



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

TEILVERSÄUMNIS- UND ENDURTEIL

IX ZR 149/16

Verkündet am:
14. Februar 2019
Preuß
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

EGInsO Art. 103d Satz 2

- a) Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn die Rechtshandlung bei unveränderter Rechtslage über den 1. November 2008 hinaus der Anfechtung entzogen wäre.
- b) Zu den bis zum 31. Oktober 2008 geltenden Vorschriften über die Anfechtung von Rechtshandlungen gehören neben § 39 Abs. 1 Nr. 5, § 135 InsO aF auch die Novellenregeln der §§ 32a, 32b GmbHG, § 32a KO und die Rechtsprechungsregeln analog §§ 30, 31 GmbHG aF.

BGB § 242 Ba, Be

Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht der Gesellschafter dient weder dem Schutz der Insolvenzgläubiger noch dem der Masse.

InsO § 135 Abs. 1 Nr. 1, § 142 aF

Das Bargeschäftsprivileg gilt nicht bei der Anfechtung der Besicherung eines Gesellschafterdarlehens.

InsO § 143 Abs. 1; BGB § 242 Ba, Be

Hat ein Gesellschafter im laufenden Insolvenzverfahren aus von der Gesellschaft emittierten Schuldverschreibungen bestehende Forderungen, welche der Insolvenzverwalter in den Nachrang verweisen und deren Sicherheiten er anfechten kann, ist er diesem gegenüber zur Auskunft darüber verpflichtet, ob und an wen er die Schuldverschreibungen nach Insolvenzeröffnung veräußert hat.

BGH, Teilversäumnis- und Endurteil vom 14. Februar 2019 - IX ZR 149/16 -
OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. November 2018 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richterin Lohmann, den Richter Prof. Dr. Pape, die Richterin Möhring und den Richter Meyberg

für Recht erkannt:

Soweit der Kläger eine Verurteilung des Beklagten zu 2 begehrt und von der Beklagten zu 1 Auskunft darüber verlangt, welchen Verkaufserlös sie aus einem etwaigen Weiterverkauf der von ihr ursprünglich gehaltenen Stücke der Anleihe, Gattung ISIN DE000A0KAHL9, über nominal 10.229.000 € erzielt hat, wird seine Revision gegen das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 25. Mai 2016 zurückgewiesen.

Im Übrigen wird das oben genannte Urteil auf die Revision des Klägers aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Verfahrens vor dem Bundesgerichtshof, soweit über sie noch nicht entschieden wurde, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Kläger hat die im Revisionsverfahren angefallenen außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 2 zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die spätere Insolvenzschuldnerin firmierte zunächst als B. GmbH, später als B. AG, B. R. AG und D. GmbH (künftig einheitlich Schuldnerin). Alleinige Gesellschafterin der Schuldnerin war zunächst die B. AG & Co. KG (künftig Gesellschafterin), deren alleiniger Kommanditist der Beklagte zu 2 war. Zuletzt war die Beklagte zu 1 (hundertprozentige Tochter der Gesellschafterin) zunächst unter der Firma R. Holding GmbH, sodann unter der Firma E. OHG zu 39,21 vom Hundert an der Schuldnerin beteiligt. Die Schuldnerin emittierte im Jahr 2006 Inhaber-Teilschuldverschreibungen im Gesamtwert von 30 Millionen Euro mit einer Laufzeit von zehn Jahren, die in einer Globalurkunde verbrieft waren. Ihre Geschäftsidee war, Immobilien zu erwerben und diese an Einzelhandelsunternehmen zu vermieten. Zur Finanzierung der Immobilienkäufe musste sie bei Banken Kredite aufnehmen, die durch erstrangige Grundschulden auf den erworbenen Immobilien abgesichert wurden. Mit den Anleihen sammelte die Schuldnerin das erforderliche Eigenkapital ein. Die Anleger sollten nach den Banken durch nachrangige Grundschulden an den Grundstücken abgesichert werden. Dazu schloss die Schuldnerin mit der Anwaltssozietät C. aus D. (künftig Treuhänderin) am 15. August 2006 einen Rahmen-Treuhandvertrag ab, in dem die Schuldnerin die Treuhänderin beauftragte, die Anlagegelder der Anleihegläubiger auf einem Treuhandkonto zu sammeln und nach einer Mittelverwendungskontrolle durch eine Sparkasse zum Erwerb von Grundstücken gegen Einräumung eines nachrangigen Grundpfandrechts freizugeben. Die Grundpfandrechte sollten im Außenverhältnis zugunsten der Treuhänderin mit der Maßgabe bestellt werden, dass die Treuhänderin die Grundpfandrechte im Innenverhältnis ausschließlich zugunsten der Inhaber der Schuldverschreibungen (Anleihegläubiger) verwaltete. Diese sollten insoweit eine "Bruchteilsgemeinschaft bezüglich der Grund-

pfandrechte" bilden. Die Gesellschafterin erwarb Ende des Jahres 2006 Teilschuldverschreibungen in einer streitgegenständlichen Stückzahl von 10.229 à 1.000 €, welche zu einem nicht festgestellten Zeitpunkt auf die Beklagte zu 1 übergingen und jedenfalls bis zum 19. November 2012 von dieser in einem Wertpapierdepot einer Bank gehalten wurden.

2 Frühestens im Jahr 2010 geriet die Schuldnerin in die Krise. Auf ihren Antrag vom 3. September 2012 wurde am 28. September 2012 das Insolvenzverfahren über ihr Vermögen eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt. Die Beklagte zu 1 meldete ihre Forderungen aus den Anleihen zur Tabelle an. Nachdem der Kläger sie darauf hingewiesen hatte, er betrachte ihre Forderungen nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO als nachrangig und es sei die Anfechtung der Sicherheitenbestellung nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO eröffnet, nahm die Beklagte zu 1 ihre Forderungsanmeldung zurück. Im Laufe des Insolvenzverfahrens wurden die als Sicherheit dienenden Grundstücke im Zusammenwirken des Klägers, der erstrangig gesicherten Banken und der Treuhänderin als nachrangiger Grundpfandgläubigerin durch freihändigen Verkauf verwertet; mit dem Kaufpreis wurden die erstrangig gesicherten Gläubiger vollständig befriedigt und die erstrangigen Grundpfandrechte abgelöst. Der verbleibende Restkaufpreis in Höhe von 8,1 Millionen € wurde bei einem Notar zugunsten des Klägers und der Treuhänderin hinterlegt. Am 19. April 2016 beschloss die Gläubigerversammlung, dass der hinterlegte Betrag an die Treuhänderin ausbezahlt werde.

3 Der Kläger hat gegenüber der Beklagten zu 1 die Sicherheitenbestellung in Form des Anteils an der Bruchteilsgemeinschaft angefochten. Aufgrund von Äußerungen der Beklagten zu 1 und aufgrund des Umstandes, dass diese ihm keine Auskünfte über ihre Teilschuldverschreibungen gibt, befürchtet er, dass

sie diese nach Insolvenzeröffnung an Dritte veräußert hat. Deswegen hat er die Beklagte zu 1 im Wege der Stufenklage verklagt und will in der ersten Stufe wissen, ob die Beklagte zu 1 (Antrag 1a) und an wen (Antrag 1b) sie die von ihr zumindest im November 2012 gehaltenen Anleihen verkauft und welchen Verkaufserlös sie erzielt hat (Antrag 1c). Weiter hat er in der zweiten Stufe beantragt (Antrag 2), die Beklagte zu 1 zu verurteilen, die Richtigkeit der erteilten Auskünfte an Eides statt zu versichern. In der dritten Stufe hat er für den Fall, dass die Auskunft der Beklagten zu 1 ergibt, dass diese weiterhin Inhaberin der streitgegenständlichen Schuldverschreibungen ist, beantragt (Antrag 3a), die Beklagte zu 1 zu verurteilen, an den Kläger den Bruchteil von 10.229.000/30.000.000 der Beklagten zu 1 an der durch den Treuhand-Rahmenvertrag begründeten Bruchteilsgemeinschaft der Schuldverschreibungsgläubiger zu übertragen und ihre Ansprüche gegen die Treuhänderin abzutreten. Für den Fall, dass die Auskunft der Beklagten zu 1 ergibt, dass sie die Schuldverschreibungen an Dritte übertragen hat, hat er beantragt festzustellen, dass die Beklagte zu 1 ihm gegenüber zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist, welchen er aus der Weiterveräußerung der Schuldverschreibungen erleidet (Antrag 3b).

- 4 Das Landgericht hat die Beklagte zu 1 verurteilt, dem Kläger darüber Auskunft zu erteilen, ob sie die Anleihen zwischenzeitlich verkauft hat. Im Übrigen hat es die Auskunftsklage abgewiesen. Im Berufungsverfahren hat der Kläger die Klage auf den ehemaligen Geschäftsführer und Liquidator der Beklagten zu 1 im Hinblick auf die Anträge 1 und 2 erweitert und seine ursprünglichen Auskunftsanträge weiterverfolgt. Die Beklagte zu 1 hat mit der Anschlussberufung beantragt, die Klage, soweit über sie entschieden sei, abzuweisen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen und auf die Anschlussberufung der Beklagten zu 1 die Klage insgesamt (in allen Stufen)

abgewiesen. Mit seiner vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine in den Tatsacheninstanzen gestellten Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

A.

I.

5 Über die Revision ist in Bezug auf die Beklagte zu 1, weil diese trotz ordnungsgemäßer Ladung im Revisionsverhandlungstermin nicht vertreten war, soweit das Rechtsmittel des Klägers Erfolg hat, antragsgemäß durch (Teil-) Versäumnisurteil zu entscheiden, das aber inhaltlich nicht auf der Säumnis, sondern auf einer sachlichen Prüfung des Antrags beruht (vgl. BGH, Urteil vom 4. April 1962 - V ZR 110/60, BGHZ 37, 79, 81 f).

II.

6 Der Senat kann über die Revision gegen die Beklagte zu 1 durch Teilversäumnis- und Teilendurteil entscheiden, auch wenn - wie der Kläger im Revisionsverfahren mitgeteilt hat - ausweislich der Handelsregisterbekanntmachung vom 5. Juli 2016 eine der beiden persönlich haftenden Gesellschafterinnen (die E. Ltd., P.) als Gesellschafterin ausgeschieden, die offene Handelsgesellschaft deswegen aufgelöst und die Firma erloschen ist. Auf den Übergang des Vermögens einer offenen Handelsgesellschaft ohne Liquidation auf den letzten verbliebenen Gesellschafter sind die Regeln der

§§ 239 ff, 246 ZPO sinngemäß anzuwenden (BGH, Beschluss vom 18. Februar 2002 - II ZR 331/00, NJW 2002, 1207). Da die Beklagte zu 1 zur Zeit des Rechtsübergangs nach Verkündung des zweitinstanzlichen Urteils durch ihre zweitinstanzlichen Prozessbevollmächtigten vertreten war und ein Aussetzungsantrag gemäß § 246 ZPO nicht gestellt wurde, kann der Rechtsstreit unter der bisherigen Parteibezeichnung mit Wirkung für die verbliebene Gesellschafterin (BE. LTD, P.) als Rechtsnachfolgerin der Beklagten zu 1 fortgesetzt werden. Das gilt auch für die Revisionsinstanz mit Rücksicht auf den Fortbestand der Prozessvollmacht der vorinstanzlichen Prozessbevollmächtigten der Beklagten zu 1 (§ 86 ZPO) und deren Befugnis zur Bestellung eines Revisionsanwalts (§ 81 ZPO; BGH, Beschluss vom 12. November 1980 - IVb ZB 601/80, NJW 1981, 686, 687; Urteil vom 15. März 2004 - II ZR 247/01, ZIP 2004, 1047, 1048).

B.

7 Die Revision hat Erfolg, soweit sie sich gegen die Abweisung der Klageanträge Ziffer 1a, 1b, 2 und 3 gegen die Beklagte zu 1 richtet. Soweit die Klage mit dem Klageantrag Ziffer 1c gegen die Beklagte zu 1 abgewiesen und die klägerische Berufung insoweit zurückgewiesen worden ist, hat die Revision keinen Erfolg.

I.

8 Das Berufungsgericht, welches von der Zulässigkeit der Klage gegen die Beklagte zu 1 ausgegangen ist, hat insoweit ausgeführt:

9 1. Die Berufung des Klägers habe keinen Erfolg. Das Landgericht habe die Klage auf Auskunft über die Person eines etwaigen Erwerbers der zumindest bis Ende 2012 von der Beklagten zu 1 gehaltenen Schuldverschreibungen sowie den bei einer etwaigen Weiterveräußerung erzielten Erlös im Ergebnis mit Recht abgewiesen. Dem Kläger stehe weder aus Insolvenzanfechtung noch unter dem Gesichtspunkt der Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht gegen die Beklagte zu 1 der geltend gemachte Auskunftsanspruch zu.

