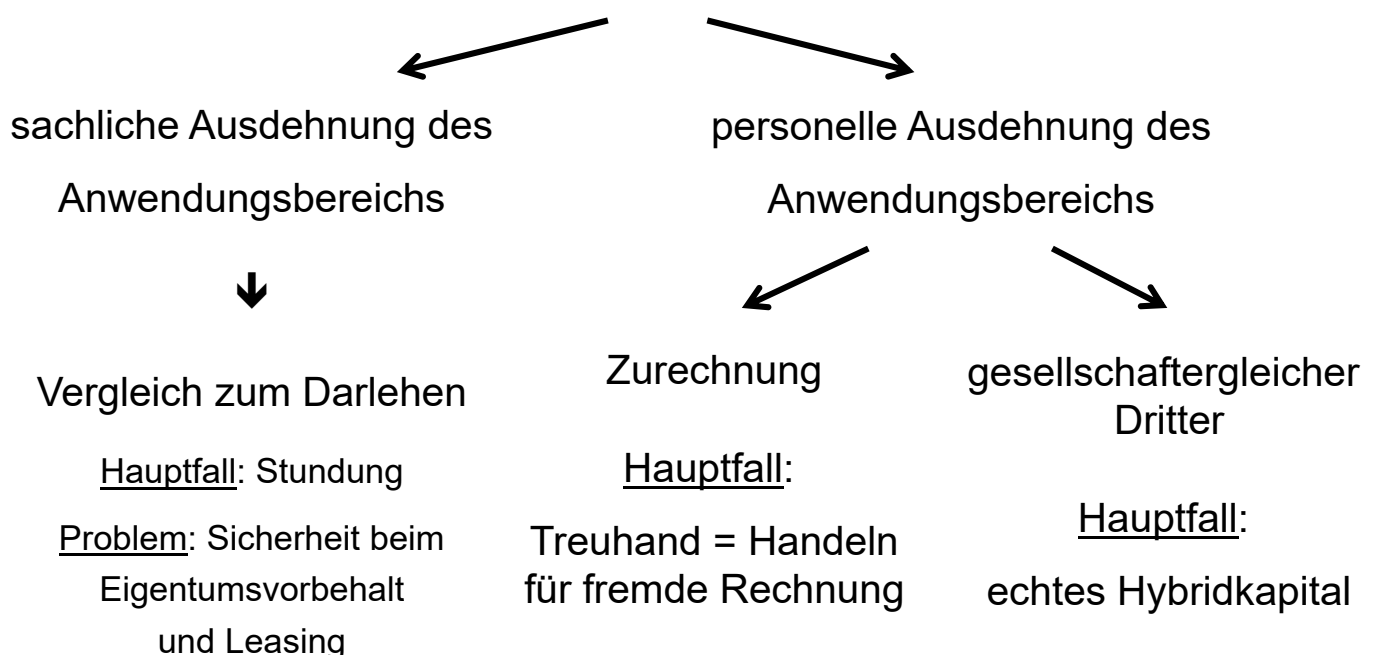
...

5. nach Maßgabe der Absätze 4 und 5 Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens **oder Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen.**

2. Frühere Regelung im Eigenkapitalersatzrecht: § 32a III 1 GmbHG

(3) Diese Vorschriften gelten sinngemäß für andere Rechtshandlungen eines Gesellschafters oder eines Dritten, die der Darlehensgewährung nach Absatz 1 oder 2 wirtschaftlich entsprechen.

3. Keine sachliche Änderung durch die Neuformulierung bezweckt



- I. Gesellschafterdarlehensrecht in Gefahr?
- II. Wirtschaftlich dem Darlehen vergleichbare Rechtshandlung
 - 1. Zeitlicher Rahmen beim Waren-/Leistungskredit ⇔ Geldkredit**
Sonderfall: Aufwendungsersatzanspruch des Gesellschafters
 2. Leasing und Eigentumsvorbehalt – Verwertung der Sicherheit
 3. Zurechnung bei der Treuhand
 4. Gesellschaftergleicher Dritter:
Immobilienfinanzierung mit Sonderrechten der Bank
 5. Gesellschafterdarlehensrecht im Unternehmensverbund – Person des Anfechtungsgegners (bei Rückzahlung des Darlehens an eine Schwestergesellschaft)
- III. Unentgeltlichkeitsanfechtung gegenüber Gesellschaftern

1. Zeitlicher Rahmen beim Waren- / Leistungskredit ⇔ Geldkredit

- Warenkredite = Lieferungen mit deutlich hinausgeschobener Fälligkeit
- Stehenlassen (von Gehaltsansprüchen)
 - ❖ BAG v. 27.4.2014 – 6 AZR 204/12, BAGE 147, 373 = ZIP 2014, 927
 - ❖ BGH v. 10.7.2014 – IX ZR 192/13, BGHZ 202, 59 = ZIP 2014, 1491 (Rn. 50)
- Stundungen von zunächst nicht aus Kreditverträgen stammenden Forderungen
 - ❖ BGH v. 10.7.2014 – IX ZR 192/13, BGHZ 202, 59 = ZIP 2014, 1491
 - ❖ BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 = ZIP 2015, 589 (Rn. 70) mit Anm. *Bitter*, WuB 2015, 350
 - ❖ BGH v. 11.7.2019 – IX ZR 210/18, DB 2019, 2071 = ZIP 2019, 1675 m. krit. Anm. *Bitter*, WuB 2019, 617
 - ❖ BGH v. 22.10.2020 – IX ZR 231/19, ZIP 2020, 2409 m. krit. Anm. *Bitter*, WuB 2021, 136
 - ❖ BGH v. 10.7.2025 – IX ZR 189/24, ZIP 2025, 2136 = ZInsO 2025, 1917 (Rn. 16 ff.)

