



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

IX ZR 243/18

Verkündet am:  
25. Juni 2020  
Kluckow  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

InsO § 135 Abs. 2

Der Insolvenzverwalter hat für eine Anfechtung einer Rechtshandlung, mit der eine Gesellschaft einem Dritten für eine Forderung auf Rückgewähr eines Darlehens Befriedigung gewährt hat, darzulegen und zu beweisen, dass der Dritte kein Gesellschafter des Schuldners ist. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Dritte einem Gesellschafter gleichzustellen ist, trifft hingegen den Anfechtungsgegner.

InsO § 39 Abs. 1 Nr. 5, § 135

a) Ansprüche eines Darlehensgebers stehen wirtschaftlich einer Forderung auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens gleich, wenn sich die Tätigkeit der Gesellschaft für den Darlehensgeber in einer Gesamtbetrachtung aufgrund seiner einem Gesellschafter vergleichbaren Rechtsstellung als eine eigene unternehmerische Betätigung darstellt. Hierzu sind bei der jeweiligen Gesellschaftsform die bestehende Gewinnbeteiligung des Darlehensgebers, seine gesellschaftergleichen Rechte und seine Teilhabe an der Geschäftsführung in einem Gesamtvergleich mit der Rechtsposition eines Gesellschafters zu betrachten.

b) Ein doppelseitiges Treuhandverhältnis, bei dem der Gesellschafter als Treugeber seinen Gesellschaftsanteil auf einen Treuhänder überträgt, der ihn zugleich treuhänderisch zugunsten des Darlehensgebers hält, führt nicht dazu, dass der Darlehensgeber allein aufgrund der zu seinen Gunsten bestehenden treuhänderischen Berechtigung einem Gesellschafter gleichzustellen ist. Auch insoweit kommt es darauf an, wie die Rechtsstellung des Darlehensgebers im Vergleich zu einem Gesellschafter ausgestaltet ist.

c) Eine bloß faktische Möglichkeit des Darlehensgebers, Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft zu nehmen, genügt nicht für eine Gleichstellung mit einem Gesellschafter.

BGH, Urteil vom 25. Juni 2020 - IX ZR 243/18 - OLG Frankfurt am Main  
LG Frankfurt am Main

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Juni 2020 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, den Richter Grupp, die Richterin Möhring, die Richter Dr. Schoppmeyer und Röhl

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Grundurteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 8. August 2018 wird auf Kosten der Beklagten, die auch die Kosten der Streithelfer des Klägers zu tragen hat, zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Beklagte war einzige Gesellschafterin der E. GmbH (fortan: Schuldnerin). Komplementärin der Beklagten war die Baugesellschaft A. mbH (fortan: Baugesellschaft), Gesellschafter der Baugesellschaft und alleinige Kommanditisten der Beklagten waren B. A. und S. A. . Diese waren zugleich Geschäftsführer der Schuldnerin und der Baugesellschaft.
  
- 2 Im Jahr 2010 geriet die Schuldnerin in Zahlungsschwierigkeiten. Im Rahmen der beabsichtigten Sanierung ermöglichte ein Konsortium aus fünf Banken, den Streithelfern des Klägers (fortan: Banken), die weitere Finanzie-

rung der Schuldnerin über Kreditlinien und Darlehen. Zur Sicherheit bestellten die Beklagte und die Schuldnerin eine Gesamtgrundschuld über 12 Mio. € an sechs Grundstücken der Beklagten und einem Grundstück der Schuldnerin. Hierzu schlossen Schuldnerin, Beklagte und Banken am 11. Mai 2010 einen Sicherheiten-Poolvertrag und eine später verlängerte Stillhaltevereinbarung. Zudem erstellte die S. GmbH (fortan: S. ) ein Sanierungskonzept für die Schuldnerin. Mit notarieller Urkunde vom 22. Dezember 2010 bestellte die Beklagte D. Z. zum weiteren Geschäftsführer der Schuldnerin. Zudem bestellten S. A. und B. A. D. Z. zum weiteren Geschäftsführer der Baugesellschaft. Zugleich schlossen S. A. und B. A. mit der A. Treuhand- und Verwaltungsgesellschaft mbH (fortan: ATV) eine notariell beurkundete Treuhandvereinbarung. Danach übertrugen sie ihre Geschäftsanteile an der Komplementärin der Beklagten, der Baugesellschaft, treuhänderisch auf die ATV und erteilten der ATV unwiderruflich Vollmacht, ihre Stimmrechte und ihre sämtlichen mit den Stimmrechten zusammenhängenden Gesellschafterrechte als Kommanditisten der Beklagten auszuüben. Weiterhin regelte die Treuhandvereinbarung die Rechte und Pflichten von B. A. und S. A. als Treugebern sowie der ATV als Treuhänderin und bestimmte die Banken als bevorrechtigte Begünstigte und gemäß § 328 Abs. 1 BGB unmittelbar berechtigt.

- 3 Im Februar 2011 schlossen Banken, Schuldnerin, Beklagte sowie B. A. und S. A. eine Rahmenvereinbarung. Sie stellte die vorrangige, einheitliche Vertragsgrundlage für die Kredite der Banken dar und regelte unter anderem die Kündigungsbedingungen und die zugunsten der Banken einzuhaltenden Auflagen. Die anfallenden Gewinne der Schuldnerin waren

nach der Rahmenvereinbarung mit Ausnahme von Entnahmen für persönliche Steuern und bestimmte Sozialabgaben zu thesaurieren.

- 4 Die Schuldnerin stellte am 16. Oktober 2013 Insolvenzantrag. Im letzten Jahr vor dem Insolvenzantrag führte die Schuldnerin den Kredit gegenüber den Banken um 1.592.460,56 € zurück. Die Banken erhielten aus der Verwertung des im Eigentum der Schuldnerin stehenden Grundstücks weitere 675.550,83 €. Sie verwerteten auch die Grundstücke der Beklagten und erzielten aus der Verwertung einen Übererlös von 885.447,53 €, den sie an die Beklagte auskehrten.
- 5 Der Kläger ist Insolvenzverwalter in dem am 1. Januar 2014 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin. Er verlangt von der Beklagten im Wege der Anfechtung nach § 135 Abs. 2 InsO insgesamt 2.268.011,39 €. Er stützt diesen Anspruch darauf, dass die von der Beklagten gestellten Sicherheiten aufgrund der Kreditrückführung über 1.592.460,56 € und der Verrechnung mit dem Verwertungserlös aus dem Grundstück der Schuldnerin über 675.550,83 € freigeworden seien. Die Beklagte hat sich insbesondere damit verteidigt, dass die Banken aufgrund der getroffenen Abreden kein Dritter seien, sondern einem Gesellschafter der Schuldnerin gleichstünden. Daher komme nur eine Anfechtung nach § 135 Abs. 1 InsO gegenüber den Banken in Betracht.
- 6 Das Landgericht hat die Anfechtungsklage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision, mit der sie die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erstrebt.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revision hat keinen Erfolg.

