

# Vertrag – Prozess – Restrukturierung

*Festschrift für Reinhard Bork  
zum 70. Geburtstag*

Herausgegeben von

Florian Jacoby  
Frank Kebekus  
Michael Veder  
Gerhard Wagner

Mohr Siebeck

ISBN 978-3-16-200198-6/eISBN 978-3-16-200199-3  
DOI 10.1628/978-3-16-200199-3

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2026 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum Zwecke des Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier. Satz: Reemers Publishing Services, Krefeld.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland  
[www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com), [info@mohrsiebeck.com](mailto:info@mohrsiebeck.com)

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort. . . . . V

## Bürgerliches Recht und Grundlagen

*Marietta Auer*  
Civilistische Praxis.  
Ein Streifzug durch 225 Bände AcP . . . . . 3

*Christoph Becker*  
Ausstattung von Zivilgesetzbüchern mit Allgemeinen Teilen im  
historischen Vergleich . . . . . 23

*Tilman Repgen*  
Privatrechtliche Relevanz von Eigenrechten der Natur?  
Anmerkungen zu zwei Entscheidungen des Landgerichts Erfurt . . . . . 45

*Karlheinz Muscheler*  
Die konkludente Willenserklärung . . . . . 65

*Christian Armbrüster*  
Das pactum de non petendo. . . . . 81

*Stefan Vogenauer*  
„Harte Patronatserklärung“ oder „weiche“ Bekundung guten Willens?  
Zur Auslegung englischsprachiger Willenserklärungen  
bei Anwendbarkeit deutschen Rechts . . . . . 95

*Claudia Schubert*  
Ersatz für Schock- und Trauerschäden.  
Eine überfällige Neuausrichtung der höchstrichterlichen Rechtsprechung . 115

*Jürgen Oechsler*  
Besitzdienerschaft im Außenverhältnis. . . . . 127

<i>Dörte Poelzig</i> Sustainable (Linked) Loans. Nachhaltigkeit durch Finanzierung. . . . .	143
<i>Klaus Bartels</i> Schuldbeitritt vs. Sicherungsgesamtschuld. Klärungsbedarf für die Beitrittsschuld, sofern die Urschuld im Wege eines Rangrücktritts subordiniert ist . . . . .	159
<i>Markus Gehrlein</i> Probleme der Verpfändung von Kommanditbeteiligungen . . . . .	179
<i>Bodo Pfündl</i> Die nachträgliche Übersicherung bei Singularsicherheiten und ihre vollstreckungsrechtlichen Folgen. . . . .	191
<i>Dieter Schwab</i> Gottlieb Planck und die Herausforderungen an eine Kodifizierung des Familienrechts . . . . .	209
<i>Hans-Heinrich Trute</i> Wissenschaftsfreiheit im Äußerungsrecht . . . . .	225
<i>Dagmar Felix</i> Das BGB als Lückenfüller im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung. Eine gefährliche Gleichung mit vielen Unbekannten . . . . .	243
Zivilverfahrensrecht	
<i>Marie Luise Graf-Schlicker</i> Ziviljustiz neu denken: Effizienter, schneller, digitaler . . . . .	261
<i>Petra Pohlmann</i> Das Gebot effektiver Durchsetzung des Rechts der Europäischen Union und das deutsche Zivilprozessrecht. Wie steht es um die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten? . . . . .	283
<i>Christoph A. Kern</i> Mehr Klagen wagen?. . . . .	303
<i>Caroline Meller-Hannich</i> Spezialisierung von Richterinnen und Richtern. Die Insolvenz- und Restrukturierungssachen als Vorbild? . . . . .	313

*Heinz Vallender*

Staatenimmunität versus effektive Rechtsdurchsetzung.  
Auswege aus dem Dilemma . . . . . 327

*Bettina Heiderhoff*

Was bleibt nach Real Madrid vom Ordre-public-Vorbehalt? . . . . . 343

*Dieter Leipold*

Komplikationen bei der Suche nach dem richtigen Rechtsweg. . . . . 361

*Herbert Roth*

Negative Kompetenzkonflikte zwischen Spruchkörpern desselben  
Gerichts bei gesetzlicher Zuständigkeitsregelung (§§ 72a, 119a GVG) . . . 369

*Anton S. Zimmermann/Marc-Philippe Weller*

Die rügelose Einlassung im Mehrebenensystem aus Europäischem und  
nationalem Zivilprozessrecht.  
Bestraft das Leben auch die Pünktlichen? . . . . . 383

*Ulrich Magnus*

Die *Oilchart*-Entscheidung des EuGH.  
Neues zur Zuständigkeitsabgrenzung zwischen der Brüssel Ia-VO  
und der EuInsVO? . . . . . 399

*Eberhard Schilken*

Einige konservative Überlegungen zum Missbrauch  
der Vertretungsmacht im Verfahrensrecht . . . . . 417

*Anatol Dutta*

Grenzenlose Verlagerung des Prozesskostenrisikos durch Abtretung an  
Prozessführungsunternehmen?  
Eine Rechtsprechungsexegese. . . . . 427

*Wolfgang Lücke*

Zum Anwendungsbereich des § 240 ZPO am Beispiel  
der Streitwertfestsetzung . . . . . 445

*Gerhard Wagner*

Das Recht auf Zugang zu Beweismitteln als Folgeprinzip des Gebots  
effektiven Rechtsschutzes . . . . . 459

*Alexander Wilfinger*

Kollektive Feststellungsentscheidungen in Deutschland und Österreich . . 479

*Christoph Althammer*

Prozessuale Fragestellungen im Kontext der künftigen Umsetzung der  
„Anti-SLAPP-Richtlinie“ in Deutschland . . . . . 493

*Paul Oberhammer*

Zur Struktur des Verbandsklageverfahrens auf Abhilfe  
im österreichischen Recht . . . . . 507

*Nikolaos K. Klamaris*

Grundlinien und Grundlagen des autonomen hellenischen  
internationalen Zivilprozessrechts.  
Eine zusammenfassende systematische Analyse . . . . . 523

*Jessica Schmidt*

Shareholder protection in case of cross-border conversions, mergers,  
and divisions.  
The international jurisdiction conundrum . . . . . 541

*Dominik Skauradszun*

Elektronische Aktien in Zwangsvollstreckung und Insolvenz . . . . . 557

*Wolfgang Wurmnest*

Die Reform der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit durch das  
Freihandelsabkommen CETA . . . . . 575

*Antonio Maria Marzocco*

Die umstrittene Unterscheidung zwischen Vereinsgerichten  
und Schiedsgerichten in Deutschland und Italien . . . . . 593

*Jochen Taupitz*

Aufgaben und Zuständigkeiten von Ethik-Kommissionen im Kontext  
von Biobanken . . . . . 609

#### Insolvenzrecht

*Peter A. Windel*

Herausforderungen des Insolvenzverfahrensrechts . . . . . 625

*Moritz Brinkmann*

Vom Besonderen zum Allgemeinen?  
Denkanstöße aus dem Bankeninsolvenzrecht für die Entwicklung  
des allgemeinen Insolvenzrechts . . . . . 637

<i>Christoph G. Paulus</i> Par condicio creditorum vs. Massemaximierung. . . . .	653
<i>Catarina Serra</i> The age of preventive restructuring frameworks. Are there public interests left in corporate insolvency law? . . . . .	669
<i>Frank Kebekus</i> Übergeordnetes Verfahrensinteresse – wichtiges Korrektiv oder unzulässige Jokerkarte des Verwalters?. . . . .	685
<i>Karsten Schmidt</i> Zivilprozessrechtliche Parteilehre und Konzerninsolvenz. Ein Streiflicht im Universum der Insolvenzverwaltertheorien . . . . .	703
<i>Andreas Piekenbrock</i> Kapitalgesellschaften als Insolvenzverwalter. . . . .	711
<i>Lucas Flöther/Katharina Gelbrich</i> Die Rollenverteilung zwischen Schuldner und Sachwalter im Eigenverwaltungsverfahren. Rechtsstellung, Pflichten und Haftung. . . . .	729
<i>Alexander Bruns</i> Die Haftung des Insolvenzverwalters im transatlantischen Rechtsvergleich	745
<i>Sarah Paterson</i> Inability to Pay Debts in English Law. Appropriately Versatile or Inappropriately Vague? . . . . .	757
<i>Christian Berger</i> „Ernsthaftes Einfordern“ einer Verbindlichkeit bei der Zahlungsunfähigkeit?	773
<i>Lars Westpfahl</i> Die neue drohende Zahlungsunfähigkeit. Alle Fragen gelöst?. . . . .	789
<i>Georg Bitter</i> Gesamtbetrachtung nach § 15b Abs. 4 Satz 2 InsO als eindeutiger Wille des Gesetzgebers . . . . .	807
<i>Belle Vulto</i> Das Fixierungsprinzip als Leitlinie des „Begründetseins“ im Sinne des § 38 InsO . . . . .	825

