**Verfahrensgang**
LG Schwerin, Urt. vom 20.10.2020 – 5 O 20/17
OLG Rostock, Beschl. vom 27.06.2023 – 6 U 7/21
OLG Rostock, Beschl. vom 06.12.2023 – 6 U 7/21
**BGH, Beschl. vom 16.01.2025 – IX ZR 229/23,** IPRspr 2025-1
BGH, Berichtigungsbeschl. vom 12.02.2025 – IX ZR 229/23

**Rechtsgebiete**
Insolvenz- und Anfechtungsrecht
Allgemeine Lehren → Eingriffsnormen
Allgemeine Lehren → Rechtswahl

**Leitsatz**

*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?*

**Rechtsnormen**
AEUV **Art. 267**
EuInsVO 1346/2000 **Art. 4**; EuInsVO 1346/2000 **Art. 13**
EuInsVO 2015/848 **Art. 84**
InsO **§ 39**; InsO **§ 135**; InsO **§ 143**; InsO **§ 174**
Rom I-VO 593/2008 **Art. 3**; Rom I-VO 593/2008 **Art. 9**

**Sachverhalt**

Die Klägerin, ein Maschinenbauunternehmen in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung österreichischen Rechts mit Sitz in Österreich, und die Schuldnerin mit Sitz in S., Deutschland, standen in laufender Geschäftsbeziehung. Sie gehörten zur österreichischen Unternehmensgruppe S.. Gesellschafterin der Klägerin ist die H. GmbH mit Sitz in Österreich. Diese war zudem Gesellschafterin der Schuldnerin. Die weiteren Gesellschafter der Schuldnerin waren Österreicher. Auf einen Eigenantrag der Schuldnerin vom 15. Juli 2016 eröffnete das Insolvenzgericht am 1. Oktober 2016 das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin und bestellte den Beklagten zum Insolvenzverwalter. Mit Darlehensvertrag vom 19. Mai 2015 gewährte die Klägerin der Schuldnerin ein Darlehen über ... € und mit weiterem Darlehensvertrag vom 16. Juni 2015 ein solches über ... €. Beide Darlehensverträge enthielten eine Bestimmung, dass diese Vereinbarung österreichischem Recht unterliege. Zur Sicherung der Ansprüche aus dem Darlehensvertrag vom 19. Mai 2015 trat die Schuldnerin ihr gegen ein weiteres Unternehmen zustehende Zahlungsansprüche an die Klägerin ab, die sich auf ... € beliefen. Die Klägerin meldete Forderungen aus den Darlehen vom 19. Mai 2015 in Höhe von ... € und aus dem Darlehen vom 16. Juni 2015 in Höhe von ... € zur Tabelle an. Zudem beansprucht sie die abgesonderte Befriedigung aus den ihr zur Sicherheit abgetretenen Zahlungsansprüchen. Der Beklagte bestritt die angemeldeten Forderungen und das Absonderungsrecht.

Die Klägerin begehrt die Feststellung ihrer Forderungen zur Tabelle sowie die Feststellung, dass ihr hinsichtlich der Forderungen aus dem Darlehensvertrag vom 19. Mai 2015 ein Absonderungsrecht in Bezug auf die abgetretenen Zahlungsansprüche zusteht. Der Beklagte verlangt widerklagend im Wege der Insolvenzanfechtung Rückgewähr der Zins- und Tilgungsleistungen auf die Darlehen in Höhe von insgesamt ... € nebst Zinsen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Die Berufung der Klägerin hat keinen Erfolg gehabt. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Anträge in vollem Umfang weiter.

**Aus den Entscheidungsgründen:**

B.

[6] Vor der Entscheidung über die Revision der Klägerin ist das Verfahren auszusetzen und gemäß Art. 267 Abs. 1 Buchtst. b, Abs. 3 AEUV eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union einzuholen.

I.