- **Problem:** Zeitlicher Rahmen bei Geld- und Warenkrediten
- **Eigene Ansicht:** gleiche Maßstäbe ⇒ Ausnahme für kurzfristige Engagements
 - ❖ *Bitter/Laspeyres*, ZInsO 2013, 2289 ff.
 - ❖ *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 57 ff., 207 ff.
- **Ansicht des BGH:** unterschiedliche Maßstäbe
 - Geldkredit ist ab dem ersten Tag erfasst
 - ❖ BGH v. 27.6.2019 – IX ZR 167/18, BGHZ 222, 283, 295 = ZIP 2019, 1577, 1580 (Rn. 31) mit Ausnahme für kurzfristige Spitzen innerhalb eines Tages (Rn. 37 f.)
 - ❖ BGH v. 10.7.2025 – IX ZR 189/24, ZIP 2025, 2136 = ZInsO 2025, 1917 (Rn. 9)
 - Waren- / Leistungskredit erst ab 3 Monaten erfasst
 - ❖ BGH v. 11.7.2019 – IX ZR 210/18, ZIP 2019, 1675 m. krit. Anm. *Bitter*, WuB 2019, 617
 - ❖ BGH v. 22.10.2020 – IX ZR 231/19, ZIP 2020, 2409 m. krit. Anm. *Bitter*, WuB 2021, 136
 - ❖ BGH v. 10.7.2025 – IX ZR 189/24, ZIP 2025, 2136 = ZInsO 2025, 1917 (Rn. 16 ff.)

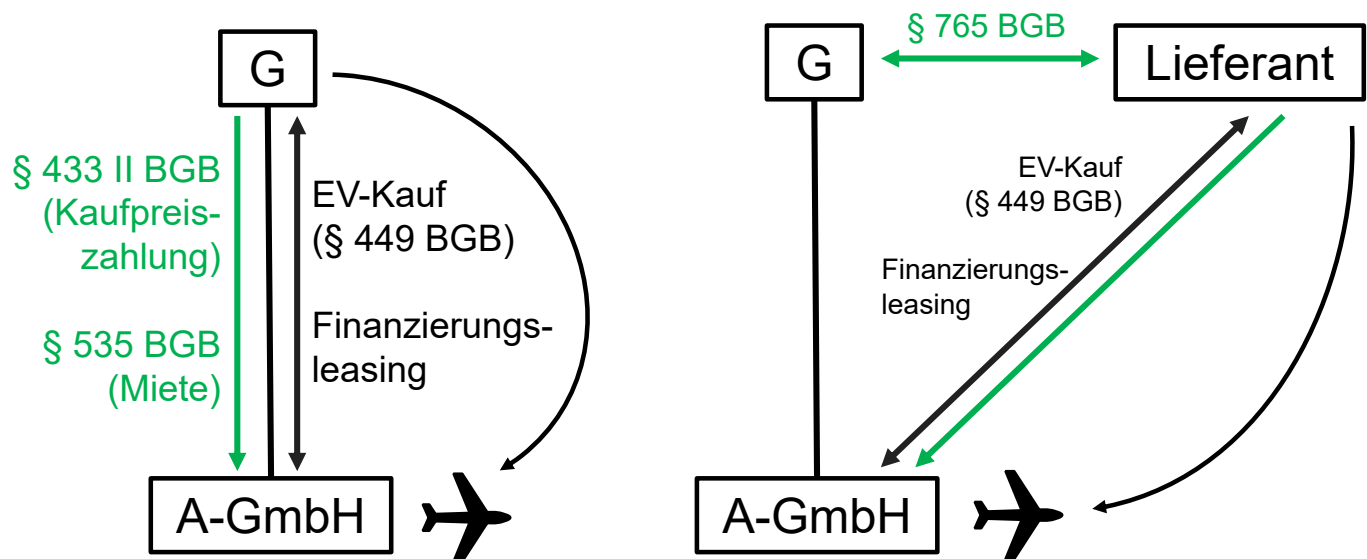
- **Grenzfall:** Regressansprüche eines Gesellschafters
 - ❖ BGH v. 10.7.2025 – IX ZR 189/24, ZIP 2025, 2136 = ZInsO 2025, 1917
 1. Regressansprüche eines Gesellschafters aufgrund der Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers stellen wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen gleichstehende Forderungen dar, ohne dass es insoweit – anders als bei einem Austauschgeschäft zwischen Gesellschaft und Gesellschafter – auf eine Stundung oder ein Stehenlassen der daraus folgenden Forderung des Gesellschafters gegen seine Gesellschaft ankäme.
 2. Steht dem Gesellschafter im Rahmen eines mit seiner Gesellschaft abgeschlossenen Austauschgeschäfts ein Anspruch auf Erstattung von Auslagen zu, setzt eine Behandlung des Erstattungsanspruchs als wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen gleichstehende Forderung voraus, dass der Gesellschafter die Forderung rechtlich oder faktisch gestundet hat.

- I. Gesellschafterdarlehensrecht in Gefahr?
- II. Wirtschaftlich dem Darlehen vergleichbare Rechtshandlung
 1. Zeitlicher Rahmen beim Waren-/Leistungskredit ⇔ Geldkredit
Sonderfall: Aufwendungsersatzanspruch des Gesellschafters
 - 2. Leasing und Eigentumsvorbehalt – Verwertung der Sicherheit**
 3. Zurechnung bei der Treuhand
 4. Gesellschaftergleicher Dritter:
Immobilienfinanzierung mit Sonderrechten der Bank
 5. Gesellschafterdarlehensrecht im Unternehmensverbund – Person des Anfechtungsgegners (bei Rückzahlung des Darlehens an eine Schwestergesellschaft)
- III. Unentgeltlichkeitsanfechtung gegenüber Gesellschaftern

2. Leasing + Eigentumsvorbehalt: Verwertung der Sicherheit

- **Problem:** Besicherung von darlehensgleichen Forderungen
 - Eigentumsvorbehalt
 - Finanzierungsleasing
 - unechtes Factoring
- Eigene Ansicht: keine Anfechtbarkeit bei anfänglicher Besicherung (Argument: Bargeschäft i.S.v. § 142 InsO und/oder fehlende Gläubigerbenachteiligung)
 - ❖ Bitter, ZIP 2019, 737 ff.; ZInsO 2025, 1432 ff.
 - ❖ Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 40 ff., 46 ff., 173 ff.
- Ansicht des BGH: Anfechtbarkeit auch von anfänglichen Sicherheiten
 - ❖ BGH v. 14.2.2019 – IX ZR 149/16, BGHZ 221, 100 = ZIP 2019, 666, 671 ff. (Rn. 40 ff.)
 - ⇒ besicherte Gesellschafterdarlehen sind „mit einer ordnungsgemäßen Unternehmensfinanzierung nicht vereinbar“
- Frage: Übertragung auf die Besicherung darlehensgleicher Forderungen?

