

*Prof. Dr. Georg Bitter*

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

# Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz

## Analyse der aktuellen BGH-Rechtsprechung

11. NIVD Frühjahrsdialog in Wiesbaden  
am 4. Juni 2025

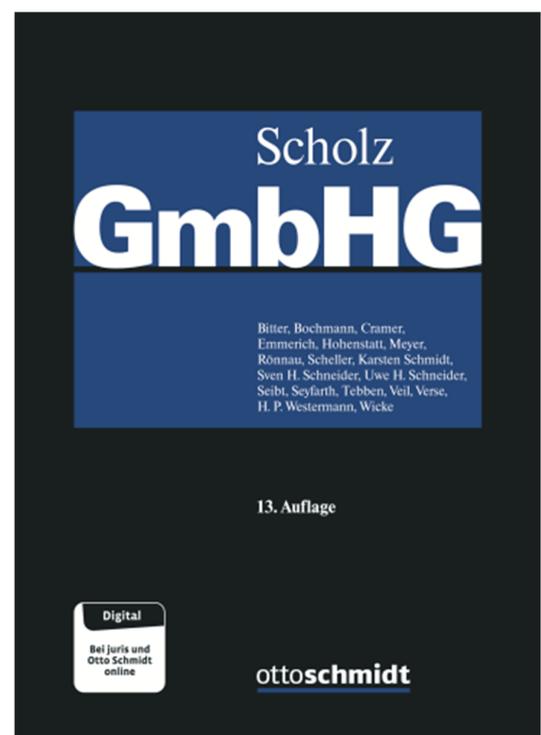
[www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de)

## 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.



- I. Gesellschafterdarlehensrecht in Gefahr?
- II. Kleinbeteiligtenprivileg
- III. Wirtschaftlich dem Darlehen vergleichbare Rechtshandlung
  1. Leasing und Eigentumsvorbehalt – Verwertung der Sicherheit
  2. Immobilienfinanzierung mit Sonderrechten der Bank
- IV. Gesellschafterdarlehensrecht im Unternehmensverbund
  1. Horizontale und vertikale Unternehmensverbindung
  2. Sonderfall: Betriebsaufspaltung (koordinierte Kreditvergabe)
  3. Person des Anfechtungsgegners (bei Rückzahlung des Darlehens an die Schwestergesellschaft)
  4. Gesellschafter-Gesellschafter (mittelbare Beteiligung)

### **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?

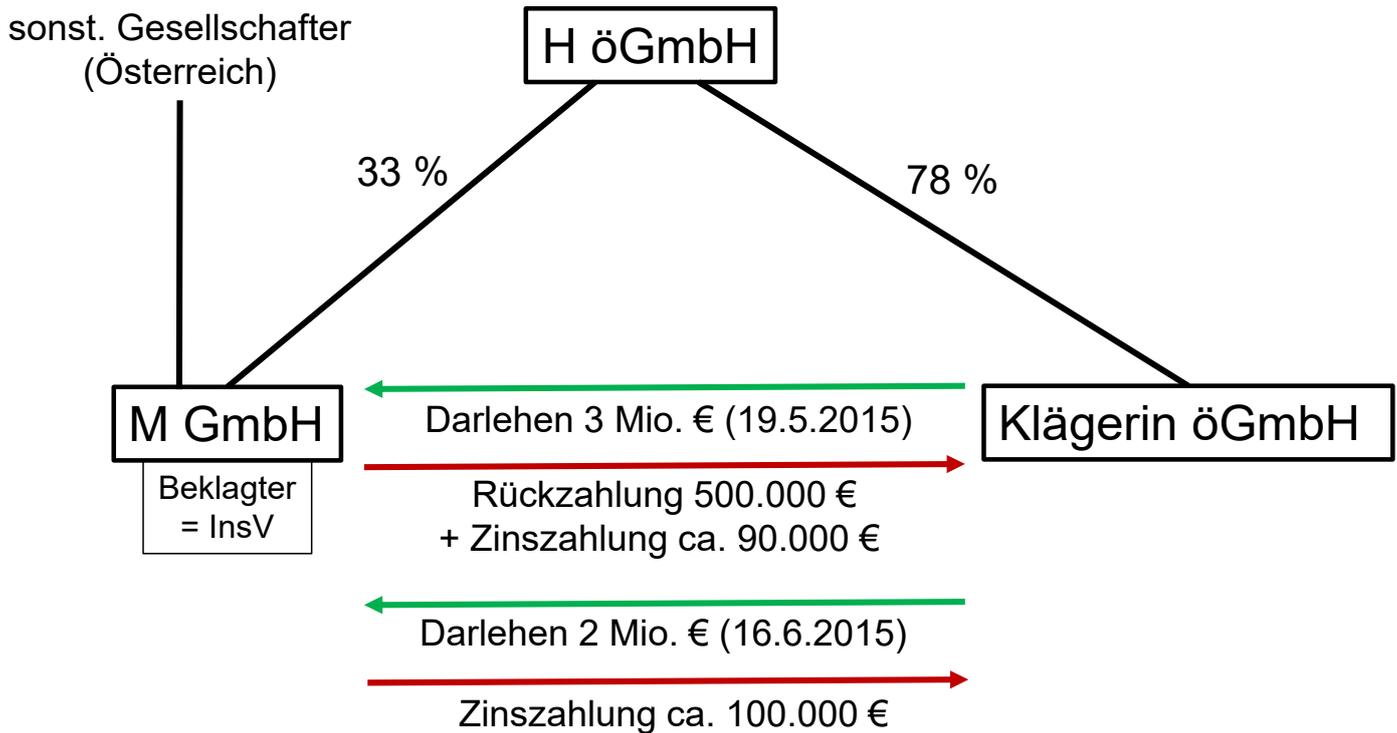
Die EuGH-Vorlage des IX. Zivilsenats vom 16.1.2025 (IX ZR 229/23, BeckRS 2025, 484) bringt enorme Sprengkraft. Die Antwort des EuGH könnte dem deutschen Recht der Gesellschafterdarlehen (§§ 39 I Nr. 5, 44a, 135 InsO) den Garaus machen.

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 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 insolvenzrechtlich 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. Gehrelin, ZInsO 2020, 2591, 2594).“

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

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



## 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) <sup>1</sup>Das Recht des Staates der Verfahrenseröffnung regelt, unter welchen Voraussetzungen das Insolvenzverfahren eröffnet wird und wie es durchzuführen und zu beenden ist. <sup>2</sup>Es 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

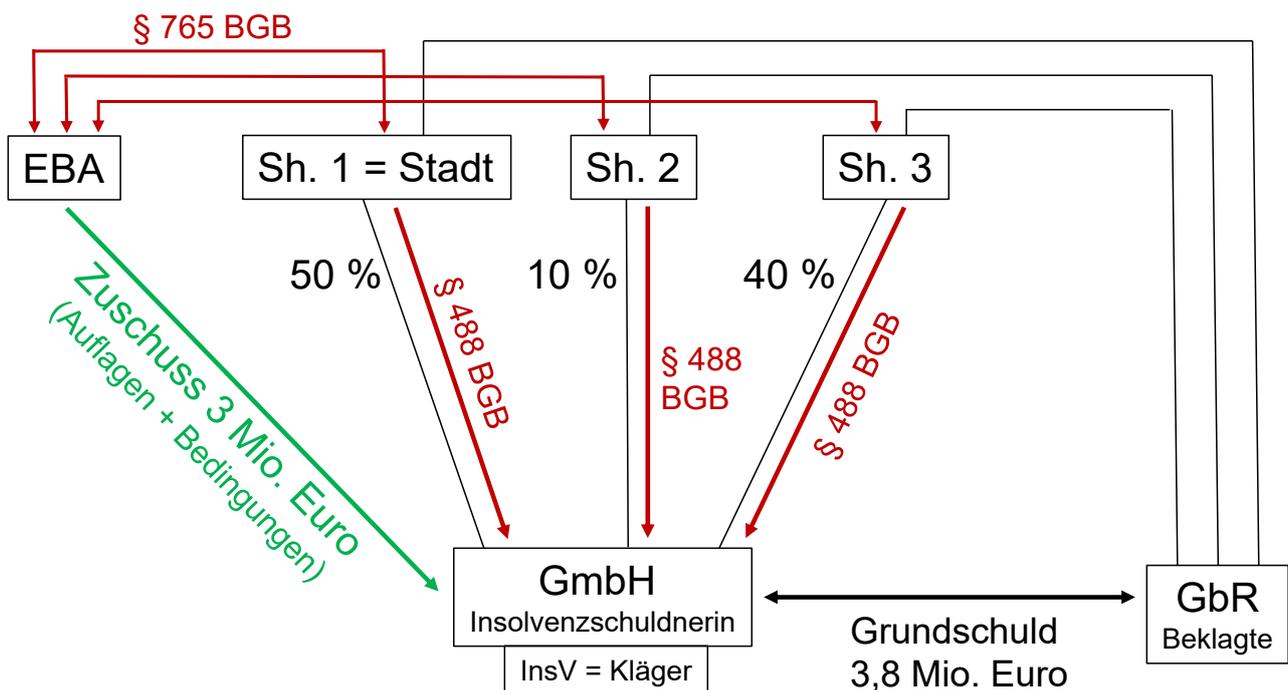
a) für diese Handlung das Recht eines anderen Mitgliedstaats als des Staates der Verfahrenseröffnung maßgeblich ist und

