

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Gesellschafterdarlehensrecht im Unternehmensverbund

Einordnung der neuen BGH-Rechtsprechung

DB Fachtagung Unternehmenssanierung
am 9. Mai 2025 in Düsseldorf

www.georg-bitter.de

Hinweis

Auf den nachfolgenden Folien wird Bezug
genommen auf die Kommentierung von
Bitter im Scholz, GmbHG, 13. Aufl. 2025,
§ 135 InsO (Gesellschafterdarlehen).

Diese Kommentierung war 2024 vorab in
einer Online-first-Version erschienen.

Hinweis: In der 12. Auflage 2021 findet sich das Recht
der Gesellschafterdarlehen im Anh. § 64 GmbHG.



Vorbemerkung: Gesellschafterdarlehensrecht in Gefahr?

- I. Differenzierung zwischen horizontaler und vertikaler Unternehmensverbindung
- II. Darlehen durch Schwestergesellschaft für eigene Rechnung
- III. Sonderfall: Betriebsaufspaltung (koordinierte Kreditvergabe)
- IV. Finanzierung durch Schwester-AG für eigene Rechnung
- V. Person des Anfechtungsgegners (bei Rückzahlung des Darlehens an die Schwestergesellschaft)
- VI. Gesellschafter-Gesellschafter (mittelbare Beteiligung)
- VII. Aufsteigende Darlehen (*Up-stream-Loans*)

Vorbemerkung: Gesellschafterdarlehenrecht in Gefahr?

BGH v. 16.1.2025 – IX ZR 229/23, ZIP 2025, 334 = DB 2025, 311

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?



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 Gesellschafterdarlehenrecht 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 Gesellschafterdarlehenrecht 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

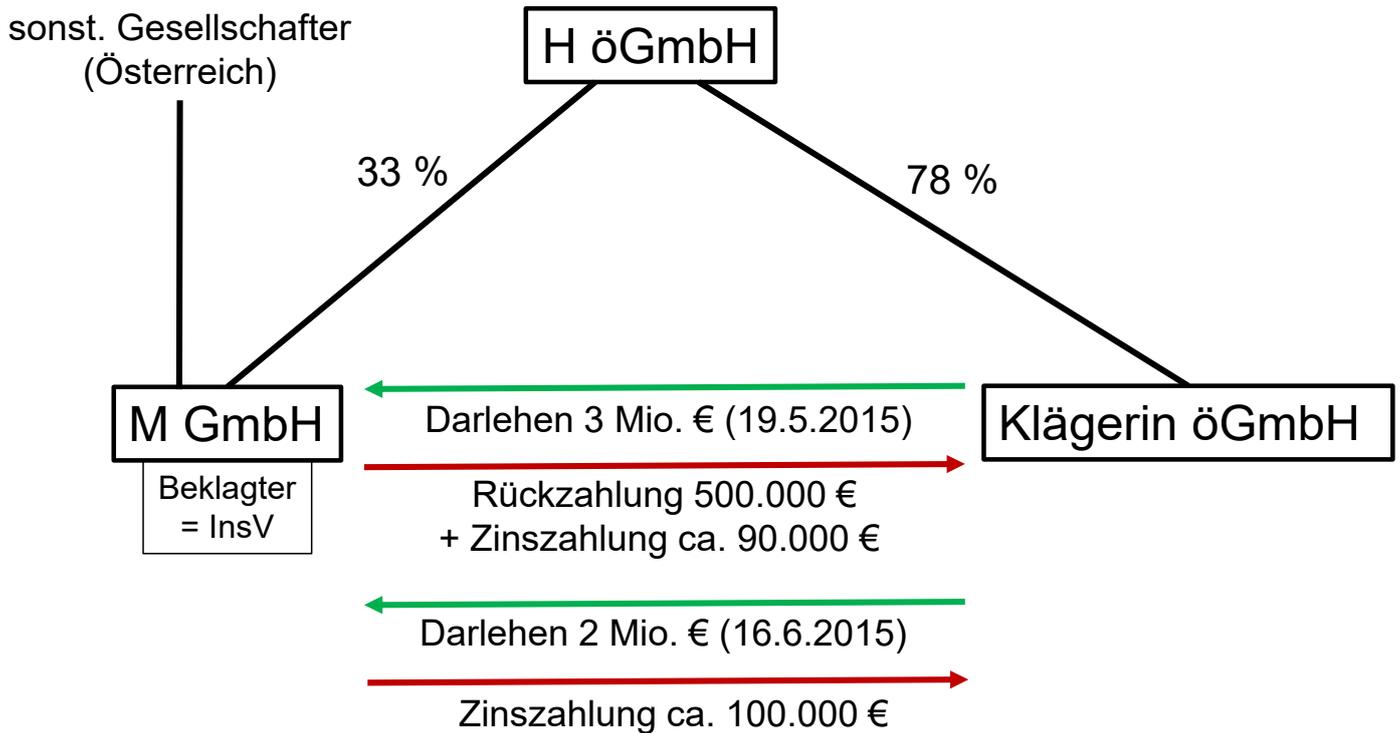
Gesellschafterdarlehensrecht am Ende?

Die EuGH-Vorlage des IX. Zivilsenats vom 16.1.2025 (IX ZR 229/23, BeckRS 2025, 484) bringt enorme Sprengkraft. Die Antwort des EuGH könnte dem deutschen Recht der Gesellschafterdarlehen (§§ 39 I Nr. 5, 44a, 135 InsO) den Garofalo 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 Kreditrückführung 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 in 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 Insolvenzanfechtung nur nach dem Statut des Schuldvertrags beurteilt wird (OLG Naumburg, ZIP 2011, 677 (679); Schmidt/Brinkmann, InsO, 20. Aufl., Art. 16 EuInsVO Rz. 8; Scholz/Bitter, GmbHG, 13. Aufl., § 135 InsO Rz. 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 Anerkennungswürdig, aber nicht bei der Finanzierung eines Unternehmens durch seinen Gesellschafter (vgl. Gehring, ZinsO 2020, 2591, 2594).“

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



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

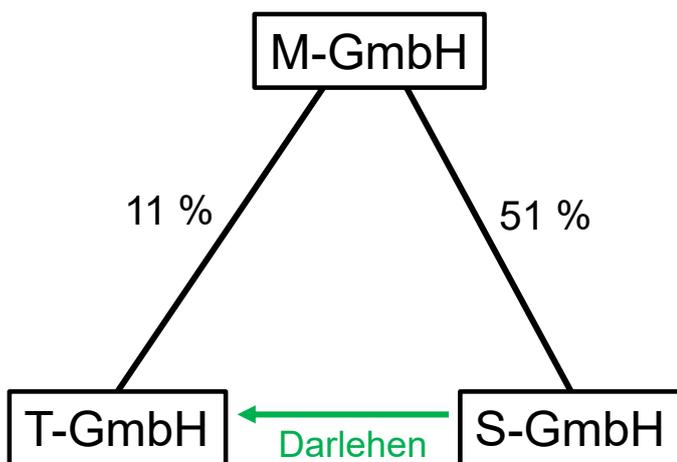
b) diese Handlung im vorliegenden Fall in keiner Weise nach dem Recht dieses Mitgliedstaats angreifbar ist.

Vorbemerkung: Gesellschafterdarlehensrecht in Gefahr?

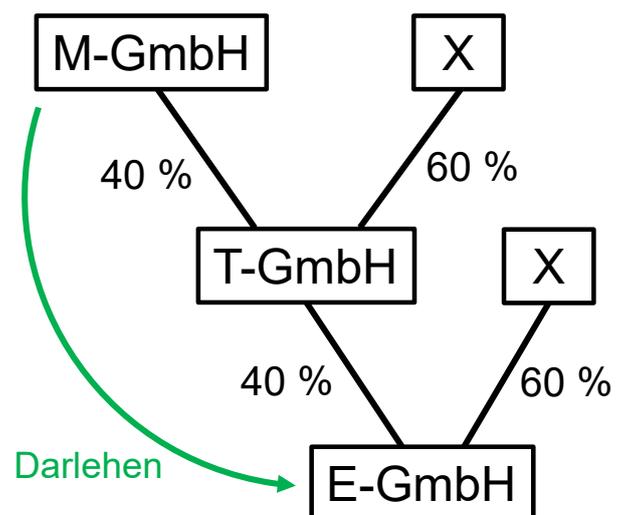
- I. **Differenzierung zwischen horizontaler und vertikaler Unternehmensverbindung**
- II. Darlehen durch Schwestergesellschaft für eigene Rechnung
- III. Sonderfall: Betriebsaufspaltung (koordinierte Kreditvergabe)
- IV. Finanzierung durch Schwester-AG für eigene Rechnung
- V. Person des Anfechtungsgegners (bei Rückzahlung des Darlehens an die Schwestergesellschaft)
- VI. Gesellschafter-Gesellschafter (mittelbare Beteiligung)
- VII. Aufsteigende Darlehen (*Up-stream-Loans*)