2. Leasing + Eigentumsvorbehalt: Verwertung der Sicherheit



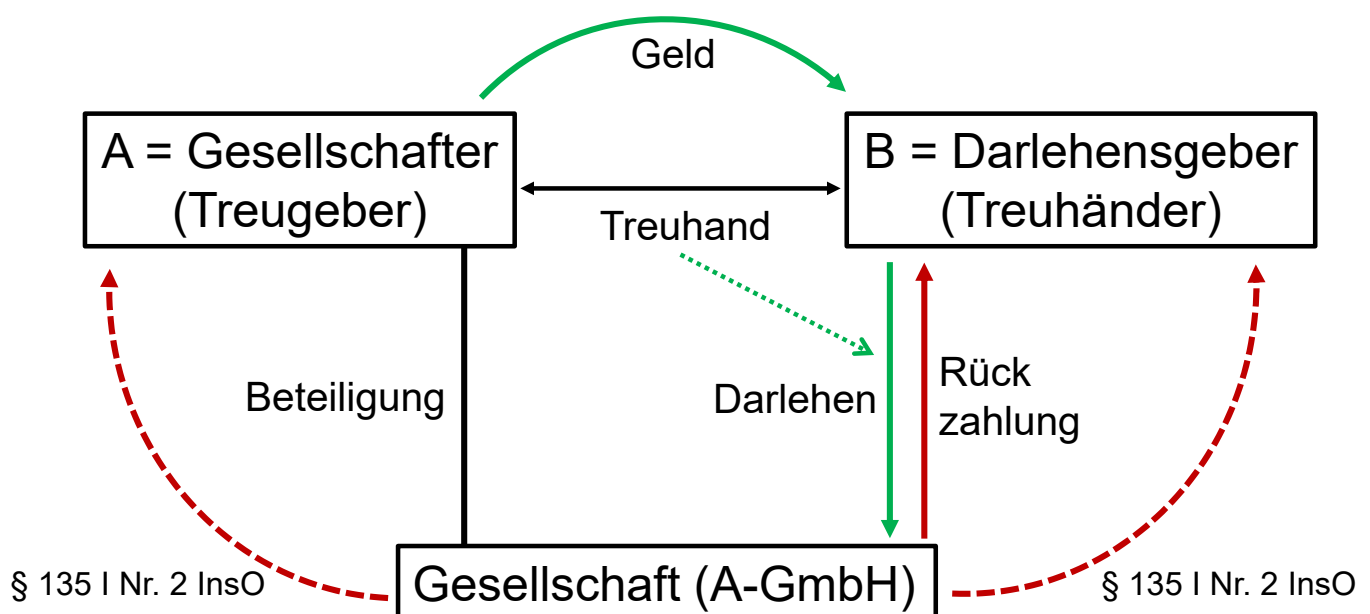
- Unterliegen die Zahlungsansprüche dem Nachrang?
- Ist das Eigentum des G eine Sicherheit i.S.v. § 135 I Nr. 1 InsO?
- Liegt ein gesellschafterbesichertes Drittdarlehen i.S.v. § 135 II InsO vor?
- Haftet G nach Verwertung des Flugzeugs gemäß §§ 135 II, 143 III InsO?

2. Leasing + Eigentumsvorbehalt: Verwertung der Sicherheit

- **BGH v. 10.4.2025 – IX ZR 203/23, ZIP 2025, 1352 = ZInsO 2025, 1430 m. Anm. Bitter**
- Leitsatz: Die Verwertung des in seinem Eigentum stehenden Leasinggegenstands durch den Leasinggeber nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Leasingnehmers führt nicht zur Anwendung der Grundsätze über die rechtliche Behandlung von Doppelsicherheiten.
- Argumente:
 - fehlende Gläubigerbenachteiligung i.S.v. § 129 InsO (Rn. 8 ff.)
 - Gläubigerbenachteiligung bei Doppelbesicherung nur, wenn das vom Gesellschafter besicherte Darlehen aus dem Vermögen der Gesellschaft getilgt wird (Rn. 12)
 - hier keine Sicherung am Gesellschaftsvermögen, da die Leasinggeberin Eigentümerin des Leasingguts ist (Rn. 13) = kein Abfluss von Mitteln aus dem Schuldnervermögen durch Verwertung des Leasingguts
 - Offen bleibt, ob Ansprüche aus Leasingverträgen darlehensgleich sein können und ob die §§ 143 III 1, 135 II InsO grundsätzlich anwendbar sind (Rn. 19 f.)

- I. Gesellschafterdarlehensrecht in Gefahr?
- II. Wirtschaftlich dem Darlehen vergleichbare Rechtshandlung
 1. Zeitlicher Rahmen beim Waren-/Leistungskredit $\Leftrightarrow$ Geldkredit
Sonderfall: Aufwendungsersatzanspruch des Gesellschafters
 2. Leasing und Eigentumsvorbehalt – Verwertung der Sicherheit
 - 3. Zurechnung bei der Treuhand**
 4. Gesellschaftergleicher Dritter:
Immobilienfinanzierung mit Sonderrechten der Bank
 5. Gesellschafterdarlehensrecht im Unternehmensverbund – Person des Anfechtungsgegners (bei Rückzahlung des Darlehens an eine Schwestergesellschaft)
- III. Unentgeltlichkeitsanfechtung gegenüber Gesellschaftern