[7] Das Berufungsgericht hat ausgeführt, auf die mit Klage und Widerklage geltend gemachten Ansprüche sei gemäß Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 Buchst. i und m EuInsVO aF deutsches Recht anzuwenden. Die Darlehensrückerstattungsansprüche seien dementsprechend nachrangig im Sinne von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO und könnten gemäß § 174 Abs. 3 InsO nicht zur Tabelle angemeldet werden. Aufgrund der Nachrangigkeit der gesicherten Forderung komme kein Absonderungsrecht in Betracht, weil nicht alle besserrangigen Forderungen vollständig bedient seien. Der Anwendung deutschen Rechts auch auf die mit der Widerklage geltend gemachte Insolvenzanfechtung stehe keine Anwendbarkeit der österreichischen, die Angreifbarkeit der Rechtshandlung ausschließenden Rechtsordnung entgegen. Die Gewährung eines Gesellschafterdarlehens unterliege dem Insolvenzstatut oder dem Gesellschaftsstatut der darlehensnehmenden Gesellschaft. Die Ausnahmeregelung des Art. 13 EuInsVO aF sei insoweit nicht anwendbar. Dem Gesellschafter dürfe es aufgrund der ihm obliegenden Finanzierungsfolgenverantwortung anders als sonstigen Darlehensgebern nicht erlaubt werden, die zwingenden Vorschriften des deutschen Insolvenzrechts zum Gesellschafterdarlehen durch die Wahl einer anderen - hier: der österreichischen - Rechtsordnung zu unterlaufen. Dementsprechend seien die von der Schuldnerin an die Klägerin geleisteten Tilgungs- und Zinszahlungen in Höhe von insgesamt ... € gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO anfechtbar.

II.

[8] Die rechtliche Überprüfung dieser Ausführungen hängt in Bezug auf die Widerklage von der Beantwortung der Vorlagefragen ab.

[9] 1. Auf das Insolvenzverfahren ist deutsches Insolvenzrecht anzuwenden. Das anwendbare Recht richtet sich nach den Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren (fortan: Europäische Insolvenzverordnung aF oder EuInsVO aF), weil das Insolvenzverfahren vor dem 26. Juni 2017 eröffnet worden ist (vgl. Art. 84 der Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 über Insolvenzverfahren, ABl. EU L 141 S. 19).

[10] Gemäß Art. 4 Abs. 1 EuInsVO aF gilt für das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen das Insolvenzrecht des Mitgliedstaates, in dessen Hoheitsgebiet das Verfahren eröffnet wird (lex fori concursus). Das ist hier deutsches Recht, weil das Insolvenzverfahren in Deutschland eröffnet worden ist. Daher regelt im Streitfall das deutsche Insolvenzrecht insbesondere, welche Forderungen als Insolvenzforderungen anzumelden sind (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchtst. g EuInsVO aF), es regelt die Verteilung des Erlöses aus der Verwertung des Vermögens und den Rang der Forderungen der Gläubiger (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchtst. i EuInsVO aF), und es regelt, welche Rechtshandlungen nichtig, anfechtbar oder relativ unwirksam sind, weil sie die Gesamtheit der Gläubiger benachteiligen (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchst. m EuInsVO aF).

[11] 2. Nach deutschem Insolvenzrecht sind, wenn die Schuldnerin eine Gesellschaft ist, die weder eine natürliche Person noch eine Gesellschaft als persönlich haftenden Gesellschafter hat, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist (§ 39 Abs. 4 Satz 1 InsO), Forderungen eines Gesellschafters dieser Schuldnerin auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, nur nachrangig zu befriedigende Forderungen (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO in der im Streitfall anwendbaren Fassung vom 1. November 2008, BGBl. I S. 2026; seit 1. Januar 2021 wortgleich § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 InsO; fortan § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO aF). Solche Forderungen der Gesellschafter werden erst im Rang nach den übrigen Forderungen der Insolvenzgläubiger und im Rang nach den in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 InsO genannten Forderungen berichtigt. Die Frage des Rangs eines Gesellschafterdarlehens in der Insolvenz ist insolvenzrechtlich zu qualifizieren (BGH, Urteil vom 21. Juli 2011 - IX ZR 185/10 *(IPRspr 2011-315b)*, BGHZ 190, 364 Rn. 27 ff). Es handelt sich nämlich um die Frage, unter welchen Voraussetzungen bestimmte am Schuldner selbst beteiligte Gläubiger mit ihren Forderungen im Insolvenzfall nicht zum Zuge kommen. Außerhalb des Insolvenzfalls haben diese Regelungen hingegen keine Bedeutung.