I. Differenzierung zwischen horizontaler und vertikaler Unternehmensverbindung

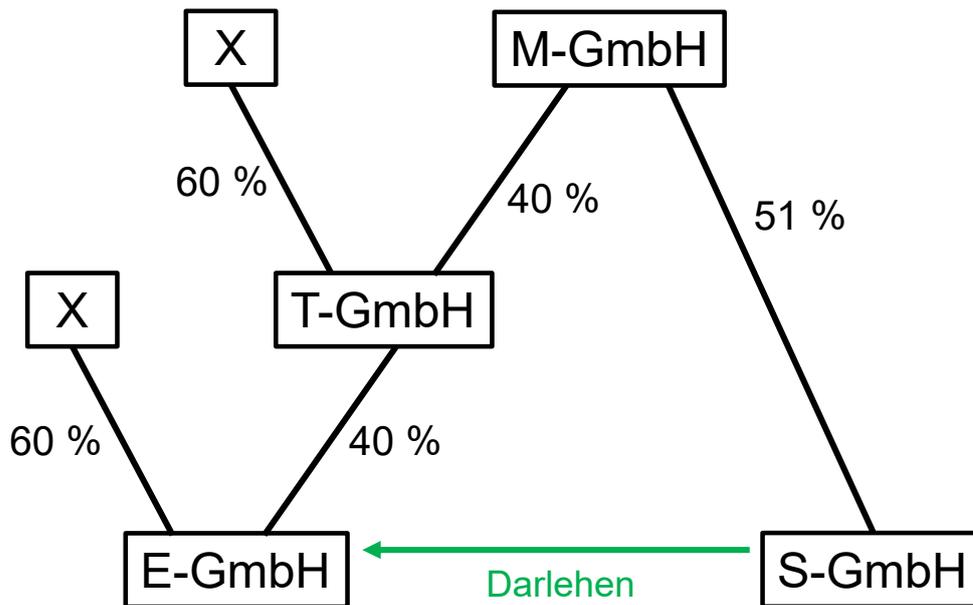
Bitter, GmbHR 2024, 1065, 1074 ff. + 1233 ff.



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



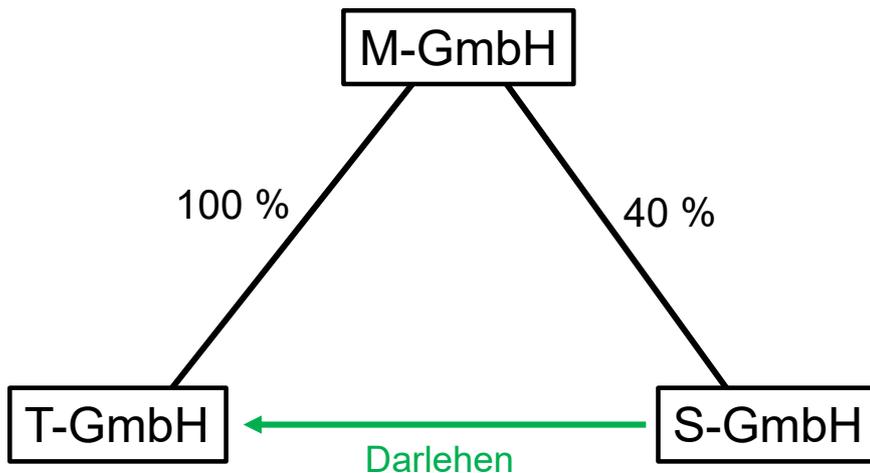
Vertikale Unternehmensverbindung
= Finanzierung durch
mittelbaren Gesellschafter
(Gesellschafter-Gesellschafter)



Kombination aus vertikaler und horizontaler Unternehmensverbindung

Vorbemerkung: Gesellschafterdarlehensrecht in Gefahr?

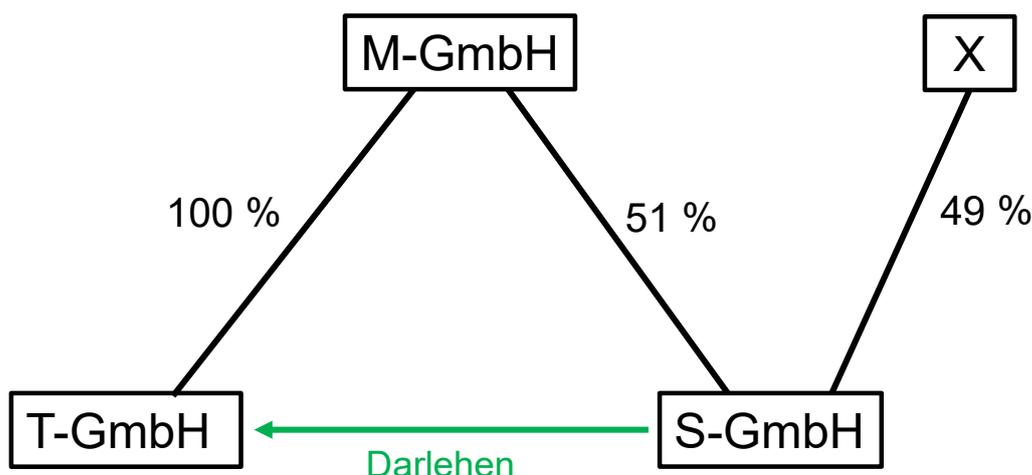
- I. Differenzierung zwischen horizontaler und vertikaler Unternehmensverbindung
- II. Darlehen durch Schwestergesellschaft für eigene Rechnung**
- III. Sonderfall: Betriebsaufspaltung (koordinierte Kreditvergabe)
- IV. Finanzierung durch Schwester-AG für eigene Rechnung
- V. Person des Anfechtungsgegners (bei Rückzahlung des Darlehens an die Schwestergesellschaft)
- VI. Gesellschafter-Gesellschafter (mittelbare Beteiligung)
- VII. Aufsteigende Darlehen (*Up-stream-Loans*)



- Frage: Nachrang der Darlehensforderung in der Insolvenz der T-GmbH?
- Abw. 1: Beteiligung der M-GmbH an der S-GmbH: 50 % bzw. 51 %
- Abw. 2: S-AG statt S-GmbH; Anteil der M-GmbH > 50 %
- Abw. 3: Veranlassung der Darlehensvergabe durch die Leitung der M-GmbH

- **BGH v. 18.7.2013 – IX ZR 219/11, BGHZ 198, 64 = DB 2013, 1894 = ZIP 2013, 1579 m. Anm. Bitter**
- Leitsatz 2: „Eine von der Schuldnerin zur Sicherung eines Darlehens gewährte Forderungsabtretung ist anfechtbar, wenn der Gesellschafter der Schuldnerin mit 50 v.H. an der darlehensgebenden Gesellschaft beteiligt und zugleich deren alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer ist.“
- Rn. 23: „Auch wenn Rechtshandlungen Dritter in § 39 Abs. 1 Nr. 5, § 135 Abs. 1 InsO nicht ausdrücklich erwähnt sind, wird durch die tatbestandliche Einbeziehung gleichgestellter Forderungen in diese Vorschriften der Anwendungsbereich des § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG aF auch in personeller Hinsicht übernommen (...). Eine im Vergleich zu dem früheren Recht einschränkende Auslegung bei der Inanspruchnahme verbundener Unternehmen ist sowohl nach dem Wortlaut der Regelungen als auch nach dem eindeutigen gesetzgeberischen Willen nicht angezeigt (...). Mithin **können die hierzu im Rahmen des Eigenkapitalersatzrechts entwickelten Grundsätze** (vgl. BGH, Ur. v. 5.5.2008 – II ZR 108/07, WM 2008, 1164 Rn. 9 ff; v. 28.2.2012 – II ZR 115/11, WM 2012, 843 Rn. 16 ff) auch bei Anwendung des § 135 Abs. 1 InsO **fruchtbar gemacht werden.**“

- Rn. 24: „Danach werden Finanzierungshilfen Dritter erfasst, wenn der Dritte bei wirtschaftlicher Betrachtung infolge einer horizontalen oder vertikalen Verbindung einem Gesellschafter gleichsteht (BGH, Urt. v. 5.5.2008, aaO Rn. 9). Die Beteiligung kann in der Weise ausgestaltet sein, dass ein Gesellschafter an beiden Gesellschaften, der Darlehen nehmenden und der Darlehen gebenden Gesellschaft, und zwar an der letztgenannten **maßgeblich beteiligt** ist. Dazu genügt bei einer GmbH – vorbehaltlich einer abweichenden Regelung der Stimmkraft in der Satzung – eine **Beteiligung von mehr als 50 v.H.** (BGH, Urt. v. 5.5.2008, aaO Rn. 10; Urt. v. 28.2.2012, aaO Rn. 18). Eine maßgebliche Beteiligung ist aber auch dann anzunehmen, wenn der Gesellschafter einer hilfeleistenden GmbH zwar nur **zu genau 50 v.H. an der hilfeleistenden GmbH beteiligt, aber zugleich deren alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer** ist (BGH, Urt. v. 13.12.2004 – II ZR 206/02, WM 2005, 176, 177; v. 28.2.2012, aaO Rn. 20).“
- Urteilsanmerkung von *Bitter*, ZIP 2013, 1583, 1586 f.:
 - frühere Rechtsprechung des II. Zivilsenats wird 1:1 fortgesetzt
 - Kritik: Benachteiligung der Minderheitsgesellschafter der hilfeleistenden Schwestergesellschaft (Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 332 ff.)



