

letzte Aktualisierung: 11.10.2019

BGH, Urt. v. 27.6.2019 – IX ZR 167/18

InsO § 135 Abs. 1 Nr. 2

Höhe einer darlehensgleiche Forderung des Gesellschafters gegen Gesellschaft bei taggleicher Hin- und Herzahlung

1a. Jede Forderung eines Gesellschafters auf Rückzahlung eines vom Gesellschafter aus seinem Vermögen der Gesellschaft zur Verfügung gestellten Geldbetrags ist darlehensgleich, sofern ein solcher Rückzahlungsanspruch durchgängig seit der Überlassung des Geldes bestand und sich Gesellschafter und Gesellschaft von vornherein einig waren, dass die Gesellschaft das Geld zurückzuzahlen habe.

1b. Nehmen Gesellschafter und Gesellschaft taggleiche Hin- und Herzahlungen im Rahmen des gleichen darlehensähnlichen Verhältnisses ohne wirksamen anderen Rechtsgrund vor, kommt eine darlehensgleiche Forderung nur in Höhe des Saldos in Betracht.

1c. Vertragliche Ansprüche eines Gesellschafters auf marktübliche Zinsen für das von ihm gewährte Gesellschafterdarlehen stellen keine einem Gesellschafterdarlehen gleichgestellte Forderung dar, sofern sie nicht erst zu außerhalb jeder verkehrsüblichen Handhabung liegenden Zinsterminen gezahlt werden.

1d. Im Rahmen eines kontokorrentähnlichen Gesellschafterdarlehensverhältnisses ist eine Befriedigung des Darlehensrückzahlungsanspruchs gegenüber dem Gesellschafter nur anfechtbar, soweit der im Anfechtungszeitraum bestehende höchste Saldo bis zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens endgültig zurückgeführt worden ist.

2. Im Fall der Doppelinsolvenz von Gesellschafter und Gesellschaft stellt die anfechtbare Hingabe des Gesellschafterdarlehens eine Einrede gegen den Anfechtungsanspruch aufgrund der Befriedigung des Anspruchs auf Rückgewähr dieses Darlehens dar.

3. Gewährt der Schuldner ein Darlehen, kommt eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung in Betracht, wenn die Forderung gegen den Darlehensnehmer im Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung für einen Pfändungsgläubiger aus Rechtsgründen nicht durchsetzbar ist oder aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht als gleichwertige Gegenleistung für den Verlust der Darlehensvaluta anzusehen ist. Der im Insolvenzfall eintretende Nachrang einer Forderung auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens genügt hierfür nicht.

4a. Die Erfüllung einer einredebehafteten Forderung stellt keine unentgeltliche Leistung dar, wenn die Forderung entgeltlich begründet worden ist.

4b. Eine Leistung des Schuldners im Zwei-Personen-Verhältnis ist nicht schon deshalb als unentgeltlich anzusehen, weil objektiv zweifelhaft ist, ob der zur Rückzahlung verpflichtete Empfänger wirtschaftlich leistungsfähig ist, wenn die rechtlich geschuldete und vereinbarte ausgleichende Gegenleistung später tatsächlich erbracht wird.

5a. Ein Schuldner, der im Zwei-Personen-Verhältnis auf eine nicht bestehende Schuld leistet, nimmt eine entgeltliche Leistung vor, wenn nur der Empfänger durch die Annahme der Leistung gegen die guten Sitten verstößt.

5b. Ein Schuldner, der im Zwei-Personen-Verhältnis auf eine nicht bestehende Schuld leistet, nimmt eine unentgeltliche Leistung vor, wenn die Rückforderung der Leistung ausgeschlossen ist, weil dem leistenden Schuldner ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Last fällt; die Leistung ist jedoch entgeltlich, wenn dem Schuldner im rechtlichen Zusammenhang mit seiner Leistung eine ausgleichende Gegenleistung zugeflossen ist.

6. Verstößt der Leistende mit seiner Leistung gegen die guten Sitten, erlischt nicht der Bereicherungsanspruch, sondern fehlt dem Bereicherungsanspruch die gerichtliche Durchsetzbarkeit.