3. Zurechnung bei der Treuhand – Darlehen für Rechnung des Gesellschafters –



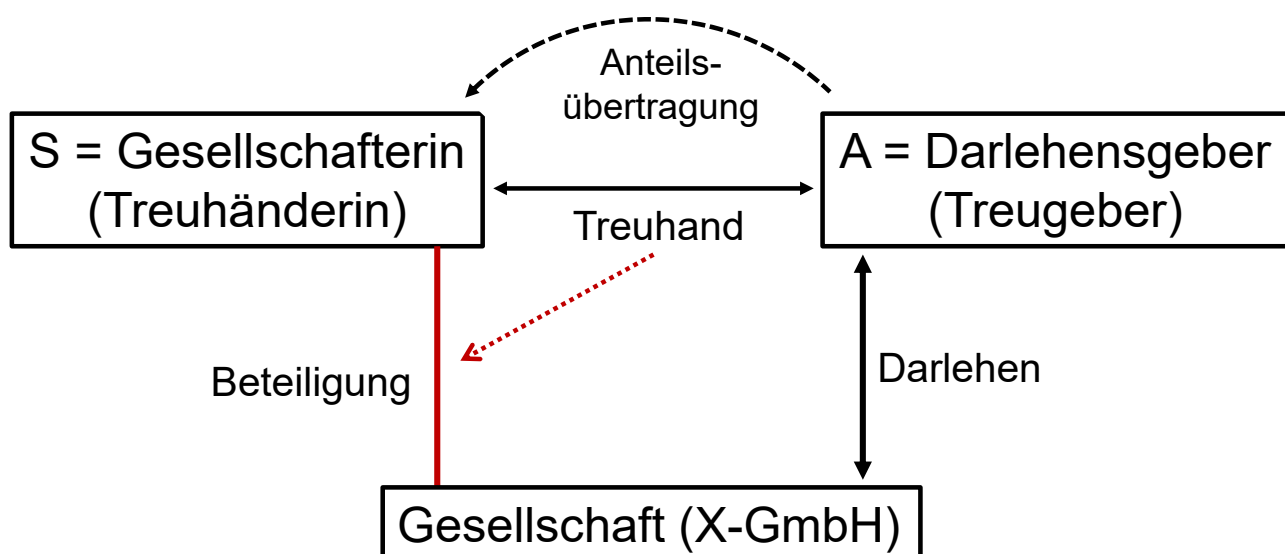
- Nachrang des Darlehens gemäß § 39 I 1 Nr. 5 InsO
- Anfechtbarkeit nach § 135 I Nr. 2 InsO bei vorinsolvenzlicher Rückzahlung (b.w.)

➤ **BGH v. 19.9.2024 – IX ZR 173/23, BGHZ 241, 321 = ZIP 2024, 2418**

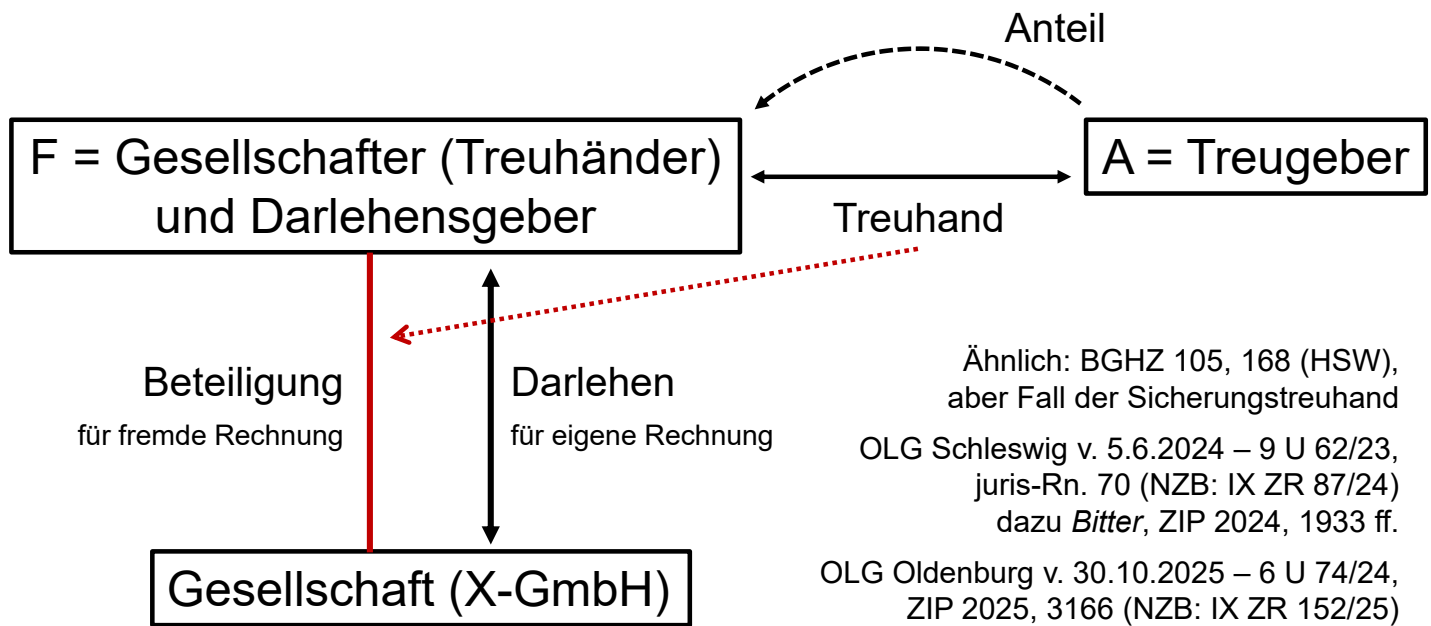
Rn. 29: „Eine **Zurechnung** einer von einem Dritten gewährten Finanzierungshilfe zum Gesellschafter findet **nach allgemeiner Meinung** statt, wenn ein Dritter der Gesellschaft im eigenen Namen, aber mit Mitteln oder auf Rechnung des Gesellschafters Kredit gewährt, wie dies etwa **bei Treuhand- und Strohmannverhältnissen** der Fall sein kann (vgl. zum früheren Eigenkapitalersatzrecht: BGH, Urt. v. 26.6.2000 – II ZR 21/99, ZIP 2000, 1489, 1490 mwN; zum neuen Gesellschafterdarlehensrecht: ...). Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise stammt die Finanzierungshilfe in diesen Fällen aus dem Vermögen des Gesellschafters.“