I.

8 Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung in NZI 2018, 887 ff veröffentlicht ist, hat angenommen, dem Kläger stehe ein Anfechtungsanspruch aus § 135 Abs. 2, § 143 InsO gegen die Beklagte zu. Die Schuldnerin habe das Darlehen gegenüber den Banken teilweise zurückgeführt, wodurch eine von der Beklagten als Gesellschafterin gestellte Sicherheit freigeworden sei. Der Schuldnerin habe kein Freigabeanspruch wegen Übersicherung zugestanden.

9 Eine Anfechtung nach § 135 Abs. 2 InsO scheide nicht deshalb aus, weil gegenüber den Banken eine Anfechtung nach § 135 Abs. 1 InsO zu erfolgen habe. Die Banken seien nicht als Gesellschafter der Schuldnerin anzusehen, weil es an einer gesellschaftergleichen Stellung fehle. Sie hätten keine den Maßstäben des Bundesgerichtshofs entsprechende Stellung innegehabt. Es habe kein genereller Zustimmungsvorbehalt für jegliche Gewinnverwendung bestanden. Aus Rahmenvereinbarung und Treuhandvereinbarung ergebe sich weder, dass die Banken die Verwertung der Schuldnerin hätten steuern können, noch dass sie gesellschaftergleiche Rechte innegehabt hätten. Die Begünstigung der Banken aus der Treuhandvereinbarung und die Verpflichtung der Treuhänderin, für Rechnung der Treugeber und der Banken zu handeln, stelle ein typisches Charakteristikum der doppelseitigen Treuhand in Sanie-

rungsfällen dar. Dies räume den Banken keine gesellschaftergleichen Rechte in Bezug auf die Beklagte oder die Schuldnerin ein.

10 Eine einem Gesellschafter nur faktisch gleiche oder ähnliche Stellung der Banken schließe die Anwendbarkeit von § 135 Abs. 2 InsO nicht aus. Käme es nur auf den faktischen Einfluss an, führe dies zu einer nicht akzeptablen Rechtsunsicherheit. Im Übrigen reichten die von der Beklagten angeführten Indizien nicht aus, um eine faktische Gesellschafterstellung der Banken annehmen zu können.

## II.

11 Dies hält rechtlicher Überprüfung stand. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass die Voraussetzungen einer Anfechtung nach § 135 Abs. 2 InsO dem Grunde nach erfüllt sind.

12 1. Die Schuldnerin hat einem Dritten für eine Forderung auf Rückgewähr eines Darlehens Befriedigung gewährt. Sie hat den von den Banken gewährten Kredit um 1.592.460,56 € zurückgeführt; aus der Verwertung des in ihrem Eigentum stehenden Grundstücks sind den Banken weitere 675.550,83 € zugeflossen. Die Banken sind Dritte.

13 a) § 135 Abs. 2 InsO unterwirft nur solche Rechtshandlungen der Anfechtung, die einem gesellschafterfremden Dritten eine Befriedigung verschaffen. Die Anfechtung richtet sich auf die damit verbundene Befreiung des Gesellschafters von einer Sicherung (vgl. BGH, Urteil vom 1. Dezember 2011 - IX ZR 11/11, BGHZ 192, 9 Rn. 7; vom 20. Februar 2014 - IX ZR 164/13,

BGHZ 200, 210 Rn. 18). Eine Anfechtung nach § 135 Abs. 2 InsO scheidet aus, wenn die Rechtshandlung gegenüber dem Empfänger der Anfechtung nach § 135 Abs. 1 InsO unterliegt.

14            Im Fall des § 135 Abs. 2 InsO muss der Kreditgeber eine Person sein, die selbst nicht dem Recht der Gesellschafterdarlehen unterfällt, also weder Gesellschafter noch einem solchen gleichgestellt ist (MünchKomm-InsO/Gehrlein, 4. Aufl., § 135 Rn. 37; HK-InsO/Kleindiek, 10. Aufl., § 135 Rn. 43; Scholz/Bitter, GmbHG, 12. Aufl., Anhang § 64 Gesellschafterdarlehen Rn. 356). Die Tilgung einer zuvor besicherten Forderung eines gesellschaftergleichen Dritten wird bereits von § 135 Abs. 1 InsO der Anfechtung unterstellt (MünchKomm-InsO/Gehrlein, aaO).

15            b) Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen einer Anfechtung nach § 135 Abs. 2 InsO liegen beim Insolvenzverwalter. Dies gilt - ebenso wie bei § 135 Abs. 1 InsO - zunächst für die Rechtsstellung des Anfechtungsgegners als Gesellschafter oder gleichgestellter Dritter (vgl. MünchKomm-InsO/Gehrlein, aaO Rn. 42; Uhlenbruck/Hirte, InsO, 15. Aufl., § 135 Rn. 20). Der Insolvenzverwalter hat zudem nachzuweisen, dass eine Rechtshandlung zur Befreiung des Gesellschafters von einer Sicherung geführt hat (vgl. MünchKomm-InsO/Gehrlein, aaO). Weiter hat der Insolvenzverwalter darzulegen und zu beweisen, dass die Rechtshandlung für eine Forderung auf Rückgewähr eines Darlehens Befriedigung gewährt hat und diese Forderung einem Dritten zustand, weil der eine Sicherheit stellende Gesellschafter nur in diesem Fall der Anfechtung unterliegt.

16            Dabei ist hinsichtlich der Rechtsstellung des Dritten im Rahmen des § 135 Abs. 2 InsO zu unterscheiden. Hier genügt der Insolvenzverwalter seiner Darlegungs- und Beweislast, wenn feststeht, dass der Dritte kein Gesellschafter der Schuldnerin war.

17            Hingegen muss der Insolvenzverwalter nicht zusätzlich beweisen, dass der Dritte einem Gesellschafter auch nicht gleichzustellen ist. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass ein Dritter, der kein Gesellschafter der Schuldnerin ist, einem solchen Gesellschafter gleichzustellen ist, obliegt dem Anfechtungsgegner. Diese Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Rahmen des § 135 Abs. 2 InsO folgt aus der gesetzlichen Systematik. Gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO sind nach Maßgabe des § 39 Abs. 4, 5 InsO nachrangig alle Forderungen eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines Darlehens, andere Forderungen hingegen nur, wenn sie einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen. Das Gesetz unterscheidet mithin zwischen Darlehensforderungen eines Gesellschafters und ihnen gleichgestellten Forderungen. Darauf aufbauend unterscheidet § 135 InsO zwischen der Anfechtung von Rechtshandlungen, welche einem Gesellschafter oder einem ihm gleichgestellten Dritten Befriedigung oder Sicherheit gewähren (§ 135 Abs. 1 InsO), sowie der Anfechtung von Rechtshandlungen, die einem Dritten Befriedigung gewähren (§ 135 Abs. 2 InsO).