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 167/18

Verkündet am:
27. Juni 2019
Kirchgeßner
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

InsO § 135 Abs. 1 Nr. 2

- a) Jede Forderung eines Gesellschafters auf Rückzahlung eines vom Gesellschafter aus seinem Vermögen der Gesellschaft zur Verfügung gestellten Geldbetrags ist darlehensgleich, sofern ein solcher Rückzahlungsanspruch durchgängig seit der Überlassung des Geldes bestand und sich Gesellschafter und Gesellschaft von vornherein einig waren, dass die Gesellschaft das Geld zurückzuzahlen habe.
- b) Nehmen Gesellschafter und Gesellschaft taggleiche Hin- und Herzahlungen im Rahmen des gleichen darlehensähnlichen Verhältnisses ohne wirksamen anderen Rechtsgrund vor, kommt eine darlehensgleiche Forderung nur in Höhe des Saldos in Betracht.

- c) Vertragliche Ansprüche eines Gesellschafters auf marktübliche Zinsen für das von ihm gewährte Gesellschafterdarlehen stellen keine einem Gesellschafterdarlehen gleichgestellte Forderung dar, sofern sie nicht erst zu außerhalb jeder verkehrsüblichen Handhabung liegenden Zinsterminen gezahlt werden.
- d) Im Rahmen eines kontokorrentähnlichen Gesellschafterdarlehensverhältnisses ist eine Befriedigung des Darlehensrückzahlungsanspruchs gegenüber dem Gesellschafter nur anfechtbar, soweit der im Anfechtungszeitraum bestehende höchste Saldo bis zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens endgültig zurückgeführt worden ist.

InsO § 143 Abs. 1, § 146 Abs. 2

Im Fall der Doppelinsolvenz von Gesellschafter und Gesellschaft stellt die anfechtbare Hingabe des Gesellschafterdarlehens eine Einrede gegen den Anfechtungsanspruch aufgrund der Befriedigung des Anspruchs auf Rückgewähr dieses Darlehens dar.

InsO § 129 Abs. 1, § 39 Abs. 1 Nr. 5

Gewährt der Schuldner ein Darlehen, kommt eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung in Betracht, wenn die Forderung gegen den Darlehensnehmer im Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung für einen Pfändungsgläubiger aus Rechtsgründen nicht durchsetzbar ist oder aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht als gleichwertige Gegenleistung für den Verlust der Darlehensvaluta anzusehen ist. Der im Insolvenzfall eintretende Nachrang einer Forderung auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens genügt hierfür nicht.

InsO § 134 Abs. 1

- a) Die Erfüllung einer einredebehafteten Forderung stellt keine unentgeltliche Leistung dar, wenn die Forderung entgeltlich begründet worden ist.

b) Eine Leistung des Schuldners im Zwei-Personen-Verhältnis ist nicht schon deshalb als unentgeltlich anzusehen, weil objektiv zweifelhaft ist, ob der zur Rückzahlung verpflichtete Empfänger wirtschaftlich leistungsfähig ist, wenn die rechtlich geschuldete und vereinbarte ausgleichende Gegenleistung später tatsächlich erbracht wird.

InsO § 134 Abs. 1; BGB § 817

- a) Ein Schuldner, der im Zwei-Personen-Verhältnis auf eine nicht bestehende Schuld leistet, nimmt eine entgeltliche Leistung vor, wenn nur der Empfänger durch die Annahme der Leistung gegen die guten Sitten verstößt.
- b) Ein Schuldner, der im Zwei-Personen-Verhältnis auf eine nicht bestehende Schuld leistet, nimmt eine unentgeltliche Leistung vor, wenn die Rückforderung der Leistung ausgeschlossen ist, weil dem leistenden Schuldner ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Last fällt; die Leistung ist jedoch entgeltlich, wenn dem Schuldner im rechtlichen Zusammenhang mit seiner Leistung eine ausgleichende Gegenleistung zugeflossen ist.