<i>Godehard Kayser</i> Freigabe, Pauschalfreigabe, Enthaftung. Schillernde Rechtsinstitute ohne gemeinsame Wurzel. . . . .	845
<i>Rüdiger Wienberg/Frank R. Primožic</i> Ein besonderer Fall der Zuweisung vertretbarer Sachen im Insolvenzverfahren. „Out of the box“ . . . . .	865
<i>Markus Würdinger</i> Zukunft im Recht der Vorsatzanfechtung . . . . .	879
<i>Diederich Eckardt</i> Anfechtungsrechtliche Wissenszurechnung in der Informationsverantwortungssphäre . . . . .	893
<i>Heinrich Schoppmeyer</i> Verjährung im Anfechtungsrecht . . . . .	909
<i>Florian Jacoby</i> Die Befreiung eines Bürgen als anfechtbare Rechtshandlung. Ein Schulfall für die Doppelwirkung im Anfechtungsrecht! . . . . .	925
<i>Ulrich Haas</i> Das Recht der Gesellschafterdarlehen. Zwischen Typisierung und Einzelfallgerechtigkeit . . . . .	941
<i>Daniel Könen</i> Einstandspflicht der Gesellschafter eines Personenverbandes für Verfahrenskosten. Ein Balanceakt zwischen Rechtssprechungsumbruch und MoPeG . . . . .	957
<i>Reinout Vriesendorp</i> Simplified winding-up proceedings of microenterprises and fraud prevention. Deadlock or paradox? . . . . .	973
<i>Nicola Preuß</i> Unternehmerinsolvenz im VDuG-Umsetzungsverfahren. Problemfeld „Anfechtung“ im Stadium der Erfüllungssicherung . . . . .	987
<i>Hanns Prütting</i> Das Drama um die Lösungsklauseln in der Insolvenz . . . . .	1003
<i>Martin Ahrens</i> Streitgegenstandsfragen bei § 302 Nr. 1 InsO . . . . .	1009

<i>Martin Spitzer</i> Prüfungsprozesse abseits der Norm . . . . .	1025
<i>Stephan Madaus</i> Wahlgerichtsstände für Forderungsfeststellungsklagen. Ein Plädoyer für mehr Flexibilität und Sachnähe . . . . .	1041
<i>Olaf Muthorst</i> Offene Versicherungsprämien in der Insolvenz . . . . .	1057
<i>Robert Koch</i> Die D&O-Versicherung in der Insolvenz der Versicherungsnehmerin . .	1071
<i>Peter Kindler</i> Der versicherungsrechtliche „Deckungskonkurs“. Qualifikation und <i>Ordre-public</i> -Relevanz in internationalen Fällen. . . .	1089
<i>Rolf Stürmer</i> Der Schutz der in der Schweiz belegenen Deckungswerte deutscher Pfandbriefbanken im Falle ihrer Insolvenz in der jüngeren Geschichte des schweizerischen und deutschen Rechts . . . . .	1105
<i>Michael C. Frege/Dorian Beghin</i> Investive Gläubiger . . . . .	1121
<i>Peter Laroche</i> Wirkungsgrenzen ausländischer Insolvenzverfahren und Planregelungen im Inland . . . . .	1135
<i>Wolf-Georg Ringe</i> Risiken bei der EU-Insolvenzrechtsharmonisierung . . . . .	1147
<i>Laura Carballo Piñeiro</i> Actio pauliana and EU private international law. A complex personality in a binary world . . . . .	1163
<i>Bárbara Gadig</i> The Proposal for Harmonization of Transaction Avoidance Law in Insolvencies within EU. A Model for Brazil? . . . . .	1183
<i>Gerard McCormack</i> Cross Border Insolvency and the English common law . . . . .	1199

*Sven-Holger Undritz*

Geschäftsführerhaftung im Sekundärinsolvenzverfahren.  
(In)differentes Pflichtenprogramm in der grenzüberschreitenden  
Insolvenz? . . . . . 1223

### Restrukturierung

*Wolfgang Ernst*

Römischrechtliche Grundlagen von Insolvenz- und Restrukturierungsplan 1235

*Susanne Berner*

Rechtliche und strategische Maßstäbe bei der Erstellung  
des Restrukturierungsplans . . . . . 1251

*Francisco Garcimartin*

New money and transaction avoidance actions.  
When the *lex restructuracionis* and the *lex concursus* do not coincide . . . 1267

*Christoph Thole*

Gleichbehandlungsfragen im StaRUG . . . . . 1279

*Reinhard Dammann*

Gleichbehandlung von Planbetroffenen und Gruppenbildung. . . . . 1297

*Ben Schuijling/Michael Veder*

The uneasy case for the recognition of non-public restructuring  
proceedings under the WHOA and the StaRUG . . . . . 1305

*Carsten Schäfer*

Einleitung einer Restrukturierungssache ohne Gesellschafterbeteiligung? 1321

*Felix Steffek*

Die rechtzeitige Auslösung von Restrukturierungs- und  
Liquidationsverfahren über haftungsbeschränkte Gesellschaften aus  
ökonomischer Perspektive . . . . . 1337

*Sebastian Mock*

Aus dem Geld ... als zweifelhafte Grundlage einer Art von  
wirtschaftlicher Betrachtungsweise im Restrukturierungsrecht . . . . . 1355

*Renato Mangano*

Securitisation, Credit Default Swaps (CDSs) and Restucturing Law.  
Struggling with creditors' rational apathy and moral hazard . . . . . 1371

<i>Jennifer Payne</i>	
Third-Party Releases in English Debt Restructuring . . . . .	1385
<i>Haimo Schack</i>	
Anerkennung präventiver Restrukturierungsverfahren im Ausland . . . .	1397
<i>Bob Wessels</i>	
A Paper Construction To Protect Rembrandt From His Creditors? . . . .	1409
Verzeichnis der Schriften von Reinhard Bork . . . . .	1423
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren . . . . .	1449



# Das Recht der Gesellschafterdarlehen

## Zwischen Typisierung und Einzelfallgerechtigkeit

*Ulrich Haas*

### I. Einleitung

Mit der Neuregelung des Rechts der Gesellschafterdarlehen durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts<sup>1</sup> (Sonderrecht der Gesellschafterdarlehen) wollte der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung „[d]ie Regelung [...] für die Rechtspraxis wesentlich vereinfachen“.<sup>2</sup> Dieses gesetzgeberische Ziel unterstreicht auch der BGH in einer Entscheidung, in der es wie folgt heißt:

„Der Gesetzgeber wollte mit der Neuregelung die Rechtslage erheblich einfacher und übersichtlicher gestalten und dadurch zu einer größeren Rechtssicherheit und einfacheren Handhabbarkeit der Eigenkapitalgrundsätze gelangen.“<sup>3</sup>

Ein Paradigmenwechsel war vom Gesetzgeber mit der Neuregelung aber nicht beabsichtigt. Aus der Gesetzesbegründung wird vielmehr deutlich, dass der Gesetzgeber in vielerlei Hinsicht an das bisherige Recht anknüpfen und das bisherige Recht lediglich vereinfachen und rechtformneutral ausgestalten wollte.<sup>4</sup> Abweichen wollte der Gesetzgeber vom Eigenkapitalersatzrecht lediglich punktuell, nämlich beim sachlichen Anwendungsbereich. Die Neuregelung sollte die überschießende Rechtsprechung zu den kapitalersetzenden Nutzungsüberlassungen<sup>5</sup> zurückdrängen.<sup>6</sup>

Der Gesetzgeber hat mit der Neuregelung den Normzweck der Bestimmungen unverändert gelassen. Das Recht der Gesellschafterdarlehen verfolgt den identischen Normzweck wie das vormalige Eigenkapitalersatzrecht. Beide

---

<sup>1</sup> BGBl. I 2008, Nr. 48.

<sup>2</sup> BT-Drucks. 16/6140, 56; s.a. HCL/*Habersack*, GmbHG, 3. Aufl. 2020, Anh. § 30 Rn. 10; HK-InsO/*Kleindiek*, 11. Aufl. 2023, § 39 Rn. 25; HambKommInsO/*Schröder*, 10. Aufl. 2024, § 135 Rn. 13: größere Rechtssicherheit und einfachere Handhabbarkeit.

<sup>3</sup> BGH NZG 2015, 924 Rn. 7.

<sup>4</sup> BT-Drucks. 16/6140, 56. Im Grundsatz auch HambKommInsO/*Schröder*, 10. Aufl. 2024, § 135 Rn. 13.

<sup>5</sup> BGHZ 109, 55 ff.; BGHZ 121, 31 ff.; BGH NJW 1997, 3026 ff.

<sup>6</sup> Noack/Servatius/Haas/*Haas*, GmbHG, 24. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 67 f.; HCL/*Habersack*, GmbHG, 3. Aufl. 2020, Anh. § 30 Rn. 11.

Regelungen versuchen, dasselbe Phänomen zu erfassen:<sup>7</sup> Gesellschafter, die im Vorfeld der Insolvenz schuldrechtliche Rechtsgeschäfte mit der Gesellschaft abschließen, die gesellschaftsrechtlich motiviert sind, sollen sich in der Gesellschaftsinsolvenz nicht ohne weiteres als Drittgläubiger gerieren und mit diesen konkurrieren dürfen. Stattdessen überlagert die Gesellschafterstellung, um derentwillen das Rechtsgeschäft abgeschlossen wurde, die Rechtsstellung als Drittgläubiger. Ebenso wie die Ansprüche aus der mitgliedschaftsrechtlichen Rechtsstellung (§ 199 S. 2 InsO), sollen daher auch diese schuldrechtlichen Ansprüche nur nachrangig aus dem Gesellschaftsvermögen befriedigt werden.<sup>8</sup> *Kleindiek* spricht insoweit von einer Korrektur des Risikogleichgewichts.<sup>9</sup> Der Gesellschafter soll im Erfolgsfall nicht nur einseitig am Gewinn über seiner Gesellschafterstellung partizipieren können, sondern zugleich im Fall der Insolvenzeröffnung mit dem Verlust des eingesetzten Kapitals rechnen müssen.<sup>10</sup> Ähnlich heißt es zum Normzweck in einer aktuellen Entscheidung des BGH:

„[...] der tragende Grund der Nachrangigkeit [liegt] darin, dass der Gesellschafter eine Geschäftstätigkeit (fremd-)finanziert, die ihm mittelbar über seine Stellung als Gesellschafter zugutekommt.“<sup>11</sup>

## II. Typisierungen

Die leichtere Handhabbarkeit und größerer Rechtssicherheit ist nur um den Preis von Typisierungen zu erhalten. In der Tat arbeitet der Gesetzgeber im Rahmen des Sonderregimes der Gesellschafterdarlehen mit verschiedenen Typisierungen.