10 Ein Auskunftsanspruch des Insolvenzverwalters wegen möglicher Anfechtungsansprüche bestehe nur, wenn ein solcher dem Grunde nach feststehe und es nur noch um die nähere Bestimmung von Art und Umfang des Anspruchs gehe. Diese Voraussetzung habe das Landgericht zu Unrecht bejaht. Zwar lägen in der Person der Beklagten zu 1 die Anfechtungsvoraussetzungen des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO vor. Da die Bestellung der Grundschulden als anfechtbare Rechtshandlung vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2026) am 1. November 2008 vorgenommen worden sei, unterliege sie gemäß Art. 103d Satz 2 EGIInsO jedoch nur der Anfechtung, wenn sie auch nach bis dahin geltendem Recht anfechtbar gewesen wäre. Dies lasse sich indes nicht feststellen. Die Gewährung der Sicherung sei nach § 135 Nr. 1 InsO aF nur anfechtbar gewesen, wenn die Anleihe kapitalersetzende Funktion gehabt habe. Gesellschafterdarlehen oder gleichgestellte Leistungen hätten der Eigenkapitalersatzbindung nicht schlechthin, sondern nur in der sogenannten Krise der Gesellschaft unterlegen, die in § 32a Abs. 1 GmbHG aF definiert gewesen sei als Zeitpunkt, in dem die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute der Gesellschaft Eigenkapital zugeführt hätten. Dies sei der Fall gewesen, wenn die Gesellschaft entweder insolvenzreif oder kreditun-

würdig gewesen sei. Die Anfechtung einer Sicherheit habe dabei nicht vorausgesetzt, dass der besicherte Kredit schon bei Bestellung der Sicherheit kapitalersetzend gewesen sei, es habe genügt, dass er es bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch Stehenlassen geworden sei. Dies sei hier bis zum Inkrafttreten des MoMiG nicht der Fall gewesen, denn nach eigenem Vortrag des Klägers sei die Schuldnerin erst nach Inkrafttreten des MoMiG in die Krise geraten. Denn es komme nach dem Wortlaut der Überleitungsvorschrift allein darauf an, dass die betreffende Rechtshandlung zum Stichtag anfechtbar gewesen sei, nicht darauf, ob sie ohne die Rechtsänderung nach dem Stichtag anfechtbar gewesen wäre. Auch der Sinn und der Zweck der Regelung, nämlich der Vertrauensschutz des Anfechtungsgegners in die bisher geltende Rechtslage, geböten bei der Bestellung einer Sicherheit für ein Gesellschafterdarlehen ein solches Verständnis.

11 Der Auskunftsanspruch des Insolvenzverwalters könne auch nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis zwischen der Schuldnerin und der Beklagten zu 1 begründet werden. Da ausweislich der Globalurkunde eine Mitwirkung der Schuldnerin an der Übertragung der Schuldverschreibungen nicht erforderlich gewesen sei, bestehe auch kein Anspruch der Gesellschaft gegen einen Gesellschafter auf Auskunft über die Person eines etwaigen Erwerbers. Ebenso wenig ergebe sich ein solcher Auskunftsanspruch aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht. Ein Schadensersatzanspruch des Insolvenzverwalters gegen die Beklagte zu 1 stehe noch nicht dem Grunde nach fest, sondern die vom Kläger begehrte Auskunft solle ihn erst in die Lage versetzen, einen von ihm angenommenen Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte zu 1 zu prüfen. Damit diene die Auskunft nur einem vermuteten Sachverhalt. Zum anderen stehe hier ein Handeln der Beklagten zu 1 nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens in Rede. Die Treuepflicht der Gesellschafter bestehe zwar auch nach der

Eröffnung des Insolvenzverfahrens, werde aber durch diese geprägt und bestehe nur gegenüber der Gesellschaft und nicht gegenüber den Gesellschaftsgläubigern. Die begehrte Auskunft solle demgegenüber erklärtermaßen die Prüfung ermöglichen, ob der Insolvenzverwalter etwaigen Erwerbem der Schuldverschreibungen den Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO entgegenhalten könne oder ob ein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte zu 1 in Betracht komme. Damit gehe es dem Kläger nicht um eine der Gesellschaft gegenüber bestehende Pflicht, sondern um den Erhalt der Masse im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger.

12 2. Die Anschlussberufung der Beklagten zu 1 habe Erfolg. Denn dem Kläger stehe, wie bereits ausgeführt worden sei, insgesamt kein Auskunftsanspruch zu. Bei dieser Sachlage habe der Senat von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, den in der ersten Instanz verbliebenen Teil des Rechtsstreits in die Berufungsinstanz "hochzuziehen" und gemeinsam mit dem bereits hier angefallenen Teil zu verhandeln und zu entscheiden, weil die Stufenklage insgesamt abzuweisen sei.

II.

13 Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung im entscheidenden Punkt nicht stand.

14 1. Entgegen der Rüge der Revisionserwiderung war die Stufenklage insgesamt zulässig, auch soweit der Kläger in der dritten Stufe - abhängig von der erteilten Auskunft - alternative Anträge geltend gemacht hat (vgl. BGH, Urteil vom 3. Juli 2003 - III ZR 109/02, NJW 2003, 2748 f). Ebenso durfte das Beru-

fungungsgericht - ausgehend von seinem Standpunkt, dass weder Rückgewähransprüche gemäß § 143 InsO noch Schadensersatzansprüche aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Treueverhältnisse bestehen - über die Klage insgesamt entscheiden (vgl. BGH, Urteil vom 24. Juni 2008 - VI ZR 156/06, NJW 2008, 3134 Rn. 39, insoweit in BGHZ 177, 119 nicht abgedruckt; vgl. auch BGH, Urteil vom 8. Mai 1985 - IVa ZR 138/83, BGHZ 94, 268, 275).

15 2. Auch folgen die Auskunft- und Leistungsansprüche der Klägerin nicht aus dem gesellschaftsrechtlichen Treueverhältnis.

16 a) Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs als rechtsformübergreifendes Verbandsprinzip anerkannt (BGH, Urteil vom 5. Juni 1975 - II ZR 23/74, BGHZ 65, 15, 18 f; vom 25. September 1986 - II ZR 262/85, BGHZ 98, 276, 278; vom 20. März 1995 - II ZR 205/94, BGHZ 129, 136, 143 f; vom 18. Juli 2013 - IX ZR 198/10, WM 2013, 1504 Rn. 42; Born in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 3. Aufl., § 109 Rn. 20; Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 38. Aufl., § 109 Rn. 23; Lieder in Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt, GmbHG, 3. Aufl., § 13 Rn. 135).

17 aa) Ihr Anwendungsbereich erstreckt sich sowohl auf das Verhältnis zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft ("vertikale Treuepflicht") als auch auf das Verhältnis der Gesellschafter untereinander ("horizontale Treuepflicht"; Lieder, aaO § 13 Rn. 140 ff mwN; Mailänder in Festschrift Stilz, 2014, S. 381, 383). Der Gesellschafter hat eine Förderpflicht gegenüber der Gesellschaft (vgl. BGH, Urteil vom 1. April 1953 - II ZR 235/52, BGHZ 9, 157, 163) und eine Rücksichtnahmepflicht gegenüber den Mitgesellschaftern (vgl. BGH, Urteil vom 20. März 1995, aaO; Born, aaO; Lieder, aaO § 13 Rn. 135).

- 18 Der Kern des Treuepflichtgedankens, soweit er im Kapitalgesellschaftsrecht allgemein Geltung beanspruchen kann, besteht darin, dass die Möglichkeit, durch Einflussnahme die gesellschaftsbezogenen Interessen der Mitgesellschafter zu beeinträchtigen, als Gegengewicht die gesellschaftsrechtliche Pflicht verlangt, auf diese Interessen Rücksicht zu nehmen (BGH, Urteil vom 5. Juni 1975 - II ZR 23/74, BGHZ 65, 15, 18 f; vom 1. Februar 1988 - II ZR 75/87, BGHZ 103, 184, 194 f; vom 20. März 1995, aaO). Zielrichtung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht ist demzufolge nicht die allgemeine Rücksichtnahme auf die Belange des Mitgesellschafter, sondern die Förderung der Gesellschaftsinteressen und des Gesellschaftszwecks (vgl. BGH, Urteil vom 16. Dezember 1960 - II ZR 162/59, BGHZ 34, 80, 83; vom 22. Juni 1992 - II ZR 178/90, ZIP 1992, 1464, 1470; Thole, ZIP 2013, 1937, 1941; Mailänder, aaO S. 389).
- 19 Zur Bestimmung des Inhalts der Treuepflicht im konkreten Einzelfall ist eine umfassende Interessenabwägung zu treffen (vgl. Lieder, aaO § 13 Rn. 155). Zu den maßgeblichen Faktoren gehört, welche satzungsmäßigen Zwecke die Gesellschaft verfolgt, wie sie gesellschaftsintern gestaltet ist und welchen Umfang die Mitgliedschaft hat (vgl. BGH, Urteil vom 5. Juni 1975, aaO S. 19). Die Treuepflicht kann einerseits Handlungs- und Unterlassungspflichten enthalten; zum anderen kann sie aber auch zur Unbeachtlichkeit und Undurchsetzbarkeit ausgeübter Gesellschafterrechte führen (vgl. Born, aaO § 109 Rn. 20; Lieder, aaO § 13 Rn. 160 ff).
- 20 bb) Die Treuepflicht der Gesellschafter wirkt im Insolvenzverfahren grundsätzlich fort (vgl. Kern, Die Bedeutung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht im Insolvenzplanverfahren, S. 277 f). Dies entspricht dem Willen des Gesetzgebers, der die Schaffung der Aussonderungssperre für von einem Gesell-

schafter zum Gebrauch überlassene Gegenstände nach § 135 Abs. 3 InsO ausdrücklich mit dem Hinweis auf die Treuepflicht des Gesellschafters begründet hat (vgl. BT-Drucks. 16/9737, S. 59).

21 Ausgehend vom oben beschriebenen Kern des Treuepflichtgedankens kann die Gesellschaft aber kein Mehr an Treue einfordern, als sich aus den Interessen der in ihr verbundenen Gesellschafter herleiten lässt (vgl. Mailänder in Festschrift Stilz, 2014, S. 381, 383). Grundlage der gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten kann stets nur die auf dem konkreten Gesellschaftsverhältnis beruhende berechnete Erwartungshaltung der übrigen Gesellschafter sein (vgl. Born in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 3. Aufl., § 109 Rn. 20). Die Intensität der Treuepflicht im Insolvenzverfahren richtet sich deshalb maßgeblich danach, ob die Fortführung der Gesellschaft als wahrscheinlich zu bewerten ist. Ist sie es nicht, zielt das Insolvenzverfahren mit einer entsprechenden Änderung des Gesellschaftszwecks auf die Liquidation der Gesellschaft ab. Besteht hingegen eine Fortführungswahrscheinlichkeit der Gesellschaft, kommt eine (Wieder-)Ausrichtung der Treuepflicht an das ursprünglich bestehende Pflichtenprogramm der vormals werbend tätigen Gesellschaft in Betracht (vgl. Kern, aaO; siehe auch Priester in Festschrift Kübler, 2015, S. 557, 564 f).

22 Da die Schuldnerin nicht fortgeführt werden sollte, kann dahinstehen, ob aufgrund einer Fortführungswahrscheinlichkeit die der Treuepflicht unterworfenen Gesellschafter dazu verpflichtet werden können, an der Sanierung der Gesellschaft und der Wiederherstellung ihrer Solvenz mitzuwirken. Ebenso wenig bedarf es einer Entscheidung zur Reichweite oder Subordination der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht im Insolvenzplanverfahren (vgl. hierzu etwa Eidenmüller, NJW 2014, 17; Hölzle, ZIP 2014, 1819, 1820 f; Spliedt, ZInsO 2013, 2155; jeweils in Bezug auf das "Suhrkamp-Verfahren").

- 23 b) Nach diesen Maßstäben hat das Berufungsgericht einen Anspruch des Klägers, Auskunft über den Verbleib der Schuldverschreibungen zu erhalten, aufgrund einer gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht der Beklagten zu 1 mit Recht verneint. Gleiches gilt für die Ablehnung der mit dem Klageantrag Ziffer 3 geltend gemachten Leistungsansprüche, insbesondere für die Ablehnung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht für den Fall, dass die Beklagte zu 1 die Schuldverschreibungen weiterveräußert haben sollte.
- 24 aa) Sowohl die begehrte Übertragung der Anteile der Beklagten zu 1 an der Innen-Bruchteilsgemeinschaft und die begehrte Abtretung der Ansprüche gegen die Treuhänderin als auch die angekündigte Geltendmachung des Nachrangs gegenüber etwaigen Erwerbern der Schuldverschreibungen und die vorbehaltene Inanspruchnahme der Beklagten zu 1 auf Schadensersatz sollen dem Kläger allein dazu dienen, im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger die Insolvenzmasse zu erhalten. Dies stellt die Revision nicht in Abrede, sondern beruft sich zur Begründung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht der Beklagten sogar ausdrücklich darauf, dass sich der Gesellschaftszweck der Schuldnerin auf die möglichst weitgehende Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft reduziert habe.
- 25 bb) Weder der Erhalt der Insolvenzmasse noch der Schutz der übrigen Gläubiger der Gesellschaft sind jedoch von der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht der Beklagten erfasst (vgl. Mohrbutter/Ringstmeier/Hamann, Handbuch Insolvenzverwaltung, 9. Aufl., Kapitel 26 Rn. 72).

26 (1) Der Hinweis der Revision auf die Änderung des Gesellschaftszwecks in der Insolvenz greift zu kurz. Zwar bewirkt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, dass der bisherige Gesellschaftszweck durch den Insolvenzszweck verdrängt wird, so dass im Vordergrund fortan das Motiv der Gläubigerbefriedigung (§ 1 InsO) steht (BGH, Urteil vom 14. Dezember 1987 - II ZR 170/87, BGHZ 103, 1, 6; Wilhelm, ZHR 180 (2016), 776, 805). Die Grundlage für den mitglied-schaftlichen Verbund der Gesellschafter als Auslöser der gesellschaftsrechtli-chen Treuepflicht (vgl. Mailänder in Festschrift Stilz, 2014, S. 381, 389) wird hierdurch jedoch nicht geändert. Zur Begründung der Treuepflicht der Gesell-schafter kann daher weiterhin nur der Verbands- oder Gesellschaftszweck, dem die Gesellschafter sich im Gesellschaftsvertrag verschrieben haben, herange-zogen werden (vgl. OLG Frankfurt, ZIP 2013, 2018, 2020; Wilhelm, aaO S. 804 f).