18            § 135 Abs. 2 InsO dient dazu, die Haftung der Gesellschafter und ihnen gleichgestellter Dritter zu erweitern. Der Vorschrift liegt der Rechtsgedanke zugrunde, dass es wirtschaftlich einer Darlehensgabe des Gesellschafters an seine Gesellschaft (§ 135 Abs. 1 InsO) entspricht, wenn er einem Dritten für einen der Gesellschaft überlassenen Kredit eine Sicherung gewährt. Aus dieser Erwägung wird eine Gesellschaftersicherung anfechtungsrechtlich wie Vermögen

der Gesellschaft behandelt und die Befreiung des Gesellschafters von seiner Sicherung der Rückführung eines Gesellschafterdarlehens gleichgestellt (BGH, Urteil vom 20. Februar 2014 - IX ZR 164/13, BGHZ 200, 210 Rn. 18 mwN). Gesellschafter (oder ihnen gleichgestellte Dritte) bei einer Befriedigung eines Dritten von einer Anfechtung nach § 135 Abs. 2 InsO auszunehmen, ist damit nach Sinn und Zweck nur gerechtfertigt, wenn feststeht, dass der Dritte einem Gesellschafter gleichsteht. Unterliegt die Finanzierungsleistung des Dritten ebenfalls dem Gesellschafterdarlehensrecht, greift die gesetzliche Wertung des § 135 Abs. 2 InsO nicht mehr ein. Dass § 135 InsO zwei Fallgestaltungen unterscheidet, soll nicht dazu führen, bei Unklarheiten über die gesellschaftergleiche Stellung des Dritten dem Gesellschafter eine Enthftung zu ermöglichen. Demgemäß muss der Insolvenzverwalter nur beweisen, dass der Dritte kein Gesellschafter der Schuldnerin ist. Verbleibende Zweifel an einer möglichen Gleichstellung des Dritten mit einem Gesellschafter gehen hingegen zu Lasten des Anfechtungsgegners.

19           c) Die Banken waren gesellschaftsfremder Dritter. Sie sind weder Gesellschafter der Schuldnerin noch sind sie einem solchen gleichzustellen. Unstreitig bestand keine formelle Gesellschafterstellung. Die Voraussetzungen für eine Gleichstellung der Banken mit einem Gesellschafter liegen nicht vor.

20           aa) § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO bestimmt Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, nach näherer Maßgabe der Absätze 4 und 5 als nachrangig. Die Sicherung und Befriedigung einer Forderung im Sinne von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO unterwirft § 135 Abs. 1 InsO der Anfechtung. Nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann danach auch die Rückführung des Darlehens eines nicht an der Gesellschaft be-

teiligten Dritten anfechtbar sein. Solche Forderungen Dritter werden in den genannten Normen zwar nicht ausdrücklich erwähnt. Es war aber der Wille des Gesetzgebers bei der Gestaltung dieser Vorschriften, durch die tatbestandliche Einbeziehung gleichgestellter Forderungen den Anwendungsbereich des früheren § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG auch in personeller Hinsicht zu übernehmen (BT-Drucks. 16/6140 S. 56). Von der geltenden Regelung werden daher auch Rechtshandlungen Dritter erfasst, welche der Darlehensgewährung durch einen Gesellschafter wirtschaftlich entsprechen (BGH, Urteil vom 17. Februar 2011 - IX ZR 131/10, BGHZ 188, 363 Rn. 10; vom 21. Februar 2013 - IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 Rn. 14 ff; vom 18. Juli 2013 - IX ZR 219/11, BGHZ 198, 64 Rn. 23; vom 29. Januar 2015 - IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 Rn. 46; vom 15. November 2018 - IX ZR 39/18, ZIP 2019, 182 Rn. 7).

21           bb) Für das neue Gesellschafterdarlehensrecht hat der Bundesgerichtshof bislang nicht abschließend entschieden, unter welchen Voraussetzungen eine Gleichstellung eines Dritten mit einem Gesellschafter in Betracht kommt.

22           (1) Eine Rechtshandlung kann insbesondere dann wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen entsprechen, wenn es sich um Darlehen verbundener Unternehmen handelt. Die Verbindung kann - vertikal - in der Weise bestehen, dass der Dritte an einer Gesellschafterin der Schuldnergesellschaft beteiligt ist. Sie kann aber auch - horizontal - so ausgestaltet sein, dass ein Gesellschafter an beiden Gesellschaften, der das Darlehen annehmenden und der das Darlehen gewährenden Gesellschaft, beteiligt ist, und zwar an der letztgenannten in maßgeblicher Weise. 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 kann (BGH,

Urteil vom 5. Mai 2008 - II ZR 108/07, WM 2008, 1164 Rn. 9 f; vom 28. Februar 2012 - II ZR 115/11, WM 2012, 843 Rn. 16 ff; vom 18. Juli 2013, aaO Rn. 24; vom 29. Januar 2015, aaO Rn. 50; vom 15. November 2018 aaO).

23           (2) Eine Rechtshandlung kann weiter wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen entsprechen, wenn der Darlehensgeber sich aufgrund von Vereinbarungen Rechte einräumen lässt, die im Rahmen einer Gesamtwürdigung dazu führen, dass er eine einem Gesellschafter vergleichbare Stellung innehat.

24           (a) Für das Eigenkapitalersatzrecht hat der Bundesgerichtshof angenommen, dass ein Pfandgläubiger an dem Geschäftsanteil des Gesellschafters einer GmbH den Grundsätzen über die Erhaltung des Stammkapitals im Allgemeinen nur dann unterliegt, wenn er sich zusätzliche Befugnisse einräumen lässt, die es ihm ermöglichen, die Geschicke einer GmbH ähnlich wie ein Gesellschafter zu bestimmen (BGH, Urteil vom 13. Juli 1992 - II ZR 251/91, BGHZ 119, 191 ff). Hingegen genügt eine nicht gesellschaftsrechtlich fundierte, sondern nur wirtschaftliche oder durch schuldrechtliche Verträge (mit Ausnahme von Treuhandverträgen) vermittelte Machtposition, wie sie zum Beispiel auch der Hausbank einer GmbH zukommen kann, für das Eigenkapitalersatzrecht nicht, um den Inhaber dieser Machtposition einem Gesellschafter gleichzustellen (BGH, Urteil vom 6. April 2009 - II ZR 277/07, ZIP 2009, 1273 Rn. 16).