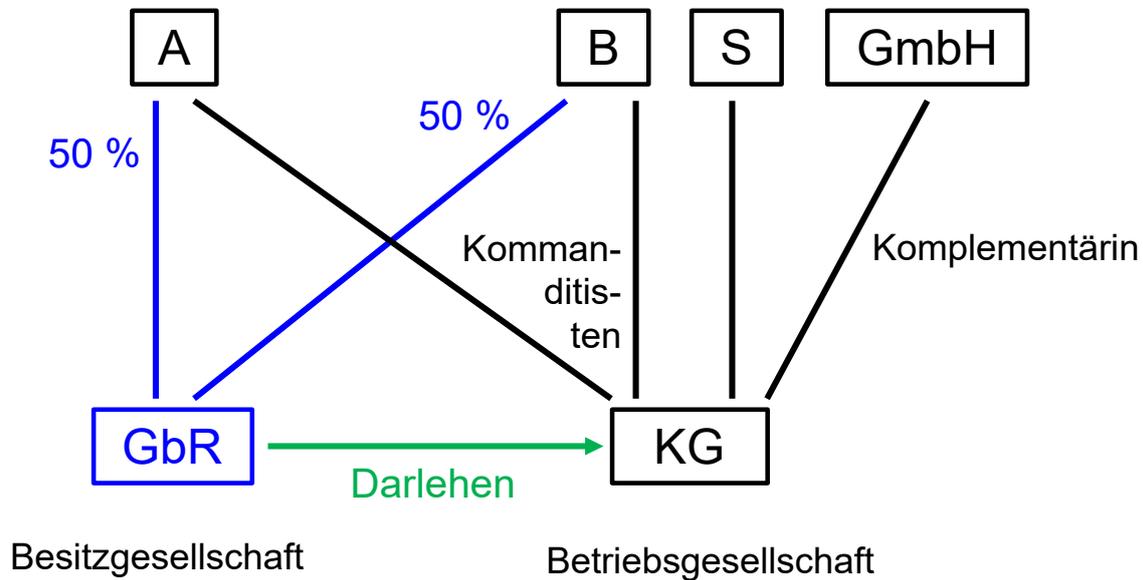
- Problem: Der Minderheitsgesellschafter der Schwestergesellschaft (X) wird ebenfalls den negativen Folgen des Gesellschafterdarlehensrechts (Nachrang + Anfechtbarkeit gegenüber der S-GmbH) unterworfen.
- Lösung: Umlenkung der Rechtsfolgen gegen die M-GmbH (*Bitter*, GmbHR 2024, 1233, 1237 ff., Rn. 21 ff.)

- **BGH v. 15.11.2018 – IX ZR 39/18, ZIP 2019, 182 = DB 2019, 177**
- Leitsatz: „Die Darlehensforderung eines Unternehmens kann einem Gesellschafterdarlehen auch dann gleichzustellen sein, wenn ein an der darlehensnehmenden Gesellschaft lediglich mittelbar beteiligter **Gesellschafter an der darlehensgewährenden Gesellschaft maßgeblich beteiligt ist.**“
- Kombination aus **horizontaler** und vertikaler Unternehmensverbindung
- Rn. 10: Eine Rechtsmacht, die Handlungen der darlehensgebenden Gesellschaft zu bestimmen, folgt bei einer KG nicht aus der Kommanditistenstellung, weil die Kommanditisten von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind (§ 164 HGB).
- Rn. 10 + 11: Entscheidend für den bestimmenden Einfluss ist die **Mehrheit der Stimmanteile**, nicht die (fehlende) Kapitalbeteiligung, vorausgesetzt der Gesellschaftsvertrag der KG stellt auf Mehrheitsentscheidungen ab.
- Rn. 12: Maßgeblich sind „die Verhältnisse im Zeitraum der Anfechtungsfrist von einem Jahr vor dem Eröffnungsantrag bis zum Zeitpunkt der angefochtenen Handlung.“
- Rn. 13: Die Relevanz einer *tatsächlichen* Einflussmöglichkeit bleibt offen.

Vorbemerkung: Gesellschafterdarlehensrecht in Gefahr?

- I. Differenzierung zwischen horizontaler und vertikaler Unternehmensverbindung
- II. Darlehen durch Schwestergesellschaft für eigene Rechnung
- III. **Sonderfall: Betriebsaufspaltung (koordinierte Kreditvergabe)**
- IV. Finanzierung durch Schwester-AG für eigene Rechnung
- V. Person des Anfechtungsgegners (bei Rückzahlung des Darlehens an die Schwestergesellschaft)
- VI. Gesellschafter-Gesellschafter (mittelbare Beteiligung)
- VII. Aufsteigende Darlehen (*Up-stream-Loans*)

- ❖ BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 = ZIP 2015, 589 = DB 2025, 796 (Rn. 51)

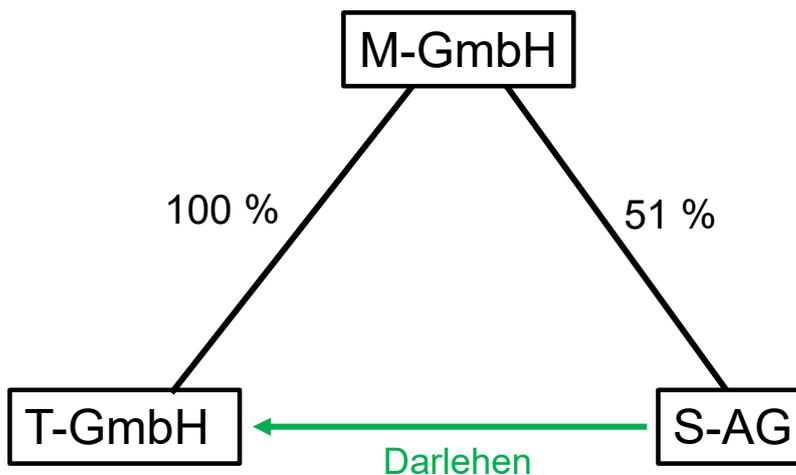


- **BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 = ZIP 2015, 589 = DB 2025, 796 (Nutzungsüberlassung)**
- Rn. 50: „Leistungen Dritter werden erfasst, wenn der Dritte bei wirtschaftlicher Betrachtung infolge einer horizontalen oder vertikalen Verbindung einem Gesellschafter gleichsteht. Die Beteiligung kann in der Weise ausgestaltet sein, dass ein Gesellschafter an beiden Gesellschaften, der die Leistung annehmenden und der die Leistung gewährenden Gesellschaft, und zwar an der letztgenannten maßgeblich beteiligt ist (BGHZ 198, 64 Rn. 24). Eine **maßgebliche Beteiligung** in diesem Sinn ist gegeben, wenn der Gesellschafter auf die Entscheidungen des hilfeleistenden Unternehmens, nämlich auf die Gewährung oder auf den Abzug der Leistung an das andere Unternehmen, einen **bestimmenden Einfluss** ausüben, insbesondere dem Geschäftsführungsorgan der Hilfe gewährenden Gesellschaft durch Gesellschafterbeschlüsse gemäß § 46 Nr. 6 GmbHG entsprechende **Weisungen erteilen** (...). Dazu genügt bei einer GmbH & Co. KG eine Beteiligung von mehr als 50 vH (...).“
- Rn. 51: **Beteiligung von genau 50 % kann genügen bei Betriebsaufspaltung** in Besitz- und Betriebsgesellschaft wegen Zurechnung der wechselseitigen Beteiligungen **bei koordiniertem Zusammenwirken der Gesellschafter**

Vorbemerkung: Gesellschafterdarlehensrecht in Gefahr?