[12] ... [16] 3. Auf der Grundlage des deutschen Rechts ist die Klägerin verpflichtet, die erhaltenen Darlehensrückzahlungen an den Beklagten zurückzuzahlen. Die Widerklage hat insoweit Erfolg.

[17] a) Die Schuldnerin unterfällt als Gesellschaft mit beschränkter Haftung dem Gesellschafterdarlehensrecht. Es handelt sich um eine Gesellschaft, die weder eine natürliche Person noch eine Gesellschaft als persönlich haftenden Gesellschafter hat, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist. Die Klägerin ist nach den für den Senat bindenden und rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts eine Gesellschafterin im Sinne des Gesellschafterdarlehensrechts. Als Gesellschafter ist nicht nur der unmittelbar an der Schuldnerin beteiligte Gesellschafter anzusehen, sondern auch der mittelbare Gesellschafter.

[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, Urteil vom 21. Februar 2013 - IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 Rn. 20 ff; MünchKomm-InsO/Gehrlein, 4. Aufl., § 135 Rn. 20). Hat er einen beherrschenden Einfluss auf die darlehensgebende Gesellschaft, genügt es, wenn er an der darlehensnehmenden Gesellschaft nur mittelbar beteiligt ist (BGH, Urteil vom 15. November 2018 - IX ZR 39/18, ECLI:DE:BGH:2018:151118UIXZR39.18.0 Rn. 13 ff = NZI 2019, 169 Rn. 13 ff; MünchKomm-InsO/Behme,

aaO § 39 Rn. 85; HK-InsO/Kleindiek, 11. Aufl., § 39 Rn. 52). Die H. GmbH ist zu 78 % an der Klägerin 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. Kraft dieser mittelbaren Beteiligung steht die Klägerin einer Gesellschafterin im Sinne des Gesellschafterdarlehensrechts gleich.

[19] b) Die Forderungen der Klägerin auf Rückzahlung der Darlehen sind insgesamt gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO aF nachrangig. Nach deutschem Insolvenzrecht hat die Klägerin bislang kein Recht auf Beteiligung am Insolvenzverfahren, weil die Voraussetzungen des § 174 Abs. 3 InsO nicht erfüllt sind. Das Insolvenzgericht hat die nachrangigen Gläubiger nicht besonders zur Anmeldung nachrangiger Insolvenzforderungen aufgefordert.

[20] c) Die Schuldnerin hat diese nachrangigen Verbindlichkeiten innerhalb des letzten Jahres vor dem Insolvenzantrag teilweise erfüllt. Das Darlehen vom 19. Mai 2015 hat die Schuldnerin am 10. März 2016 in Höhe von ... € zurückgezahlt.

[21] d) Die von der Schuldnerin geleisteten Zahlungen hat die Beklagte als Gesellschafterin der Schuldnerin nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemäß § 143 Abs. 1 InsO in Verbindung mit § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO an die Insolvenzmasse zu erstatten. Denn die Beklagte erhielt mit diesen Leistungen eine Befriedigung ihrer gegenüber den Forderungen der Insolvenzgläubiger nachrangigen Verbindlichkeiten, so dass die Zahlungen die übrigen Insolvenzgläubiger benachteiligten.

[22] 4. Diese Lösung des deutschen Rechts wirft hinsichtlich der Darlehenszahlungen die Frage auf, welche Bedeutung insbesondere Art. 13 EuInsVO aF zukommt. Die Klägerin macht geltend, dass aufgrund der für die Darlehensverträge getroffenen Rechtswahl gemäß Art. 3 Abs. 1 Rom-I-VO österreichisches Recht auf die Darlehensverträge anwendbar sei. Nach österreichischem Recht seien sämtliche Rechtshandlungen in keiner Weise angreifbar. Da das Berufungsgericht von seinem Standpunkt aus konsequent keine Tatsachenfeststellungen zum Vorliegen einer entsprechenden Rechtswahl und zum Inhalt des österreichischen Rechts getroffen hat, ist für die rechtliche Nachprüfung durch den Senat vom Vortrag der Klägerin auszugehen. Nach deutschem Revisionsrecht ist eine Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht allein zur Nachholung dieser Feststellungen nicht zulässig. Im Übrigen sind die Voraussetzungen einer Anfechtbarkeit der Rechtswahl als solcher vorliegend zu verneinen.