25           Für das neue Recht der Gesellschafterdarlehen hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 28. Juni 2012 (IX ZR 191/11, BGHZ 193, 378 ff) entschieden, dass ein atypisch stiller Gesellschafter einer GmbH & Co. KG mit seinen Ansprüchen wirtschaftlich dem Gläubiger eines Gesellschafterdarlehens insolvenzrechtlich gleichsteht, wenn in einer Gesamtbetrachtung seine Rechtsposition nach dem Beteiligungsvertrag der eines Kommanditisten im Innenverhältnis

weitgehend angenähert ist (BGH, aaO Rn. 17). Der Nachrang seiner Ansprüche in der Insolvenz der Geschäftsinhaberin kann danach jedenfalls eintreten, wenn im Innenverhältnis das Vermögen der Geschäftsinhaberin und die Einlage des Stillen als gemeinschaftliches Vermögen behandelt werden, die Gewinnermittlung wie bei einem Kommanditisten stattfindet, die Mitwirkungsrechte des Stillen in der GmbH & Co. KG der Beschlusskompetenz eines Kommanditisten in Grundlagenangelegenheiten jedenfalls in ihrer schuldrechtlichen Wirkung gleichkommen und die Informations- und Kontrollrechte des Stillen denen eines Kommanditisten nachgebildet sind (BGH, aaO). Im Schrifttum wird diese Gestaltungsform dementsprechend bildhaft auch als "Innen-KG" bezeichnet (MünchKomm-HGB/K. Schmidt, 4. Aufl., § 230 Rn. 81).

26 (b) Die Einordnung eines Drittdarlehens, bei dem weder eine vertikale noch eine horizontale Verbindung des Dritten zur Gesellschaft besteht, als eine wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen im Sinne der § 39 Abs. 1 Nr. 5, § 135 Abs. 1, 2 InsO entsprechende Forderung setzt voraus, dass der Dritte unternehmerischen Einfluss auf die Gesellschaft hat und dieser Einfluss des Dritten in einer Weise ausgestaltet und abgesichert ist, die es rechtfertigt, das Darlehen des Dritten als Einsatz eines Kapitals zu einer eigenen, gesellschaftergleichen unternehmerischen Tätigkeit anzusehen. Dies ergibt sich aus den wesentlichen Grundgedanken des Gesellschafterdarlehensrechts nach dem MoMiG.

27 (aa) Nachrang und Anfechtbarkeit beruhen auf der Bereitschaft des Gesellschafters, der Gesellschaft Mittel zur Finanzierung zur Verfügung zu stellen (vgl. BGH, Urteil vom 27. Juni 2019 - IX ZR 167/18, BGHZ 222, 283 Rn. 23; Schoppmeyer, WM 2018, 353, 358 f). Das Gesetz unterwirft Gesellschafterdarlehen ohne Rücksicht auf einen Eigenkapitalcharakter einer insolvenzrechtli-

chen Sonderbehandlung und stellt auf diese Weise eine darlehensweise Gewährung von Finanzmitteln der Zuführung haftenden Eigenkapitals weitgehend gleich (BGH, Urteil vom 13. Oktober 2016 - IX ZR 184/14, BGHZ 212, 272 Rn. 22; vom 14. Februar 2019 - IX ZR 149/16, BGHZ 221, 100 Rn. 51; vom 27. Juni 2019 - IX ZR 167/18, BGHZ 222, 283 Rn. 24). Der tragende Grund der Nachrangigkeit im Insolvenzfall liegt darin, dass der Gesellschafter mit seiner Finanzierungsentscheidung die Kapitalausstattung der eigenen Gesellschaft verbessert hat. Entscheidend ist, ob die Gesellschafterleistung nach ihrer wirtschaftlichen Funktion einer Leistung von Eigenkapital vergleichbar ist (BGH, Urteil vom 27. Juni 2019, aaO).

28 Ein Gesellschafter, der die Gesellschaft aus eigenen Mitteln mit den für den Geschäftsbetrieb notwendigen finanziellen Mitteln ausstattet, finanziert damit eine Geschäftstätigkeit, die ihm mittelbar über seine Stellung als Gesellschafter zugute kommt. Hätte der Gesellschafter selbst diese Geschäfte betrieben, wären die eigenen Mittel in der Insolvenz des Gesellschafters verloren. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ordnet an, dass gleiches in der Insolvenz "seiner" Gesellschaft gilt, sofern und soweit der Gesellschafter mit seinen Rechtshandlungen die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft finanziert und das entsprechende Kapital im Insolvenzfall noch nicht abgezogen worden ist (BGH, aaO Rn. 25). Das Gesetz knüpft damit an den Einsatz eigener finanzieller Mittel zu einer eigenen unternehmerischen Tätigkeit an; angesichts des in diesem Fall bestehenden Eigeninteresses am Erfolg dieser Tätigkeit ordnet das Gesetz den Nachrang für einmal gewährte Finanzierungsleistungen an. Aus der Sicht des Gesetzgebers ist der Eintritt der Insolvenz ausreichender Grund für die Annahme, dass die vom Gesellschafter aus seinem eigenen Vermögen zur Finanzierung des Geschäftsbetriebs der Gesellschaft überlassenen Gelder eine dem Eigenkapital vergleichbare finanzielle Ausstattung darstellen. Dies ist aufgrund

des dem Gesellschafter regelmäßig eröffneten Einflusses auf die Geschäfte der Gesellschaft gerechtfertigt (BGH, aaO).

29           Im Hinblick auf das erforderliche Eigeninteresse stehen die unternehmerische Leitung, die Beteiligung am Gewinn und der gesellschaftsrechtliche Einfluss in einem Zusammenhang. Im Regelfall ist die Beteiligung am Haftkapital Grundlage für die Beteiligung am Verlust und Gewinn und somit dem Ertrag der unternehmerischen Tätigkeit. Wie § 39 Abs. 5 InsO zeigt, muss sich das ausreichende Eigeninteresse entweder in einer weitreichenden Lenkung der Geschäftstätigkeit oder in einer hinreichend starken Beteiligung am wirtschaftlichen Erfolg äußern. Dass nach § 39 Abs. 5 InsO ein geschäftsführender Gesellschafter stets auch bei geringer oder sogar fehlender Beteiligung am Haftkapital dem Gesellschafterdarlehensrecht unterliegt, spricht dafür, dass das Ausmaß der Leitungsmacht eine geringe Beteiligung am Gewinn ausgleichen kann. Umgekehrt lässt sich § 39 Abs. 5 InsO entnehmen, dass eine über die Beteiligung am Haftkapital vermittelte Teilhabe am Gewinn ab einer bestimmten Schwelle die fehlende Leitungsmacht ausgleichen kann. Zudem ist die von § 39 Abs. 5 InsO verlangte Mindestbeteiligung am Haftkapital ein Indiz für ein ausreichendes Gewicht des gesellschaftsrechtlichen Einflusses.