### 1. Der persönliche Anwendungsbereich

In persönlicher Hinsicht will der Gesetzgeber nur solche Gesellschafter erfassen, die „unternehmerisch“ tätig sind.<sup>12</sup> Nur bei diesen Gesellschaftern ist es überhaupt denkbar, dass sie ein schuldrechtliches Rechtsgeschäft mit der Gesellschaft um der Gesellschaft willen, also *causa societatis* abschließen. Das Gesetz verlangt jedoch nicht, dass die Motivation des Gesellschafters, warum er den

<sup>7</sup> So schon *Bork*, ZGR 2007, 250, 257 f.; *Altmeyden*, GmbHG, 11. Aufl. 2023, Anh. § 30 Rn. 10.

<sup>8</sup> *Schultz*, ZRI 2024, 887 f.; Noack/Servatius/Haas/Haas, GmbHG, 24. Aufl. 2025, § 39 InsO Rn. 52; HK-InsO/*Kleindiek*, 11. Aufl. 2023, § 39 Rn. 30; HK-GmbHG/*Göb/Kolmann*, 5. Aufl. 2024, Anh. § 30 Rn. 29; a. A. HCL/*Habersack*, GmbHG, 3. Aufl. 2020, Anh. § 30 Rn. 20.

<sup>9</sup> HK-InsO/*Kleindiek*, 11. Aufl. 2023, § 39 Rn. 30; so bereits schon *Haas*, Gutachten zum 66. DJT, 2006, E 57.

<sup>10</sup> HK-InsO/*Kleindiek*, 11. Aufl. 2023, § 39 Rn. 30; s.a. HK-GmbHG/*Göb/Kolmann*, 5. Aufl. 2024, Anh. § 30 Rn. 29.

<sup>11</sup> BGH ZIP 2024, 2295 Rn. 19.

<sup>12</sup> Siehe Begr. RegE KapAEG BT-Drucks. 13/7141 (abgedruckt in ZIP 1997, 707, 709); vgl. auch HambKommInsO/*Lüdtke*, 10. Aufl. 2024, § 39 Rn. 63.

Gesellschaftsanteil hält, ergründet wird. Auch muss das Gericht nicht „messen“, ob und welchen Einfluss der Gesellschafter auf die Geschicke der Gesellschaft hat. Stattdessen typisiert der Gesetzgeber. Maßgebend ist allein die formale Gesellschafterstellung, d. h. die materiell-rechtliche Inhaberschaft des Anteils. Subjektive Kriterien spielen hierbei keine Rolle.<sup>13</sup> Jeder, der einen Gesellschaftsanteil hält, ist demzufolge ein unternehmerischer Gesellschafter, es sei denn, er ist „kleinbeteiligt“ (§ 39 Abs. 5 InsO). Ausnahmsweise ist auch der kleinbeteiligte Gesellschafter aber ein „unternehmerischer“ Gesellschafter, wenn er Gesellschafter-Geschäftsführer ist, er also die Geschicke der Gesellschaft lenkt.

Die vom Gesetzgeber vorgenommene Typisierung ist vergleichsweise grob, da grundsätzlich auch ein Gesellschafter, der über eine Beteiligung von 20% verfügt, eine gänzlich passive Stellung in einer Gesellschaft einnehmen kann. Umgekehrt, kann ein Gesellschafter, der nur über eine Kleinbeteiligung verfügt, mit dieser Beteiligung durchaus unternehmerische Ziele verfolgen. Die Rechtsprechung akzeptiert diese groben Typisierungen des Gesetzgebers. Sie interessiert sich nicht für die „wahren Verhältnisse“. Es ist unwesentlich, wie der Gesellschaftsanteil im konkreten Fall ausgestaltet ist. Selbst wenn der Anteil stimmrechtlos ist, der Gesellschafter keinen Einfluss auf die Geschäftsführung hat oder am Gewinn nicht beteiligt ist, ist er vom persönlichen Anwendungsbereich erfasst.<sup>14</sup> Gleichgültig ist auch, aus welchen Gründen ein Gesellschafter den Gesellschaftsanteil hält, sei es aus Freundschaft, Gefälligkeit, familienrechtlicher Verbundenheit oder als Kapitalanlage.<sup>15</sup> Das OLG Schleswig hat dies kürzlich wie folgt auf den Punkt gebracht:

„Soweit die Bekl. ihre Berufungsbegründung im Schwerpunkt darauf zu stützen sucht, dass sie als „faktische Nichtgesellschafterin“ nicht Gesellschafterin der Schuldnerin gewesen sei, weil ihr in tatsächlicher Hinsicht keine Gesellschafterrechte eingeräumt worden seien, führt dieses Argument nicht zu einer Unanwendbarkeit von § 135 I Nr. 1 InsO. Es ist für die Stellung als formelle Gesellschafterin der Schuldnerin unerheblich, ob die Bekl. sich nur auf dringendes Bitten der Schuldnerin dazu bereit erklärt hatte, ein Pfandrecht an einer anderen Gesellschaft (GW-GmbH) gegen die formale Gesellschafterstellung bei der Schuldnerin sicherheitshalber einzutauschen. Unerheblich ist auch, ob die Bekl. zu diesem Zeitpunkt selbst Interesse an einer dauerhaften Gesellschafterstellung bei der Schuldnerin hatte oder nicht und ob ihr auf Verlangen tatsächlich die Gesellschafterrechte eingeräumt wurden, welche sie geltend machte oder hätte beanspruchen können.“<sup>16</sup>

Damit spielt es für die Anwendung des Sonderrechts keine Rolle, ob und welchen Beschränkungen der Gesellschafter bei Ausübung der Mitgliedschaftsrechte gegenüber anderen (z. B. als Treuhänder) unterliegt.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> HambKommInsO/Schröder, 10. Aufl. 2024, § 135 Rn. 19; HK-GmbHG/Göb/Kolmann, 5. Aufl. 2024, Anh. § 30 Rn. 42.

<sup>14</sup> HCL/Habersack, GmbHG, 3. Aufl. 2020, Anh. § 30 Rn. 75.

<sup>15</sup> BGH NJW 1988, 3143, 3144 f.; OLG Schleswig NZI 2024, 620 Rn. 53; HCL/Habersack, GmbHG, 3. Aufl. 2020, Anh. § 30 Rn. 75.

<sup>16</sup> OLG Schleswig NZI 2024, 620 Rn. 53.

<sup>17</sup> OLG Brandenburg NZI 2023, 999 Rn. 48; HK-GmbHG/Göb/Kolmann, 5. Aufl. 2024, Anh. § 30 Rn. 65.

Des Weiteren ist die Rechtsprechung auch nicht gewillt, die Schwelle des Kleinbeteiligtenprivilegs mit Blick auf die Umstände des Einzelfalles, etwa den dem Gesellschafter zukommenden Stimmrechte, zu modifizieren.<sup>18</sup> In einer aktuellen Entscheidung des BGH heißt es insoweit wie folgt:

„Die Anwendung des Kleinbeteiligtenprivilegs scheidet 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 [...] Der Gesetzgeber hat [...] mit einer Beteiligung von 10% oder weniger am Haftkapital eine starre Grenze eingeführt.“<sup>19</sup>

## 2. Der sachliche Anwendungsbereich

Dem Sonderrecht der Gesellschafterdarlehen werden – nach dem Gesetzeswortlaut – „Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens“ unterstellt. Dahinter steht die Vorstellung, dass Darlehensverträge zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft typischerweise *causa societatis*, also um der Gesellschaft willen geschlossen werden. Die Folge ist, dass sich der Gesellschafter, der gleichzeitig Darlehensgläubiger ist, in der Gesellschaftsinsolvenz nicht auf seine formale Drittgläubigerstellung berufen kann.

Auch hierbei handelt es sich um eine mehr oder weniger grobe Typisierung. Aus welchen Gründen nämlich der Darlehensvertrag geschlossen wird (zu Investitionszwecken, Begleichung bestimmter Verbindlichkeiten, Einstellung von Arbeitnehmern, Gefälligkeit für Dritte, etc.) interessiert nicht.<sup>20</sup> Selbst Darlehen, die zu Sanierungszwecken gewährt werden und im wohlverstandenen Interesse der Gläubigersamtheit liegen, fallen unter das Sonderrecht, es sei denn die Kreditvergabe geht mit einem Anteilerwerb einher (§ 39 Abs. 4 InsO).<sup>21</sup> Ebenso unerheblich ist es, ob das Darlehen besichert ist, der Gesellschafter also ein Bonitätsrisiko der Gesellschaft übernimmt oder ob ein Dritter (beispielsweise eine Bank) das Darlehen an die Gesellschaft unter den exakt gleichen Bedingungen vergeben hätte. Ob also das Gesellschafterdarlehen einem Drittvergleich standhält,<sup>22</sup> verzinslich oder unverzinslich, für eine bestimmte Zeit oder unbefristet vergeben wurde, spielt mithin für die Anwendbarkeit des Sonderrechts

<sup>18</sup> Habersack, ZIP 2007, 2145, 2149 f.; HCL/Habersack, GmbHG, 3. Aufl. 2020, Anh. § 30 Rn. 98; HK-InsO/Kleindiek, 11. Aufl. 2023, § 39 Rn. 69; HambKommInsO/Lüdtke, 10. Aufl. 2024, § 39 Rn. 64; HK-GmbHG/Göb/Kolmann, 5. Aufl. 2024, Anh. § 30 Rn. 85.