- I. Differenzierung zwischen horizontaler und vertikaler Unternehmensverbindung
- II. Darlehen durch Schwestergesellschaft für eigene Rechnung
- III. Sonderfall: Betriebsaufspaltung (koordinierte Kreditvergabe)
- IV. Finanzierung durch Schwester-AG für eigene Rechnung**
- V. Person des Anfechtungsgegners (bei Rückzahlung des Darlehens an die Schwestergesellschaft)
- VI. Gesellschafter-Gesellschafter (mittelbare Beteiligung)
- VII. Aufsteigende Darlehen (*Up-stream-Loans*)

IV. Finanzierung durch Schwester-AG für eigene Rechnung



- Frage: Bestimmender Einfluss auch bei Finanzierung durch Schwester-AG?

➤ **BGH v. 5.5.2008 – II ZR 108/07, ZIP 2008, 1230 = DB 2008, 1370**

1. Ist ein Gesellschafter an der Darlehen nehmenden und an der Darlehen gebenden Gesellschaft beteiligt, finden auf eine Finanzierungshilfe des Darlehen gebenden Unternehmens die Eigenkapitalersatzvorschriften Anwendung, wenn der Gesellschafter auf die Gewährung oder den Abzug der Kredithilfe an das andere Unternehmen **bestimmenden Einfluss** ausüben, insbesondere dem Geschäftsführungsorgan der Hilfe gewährenden Gesellschaft entsprechende **Weisungen erteilen** kann (st. Rspr., vgl. z.B. Sen. Urt. v. 28. Februar 2005, II ZR 103/02, ZIP 2005, 660, 661 m.w.N.).

2. **Hat eine Aktiengesellschaft**, die wie ihre Schwestergesellschaft von einer gemeinsamen Muttergesellschaft beherrscht wird, **einer GmbH**, an der ihre Schwestergesellschaft als Gesellschafterin beteiligt ist, in der Krise **eine Finanzierungshilfe gewährt** oder belassen, **kommt eine Anwendung der Eigenkapitalersatzregeln nicht in Betracht**. Weder die Schwestergesellschaft noch die Muttergesellschaft sind rechtlich in der Lage, bestimmenden Einfluss auf die Entscheidung der Hilfe gewährenden Aktiengesellschaft zu nehmen, ob die Kredithilfe belassen oder abgezogen wird; vielmehr **entscheidet hierüber allein deren Vorstand unter eigener Verantwortung (§ 76 Abs. 1 AktG)**.

➤ **geteiltes Echo zu BGH v. 5.5.2008 – II ZR 108/07, ZIP 2008, 1230 = DB 2008, 1370 in der Literatur**

❖ Nachweise bei Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 326 in Fn. 1431

➤ **Übertragbarkeit auf das heutige Recht der Gesellschafterdarlehen ist offen**

❖ nur mittelbar erwähnt bei BGH v. 16.1.2025 – IX ZR 229/23, ZIP 2025, 334 = DB 2025, 311 (Rn. 18: „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.“)

➤ **offen ist ferner der Fall, in dem eine Einflussnahme der Muttergesellschaft auf die finanzierende Gesellschaft nachgewiesen ist.**

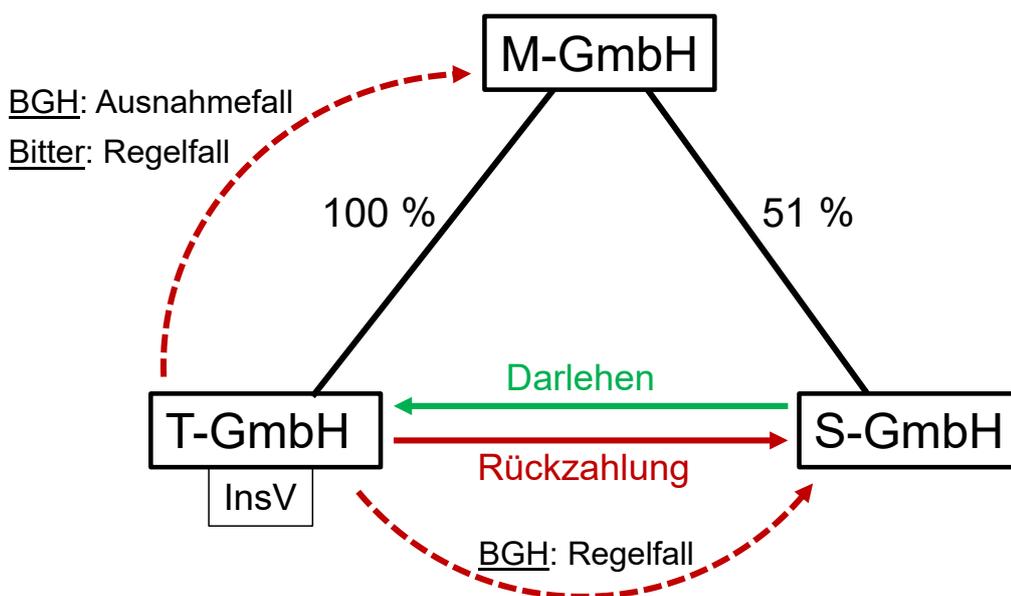
❖ dazu Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 327

❖ offen für eine finanzierende GmbH & Co. KG BGH v. 15.11.2018 – IX ZR 39/18, ZIP 2019, 182 = DB 2019, 177 (Rn. 13)

Vorbemerkung: Gesellschafterdarlehensrecht in Gefahr?

- I. Differenzierung zwischen horizontaler und vertikaler Unternehmensverbindung
- II. Darlehen durch Schwestergesellschaft für eigene Rechnung
- III. Sonderfall: Betriebsaufspaltung (koordinierte Kreditvergabe)
- IV. Finanzierung durch Schwester-AG für eigene Rechnung
- V. Person des Anfechtungsgegners (bei Rückzahlung des Darlehens an die Schwestergesellschaft)**
- VI. Gesellschafter-Gesellschafter (mittelbare Beteiligung)
- VII. Aufsteigende Darlehen (*Up-stream-Loans*)

V. 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)

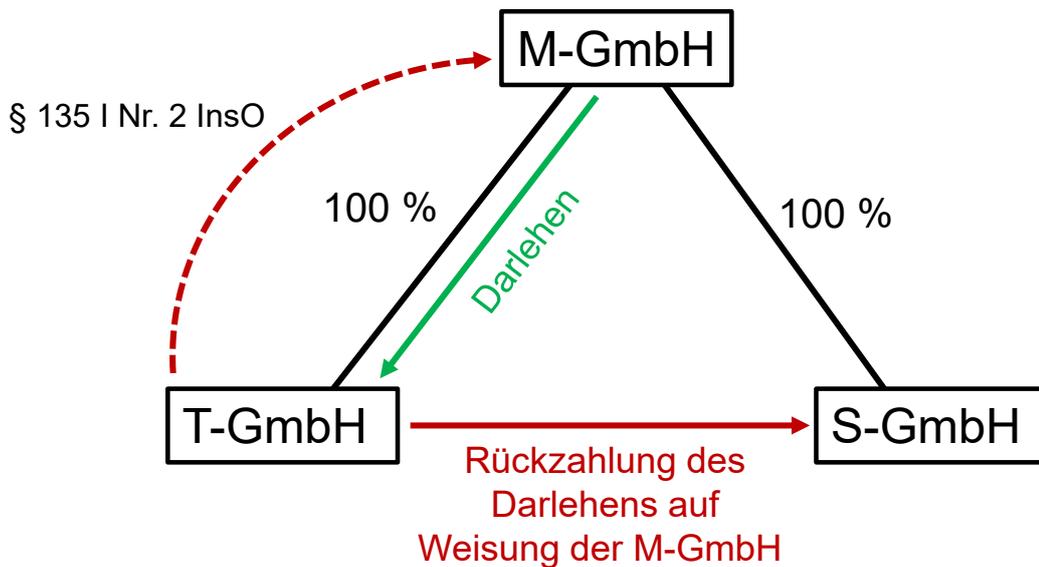
- **BGH v. 19.9.2024 – IX ZR 173/23, BGHZ 241, 321 = ZIP 2024, 2418
= DB 2024, 2556**

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
= DB 2024, 2556**

Rn. 27: Die bislang vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fallkonstellationen zeichnen sich dadurch aus, dass **die Gewährung eines Darlehens oder einer anderen Finanzierungshilfe anfänglich aus dem Vermögen des Gesellschafters selbst herrührten**. Zum Zeitpunkt der Begründung der Darlehensforderung war der Gesellschafter zugleich Darlehensgeber. In diesen Fällen ging es darum, ob einem Gesellschafter, auch wenn er sich der Rückforderungsansprüche zwischenzeitlich entledigt hatte, eine Befriedigung der Ansprüche bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise unmittelbar zuzurechnen war.