30           (bb) Vor diesem Hintergrund entsprechen Darlehen eines Dritten wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen, wenn sich die Tätigkeit der Gesellschaft als eine eigene unternehmerische Betätigung des finanzierenden Dritten darstellt. Dies setzt einerseits einen rechtlichen Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft voraus und erfordert andererseits eine Teilnahme des Dritten am wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft. Dabei ist die Wertung des § 39 Abs. 5 InsO zu berücksichtigen.

31           Ob ein gesellschaftsrechtlicher Einfluss des Dritten und seine Beteiligung am wirtschaftlichen Erfolg genügen, um das Drittdarlehen als wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen entsprechend anzusehen, ist eine Frage der Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalls. Es kommt insbesondere auf Art und Inhalt der getroffenen Abreden und der dem Darlehensgeber eingeräumten Rechte, den Umfang, in dem dieser über die Geschäftsführung bestimmen kann, und die Art und Weise an, in welcher der Darlehensgeber am Verlust und Gewinn der Gesellschaft beteiligt ist. Die erforderliche Kapitalbeteiligung liegt in solchen Fällen regelmäßig in der Hingabe des Darlehens. Geboten ist eine Gesamtbetrachtung (vgl. BGH, Urteil vom 28. Juni 2012 - IX ZR 191/11, BGHZ 193, 378 Rn. 24).

32           Im Ausgangspunkt kann die Darlehensgewährung durch einen Dritten keiner anderen Beurteilung unterliegen als die Stellung eines atypischen stillen Gesellschafters (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 1992 - II ZR 251/91, BGHZ 119, 189, 195). Wesentlich für den Nachrang von Ansprüchen eines atypischen stillen Gesellschafters sind einerseits seine Beteiligung am Gewinn der Gesellschaft, etwa wie bei einem Kommanditisten, und andererseits in atypischer Weise eingeräumte Mitwirkungsrechte, die eine weitreichende Einflussnahme auf die Geschäftsführung und die Gestaltung der Gesellschaft erlauben (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 1992, aaO; Beschluss vom 5. April 2011 - II ZR 173/10, WM 2011, 1371 Rn. 4, jeweils zum Eigenkapitalersatzrecht; Urteil vom 28. Juni 2012 - IX ZR 191/11, BGHZ 193, 378 Rn. 17 zu § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nF), insbesondere wenn er wie ein Gesellschafter die Geschicke der Gesellschaft mitzubestimmen berechtigt ist (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 1992, aaO S. 196). Letztlich geht es darum, wie bei der jeweiligen Gesellschaftsform ein Dreifachtatbestand aus Gewinnbeteiligung des Darlehensgebers, seinen gesellschaftergleichen Rechten und seiner Teilhabe an der Geschäftsführung in

einem Gesamtvergleich mit der Rechtsposition eines regulären Gesellschafters zu betrachten ist.

33            Dabei genügt es für den unternehmerischen Einfluss nicht, dass sich der Dritte für seine Darlehensansprüche den Gesellschaftern zustehende Forderungen, Ansprüche und Rechte abtreten, verpfänden oder in anderer Form als Sicherheit übertragen lässt. Die Gewährung von Sicherheiten für ein Darlehen stellt für sich genommen keine ausreichende Grundlage für eine Gleichstellung des Dritten mit einem Gesellschafter dar. Diese erfordert vielmehr, dass der Dritte über seine Rolle als Fremdkapitalgeber hinausgeht.

34            (3) Eine Rechtshandlung kann ebenfalls wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen entsprechen, wenn sie im Zusammenhang mit einem Treuhandverhältnis erfolgt.

35            (a) Nach allgemeiner Meinung steht in den Fällen, in denen ein Treuhänder als Gesellschafter Mitglied des Verbandes ist, diese Stellung aber für fremde Rechnung hält, der Treugeber einem Gesellschafter gleich; das Darlehen des Treugebers unterfällt daher dem Gesellschafterdarlehensrecht (vgl. HK-InsO/Kleindiek, 10. Aufl., § 39 Rn. 51; MünchKomm-InsO/Gehrlein, 4. Aufl., § 135 Rn. 20; Preuß in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2013, § 39 Rn. 72; HmbKomm-InsO/Lüdtke, 7. Aufl., § 39 Rn. 38; FK-InsO/Bornemann, 9. Aufl., § 39 Rn. 72; Schmidt/Schmidt/Herchen, InsO, 19. Aufl., § 39 Rn. 48; Scholz/Bitter, GmbHG, 12. Aufl., Anhang § 64, Gesellschafterdarlehen Rn. 265; Habersack in Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, 2. Aufl., Anh. § 30 Rn. 93; Kolmann in Sanger/Inhester, GmbHG, 4. Aufl., Anh. § 30 Rn. 60; Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, 22. Aufl., Anhang § 64 Rn. 62; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl., Anhang 7 f § 64 Rn. 146; Gehrlein, BB 2008, 846, 850; Ha-

bersack, ZIP 2008, 2385, 2387). Entscheidend ist, dass sich die Auswirkungen der Gesellschafterstellung des Treuhänders vollständig im Vermögen des Treugebers niederschlagen, dieser wirtschaftlich wie ein Gesellschafter anzusehen ist (vgl. bereits BGH, Urteil vom 14. Dezember 1959 - II ZR 187/57, BGHZ 31, 258, 263 ff; vom 26. November 1979 - II ZR 104/77, BGHZ 75, 334, 335 f; vom 21. September 1981 - II ZR 104/80, BGHZ 81, 311, 316 unter 2.; vom 8. Juli 1985 - II ZR 269/84, BGHZ 95, 188, 193 unter III. 3.; vom 22. Oktober 1990 - II ZR 238/89, NJW 1991, 1057, 1058 unter 2.b.; vom 6. April 2009 - II ZR 277/07, ZIP 2009, 1273 Rn. 9, jeweils zum Eigenkapitalersatzrecht).