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

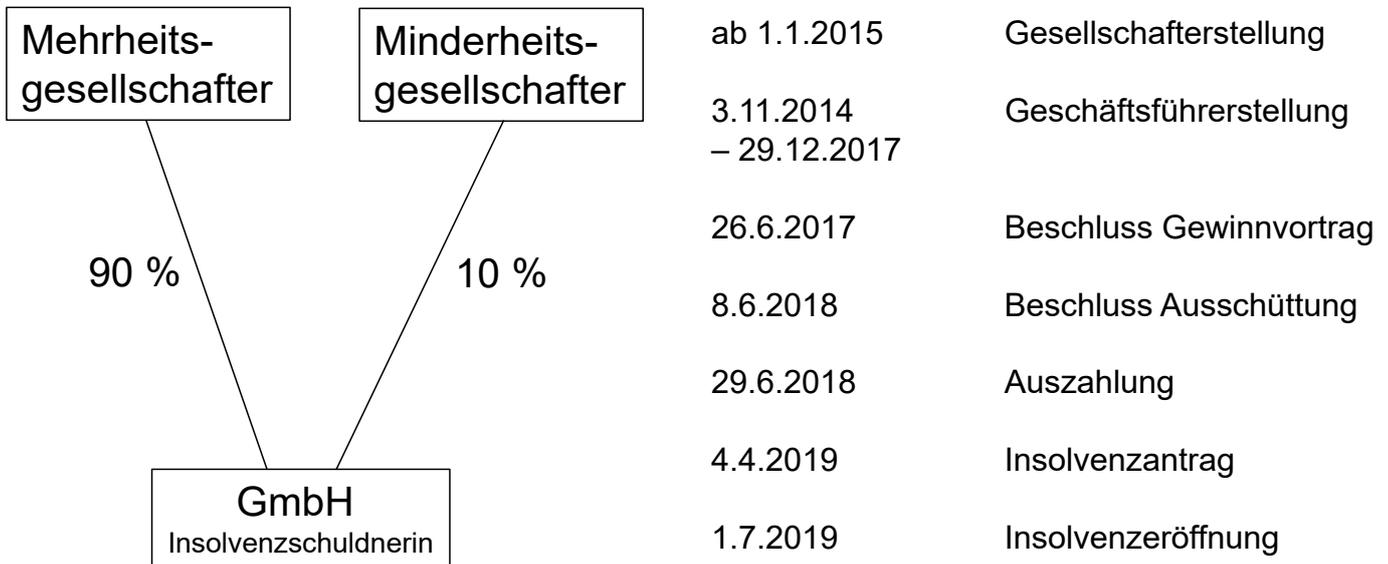
- I. Gesellschafterdarlehensrecht in Gefahr?
- II. Kleinbeteiligtenprivileg**
- III. Wirtschaftlich dem Darlehen vergleichbare Rechtshandlung
  1. Leasing und Eigentumsvorbehalt – Verwertung der Sicherheit
  2. Immobilienfinanzierung mit Sonderrechten der Bank
- IV. Gesellschafterdarlehensrecht im Unternehmensverbund
  1. Horizontale und vertikale Unternehmensverbindung
  2. Sonderfall: Betriebsaufspaltung (koordinierte Kreditvergabe)
  3. Person des Anfechtungsgegners (bei Rückzahlung des Darlehens an die Schwestergesellschaft)
  4. Gesellschafter-Gesellschafter (mittelbare Beteiligung)

## II. Kleinbeteiligtenprivileg

BGH v. 26.1.2023 – IX ZR 85/21, ZIP 2023, 705



Projekt: Umschlaganlage für den kombinierten Schienen-/Straßenverkehr (KV-Terminal)



#### ➤ Gesetzestext des § 39 InsO

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

1. .... 4. ....

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

...

(5) Absatz 1 Nr. 5 gilt nicht für den nicht geschäftsführenden Gesellschafter einer Gesellschaft im Sinne des Absatzes 4 Satz 1, der mit 10 Prozent oder weniger am Haftkapital beteiligt ist.

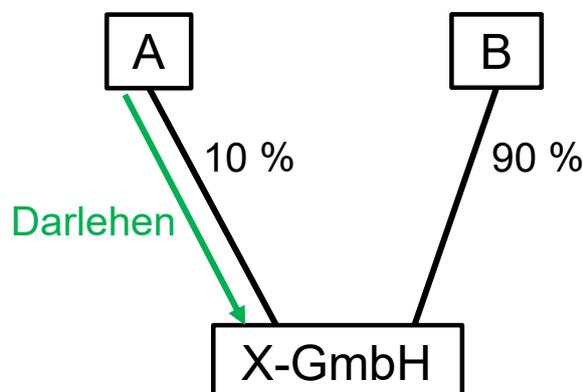
### 1. Tatbestand

- **Beteiligung  $\leq 10\%$  des Haftkapitals**
  - Haftkapital  $\neq$  Stimmrechtsmacht / Gewinnbeteiligung
  - wirtschaftliche Betrachtung  $\Rightarrow$  Zurechnung bei Treuhand
  - Problem 1: Exakt mit 10 % beteiligter Gesellschafter
  - Problem 2: Mittelbare Beteiligung
  - Problem 3: Koordinierte Kreditvergabe mehrerer Kleinbeteiligter
- **keine Geschäftsführung** (allein oder neben anderen)
  - mittelbare Geschäftsführung schadet auch (z.B. bei GmbH & Co. KG)

### 2. Rechtsfolge

- Freistellung von den *gesetzlichen* Folgen des Gesellschafterdarlehensrechts
- Problem 4: maßgeblicher Zeitpunkt  $\Rightarrow$  „Flucht in die Kleinbeteiligung“

Literaturhinweis: Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 90 ff.



- Frage: Unterliegt das Darlehen des A dem Gesellschafterdarlehensrecht?

➤ **BGH v. 26.1.2023 – IX ZR 85/21, ZIP 2023, 705**

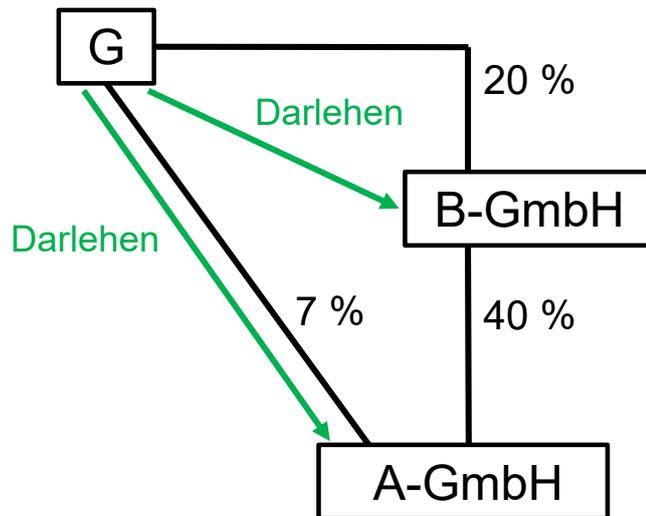
Leitsatz 1: Eine Beteiligung am Haftkapital in Höhe von 10% (und nicht von weniger als 10%) steht der Anwendung des Kleinbeteiligtenprivilegs nicht entgegen; eine einschränkende Auslegung der Vorschriften über das Kleinbeteiligtenprivileg scheidet aus.