27 (2) Der Erhalt der Insolvenzmasse ist hierfür zumindest dann unerheb-lich, wenn weder die Fortführung der Gesellschaft in den Blick genommen wor-den noch mit einer (anteiligen) Berichtigung nachrangiger Gesellschafterforde-rungen zu rechnen ist (vgl. Priester in Festschrift Kübler, 2015, S. 557, 564 f; siehe auch Seibt/Bulgrin, ZIP 2017, 353, 358 f). Dass die Interessen der Ge-sellschaftergläubiger durch das Verhalten der Beklagten zu 1 berührt werden, ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ausgeschlossen. Die Anlei-hegläubiger werden aus der Verwertung der Grundstücke nur zu einem Drittel befriedigt. Zwei Drittel ihrer Forderungen können sie weiter als Insolvenzforde-rungen geltend machen. Dass aus der Insolvenzmasse allein die Anleihegläu-biger geschweige denn die weiteren Insolvenzgläubiger und Massegläubiger vollständig befriedigt werden können, macht der Kläger nicht geltend.

28 3. Doch kann mit der Begründung des Berufungsgerichts ein Auskunftsanspruch des Klägers im Hinblick auf bestehende Insolvenzanfechtungsansprüche des Klägers nicht abgelehnt werden. Dies gilt sowohl für die Berufung als auch für die Anschlussberufung der Beklagten zu 1.

29 a) Zutreffend hat das Berufungsgericht erkannt, dass ein Auskunftsanspruch des Klägers gegen die Beklagte zu 1 dem Grunde nach begründet sein kann. Ein solcher Auskunftsanspruch besteht bei jedem Rechtsverhältnis, welches es mit sich bringt, dass der Berechtigte in entschuldbarer Weise über Bestehen oder Umfang seines Rechts im Unklaren ist, er sich die zur Vorbereitung oder Durchsetzung seines Anspruchs notwendigen Auskünfte nicht in zumutbarer Weise selbst beschaffen kann und der Verpflichtete unschwer, das heißt ohne unbillig belastet zu sein, die zur Beseitigung dieser Ungewissheit erforderlichen Auskünfte zu geben vermag (BGH, Urteil vom 9. Juli 2015 - III ZR 329/14, BGHZ 206, 195 Rn. 11). Der Bundesgerichtshof macht deswegen einen Auskunftsanspruch des Insolvenzverwalters gegen Gläubiger des Insolvenzschuldners wegen möglicher Anfechtungsansprüche davon abhängig, dass ein Anfechtungsanspruch dem Grunde nach feststeht und es nur noch um die nähere Bestimmung von Art und Umfang des Anspruchs geht. Solange ein Rückgewährschuldverhältnis nicht feststeht, hat sich der Verwalter wegen aller benötigten Auskünfte an den Schuldner zu halten (BGH, Urteil vom 13. August 2009 - IX ZR 58/06, NZI 2009, 722 Rn. 7 mwN).

30 b) Weiter trifft es zu, dass die Übergangsvorschrift des Art. 103d EGIInsO zur Anwendung kommt.

31 aa) Nach Art. 103d Satz 1 EGIInsO sind auf Insolvenzverfahren, die vor dem Inkrafttreten des MoMiG am 1. November 2008 eröffnet worden sind, die

bis dahin geltenden gesetzlichen Vorschriften weiter anzuwenden. Vorliegend ist das Insolvenzverfahren erst am 28. September 2012 eröffnet worden, so dass im Grundsatz neues Recht gilt. Doch liegt der Ausnahmefall des Art. 103d Satz 2 EGIInsO vor, der für die Anfechtung von Rechtshandlungen unter bestimmten Voraussetzungen die Anwendung des zuvor geltenden Rechts anordnet. Danach sind in nach dem genannten Stichtag eröffneten Insolvenzverfahren auf vor dem Stichtag vorgenommene Rechtshandlungen die bis dahin geltenden Vorschriften der Insolvenzordnung über die Anfechtung von Rechtshandlungen anzuwenden, soweit die Rechtshandlungen nach dem bisherigen Recht der Anfechtung entzogen oder in geringerem Umfang unterworfen sind.

32 bb) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist Art. 103d Satz 2 InsO dahin auszulegen, dass ein unter die Überleitungsvorschrift fallender Anfechtungssachverhalt nach der Art einer Meistbegünstigung zeitlich unbegrenzt sowohl nach alten wie auch nach neuem Recht zu beurteilen ist. Stichtagsunabhängig kommt es für die Anwendbarkeit des bis zum 1. November 2008 geltenden Rechts darauf an, wie sich die Rechtslage im Falle der Fortgeltung dieses Rechts gestaltet hätte. In diesem Sinne sind auch die Ausführungen im Schrifttum zum Regelungsgehalt dieser Vorschrift zu verstehen (vgl. Hmb-Komm-InsO/Schröder, 6. Aufl., § 135 InsO Rn. 90 f; Preuß in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2013, § 135 Rn. 54; BeckOK-InsO/Prosteder/Dachner, 2018, § 135 Rn. 15; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, 2017, § 135 Rn. 78; Holzer, ZIP 2009, 206, 207; Römermann, InsVZ 2010, 43 f).

33 (1) Unerheblich ist, ob altes Eigenkapitalersatzrecht in nach dem 1. November 2008 eröffneten Verfahren Anwendung findet, wie es der Bundesgerichtshof für unter Satz 1 der Überleitungsvorschrift fallende Verfahren angenommen hat (BGH, Urteil vom 26. Januar 2009 - II ZR 260/07, BGHZ 179, 249

Rn. 14 ff). Der Hinweis des Beklagten zu 2 auf diese im Schrifttum und in der Rechtsprechung umstrittene Frage (vgl. Preuß, aaO § 135 Rn. 55 ff; Schmidt/Schmidt, InsO, 19. Aufl., § 135 Rn. 6; HmbKomm-InsO/Schröder, aaO § 135 Rn. 92; jeweils mwN) geht fehl, weil sie die Möglichkeit betrifft, aufgrund des alten Kapitalersatzrechts vor dem 1. November 2008 entstandene Ansprüche geltend machen zu können, auch wenn das Insolvenzverfahren nach dem Stichtag eröffnet worden ist. In Satz 2 der Überleitungsvorschrift geht es hingegen darum, ob die Anwendung des neuen und gegebenenfalls strengeren Anfechtungsrechts ausgeschlossen ist, wenn die "Anfechtung" nach altem Recht nicht möglich gewesen wäre.

34 (2) Der Wortlaut der Norm ist in diesem Punkt nicht eindeutig. Sinn und Zweck der Überleitungsvorschrift sprechen für eine zeitlich unbegrenzte, insbesondere nicht stichtagsbezogene Günstigkeitsprüfung. Der Sachverhalt ist nach altem Recht so zu prüfen, als hätte es die Gesetzesänderung nicht gegeben. Die Weitergeltung der alten Anfechtungsregeln dient dem Vertrauensschutz in eine günstigere Anfechtungslage vor dem 1. November 2008 (vgl. HmbKomm-InsO/Schröder, aaO § 135 Rn. 91; BeckOK-InsO/Prosteder/Dachner, 2018, § 135 Rn. 15; Nerlich/Römermann/Nerlich, aaO; Holzer, aaO). Ungeachtet der Einschränkung des Gläubigerschutzes, der sich aus dem Wegfall der Rechtsprechungsregeln und der in § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO geregelten Jahresfrist ergibt, hat der Gesetzgeber mit dem Verzicht auf das Tatbestandsmerkmal "kapitalersetzend" die Anfechtungsregeln im Rahmen des MoMiG in diesem Punkt verschärft (vgl. BGH, Beschluss vom 30. April 2015 - IX ZR 196/13, ZIP 2015, 1130 Rn. 7, 9). Das durch Art. 103d Satz 2 EGIInsO geschützte Vertrauen kann sich deshalb nur darauf beziehen, dass eine bestimmte Rechtshandlung unter keinen Anfechtungstatbestand subsumiert werden kann (zur Übergangsvorschrift aus Anlass der Einführung der Insolvenzordnung in Art. 106 EGIInsO vgl.

BGH, Urteil vom 16. November 2006 - IX ZR 239/04, ZIP 2007, 33 Rn. 11). Folgerichtig kann der Gesellschafter nicht darauf vertrauen, infolge der verschärfenden Änderung des Anfechtungsrechts durch das MoMiG günstiger gestellt zu werden, als er bei Fortgeltung der alten Rechtslage gestellt wäre.

III.

35 Die Entscheidung ist auch nicht aus anderen Gründen richtig (§ 561
ZPO).

36 1. Derzeit kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Kläger gegen die
Beklagte zu 1 nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) einen Anspruch auf Aus-
kunft darüber hat, welche Teilschuldverschreibungen diese noch hält. Denn die
Voraussetzungen eines Rückgewähranspruchs aus § 143 Abs. 1 Satz 1, § 135
Abs. 1 Nr. 1 InsO nF liegen vor. Dass dem Kläger entsprechende Ansprüche
nach dem vor dem MoMiG geltenden Recht zustehen, erscheint nach derzeiti-
gem Sach- und Streitstand möglich.

37 a) Die Anfechtungsvoraussetzungen des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO nF sind
gegeben.

38 aa) Die anfechtbare Rechtshandlung liegt nicht, wie vom Berufungsge-
richt angenommen, in der Grundpfandbestellung zugunsten der Treuhänderin,
sondern in dem Treuhandvertrag vom 15. August 2006 zugunsten der Beklag-
ten zu 1. Die Grundpfandbestellung als solche hat der Kläger nicht angefoch-
ten. Sie ist zugunsten der Treuhänderin für alle Anleihegläubiger erfolgt, also
auch für Anleihegläubiger, die nicht dem persönlichen Anwendungsbereich des

§ 135 InsO unterfallen. Die Sicherung der einzelnen Anleihegläubiger liegt zudem nur mittelbar in der Grundpfandbestellung, unmittelbar aber in dem Treuhandvertrag zu ihren Gunsten, durch den sie im Innenverhältnis zur Treuhänderin eine "Bruchteilsgemeinschaft bezüglich der Grundpfandrechte" bilden und Ansprüche gegen diese erlangen. Der Kläger will mit der Anfechtung erreichen, an Stelle der Beklagten zu 1 als Berechtigter in den Treuhandvertrag einzurücken. Damit ficht er den Treuhandvertrag nur insoweit an, als die Schuldnerin in ihm auch der Beklagten zu 1 Rechte aus dem Treuhandvertrag eingeräumt hat.

39 bb) Der Abschluss des Treuhandvertrags zugunsten der Beklagten zu 1 durch die Schuldnerin hat eine auch im Anwendungsbereich des § 135 Abs. 1 und 2 InsO unerlässliche (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 2017 - IX ZR 173/16, NJW 2017, 2915 Rn. 10 mwN) Gläubigerbenachteiligung bewirkt. Sie besteht darin, dass es infolge des Treuhandvertrages aufgrund der für die Beklagte zu 1 begründeten Anteile an der Bruchteilsgemeinschaft der Anleihegläubiger und ihrer daraus folgenden Ansprüche gegen die Treuhänderin nach Verwertung der nachrangigen Grundschulden zu einer Verkürzung der Zugriffsmöglichkeit der übrigen Insolvenzgläubiger gekommen ist.

40 cc) Die Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO ist nicht wegen § 142 InsO in der gemäß Art. 103j Abs. 1 EGIInsO geltenden Fassung ausgeschlossen. Denn das Bargeschäftsprivileg gilt für die Sicherung von Forderungen aus Gesellschafterdarlehen oder von gleichgestellten Forderungen im Sinne von § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO nicht.

41 (1) In der Literatur ist streitig, ob § 142 InsO im Rahmen des § 135 Abs. 1 InsO zur Anwendung kommt. Dies wird von zahlreichen Autoren mit unterschiedlichen Begründungen angenommen und beispielsweise eine Zug um

Zug gegen Darlehensgewährung bestellte Sicherheit für die Forderung auf Rückgewähr des Darlehens ("anfängliche Sicherheit") grundsätzlich für insolvenzfest gehalten (vgl. HmbKomm-InsO/Schröder, 6. Aufl., § 135 Rn. 29, 35 mwN; Uhlenbruck/Borries/Hirte, InsO, 15. Aufl., § 142 Rn. 8 f; Ehrlicke in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2008, § 142 Rn. 19; Schmidt/Ganter/Weiland, InsO, 19. Aufl., § 142 Rn. 11; Thole, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, S. 407 ff; Thole, ZHR 176 (2012), 513, 542 f; Bitter, ZIP 2013, 1497, 1503 ff; Marotzke, ZInsO 2013, 641, 644 f; Thiessen, ZGR 2015, 396, 437 ff; Hiebert, ZInsO 2016, 1679 ff; vgl. auch OLG Karlsruhe, ZIP 2018, 1987, 1989). Nach anderer Auffassung kommt bei der Bestellung anfänglicher Sicherheiten eine Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO hingegen auch dann in Betracht, wenn die Voraussetzungen des § 142 InsO gegeben sind (vgl. Schmittmann/Zeeck in Haarmeyer/Wutzke/Förster, InsO, 2. Aufl., § 142 Rn. 21; MünchKomm-InsO/Kirchhof, 3. Aufl., § 142 Rn. 22; HK-InsO/Kleindiek, 9. Aufl., § 135 Rn. 16; Schmidt/Schmidt, InsO, 19. Aufl., § 135 Rn. 16; Schmidt/Uhlenbruck/Brinkmann, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl., Rn. 2.128; Henkel, ZInsO 2009, 1577; Spliedt, ZIP 2009, 149, 151; Hölzle, ZIP 2013, 1992; Gehrlein in Festschrift Kübler, 2015, S. 181, 185 f; Köth, ZGR 2016, 541, 565 ff; Haas, ZIP 2017, 545, 549).

42 (2) § 142 InsO in der bis 4. April 2017 geltenden Fassung findet im Rahmen des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO keine Anwendung.