III.

[23] Vor diesem Hintergrund wirft die Entscheidung des Falles hinsichtlich der Widerklage klärungsbedürftige Rechtsfragen zur Reichweite und zum Verständnis von Art. 13 EuInsVO aF auf. Nach dieser Norm findet Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchtst. m EuInsVO aF keine Anwendung, wenn die Person, die durch eine die Gesamtheit der Gläubiger benachteiligende Handlung begünstigt wurde, nachweist, dass für diese Handlung das Recht eines anderen Mitgliedstaats als des Staates der Verfahrenseröffnung maßgeblich ist und dass in diesem Fall diese Handlung in keiner Weise nach diesem Recht angreifbar ist.

[24] 1. Insoweit stellt sich zunächst die Auslegungsfrage, ob Art. 13 EuInsVO aF auch gegenüber einem Rückforderungsverlangen Anwendung findet, das dazu dient, den nach dem anwendbaren Recht des Staates der Verfahrenseröffnung geltenden Nachrang (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchtst. i EuInsVO aF) durchzusetzen. Die Revisionserwiderung macht insoweit geltend, Art. 13 EuInsVO aF sei generell nicht auf die insolvenzrechtliche Beurteilung von Gesellschafterdarlehen anwendbar, weil es sich nach autonom unionsrechtlichem Verständnis insgesamt nicht um Fragen der Anfechtbarkeit (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchst. m EuInsVO aF), sondern um Rangfragen (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchst. i EuInsVO aF) handele.

[25] a) Rechtswahlvereinbarungen sind nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union im Rahmen des Art. 13 EuInsVO aF auch dann anzuerkennen, wenn die Vertragsparteien, die in ein und demselben Mitgliedstaat ansässig sind, in dem auch alle anderen maßgeblichen Elemente des betreffenden Sachverhalts belegen sind (EuGH, Urteil vom 8. Juni 2017 - C-54/16, Vinyls Italia, ECLI:EU:C:2017:433 Rn. 50 = NZI 2017, 633 Rn. 50). Sofern eine Rechtswahl sich auch auf das Recht der Gesellschaftsfinanzierung durch ihre Gesellschafter erstreckt, ist erheblich, ob damit zugleich das dem Kapitalschutz dienende Recht der Gesellschafterdarlehen eingeschränkt werden kann. Da für die

Bestimmung der lex causae an die zu erfüllende Verbindlichkeit und nicht an die Erfüllungshandlung anzuknüpfen ist (EuGH, Urteil vom 22. April 2021 - C-73/20, ZM als Insolvenzverwalter der Oeltrans Befrachtungsgesellschaft, ECLI:EU:C:2021:315 Rn. 31 = NZI 2021, 502 Rn. 31), wäre das gemäß Art. 13 EuInsVO aF für die Handlung maßgebliche Recht nach dem Vertragsstatut zu bestimmen.

[26] b) In der deutschen Rechtsprechung und im Schrifttum wird zum Teil die Auffassung vertreten, in Abweichung von der grundsätzlichen Anwendung des Vertragsstatuts sei die lex causae bei der Anfechtung nach § 135 InsO - auch bei einer anderslautenden Rechtswahl der Vertragsparteien - nach dem Insolvenzstatut (Brinkmann, Beilage zu ZIP 22/2016, 14, 16; Prager/Bangha-Szabo in Festschrift Wimmer, 2017, S. 506, 526) oder nach dem Gesellschaftsstatut zu bestimmen (OLG Naumburg, ZIP 2011, 677, 678 *(IPRspr 2010-347)*; Schall, ZIP 2011, 2177, 2181 f; Gehrlein, ZInsO 2020, 2591, 2593). Nach anderer Ansicht verbleibt es auch im Fall der Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO für den Einwand nach Art. 13 EuInsVO aF bei der Maßgeblichkeit des Darlehensvertragsstatuts (Römermann/Nerlich/Hübler, InsO, 2021, Art. 16 EuInsVO Rn. 3; MünchKomm-BGB/Kindler, 8. Aufl., Art. 16 EuInsVO Rn. 12; Finkelmeier, EuZW 2020, 833, 841; Pleister/Koa, ZRI 2020, 273, 277 f; Bork in Festschrift Grunewald, 2021, S. 97, 106).