- Zahlung auf Weisung an einen Dritten (Rn. 28) ⇒ Folien 29 f.
- Darlehensgewährung durch Treuhänder des Gesellschafters und Rückführung des Darlehens an den Treuhänder (Rn. 29 + 32) ⇒ Folien 31 f.
- Abtretung des Rückzahlungsanspruchs an Dritten und Zahlung an diesen (Rn. 30) ⇒ Folien 33 ff.

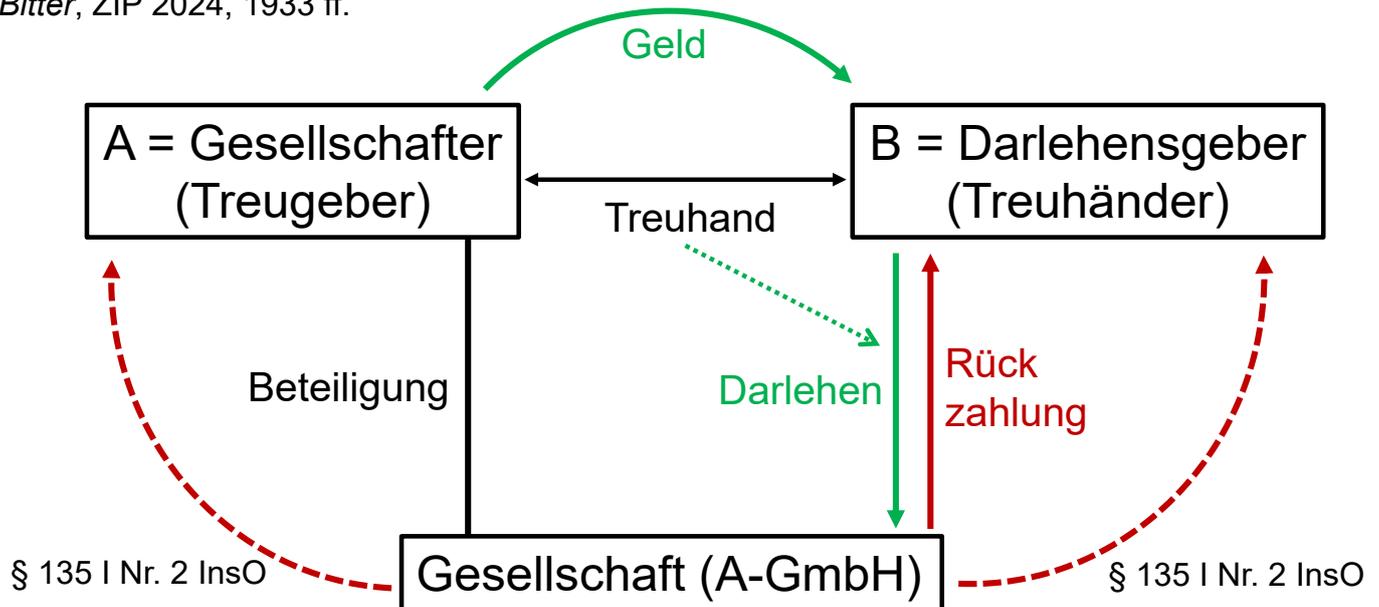


- Insolvenzanfechtung gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO gegen die M-GmbH

- **BGH v. 19.9.2024 – IX ZR 173/23, BGHZ 241, 321 = ZIP 2024, 2418 = DB 2024, 2556**

Rn. 28: „In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass eine Anfechtung gegenüber dem Gesellschafter möglich ist, wenn die Gesellschaft die **Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens nicht unmittelbar an den** das Darlehen ursprünglich ausreichenden **Gesellschafter** erbringt, **sondern auf dessen Anweisung an einen Dritten** (vgl. BGH, Urt. v. 21.2.2013 – IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 Rn. 31 mwN). Empfänger der Leistung der Gesellschaft ist in dieser Konstellation formal ein Dritter; Darlehensgeber ist aber der Gesellschafter, der bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise auch Empfänger der Leistung ist.“

Bitter, ZIP 2024, 1933 ff.

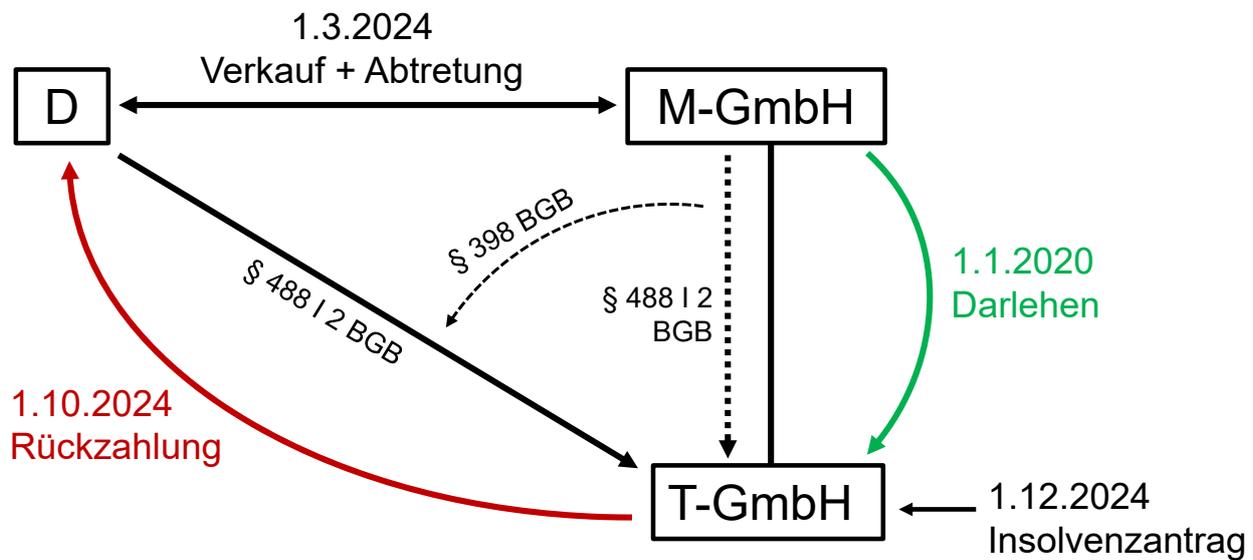


- Das Darlehen unterliegt dem Nachrang des § 39 I 1 Nr. 5 InsO.
- Bei Rückzahlungen vor Insolvenz sind (wohl) beide Anfechtungsgegner.

- **BGH v. 19.9.2024 – IX ZR 173/23, BGHZ 241, 321 = ZIP 2024, 2418 = DB 2024, 2556**

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 Strohmännverhältnissen** 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).“

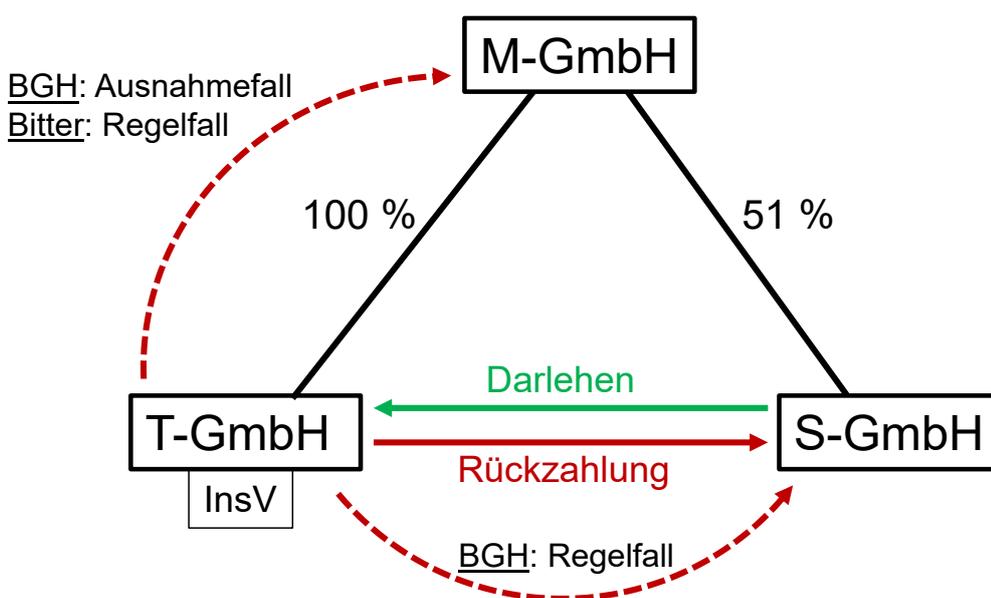


- BGH: Insolvenzanfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO gegen M-GmbH und D