Rn. 32: „Mit Urteil vom 26. Juni 2000 (II ZR 21/99, ZIP 2000, 1489) ging der Bundesgerichtshof von einer **Rückzahlungspflicht (jedenfalls auch) des Gesellschafters** aus ... Der Gesellschafter war in diesem Fall als Darlehensgeber anzusehen, weil die **Finanzierungsmittel bei wirtschaftlicher Betrachtung aus dem Vermögen des Gesellschafters aufgebracht** wurden, nachdem der Dritte für die Darlehensgewährung einen Ausgleich von dem Gesellschafter verlangen konnte (BGH, Urt. vom 26.6.2000, aaO S. 1490).“

➤ **Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 261 ff.**



- Nachrang des Darlehens (BGH v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, Rn. 35)
- Anfechtbarkeit vorinsolvenzlicher Rückzahlungen ggü. dem Treugeber (Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 267)



- Frage: Unterliegt das Darlehen dem Nachrang?

- **OLG Oldenburg v. 30.10.2025 – 6 U 74/24, ZIP 2025, 3166**
(NZB unter IX ZR 152/25)

a.A.
Bitter

juris-36: „Entscheidend für die Anwendbarkeit von § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 InsO ist, dass der Klägerinsolvenzschuldner Gesellschafter der Beklagteninsolvenzschuldnerin war. Eine treuhänderische Beteiligung ändert hieran nichts; **der Treuhänder kann nach allgemeiner Ansicht nicht auf den Treugeber verweisen** (Hirte, in: Uhlenbruck InsO, 16. Auflage 2025, § 39 Rn. 41 m.w.N.; Haas, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 24. Auflage 2025, § 39 Rn. 85; Prostedter/Dachner, in: BeckOK Insolvenzrecht, 40. Edition, Stand: 01.08.2025, § 39 Rn. 57). Der Bundesgerichtshof hat bereits zur früheren Rechtslage unter § 32a GmbHG a.F. entschieden, dass der Treuhänder Gesellschafter mit allen dazugehörigen Rechten und Pflichten ist (BGH v. 19.9.1988 – II ZR 255/87, [BGHZ 105, 168 =] NJW 1988, 3143, 3145).“

juris-37: „Die von der Klägerin angeführte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach der Treugeber einem Gesellschafter gleichsteht, sein Darlehen daher dem Gesellschafter-darlehensrecht unterfällt (BGH v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, DStR 2020, 1928 Rn. 35), schließt nicht aus, dass das Darlehen des treuhänderischen Gesellschafters vom persönlichen Anwendungsbereich des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO erfasst ist.“

1. These: Im Recht der Gesellschafterdarlehen war und ist bei der Darlehensgewährung für fremde Rechnung in jedem Fall auf die „wirtschaftliche“ Lage abzustellen.

- Sind Gesellschafter und Darlehensgeber „wirtschaftlich“ identisch, aber „formal“ verschieden, sind §§ 39 I 1 Nr. 5, 135 I InsO anwendbar.
- Sind Gesellschafter und Darlehensgeber zwar „formal“ identisch, aber „wirtschaftlich“ verschieden, sind §§ 39 I 1 Nr. 5, 135 I InsO unanwendbar.

2. These: Jedenfalls nach neuem Recht ist auch bei der Treuhand am Gesellschaftsanteil nur die „wirtschaftliche“ Lage relevant.

Literatur: *Bitter*, Treuhandkonstruktionen im Recht der Gesellschafterdarlehen, ZIP 2024, 1933 ff.; Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 258 ff.

- I. Gesellschafterdarlehensrecht in Gefahr?
- II. Wirtschaftlich dem Darlehen vergleichbare Rechtshandlung
 1. Zeitlicher Rahmen beim Waren-/Leistungskredit ⇔ Geldkredit
Sonderfall: Aufwendungsersatzanspruch des Gesellschafters
 2. Leasing und Eigentumsvorbehalt – Verwertung der Sicherheit
 3. Zurechnung bei der Treuhand
 - 4. Gesellschaftergleicher Dritter:
Immobilienfinanzierung mit Sonderrechten der Bank**
 5. Gesellschafterdarlehensrecht im Unternehmensverbund – Person des Anfechtungsgegners (bei Rückzahlung des Darlehens an eine Schwestergesellschaft)
- III. Unentgeltlichkeitsanfechtung gegenüber Gesellschaftern

4. Gesellschaftergleicher Dritter – Grundlagen –

- Dritter ist kein Verbandsmitglied = kein (echter) Gesellschafter
 - Dritter handelt bei der Mittelüberlassung für eigene Rechnung
 - Prüfung erforderlich, ob der Dritte einem Gesellschafter vergleichbare Vermögens- und Mitwirkungsrechte hat
 - nur hier Relevanz des Streits um den Normzweck
 - gleiche Kriterien für Nachrang und Anfechtbarkeit (str., a.A. z.B. *Thole*)
 - **Doppeltatbestand: variable Erlösbeteiligung (Gewinn- und/oder Vermögensteilhabe) und (typisierte) Möglichkeit der Einflussnahme**
 - Irrelevanz der Insiderstellung
- ⇒ Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 250 ff.