<sup>19</sup> BGH NZI 2023, 383 Rn. 21 ff.

<sup>20</sup> BGH NJW 2019, 2923 Rn. 33; HK-InsO/Kleindiek, 11. Aufl. 2023, § 39 Rn. 39.

<sup>21</sup> Siehe zum Ganzen Noack/Servatius/Haas/Haas, GmbHG, 24. Aufl. 2025, § 39 InsO Rn. 199 ff.; HambKommInsO/Lüdtke, 10. Aufl. 2024, § 39 Rn. 57.

<sup>22</sup> Noack/Servatius/Haas/Haas, GmbHG, 24. Aufl. 2025, § 39 InsO Rn. 149; HambKommInsO/Schröder, 10. Aufl. 2024, § 135 Rn. 22; HK-GmbHG/Göb/Kolmann, 5. Aufl. 2024, Anh. § 30 Rn. 112.

keine Rolle.<sup>23</sup> Unerheblich ist auch, woher die Mittel stammen, die der Gesellschafter der Gesellschaft darlehensweise überlässt.

Darüber hinaus ist gleichgültig, für welchen Zeitraum das Darlehen gewährt wurde, ob dieses lang-, mittelfristig oder lediglich als kurzfristiger Überbrückungskredit vergeben wurde.<sup>24</sup> Auch der Rechtsgrund für die Darlehensgewährung – sei es ein schuldrechtlicher Vertrag oder eine Regelung im Gesellschaftsvertrag – hat keine Bedeutung.<sup>25</sup> Maßgeblich ist allein die formale Stellung als Darlehensgläubiger.

### 3. Der zeitliche Anwendungsbereich

Aus dem Schatten eines normalen Kreditgebers tritt der Gesellschafter-Darlehensgeber insbesondere dann heraus, wenn er die Gläubigerstellung krisennah innehat. Dann liegt die Annahme nahe, dass der Gesellschafter die mit der Kreditgewährung verbundenen Risiken in erster Linie um den Erhalt seiner Gesellschafterstellung willen eingegangen ist.<sup>26</sup> Der Gesetzgeber geht – typisierend – von einem Krisenzeitraum von einem Jahr vor Insolvenzeröffnung aus (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Erfolgt die Rückzahlung vor diesem Zeitraum, entfällt die Grundlage für eine analoge Anwendung des Rechtsgedankens in § 199 S. 2 InsO für das Darlehensgeschäft. Das Darlehensgeschäft verliert dann seine Prägung *causa societatis* und es liegt keine anstößige Risikoverlagerung zu Lasten der Gläubigersamtheit vor.

Der Krisenzeitraum von einem Jahr ist freilich eine grobe Typisierung.<sup>27</sup> Aus der Praxis sind viele Fälle bekannt, in denen die Krise der Gesellschaft deutlich länger oder auch kürzer als ein Jahr andauert. Die vom Gesetzgeber vorgenommene Typisierung privilegiert einerseits den Gesellschafter, der die Rückzahlung des Darlehens gegenüber einer in der Krise befindlichen Gesellschaft (gerade noch) außerhalb der Jahresfrist durchsetzt. Andererseits benachteiligt sie den Gesellschafter, der die Darlehensforderung gegen eine solvente Gesellschaft durchsetzt, über die anschließend – etwa aufgrund eines unvorhersehbaren Spontanereignisses – innerhalb eines Jahres das Insolvenzverfahren eröffnet wird.

Die Literatur will aber an dieser gesetzlichen Typisierung nicht rütteln.<sup>28</sup> So hat der BGH etwa in einer Entscheidung wie folgt festgehalten:

<sup>23</sup> Noack/Servatius/Haas/Haas, GmbHG, 24. Aufl. 2025, § 39 InsO Rn. 147, 149.

<sup>24</sup> BGH NZI 2013, 483 Rn. 14; NJW 2019, 2923 Rn. 31; ZIP 2020, 2409 Rn. 10; HambKomInsO/Schröder, 10. Aufl. 2024, § 135 Rn. 22; HK-GmbHG/Göb/Kolmann, 5. Aufl. 2024, Anh. § 30 Rn. 114; Altmeyen, GmbHG, 11. Aufl. 2023, Anh. § 30 Rn. 97.

<sup>25</sup> Noack/Servatius/Haas/Haas, GmbHG, 24. Aufl. 2025, § 39 InsO Rn. 149; HCL/Habersack, GmbHG, 3. Aufl. 2020, Anh. § 30 Rn. 50.

<sup>26</sup> Altmeyen, GmbHG, 11. Aufl. 2023, Anh. § 30 Rn. 10 ff.

<sup>27</sup> Scholz/Bitter, GmbHG, 13. Aufl. 2025, § 135 Rn. 165; Noack/Servatius/Haas/Haas, GmbHG, 24. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 17; HK-GmbHG/Göb/Kolmann, 5. Aufl. 2024, Anh. § 30 Rn. 33.

<sup>28</sup> HCL/Habersack, GmbHG, 3. Aufl. 2020, Anh. § 30 Rn. 121: Die Jahresfrist ist strikt.

„Weder für eine teleologische Reduktion des § 135 InsO InsO in dem Sinne, dass dem Gesellschafter der Entlastungsbeweis ermöglicht wird, zum Zeitpunkt der Rückführung des Darlehens habe noch kein Insolvenzgrund vorgelegen, noch für eine analoge Anwendung des § 136 Abs. 2 InsO bleibt im Hinblick auf das Gesamtkonzept der neuen Regelungen Raum [...]. Der Gesetzgeber [...] hat dabei unter Abwägung der Interessen sowohl der Insolvenzgläubiger als auch der Gesellschafter die Rückzahlung des Gesellschafterkredits und eines durch den Gesellschafter abgesicherten Kredits nicht mehr dem Kapitalerhaltungsrecht unterworfen, sondern dem durch feste Fristen gekennzeichneten Insolvenzanfechtungsrecht [...]“<sup>29</sup>

Problematisch ist auch, wie mit einem Gesellschafter-Gläubiger umzugehen ist, der außerhalb der Jahresfrist ernsthaft versucht hat, seine Darlehensforderung gegenüber der Gesellschaft durchzusetzen, die Gesellschaft die Darlehensforderung aber nicht begleicht. Die h.M. stellt auch in diesen Fällen formal darauf ab, ob die Rückzahlung innerhalb oder außerhalb der Jahresfrist erfolgt ist. Ernsthafte Versuche, die Rückzahlung zu erhalten, stehen einer tatsächlichen Erfüllung nicht gleich. Wann die Erfüllungshandlung vorgenommen wurde, bestimmt sich allein nach § 140 InsO.<sup>30</sup>

Diese in der Jahresfrist liegende Typisierung hat die Rechtsprechung auch auf andere Fälle entsprechend angewandt, in der vor Insolvenzeröffnung die Doppelstellung als Gesellschafter-Kreditgeber erst entsteht<sup>31</sup> oder aufgelöst wird.<sup>32</sup> Letzteres ist beispielsweise der Fall, wenn der Gesellschafter vor Insolvenzeröffnung die Forderung oder seine Gesellschafterstellung auf einen Dritten überträgt.<sup>33</sup> Wird in diesen Fällen die Doppelstellung vor Ablauf der Jahresfrist (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO) aufgelöst, findet nach h.M. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO auf die Darlehensforderung keine Anwendung.<sup>34</sup> Auch hier wird also die Jahresfrist starr und typisierend angewandt, und zwar unabhängig von den Umständen des Einzelfalles. Insbesondere spielt es hier keine Rolle, ob sich die Gesellschaft zu diesem Zeitpunkt bereits in einer finanziellen Krise befand oder ob die Gesellschaft überhaupt in der Lage gewesen wäre, das Darlehen zurückzubezahlen. Entsprechend behandelt die Rechtsprechung den Fall, dass die Beteiligung des Gesellschafters auf eine Kleinbeteiligung herabsinkt.<sup>35</sup> Geschieht dies innerhalb der Jahresfrist, bleibt der Rückzahlungsanspruch subordiniert, unabhängig von der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft zu diesem Zeitpunkt.<sup>36</sup>

<sup>29</sup> BGH NZG 2015, 924 Rn. 7.

<sup>30</sup> HK-InsO/Kleindiek, 11. Aufl. 2023, § 135 Rn. 33; HambKommInsO/Schröder, 10. Aufl. 2024, § 135 Rn. 36; HK-GmbHG/Göb/Kolmann, 5. Aufl. 2024, Anh. § 30 Rn. 152.

<sup>31</sup> Siehe hierzu HK-GmbHG/Göb/Kolmann, 5. Aufl. 2024, Anh. § 30 Rn. 45 f.

<sup>32</sup> Siehe hierzu Scholz/Bitter, GmbHG, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 74; HK-GmbHG/Göb/Kolmann, 5. Aufl. 2024, Anh. § 30 Rn. 49 f.

<sup>33</sup> Scholz/Bitter, GmbHG, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 75; HK-InsO/Kleindiek, 11. Aufl. 2023, § 39 Rn. 45.

<sup>34</sup> BGH ZIP 2012, 86 Rn. 13 ff.; s.a. HambKommInsO/Schröder, 10. Aufl. 2024, § 135 Rn. 20.