Rn. 21: „Die Anwendung des Kleinbeteiligtenprivilegs scheitert nicht schon daran, dass die Streithelferin zu 2 mit 10 % und nicht mit weniger als 10 % am Haftkapital der Schuldnerin beteiligt war und ist. **Nach dem Wortlaut des Gesetzes kann auch eine Beteiligung von 10 % das Kleinbeteiligtenprivileg rechtfertigen. Das beruht nicht auf einem Irrtum des Gesetzgebers.** Eine einschränkende Auslegung des Anwendungsbereichs der Vorschrift auf Beteiligungen unterhalb von 10 % scheidet aus (aA Scholz/Bitter, GmbHG, 13. Aufl., Anhang § 64 Rn. 91; ders., ZIP 2019, 146, 147; Laspeyres, Hybridkapital in Insolvenz und Liquidation der Kapitalgesellschaft, 2014, S. 217 ff).“

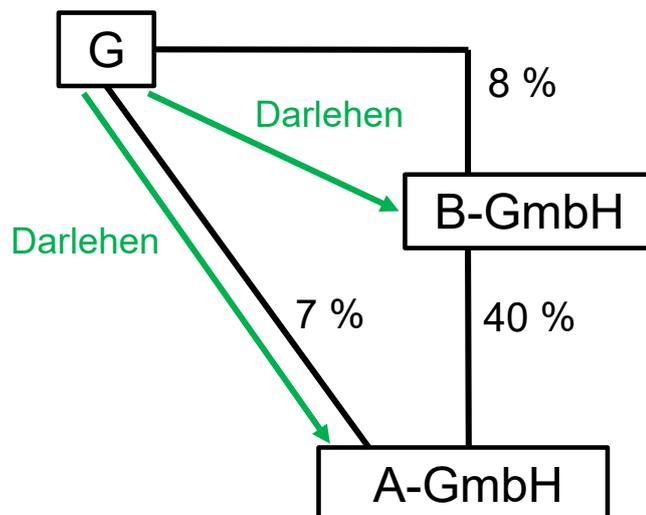
➤ **BGH v. 26.1.2023 – IX ZR 85/21, ZIP 2023, 705**

Begründung in Rn. 22:

- Einführung des Kleinbeteiligtenprivilegs durch das Kapitalaufnahme-erleichterungsgesetz (KapAEG) v. 20.4.1998
  - Die Privilegierung (auch) einer Beteiligung von 10 % war damals Gegenstand umfänglicher Kritik.
  - Diese Kritik kann dem MoMiG-Gesetzgeber nicht entgangen sein.
- ⇒ bewusste Entscheidung des Gesetzgebers bei Übernahme in § 39 V InsO
- ⇒ keine einschränkende Auslegung möglich



- Frage: Unterliegen die Darlehen des G dem Gesellschafterdarlehensrecht?



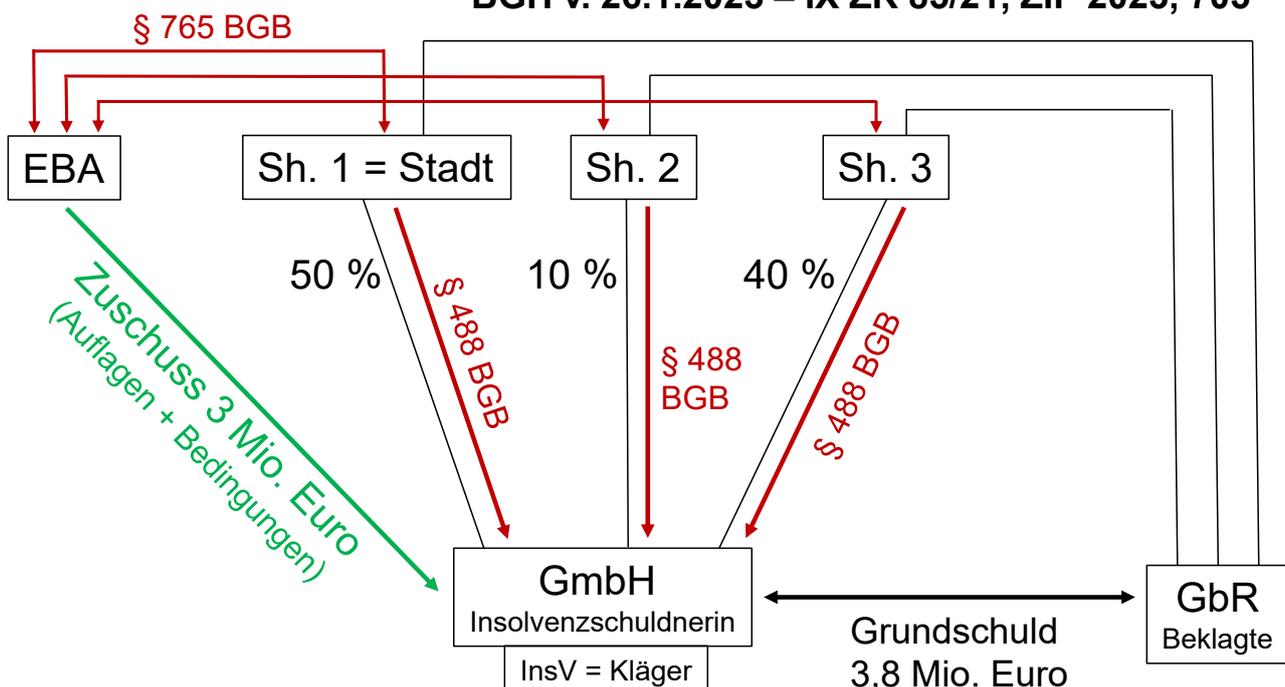
- Frage: Unterliegen die Darlehen des G dem Gesellschafterdarlehensrecht?

➤ **BGH v. 15.11.2018 – IX ZR 39/18, ZIP 2019, 182**

Rn. 15: „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 (vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 2013 – IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 Rn. 22; ....; Scholz/Bitter, GmbHG, 11. Aufl., Anh. § 64 Rn. 263; ...). **Der Gesellschafter kann sich seiner Verantwortung nicht entziehen, indem er eine oder mehrere Gesellschaften zwischenschaltet.** Es widerspräche Sinn und Zweck der vom Gesetz angeordneten Gleichstellung bestimmter Forderungen mit den Gesellschafterdarlehen, einen etwa unmittelbar mit 15 vom Hundert beteiligten Gesellschafter schlechter als einen mittelbar in gleicher Höhe oder gar stärker beteiligten Gesellschafter zu stellen.“

- Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 95 f.
- a.A. Haas in Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, Anh. § 64 Rn. 53a: „Pseudo-Rechenoperationen“

**BGH v. 26.1.2023 – IX ZR 85/21, ZIP 2023, 705**



Projekt: Umschlaganlage für den kombinierten Schienen-/Straßenverkehr (KV-Terminal)

➤ **BGH v. 19.3.2007 – II ZR 106/06, ZIP 2007, 1407**

Leitsatz: Eine im Einzelfall **koordinierte Kreditvergabe** steht wie ein entsprechendes **koordiniertes Stehenlassen in der Krise** einer Anwendung des Kleinbeteiligtenprivilegs nach § 32 a Abs. 3 Satz 2 GmbHG entgegen (Festhaltung BGH, 9. Mai 2005, II ZR 66/03, ZIP 2005, 1316, 1318).

➤ **BGH v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 = ZIP 2015, 589 (Nutzungsüberlassung) ⇒ unten Folien 40 f.**

Rn. 51: „... Das koordinierte Zusammenwirken der Gesellschafter ermöglicht die gemeinsame Zurechnung der wechselseitigen Beteiligungen (vgl. BGH, Beschluss vom 19. März 2007 – II ZR 106/06, ZIP 2007, 1407; vom 26. April 2010 – II ZR 60/09, WM 2010, 1415 Rn. 5). In dem hier gegebenen Fall einer **Betriebsaufspaltung** bilden das Besitz- und das Betriebsunternehmen eine **wirtschaftliche Einheit, die es rechtfertigt, die Mehrheitsgesellschafter beider Unternehmen der Verantwortung des § 135 Abs. 3 InsO zu unterwerfen (...).**“

➤ **BGH v. 26.1.2023 – IX ZR 85/21, ZIP 2023, 705**

Leitsatz 2: Eine koordinierte Finanzierung durch mehrere Gesellschafter kann unabhängig von einer Krise der Gesellschaft und auch außerhalb des Anfechtungszeitraums des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO dazu führen, dass die Beteiligungen der an der Finanzierung beteiligten Gesellschafter am Haftkapital der Gesellschaft zusammenzurechnen sind; maßgeblich ist, ob eine **überschießende unternehmerische Verantwortung** übernommen wird.