BGB § 817 Satz 2

Verstößt der Leistende mit seiner Leistung gegen die guten Sitten, erlischt nicht der Bereicherungsanspruch, sondern fehlt dem Bereicherungsanspruch die gerichtliche Durchsetzbarkeit.

BGH, Urteil vom 27. Juni 2019 - IX ZR 167/18 - OLG Dresden
LG Dresden

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Juni 2019 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richter Prof. Dr. Gehrlein, Grupp, Dr. Schoppmeyer und Röhl

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Parteien wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 30. Mai 2018, berichtigt durch Beschluss vom 28. Juni 2018, im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil des Beklagten entschieden worden ist und als die Berufung der Klägerin bezüglich von der Schuldnerin geleisteter Zinszahlungen in Höhe von 2.507.504,33 € nebst Zinsen zurückgewiesen worden ist.

Im Übrigen wird die Revision der Klägerin zurückgewiesen.

Im Umfang der Aufhebung wird das Verfahren zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die I. (fortan: Schuldnerin) war als Maklerunternehmen insbesondere zur Vermittlung von Finanzprodukten tätig. Alleinaktionärin der Schuldnerin ist die F. KGaA (fortan: F.).

Schuldnerin und F. gehörten zur sogenannten I. -Gruppe. Zwischen der Schuldnerin und der F. bestand ein Gewinnabführungsvertrag vom 28. Februar 2005; darin verpflichtete sich die Schuldnerin, ihren ganzen Gewinn an die F. abzuführen.

2 Am 29. Dezember 2005 schlossen die Schuldnerin und die F. eine Rahmenvereinbarung. Danach sollte die F. der Schuldnerin zur Überbrückung von Liquiditätsengpässen Darlehen im Rahmen einer Kontokorrentvereinbarung mit einem Zinssatz von 6 vom Hundert p.a. ausleihen. Für Laufzeit, Umfang sowie Höhe eines eventuell abweichenden Zinssatzes bedurfte es nach der Rahmenvereinbarung gesonderter Vereinbarungen. Zur Sicherheit trat die Schuldnerin der F. Provisionsansprüche gegen Dritte ab.

3 Auf dieser Grundlage nahmen die Schuldnerin und die F. ständig Hin- und Herzahlungen vor. Diese erfolgten zum Teil am gleichen Tag. Hierzu überwies die F. der Schuldnerin regelmäßig auch mehrmals täglich sechsstellige und gelegentlich siebenstellige Geldbeträge. Die Schuldnerin überwies entsprechende Geldbeträge jeweils zuzüglich eines Zinsbetrags an die F. zurück; solche Rückzahlungen erfolgten ebenfalls regelmäßig auch mehrmals täglich. Aus sämtlichen Zahlungen des Jahres 2012 standen am Ende des Jahres 2012 noch 25.884.730,54 € zugunsten der F. offen.

4 Zwischen dem 20. September 2012 und dem 10. Oktober 2013 erhielt die Schuldnerin 610 einzelne Zahlungen der F. über insgesamt 356.301.000 €. Die Schuldnerin überwies der F. im Hinblick auf diese erhaltenen Gelder zwischen dem 19. November 2012 und dem 18. November 2013 mit ebenfalls 610 Zahlungsvorgängen insgesamt 359.407.568,83 € als Darlehensrückzahlung einschließlich 3.106.568,83 € Zinsen. Die Dauer der je-

weiligen Geldüberlassung zwischen Auszahlung und Rückzahlung betrug vereinzelt weniger als 20 Tage, überwiegend zwischen 40 und höchstens 94 Tagen.

5 Die offenen Forderungen aus den Zahlungen der F. im Jahr 2013 erreichten am 27. März 2013 einen Höchststand mit 72.791.000 € zuzüglich 709.969,67 € offenen Zinsen und fielen am 16. Oktober 2013 auf einen Tiefstand von 263.000 € zuzüglich offener Zinsen von 110.905,17 €. Am 1. November 2013 bestand ein Endsaldo zugunsten der F. in Höhe von 8.187.000 €.