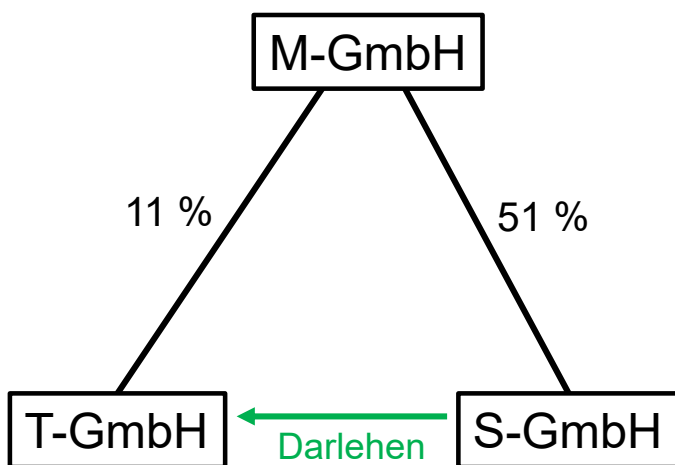
4. Gesellschaftergleicher Dritter – Immobilienfinanzierung mit Sonderrechten der Bank –

- **BGH v. 18.4.2024 – IX ZR 129/22, ZIP 2024, 1407**
- Fall: Bankfinanzierung eines Bauträgers, Vereinbarung einer **Beteiligung am Verkaufserlös** und eines **Zustimmungsvorbehalts** für Geschäfte der Darlehensnehmerin mit einem Volumen ab 25.000 Euro
- Rn. 36: BGH kann offenlassen, ob bei o.g. Sachverhalt der relevante Doppeltatbestand (⇒ Folie 27) erfüllt ist. Die vertraglichen Rechte waren nämlich **mehr als ein Jahr vor dem Insolvenzantrag aufgehoben** worden, sodass eine eventuelle gesellschaftergleiche Stellung und die daraus folgende Anwendbarkeit des Gesellschafterdarlehensrechts bereits damit geendet hätten (dazu Rn. 33 ff.).
- zur nachträglichen Aufhebung der Stellung als Gesellschafter oder gesellschaftergleicher Dritter siehe allgemein Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 73 f.

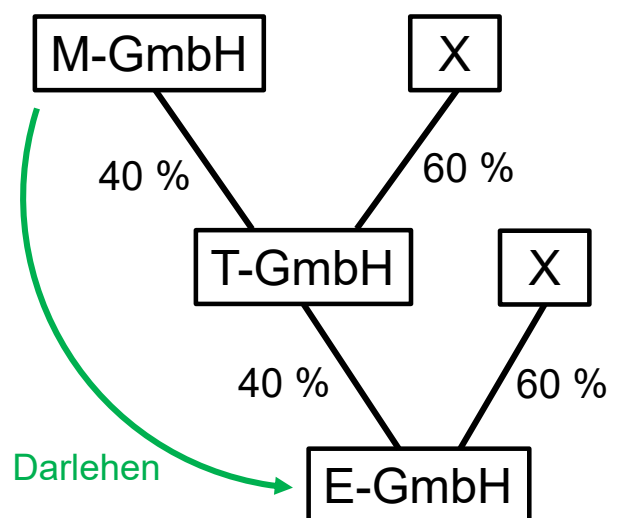
- I. Gesellschafterdarlehensrecht in Gefahr?
- II. Wirtschaftlich dem Darlehen vergleichbare Rechtshandlung
 1. Zeitlicher Rahmen beim Waren-/Leistungskredit $\Leftrightarrow$ Geldkredit
Sonderfall: Aufwendungsersatzanspruch des Gesellschafters
 2. Leasing und Eigentumsvorbehalt – Verwertung der Sicherheit
 3. Zurechnung bei der Treuhand
 4. Gesellschaftergleicher Dritter:
Immobilienfinanzierung mit Sonderrechten der Bank
 - 5. Gesellschafterdarlehensrecht im Unternehmensverbund –
Person des Anfechtungsgegners (bei Rückzahlung des
Darlehens an eine Schwestergesellschaft)**
- III. Unentgeltlichkeitsanfechtung gegenüber Gesellschaftern

5. Gesellschafterdarlehen im Konzern horizontale und vertikale Unternehmensverbindung

Bitter, GmbHR 2024, 1065, 1074 ff. + 1233 ff.



Horizontale Unternehmensverbindung
= Finanzierung durch Schwestergesellschaft
(oder durch Tanten-/Nichten-
Cousinengesellschaft)



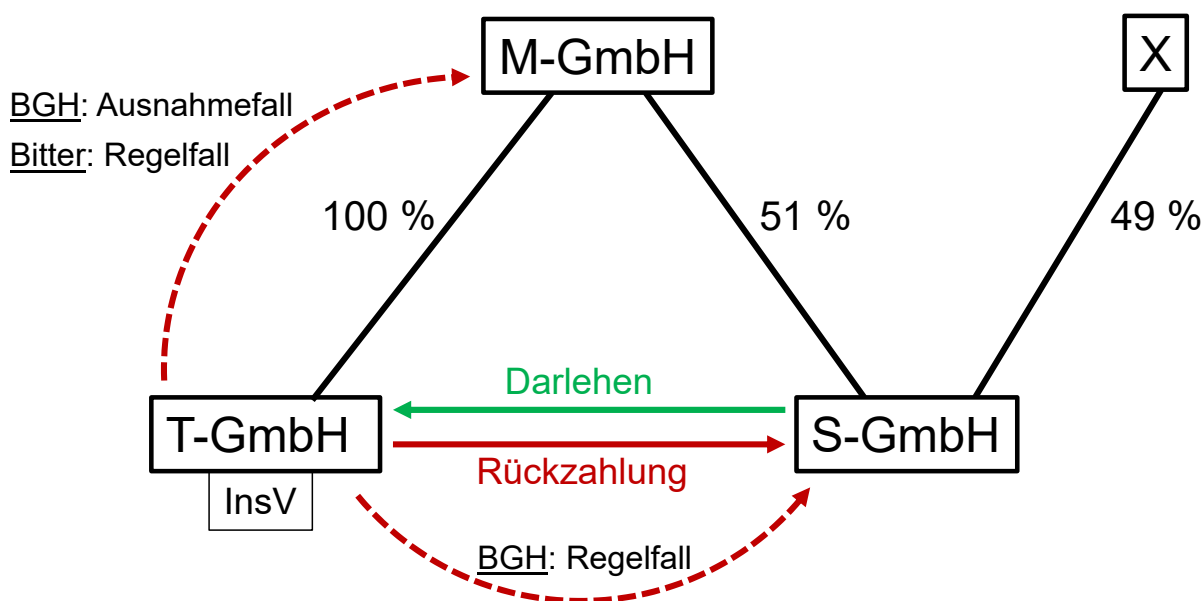
Vertikale Unternehmensverbindung
= Finanzierung durch
mittelbaren Gesellschafter
(Gesellschafter-Gesellschafter)