Begründung in Rn. 28:

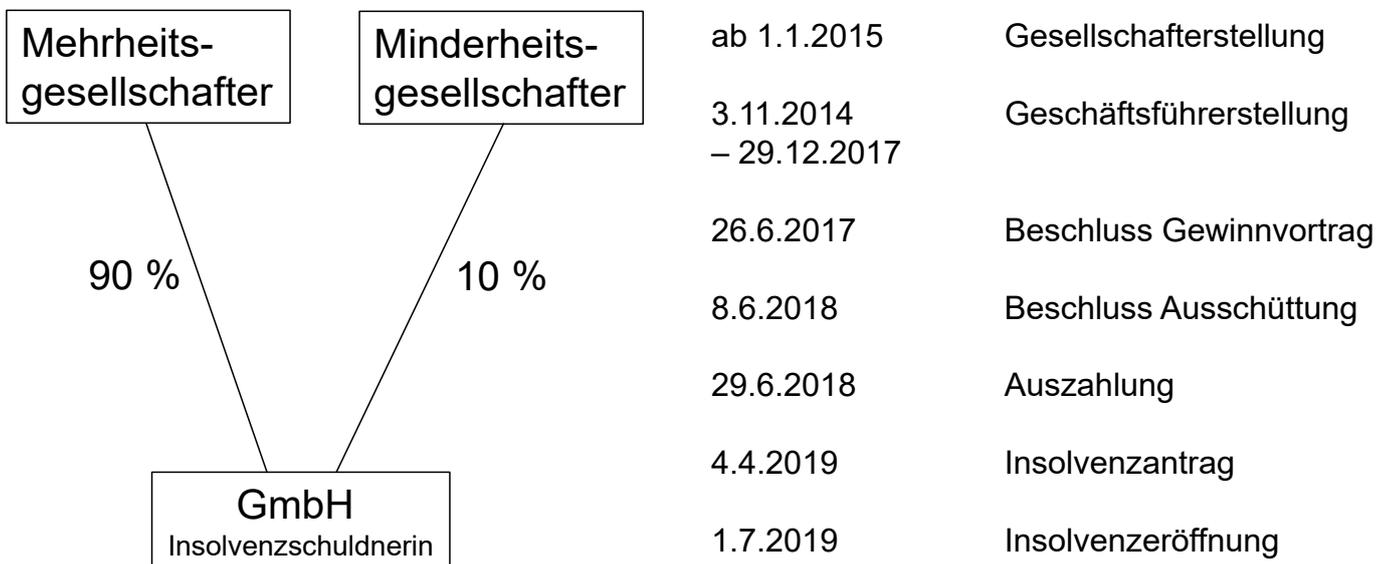
- Merkmal der Krisenfinanzierung mit MoMiG aufgegeben ⇒ unerheblich, ob koordinierte Kreditfinanzierung vor oder nach Eintritt der Krise vorgenommen
- Übernahme einer über den nominellen Gesellschaftsanteil hinausgehenden unternehmerischen Verantwortung als Grund der Zusammenrechnung

### ➤ BGH v. 26.1.2023 – IX ZR 85/21, ZIP 2023, 705

Anwendung auf den Sachverhalt in Rn. 30:

- Planung des KV-Terminals mit Finanzierungsbedarf i.H.v. 3,8 Mio. Euro
  - gemeinsame Entscheidung der Gesellschafter über Finanzierungsbeiträge (Darlehen + Bürgschaften) im Verhältnis ihrer Beteiligungen
  - Konsortialvereinbarung: Verpflichtung zur wechselseitigen Stellung und Aufrechterhaltung der Finanzierungsbeiträge / Verpflichtung zum Innenausgleich bei Inanspruchnahme bzw. bevorzugter Befriedigung
  - gemeinsame Sicherheit (Grundschild)
- ⇒ unternehmerische Verantwortung bezieht sich auch auf die Beiträge der jeweils anderen Gesellschafter

### BGH v. 20.4.2023 – IX ZR 44/22, ZIP 2023, 1378



➤ **BGH v. 20.4.2023 – IX ZR 44/22, ZIP 2023, 1378**

Leitsatz 2: Für die Annahme einer der Anwendbarkeit des Kleinbeteiligtenprivilegs entgegenstehenden koordinierten Finanzierung genügt es nicht, dass der geringfügig beteiligte Gesellschafter einer darlehensgleichen Finanzierungsleistung an den Schuldner in der Gesellschafterversammlung nur zustimmt, ohne damit zugleich eine über seine Rolle hinausgehende unternehmerische Verantwortung zu übernehmen.

Begründung in Rn. 20:

- Stellung als Geschäftsführer für Koordinierung unerheblich
- **bloßes Einvernehmen in der Gesellschafterversammlung begründet keine Übernahme einer überschießenden unternehmerischen Verantwortung**

Kommentar: m.E. richtig, weil nicht vorgetragen wurde, dass der Gewinnvortrag der (gemeinsamen) Finanzierung irgendeines Projektes diene

➤ Problemfall: Kreditvergabe bei Publikums-KG

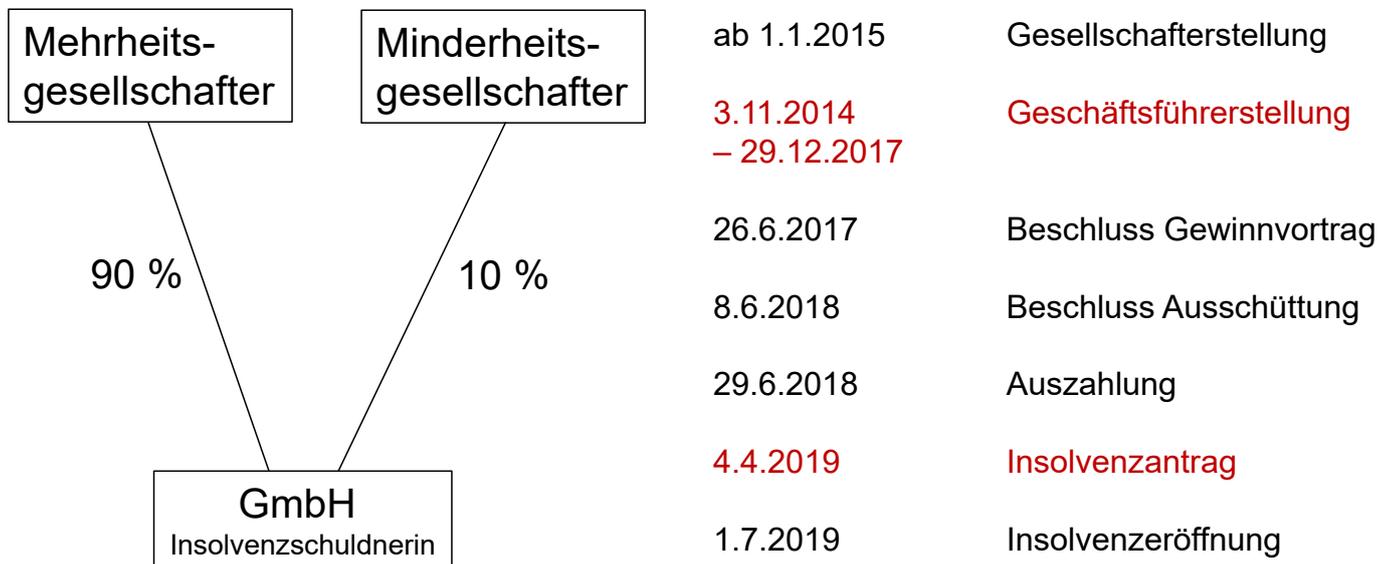
➤ Sachverhalt:

- Zweck der X GmbH & Co. KG: Betrieb eines Einkaufszentrums
- Gesamtkosten des Projektes: 50 Mio. Euro
- Zahl der Kommanditisten: 1000 = Beteiligung je 0,1 %
- Einlage jeweils 10.000 Euro
- Darlehen jeweils 40.000 Euro
- keine Beteiligung der Komplementär-GmbH am Vermögen der KG

➤ Frage: Unterliegen die Darlehen dem Gesellschafterdarlehensrecht?

➤ bejahend Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 99

### BGH v. 20.4.2023 – IX ZR 44/22, ZIP 2023, 1378



### ➤ **BGH v. 20.4.2023 – IX ZR 44/22, ZIP 2023, 1378**

Leitsatz 1: Für das Kleinbeteiligtenprivileg im Fall der Anfechtung der Rückzahlung eines Darlehens oder einer darlehensgleichen Finanzierungsleistung des Gesellschafters genügt es, dass seine Voraussetzungen in dem Zeitraum von einem Jahr vor Beantragung des Insolvenzverfahrens vorliegen. Auf die Verhältnisse in der Zeit davor, insbesondere zum Zeitpunkt der Finanzierungsentscheidung des Gesellschafters, kommt es grundsätzlich nicht an.