6 Auf einen am 19. November 2013 eingegangenen Eigenantrag eröffnete das Insolvenzgericht am 31. Januar 2014 das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin und bestellte die Klägerin zur Insolvenzverwalterin. Auf einen Antrag vom 12. November 2013 eröffnete das Insolvenzgericht am 1. April 2014 das Insolvenzverfahren über das Vermögen der F. und bestellte den Beklagten zum Insolvenzverwalter. Die Klägerin meldete am 24. April 2014 hinsichtlich der Zahlungen der Schuldnerin an die F. zwischen dem 19. November 2012 und dem 18. November 2013 eine später auf 359.407.568,93 € reduzierte Forderung aus Kurzdarlehen hinsichtlich der 610 Rücküberweisungen zur Insolvenztabelle im Insolvenzverfahren über das Vermögen der F. an. Der Beklagte bestritt diese Forderung.

7 Mit ihrer Klage begeht die Klägerin Feststellung eines Anfechtungsanspruchs in Höhe von 359.407.568,93 € als Insolvenzforderung zur Tabelle. Der Beklagte hat im Prozess einredeweise geltend gemacht, sämtliche von der F. im Zeitraum vom 12. November 2011 bis einschließlich 1. November 2013 an die Schuldnerin ausgereichte Darlehen seien nach § 134 InsO und § 133 Abs. 2 InsO anfechtbar.

8 Das Landgericht hat eine Forderung der Klägerin in Höhe von 64.604.000 € als Insolvenzforderung zur Tabelle im Insolvenzverfahren über das Vermögen der F. festgestellt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht eine Forderung in Höhe von 73.127.064,50 € zur Tabelle festgestellt. Die weitergehende Berufung der Klägerin und die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Hiergegen wenden sich beide Parteien mit der vom Berungsgericht zugelassenen Revision.

Entscheidungsgründe:

9 Die Rechtsmittel sind zulässig. Die Revision des Beklagten führt zur Aufhebung und Zurückverweisung, soweit zu seinem Nachteil erkannt worden ist. Die Revision der Klägerin hat nur hinsichtlich eines Teils der Zinszahlungen der Schuldnerin Erfolg und ist überwiegend unbegründet.

A.

10 Das Berungsgericht hat ausgeführt, der Klägerin stehe ein Anfechtungsanspruch in Höhe von 73.127.064,50 € gegen die F. zu, den sie zur Tabelle anmelden könne. Sie könne die Rückzahlungen der Schuldnerin entweder gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO als Rückzahlung einer darlehensgleichen Forderung oder gemäß § 134 Abs. 1 InsO als unentgeltliche Leistung anfechten.

11 Die Voraussetzungen des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO seien erfüllt, weil die Schuldnerin mit den Rückzahlungen Ansprüche der F. entweder aus Darlehen oder aus ungerechtfertigter Bereicherung erfüllt habe. Die Darlehen seien nicht gemäß § 117 Abs. 1 BGB nötig. Sollten die Darlehensverträge wegen Verstoßes gegen die guten Sitten gemäß § 138 Abs. 1 BGB nötig gewesen sein, bestehe hinsichtlich der Darlehensvaluta jedenfalls ein Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 BGB. Dieser sei als Forderung im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO anzusehen, weil er einem Darlehen wirtschaftlich vergleichbar sei.

12 Der Beklagte könne der aus § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO folgenden Nachrangigkeit der von der Schuldnerin erfüllten Forderungen nicht entgegenhalten, dass die vorhergehenden Leistungen der F. an die Schuldnerin anfechtbar seien. Eine Anfechtung der Auszahlungen der F. nach § 134 Abs. 1 InsO komme nicht in Betracht, weil die Ausreichung eines Darlehens im Hinblick auf den Rückzahlungsanspruch grundsätzlich ein entgeltliches Geschäft darstelle. Der Schuldnerin sei es stets gelungen, den offenen Darlehensbetrag ganz erheblich zu reduzieren, so dass es sich bei den Zahlungen der F. nicht um eine Zuwendung ohne Gegenleistung etwa in Form eines verlorenen Zuschusses gehandelt habe. Sollten die Darlehensverträge nötig gewesen sein, bestehe jedenfalls ein Bereicherungsanspruch der F., welcher zur Entgeltlichkeit führe. Es sei nicht davon auszugehen, dass die F. in diesem Fall den fehlenden Rechtsgrund für die Auszahlung gekannt habe und daher gemäß § 814 BGB an der Rückforderung gehindert sei.