[27] c) ... [28] aa) ... [29] bb) ... [30] 2. Sofern Frage 1 bejaht wird, stellt sich die weitere Frage, ob Art. 13 EuInsVO aF auch gegenüber Anfechtungstatbeständen gilt, welche - wie § 135 InsO - dazu dienen, die von einem Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft gewährten Darlehen im Vorfeld der Insolvenz dem haftenden Eigenkapital weitgehend gleichzustellen.

[31] a) Der Senat meint, dass der von Art. 13 EuInsVO aF angestrebte Schutz nicht uneingeschränkt gilt. Art. 13 EuInsVO aF dient dem Schutz von Personen, die berechtigterweise darauf vertrauen, dass die Handlung zur Zeit ihrer Vornahme dem Recht eines anderen Mitgliedstaates als des Staates der Verfahrenseröffnung unterliegt (vgl. EuGH, Urteil vom 15. Oktober 2015 - C-310/14, Nike European Operations Netherlands, ECLI:EU:C:2015:690 Rn. 19 = NZI 2015, 954 Rn. 19; vom 8. Juni 2017 - C-54/16, Vinyls Italia, ECLI:EU:C:2017:433 Rn. 30 = NZI 2017, 633 Rn. 30; vom 22. April 2021 - C-73/20, ZM als Insolvenzverwalter der Oeltrans Befrachtungsgesellschaft, ECLI:EU:C:2021:315 Rn. 25 = NZI 2021, 502 Rn. 25). Dies soll angesichts der möglichen Kollision zwischen den Vorschriften über die Vornahme von Rechtshandlungen Vertrauensschutz und Rechtssicherheit gewährleisten (24. Erwägungsgrund der EuInsVO aF). Dies bedarf - weil der Schutz nicht voraussetzungslos ist - eines tragfähigen Grundes. Nach Auffassung des Senats ist ein Vertrauen der begünstigten Person bei einer möglichen Kollision zwischen Vorschriften über benachteiligende Handlungen erst dann berechtigt, wenn sich der Schuldner und die durch die Handlung begünstigte Person als zwei voneinander unabhängige Vertragspartner gegenüberstehen und die begünstigte Person nicht bereits aufgrund der Umstände des Geschäfts offensichtlich annehmen musste, dass für die Handlungen des Schuldners nach dem Recht des Eröffnungsstaates Schutzmechanismen eingreifen. Diese Voraussetzungen sind für Darlehen, welche der Gesellschafter seiner in Deutschland ansässigen Gesellschaft gewährt, nicht erfüllt.

[32] b) Demgemäß wird in der deutschen Praxis und Wissenschaft angenommen, dass ein im In- oder Ausland beheimateter Gesellschafter, der sich an einer Gesellschaft mit Sitz in Deutschland beteiligt und diese über Darlehen finanziert, nicht darauf vertrauen kann, dass diese Finanzierungsmaßnahme insolvenzrechtlich nur nach dem Statut des Schuldvertrags beurteilt wird (OLG Naumburg, ZIP 2011, 677, 679 *(IPRspr 2010-347)*; Schmidt/Brinkmann, InsO, 20. Aufl., Art. 16 EuInsVO Rn. 8; Scholz/Bitter, GmbHG, 13. Aufl., § 135 InsO Rn. 538). Die Gewährung eines Gesellschafterdarlehens stellt in der Tat kein normales Verkehrsgeschäft dar. Bei einmaligen oder auch wiederholten Lieferbeziehungen erscheint angesichts des bloßen Leistungsaustauschs eine Rechtswahl anerkennungswürdig, aber nicht bei der Finanzierung eines Unternehmens durch seinen Gesellschafter (vgl. Gehrlein, ZInsO 2020, 2591, 2594). Gesellschafter und Gesellschaft stehen sich nämlich nicht wie zwei voneinander unabhängige Vertragspartner als Schuldner und Gläubiger gegenüber, sondern verfolgen gleichgerichtete Interessen. Folglich kann kein Gesellschafter damit rechnen, dass seine die Gesellschaftstätigkeit finanzierenden Leistungen so behandelt werden, als habe er ein Geschäft mit einem fremden Dritten geschlossen.