43 (a) Der Wortlaut des § 142 InsO aF steht dem nicht entgegen (aA HmbKomm-InsO/Schröder, aaO Rn. 35 mwN; Hiebert, aaO S. 1680; Marotzke, aaO; OLG Karlsruhe, aaO). Zwar kommt bei Bargeschäften eine Anfechtung "nur" unter den Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO aF in Betracht. Doch ist eine solche Auslegung nicht vereinbar mit dem Wortlaut des § 135 Abs. 1

Nr. 1 InsO, wonach es für die Anfechtbarkeit nicht auf die zeitliche Abfolge von Darlehensgewährung und Sicherheitenbestellung ankommt. Eine Auslegung beider Vorschriften allein anhand des Wortlauts des § 142 InsO hätte zur Folge, dass die in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Darlehensauszahlung erfolgte Besicherung privilegiert wäre, eine deutlich vor der Darlehensauszahlung bestellte Sicherheit mangels Vorliegens eines Bargeschäfts jedoch nicht. Ein sachlicher Grund für eine derartige Ungleichbehandlung ist nicht ersichtlich (vgl. MünchKomm-InsO/Kirchhof, 3. Aufl., § 142 Rn. 22; Gehrlein in Festschrift Kübler, 2015, S. 181, 187 f). Für den Fall, dass es wegen Masselosigkeit nicht zur Durchführung eines Insolvenzverfahrens kommt, enthält § 6 Abs. 1 AnfG einen Anfechtungstatbestand, welcher demjenigen des § 135 Abs. 1 InsO entspricht. Ein Bargeschäftseinwand ist im Anfechtungsgesetz jedoch nicht geregelt. Zur Bildung eines folgerichtigen Normengebildes ist § 142 InsO entweder im Rahmen von § 6 Abs. 1 AnfG analog anzuwenden (vgl. Bitter, ZIP 2013, 1497, 1507) oder mit Blick auf § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO teleologisch zu reduzieren. Jedenfalls kann der Wortlaut vor diesem Hintergrund nicht mehr als tragendes Argument herangezogen werden (vgl. Schmidt/Uhlenbruck/Brinkmann, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl., Rn. 2.129; Köth, ZGR 2016, 541, 565 f).

44 (b) Zuzugeben ist den Befürwortern einer Anwendung des Bargeschäftsprivilegs auf § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO, dass die Gesetzessystematik für ihre Auffassung spricht. Die Norm ist Teil der in §§ 130 bis 136 InsO geregelten Anfechtungstatbestände, während § 142 InsO zu den nachgelagerten Vorschriften in §§ 137 bis 142 InsO gehört, die gemeinsame weitere oder spezielle Anfechtungsvoraussetzungen behandeln (vgl. MünchKomm-InsO/Kirchhof, aaO, Vorbemerkungen vor §§ 129 bis 147 Rn. 93; Hiebert, ZInsO 2016, 1679, 1681). Nicht zuletzt mit Blick auf die Erwägungen zum Wortlaut der beiden Normen

handelt es sich jedoch um ein schwaches Argument, das durch die Entstehungsgeschichte weiter abgeschwächt wird.

45 (c) Die § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO entsprechende Regelung in der Konkursordnung, § 32a KO, diente aus Sicht des Gesetzgebers dazu, die Umgehung der in § 32a GmbH bei eigenkapitaleretzenden Darlehen angedrohten Nachteile zu verhindern. Die Bestellung der Sicherheit sollte - bis zu 30 Jahre später (§ 41 Abs. 1 Satz 3 KO) - angefochten werden können, damit sich nicht der Gläubiger, der seine persönliche Darlehensforderung nach § 32a GmbHG nicht geltend machen kann, zum Nachteil der übrigen Gesellschaftsgläubiger aus der Sicherung befriedigt (BT-Drucks. 8/1347, S. 40 f zu § 32b Abs. 1 GmbHG-E).

46 Das Bargeschäftsprivileg wurde demgegenüber erstmals in der Insolvenzordnung normiert. Mit der Einführung von § 142 InsO aF übernahm der Gesetzgeber den "Grundsatz des geltenden Konkursrechts, daß Bargeschäfte nicht der Anfechtung kongruenter und inkongruenter Deckungen (§§ 145, 146 des Entwurfs) unterliegen und daß auch eine unmittelbar nachteilige Rechts-handlung (§ 147 des Entwurfs) nicht vorliegt, wenn der Schuldner für seine Leistung eine gleichwertige Gegenleistung erhält" (BT-Drucks. 12/2443, S. 167 zu § 161 InsO-E). Keine Erwähnung in der Gesetzesbegründung fand in diesem Zusammenhang hingegen § 135 InsO (§ 150 InsO-E), der im Vergleich zu § 32a KO nur eine Anpassung des Anfechtungszeitraums sowie eine Klarstellung des Anwendungsbereichs - über die Fälle von § 32a GmbHG hinaus - erfuhr.

47 Daraus kann für die Zeit bis zum MoMiG geschlossen werden, dass das Bargeschäftsprivileg aus gesetzgeberischer Sicht keine Auswirkungen auf die Anfechtbarkeit von Sicherheiten für Forderungen aus Gesellschafterdarlehen

hatte oder haben sollte. Hierfür bestand zwar möglicherweise auch kein Anlass, weil eine Anfechtung nach § 135 Nr. 1 InsO in der bis 31. Oktober 2008 geltenden Fassung ein kapitaleretzendes Darlehen voraussetzte. Der Begründung zum Regierungsentwurf des MoMiG (BT-Drucks. 16/6140) sowie der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages (BT-Drucks. 16/9737) lassen sich jedoch keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass der Gesetzgeber den begründeten Verzicht auf das Krisenmerkmal (BT-Drucks. 16/6140, S. 26, 42, 57) durch eine unausgesprochene Erweiterung des Anwendungsbereichs der unverändert gebliebenen Bargeschäftsregelung kompensieren wollte und von einer entsprechenden Auslegung von § 142 InsO bei der Änderung des § 135 InsO ausgegangen ist (aA Mylich, ZHR 176 (2012), 547, 553 f; Hiebert, ZInsO 2016, 1679, 1681).

48

Soweit den Materialien zum MoMiG der Wille des Gesetzgebers zu entnehmen ist, den darlehensgewährenden Gesellschafter gegenüber der früheren Rechtslage nicht erheblich schlechter zu stellen (BT-Drucks. 16/6140, S. 56 rechte Spalte), folgt hieraus nichts Anderes. Den Materialien ist insoweit eine Abwägung der Interessen der Gläubiger und der Gesellschafter zu entnehmen. Durch das Gesetz ist einerseits die Haftung der Gesellschafter in der Insolvenz der Gesellschaft im letzten Jahr vor Insolvenzantragstellung verschärft worden, indem der Nachrang aller Gesellschafterforderungen (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nF) angeordnet wird und durch § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO nF alle Rückzahlungen an die Gesellschafter innerhalb der Jahresfrist einer Anfechtung des Insolvenzverwalters der Gesellschaft unterliegen. Andererseits wird die Haftung des Gesellschafters auch verringert, weil nach neuem Recht Auszahlungen, die außerhalb der Anfechtungsfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO erfolgen, nicht mehr gemäß § 31 Abs. 1 GmbHG aF analog erstattet werden müssen. Schließlich ist durch die Einfügung von § 135 Abs. 3 Satz 1 InsO nF der Anspruch des Insol-

venzverwalters der Gesellschaft gegen den Gesellschafter auf unentgeltliche Nutzung eines überlassenen Wirtschaftsgutes entfallen (BGH, Urteil vom 13. Oktober 2016 - IX ZR 184/14, BGHZ 212, 272 Rn. 25). Danach fordert der Hinweis in der Gesetzesbegründung auf die Ergebnisneutralität der Neuregelung keine Erstreckung des Anwendungsbereichs von § 142 InsO auf die anfängliche Sicherung von Gesellschafterdarlehen.

49 (d) Jedenfalls sprechen Sinn und Zweck des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO und des § 142 InsO gegen die Anwendung des Bargeschäftsprivilegs im Anwendungsbereich des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO (so auch Schmidt/Uhlenbruck/Brinkmann, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl., Rn. 2.129; Köth, ZGR 2016, 541, 568 ff; Gehrlein in Festschrift Kübler, 2015, S. 181, 187 ff; Henkel, ZInsO 2009, 1577, 1578; Haas, ZIP 2017, 545, 549; aA Bitter, ZIP 2013, 1497, 1506; Uhlenbruck/Borries/Hirte, 15. Aufl., § 142 Rn. 8 f; Hiebert, ZInsO 2016, 1679, 1681; Marotzke, ZInsO 2013, 641, 644 f).

50 (aa) Der Nachrang der Gesellschafterforderungen nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO und der Anfechtungstatbestand des § 135 Abs. 1 InsO sollen in Übereinstimmung mit dem früheren Recht Vorsorge dagegen treffen, dass der Gesellschafter das mit einer Darlehensgewährung verbundene Risiko auf die Gemeinschaft der Gesellschaftsgläubiger abwälzt (BGH, Urteil vom 21. Februar 2013 - IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 Rn. 12). Die Finanzierungsfolgenverantwortung des Gesellschafters ist bei der Auslegung von § 135 Abs. 1 InsO weiterhin beachtlich (für § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO: BGH, Urteil vom 21. Februar 2013, aaO Rn. 18; vom 7. März 2013 - IX ZR 7/12, NZI 2013, 483 Rn. 9). Kann eine mit geringem Stammkapital gegründete Gesellschaft überhaupt nur aufgrund ihr gewährter Gesellschafterdarlehen ihren Geschäftsbetrieb aufnehmen, besteht bei Gewährung einer Sicherung durch die Gesellschaft die Gefahr, dass

ab Aufnahme der werbenden Tätigkeit bis zu einer etwaigen Insolvenz praktisch ihr gesamtes Gesellschaftsvermögen unter Ausschluss der Gläubiger dem Gesellschafter vorbehalten bleibt. Die Inanspruchnahme einer Sicherung für ein Gesellschafterdarlehen belegt, dass der Gesellschafter, der in die Rolle eines außenstehenden Dritten einzurücken sucht, die Übernahme einer Finanzierungsfolgenverantwortung ablehnt. Der bereits in der beschränkten Haftung liegende Risikoanreiz des Gesellschafters wird zusätzlich erhöht, wenn er aus dem Gesellschaftsvermögen dank einer Sicherung im Verhältnis zu den sonstigen Gläubigern auch noch vorrangig befriedigt wird. Ein gesicherter Gesellschafter, der um die Erfüllung seines Rückzahlungsanspruchs nicht fürchten muss, wird in Wahrnehmung der Geschäftsführung zur Eingehung unangemessener, wenn nicht gar unverantwortlicher, allein die ungesicherten Gläubiger treffender geschäftlicher Wagnisse neigen. Die Gewährung von Gesellschafterdarlehen, die durch das Gesellschaftsvermögen gesichert werden, ist darum mit einer ordnungsgemäßen Unternehmensfinanzierung nicht vereinbar (BGH, Urteil vom 18. Juli 2013 - IX ZR 219/11, BGHZ 198, 64 Rn. 19).

51 Der Gesellschafter ist zudem im Gegensatz zu externen Gläubigern über die als Sicherung in Betracht kommenden Vermögensgegenstände seines Unternehmens unterrichtet (BGH, Urteil vom 18. Juli 2013, aaO Rn. 20). Grundgedanke des neuen Rechts ist es, Gesellschafterdarlehen ohne Rücksicht auf einen Eigenkapitalcharakter einer insolvenzrechtlichen Sonderbehandlung zu unterwerfen und auf diese Weise eine darlehensweise Gewährung von Finanzmitteln der Zuführung haftenden Eigenkapitals weitgehend gleichzustellen (BGH, Urteil vom 13. Oktober 2016 - IX ZR 184/14, BGHZ 212, 272 Rn. 22; vgl. auch Urteil vom 29. Januar 2015 - IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 Rn. 69). In der Insolvenz werden gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 und § 135 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO Gesellschafterdarlehen faktisch wie Eigenkapital behandelt. Dadurch werden

die Finanzierungsfolgenverantwortung des Gesellschafters eingefordert sowie das Risikogleichgewicht zwischen Gesellschaftern und sonstigen Gesellschaftsgläubigern gewahrt. Mit diesem Konzept wäre unvereinbar, wenn eine innerhalb der Frist des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO gewährte Sicherheit für ein Gesellschafterdarlehen insolvenzfest wäre (vgl. Gehrlein in Festschrift Kübler, 2015, S. 181, 187; HK-InsO/Kleindiek, 9. Aufl., § 135 Rn. 16).

52 Eine Privilegierung anfänglicher Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen unterliefe zudem das erklärte Ziel des Gesetzgebers, Rückzahlungen aus Gesellschafterdarlehen im Jahr vor der Antragstellung einem konsequenten Anfechtungsregime zu unterwerfen (BT-Drucks. 16/6140, S. 26, 42; vgl. Gehrlein in Festschrift Kübler, 2015, S. 181, 187; Köth, ZGR 2016, 541, 567). Die uneingeschränkte Anwendung des Bargeschäftsprivilegs eröffnete dem Gesellschafter die Möglichkeit, sogar bei einem innerhalb des kritischen Zeitraums gewährten Darlehen die Rechtsfolge des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO zu umgehen, indem er eine in unmittelbarer Nähe zur Ausreichung der Darlehensvaluta gewährte Sicherheit verwertet (vgl. Köth, ZGR 2016, 541, 567; Bitter, ZIP 2013, 1497, 1507).