13 Eine Anfechtung der Leistungen der F. nach § 133 Abs. 2 InsO scheide aus, weil es an einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung fehle. Maßgeblicher Zeitpunkt sei die Vollendung der Rechtshandlung. Es seien ledig-

lich Folgen zu berücksichtigen, die an die Rechtshandlung selbst anknüpften. Die F. habe als Gegenleistung den Rückforderungsanspruch gegen die Schuldnerin erlangt. Der Nachrang in der Insolvenz der Schuldnerin nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO führe nicht zu einer unmittelbaren Benachteiligung, weil der Gläubiger - solange das Insolvenzverfahren nicht eröffnet worden sei - nicht gehindert werde, den Darlehensrückzahlungsanspruch durchzusetzen. Die Anfechtbarkeit etwaiger Rückzahlungen im Insolvenzfall begründe nur eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung. Eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung aufgrund von mangelnder Werthaltigkeit der Rückzahlungsansprüche sei nicht erkennbar, weil die F. von der Schuldnerin Sicherheiten erhalten habe. Dass der Rückzahlungsanspruch nicht sofort fällig gewesen sei, stelle ebenfalls keine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung dar, weil es sich um "Kurzdarlehen" gehandelt habe und die Schuldnerin einen angemessenen Darlehenszins zu zahlen gehabt habe. Für eine Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO bestehe keine ausreichende Grundlage, um annehmen zu können, dass die F. mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz gehandelt habe.

14

Sofern die Darlehensverträge wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig gewesen sein sollten und dem Rückzahlungsanspruch der F. § 817 Satz 2 BGB entgegengestanden haben sollte, handele es sich bei den Rückzahlungen der Schuldnerin um eine anfechtbare unentgeltliche Leistung gemäß § 134 Abs. 1 InsO. Mangels nachrangiger Forderungen der F. scheide in diesem Fall eine Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO aus. Soweit die Valutierung der nichtigen Darlehen durch die F. mangels Rückzahlungsanspruch ihrerseits nach § 134 Abs. 1 InsO anfechtbar sei, könne der Beklagte mit diesem Anfechtungsanspruch nicht aufrechnen, weil ihm weder ein Aussonderungsrecht noch eine Masseverbindlichkeit zugrunde lägen. Ein solcher Anfechtungsanspruch des Beklagten sei lediglich eine Insolvenzforderung.

15 Der Insolvenzanfechtung der Klägerin stehe weder § 242 BGB noch § 817 Satz 2 BGB entgegen. Ein extremer Einzelfall, der eine Einschränkung des Anfechtungsanspruchs nach § 242 BGB rechtfertigen könne, liege auch bei Sittenwidrigkeit der Darlehen nicht vor. Der Normzweck des § 817 Satz 2 BGB begründe kein Bedürfnis, den Rückgewähranspruch aus § 143 Abs. 1 InsO einzuschränken.

16 Der Anfechtungsanspruch sei der Höhe nach auf die Differenz zwischen dem Höchst- und dem Niedrigstsaldo innerhalb des Anfechtungszeitraums beschränkt. Es liege eine kontokorrentähnliche Vereinbarung vor. Die Bedingungen der Darlehen seien hinsichtlich Zinssatz und Sicherheiten gleichbleibend; die tatsächliche Laufzeit von bis zu 94 Tagen stelle noch eine kurze Dauer dar, zumal Aus- und Rückzahlungen in rascher Folge und häufig sogar parallel vorgenommen worden seien. Eine ausdrücklich vereinbarte Kreditobergrenze sei nicht erforderlich. Der Anfechtungsanspruch erstrecke sich daher auf die Differenz zwischen Höchstsaldo und Tiefstsaldo innerhalb des Anfechtungszeitraums; der Endsaldo sei unerheblich. Diese Erwägungen träfen auch auf den auf § 134 Abs. 1 InsO gestützten Anfechtungsanspruch zu.