BGH v. 16.1.2025 – IX ZR 229/23, ZIP 2025, 334 (EuGH-Vorlage)

Rn. 18: „Ist ein Gesellschafter sowohl an der darlehensnehmenden als auch an der darlehensgebenden Gesellschaft beteiligt, unterliegt die Darlehensgeberin der Regelung des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO aF nur, wenn der Gesellschafter **kraft seiner Mehrheitsbeteiligung beherrschenden Einfluss auf die darlehensgebende Gesellschaft** ausüben kann (vgl. BGH, Urte. vom 21.2.2013 – IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 Rn. 20 ff; ...). Hat er einen beherrschenden Einfluss auf die darlehensgebende Gesellschaft, genügt es, wenn er **an der darlehensnehmenden Gesellschaft nur mittelbar beteiligt** ist (BGH, Urte. vom 15.11.2018 – IX ZR 39/18 Rn. 13 ff; ...). Die H. GmbH ist **zu 78 % an der Klägerin [scl. Darlehensgeberin] beteiligt. Sie hat damit beherrschenden Einfluss auf die Klägerin.** Die Klägerin hat nach den für den Senat bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts nicht geltend gemacht, die F. H. GmbH verfüge nach der Satzung der Klägerin über kein Weisungsrecht in Bezug auf die Gewährung und Kündigung von Darlehen. Zudem ist die F. H. GmbH **zu 33 % Gesellschafterin der Schuldnerin [scl. Darlehensnehmerin]**. Kraft dieser mittelbaren Beteiligung steht die Klägerin einer Gesellschafterin im Sinne des Gesellschafterdarlehensrechts gleich.“

5. Person des Anfechtungsgegners

bei Rückzahlung des Darlehens an die Schwestergesellschaft



- Frage: Gegen wen richtet sich die Anfechtung gemäß § 135 I Nr. 2 InsO?
- >
- (Bitter, GmbHR 2024, 1233 ff. zu BGH v. 19.9.2024 – IX ZR 173/23)

➤ **BGH v. 19.9.2024 – IX ZR 173/23, BGHZ 241, 321 = ZIP 2024, 2418**

Leitsatz: Eine Rechtshandlung, mit der eine Schuldnerin für eine Forderung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung auf Rückgewähr eines Darlehens Befriedigung gewährt, ist nicht allein deswegen gegenüber dem Gesellschafter der Schuldnerin anfechtbar, weil dieser zugleich maßgeblich an der das Darlehen gewährenden Gesellschaft beteiligt ist und deswegen die Gewährung der Finanzierungshilfe veranlassen konnte.

➤ **BGH v. 19.9.2024 – IX ZR 173/23, BGHZ 241, 321 = ZIP 2024, 2418**

Rn. 40: „Allein aus der Möglichkeit des Gesellschafters, aufgrund seiner maßgeblichen Beteiligung Einfluss auf die Entscheidungen der hilfeleistenden GmbH nehmen zu können, folgt nicht, dass ihm die Finanzierungshilfe bei wirtschaftlicher Betrachtung wie eine eigene zuzurechnen ist. **Ein von der hilfeleistenden Gesellschaft gewährtes Darlehen stammt aus dem Gesellschaftsvermögen und – wegen der Trennung der Vermögensmassen – nicht aus dem Vermögen ihrer Gesellschafter.** Eine von der hilfeleistenden Gesellschaft gewährte Sicherung für eine Darlehensverbindlichkeit einer anderen Gesellschaft, verpflichtet nur die Gesellschaft, wegen **§ 13 Abs. 2 GmbHG** aber nicht deren Gesellschafter. Die Rechtslage ist hier nicht vergleichbar mit derjenigen in den bislang vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fällen, bei denen die Finanzierungshilfe ursprünglich aus dem Vermögen des Gesellschafters stammte und zu einem späteren Zeitpunkt auf einen Dritten übertragen wird oder das Darlehen durch einen Dritten gewährt wird, der für Rechnung des Gesellschafters – vergleichbar einem Treuhänder – handelt, mit der Folge, dass dem Gesellschafter das Darlehen bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise zugerechnet werden kann.“

➤ **BGH v. 19.9.2024 – IX ZR 173/23, BGHZ 241, 321 = ZIP 2024, 2418**

Rn. 41: „Dies schließt es nicht aus, dass **im konkreten Einzelfall** eine Inanspruchnahme auch des maßgeblich an der hilfeleistenden GmbH beteiligten Gesellschafters in Betracht kommen kann, wenn **besondere Umstände** vorliegen, **die eine Inanspruchnahme des Gesellschafters als einem Darlehensgeber gleichstehend rechtfertigen**. Derartige besondere Umstände sind hier nicht vorgetragen und werden von der Revision auch nicht aufgezeigt. Es kann daher offen bleiben, welche Anforderungen an solche besonderen Umstände zu stellen sind, insbesondere ob solche besonderen Umstände etwa dann vorliegen, wenn das Darlehen oder die Finanzierungshilfe von einer eigens zum Zweck der Darlehensvergabe gegründeten, **schwach kapitalisierten Schwestergesellschaft oder einer im faktisch nicht erreichbaren Ausland** beheimateten Schwestergesellschaft gewährt wird und auf diesem Weg von vornherein eine Inanspruchnahme der darlehensgebenden Schwestergesellschaft im Wege der Insolvenzanfechtung nach § 135 InsO ausgeschlossen wird (vgl. Scholz/Bitter, GmbHG, 12. Aufl., Anh. § 64 Rn. 341).“