Begründung in Rn. 12 ff.:

- Vergleich einer Aufgabe der Geschäftsführerstellung (und einer Reduktion der Anteilsgröße unter die Schwelle des § 39 V InsO) mit dem vollständigen Ausscheiden aus der Gesellschaft: Kleinbeteiligter wird vom Gesetz wie ein Nichtgesellschafter behandelt

- I. Gesellschafterdarlehensrecht in Gefahr?
- II. Kleinbeteiligtenprivileg
- III. Wirtschaftlich dem Darlehen vergleichbare Rechtshandlung**
  1. Leasing und Eigentumsvorbehalt – Verwertung der Sicherheit
  2. Immobilienfinanzierung mit Sonderrechten der Bank
- IV. Gesellschafterdarlehensrecht im Unternehmensverbund
  1. Horizontale und vertikale Unternehmensverbindung
  2. Sonderfall: Betriebsaufspaltung (koordinierte Kreditvergabe)
  3. Person des Anfechtungsgegners (bei Rückzahlung des Darlehens an die Schwestergesellschaft)
  4. Gesellschafter-Gesellschafter (mittelbare Beteiligung)

## Wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Rechtshandlungen

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

(1) <sup>1</sup>Im Rang nach den übrigen Forderungen der Insolvenzgläubiger werden in folgender Rangfolge, bei gleichem Rang nach dem Verhältnis ihrer Beträge, berichtigt:

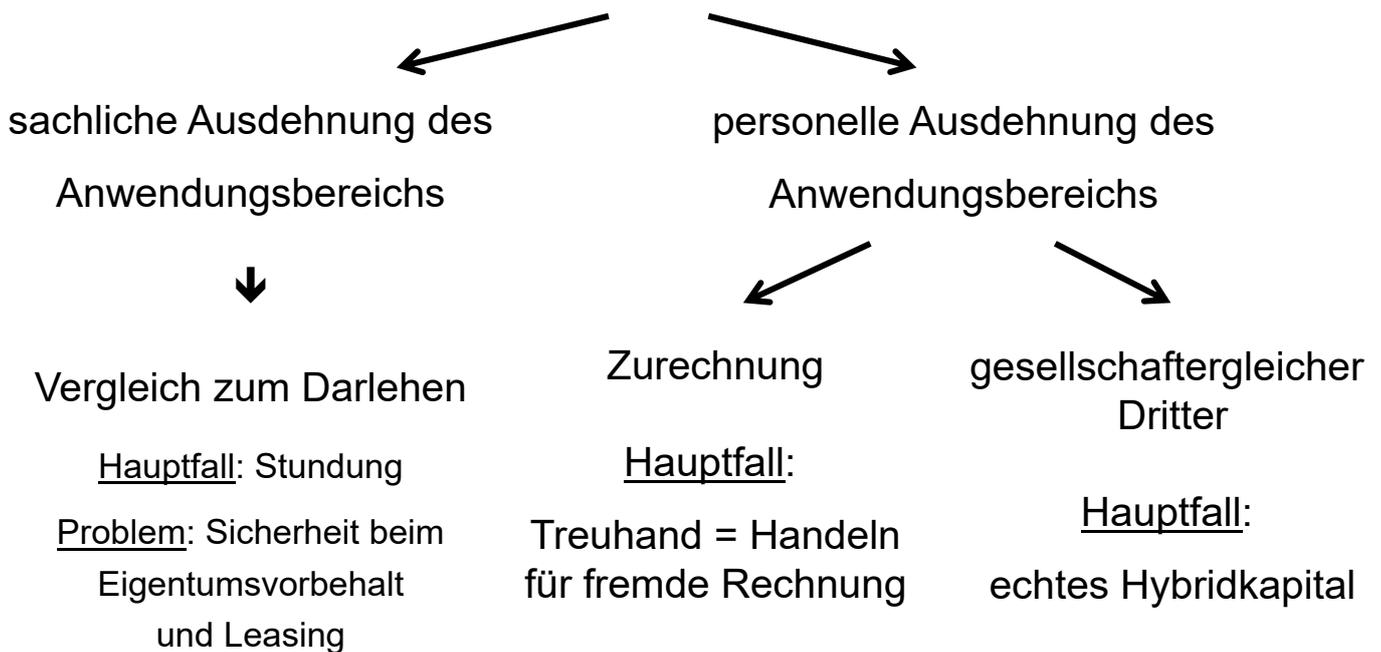
...

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

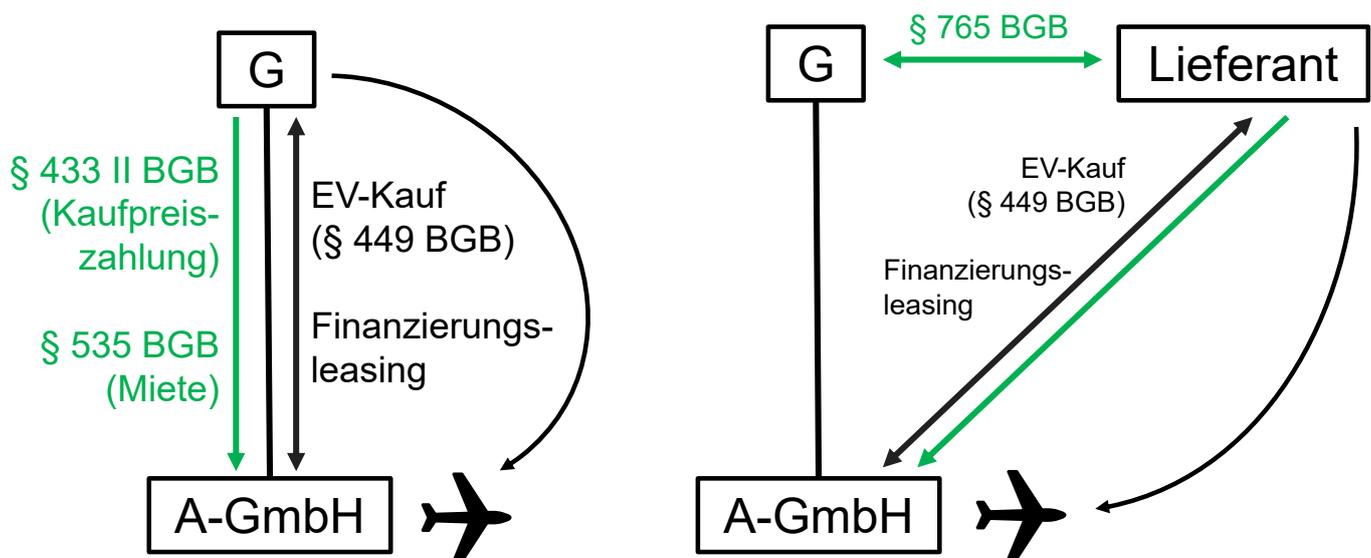
(3) Diese Vorschriften gelten sinngemäß für andere Rechtshandlungen eines Gesellschafters oder eines Dritten, die der Darlehensgewährung nach Absatz 1 oder 2 wirtschaftlich entsprechen.

### 3. Keine sachliche Änderung durch die Neuformulierung bezweckt



Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 207 ff., 234 ff.; *Bitter*, ZIP 2019, 146 ff.; WM 2020, 1764, 1765 f.; ZIP 2024, 1933 ff.; **GmbHR 2024, 1065 ff.**

- 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
- **Problem: Besicherung gestundeter Forderungen**



- 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?

- **BGH v. 10.4.2025 – IX ZR 203/23, ZIP 2025, 1352**
- 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.)

## Anwendungsfall: Gesellschaftergleicher Dritter

- 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.

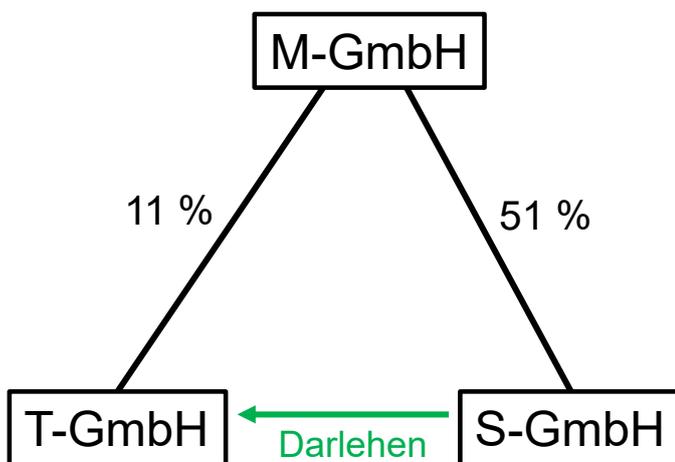
## Wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlung – Immobilienfinanzierung mit Sonderrechten der Bank –

- **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 18) 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.