53 (bb) Auch Sinn und Zweck des Bargeschäftsprivilegs sprechen dagegen, von ihm im Anwendungsbereich des § 135 Abs. 1 InsO Gebrauch zu machen. Der entscheidende Grund für die Ausnahmeregelung des § 142 InsO ist nach der Vorstellung des Gesetzgebers der wirtschaftliche Gesichtspunkt, dass ein Schuldner, der sich in der Krise befindet, praktisch vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen würde, wenn selbst die von ihm abgeschlossenen wertäquivalenten Bargeschäfte der Anfechtung unterlägen (BT-Drucks. 12/2443, S. 167; vgl. Gehrlein in Festschrift Kübler, 2015, S. 181, 188). Das Bargeschäftsprivileg soll es dem krisenbefallenen Schuldner also ermöglichen, seine Handlungsfähigkeit

trotz Krise aufrechtzuerhalten. Um diesem Schutzzweck zu genügen, ist es ausreichend, dass die Gesellschaft in der Krise unanfechtbare Geschäfte mit neutralen Dritten tätigen kann (vgl. Henkel, ZInsO 2009, 1577, 1578; aA Uhlenbruck/Borries/Hirte, InsO, 15. Aufl., § 142 Rn. 8). Die Besicherung eines Gesellschafterdarlehens kann regelmäßig nicht als übliches Umsatzgeschäft des allgemeinen Geschäftsverkehrs angesehen werden (vgl. Altmeyen, ZIP 2013, 1745, 1749). Stattdessen kommt es hierdurch zum Abfluss letzter, womöglich noch werthaltiger Sicherheiten aus dem Gesellschaftsvermögen, ohne dass das operative Geschäft unmittelbar befördert wird (vgl. Köth, ZGR 2016, 541, 568 f). Die hinter § 142 InsO stehenden Wertungsgesichtspunkte passen daher nicht auf die Bestellung einer anfänglichen Sicherheit für die Hingabe eines Gesellschafterdarlehens (vgl. Henkel, aaO; Gehrlein in Festschrift Kübler, 2015, S. 181, 188; Köth, ZGR 2016, 541, 568 f).

54 dd) Die Schuldnerin hat der Beklagten zu 1 für eine Forderung eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines Darlehens im Sinne von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO oder für eine gleichgestellte Forderung in den letzten zehn Jahren vor Antragstellung eine Sicherheit gewährt.

55 (1) Die Frist von zehn Jahren ist gewahrt. Der Rahmentreuhandvertrag ist im August 2006 geschlossen worden. Der Insolvenzantrag wurde im Jahr 2012 gestellt, also noch innerhalb der zehnjährigen Frist.

56 (2) Das in den Schuldverschreibungen verbriefte und durch die Ansprüche gegen die Treuhänderin abgesicherte Leistungsversprechen der Schuldnerin begründet anfechtungsrechtlich eine Forderung im Sinne von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO.

- 57 (a) § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ist gemäß § 39 Abs. 4 Satz 1 InsO anwendbar, weil die in der Rechtsform einer GmbH und Aktiengesellschaft geführte Schuldnerin keine natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter hat.
- 58 (b) Schuldverschreibungen fallen in den sachlichen Anwendungsbereich von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO. Dies hat der Bundesgerichtshof zum alten Recht bereits entschieden (BGH, Beschluss vom 26. April 2010 - II ZR 60/09, ZIP 2010, 1443 Rn. 3 f). Nichts Anderes gilt für das neue Recht.
- 59 (aa) Die Vorschrift des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO unterstellt die Gewährung einer Sicherung für den Anspruch eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines Darlehens im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO wie auch einer gleichgestellten Forderung der Anfechtung. Darunter fällt jeder Rückzahlungsanspruch aus der Zurverfügungstellung von Kreditmitteln (HK-InsO/Kleindiek, 9. Aufl., § 39 Rn. 35). Gleichgestellte Forderungen sind Verbindlichkeiten, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen (BGH, Urteil vom 21. Februar 2013 - IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 Rn. 11). Entscheidend ist, ob die fragliche Rechtshandlung wie ein Darlehen Finanzierungsfunktion hat (HK-InsO/Kleindiek, aaO § 39 Rn. 36; Schmidt/Schmidt/Herchen, InsO, 19. Aufl., § 39 Rn. 53; Habersack, ZIP 2007, 2145, 2150). Die Rechtsprechung soll aus gesetzgeberischer Sicht mit Hilfe der Generalklausel der wirtschaftlichen Vergleichbarkeit in den Stand gesetzt werden, nicht ausdrücklich vom Wortlaut des Gesetzes erfasste, jedoch vergleichbare Sachverhalte gleich zu behandeln (BGH, Urteil vom 21. Februar 2013, aaO Rn. 12, unter Hinweis auf BT-Drucks. 8/3908, S. 74).

60 (bb) Nach Maßgabe dieser Grundsätze fallen die streitbefangenen Schuldverschreibungen in den sachlichen Anwendungsbereich von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO. Dabei kann dahinstehen, ob die Schuldverschreibungen unmittelbar einen Anspruch auf Darlehensrückgewähr verkörpern (vgl. Wilhelm, ZHR 180 (2016), 776, 780; ablehnend etwa Seibt/Schwarz, ZIP 2015, 401, 407 f). Jedenfalls entsprechen die aus dem verbrieften Schuldversprechen der Schuldnerin (§ 793 BGB) abzuleitenden Forderungen der Anleihegläubiger (vgl. BGH, Urteil vom 22. März 2018 - IX ZR 99/17, NJW 2018, 2193 Rn. 15) wirtschaftlich der Forderung auf Rückzahlung eines Darlehens. Die von der Schuldnerin ausgegebene Anleihe ist ebenso wie ein Darlehen auf die Überlassung von Fremdkapital gerichtet und hat deswegen Kreditierungswirkung (vgl. Wilhelm, aaO S. 787). Folgerichtig fallen die Forderungen aus der Schuldverschreibung - wie ein Anspruch auf Darlehensrückgewähr - in den sachlichen Anwendungsbereich von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO (vgl. Wilhelm, aaO S. 786 f; Thole, ZIP 2014, 293, 300; Ahrens in Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, Insolvenzrecht, 3. Aufl., § 39 InsO Rn. 36).

61 Entgegen der Revisionserwiderung stehen die Börsenhandelbarkeit der Schuldverschreibungen sowie die speziellen Vorschriften in §§ 793 ff BGB einer solchen Einordnung nicht entgegen. Dem Berufungsgericht ist darin zu folgen, dass dieser Umstand allenfalls bei der Übertragung der Schuldverschreibungen auf einen Nicht-Gesellschafter oder Kleinbeteiligten im Sinne von § 39 Abs. 5 InsO Berücksichtigung finden kann. Dies betrifft jedoch den persönlichen Anwendungsbereich von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO. Ebenso ist in § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO nicht nur der Fall geregelt, dass für eine Darlehensrückgewährforderung eine Sicherheit gewährt worden ist. Der Anfechtungstatbestand erfasst ausdrücklich auch "gleichgestellte Forderungen", zu denen die Forderung aus den

streitbefangenen Schuldverschreibungen aus den oben genannten Gründen gehört.

62 (c) Der personelle Anwendungsbereich von § 135 Abs. 1 Nr.1 InsO liegt vor. Die Beklagte zu 1 war zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung über das Vermögen der Schuldnerin an ihr zu etwa 40 vom Hundert beteiligt und zugleich mindestens im November 2012 Inhaberin der Teilschuldverschreibungen. Un-
erheblich ist, dass sie nicht Ersterwerberin der Schuldverschreibungen war.

63 Auch wenn die Beklagte zu 1 die Schuldverschreibungen von der Gesellschafterin erworben hat, begründet allein ihre eigene Gesellschafterstellung die Anwendbarkeit von § 39 Abs. 1 Nr. 5, § 135 InsO. Hierfür ist nämlich unbeachtlich, ob der Kredit gerade von einem Gesellschafter gewährt wird. Es genügt, wenn ein Gesellschafter zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung oder danach oder zu einem beliebigen Zeitpunkt innerhalb eines Jahres vor Stellung des Insolvenzantrags in die Kreditgeberposition eingerückt ist (vgl. Wilhelm, ZHR 180 (2016), 776, 786 und Fn. 62). Entsprechendes gilt, wenn für ein Gesellschafterdarlehen oder eine entsprechende Forderung eine Sicherung gewährt wird. Vorliegend gilt dieses Ergebnis umso mehr, als die Beklagte zu 1 ihre Position von der Gesellschafterin ableitet, die den Einwendungen aus § 39 Abs. 1 Nr. 5, § 135 InsO ebenso wie die Beklagte zu 1 ausgesetzt gewesen wäre.

64 b) Dass auch nach altem Recht der Anspruch auf Übertragung der Anteile an der Bruchteilsgemeinschaft und auf Abtretung der Ansprüche gegen die Treuhänderin bestanden hätte, sofern die Beklagte zu 1 noch Inhaberin der Schuldverschreibungen ist, kann derzeit nicht ausgeschlossen werden.

65 aa) Da nach den Feststellungen des Berufungsgerichts davon auszugehen ist, dass die Anleihegläubiger und mithin auch die Beklagte zu 1 ihre Rechte aus dem Treuhandvertrag vom 15. August 2006 ableiten, dieser Vertrag also insoweit angefochten wird, als er der Beklagten zu 1 Rechte verschafft, kommt Art. 103d Satz 2 EGIInsO zur Anwendung, wie das Berufungsgericht für die vor dem 1. November 2008 erfolgten Grundpfandbestellungen angenommen hat. Denn auch hier sind in dem nach dem 1. November 2008 eröffneten Insolvenzverfahren auf vor dem 1. November 2008 vorgenommene Rechtshandlungen die bis dahin geltenden Vorschriften der Insolvenzordnung über die Anfechtung von Rechtshandlungen anzuwenden, soweit die Rechtshandlungen nach dem bisherigen Recht der Anfechtung entzogen oder in geringerem Umfang unterworfen wären (Art. 103d Satz 2 EGIInsO).

66 Dem Wortlaut der Übergangsvorschrift nach verweist Art. 103d Satz 2 EGIInsO auf die bis dahin geltenden Vorschriften der Insolvenzordnung über die Anfechtung von Rechtshandlungen. Nach der Rechtsprechung des Senats werden von der Übergangsvorschrift nicht allein § 39 Abs. 1 Nr. 5, § 135 InsO aF, sondern auch die Novellenregeln der §§ 32a, 32b GmbHG, § 32a KO (der später weitgehend inhaltsgleich in § 135 InsO übernommen wurde) erfasst. Bei diesen Regeln über die Nachrangigkeit kapitalersetzender Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz handelt es sich um Insolvenzrecht, weil die Novellenregeln erst und ausschließlich in der Insolvenz Bedeutung erlangen (BGH, Urteil vom 21. Juli 2011 - IX ZR 185/10, BGHZ 190, 364 Rn. 26 ff; vom 4. Juli 2013 - IX ZR 229/12, BGHZ 198, 77 Rn. 26).

67 Bei dem Vergleich der rechtlichen Stellung des Anfechtungsgegners vor und nach dem 1. November 2008 sind schließlich auch die Rechtsprechungsregeln (analog §§ 30, 31 GmbHG aF) hinzuzuziehen, obwohl der Bundesge-

richtshof die Rechtsprechungsregeln dem Gesellschaftsrecht zugeordnet haben mag (BGH, Urteil vom 25. Juni 2001 - II ZR 38/99, BGHZ 148, 167, 168; vom 21. Juli 2011, aaO Rn. 31). Für Art. 103d Satz 1 EGIInsO hat der Bundesgerichtshof bereits entschieden, dass es sich sowohl bei den Novellenregeln der §§ 32a, 32b GmbHG als auch bei den Rechtsprechungsregeln (analog §§ 30, 31 GmbHG aF) um "bis dahin geltende gesetzliche Vorschriften" handelt (BGH, Urteil vom 26. Januar 2009 - II ZR 260/07, BGHZ 179, 249 Rn. 17; vom 28. Mai 2013 - II ZR 83/12, NZI 2013, 854 Rn. 10). Nichts Anderes gilt in Bezug auf Satz 2. Sinn und Zweck der Überleitungsvorschrift ist es, dem Gesellschafter-Kreditgeber, welcher unter Geltung des alten Rechts das Gesellschafterdarlehen gewährt hat, die Sicherheit zu geben, dass er immer dann nach dem auslaufenden Recht behandelt wird, wenn es für ihn günstiger ist. Die "bis dahin geltenden gesetzlichen Vorschriften" sind deswegen sowohl bei den in Art. 103d Satz 1 EGIInsO als auch bei den in Art. 103d Satz 2 EGIInsO geregelten Fällen die gesamten "Regeln" des alten Kapitalersatzrechts (vgl. Altmeppen, ZIP 2011, 641, 647; Römermann, InsVZ 2010, 43, 44; aA HmbKomm-InsO/Schröder, 6. Aufl., § 135 Rn. 91).

68 bb) Es ist nicht ausgeschlossen, dass der Kläger nach altem Recht die Rückgabe der Sicherheit verlangen und die Begleichung der Forderung aus der Schuldverschreibung hätte verweigern können.