36 (b) Danach ist bei einem doppelseitigen Treuhandverhältnis, bei dem der Gesellschafter als Treugeber seinen Gesellschaftsanteil auf einen Treuhänder überträgt, der ihn zugleich treuhänderisch zugunsten des Darlehensgebers hält, zu unterscheiden. Der Gesellschafter, welcher seinen Gesellschaftsanteil auf den Treuhänder überträgt, steht regelmäßig auch nach Übertragung des Gesellschaftsanteils einem Gesellschafter gleich, weil sich die Gesellschaftsbeteiligung des Treuhänders wirtschaftlich vollständig im Vermögen des Treugebers niederschlägt. Dass die Treuhand zugleich dem Darlehensgeber als Sicherheit dient, ändert nichts an der grundsätzlich fortbestehenden wirtschaftlichen Beteiligung des Gesellschafter-Treugebers.

37 Auf der anderen Seite ist der Darlehensgeber, zu dessen Gunsten eine doppelseitige Treuhand besteht, anders als die Revision meint, nicht ohne weiteres einem Gesellschafter gleichzustellen. Dies ist nicht gerechtfertigt, wenn die dem Dritten aus der doppelseitigen Treuhand eingeräumten Rechte sich auf die Sicherungsfunktion beschränken. Dies gilt auch, soweit der Treuhandvertrag im Hinblick auf den Darlehensgeber einen Treuhandvertrag zugunsten Dritter darstellt (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 24. September 2015 - IX ZR 272/13,

BGHZ 207, 23 Rn. 36). Anders als einem Treuhänder, der nach außen über die Rechtsstellung des Gesellschafters verfügt und hierbei in seiner Rechtsmacht nicht beschränkt ist, stehen dem Darlehensgeber bei der doppelseitigen Treuhand nur die im Innenverhältnis eingeräumten Rechte zu. Daher kommt es bei zugunsten des Darlehensgebers begründeten Treuhandverhältnissen darauf an, wie sich die gesamte Rechtsstellung des Darlehensgebers gestaltet. Insofern gelten die Anforderungen zu einer Gleichstellung des Dritten aufgrund von Vereinbarungen entsprechend.

38            Im Regelfall ist die Situation eines durch eine doppelseitige Treuhand begünstigten Drittdarlehensgebers vergleichbar der eines typischen Pfandgläubigers, der sich im Sicherungsfall nur aus dem Wert des Gesellschaftersanteils befriedigen kann (vgl. Kampshoff, GmbHR 2010, 897, 903). Mangels Weisungsbefugnis fehlt es an der unternehmerischen Beteiligung und den zu fordernden Einwirkungsmöglichkeiten auf die Geschäftsführung, so dass die Einbeziehung in die Regelungen über Gesellschafterdarlehen in der typischen Ausgestaltung der doppelseitigen Treuhand demgemäß grundsätzlich ausscheidet (Kampshoff, aaO). Anders ist dies, wenn die dem Darlehensgeber aufgrund der Treuhandvereinbarung und gegebenenfalls sonstiger Abreden zustehenden Rechte in einer Gesamtwürdigung den Dreifachtatbestand aus Erlösbeteiligung, gesellschaftergleichen Rechten und Teilhabe an der Geschäftsführung in einer Weise erfüllen, dass seine Rechtsposition der eines regulären Gesellschafters entspricht.

39            cc) Nach diesen Maßstäben verschaffen die getroffenen Vereinbarungen im Streitfall den Banken keine gesellschaftergleiche Stellung. Die Würdigung des Berufungsgerichts ist rechtsfehlerfrei.

40 (1) Die Beteiligung der Banken am Gewinn der Schuldnerin ist im Streitfall nicht besonders ausgeprägt. Sie erhalten einen festen Zins für die gewährten Darlehen, zudem bestehen Ansprüche auf Rückgewähr des Darlehenskaptals. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, dass die Banken darüber hinaus am Gewinn der Schuldnerin beteiligt sind. Die Revision zeigt keine Umstände auf, die für eine zusätzliche Gewinnbeteiligung der Banken sprechen.

41 Soweit nach Nr. 4.1 der Rahmenvereinbarung die anfallenden Gewinne der Schuldnerin während der Laufzeit grundsätzlich zu thesaurieren sind, führt diese Verpflichtung nicht zu einer zusätzlichen Beteiligung der Banken an den Gewinnen. Die in Teil B § 2.3 der Treuhandvereinbarung festgelegte Beteiligung der Banken an einem Verwertungserlös und sonstigen Zahlungen ist der Höhe nach ausdrücklich auf die Ansprüche der Banken einschließlich Nebenansprüchen wie Zinsen und Kosten beschränkt. Der in Teil B § 1.4 der Treuhandvereinbarung enthaltene Zustimmungsvorbehalt der Treuhänderin für Ausschüttungen und Entnahmen der Kommanditisten der Beklagten erweitert die Gewinnbeteiligung der Banken nicht. Soweit die Treuhänderin gemäß Teil B § 3.3 der Treuhandvereinbarung für Rechnung der Banken und der Gesellschafter der Beklagten tätig wird, erstreckt auch dies die wirtschaftliche Beteiligung der Banken nicht über ihre in Teil B § 2.3 der Treuhandvereinbarung festgelegte Beteiligung hinaus.

42 Selbst wenn damit die Gewinne vorrangig den Banken zufließen sollten, beruht dies auf den Ansprüchen der Banken auf Darlehenszinsen und Kapitalrückzahlung und begründet insoweit in erster Linie eine Sicherheit. Eine solche letztlich nur indirekte Beteiligung am Gewinn stellt nur ein schwaches Indiz für eine Gleichstellung als Gesellschafter dar. Denn diese Vereinbarungen ent-

sprechen in ihrem Umfang den Ansprüchen bei einem Fremddarlehen. Hingegen liegt weder eine anteilige - etwa im Verhältnis der Kapitalbeteiligung - noch eine variable Beteiligung am Gewinn vor. Damit bleibt die Beteiligung der Banken am Gewinn deutlich hinter der einem Kommanditisten nach §§ 167 ff HGB zustehenden Gewinnbeteiligung zurück.

43 (2) Den Banken stand kein besonders ausgestalteter Einfluss auf die Geschäftsführung zu. Dies hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt.

44 (a) Die Bestellung von D. Z. zum weiteren Geschäftsführer sowohl der Komplementärin der Beklagten als auch der Schuldnerin genügt hierzu nicht. Die Beklagte zeigt nicht auf, dass die Banken Z. gegenüber weisungsbefugt waren oder Z. verpflichtet war, sein Handeln als Geschäftsführer mit den Banken abzustimmen. Dabei kann dahinstehen, ob - wie die Beklagte behauptet - die Banken im Vorfeld der Sanierung unter der Drohung, die Kreditlinien aufzukündigen, darauf bestanden haben, dass Z. zum Geschäftsführer bestellt wird. Die wirtschaftliche Verhandlungsmacht eines Kreditgebers begründet keinen gesellschaftergleichen Einfluss auf die Geschäftsführung.