[33] c) Schließlich verhält sich der Gesellschafter widersprüchlich, wenn er einerseits freiwillig seine Gesellschaft finanziert, sich aber andererseits darauf beruft, das für die Finanzierung gewählte Vertragsstatut des Darlehens kenne keinen Nachrang im Falle der Insolvenz der Gesellschaft. Dem

Gesellschafter müssen die sich aus dem Gesellschaftsstatut ergebenden Regelungen über die Finanzierung seiner Gesellschaft durch Gesellschafterleistungen bekannt sein. Eine vom Gesellschaftsstatut abweichende Rechtswahl kann dann zwar die schuldrechtlichen Regelungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter erfassen, jedoch nicht die zum Schutz der Gläubiger der Gesellschaft bestehenden, an das Recht am Sitz der Gesellschaft anknüpfenden insolvenzrechtlichen Regeln über Nachrang und Durchsetzung dieses Nachrangs im Insolvenzfall außer Kraft setzen.

[34] 3. Sofern auch Frage 2 bejaht wird, stellt sich die Auslegungsfrage, ob sich das auf ein von einem Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft der Gesellschaft gewährte Darlehen anwendbare Recht im Rahmen des Art. 13 EuInsVO aF jedenfalls hinsichtlich der Durchsetzung eines Nachrangs und der Rückgewähr entgegen dem Nachrang erhaltener Zahlungen nach dem Gesellschaftsstatut richtet. Die Revisionserwiderung macht insoweit geltend, das für die in Rede stehenden Handlungen maßgebliche Kollisionsrecht beurteile sich bei Gesellschafterdarlehen nach dem Insolvenz- oder Gesellschaftsstatut, jedenfalls aber nicht nach dem Vertragsstatut. Da es sich bei den Regelungen über Gesellschafterdarlehen um Fragen des Insolvenz- oder Gesellschaftsrechts handele, unterfielen diese von vorneherein nicht (Art. 3) der Rom-I-VO, so dass keine Rechtswahlmöglichkeit bestehe.

[35] 4. Sofern Frage 3 verneint wird, erhebt sich für den Senat die Frage, ob Art. 9 Abs. 1 Rom-I-VO für das nach Art. 13 Buchtst. a EuInsVO aF zu bestimmende maßgebliche Recht anwendbar und dahingehend auszulegen ist, dass Eingriffsnormen auch in vertragsrechtlichen Regelungen in nationalen Insolvenzvorschriften - wie solchen über den Nachrang von Gesellschafterdarlehen und die Rechtsfolgen des Nachrangs wie § 135 InsO, § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO aF - enthalten sein können.

[36] a) Im Fall der Verneinung der dritten Frage wäre Art. 13 EuInsVO aF grundsätzlich anwendbar und könnte nur unter der - hier nicht gegebenen - Voraussetzung ausgeschlossen werden, dass objektiv ersichtlich ist, dass das Ziel dieser Anwendung - nämlich der Schutz des berechtigten Vertrauens der Parteien in die Geltung einer bestimmten Rechtsordnung - nicht erreicht wurde und der Vertrag in künstlicher Weise dem Recht eines bestimmten Mitgliedstaats unterworfen wurde, um den Vertrag oder die Handlungen zu dessen Durchführung durch Berufung auf das Recht dieses Mitgliedstaats der Geltung der lex fori concursus zu entziehen (vgl. EuGH, Urteil vom 8. Juni 2017 - C-54/16, Vinyls Italia, ECLI:EU:C:2017:433 Rn. 54 = NZI 2017, 633 Rn. 54). Es fragt sich, ob dieser Ausschlusstatbestand abschließend zu verstehen ist oder ob auch im Anwendungsbereich des Art. 13 EuInsVO aF nicht nur das für die Handlung maßgebliche Recht eines anderen Mitgliedstaats (im Streitfall die Normen der - unterstellt: österreichischen - lex causae) anwendbar ist, sondern auch eine auf die Handlung anwendbare Eingriffsnorm der lex fori.