69 (1) Vor dem 1. November 2008 war das Eigenkapitalersatzrecht vom Nebeneinander der Rechtsprechungsregeln und Novellenregeln geprägt. Nach den Rechtsprechungsregeln wurden Gesellschafterdarlehen in der Krise der Gesellschaft wie haftendes Eigenkapital und nicht als rückzahlbares Darlehen behandelt (BGH, Urteil vom 21. Juli 2011 - IX ZR 185/10, BGHZ 190, 364 Rn. 28). Aus der Analogie zu §§ 30, 31 GmbHG aF leitete die Rechtsprechung

neben einem Rückerstattungsanspruch bei der Befriedigung solcher Darlehen (§ 31 GmbHG) zugleich eine "präventive" Durchsetzungssperre her, weshalb der Geschäftsführer die von einem Gesellschafter geforderte Rückzahlung eines eigenkapitalersetzenden Darlehens verweigern konnte und musste (vgl. Bitter, ZIP 2013, 1497, 1498 mwN). Daran anknüpfend entsprach es herrschender Auffassung, dass Sicherheiten, die für eigenkapitalersetzende Darlehen bestellt wurden, in der Insolvenz der Gesellschaft nicht durchsetzbar waren (vgl. BGH, Urteil vom 19. September 1996 - IX ZR 249/95, BGHZ 133, 298, 305; vom 26. Januar 2009 - II ZR 213/07, BGHZ 179, 278 Rn. 17; vom 28. Juni 2012 - IX ZR 191/11, BGHZ 193, 378 Rn. 25). Wurde für die eigenkapitalersatzrechtlich verstrickte Forderung eine akzessorische Sicherheit gewährt, ergab sich deren Undurchsetzbarkeit aus §§ 768, 1137 oder § 1211 BGB. Für nicht akzessorische Sicherheiten nahm man an, dass der Insolvenzverwalter dem Gesellschafter als Inhaber einer Sicherheit den Eigenkapitalersatzeinwand aus der Sicherungsabrede entgegenhalten könne (vgl. BGH, Urteil vom 19. September 1996, aaO). Stand fest, dass der - in der Insolvenz der Gesellschaft vom Gesetz mit seiner eigenkapitalersatzrechtlich verstrickten Darlehensforderung zurückgestufte - Gesellschafter (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO aF), welchem die Gesellschaft für dieses Darlehen eine Sicherheit eingeräumt hatte, wegen der Höhe der Gläubigerforderungen seine Rückzahlungsforderung dauerhaft nicht mehr durchsetzen und keine Zahlung mehr erwarten konnte, war er nach Auffassung des Bundesgerichtshofs auf Verlangen der Gesellschaft verpflichtet, die Sicherheit freizugeben. In seinem solchen Fall wurde der Sicherheit die vertragliche Rechtsgrundlage entzogen, weil sich der Sicherungszweck erledigt hatte (BGH, Urteil vom 26. Januar 2009, aaO). Da die Rechtsprechungsregeln - anders als die Novellenregeln - eine dem § 142 InsO vergleichbare Vorschrift nicht kannten, bedurfte es hierbei keiner Entscheidung zu den Voraussetzun-

gen und Auswirkungen des Bargeschäftsprivilegs (vgl. Marotzke, ZInsO 2013, 641, 642; Henkel, aaO).

70 Die ab dem Jahr 1980 eingeführten Novellenregeln (§§ 32a, 32b GmbHG aF, § 32a KO, § 135 InsO aF) zielten zwar auf einen auch die Rechtsprechungsregeln umfassenden Gläubigerschutz ab. Sie blieben aber hinter diesen zurück, weshalb der Bundesgerichtshof zur Vermeidung von Schutzlücken die Rechtsprechungsgrundsätze für weiter anwendbar erklärte (BGH, Urteil vom 21. Juli 2011 - IX ZR 185/10, BGHZ 190, 364 Rn. 29). Nach der bis zum 1. November 2008 geltenden Rechtslage musste der Bundesgerichtshof deshalb seine Entscheidungen betreffend die Rückgewähr der für ein eigenkapitalersetzendes Darlehen geleisteten Sicherheit nicht nur auf § 143 InsO in Verbindung mit § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO stützen, sondern konnte - von Geltung und Reichweite des § 142 InsO unabhängig - zugleich auf eine analoge Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG aF zurückgreifen (vgl. Marotzke, aaO).

71 (2) Mithin hätte der Kläger die Begleichung der Forderung aus der Schuldverschreibung verweigern und die Herausgabe der Sicherheit verlangen können, sofern die gesicherten Schuldverschreibungen eigenkapitalersatzrechtlich verstrickt waren, die Beklagte zu 1 ihre Forderung gegen die Treuhänderin dauerhaft nicht mehr hätte durchsetzen und keine Zahlung mehr hätte erwarten können. Hinreichende Feststellungen zu dieser Frage hat das Berufungsgericht nicht getroffen.

72 (a) Eine Krise, die zur Einstufung einer Kredithilfe als kapitalersetzend führt, ist außer bei Insolvenzreife der Gesellschaft auch dann gegeben, wenn die Gesellschaft kreditunwürdig ist. Eine auf Kreditunwürdigkeit beruhende Krise der Gesellschaft liegt vor, wenn diese von dritter Seite einen zur Fortführung

ihres Unternehmens erforderlichen Kredit zu marktüblichen Bedingungen nicht erhält und sie deshalb ohne die Gesellschafterleistung liquidiert werden müsste. Ebenso verhält es sich mit einem noch unter wirtschaftlich gesunden Verhältnissen gegebenen Darlehen, welches der Gesellschafter bei Eintritt der Kreditunwürdigkeit stehen lässt (BGH, Urteil vom 18. Juli 2013 - IX ZR 219/11, BGHZ 198, 64 Rn. 28 mwN).

73 (b) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts befand sich die Schuldnerin frühestens seit dem Jahr 2010 in der Krise. Weder bei Ausgabe der Anleihe noch zum Zeitpunkt des Erwerbs der Schuldverschreibungen durch die Gesellschafterin noch zum Zeitpunkt des Abschlusses des Rahmen-Treuhandvertrags noch zum Zeitpunkt der Bestellung der Grundschulden war die Schuldnerin insolvenzreif und kreditunwürdig. Dann können die Schuldverschreibungen eine Eigenkapitalersatzfunktion nur durch ein späteres "Stehenlassen" erhalten haben.

74 (aa) Nach alter Rechtslage konnten nicht als Kapitalersatz dienende Gesellschaftermittel einen eigenkapitalersetzenden Charakter annehmen, wenn der Gesellschafter sie bei Eintritt der Krise nicht abgezogen hatte, obwohl ihm dies möglich gewesen wäre (BGH, Urteil vom 24. September 1990 - II ZR 174/89, ZIP 1990, 1467, 1468; vom 14. Dezember 1992 - II ZR 298/91, BGHZ 121, 31, 35 ff; vom 7. November 1994 - II ZR 270/93, BGHZ 127, 336, 345; vom 2. April 2009 - IX ZR 236/07, ZIP 2009, 1080 Rn. 19; Köth, ZGR 2016, 541, 545). Neben der zwischenzeitlich eingetretenen Krise setzte die Umqualifizierung der Finanzierungshilfe in Eigenkapitalersatz stets eine Finanzierungsentscheidung voraus. Der Gesellschafter musste von der Wahlmöglichkeit Gebrauch machen können, der Gesellschaft entweder seine weitere Unterstützung zu versagen und dadurch die Liquidation herbeizuführen oder ihr die Finanzhilfe

auf eigene Gefahr zu belassen (BGH, Urteil vom 24. September 1990, aaO; vom 14. Dezember 1992, aaO; Habersack in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, 1. Aufl., §§ 32a/b Rn. 44). Zudem musste der Gesellschafter wenigstens die Möglichkeit gehabt haben, die den Eintritt der Krise begründenden Umstände bei Wahrnehmung seiner Verantwortung für eine ordnungsgemäße Finanzierung der Gesellschaft zu erkennen (BGH, Urteil vom 7. November 1994, aaO S. 343 ff; Habersack, aaO). Feststellungen dazu, ob die Beklagte zu 1 in den Jahren 2010 bis zur Insolvenzeröffnung im Jahr 2012 eine solche Wahlmöglichkeit besessen hatte, hat das Berufungsgericht nicht getroffen.

75 (bb) Ob die Beklagten zu 1 in dem vorgenannten Zeitraum ab Beginn der Krise bis zur Insolvenzeröffnung über das Vermögen der Schuldnerin ihre weitere Unterstützung etwa durch vorzeitige Kündigung der Schuldverschreibungen hätte entziehen und ihre Liquidation hätte herbeiführen können, lässt sich derzeit nicht beurteilen.

76 (α) Allerdings enthalten die Anleihebedingungen kein Recht der Gläubiger zur vorzeitigen Kündigung der von ihnen gehaltenen Teilschuldverschreibungen. Ein außerordentliches Kündigungsrecht gemäß § 490 Abs. 1 BGB stand der Beklagten zu 1 nicht zu. Diese Vorschrift ist auf Inhaberschuldverschreibungen nicht anwendbar (BGH, Urteil vom 31. Mai 2016 - XI ZR 370/15, BGHZ 210, 263 Rn. 30). Es bleibt ein etwaiges Recht zur vorzeitigen Kündigung der Teilschuldverschreibungen aus wichtigem Grund nach § 314 BGB. Dieses Recht ist weder in den Anleihebedingungen ausgeschlossen worden, noch schloss das bis 4. August 2009 geltende Gesetz betreffend die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen vom 4. Dezember 1899 (RGBl. S. 691; künftig Schuldverschreibungsgesetz von 1899 - SchVG 1899)

eine Anwendung des § 314 BGB aus (vgl. BGH, Urteil vom 31. Mai 2016, aaO Rn. 33).

77 Auch steht dem Gläubiger einer Anleihe trotz Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der Schuldnerin kein Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund nach § 314 BGB zu, wenn die Schuldnerin zum Zeitpunkt der Kündigungserklärung bereits Sanierungsbemühungen nach dem Schuldverschreibungsgesetz von 1899 beabsichtigt und zeitnah entfaltet hat (BGH, Urteil vom 31. Mai 2016, aaO Rn. 38). Dies gilt ebenso für die Beklagte zu 1 als Anleihgläubigerin. Ob sie als Gesellschafterin der Schuldnerin aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht wegen einer Sanierungsabsicht der Schuldnerin die Schuldverschreibungen ebenfalls nicht hätte kündigen dürfen (vgl. BGH, Urteil vom 18. Juli 2013 - IX ZR 198/10, WM 2013, 1504 Rn. 43), kann deswegen dahinstehen. Dem kann der Kläger nicht entgegenhalten, die Beklagte zu 1 hätte bislang nicht vorgetragen, es seien im Jahr 2010 Versuche unternommen worden, die Schuldnerin zu sanieren. Denn er hat, weil er geltend macht, das Darlehen sei bei Eintritt der Krise nach § 314 BGB kündbar gewesen, vorzutragen, dass ein Kündigungsgrund vorliegt. Das gilt umso mehr, als der vom Bundesgerichtshof im Urteil vom 31. Mai 2016 (aaO) entschiedene Fall von dem hier streitgegenständlichen Insolvenzverfahren und hinsichtlich der dort genannten "dritten Tranche" von der hier streitgegenständlichen Emission handelt.

78 Die Beklagte zu 1 hätte in dieser Lage auch nicht beantragen können, das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin zu eröffnen und die Gesellschaft so zu liquidieren. Dabei kann dahinstehen, ob der Gläubiger einer noch nicht fälligen Forderung - wie die Beklagte zu 1, welche die Teilschuldverschreibungen während der laufenden Sanierungsbemühungen nicht kündigen konnte und deswegen in dieser Zeit keinen fälligen Zahlungsanspruch

gegen die Schuldnerin besaß - berechtigt ist, einen Insolvenzantrag zu stellen (die Frage bejahend Schmidt/Gundlach, InsO, 19. Aufl., § 14 Rn. 8; Gehrlein in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 3. Aufl., Vor § 64 Rn. 51, 53; die Frage verneinend LG Braunschweig, NJW 1961, 2316; AG Göttingen, NZI 2001, 606; MünchKomm-InsO/Schmahl/Vuia, 3. Aufl., § 13 Rn. 35, § 14 Rn. 26; Uhlenbruck/Wegener, InsO, 15. Aufl., § 14 Rn. 80; Jaeger/Gerhardt, InsO, § 13 Rn. 6; Nerlich/Römermann/Mönning, InsO, 2017, § 14 Rn. 11; FK-InsO/Schmerbach, 9. Aufl., § 14 Rn. 118; vgl. auch BGH, Beschluss vom 29. November 2007 - IX ZB 12/07, NJW 2008, 1380 Rn. 12). Denn aus den nämlichen Gründen, die dazu führen, dass die Beklagte zu 1 während der laufenden Sanierungsbemühungen die Teilschuldverschreibungen nicht kündigen durfte, wäre die Beklagte zu 1 wegen Fehlens eines Rechtsschutzinteresses nicht berechtigt gewesen, einen Insolvenzantrag zu stellen. Der Erfolg der in § 11 Abs. 1 Satz 1 SchVG 1899 vorgesehenen Maßnahme, die Aufgabe oder Beschränkung von Rechten der Gläubiger, insbesondere die Ermäßigung des Zinsfußes oder die Bewilligung einer Stundung, durch die Gläubigerversammlung beschließen zu lassen, würde gefährdet, wenn einzelne Anleihegläubiger, welche die Anleihe nicht kündigen können, einen Insolvenzantrag stellen könnten (vgl. BGH, Urteil vom 31. Mai 2016 - XI ZR 370/15, BGHZ 210, 263 Rn. 39). Entsprechendes gilt, wenn Gesellschafter, welche der Gesellschaft ein Darlehen gewährt haben, dieses im Hinblick auf erfolgversprechende Sanierungsbemühungen nicht kündigen dürfen.

79

(β) Dennoch kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Beklagte zu 1 ab Eintritt der Krise im Jahr 2010 bis zur Insolvenzeröffnung im September 2012 eine Finanzierungsentscheidung im Sinne des Eigenkapitalersatzrechts getroffen hat. Maßgebliche Feststellungen hierzu hat das Berufungsgericht - von seinem Rechtsstandpunkt folgerichtig - bislang nicht getroffen.

80 (cc) Der Qualifizierung als Eigenkapitalersatz steht nicht entgegen, dass die Forderungen aus den Schuldverschreibungen mit nachrangigen Grundpfandrechten besichert waren. Vor allem im Zusammenhang mit der Diskussion um die Anwendung des Bargeschäftsprivilegs nach dem MoMiG vertreten einige Autoren die Auffassung, dass ein besichertes Darlehen im Umfang seiner Besicherung trotz Stehenlassens in der Krise keinen eigenkapitalersetzenden Charakter habe annehmen können (vgl. Köth, ZGR 2016, 541, 545; Bitter, ZIP 2013, 1497, 1499; Spliedt, ZIP 2009, 149, 153). Richtig ist, dass eine dem Gesellschafter gewährte Sicherheit der erforderlichen Finanzierungsentscheidung entgegenstehen kann, etwa indem sie ihn an einer außerordentlichen Kündigung eines Darlehens hindert (vgl. BGH, Urteil vom 14. Dezember 1992 - II ZR 298/91, BGHZ 121, 31, 35 ff; Bitter, ZIP 2013, 1497, 1499; aA wohl Altmeppen, ZIP 2013, 1745, 1750 ff). Auch ist sie bei der Prüfung der Kreditwürdigkeit einzubeziehen, weil die Schuldnerin die Sicherheit gegebenenfalls auch Dritten hätte stellen können (vgl. BGH, Urteil vom 27. November 2000 - II ZR 179/99, NJW 2001, 1490, 1491 f). Die Möglichkeit des Gesellschafters, sich durch die Verwertung der Sicherheit zu befriedigen, schließt die Umqualifizierung der gesicherten Forderung jedoch nicht in jedem Fall aus (vgl. BGH, Urteil vom 27. November 2000, aaO; Hölzle, ZIP 2013, 1992, 1993). Das gilt vorliegend umso mehr, als der Rückzahlungsanspruch aus den Schuldverschreibungen nur durch nachrangige Grundschulden besichert war.