➤ kritisch *Bitter*, GmbHR 2024, 1233, 1239 f. wegen Rechtsunsicherheit

- I. Gesellschafterdarlehensrecht in Gefahr?
- II. Wirtschaftlich dem Darlehen vergleichbare Rechtshandlung
 1. Zeitlicher Rahmen beim Waren-/Leistungskredit ⇔ Geldkredit
Sonderfall: Aufwendungsersatzanspruch des Gesellschafters
 2. Leasing und Eigentumsvorbehalt – Verwertung der Sicherheit
 3. Zurechnung bei der Treuhand
 4. Gesellschaftergleicher Dritter:
Immobilienfinanzierung mit Sonderrechten der Bank
 5. Gesellschafterdarlehensrecht im Unternehmensverbund – Person des Anfechtungsgegners (bei Rückzahlung des Darlehens an eine Schwestergesellschaft)

III. Unentgeltlichkeitsanfechtung gegenüber Gesellschaftern

➤ **BGH v. 20.3.2025 – IX ZR 141/23, ZIP 2025, 1476 = ZInsO 2025, 1926**

Fall: **Ausschüttungen von Scheingewinnen** an einen stillen Gesellschafter durch eine Gesellschaft, die ein betrügerisches Schneeballsystem betreibt.

Leitsatz 1: Leistet der Schuldner auf gewinnabhängige Ansprüche stiller Gesellschafter, ist eine Kenntnis der für den Schuldner handelnden Personen vom Betreiben eines Schneeballsystems für die **Kenntnis der Nichtschuld** hinreichend, aber nicht notwendig. Es genügt bereits, wenn sich die Kenntnis darauf bezieht, dass keine Gewinne, sondern Verluste erwirtschaftet werden und es sich bei den an stille Gesellschafter ausgeschütteten Beträgen um Scheingewinne (oder Scheinguthaben) handelt (Fortführung BGH v. 7.4.2022 – IX ZR 107/20, NZI 2022, 563 Rn. 19; v. 14.12.2023 – IX ZR 10/23, NZI 2024, 215 Rn. 25).

➤ **Frage: Warum ist die Kenntnis der Nichtschuld für § 134 InsO relevant?**

➤ Frühere (m.E. richtige) Rechtsprechung (Phoenix Kapitaldienst):

§ 134 InsO bei jeder rechtsgrundlosen Leistung

- ❖ *Heim*, Schenkungsanfechtung bei Auszahlungen im verdeckten Schneeballsystem – Eine Untersuchung anhand des Falles der Phoenix Kapitaldienst GmbH, 2011
- ❖ *Bitter*, KTS 2022, 423 ff.; ZIP 2023, 169 ff.; ZRI 2023, 837 ff.

➤ Änderung seit BGHZ 214, 350 – Bearbeitungsentgelt beim Darlehensvertrag

- keine Anfechtung nach § 134 InsO, wenn ein Anspruch aus § 812 BGB entsteht; dann „**fehlt es ... an einem endgültigen, vom Empfänger nicht auszugleichenden, freigiebigen Vermögensverlust des Schuldners**“ (Rn. 13)
- Aber „Freigiebigkeit“, wenn der Anspruch aus § 812 BGB an § 814 BGB scheitert.
- Folge: subjektives Element auf Seiten des Leistenden wird bedeutsam für § 134 InsO

- Übertragung der Rechtsprechung zu § 812 BGB auf einen gesellschaftsrechtlichen Rückgewähranspruch aus § 62 AktG (BGH v. 30.3.2023 – IX ZR 121/22, ZIP 2023, 1031 (Rn. 15 f., 22))

Wortlaut des § 62 Abs. 1 AktG:

¹Die Aktionäre haben der Gesellschaft Leistungen, die sie entgegen den Vorschriften dieses Gesetzes von ihr empfangen haben, zurückzugewähren. ²Haben sie Beträge als Gewinnanteile bezogen, so **besteht die Verpflichtung nur, wenn sie wußten oder infolge von Fahrlässigkeit nicht wußten, daß sie zum Bezug nicht berechtigt waren.**

- Folge: Anfechtbarkeit nach § 134 InsO wird von einem subjektiven Element auf Seiten des Empfängers abhängig.
- Resultat beider Urteile: Inkonsistenz der Rechtsprechung zu § 134 InsO ⇒ b.w.

- Inkonsistenz: Während bei rechtsgrundlosen Leistungen im Grundsatz die subjektive Einstellung des *Leistenden* – die Kenntnis der Nichtschuld i.S.v. § 814 BGB – wegen Wegfalls des Anspruchs aus § 812 BGB für die Unentgeltlichkeit i.S.v. § 134 InsO maßgeblich sein soll (Stichwort: subjektive „Freigiebigkeit“ des Schuldners), wird bei unzulässigen Dividendenzahlungen plötzlich auf ein subjektives Element in der Person des *Empfängers* – dessen Gutgläubigkeit – abgestellt, weil davon gemäß § 62 Abs. 2 Satz 2 AktG die (angeblich relevante) Existenz des Rückgewähranspruchs abhängig ist.
 - Details bei *Bitter*, ZRI 2023, 837 ff.
- BGH v. 31.7.2025 – IX ZR 32/24, BGHZ 244, 309 = ZIP 2025, 1998 zur Erfüllung von Verbindlichkeiten aus materiell-rechtlich fehlerhaften, aber bestandskräftigen Steuerbescheiden: „objektiv freigiebige“ Leistung (Rn. 16, 51, 55, 58, 69).
- Ergebnis ist eine totale Inkonsistenz: Mal soll ein subjektives Element beim Leistenden, mal ein subjektives Element beim Empfänger, mal die objektive Lage entscheiden
- **Plädoyer für eine Rückkehr zur alten Rechtsprechung: Die objektive Lage entscheidet!!!**

© 2026

Prof. Dr. Georg Bitter

Universität Mannheim

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,

Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Schloss, Westflügel

68131 Mannheim

www.georg-bitter.de



Zentrum für Insolvenz und Sanierung
an der Universität Mannheim e.V. (ZIS)
www.zis.uni-mannheim.de