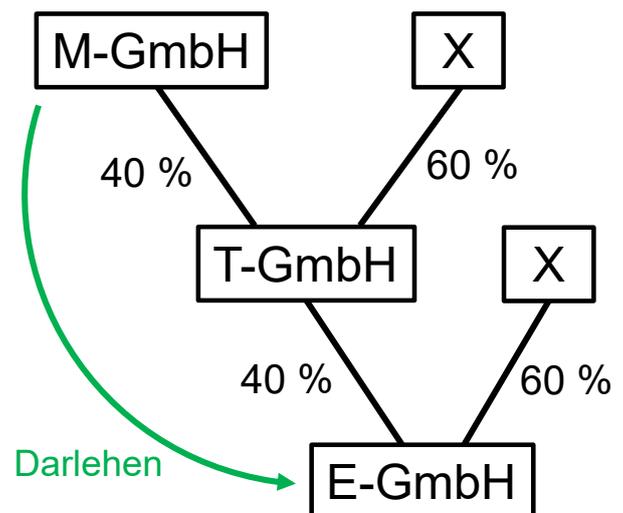
- I. Gesellschafterdarlehensrecht in Gefahr?
- II. Kleinbeteiligtenprivileg
- III. Wirtschaftlich dem Darlehen vergleichbare Rechtshandlung
  1. Leasing und Eigentumsvorbehalt – Verwertung der Sicherheit
  2. Immobilienfinanzierung mit Sonderrechten der Bank
- IV. Gesellschafterdarlehensrecht im Unternehmensverbund**
  1. Horizontale und vertikale Unternehmensverbindung
  2. Sonderfall: Betriebsaufspaltung (koordinierte Kreditvergabe)
  3. Person des Anfechtungsgegners (bei Rückzahlung des Darlehens an die Schwestergesellschaft)
  4. Gesellschafter-Gesellschafter (mittelbare Beteiligung)

## 1. horizontale und vertikale Unternehmensverbindung

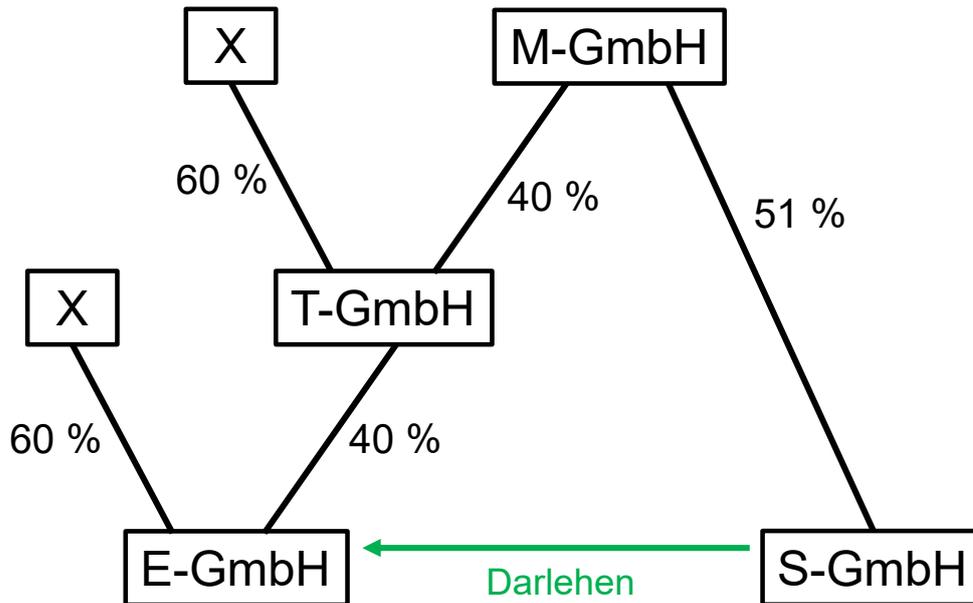
Bitter, GmbHR 2024, 1065, 1074 ff. + 1233 ff.



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

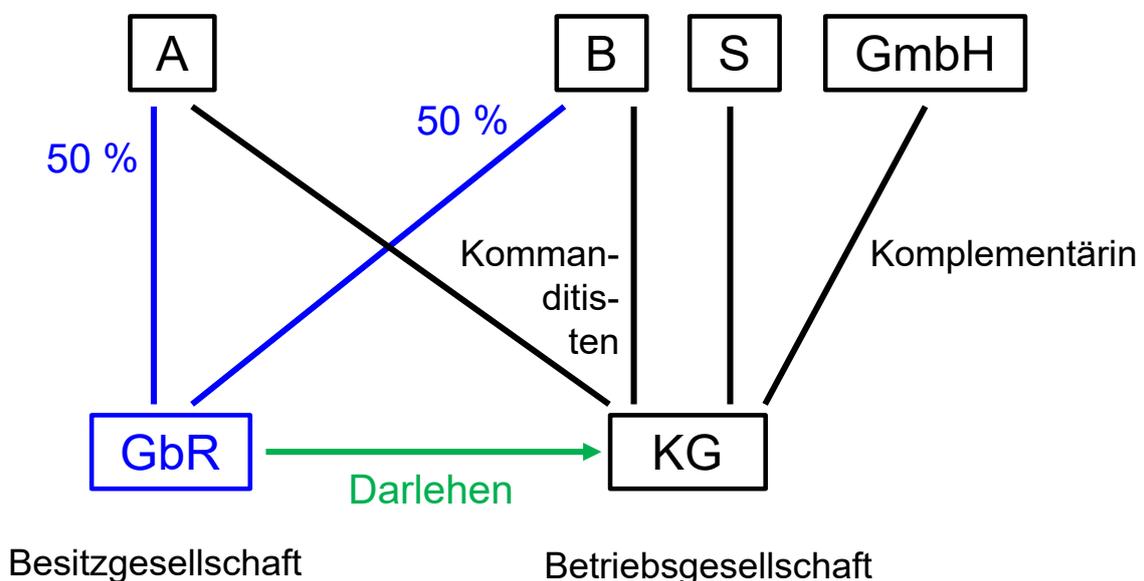


Vertikale Unternehmensverbindung  
= Finanzierung durch  
mittelbaren Gesellschafter  
(Gesellschafter-Gesellschafter)

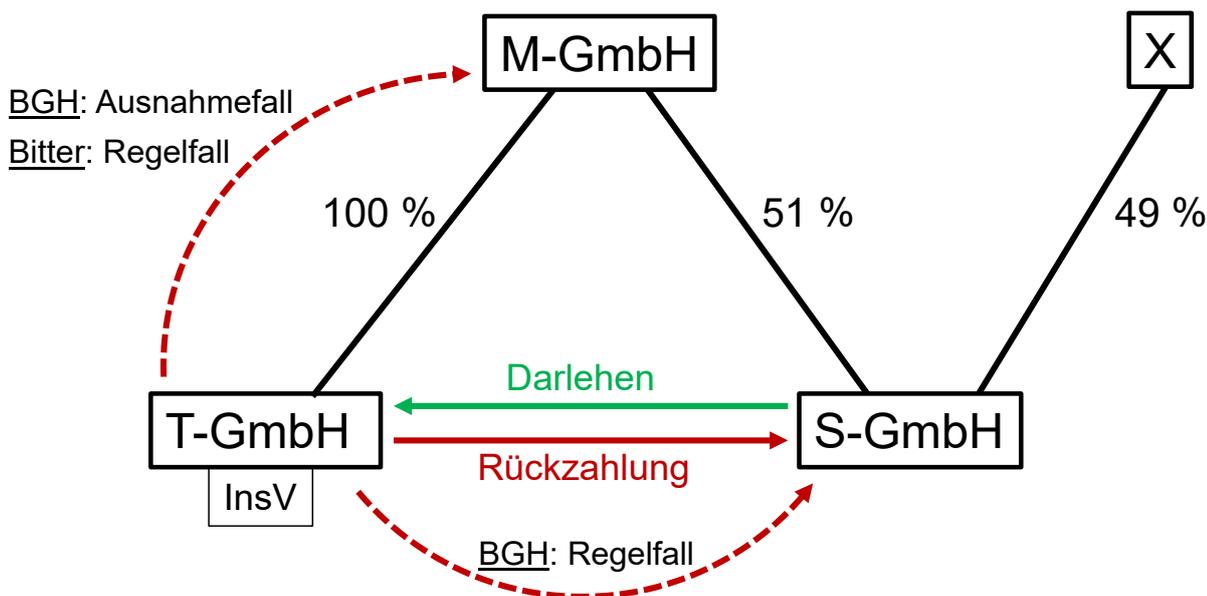


Kombination aus vertikaler und horizontaler Unternehmensverbindung

- ❖ 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** kann (...). 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**



- 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)