<sup>35</sup> BGH NZG 2023, Rn. 12 ff.; Scholz/Bitter, GmbHG, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 107; HK-GmbHG/Göb/Kolmann, 5. Aufl. 2024, Anh. § 30 Rn. 89 f.; HCL/Habersack, GmbHG, 3. Aufl. 2020, Anh. § 30 Rn. 102.

<sup>36</sup> BGH ZIP 2024, 2945 Rn. 22; zustimmend Thole, ZIP 2025, 18, 19.

### III. Erweiterungen des Grundtatbestands auf gesetzlicher Grundlage

§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO enthält eine Öffnungsklausel für Sachverhalte, „die einem [...] Darlehen wirtschaftlich entsprechen“. Mit dieser Regelung beabsichtigt der Gesetzgeber die Vielfalt der Gestaltungspraxis zu erfassen und Umgehungen des Grundtatbestands zu verhindern.<sup>37</sup> Dies gilt sowohl mit Blick auf den persönlichen („Gesellschafter“) als auch den sachlichen Anwendungsbereich („erfasste Rechtsgeschäfte“) des Sonderrechts.<sup>38</sup> Das Kriterium der wirtschaftlichen Vergleichbarkeit soll der Rechtsprechung die Möglichkeit geben, sämtliche nicht ausdrücklich vom Wortlaut des Gesetzes erfasste, jedoch einem Gesellschafterdarlehen vergleichbaren Sachverhalte entsprechend zu beurteilen.<sup>39</sup>

#### 1. Ausdehnung des Gesellschafterbegriffs

##### a) Der Grundsatz

Wann ein Dritter wie ein Gesellschafter zu behandeln ist, ist fraglich. Das Gesetz stellt auf eine „wirtschaftliche“ Vergleichbarkeit mit einem nicht kleinbeteiligten Gesellschafter ab. Ob eine solche Vergleichbarkeit gegeben ist, beurteilt die Rechtsprechung – grundsätzlich – anhand der Umstände des Einzelfalles.<sup>40</sup> Dabei betont sie, dass sich insoweit – ganz anders als bei dem Grundtatbestand – eine schematische und damit typisierende Betrachtung verbietet. Nach Ansicht des BGH kommt es darauf an, ob der Dritte „unternehmerischen Einfluss“ auf die Gesellschaft hat und ob dieser Einfluss „in einer Weise ausgestaltet und abgesichert ist“, dass der Dritte gesellschaftergleich einzuordnen ist.<sup>41</sup>

Während es für den Grundtatbestand in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nicht darauf ankommt, zu welchem Zweck der Gesellschafter seine Beteiligung hält (siehe oben), wird im Rahmen der wirtschaftlichen Vergleichbarkeit die unternehmerische Zwecksetzung des Dritten geradezu akribisch geprüft. Unternehmerischer Einfluss setzt nach der h.M. voraus, dass der Dritte maßgeblichen Einfluss auf die (Sach- oder Personal-)Entscheidungen der Gesellschaft hat.<sup>42</sup> Dieser Einfluss muss über die Stellung eines typischen Sicherungsnehmers deutlich hinausreichen. Die Schwelle ist erst dann erreicht, wenn der (eigentliche) Gesellschafter

<sup>37</sup> *Bitter*, GmbHR 2024, 1065 Rn. 5; Scholz/*Bitter*, GmbHG, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 201.

<sup>38</sup> Scholz/*Bitter*, GmbHG, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 202; HCL/*Habersack*, GmbHG, 3. Aufl. 2020, Anh. § 30 Rn. 52; HK-InsO/*Kleindiek*, 11. Aufl. 2023, § 39 Rn. 41; HK-GmbHG/*Göb/Kolmann*, 5. Aufl. 2024, Anh. § 30 Rn. 56.

<sup>39</sup> BGH NZI 2021, 980 Rn. 7; s.a. HCL/*Habersack*, GmbHG, 3. Aufl. 2020, Anh. § 30 Rn. 52.

<sup>40</sup> BGH NZI 2020, 790 Rn. 31; s.a. HK-GmbHG/*Göb/Kolmann*, 5. Aufl. 2024, Anh. § 30 Rn. 61.

<sup>41</sup> BGH NZI 2020, 790 Rn. 26; s.a. HK-GmbHG/*Göb/Kolmann*, 5. Aufl. 2024, Anh. § 30 Rn. 59 ff.

<sup>42</sup> BGH NZI 2020, 790 Rn. 43 ff.; s.a. *Bitter*, GmbHR 2024, 1065 Rn. 23; HambKomm-InsO/*Schröder*, 10. Aufl. 2024, § 135 Rn. 32.

seine Befugnisse nicht mehr eigenverantwortlich ausüben kann, weil diese nun (auch) dem Dritten zukommen.<sup>43</sup>

Darüber hinaus setzt „unternehmerischer Einfluss“ voraus, dass der Dritte am wirtschaftlichen Erfolg bzw. Gewinn der Gesellschaft beteiligt ist.<sup>44</sup> Die Beteiligung muss von einem gewissen Gewicht sein. Wie die beiden Kriterien (Einfluss und Teilhabe) zueinanderstehen, ist nicht ganz eindeutig. In einer aktuellen Entscheidung deutet der BGH an, dass ein die Anwendung des Sonderrechts legitimierender (ausreichender) „unternehmerischer Einfluss“ schon dann vorliegt, wenn der Dritte die Geschäftstätigkeit der darlehensnehmenden Gesellschaft lenken kann.<sup>45</sup>

Für einen „abgesicherten“ oder verstetigten unternehmerischen Einfluss verlangt die Rechtsprechung eine gewisse rechtliche Absicherung. Rein faktische Möglichkeiten der Einflussnahme sollen nicht ausreichen. Drohungen eines Dritten, das Darlehen zu kündigen, wenn die Gesellschaft nicht in einer bestimmten Art und Weise handelt, genügen nicht, um diesen Einfluss als eigene unternehmerische Tätigkeit zu qualifizieren.<sup>46</sup> Während es also beim Grundtatbestand weder auf die inhaltliche Ausgestaltung der Gesellschafterstellung noch darauf ankommt, ob und inwieweit der Gesellschafter im Innenverhältnis zu Dritten Beschränkungen bei der Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte unterliegt, gilt im Rahmen der Prüfung der wirtschaftlichen Vergleichbarkeit genau das Gegenteil.

### *b) Konzernsachverhalte*

Die h.M. subsumiert auch bestimmte Konzernsachverhalte unter den Begriff des „wirtschaftlichen Gesellschafters“.<sup>47</sup> Dabei wird in der Regel zwischen horizontalen und vertikalen Unternehmensverbindungen unterschieden.<sup>48</sup> Interessanterweise prüft die Rechtsprechung hier nicht „im Detail“ den „unternehmerischen Einfluss“ nach den oben genannten Kriterien, sondern arbeitet in Konzernsachverhalten ausnahmsweise mit vergleichsweise groben Typisierungen. Dass hier nicht die gleichen Kriterien wie außerhalb von Konzernsachverhalten gelten, räumt die Rechtsprechung offen ein; denn auf den „unternehmerischen Einfluss“ soll es nur in den Fällen ankommen, „bei dem weder eine vertikale noch eine horizontale Verbindung des Dritten zur Gesellschaft besteht“.<sup>49</sup> Für letztere gelten mithin abweichende Maßstäbe.

In vertikalen Unternehmensverbindungen wird beispielsweise der (kreditierende) Gesellschafter-Gesellschafter stets in den persönlichen Anwendungs-

<sup>43</sup> BGH NZI 2020, 790 Rn. 54.

<sup>44</sup> BGH NZI 2020, 790 Rn. 30; BGH NZG 2012, 1103 Rn. 17 f.; HambKommInsO/Schröder, 10. Aufl. 2024, § 135 Rn. 32; HambKommInsO/Lüdtker, 10. Aufl. 2024, § 39 Rn. 40.

<sup>45</sup> BGH ZIP 2024, 2945 Rn. 19.

<sup>46</sup> BGH NZI 2020, 790 Rn. 47.

<sup>47</sup> BGH ZIP 2024, 2418 Rn. 21; BGH NZI 2019, 169 Rn. 15; Bitter, GmbHHR 2024, 1065 Rn. 41 ff.

<sup>48</sup> BGH NZI 2020, 422 Rn. 7.

<sup>49</sup> BGH NZI 2020, 790 Rn. 26.

bereich des Sonderrechts einbezogen. Dies gilt völlig unabhängig davon, aus welchem Motiv er die Gesellschafterstellung in der Muttergesellschaft der darlehensnehmenden Gesellschaft hält. Insoweit folgt der BGH einer rein formalen Sichtweise, bei der die Gesellschafterstellung der Mutter (in der darlehensnehmenden Gesellschaft) dem Gesellschafter-Gesellschafter unwiderleglich zugechnet wird:

„Der mittelbar an einer Gesellschaft Beteiligte ist hinsichtlich seiner Kredithilfen für die Gesellschaft wie ein unmittelbarer Gesellschafter zu behandeln.“<sup>50</sup>

Eine Ausnahme gilt allenfalls dann, wenn der Gesellschafter-Gesellschafter die Voraussetzungen des Kleinbeteiligtenprivilegs (§ 39 Abs. 5 InsO) erfüllt. Ob dies zutrifft, prüft der BGH aber nach rein formalen Kriterien. Dabei ist unerheblich, ob und inwieweit die vom darleihenden Gesellschaft-Gesellschafter gehaltene Rechtsstellung unternehmerisch derjenigen eines Kleinbeteiligten entspricht. Vielmehr heißt es insoweit in einer BGH-Entscheidung wie folgt:

„Zudem war [die Mutter] [...] mittelbar an der darlehensnehmenden Schuldnerin beteiligt. [...] Aufgrund der hier anzustellenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist es ohne Bedeutung, dass [...] [die Mutter] nicht unmittelbar an der Schuldnerin beteiligt war. 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 V 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. Es widerspräche Sinn und Zweck der vom Gesetz angeordneten Gleichstellung bestimmter Forderungen mit den Gesellschafterdarlehen, einen etwa mittelbar mit 15 Prozent beteiligten Gesellschafter schlechter als einen mittelbar in gleicher Höhe oder gar stärker beteiligten Gesellschafter zu stellen. Der mittelbar beteiligte Gesellschafter bleibt verantwortlich, solange die Mediatisierung nicht bewirkt, dass zu seinen Gunsten das Kleinbeteiligtenprivileg [...] eingreift.“<sup>51</sup>

Ob der Gesellschaft-Gesellschafter „kleinprivilegiert“ ist, wird ausschließlich nach formalen Kriterien berechnet. Hierzu wird die Beteiligung des darleihenden Gesellschafters an der Muttergesellschaft mit der Beteiligung der Muttergesellschaft an der darlehensnehmenden Tochtergesellschaft multipliziert.<sup>52</sup> Ist das Ergebnis dieser Multiplikation kleiner gleich 10% greift das Kleinbeteiligtenprivileg.