- **BGH v. 21.2.2013 – IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 = ZIP 2013, 582 = DB 2013, 631**
- Leitsatz 1: „Tritt der Gesellschafter eine gegen die Gesellschaft gerichtete Darlehensforderung binnen eines Jahres vor Antragstellung ab und tilgt die Gesellschaft anschließend die Verbindlichkeit gegenüber dem Zessionar, **unterliegt nach Verfahrenseröffnung neben dem Zessionar auch der Gesellschafter der Anfechtung.**“
- Rn. 31: „Infolge der den Gesellschafter treffenden Finanzierungsfolgenverantwortung dürfen die Rechtsfolgen des zwingenden § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO nicht durch die Wahl einer bestimmten rechtlichen Konstruktion aufgeweicht oder unterlaufen werden (...). Darum kann nicht gebilligt werden, dass ein Gesellschafter, der seiner GmbH Darlehensmittel zuwendet, die mit ihrer Rückgewähr verbundenen rechtlichen Folgen einer Anfechtung durch eine Abtretung seiner Forderung vermeidet (...). Aus dieser Erwägung werden angesichts der schier unerschöpflichen **Gestaltungsfantasie der Gesellschafter** und ihrer Berater (...) im Rahmen von § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO Umgehungstatbestände erfasst (...), denen bereits der allein an objektive Merkmale anknüpfende Tatbestand des § 135 InsO vorzubeugen sucht (...). Deshalb ist aufgrund der im Rahmen dieser Vorschrift anzustellenden **wirtschaftlichen Betrachtungsweise** (...) die im Wege einer Abtretung ebenso wie die durch eine Anweisung (...) bewirkte Drittzahlung als Leistung an den Gesellschafter zu behandeln. Entscheidend ist dabei, dass die Zahlung, auch wenn sie äußerlich

an einen Dritten erfolgt, in diesen Gestaltungen auf eine der Durchsetzung seiner eigenen wirtschaftlichen Interessen gerichtete Willensentschließung des Gesellschafters zurückgeht und sich darum auch als solche an ihn darstellt.“

- Rn. 32: „Könnte sich der Gesellschafter durch eine mit dem Verkauf der Darlehensforderung verbundene Abtretung enthaften, wäre ihm die Möglichkeit eröffnet, zum eigenen wirtschaftlichen Vorteil eine Forderung zu verwerten, die im Insolvenzverfahren zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger dem Vermögen der GmbH zugeordnet bleiben muss (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Dem Gesellschafter ist es jedoch versagt, durch den Verkauf eines Gesellschafterdarlehens auf dem Rücken der Gläubiger zu spekulieren und das Anfechtungsrisiko auf sie abzuwälzen (...). Folglich ist es ohne Bedeutung, ob die Beklagte [scl.: die zedierende Gesellschafterin] infolge der Anfechtbarkeit der Zahlung der Schuldnerin im Verhältnis zu der C. [scl.: der Zessionarin] Rückgriffsansprüchen ausgesetzt war oder solche Ansprüche wegen eines Haftungsausschlusses nicht zu befürchten hatte (...). **Würde auf die Haftungslage abgestellt, wäre einer missbräuchlichen Umgehung der Anfechtung durch die Möglichkeit einer entsprechenden Vertragsgestaltung Tür und Tor geöffnet.** Vor allem in Gestaltungen der vorliegenden – auf ein kollusives Zusammenwirken hindeutenden (...) – Art bestünde die Gefahr, dass durch Verkauf und Abtretung der Forderung an einen **vermögenslosen oder prozessual unerreichbaren Zessionar** die Anfechtung ausgehöhlt wird. Auch zur Vermeidung eines solchen Nachteils ist der Gesellschafter verpflichtet, die Gesellschaft von den Folgen einer der insolvenzrechtlichen Verstrickung seiner Darlehensforderung widersprechenden Inanspruchnahme durch den Zessionar freizustellen (...).“



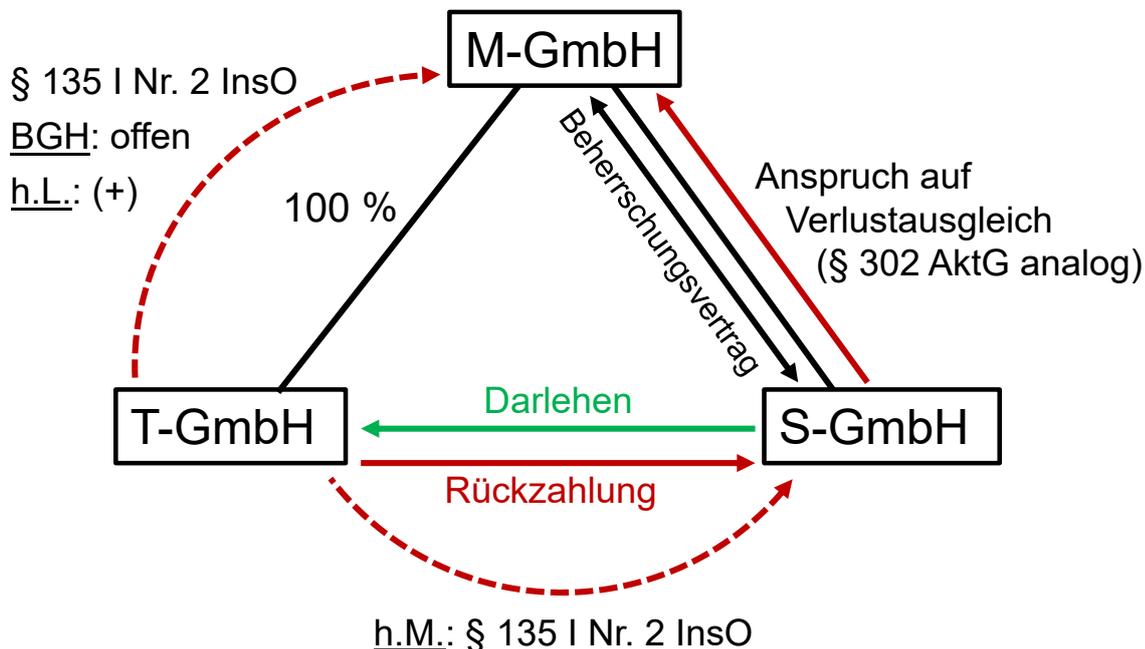
- Frage: Gegen wen richtet sich die Anfechtung gemäß § 135 I Nr. 2 InsO?
 (Bitter, GmbHR 2024, 1233 ff. zu BGH v. 19.9.2024 – IX ZR 173/23)

➤ **BGH v. 19.9.2024 – IX ZR 173/23, BGHZ 241, 321 = ZIP 2024, 2418
= DB 2024, 2556**

Rn. 36: „Im **Schrifttum** wird für Darlehen zwischen verbundenen Unternehmen verbreitet vertreten, dass als **Anfechtungsgegner neben dem verbundenen Unternehmen auch der Gesellschafter selbst** in Betracht kommt, weil ihm bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise die Finanzierungshilfe wie eine eigene zuzurechnen sei.“

Rn. 37: „**Nach verbreiteter Ansicht** unterliegt im **Vertragskonzern** ein von einer Schwestergesellschaft gewährtes Darlehen auch im Verhältnis zum herrschenden Unternehmen dem **Gesellschafterdarlehensrecht**, weil bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise das **herrschende Unternehmen selbst als Darlehensgeber anzusehen** sei. ... Gegner des Anfechtungsprozesses sei daher das herrschende Unternehmen.“

Rn. 39: „**Der Senat kann dahinstehen lassen**, ob ein Rückgewähr- oder Erstattungsanspruch nach § 143 InsO im Fall eines Vertragskonzerns auch gegen die Muttergesellschaft, die selbst keine Finanzierungsleistung erbracht hat, geltend gemacht werden kann. Denn die Voraussetzungen eines Vertragskonzerns liegen im Streitfall nicht vor.“