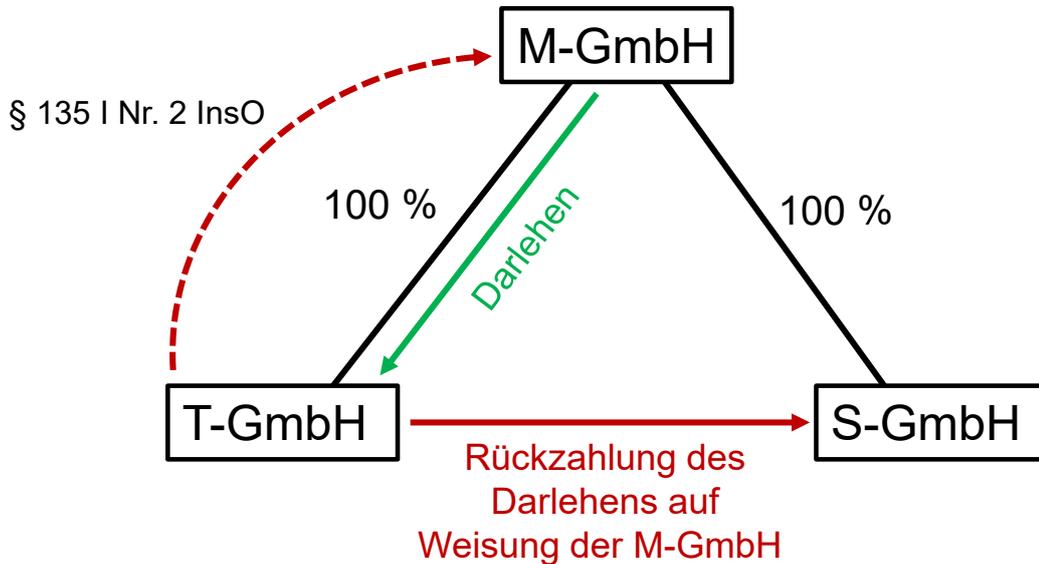
- **BGH v. 19.9.2024 – IX ZR 173/23, BGHZ 241, 321 = ZIP 2024, 2418  
= DB 2024, 2556**

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 45 f.
- Darlehensgewährung durch Treuhänder des Gesellschafters und Rückführung des Darlehens an den Treuhänder (Rn. 29 + 32) ⇒ Folien 47 f.
- Abtretung des Rückzahlungsanspruchs an Dritten und Zahlung an diesen (Rn. 30) ⇒ Folien 49 ff.

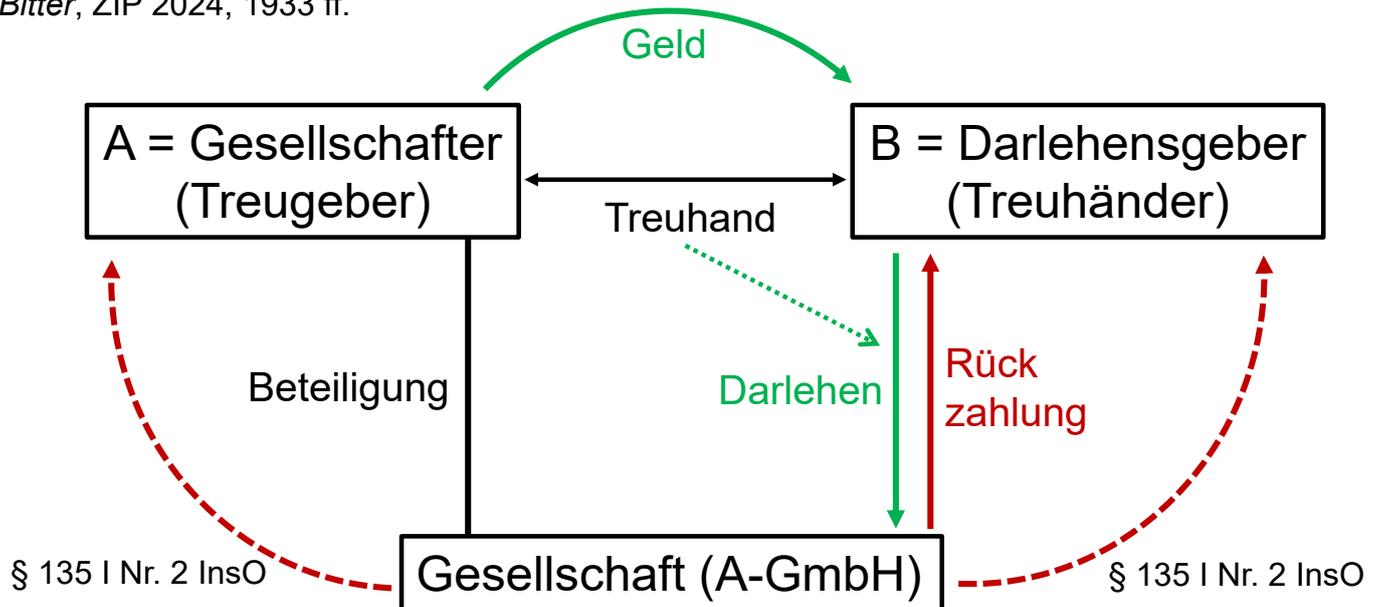


- Insolvenzanfechtung gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO gegen die M-GmbH

- **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.

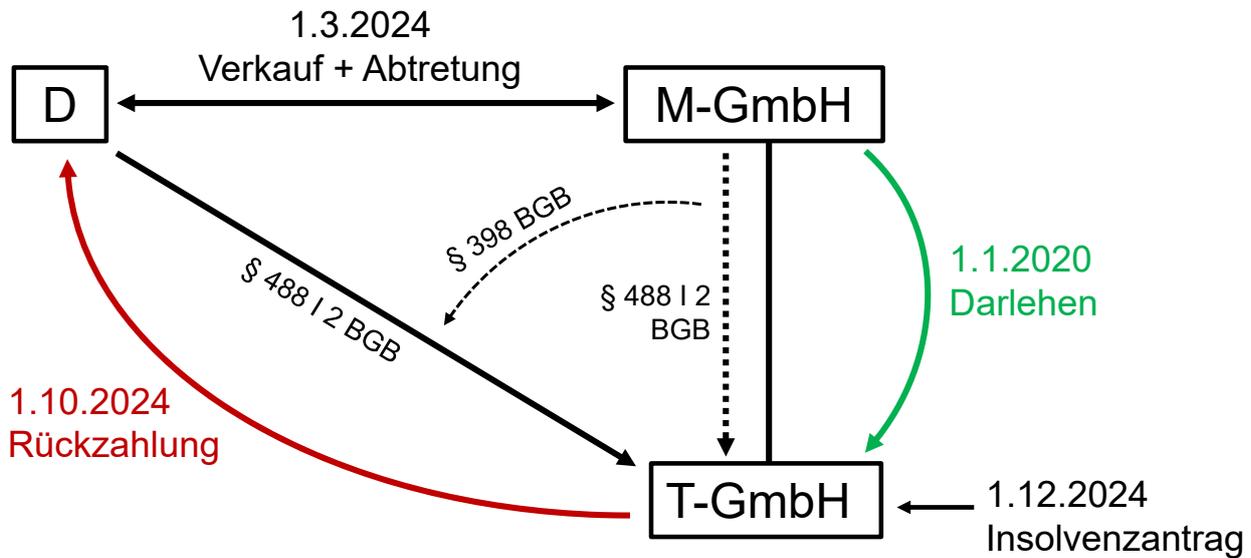


- Das Darlehen unterliegt dem Nachrang des § 39 I 1 Nr. 5 InsO.
- Bei Rückzahlungen vor Insolvenz sind (wohl) beide Anfechtungsgegner.

- **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).“



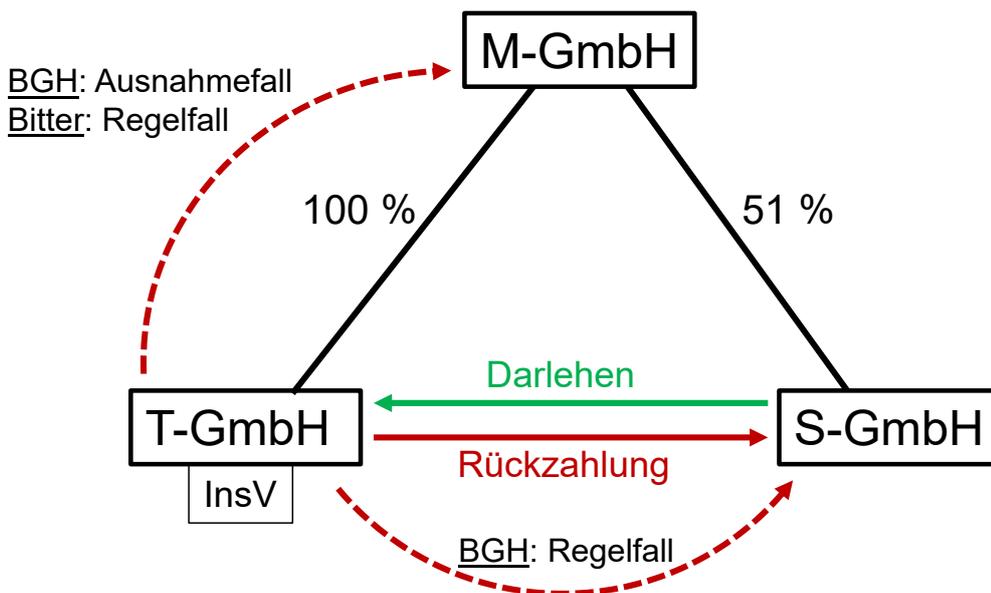
- BGH: Insolvenzanfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO gegen M-GmbH und D