45 (b) Ebenso wenig folgt eine besonders ausgestaltete Leitungsmacht der Banken aus der Bestellung des Geschäftsführers der Treuhänderin ATV. Dass die ATV als Treuhänderin nach Teil B § 3.2.1 des Treuhandvertrags befugt war, Organe der Schuldnerin und anderer Gesellschaften der A. -Gruppe zu bestellen und abzurufen, verschafft den Banken keinen gesellschaftergleichen Einfluss. Insoweit bestimmt Teil B § 3.3 des Treuhandvertrags, dass die Treuhänderin weisungsfrei nach eigenem Ermessen zu handeln habe und dies allein durch die Bestimmungen der Treuhandvereinbarung beschränkt war. Die

Auslegung des Berufungsgerichts, dass damit keine Weisungsbefugnis der Banken verbunden war und die Bestimmungen des Treuhandvertrags den Banken nur das Recht gaben, die Treuhänderin zu verpflichten, einer Ausschüttung an die Kommanditisten der Beklagten nicht ohne Einverständnis der Banken zuzustimmen, und dies keine gesellschaftergleiche Stellung begründet, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

46 Die Beklagte zeigt nicht auf, dass die Banken Gesellschafter der Treuhänderin ATV waren oder in rechtlich abgesicherter Form darüber bestimmen konnten, wer Geschäftsführer der Treuhänderin war. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass sie in der Lage waren, den Geschäftsführer der ATV abzuberauben. Dass die Banken - wie die Beklagte behauptet - ausschließlich A. H. als Geschäftsführer der Treuhänderin wüssten und durchsetzen, genügt für eine Leitungsmacht bei der Schuldnerin nicht. Es fehlt insoweit an einer rechtlich begründeten Stellung der Banken, den Geschäftsführer der Treuhänderin zu beeinflussen. Eine Leitungsmacht besteht im Rahmen einer doppelseitigen Treuhand nicht schon dann, wenn der Darlehensgeber bei Abschluss der Treuhandvereinbarung darauf besteht, dass ein bestimmter Treuhänder ausgesucht wird. Vielmehr setzt dies voraus, dass der Darlehensgeber in rechtlich begründeter Art die Entscheidungen des Treuhänders beeinflussen kann.

47 Ebenso wenig folgt eine Leitungsmacht der Banken daraus, dass nach Nr. 7 der Rahmenvereinbarung bei einer Änderung der doppelseitigen Treuhand ein Kündigungsrecht der Banken bestand, wenn über die Änderung keine Einigung erzielt werden sollte. Es genügt nicht, dass Nr. 7.2 der Rahmenvereinbarung hierzu auch Fälle zählt, in denen die Treuhänderin ATV oder der Geschäftsführer der ATV, A. H. , ausgewechselt werden sollte. Ein

solches Kündigungsrecht verschafft den Banken keinen über ihre Rechte aus der doppelseitigen Treuhand hinausgehenden rechtlich begründeten Einfluss auf die Geschäftsführung.

48           (3) Schließlich standen den Banken keine gesellschaftergleichen Rechte an der Schuldnerin von solchem Gewicht zu, welche trotz lediglich indirekter Beteiligung am Gewinn und eines geringen Einflusses auf die Leitung der Schuldnerin es rechtfertigen könnten, die Tätigkeit der Schuldnerin als eigene unternehmerische Tätigkeit der Banken anzusehen. Es kann dahinstehen, ob dies in Betracht käme, wenn die Banken sämtliche Gesellschafterrechte hätten allein ausüben können.

49           (a) Allerdings kann ein solcher Einfluss nicht schon deshalb verneint werden, weil es an einer formellen Beteiligung am Haftkapital fehlt. Zwar spricht eine im Verhältnis zum Haftkapital geringe Höhe des Darlehens bei kurzer Laufzeit gegen eine gesellschaftergleiche Beteiligung (vgl. BGH, Urteil vom 6. Dezember 2018 - IX ZR 143/17, ZIP 2019, 679 Rn. 46, insoweit in BGHZ 220, 280 nicht abgedruckt). Jedoch erfordert eine Behandlung eines Drittdarlehens als wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen gleichstehend weder eine Beteiligung am Haftkapital noch setzt dies stets voraus, dass die Höhe des Darlehens einen Betrag erreicht, welcher der Mindestquote des § 39 Abs. 5 InsO vergleichbar ist.

50           (b) Die in der Treuhandvereinbarung und in den weiteren Vereinbarungen getroffenen zusätzlichen Abreden genügen nicht, um den Banken einen gesellschaftergleichen unternehmerischen Einfluss auf die Schuldnerin einzuräumen. Die Rechtsstellung als Begünstigte der doppelseitigen Treuhandver-

einbarung führt - wie dargelegt - für sich genommen nicht zu einer gesellschaftergleichen Stellung.

51 Dass das Sanierungskonzept der S. nach der Präambel der Rahmenvereinbarung Auflage für die Finanzierungsentscheidung der Banken war und die Schuldnerin sich verpflichtete, die S. mit der Umsetzung des Sanierungsprozesses zu beauftragen (Nr. 6.1 der Rahmenvereinbarung) und die Vorgaben des Sanierungsgutachtens zu beachten und einzuhalten (Nr. 6.3 der Rahmenvereinbarung), verschafft den Banken keinen auf rechtlicher Grundlage beruhenden gesellschaftergleichen Einfluss. Gleiches gilt für die Verpflichtung der Treuhänderin, ihre Tätigkeit an den Maßgaben des Sanierungsplans auszurichten (vgl. Teil A § 1.2, Teil B § 3.1 der Treuhandvereinbarung). Ebenso wenig begründen die Verpflichtung der Beklagten, anfallende Gewinne - mit Ausnahme persönlicher Steuer- und Sozialabgaben - zu thesaurieren (Nr. 4.1 der Rahmenvereinbarung), und der Zustimmungsvorbehalt der Banken für eine Gewinnausschüttung oder Entnahme zugunsten der Kommanditisten (Teil B § 1.4 der Treuhandvereinbarung) einen gesellschaftergleichen Einfluss von erheblichem Gewicht. Berichts- und Informationspflichten nach der Rahmenvereinbarung (Nr. 5.1 der Rahmenvereinbarung) und nach der Treuhandvereinbarung (vgl. Teil B § 4.2 der Treuhandvereinbarung) eröffnen ebenfalls keinen unternehmerischen Einfluss der Banken.