B.

17 Die Revisionen beider Parteien sind zulässig. Das Berufungsgericht hat die Revision im Tenor seines Urteils uneingeschränkt zugelassen. Soweit eine Zulassungsbeschränkung in den Entscheidungsgründen enthalten sein kann, muss sich dies aus ihnen eindeutig ergeben (BGH, Urteil vom 12. Mai 2010 - VIII ZR 96/09, NJW 2010, 3015 Rn. 18). Daran fehlt es. Das Berufungsgericht

hat sein Urteil auf alternative Begründungen gestützt. Auf dieser Grundlage stellt die Überlegung, es sei klärungsbedürftig, ob ein entgeltlicher Vertrag eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung bewirke, wenn die dem Schuldner - hier der F. - zukommende Gegenleistung eine gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nachrangige Forderung darstelle, nur ein Motiv für die Zulassung der Revision dar. Eine Zulassungsbeschränkung lässt sich dem nicht entnehmen.

C.

18 Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision des Beklagten nicht stand.

I.

19 Eine Anfechtung der Zahlungen der Schuldnerin nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO kann mit der Begründung des Berufungsgerichts nicht angenommen werden. Allerdings begründeten die Auszahlungen der F. als Alleingesellschafterin Forderungen auf Rückgewähr eines Darlehens oder eines Anspruchs auf Rückgewähr einer einem Darlehen gleichgestellten Forderung eines Gesellschafters (unter 2.). Rechtsfehlerhaft sind die Ausführungen des Berufungsgerichts zum Umfang der Darlehensausreichung (unter 3.), zur Höhe des zurückgeführten Darlehensbetrags (unter 4.) und zur Einrede der Anfechtbarkeit der Darlehensgewährung (unter 5.).

20 1. Der Anfechtungsanspruch ist nicht bereits im Hinblick auf die Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 Fall 1 InsO) begründet.

Dies erfordert eine ausdrückliche oder konkludente Darlehensvereinbarung im Sinne des § 488 Abs. 1 BGB (vgl. BAGE 147, 373 Rn. 14), die auf vertraglich wirksamer Grundlage ein Kapitalnutzungsrecht auf Zeit gewährt (vgl. BGH, Urteil vom 16. Oktober 2007 - XI ZR 132/06, BGHZ 174, 39 Rn. 15). Nachdem das Berufungsgericht dahinstehen lässt, ob die Darlehensverträge wegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig gewesen sind, ist zugunsten des Beklagten davon auszugehen, dass keine wirksamen Darlehensverträge bestanden.

21 2. Jedoch erfüllen die Zahlungen der Schuldnerin - wie das Berufungsgericht richtig sieht - dem Grunde nach die Voraussetzungen eines Anfechtungsanspruchs im Hinblick auf die Befriedigung einer Forderung, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entspricht (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 Fall 2 InsO). Dabei kann zugunsten des Beklagten unterstellt werden, dass die Darlehensvereinbarungen wegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB) oder als Scheingeschäft (§ 117 Abs. 1 BGB) nichtig waren.

22 a) § 39 Abs. 1 Nr. 5 Fall 2 InsO übernimmt in sachlicher Hinsicht die bisherigen Grundsätze des § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG aF zu einem Darlehen gleichgestellten Forderungen (vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 56; BGH, Urteil vom 29. Januar 2015 - IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 Rn. 66). Mit der Regelung will der Gesetzgeber in Form einer Generalklausel die vielgestaltigen Sachverhalte erfassen, welche einer Darlehengewährung durch einen Gesellschafter wirtschaftlich entsprechen und daher im Interesse des Gläubigerschutzes den gleichen Rechtsfolgen wie ein Gesellschafterdarlehen unterworfen werden müssen (vgl. BT-Drucks. 8/3908, S. 74). Die Generalklausel der wirtschaftlichen Vergleichbarkeit soll die Rechtsprechung in den Stand setzen, sämtliche nicht ausdrücklich vom Wortlaut des Gesetzes erfasste, jedoch einem Gesellschafterdar-

lehen vergleichbare Sachverhalte entsprechend zu beurteilen (vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 2013 - IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 Rn. 12; vom 14. Februar 2019 - IX ZR 149/16, ZIP 2019, 666 Rn. 59).