[37] b) Das auf die Handlung anwendbare Recht bestimmt sich nach der lex causae; diese ergibt sich für Schuldverhältnisse aus den Regelungen der Rom-I-VO. Zu diesen Grundsätzen zählt auch Art. 9 Rom-I-VO. Danach berührt die Verordnung nicht die Anwendung der Eingriffsnormen des Rechts des angerufenen Gerichts. Der Senat geht dabei davon aus, dass auch insolvenzrechtliche Bestimmungen - soweit sie über den Inhalt eines Vertragsverhältnisses bestimmen - unter der Voraussetzung, dass es sich dabei um eine zwingende Vorschrift handelt, deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation angesehen wird, dass sie ungeachtet des nach Maßgabe der Rom-I-VO auf den Vertrag anzuwendenden Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden ist, die in ihren Anwendungsbereich fallen (Art. 9 Abs. 1 Rom-I-VO), Teil des nach Art. 13 Buchtst. a EuInsVO aF für eine Handlung maßgeblichen Rechts sind. Dann ist für den Senat eine eingehende Prüfung nach den vom Gerichtshof der Europäischen Union entwickelten Maßstäben (vgl. EuGH, Urteil vom 5. September 2024 - C-86/23, E. N. I. u.a, ECLI:EU:C:2024:689 Rn. 37 ff = NJW 2024, 3709 Rn. 37 ff) erforderlich, ob die Vorschriften des deutschen Rechts über den Nachrang von Gesellschafterdarlehen und die Rechtfolgen dieses Nachrangs als Eingriffsnormen im Sinne des Art. 9 Rom-I-VO anzusehen sind (vgl. Keller in Bork/Hölzle, Handbuch Insolvenzrecht, 3. Aufl., Kap. 20 D.II.13. Rn. 122, zu Anfechtungstatbeständen). Insbesondere wäre vom Senat zu prüfen, ob das Ziel, das die Vorschriften über den Nachrang von Gesellschafterdarlehen und die Rechtsfolgen des Nachrangs verfolgen, auch mit der Anwendung des nach der lex causae maßgeblichen Rechts der Handlung erreicht werden kann (vgl. EuGH, Urteil vom 5. September, aaO Rn. 48). Diese Prüfung wäre entbehrlich, sofern vertragsrechtliche Regelungen in Insolvenzvorschriften unter keinen Umständen eine für die Anwendung von Art. 13 EuInsVO aF erhebliche Eingriffsnorm im Sinne des Art. 9 Rom-I-VO darstellen könnten. Der

Gerichtshof der Europäischen Union hat die Art. 4 und 13 EuInsVO aF gegenüber anderen Vorschriften, die das internationale Privatrecht der Mitgliedstaaten regeln, insbesondere gegenüber der Rom-I-VO, als lex specialis angesehen (EuGH, Urteil vom 16. April 2015 - C-557/13, Lutz, ECLI:EU:C:2015:227 Rn. 46 = NZI 2015, 478 Rn. 46; vom 8. Juni 2017 - C-54/16, Vinyls Italia, ECLI:EU:C:2017:433 Rn. 29, 48 = NZI 2017, 633 Rn. 29, 48).

## Fundstellen

**Volltext**
Link, openJur
Link, BMJ (rechtsprechung-im-internet.de)
Link, BGH (bundesgerichtshof.de)

**nur Leitsatz**
BB, 2025, 258
NJW, 2025, 687, mit Anm. *Finkelmeier*

**LS und Gründe**
DB, 2025, 311
JZ, 2025, 81
NZG, 2025, 324
NZI, 2025, 348
WM, 2025, 224
ZInsO, 2025, 638
ZIP, 2025, 1008, mit Anm. *Riedemann/Kersch*
ZIP, 2025, 334
ZIP, 2025, 1008

**Bericht**
*Kratzlmeier*, NZG, 2025, 307

## Permalink
https://iprspr.mpipriv.de/2025-1

## Lizenz
Copyright (c) 2024 Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht
Dieses Werk steht unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.