81 c) Ist die Beklagte zu 1 noch Inhaberin der Schuldverschreibungen und hat die Treuhänderin die Auszahlungen an die Schuldverschreibungsgläubiger noch nicht vorgenommen, sind ihre Forderungen aus den Schuldverschreibungen nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO mithin nachrangig zu befriedigen und ist sie verpflichtet, nach § 143 Abs. 1 Satz 1, § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO dasjenige, was

durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners weggegeben wurde, zur Insolvenzmasse zurück zu gewähren. Die Insolvenzmasse ist in die Lage zu versetzen, in der sie sich befände, wenn das anfechtbare Verhalten unterblieben wäre (BGH, Urteil vom 12. Juli 2007 - IX ZR 235/03, NZI 2007, 718 Rn. 23). Deswegen kann der Kläger von der Beklagten zu 1 möglicherweise die Abtretung ihrer Ansprüche gegen die Treuhänderin und die Übertragung ihrer Bruchteile an der Innen-Bruchteilsgemeinschaft der Schuldverschreibungsgläubiger verlangen. Denn diese Rechte hat die Beklagte zu 1 durch die entsprechende Rechtshandlung zu ihren Gunsten aus der Masse erhalten.

82 Dem steht nicht entgegen, dass die durch die Schuldnerin bestellten Grundschulden schon verwertet sind und sich deswegen die Innen-Bruchteilsgemeinschaft nicht mehr auf diese beziehen kann. Denn die Bruchteilsgemeinschaft setzt sich nach dem Treuhandvertrag an dem Geld fort, das aufgrund des freihändigen Verkaufs der besicherten Grundstücke an die Stelle der nachrangigen Pfandrechte getreten ist. Insoweit ist davon auszugehen, dass auch ein aus § 242 BGB folgender Anspruch des Klägers gegen die Beklagte zu 1 auf Auskunft besteht, ob sie noch Inhaberin der Schuldverschreibungen ist, weil nicht ausgeschlossen ist, dass dem Grunde nach ein Rückgewähranspruch des Klägers aus § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO gegen die Beklagte zu 1 besteht und der Kläger in entschuldbarer Weise über Bestehen oder Umfang seines Rechts im Unklaren ist, er sich die zur Vorbereitung oder Durchsetzung seines Anspruchs notwendigen Auskünfte nicht in zumutbarer Weise selbst beschaffen kann und die Beklagte zu 1 unschwer, das heißt ohne unbillig belastet zu sein, die zur Beseitigung dieser Ungewissheit erforderlichen Auskünfte zu geben vermag.

83 2. Weiter kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Kläger gegen die Beklagte zu 1 einen Anspruch auf Auskunft darüber hat, an wen diese gegeb-

nenfalls die von ihr gehaltenen Schuldverschreibungen veräußert hat. Denn es besteht einerseits zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1 eine anfechtungsrechtliche Sonderverbindung, andererseits erscheint es möglich, dass der Kläger Rechte gegenüber den Erwerbern geltend machen kann.

84 a) Der Kläger hat gegen die Beklagte zu 1 - unter den oben genannten Voraussetzungen - trotz einer etwaigen Veräußerung der Schuldverschreibungen an Dritte einen Rückgewähranspruch aus § 143 Abs. 1, § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO.

85 aa) Wenn ein Gesellschafter eine gegen die Gesellschaft gerichtete Darlehensforderung binnen eines Jahres vor Antragstellung abtritt und die Gesellschaft anschließend die Verbindlichkeit gegenüber dem Zessionar tilgt, unterliegt nach Verfahrenseröffnung neben dem Zessionar auch der Gesellschafter der Anfechtung. Infolge der den Gesellschafter treffenden Finanzierungsfolgenverantwortung dürfen die Rechtsfolgen des zwingenden § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO nicht durch die Wahl einer bestimmten rechtlichen Konstruktion aufgeweicht oder unterlaufen werden. Darum kann nicht gebilligt werden, dass ein Gesellschafter, der seiner GmbH Darlehensmittel zuwendet, die mit ihrer Rückgewähr verbundenen rechtlichen Folgen einer Anfechtung durch eine Abtretung seiner Forderung vermeidet (BGH, Urteil vom 21. Februar 2013 - IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 Rn. 31 mwN).

86 Diese Grundsätze gelten auch bei der Anfechtung von Sicherheiten gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Dabei kann dahinstehen, ob auch mit Blick auf die Anfechtbarkeit von Sicherheiten der Nachrang für Gesellschafterdarlehen nur erhalten bleibt, wenn der Gesellschafter seine Doppelrolle innerhalb der Jahresfrist vor Antragstellung aufgibt (vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 2013,

aaO Rn. 25). Denn die Beklagte zu 1 befand sich nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens in der Doppelrolle als Gesellschafterin und als Kreditgeberin und hat die Schuldverschreibungen gegebenenfalls erst im Laufe des Insolvenzverfahrens an Dritte übertragen.

87

bb) Allerdings besteht mit der wirksamen Übertragung der Schuldverschreibungen auf Dritte der Anspruch des Klägers aus § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO auf Rückübertragung der Rechte (Abtretung der Ansprüche gegen die Treuhänderin, Übertragung der Bruchteile an der Innen-Bruchteilsgemeinschaft) gegen die Beklagte zu 1 nicht mehr. Denn dieser wäre es in diesem Fall unmöglich, diese Rechte der Masse zurückzugewähren (§ 275 Abs. 1 BGB), weswegen sich Gegenstand und Umfang eines insolvenzrechtlichen Rückgewähranspruchs nach § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO bestimmten (vgl. BGH, Urteil vom 26. April 2012 - IX ZR 74/11, BGHZ 193, 129 Rn. 31; vom 10. September 2015 - IX ZR 215/13, WM 2015, 1996 Rn. 26). Die Beklagte zu 1 schuldete dem Kläger nach § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO, § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4, § 292 Abs. 1, § 989 BGB Wertersatz, und zwar zumindest in Höhe etwaiger Auszahlungen der Treuhänderin an die Schuldverschreibungsgläubiger (nach der in den Tatsacheninstanzen vorgelegten Ad-hoc-Mitteilung der Schuldnerin vom 19. April 2016 in Höhe von 270,38 € pro 1.000 €, multipliziert mit den von der Beklagten zu 1 gehaltenen 10.229 Stücken ergibt 2.765.717,02 €; vgl. BGH, Urteil vom 21. Januar 1999 - IX ZR 329/97, NZI 1999, 152, 154 aE; vom 12. Juli 2007 - IX ZR 235/03, NZI 2007, 718 Rn. 23; BAGE 108, 367). Für die Geltendmachung dieses Zahlungsanspruchs (Klageantrag 3b) benötigt der Kläger die eingeforderten Informationen, an wen die Beklagte zu 1 die Schuldverschreibungen veräußert hat, nicht.

88 b) Da ein Rückgewähranspruch des Klägers gegen die Beklagte zu 1 aus § 143 Abs. 1 InsO besteht und dieser sich entscheiden darf, ob er gegen diese als ursprüngliche Rechtsinhaberin oder gegen die Erwerber als weitere Anfechtungsgegner vorgehen will (BGH, Urteil vom 21. Februar 2013 - IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 Rn. 27 f), er zur Geltendmachung etwaiger Ansprüche gegen den Erwerber aber auf die Auskünfte der Beklagten zu 1 angewiesen ist, erstreckt sich der aus § 242 BGB folgende Anspruch auf Auskunft auch auf die Frage, auf wen die Beklagte zu 1 die Schuldverschreibungen übertragen hat.

89 aa) Dagegen spricht nicht, dass der Kläger diese Auskünfte nur benötigt, um den Erwerbern gegenüber den Nachrang der Forderung und die Anfechtbarkeit der Sicherheiten geltend zu machen. Ein Anspruch auf Auskunftserteilung ist auch dann gegeben, wenn nicht der auf Auskunft in Anspruch Genommene selbst, sondern ein Dritter Schuldner des Hauptanspruchs ist, dessen Durchsetzung der Hilfsanspruch auf Auskunftserteilung ermöglichen soll. Dies hat der Bundesgerichtshof im Verhältnis eines Patienten zum Krankenhaus entschieden, wenn der Patient von dem Krankenhaus die Auskunft über die Adresse eines Mitpatienten erhalten möchte, damit er gegen diesen einen deliktischen Schadensersatzanspruch wegen einer während des Krankenhausaufenthalts begangenen vorsätzlichen Körperverletzung geltend machen kann (BGH, Urteil vom 9. Juli 2015 - III ZR 329/14, BGHZ 206, 195 Rn. 11). Nichts Anderes kann im Verhältnis des Insolvenzverwalters zum Anfechtungsgegner gelten, wenn zwischen ihnen aufgrund des Rückgewähranspruchs ein gesetzliches Schuldverhältnis besteht.

90 Dies muss insbesondere dann gelten, wenn - wie vorliegend - der Gesellschafter, welcher nach Insolvenzeröffnung erkennt, dass seine Forderung gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO erst nachrangig berichtet wird, sich seiner Ge-

sellschafterforderung durch Übertragung der Forderung auf Dritte entledigt. Anders als bei der Abtretung der Forderung aus einem Gesellschafterdarlehen an einen Dritten, der mit der Geltendmachung der Forderung gegenüber der Gesellschaft oder dem Insolvenzverwalter die Abtretung offen legen muss, so dass der Insolvenzverwalter ihm gegenüber entweder nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO den Nachrang geltend machen oder die Rückzahlung des Gesellschafterdarlehens innerhalb der Jahresfrist nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO anfechten kann (vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 2013 - IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 Rn. 31 mwN), kann der Dritte, der vom Gesellschafter eine Teilschuldverschreibung erworben hat, seine Rechte hieraus geltend machen, ohne die Rechtsnachfolge offenlegen zu müssen. Wollte man hier dem Insolvenzverwalter einen Auskunftsanspruch gegen den Gesellschafter versagen, würde ein Spielraum für strategische Gestaltungen zum Nachteil der Gläubigergesamtheit geschaffen (vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 2013, aaO Rn. 26, 31 f; Kleindiek, ZGR 2017, 731, 746). Denn der Insolvenzverwalter hat keine Aussicht, auf andere Weise die erforderlichen Auskünfte zu erhalten. Die Beklagte zu 1 ist ihm als nicht vertretungsberechtigte Gesellschafterin nicht nach §§ 97, 101 InsO auskunftspflichtig. Nach § 101 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 InsO sind allein die (gegebenenfalls ehemaligen) Mitglieder des Vertretungs- und Aufsichtsorgans und die vertretungsberechtigten persönlich haftenden Gesellschafter zur Auskunft verpflichtet. Eine Auskunftspflicht der Beklagten zu 1 wäre nach § 101 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 InsO nur in Betracht gekommen, wenn keine ordnungsgemäße Vertretung der Schuldnerin bestanden hätte. Die ihm auskunftspflichtigen Geschäftsführer der Schuldnerin können dem Kläger die erwünschte Auskunft nicht erteilen, weil sie keinen Einblick in die Vermögensverhältnisse der Beklagten zu 1 und ihre Verfügungen über die von ihr noch im September 2012 gehaltenen Schuldverschreibungen haben. Demgegenüber kann ihm die Beklagte zu 1 unschwer die Auskünfte erteilen.

- 91 bb) Die weitere Voraussetzung des Auskunftsanspruchs, nämlich die dem Grunde nach feststehende oder (im vertraglichen Bereich) zumindest sehr wahrscheinliche Existenz eines Rechts des Auskunftsfordernden gegen den Anspruchsgegner (vgl. Staudinger/Olzen/Looschelders, BGB, 2015, § 242 Rn. 605), ist gegeben.
- 92 (1) Es ist derzeit nicht auszuschließen, dass der Kläger im Insolvenzverfahren den Nachrang nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO auch gegenüber etwaigen Erwerbern der Schuldverschreibungen - je nach dem Inhalt der erteilten Auskunft - sehr wahrscheinlich geltend machen kann.
- 93 Der Zessionar muss nämlich das Nachrangrisiko mangels der Möglichkeit eines gutgläubigen einredefreien Erwerbs gemäß § 404 BGB gegen sich gelten lassen (BGH, Urteil vom 21. Februar 2013 - IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 Rn. 24). Dies gilt auch für die Schuldverschreibungen, wenn die Übertragung der wertpapierrechtlich in der Inhaberschuldverschreibung (§ 793 BGB) verbrieften Forderung durch deren Abtretung nach § 398 BGB erfolgt, was rechtlich möglich ist (BGH, Urteil vom 14. Mai 2013 - XI ZR 160/12, ZIP 2013, 1270 Rn. 16 f mwN; vgl. BeckOGK-BGB/Vogel, 2018, § 793 Rn. 150). § 796 BGB findet keine Anwendung (BeckOGK-BGB/Vogel, 2018, § 796 Rn. 6; Münch-Komm-BGB/Habersack, 7. Aufl., § 796 Rn. 1; Thole, ZIP 2014, 293, 300; aA d'Avoine, NZI 2013, 321, 324).
- 94 Wurden die in den Schuldverschreibungen verbrieften, in der Person des ersten Nehmers oder eines gutgläubigen Zweiterwerbers entstandenen Forderungsrechte nach sachenrechtlichen Vorschriften (vgl. BGH, Urteil vom 14. Mai 2013 - XI ZR 160/12, ZIP 2013, 1270 Rn. 14) durch Übereignung des Papiers

übertragen (§§ 929 ff BGB), gegebenenfalls durch die Vermittlung von Banken (§ 18 Abs. 1 und 3, § 24 Abs. 2 DepotG), findet § 404 BGB allerdings keine Anwendung (vgl. MünchKomm-BGB/Habersack, aaO; BeckOGK-BGB/Vogel, 2018, § 796 Rn. 3, 5; Thole, ZIP 2014, 293, 300; vgl. auch Wilhelm, ZHR 180 (2016), 776, 781 f; d'Avoine, NZI 2013, 321). Vielmehr ergeben sich die Einwendungen, die der Aussteller gegen den Inhaber der Schuldverschreibung geltend machen kann, im Interesse des Verkehrsschutzes und der Umlauffähigkeit der Inhaberschuldverschreibungen allein aus § 796 BGB. Dies hat zur Folge, dass der Emittent die Einwendung des Nachrangs nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO etwaigen Erwerbern analog Art. 17 WG, Art. 22 ScheckG nur dann entgegensetzen kann, wenn diese beim Erwerb der Schuldverschreibung bewusst zum Nachteil der Schuldnerin gehandelt haben (vgl. Staudinger/Marburger, BGB, 2015, § 796 Rn. 11).