52 Schließlich genügen auch die weiteren Vereinbarungen der Treuhandvereinbarung nicht, um die Darlehen der Banken als wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen gleichstehend einordnen zu können. Die Einräumung einer doppelseitigen Treuhand reicht hierfür nicht aus. Die der ATV nach Teil B § 1.4 der Treuhandvereinbarung für die Kommanditanteile an der Beklagten erteilten Stimmrechtsvollmachten verschaffen den Banken keinen unternehmerischen

Einfluss; der auf eine Gewinnausschüttung und Entnahmen zugunsten der Kommanditisten beschränkte Zustimmungsvorbehalt der Banken genügt hierzu ebenfalls nicht. Die Weisungsfreiheit der Treuhänderin (Teil B § 3.3 der Treuhandvereinbarung) und ihre Befugnis, Stimmrechte und Gesellschafterrechte eigenverantwortlich auszuüben (Teil B § 1.3 der Treuhandvereinbarung), stehen einem gesellschaftergleichen Einfluss der Banken entgegen. Demgemäß genügt es auch nicht, dass die Banken den Abschluss des Treuhandvertrags als harte Treuhandauflage zur Voraussetzung für die Aufrechterhaltung der Finanzierungslinien machten (Teil B § 6 der Treuhandvereinbarung).

53 (c) Die nach Teil B § 1.5 der Treuhandvereinbarung vereinbarte Änderung des Gesellschaftsvertrags der Beklagten ist nicht geeignet, eine gesellschaftergleiche Stellung der Banken zu begründen. Sie betrifft allein den Abschluss des Widerspruchsrechts der Kommanditisten nach § 164 HGB, die Fortsetzung der Gesellschaft bei Tod eines Kommanditisten und einen Zustimmungsvorbehalt der Komplementärin für eine von den Kommanditisten erteilte Vollmacht sowie eine Übertragung des Kommanditanteils. Dies betrifft das Verhältnis der Kommanditisten zur Treuhänderin ATV; die Bestimmungen verschaffen den Banken keinen gesellschaftergleichen Einfluss bei der Schuldnerin.

54 Für eine Gleichstellung eines Darlehensgebers mit einem Gesellschafter genügt es - anders als der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 13. Juli 1992 (II ZR 251/91, BGHZ 119, 191, 198) für das Eigenkapitalersatzrecht hervorgehoben hat - nicht, dass die Gesellschafter in grundsätzlichen Fragen nicht mehr eigenverantwortlich entscheiden können. Entscheidend ist vielmehr, wem die Entscheidungsbefugnis - sei es auch nur in Form von Zustimmungsvorbehalten - zuwächst. Im Streitfall liegt die Entscheidungsbefugnis bei der Treuhänderin; sie ist jedoch nur an die Vorgaben des Treuhandvertrags gebunden und keinen

Weisungen unterworfen. Ein über die Vorgaben des Treuhandvertrags hinausgehender rechtlich abgesicherter Einfluss der Banken besteht hingegen nicht. Dies führt nicht zu einem umfassenden Zustimmungsvorbehalt der Banken.

55 (4) Auch bei einer Gesamtwürdigung von Gewinnbeteiligung, Einfluss auf die Geschäftsführung und eingeräumten Rechten sind die Banken selbst auf Grundlage der Behauptungen der Beklagten nicht als gesellschaftergleiche Dritte anzusehen. In seiner Gesamtheit erreicht der den Banken in rechtlicher Hinsicht mögliche Einfluss nicht die Rechtsstellung eines Kommanditisten. Zugleich fehlt es an einer einem Kommanditisten vergleichbaren Gewinnbeteiligung der Banken. Damit besteht keine ausreichende rechtliche Grundlage, welche den Banken einen hinreichenden Einfluss eröffnete, um die Tätigkeit der Schuldnerin als eigene unternehmerische Tätigkeit der Banken ansehen zu können. Inwieweit subtilere Formen der Einflussnahme im Rahmen der Gesamtwürdigung herangezogen werden können, um eine Gleichstellung zu begründen, ist nicht entscheidungserheblich, weil dies jedenfalls ein Mindestmaß an in rechtlicher Hinsicht abgesichertem Einfluss voraussetzt, das im Streitfall nicht erreicht ist.

56 dd) Zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass eine bloß faktische Möglichkeit, Einfluss auf die Entscheidungen der Schuldnerin zu nehmen, für eine Gleichstellung mit einem Gesellschafter nicht genügt. Gleiches gilt für eine nur wirtschaftliche Machtposition (vgl. bereits BGH, Urteil vom 6. April 2009 - II ZR 277/07, ZIP 2009, 1273 Rn. 16 zum Eigenkapitalersatzrecht). Ob dies anders ist, wenn der Darlehensgeber faktischer Geschäftsführer der Schuldnerin ist, kann dahinstehen. Die Beklagte behauptet keinen Sachverhalt, aufgrund dessen die Banken faktische Geschäftsführer der Schuldnerin gewesen sein könnten. Damit kommt es auf die von der Beklagten erhobenen Gehörsrügen nicht an.

57 ee) Entgegen der Revision besteht zwischen den Brüdern A. und den Banken keine Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass die Treugeber und die Banken letztlich keine deckungsgleichen Ziele verfolgten und daher keine stillschweigende Vereinbarung über die Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts getroffen hätten. Diese tatrichterliche Würdigung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden; die von der Revision erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 ZPO). Es kann daher dahinstehen, ob dieser Ansatz überhaupt geeignet wäre, konzernrechtliche Folgen im Sinne der §§ 15 ff AktG auszulösen und die Banken deshalb als gesellschaftergleicher Dritter angesehen werden könnten.

58 2. Die weiteren Voraussetzungen einer Anfechtung nach § 135 Abs. 2 InsO sind gegeben. Die Beklagte war Gesellschafterin der Schuldnerin. Die treuhänderische Übertragung der Geschäftsanteile an der Komplementärin der Beklagten auf die ATV und die der ATV von den Kommanditisten der Beklagten gewährte uneingeschränkte Stimmrechtsvollmacht haben auf die Stellung der Beklagten als Gesellschafterin der Schuldnerin keinen Einfluss.

59 Die Beklagte hat den Banken mit den Grundschulden an ihren Grundstücken Sicherheiten gestellt. Die Befriedigung der Banken als Dritte erfolgte innerhalb des letzten Jahres vor dem maßgeblichen Insolvenzantrag und damit innerhalb der von § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO bestimmten Frist. Die Rückzahlung der

Darlehen hat dazu geführt, dass die von der Beklagten gestellten Sicherheiten freigeworden sind.

Kayser

Grupp

Möhring

Schoppmeyer

Röhl

Vorinstanzen:

LG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 01.02.2017 - 2-24 O 68/16 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 08.08.2018 - 4 U 49/17 -