➤ **BGH v. 19.9.2024 – IX ZR 173/23, BGHZ 241, 321 = ZIP 2024, 2418
= DB 2024, 2556**

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
= DB 2024, 2556**

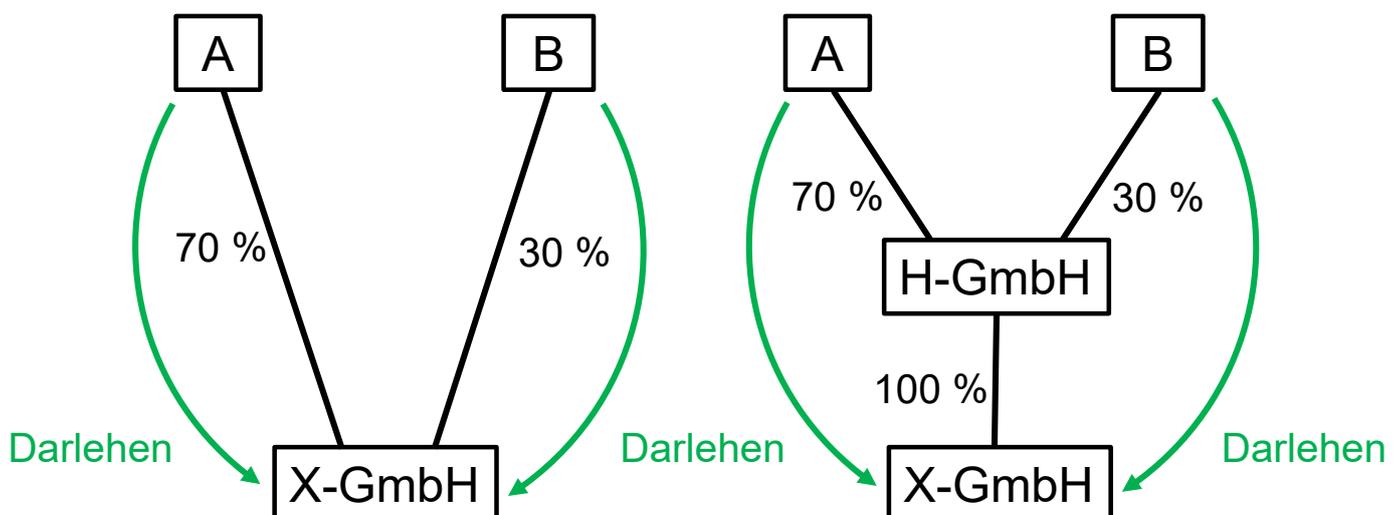
Rn. 41: „Dies schließt es nicht aus, dass **im konkreten Einzelfall** eine Inanspruchnahme auch des maßgeblich an der hilfeleistenden GmbH beteiligten Gesellschafters in Betracht kommen kann, wenn **besondere Umstände** vorliegen, **die eine Inanspruchnahme des Gesellschafters als einem Darlehensgeber 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

Vorbemerkung: Gesellschafterdarlehensrecht in Gefahr?

- I. Differenzierung zwischen horizontaler und vertikaler Unternehmensverbindung
- II. Darlehen durch Schwestergesellschaft für eigene Rechnung
- III. Sonderfall: Betriebsaufspaltung (koordinierte Kreditvergabe)
- IV. Finanzierung durch Schwester-AG für eigene Rechnung
- V. Person des Anfechtungsgegners (bei Rückzahlung des Darlehens an die Schwestergesellschaft)
- VI. Gesellschafter-Gesellschafter (mittelbare Beteiligung)**
- VII. Aufsteigende Darlehen (*Up-stream-Loans*)

VI. Gesellschafter-Gesellschafter

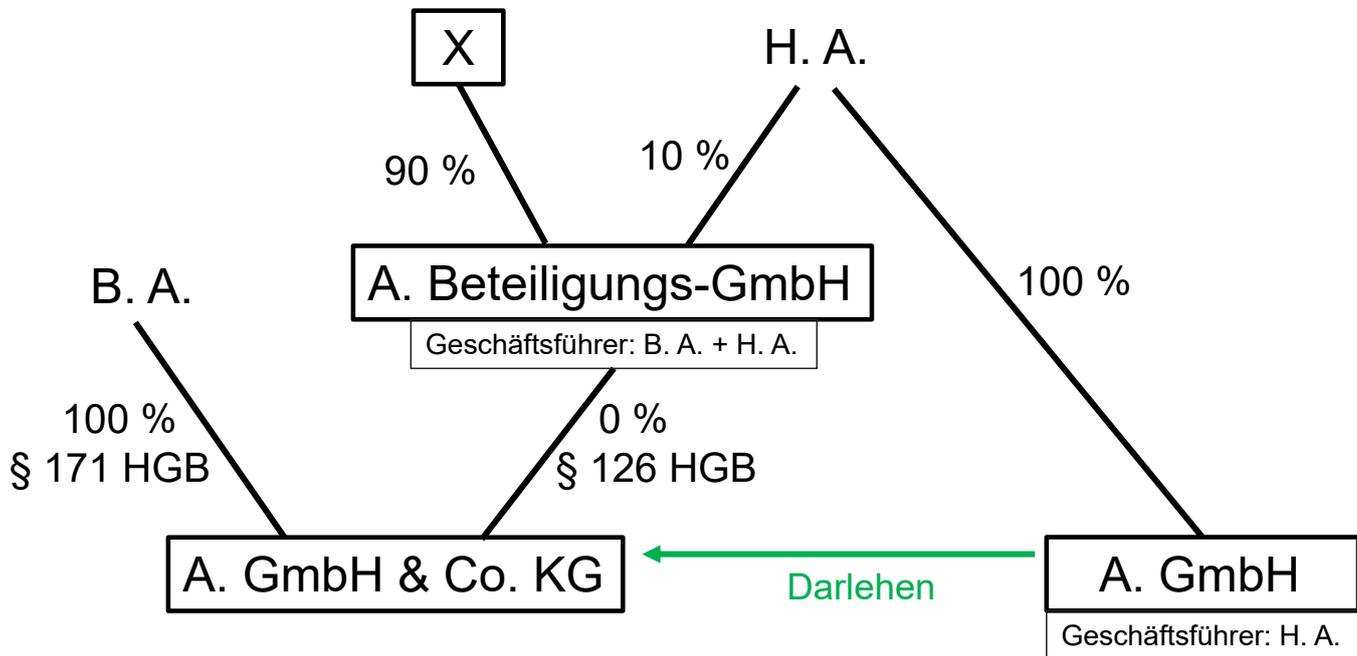


- Frage: Unterliegen die Darlehen dem Gesellschafterdarlehensrecht?
- Abwandlung: H-AG statt H-GmbH

- **BGH v. 21.2.2013 – IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 = ZIP 2013, 582 = DB 2013, 631**
- Leitsatz 2: „Zu den gleichgestellten Forderungen gehören grundsätzlich auch Darlehensforderungen von Unternehmen, die mit dem Gesellschafter horizontal oder vertikal verbunden sind.“
- Rn. 21: „**Der mittelbar an einer Gesellschaft Beteiligte ist hinsichtlich seiner Kredithilfen für die Gesellschaft wie ein unmittelbarer Gesellschafter zu behandeln.** Dies gilt jedenfalls für den Gesellschafter-Gesellschafter, also denjenigen, der an der Gesellschafterin der Gesellschaft beteiligt ist und aufgrund einer qualifizierten Anteilsmehrheit einen beherrschenden Einfluss auf die Gesellschafterin ausüben kann (...).“
- Rn. 22: ... „Angesichts dieser Beteiligungsverhältnisse [scl.: jeweils Alleingesellschafterin] **kann dahinstehen, ob – was nahe liegt – auch bereits nach Überschreiten der Kleinbeteiligungsschwelle ein von dem Gesellschafter-Gesellschafter gewährtes Darlehen dem Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 unterliegt (...).**“

- **BGH v. 15.11.2018 – IX ZR 39/18, ZIP 2019, 182 = DB 2019, 177**
- Leitsatz: „Die Darlehensforderung eines Unternehmens kann einem Gesellschafterdarlehen auch dann gleichzustellen sein, wenn ein an der darlehensnehmenden Gesellschaft lediglich **mittelbar beteiligter Gesellschafter** an der darlehensgewährenden Gesellschaft maßgeblich beteiligt ist.“
- Kombination aus horizontaler und **vertikaler** Unternehmensverbindung
- Rn. 15 zur vertikalen Verbindung: „... **Die Bestimmungen über die Behandlung von Gesellschafterdarlehen** im Insolvenzverfahren über das Vermögen der darlehensnehmenden Gesellschaft **setzen**, weil deren Gesellschafter keine Finanzierungsentscheidung zu treffen haben, **abgesehen von dem Kleinbeteiligtenprivileg des § 39 Abs. 5 InsO keine Mindestbeteiligung voraus. Entsprechendes hat auch im Falle einer mittelbaren Beteiligung an der darlehensnehmenden Gesellschaft zu gelten (...).** Der Gesellschafter kann sich seiner Verantwortung nicht entziehen, indem er eine oder mehrere Gesellschaften zwischenschaltet. ...“