95 (2) Weiter ist nicht auszuschließen, dass die etwaigen Erwerber der Schuldverschreibungen sich die Anfechtbarkeit der Sicherheit nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO unter den Voraussetzungen des § 145 Abs. 2 InsO entgegenhalten lassen müssen.

96 3. Ein Anspruch auf Auskunft, welches Entgelt die etwaigen Erwerber für die Übertragung der Schuldverschreibungen an die Beklagte zu 1 gezahlt haben, besteht nicht. Insoweit treffen die Urteile der Tatsacheninstanzen im Ergebnis zu. In diesem Umfang ist die Revision gegen das Berufungsurteil zurückzuweisen. Denn der Kläger hat nach § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO gegen die Beklagte zu 1 keinen Anspruch auf Auskehr eines etwaigen Veräußerungserlöses.

- 97 Es kann dahinstehen, ob die Verweisung des § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO neben § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4 BGB auch für die verschuldensunabhängige Haftung nach § 818 Abs. 1 BGB gilt (bejahend MünchKomm-InsO/Kirchhof, 3. Aufl., § 143 Rn. 71; Jacoby in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2017, § 143 Rn. 24; Eckardt in Festschrift Gerhardt, 2004, S. 145, 170 f; verneinend Kummer in Kummer/Schäfer/Wagner, Insolvenzanfechtung, 3. Aufl., § 143 InsO Rn. P89; Fridgen, Die Rechtsfolgen der Insolvenzanfechtung, S. 36 Fn. 179). Weiter kann dahinstehen, ob im Rahmen des § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO § 285 BGB Anwendung findet (dafür: MünchKomm-InsO/Kirchhof, 3. Aufl., § 143 Rn. 72; Bork/Hölzle/Zenker, Handbuch Insolvenzrecht, 2014, Kapitel 9 Rn. 150; Eckardt, aaO S. 178 ff, 183 ff; Fridgen, aaO S. 37 ff; Breutigam/Tanz, ZIP 1998, 717, 725; ablehnend: HmbKomm-InsO/Rogge/Leptien, 6. Aufl., § 143 InsO Rn. 56; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, 2018, § 143 Rn. 28; Jaeger/Henckel, InsO, § 143 Rn. 151; zur Gewinnabschöpfung in Rückgewährschuldverhältnissen nach Rücktritt: Eichel/Fritzsche, NJW 2018, 3409). Denn in beiden Fällen unterfiele der von der Beklagten zu 1 durch die Veräußerung der Schuldverschreibungen erworbene Erlös nicht den herauszugebenden Surrogaten.
- 98 Nach § 818 Abs. 1 BGB erstreckt sich die Verpflichtung zur Herausgabe des Erlangten auf die gezogenen Nutzungen sowie auf dasjenige, was der Empfänger aufgrund eines erlangten Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes erwirbt. Dazu gehört gerade nicht, was der Bereicherungsschuldner durch besonderen Vertrag an Stelle des ursprünglich Erlangten einhandelt (BGH, Urteil vom 11. Oktober 1979 - VII ZR 285/78, BGHZ 75, 203, 206 mwN; vgl. jurisPK-BGB/Martinek, 8. Aufl., § 818 Rn. 16 f).

99 Nach § 285 BGB braucht der Schuldner nur das an den Gläubiger herauszugeben, was er als Ersatz "für den geschuldeten Gegenstand" erlangt hat; das bedeutet, dass der Gegenstand, dessen Leistung unmöglich geworden ist, derselbe sein muss wie derjenige, für den der Schuldner Ersatz bekommt (Identität zwischen geschuldetem und ersetzttem Gegenstand; BGH, Urteil vom 23. Dezember 1966 - V ZR 26/64, BGHZ 46, 260, 264; vom 10. Mai 2006 - XII ZR 124/02, BGHZ 167, 312 Rn. 21, 29). Daran fehlt es. Die Beklagte zu 1 hätte den Kaufpreis aus einer etwaigen Veräußerung der Schuldverschreibungen nicht als Ersatz für die anfechtungsrechtlich zurück zu gewährenden Ansprüche gegen die Treuhänderin und die Bruchteile an der Innen-Bruchteilsgemeinschaft bekommen, sondern für die Schuldverschreibungen als solche (vgl. BGH, Urteil vom 23. Dezember 1966, aaO S. 266; Urteil vom 19. November 1984 - II ZR 6/84, WM 1985, 270, 272; vom 10. Mai 2006, aaO Rn. 30). Es kommt auch nicht in Betracht, einen Teil des Kaufpreises als Surrogat für den Verlust der Treuhandsicherheit zu bestimmen. Der Kaufpreis für die Schuldverschreibung entspricht nicht, auch nicht teilweise, der Treuhandsicherheit.

C.

100 Die Revision ist unbegründet, soweit sie sich gegen den Beklagten zu 2 richtet.

I.

101 Das Berufungsgericht hat insoweit ausgeführt: Auch die Auskunftsklage gegen den Beklagten zu 2 sei aus den nämlichen Gründen unbegründet wie die

Auskunftsklage gegen die Beklagte zu 1. Hinzu komme, dass der Beklagte zu 2 selbst keine Schuldverschreibungen innegehabt und deswegen der Schuldnerin kein Darlehen gewährt habe. Der Umstand, dass die Beklagte zu 1 die Auskunft gemäß dem Teilurteil des Landgerichts noch nicht erteilt habe und der Kläger nach der Rechtsformänderung befürchten müsse, diese werde sich ihren Auskunftspflichten entziehen, rechtfertige die persönliche Inanspruchnahme des Beklagten zu 2 nicht.

II.

102 Soweit das Berufungsgericht auf seine Ausführungen zur Unbegründetheit der Auskunftsansprüche gegen die Beklagte zu 1 verweist, beruhen diese Ausführungen auf dem oben schon dargelegten Rechtsfehler. Die weitere Begründung hält rechtlicher Nachprüfung stand.

103 1. Die Erweiterung der Klage in der Berufungsinstanz auf den Beklagten zu 2 bezogen auf die geltend gemachten Auskunftsansprüche und die eidesstattliche Versicherung (Klageanträge 1 und 2) war zulässig (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 1956 - VI ZR 32/55, BGHZ 21, 285, 289; vom 26. Juli 2007 - VII ZR 5/06, NJW-RR 2008, 176 Rn. 9 f mwN; MünchKomm-ZPO/Becker-Eberhard, 5. Aufl., § 263 Rn. 79 ff). Die Verweigerung der Zustimmung durch den Beklagten zu 2 war rechtsmissbräuchlich, weil unter Würdigung aller Umstände des Falles ein schutzwürdiges Interesse des Beklagten zu 2 an der Weigerung nicht zu erkennen und ihm zuzumuten war, in den Prozess einzutreten, obwohl er bereits in der Berufungsinstanz schwebte. Der Beklagte zu 2 hatte als Vertreter der Beklagten zu 1 Einfluss auf den Prozess schon im ersten Rechtszug ge-

habt. Irgendwie geartete Rechtsnachteile wegen der späten persönlichen Einbeziehung in den Prozess sind nicht ersichtlich.

104 2. Die vom Kläger gegen den Beklagten zu 2 geltend gemachten Auskunftsansprüche bestehen jedoch nicht.

105 a) Dem Kläger stehen gegen den Beklagten zu 2 keine Auskunftsansprüche unter dem Gesichtspunkt der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht zu. Zur Begründung wird auf die Ausführungen unter B.II.2 Bezug genommen.

106 b) Ebenso wenig hat der Kläger gegen den Beklagten zu 2 einen Anspruch aufgrund einer insolvenzrechtlichen Sonderbeziehung. Eine solche Sonderbeziehung gibt es vorliegend nicht. Es kann dahinstehen, ob der Beklagte zu 2 als Gesellschafter der Schuldnerin im Sinne von § 39 Abs. 1 Nr. 5, § 135 InsO anzusehen ist (vgl. BGH, Urteil vom 18. Juli 2013 - IX ZR 219/11, BGHZ 198, 64 Rn. 22 f). Denn der Kläger trägt nicht vor, dass die weiteren Voraussetzungen eines Rückgewähranspruch aus §§ 135, 143 InsO vorliegen.

107 Der anfechtungsrechtliche Rückgewähranspruch aus § 143 InsO bezweckt, dass ein Gegenstand, der ohne die anfechtbare Rechtshandlung zur Masse gehören würde, ihr zum Zwecke der Verwertung wieder zugeführt werden muss (BGH, Urteil vom 29. November 2007 - IX ZR 121/06, BGHZ 174, 314 Rn. 14). Die Person des zur Rückgewähr verpflichteten Anfechtungsgegners bestimmt sich maßgeblich danach, wessen Vermögen einen Vorteil erlangt hat, welcher der eingetretenen Vermögensminderung beim Insolvenzschuldner entspricht (BGH, Urteil vom 3. April 2014 - IX ZR 201/13, NJW 2014, 1963 Rn. 14). Mittelbare Zuwendungen, die über einen unmittelbaren Leistungsempfänger an einen Gläubiger weitergeleitet werden, werden so behandelt, als ha-

be der befriedigte Gläubiger unmittelbar vom Schuldner erworben (BGH, Urteil vom 19. Oktober 2017 - IX ZR 289/14, NJW 2018, 706 Rn. 16). Soweit demgegenüber die Vermögensübertragung unmittelbar auch eigene Rechte oder Pflichten der Zwischenperson - etwa als (Mit-)Schuldner oder Sicherungsnehmer - berührt, diese also nicht als Zahlungs- und Verrechnungsstelle eingeschaltet ist, richtet sich der Anfechtungsanspruch grundsätzlich gegen die Zwischenperson (BGH, Urteil vom 19. Oktober 2017, aaO Rn. 17). Der Kläger hat nicht vorgetragen, dass der Beklagte zu 2 in diesem Sinne aus dem Vermögen der Schuldnerin etwas erhalten hätte.

D.

108 Soweit die Revision zumindest im Ergebnis keinen Erfolg hat (Beklagter zu 2 insgesamt, Beklagte zu 1 Klageantrag 1c), war sie (teilweise gemäß § 561 ZPO) zurückzuweisen. In Bezug auf die Beklagte zu 1 und die Klageanträge 1a, 1b, 2 und 3 kann das angefochtene Urteil jedoch keinen Bestand haben. Es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif und deshalb an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). Die Klage ist derzeit allerdings im Hinblick auf den unzureichenden Vortrag dazu, ob es ab 2010 nach altem Eigenkapitalersatzrecht zu einer Umqualifizierung des Gesellschafterdarlehens in Eigenkapitalersatz gekommen wäre, unentschieden. Doch hat dieser Gesichtspunkt in den Tatsacheninstanzen bislang keine Rolle gespielt. Verwertbare Erkenntnisse hierzu haben sich in der Revisionsinstanz nicht ergeben. Dies steht der Annahme der Entscheidungsreife entgegen, weil in der Revisionsinstanz ein Gesichtspunkt Bedeutung erlangt hat, den die Vorinstanzen für unmaßgeblich gehalten haben, hierzu neuer Sachvortrag auch nur möglich erscheint und in der Berufungsinstanz einen Hinweis nach

§ 139 ZPO erfordert hätte (vgl. BGH, Urteil vom 28. Juli 2016 - I ZR 9/15, BGHZ 211, 309 Rn. 56). Bestand eine derartige Hinweispflicht, so kommt eine Endentscheidung des Revisionsgerichts nicht in Betracht (BGH, Urteil vom 26. Oktober 2016 - IV ZR 193/15, NJW 2017, 2034 Rn. 30). Eine solche kann das Revisionsgericht dann nur treffen, wenn neuer Sachvortrag, wie hier nicht, zu dem fraglichen Gesichtspunkt ausgeschlossen ist (vgl. BGH, Urteil vom 16. November 1953 - III ZR 158/52, NJW 1954, 150, 151).

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen dieses Versäumnisurteil steht der Beklagten zu 1 als säumiger Partei der Einspruch zu, soweit die Revision des Klägers Erfolg hat. Der Einspruch ist von einem bei dem Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt binnen einer Notfrist von zwei Wochen ab der Zustellung des Teilversäumnis-

urteils bei dem Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45a, 76133 Karlsruhe, durch Einreichung einer Einspruchsschrift einzulegen.

Kayser

Lohmann

Pape

Möhring

Meyberg

Vorinstanzen:

LG Düsseldorf, Entscheidung vom 28.05.2015 - 3 O 290/14 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 25.05.2016 - I-12 U 34/15 -