Hält der darlehensgebende Dritte also beispielsweise eine Beteiligung an der Mutter von 85% und diese wiederum eine Beteiligung an der darlehensnehmenden Gesellschaft von 11%, so ist der Dritte privilegiert; denn die Multiplikation ergibt eine „Gesamtbeteiligung“ von 9,35%. Ist der Dritte hingegen mit 12% an der Mutter beteiligt und hält diese wiederum eine Beteiligung von 85% an der

<sup>50</sup> BGH NZG 2013, 469 Rn. 21 f.

<sup>51</sup> BGH NZI 2019, 169 Rn. 15.

<sup>52</sup> Siehe auch Scholz/Bitter, GmbHG, 13. Aufl. 2025, § 135 Rn. 95 f.; HK-GmbHG/Göb/Kolmann, 5. Aufl. 2024, Anh. § 30 Rn. 77.

darlehensnehmenden Gesellschaft, so ist der Dritte nicht privilegiert; denn hier beträgt die aus der Multiplikation errechnete „Gesamtbeteiligung“ 10,2%. Diese formale Rechenoperation hat freilich mit einer „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ im obigen Sinne nichts zu tun.<sup>53</sup> Es handelt sich hier um eine grobe Typisierung, die die interne Ausgestaltung der Beteiligung und die realen Machtverhältnisse außer Acht lässt.

Völlig unklar ist auch, unter welchen Voraussetzungen die Privilegierung entfällt, weil der Kleinbeteiligte als (Mit-)Geschäftsführer tätig ist. In der Literatur wird nicht diskutiert, ob es hier auf die Geschäftsführerstellung in der darlehensnehmenden Gesellschaft und/oder aber in der Muttergesellschaft ankommt. In einer aktuellen Entscheidung hat der BGH festgehalten, dass die Geschäftsführerstellung des Dritten in der Muttergesellschaft das Kleinbeteiligtenprivileg entfallen lässt.<sup>54</sup> Jedoch handelte es sich bei der Muttergesellschaft um die Komplementär-GmbH der darlehensnehmenden GmbH & Co KG, so dass im konkreten Fall die Geschäftsführerstellung in der Muttergesellschaft gleichzeitig die Geschäftsführerstellung in der darlehensnehmenden Gesellschaft vermittelte.<sup>55</sup>

Ähnlich formal geht die Rechtsprechung auch in horizontalen Unternehmensverbindungen vor, wenn also eine Schwestergesellschaft an eine andere Schwestergesellschaft ein Darlehen vergibt. Hier ist die darleihende Schwester vom Sonderrecht erfasst, wenn die hinter ihr stehende Mutter an der darlehensnehmenden Gesellschaft mit mehr als 10% und darüber hinaus an der darlehensgebenden Schwester „maßgeblich“ beteiligt ist.<sup>56</sup> Eine maßgebliche Beteiligung liegt vor, wenn die Mutter auf die Entscheidungen der hilfestellenden (Schwester-)Gesellschaft einen bestimmenden Einfluss ausüben kann.<sup>57</sup> Dazu genügt eine Beteiligung von mehr als 50%.<sup>58</sup> Trifft dies zu, wird die Gesellschafterstellung der Mutter der darleihenden Schwestergesellschaft schlicht zugerechnet, ohne dass es auf eine „wirtschaftliche“ Betrachtung ankäme. Auch nicht ansatzweise wird hier geprüft, welchen „unternehmerische Einfluss“ die eine Schwester auf die andere hat. Auch findet hier keine Multiplikation der verschiedenen Beteiligungsquoten miteinander statt, um festzustellen, ob das Kleinbeteiligtenprivileg Anwendung findet. Vielmehr scheidet das Kleinbeteiligtenprivileg schon dann aus, wenn die Mutter an der darlehensnehmenden Gesellschaft mit mehr als 10% beteiligt ist. Damit geht die Rechtsprechung typisierend davon aus, dass wenn die (nicht kleinbeteiligte) Mutter einen maßgeblichen Einfluss auf die darleihende Schwester hat, letztere automatisch über eine Stellung verfügt, die einer unmittelbaren Beteiligung an der darlehensnehmenden Gesellschaft von mehr als 10% entspricht.

---

<sup>53</sup> Noack/Servatius/Haas/Haas, GmbHG, 24. Aufl. 2025, § 39 InsO Rn. 105.

<sup>54</sup> BGH ZIP 2024, 2945 Rn. 12.

<sup>55</sup> BGH ZIP 2024, 2945 Rn. 20.

<sup>56</sup> BGH ZIP 2024, 2418 Rn. 22; *Bitter*, GmbHR 2024, 1233 Rn. 7.

<sup>57</sup> BGH ZIP 2019, 1675 Rn. 9.

<sup>58</sup> BGH ZIP 2019, 1675 Rn. 9; *Bitter*, GmbHR 2024, 1233 Rn. 7; HK-GmbHG/Göb/Kolmann, 5. Aufl. 2024, Anh. § 30 Rn. 78.

## 2. Ausdehnung des Kreditgeberbegriffs

Im Mittelpunkt des Sonderrechts der Gesellschafterdarlehen steht die Doppelstellung des Adressaten, nämlich als Kreditgeber und (nicht kleinbeteiligter) Gesellschafter (innerhalb des Jahreszeitraums). Die Stellung als Gesellschafter und Darlehensgläubiger kann aber auch auseinanderfallen, wenn das Darlehen nicht vom Gesellschafter, sondern von einem Dritten gewährt wird. Hier stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen das Drittdarlehen dem Gesellschafter zuzurechnen ist (um die Doppelstellung wieder herzustellen).

§ 44a InsO dient als Grundlage für die h.M., sich mithilfe einer „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ von den durch die gesetzliche Typisierung gesetzten Begrenzungen zu lösen.<sup>59</sup> Die Bestimmung befasst sich mit dem gesellschafterbesicherten Drittdarlehen. Letzteres wird vom Sonderrecht erfasst, weil – wirtschaftlich besehen – das Fremddarlehen aufgrund der Besicherung durch den Gesellschafter aus dessen Vermögen stammt. Das von dem Dritten vergebene Darlehen wird hier daher – aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise – dem (die Sicherheit stellenden) Gesellschafter zugerechnet mit der Folge, dass in dessen Person eine „Doppelstellung“ vorliegt.

Beispielsweise wird ein Darlehen als aus dem Vermögen des Gesellschafters stammend angesehen, wenn dieser dem Dritten die Mittel zur Verfügung stellt, damit dieser sie an die Gesellschaft weiterleitet.<sup>60</sup> Die Einschaltung von Stroh- oder Mittelsmännern, um das Darlehen an die Gesellschaft auszuzahlen, lässt also die für die Anwendung des Sonderrechts notwendige Doppelstellung nicht entfallen.<sup>61</sup> Gleiches gilt, wenn der Dritte auf Geheiß oder auf Rechnung des Gesellschafters handelt.<sup>62</sup> Auch in diesen Fällen stammt das Darlehen „vom Gesellschafter“ mit der Folge, dass die Forderung dem gesetzlichen Nachrang (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO) unterfällt.

In der Literatur wird ein Handeln auf Geheiß des Gesellschafters angenommen, wenn innerhalb eines Vertragskonzerns die eine vom Gesellschafter beherrschte Schwestergesellschaft das Darlehen an eine andere Schwester ausreicht. Hier soll – so die in der Literatur vertretene Ansicht – die Finanzierungshilfe infolge des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages im Interesse und auf Rechnung des herrschenden Gesellschafters erfolgen.<sup>63</sup>

Diese wirtschaftliche Betrachtungsweise der h.M. steht allerdings in einem gewissen Spannungsverhältnis zu den Typisierungen des Grundtatbestands. Für die Erweiterung des Anwendungsbereichs durch die wirtschaftliche Betrachtungsweise werden Kriterien herangezogen (Herkunft der Darlehensmittel), die

<sup>59</sup> Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 24. Aufl. 2025, § 39 InsO Rn. 87.

<sup>60</sup> BGH ZIP 2024, 2418 Rn. 40; HCL/Habersack, GmbHG, 3. Aufl. 2020, Anh. § 30 Rn. 82; Noack/Servatius/Haas/Haas, GmbHG, 24. Aufl. 2025, § 39 InsO Rn. 88; HK-InsO/Kleindiek, 11. Aufl. 2023, § 39 Rn. 50.