- **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 (...).“

## 3. Person des Anfechtungsgegners bei Rückzahlung des Darlehens an die Schwestergesellschaft



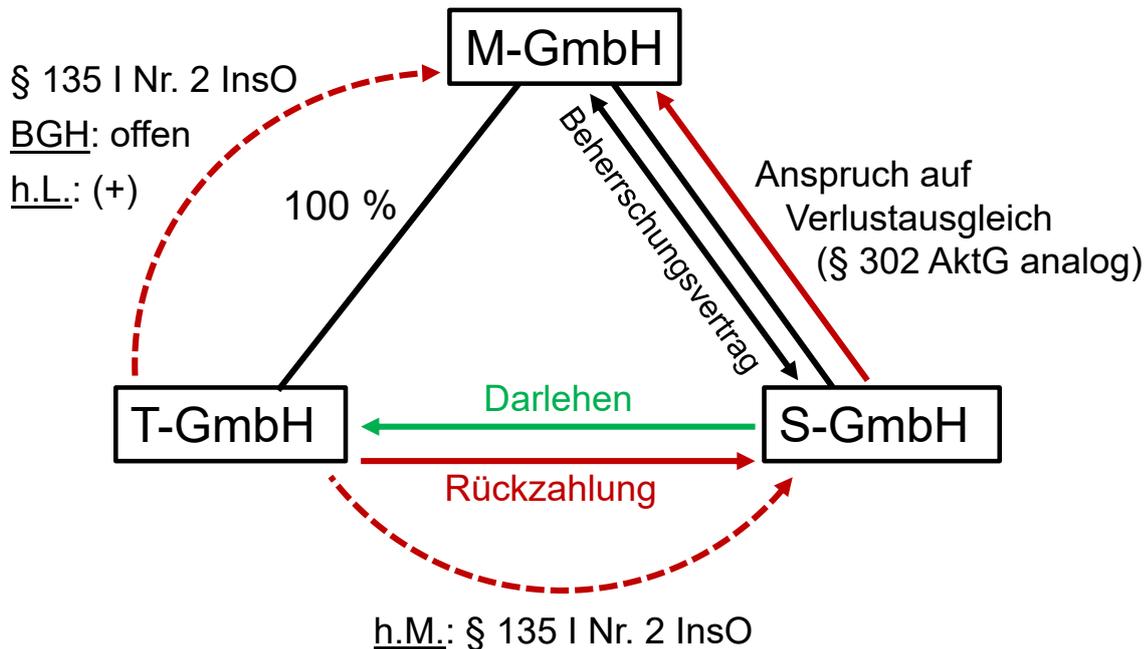
- Frage: Gegen wen richtet sich die Anfechtung gemäß § 135 I Nr. 2 InsO?  
 (Bitter, GmbHR 2024, 1233 ff. zu BGH v. 19.9.2024 – IX ZR 173/23)

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

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.“



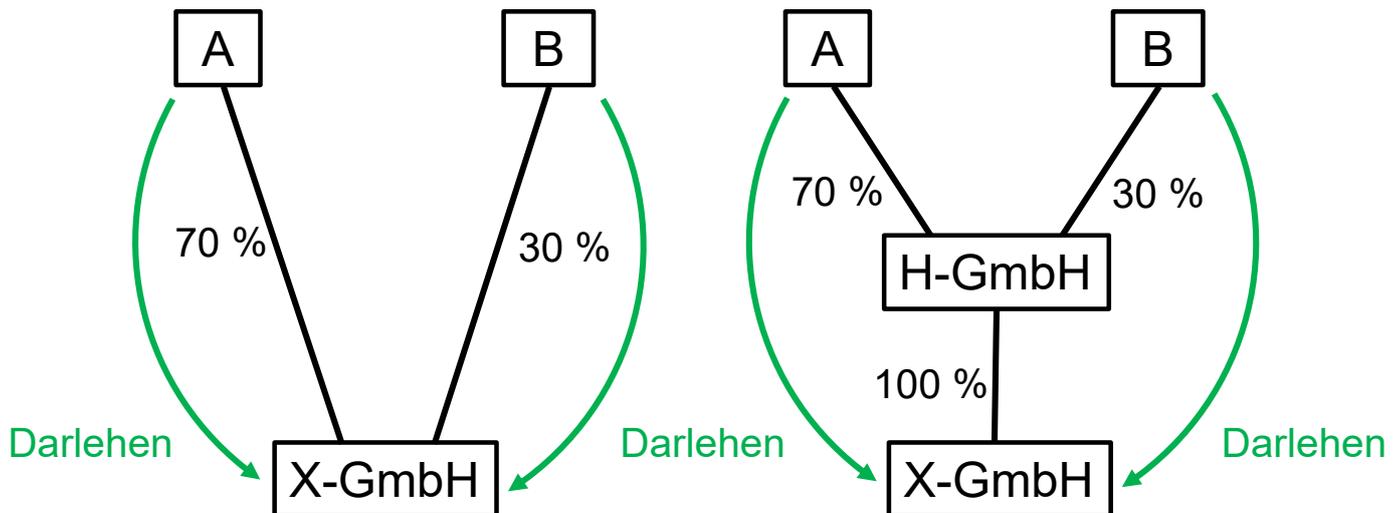
➤ **BGH v. 19.9.2024 – IX ZR 173/23, BGHZ 241, 321 = ZIP 2024, 2418  
= DB 2024, 2556**

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

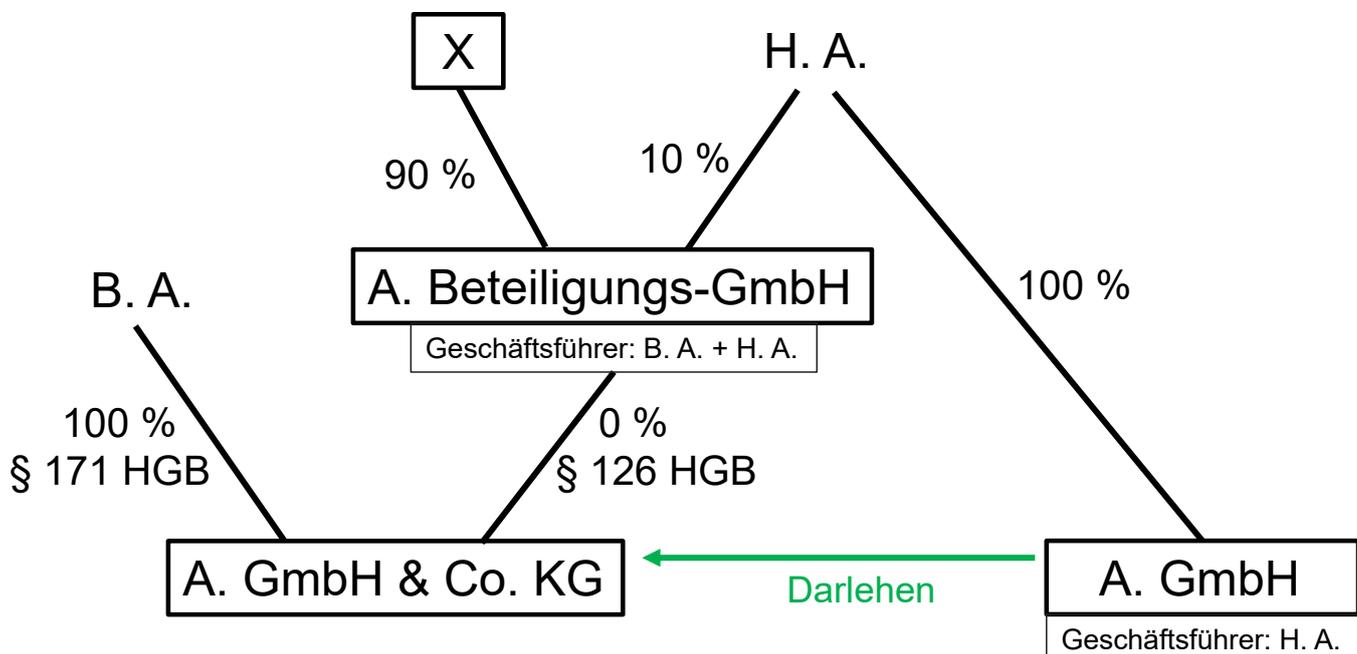


- Frage: Unterliegen die Darlehen dem Gesellschafterdarlehensrecht?
- Abwandlung: H-AG statt H-GmbH

- **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, Urte. 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 Gesetzessystematik, 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, Urte. 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, Urte. 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, Urte. 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.“

© 2025

Prof. Dr. Georg Bitter

Universität Mannheim

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,

Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Schloss, Westflügel

68131 Mannheim

[www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de)

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