- **BGH v. 7.11.2024 – IX ZR 216/22, ZIP 2024, 2945 = DB 2024, 3158**



- **BGH v. 7.11.2024 – IX ZR 216/22, ZIP 2024, 2945 = DB 2024, 3158**
- Leitsatz: „Die fehlende Beteiligung der Komplementär-GmbH am Kapital der darlehensnehmenden **GmbH & Co. KG** steht einer Anwendung des Gesellschafterdarlehensrechts auf den Gesellschafter der Komplementär-GmbH nicht entgegen.“
- Kombination aus horizontaler und **vertikaler** Unternehmensverbindung
- Rn. 9: „... Da die **Gesellschafter der darlehensnehmenden Gesellschaft** keine Entscheidung über die Gewährung oder den Abzug der Finanzierungshilfe zu treffen haben, **setzt die horizontale Verbindung bei ihnen, bis zur Grenze des Kleinbeteiligtenprivilegs des § 39 Abs. 5 InsO, keine Mindestbeteiligung voraus**. Dies gilt auch im Fall einer mittelbaren Beteiligung des Gesellschafters an der darlehensnehmenden Gesellschaft (BGH, Urt. vom 15.11.2018 – IX ZR 39/18, ZIP 2019, 182 Rn. 15). ...“
- Rn. 14 ff. zum **Problemfall fehlender Kapitalbeteiligung der Komplementär-GmbH**

- **BGH v. 7.11.2024 – IX ZR 216/22, ZIP 2024, 2945 = DB 2024, 3158**
- Rn. 16 zur *darlehensgebenden GmbH & Co. KG*: „... Für die Frage einer **maßgeblichen Beteiligung** an der darlehensgebenden Gesellschaft hat [der BGH] ... die Stellung als (Allein-)Gesellschafterin der Komplementär-GmbH der als GmbH & Co. KG verfassten Darlehensgeberin unabhängig von einer Kapitalbeteiligung der GmbH an der KG für ausreichend gehalten (BGH, Urt. v. 15.11.2018 – IX ZR 39/18, ZIP 2019, 182 Rn. 9). Der Senat hat für diesen Fall angenommen, dass **die Komplementär-GmbH und damit auch deren Alleingesellschafterin einen bestimmenden Einfluss auf die Handlungen der das Darlehen gebenden GmbH & Co. KG ausüben konnten.**“
- Rn. 17 zur *darlehensnehmenden GmbH & Co. KG*: „Geht es wie hier um die mittelbare Beteiligung an der darlehensnehmenden Gesellschaft, **entscheidet nicht der bestimmende Einfluss**. Die mit Urteil vom 15. November 2018 (IX ZR 39/18, ZIP 2019, 182 Rn. 9) entwickelten Grundsätze können deshalb nicht ohne weiteres herangezogen werden. Vielmehr muss berücksichtigt werden, dass die Darlehensgewährung an eine GmbH & Co. KG vorbehaltlich abweichender Regelungen dem mittelbar über die

Komplementär-GmbH Beteiligten **nicht über ein (abgeleitetes) Gewinnbezugsrecht** zugutekommt (vgl. BGH, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 Rn. 27 ff), **wenn es an einer Beteiligung der Komplementär-GmbH am Kapital der KG fehlt**. Gleichwohl ist die Annahme einer Rechtshandlung, die einem Gesellschafterdarlehen entspricht (§ 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Variante 2 InsO), auch in diesem Fall nicht ausgeschlossen.

- Rn. 18: „... Wer Gesellschafter im Sinn des § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Variante 1 InsO ist, richtet sich in erster Linie nach gesellschaftsrechtlichen Maßstäben. ... **Ein Kapitalanteil an der Gesellschaft ist nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht vorausgesetzt**. Dieser Befund wird gestützt durch die Gesetzssystematik, insbesondere durch den Regelungszusammenhang mit **§ 39 Abs. 5 InsO**. Nach dieser Vorschrift **unterliegt ein geschäftsführender Gesellschafter auch bei gänzlich fehlender Beteiligung am Haftkapital dem Gesellschafterdarlehensrecht** (vgl. BGH, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 Rn. 29).“

- Rn. 20: „Sinn und Zweck des Gesellschafterdarlehensrechts erfordern **keine einschränkende Auslegung des Wortlauts des § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Variante 1 InsO**. Zwar liegt der tragende Grund der Nachrangigkeit darin, dass der Gesellschafter eine Geschäftstätigkeit (fremd-)finanziert, die ihm mittelbar über seine Stellung als Gesellschafter zugutekommt (vgl. BGH, Urt. v. 25.6.2020 – IX ZR 243/18, BGHZ 226, 125 Rn. 27 ff). Das bedeutet jedoch nicht, dass es zwingend eines Kapitalanteils bedarf. **Das für die Anwendung des Gesellschafterdarlehensrechts erforderliche Eigeninteresse kann auch in einer Lenkung der Geschäftstätigkeit zum Ausdruck kommen** (vgl. BGH, Urt. v. 25. Juni 2020, aaO Rn. 29).
- a.A. z.B. Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 67, 97, 102b
- kritisch zum BGH-Urteil v. 25. Juni 2020: *Bitter*, WM 2020, 1764 ff.
- Vortrag von Prof. *Haas* beim Abendsymposium des ZIS am 7.10.2025 in Mannheim zum Thema „Schwanken zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Typisierung“

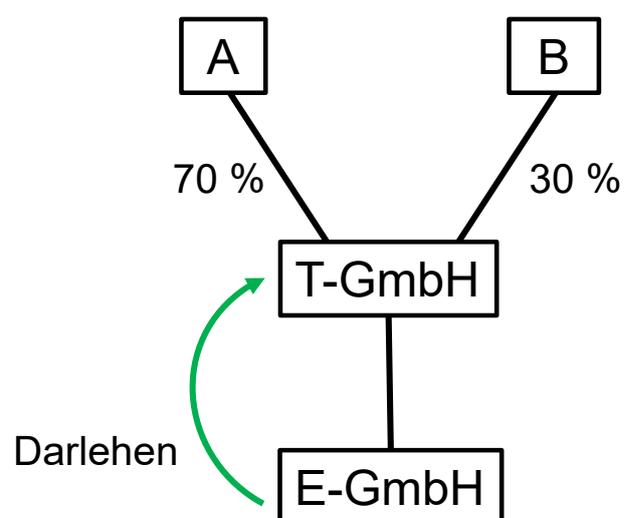
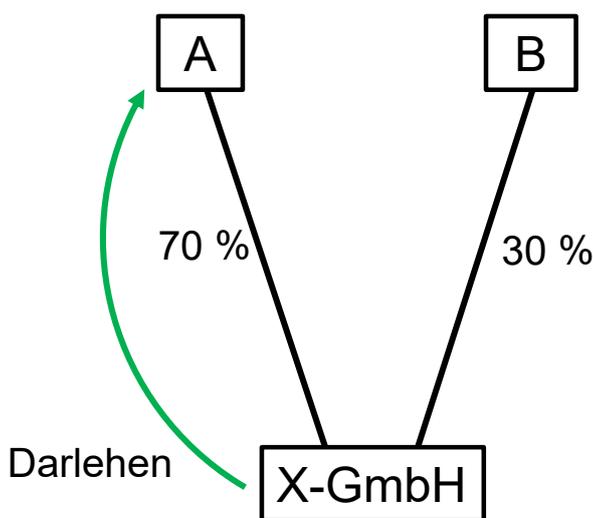
BGH v. 16.1.2025 – IX ZR 229/23, ZIP 2025, 334 = DB 2025, 311 (EuGH-Vorlage)

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, Urt. 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, Urt. 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.“

Vorbemerkung: Gesellschafterdarlehensrecht in Gefahr?

- I. Differenzierung zwischen horizontaler und vertikaler Unternehmensverbindung
- II. Darlehen durch Schwestergesellschaft für eigene Rechnung
- III. Sonderfall: Betriebsaufspaltung (koordinierte Kreditvergabe)
- IV. Finanzierung durch Schwester-AG für eigene Rechnung
- V. Person des Anfechtungsgegners (bei Rückzahlung des Darlehens an die Schwestergesellschaft)
- VI. Gesellschafter-Gesellschafter (mittelbare Beteiligung)
- VII. Aufsteigende Darlehen (*Up-stream-Loans*)**

VII. Aufsteigende Darlehen (*Up-stream-Loans*)



- kein Gesellschafterdarlehen
- Gesellschafterdarlehen konstruierbar, aber kein zusätzliches Insolvenzrisiko eingegangen
- Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 346 f.

© 2025

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