<sup>61</sup> HK-InsO/Kleindiek, 11. Aufl. 2023, § 39 Rn. 50; HK-GmbHG/Göb/Kolmann, 5. Aufl. 2024, Anh. § 30 Rn. 63.

<sup>62</sup> Noack/Servatius/Haas/Haas, GmbHG, 24. Aufl. 2025, § 39 Rn. 82, 88.

<sup>63</sup> Altmeyden, GmbHG, 11. Aufl. 2023, Anh. § 30 Rn. 73; offen gelassen in BGH ZIP 2024, 2418 Rn. 39.

für den Grundtatbestand selbst überhaupt keine Rolle spielen. Reicht beispielsweise ein Gesellschafter ein Darlehen an die Gesellschaft aus und stammen die finanziellen Mittel aus dem Vermögen eines Dritten, so unterfällt das Darlehen ohne weiteres dem Nachrang nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO.

### 3. Reduktion des Kleinbeteiligtenprivilegs

Die h.M. will durch eine „wirtschaftliche Betrachtungsweise“, die in der Kleinbeteiligungsschwelle liegende Typisierung zugunsten des Gesellschafters in vielfältiger Weise aufweichen. Beispielsweise wird vertreten, dass für die Berechnung der 10%-Schwelle die von der Gesellschaft gehaltenen eigenen Anteile außer Betracht bleiben.<sup>64</sup> Dahinter steht die Vorstellung, dass Anteile, die von der Gesellschaft gehalten werden, dieser keine Gesellschafterrechte vermitteln und hierdurch die Stellung der anderen Gesellschafter „aufgewertet“ wird. Dies steht mit dem Grundtatbestand in einem gewissen Spannungsverhältnis, weil es für die Typisierung der 10%-Schwelle gerade nicht darauf ankommt, welche Stimmrechte mit dem Gesellschaftsanteil verbunden sind.

Teilweise wird auch vertreten, dass das Kleinbeteiligtenprivileg dann nicht zur Anwendung kommt, wenn es sich bei dem Gesellschafter um einen „faktischen Geschäftsführer“ handelt; denn hier würde der Gesellschafter – wirtschaftlich – betrachtet – die Geschicke der Gesellschaft lenken und folglich unternehmerisch tätig werden.<sup>65</sup> Dies steht mit dem gesetzgeberischen Anliegen, durch die Neuregelung des Sonderrechts die Rechtssicherheit und die Handhabbarkeit der Regelungen in der Praxis zu verbessern, in einem Spannungsverhältnis; denn ein gesetzgeberisches Leitbild, wonach bestimmte (Führungs-)Aufgaben dem Geschäftsführer vorbehalten sind, gibt es nicht. Im Übrigen betont die Rechtsprechung bei der Prüfung, ob ein Dritter einem Gesellschafter „wirtschaftlich“ gleichzustellen ist, dass rein faktische Möglichkeiten der Einflussnahme nicht ausreichen, um dessen Stellung als „unternehmerisch“ zu qualifizieren (siehe oben). Warum das im Rahmen des Kleinbeteiligtenprivilegs anders sein soll, ist kaum nachvollziehbar.

Eine weitere teleologische Reduktion des Kleinbeteiligtenprivilegs befürwortet die hM auch bei einer so genannten koordinierten Kreditvergabe. Hierbei sollen zur Berechnung der 10%-Schwelle sämtlich Kapitalbeteiligungen der an der Kreditvergabe beteiligten Gesellschafter aufaddiert werden. Die Anteile aller an der Kreditvergabe beteiligten Gesellschafter werden also zusammengerechnet, wenn in der koordinierten Kreditvergabe eine „Übernahme einer über den nominellen

<sup>64</sup> OLG Naumburg ZIP 2011, 677, 679; Scholz/*Bitter*, GmbHG, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 93; a. A. Noack/*Servatius/Haas/Haas*, GmbHG, 24. Aufl. 2025, § 39 InsO Rn. 103; offen gelassen HK-GmbHG/*Göb/Kolmann*, 5. Aufl. 2024, Anh. § 30 Rn. 85.

<sup>65</sup> Scholz/*Bitter*, GmbHG, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 104; HCL/*Habersack*, GmbHG, 3. Aufl. 2020, Anh. § 30 Rn. 103; *Altmeppen*, GmbHG, 11. Aufl. 2023, Anh. § 30 Rn. 92; HK-InsO/*Kleindiek*, 11. Aufl. 2023, § 39 Rn. 70; HambKommInsO/*Lüdtk*e, 10. Aufl. 2024, § 39 Rn. 69; HK-GmbHG/*Göb/Kolmann*, 5. Aufl. 2024, Anh. § 30 Rn. 87; a. A. Noack/*Servatius/Haas/Haas*, GmbHG, 24. Aufl. 2025, § 39 InsO Rn. 114.

Gesellschaftsanteil hinausgehenden unternehmerischen Verantwortung liegt.“<sup>66</sup> Wann „eine überschießende unternehmerische Verantwortung“<sup>67</sup> vorliegt, ist fraglich. Der BGH hat dies in einem Fall angenommen, in dem die Gesellschafter eine Konsortialvereinbarung getroffen hatten, in der sie sich wechselseitig zur Stellung und Aufrechterhaltung der Finanzierungsbeiträge, zu wechselseitigen Ausgleichspflichten und zur wechselseitigen Bestellung von Sicherheiten verpflichtet haben. Durch eine solche Beteiligung habe sich der Kleinbeteiligte – so der BGH – einen „über seine nominelle Beteiligung am Haftkapital hinausgehenden (schuldrechtlichen) Einfluss auf die Finanzierung der Schuldnerin gesichert“.<sup>68</sup>

All diese Auslegungen stehen im Konflikt mit dem Grundtatbestand. Ob und welche Stimmrechte einem Gesellschafter innerhalb der Gesellschaft zukommen, spielt für die Berechnung der Kleinbeteiligungsschwelle keine Rolle (siehe oben). Gleiches gilt für die Motivation, mit der ein (nichtkleinbeteiligter) Gesellschafter den Geschäftsanteil hält (siehe oben). Auch bleiben bei der Frage, ob ein Gesellschafter dem Sonderrecht unterfällt, schuldrechtliche Beschränkungen seiner Gesellschafterrechte (kraft einer Treuhandabrede oder einer Gesellschaftervereinbarung) ohne Berücksichtigung.

#### 4. Ausdehnung der einbezogenen Gesellschafterhilfen

Der Anwendungsbereich des Sonderrechts wird auch auf andere Rechtsgeschäfte ausgeweitet, wenn diese „wirtschaftlich“ vergleichbar sind. Dies soll der Fall sein, wenn dem in Frage kommenden Rechtsgeschäft „Finanzierungsfunktion“ zukommt.<sup>69</sup> Ob diese gegeben ist, prüft die h.M. – gerade bei Austauschgeschäften – detailversessen anhand sämtlicher Umstände des Einzelfalles<sup>70</sup>.

Eine Finanzierungsfunktion ist danach bei einer zeitlichen Streckung des Leistungsaustausches gegeben, die nicht nur geringfügig, sondern deutlich über das „Marktübliche“ hinausgeht.<sup>71</sup> Wie dieser Leistungsaustausch beschaffen sein muss, damit diesem Finanzierungsfunktion zukommt, war lange Zeit umstritten. Zunächst operierte die Rechtsprechung hier mit fixen Fristen (Typisierung) in Anlehnung an § 142 InsO<sup>72</sup> und später § 286 Abs. 3 BGB<sup>73</sup>. Nunmehr muss die Streckung des Leistungsaustausches in jedem Fall über 30 Tage hinausgehen und darüber hinaus nach Vertragsgestaltung oder tatsächlicher Handhabung in einer Gesamtschau objektiv den Schluss zulassen, dass dem Geschäft eine dem Darlehen typische Finanzierungsfunktion zukommt.<sup>74</sup> Dies ist nur der Fall,

<sup>66</sup> BGH NZI 2023, 383 Rn. 26; s.a. *HambKommInsO/Lüdtkke*, 10. Aufl. 2024, § 39 Rn. 64; *HK-GmbHG/Göbl/Kolmann*, 5. Aufl. 2024, Anh. § 30 Rn. 91; *Noack/Servatius/Haas/Haas*, 24. Aufl. 2025, § 39 Rn. 110 ff.

<sup>67</sup> BGH NZI 2023, 383 Rn. 28.

<sup>68</sup> BGH NZI 2023, 383 Rn. 30.

<sup>69</sup> *Scholz/Bitter, GmbHG*, 13. Aufl. 2025, § 135 Rn. 209, 58; *HambKommInsO/Lüdtkke*, 10. Aufl. 2024, § 39 Rn. 47.

<sup>70</sup> BGH ZIP 2020, 2409 Rn. 15, 17; BGH ZIP 2022, 654 Rn. 44.

<sup>71</sup> BGH ZIP 2020, 2409 Rn. 17.

<sup>72</sup> BGH ZIP 2014, 1491 Rn. 51.

<sup>73</sup> BGH NZG 2015, 440 Rn. 71.

<sup>74</sup> BGH ZIP 2022, 654 Rn. 43 f.

wenn die marktüblichen oder vereinbarten Zahlungsfristen „eindeutig“ überschritten werden. Hiervon ist – so der BGH – in der Regel auszugehen, wenn die Forderung aus dem Austauschgeschäft länger als drei Monate stehen gelassen oder gestundet wird. Hierbei handelt es sich aber – so der BGH – nicht um eine starre Frist. Vielmehr bedürfe es auch in einem solchen Fall „weiterer Indizien“, um eine verzögerte Zahlung der Gesellschaft als eine einem Darlehen wirtschaftlich gleichstehende Hilfe zu behandeln.<sup>75</sup> Im Einzelnen heißt es insoweit in einer Entscheidung des BGH:

„Die [...] erforderliche Abgrenzung, wann eine Forderung des Gesellschafters als wirtschaftlich einem Darlehen gleichstehend anzusehen ist [...] richtet sich danach, ob die Forderung des Gesellschafters eine dem typischen Darlehen entsprechende Finanzierungsfunktion hat [...]. Hierzu bedarf es bei Austauschgeschäften einer wertenden Betrachtung und einer genauen Analyse des Einzelfalls.

Es reicht keineswegs jede geringfügige Überschreitung der marktüblichen oder vereinbarten Zahlungsfrist oder des für einen Baraustausch unschädlichen Zeitraums aus. Bei von vornherein getroffenen Fälligkeitsvereinbarungen in Austauschverträgen liegt erst dann eine wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen entsprechende Forderung vor, wenn sie deutlich von marktüblichen Konditionen abweichen [...]. Für die Bestimmung des Fälligkeitszeitpunkts ist den Vertragspartnern ein gewisser Gestaltungsspielraum zuzubilligen.

Überschreitet der zeitliche Abstand beim Austausch von Leistung und Gegenleistung den von markt- oder verkehrsüblichen Regelungen gesteckten Rahmen eindeutig, liegt eine einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Leistung vor. Dies ist in der Regel erst anzunehmen, wenn eine Forderung aus einem Austauschgeschäft länger als drei Monate stehen gelassen wird [...] Zu prüfen ist, ob nach Art, Inhalt und Umständen des tatsächlich gewährten Zahlungszeitraums und der marktüblichen Konditionen bei objektiver Betrachtung eine Finanzierungsentscheidung der Beklagten vorliegt [...].“<sup>76</sup>

Diese wirtschaftliche Betrachtungsweise der Rechtsprechung steht in einem Spannungsverhältnis zu den Typisierungen des Grundtatbestands. Der BGH stellt bei der Ausdehnung des sachlichen Anwendungsbereichs des Sonderrechts insbesondere darauf ab, was „im Geschäftsleben gebräuchlich“ ist. Dieser Drittvergleich ist dem Grundtatbestand aber völlig fremd (siehe oben). Was im Geschäftsleben gebräuchlich ist, hängt zudem von vielerlei Umständen ab (Branche, Örtlichkeit, Vertragstypus, etc.). So sind die Usancen bei der Begleichung einer Mietzinsforderung wegen Überlassung eines Grundstücks sehr verschieden von denjenigen, wo ein Entgeltanspruch für die Nutzung von Lizenzen betroffen ist. Auch unterscheidet sich die Branchenüblichkeit in Zeiten einer wirtschaftlichen Krise (z. B. COVID-19 Pandemie) erheblich von dem, was außerhalb einer Krise „üblich“ ist. Schließlich verwundert, warum bei Forderungen aus einem Austauschverhältnis mindestens drei Monate stehengelassen werden müssen, damit diesen eine Finanzierungsfunktion zukommt. Darlehen sind hingegen nach dem

<sup>75</sup> BGH ZIP 2022, 654 Rn. 50; s.a. HambKommInsO/Lüdtker, 10. Aufl. 2024, § 39 Rn. 48; HK-InsO/Kleindieck, 11. Aufl. 2023, § 39 Rn. 41; kritisch hierzu HK-GmbHG/Göb/Kolmann, 5. Aufl. 2024, Anh. § 30 Rn. 116 ff.; Altmeppen, GmbHG, 11. Aufl. 2023, Anh. § 30 Rn. 108.

<sup>76</sup> BGH ZIP 2022, 654 Rn. 44 ff.

Grundtatbestand schon dann erfasst, wenn sie – wie Überbrückungsdarlehen – nur für wenige Tage gewährt werden.<sup>77</sup>

#### IV. Würdigung

Besieht man sich das Sonderrecht der Gesellschafterdarlehen mit ein wenig Abstand, so wird deutlich, dass das gesetzgeberische Ziel der einfacheren Handhabbarkeit nur teilweise erreicht wird. Die dem Sonderrecht immanenten Typisierungen wirken ausschließlich zu Lasten des Betroffenen. Dieser kann sich im Rahmen des Grundtatbestands niemals damit verteidigen, dass die gesetzgeberische Typisierung nicht mit den Umständen des Einzelfalles übereinstimmt. Gehen also die vom Gesetzgeber vorgenommenen Typisierungen zu Lasten des Gesellschafter-Kreditgebers an der Wirklichkeit vorbei, bleibt dieser ausnahmslos dem Sonderrecht unterworfen. Dort aber, wo die gesetzgeberische Typisierung zu seinen Gunsten wirken könnte, weiten Rechtsprechung und Literatur den Anwendungsbereich des Sonderrechts mithilfe einer so genannten wirtschaftlichen Betrachtungsweise beträchtlich aus.

Die wirtschaftliche Betrachtungsweise der h.M. folgt keinem einheitlichen Ansatz. In manchen Fällen wird akribisch und detailversessen auf sämtliche Umstände des Einzelfalles abgestellt. In anderen Fällen erfolgt die wirtschaftliche Betrachtungsweise hingegen – wie im Fall der Konzernsachverhalte – typisierend und ohne Blick auf die tatsächlichen Umstände des Einzelfalles.

Zudem stehen die Typisierung im Rahmen des Grundtatbestands mit der wirtschaftlichen Betrachtungsweise in einem Spannungsverhältnis; denn die wirtschaftliche Sichtweise stellt auf Kriterien ab, die im Rahmen des Grundtatbestandes überhaupt keine Rolle spielen. Diesen Widerspruch hat *Bitter* kürzlich auf den Punkt gebracht und gefragt, warum der Grundtatbestand zwar anhand einer wirtschaftlichen Betrachtung ausgeweitet, nicht aber anhand derselben Kriterien teleologisch reduziert werden kann, wenn es sich bei dem Gesellschafter beispielsweise faktisch um einem Nichtgesellschafter handelt.<sup>78</sup> Wer – so *Bitter* – bei der Prüfung der wirtschaftlichen Vergleichbarkeit „die personelle Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf (formelle) Nichtgesellschafter mit der materiellen Gesellschafterstellung begründet, [...] muss umgekehrt bei formal bestehender Doppelrolle als Gesellschafter und Darlehensgeber [...] anhand derselben Kriterien (Erfolgsbeteiligung und verbandsrechtlicher Einfluss) prüfen, ob die vom Gesellschafterdarlehensrecht geforderte Doppelrolle auch materiell besteht“.<sup>79</sup> Der von *Bitter* aufgezeigte Widerspruch zwischen der gesetzgeberischen Typisierung und der wirtschaftlichen Betrachtungsweise besteht aber nicht nur beim personellen Anwendungsbereich des Sonderrechts, sondern auch mit Blick auf den sachlichen Anwendungsbereich desselben.

<sup>77</sup> Kritisch hierzu Scholz/*Bitter*, GmbHG, 13. Aufl. 2025, § 135 Rn. 209a.

<sup>78</sup> *Bitter*, ZIP 2024, 1933, 1934 ff.

<sup>79</sup> *Bitter*, ZIP 2024, 1933, 1938.

Warum hat eine (stehengelassene) Forderung aus einem Austauschgeschäft erst nach über drei Monaten Finanzierungsfunktion, während bei einem Darlehen eine solche – unabhängig von der Länge der Darlehensgewährung – unterstellt wird?

Letzte „Bastion“, bei der es bislang zugunsten und zulasten des Betroffenen bei der vom Gesetzgeber angeordneten Typisierung verbleibt, ist der zeitliche Anwendungsbereich des Sonderrechts. An der Jahresfrist hat die Rechtsprechung bislang nicht gerüttelt. Das ist wahrscheinlich nur eine Frage der Zeit. Der StaRUG-Gesetzgeber hat (u. a.) die Frist in § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO gemäß § 91 StaRUG verlängert. Der Gesetzgeber will mit der Bestimmung eine Schlechterstellung der Gläubigergesamtheit vermeiden, die typischerweise mit einer verspäteten Insolvenzeröffnung für den Fall einhergeht, dass die beabsichtigte Sanierung mithilfe des präventiven Restrukturierungsverfahrens scheitert.<sup>80</sup> Dieses gesetzgeberische Ziel lässt sich aber nur umsetzen, wenn § 91 StaRUG nicht nur für die Rückzahlung eines Darlehens, sondern auch für andere Fälle des zeitlichen Anwendungsbereichs gilt, in denen Gesellschafter- und Gläubigerstellung auseinanderfallen (siehe oben).<sup>81</sup> Mithin kann richtiger Ansicht nach auch ein Gesellschafter, der länger als ein Jahr vor Stellung des Antrags auf Insolvenzeröffnung aus der Gesellschaft ausgeschieden ist, seine Forderung abgetreten oder seinen Anteil auf eine Kleinbeteiligung heruntergefahren hat, dem Sonderrecht unterfallen, wenn zwischen Ausscheiden, Abtretung bzw. Anteilsreduzierung ein Restrukturierungsverfahren anhängig war. Ist diese Bresche erst einmal geschlagen, ist der Weg zu einer weiteren Ausnahme nicht mehr weit, nämlich wo die Sanierungsbemühungen der Gesellschaft nicht im Rahmen eines Restrukturierungsverfahrens, sondern im Rahmen einer „freien Sanierung“ stattfinden.

---

<sup>80</sup> Haas, NZG 2023, 1019, 1020.

<sup>81</sup> Haas, NZG 2023, 1019, 1020.