23 aa) Für eine Forderung, die einem Darlehen wirtschaftlich gleichsteht, ist demgemäß eine Rechtshandlung erforderlich, die in gleicher Weise wie ein Darlehen Finanzierungsfunktion hat (vgl. BGH, Urteil vom 14. Februar 2019, aaO mwN). Entscheidend ist, dass wie bei einem Darlehen zeitweise ein Kapitalwert zur Nutzung überlassen wird (Schmidt/Schmidt/Herchen, InsO, 19. Aufl., § 39 Rn. 53). Der Nachrang beruht auf der Bereitschaft des Gesellschafters, der Gesellschaft Mittel zur Finanzierung zur Verfügung zu stellen (vgl. Schoppmeyer, WM 2018, 353, 358 f). Dies richtet sich nicht nach der rechtlichen Form etwaiger Geldgeschäfte zwischen Gesellschaft und Gesellschafter, sondern der wirtschaftlichen Funktion des Geschäfts. Das Gesetz behandelt alle Gesellschafter-Fremdkapitalisierungsleistungen gleich (Schmidt/Schmidt/Herchen, aaO Rn. 31).

24 Das Gesetz unterwirft Gesellschafterdarlehen ohne Rücksicht auf einen Eigenkapitalcharakter einer insolvenzrechtlichen Sonderbehandlung und stellt auf diese Weise eine darlehensweise Gewährung von Finanzmitteln der Zuführung haftenden Eigenkapitals weitgehend gleich (BGH, Urteil vom 13. Oktober 2016 - IX ZR 184/14, BGHZ 212, 272 Rn. 22; vom 14. Februar 2019 - IX ZR 149/16, ZIP 2019, 666 Rn. 51). Die Regelung über den generellen Nachrang von Darlehensansprüchen des Gesellschafters im Insolvenzfall ist Teil der vom Gesetzgeber angestrebten Neuregelung des Haftkapitalsystems der GmbH (vgl. BT-Drucks. 16/6140 S. 25). Der tragende Grund der Nachrangigkeit im Insolvenzfall liegt darin, dass der Gesellschafter mit seiner Finanzierungsentcheidung die Kapitalausstattung der eigenen Gesellschaft verbessert hat. Ent-

scheidend ist also, ob die Gesellschafterleistung nach ihrer wirtschaftlichen Funktion einer Leistung von Eigenkapital vergleichbar ist.

- 25 Ein Gesellschafter, der die Gesellschaft aus eigenen Mitteln mit den für den Geschäftsbetrieb notwendigen finanziellen Mitteln ausstattet, finanziert damit eine Geschäftstätigkeit, die ihm mittelbar über seine Stellung als Gesellschafter zugute kommt. Hätte der Gesellschafter selbst diese Geschäfte betrieben, wären die eigenen Mittel in der Insolvenz des Gesellschafters verloren. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ordnet an, dass gleiches in der Insolvenz "seiner" Gesellschaft gilt, sofern und soweit der Gesellschafter mit seinen Rechtshandlungen die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft finanziert und das entsprechende Kapital im Insolvenzfall noch nicht abgezogen worden ist. Auf diese Weise werden die Finanzierungsfolgenverantwortung des Gesellschafters eingefordert sowie das Risikogleichgewicht zwischen Gesellschaftern und sonstigen Gesellschaftsgläubigern gewahrt (BGH, Urteil vom 14. Februar 2019 - IX ZR 149/16, ZIP 2019, 666 Rn. 51). Dabei ist der Eintritt der Insolvenz aus Sicht des Gesetzgebers ausreichender Grund für die Annahme, dass die vom Gesellschafter aus seinem eigenen Vermögen zur Finanzierung des Geschäftsbetriebs der Gesellschaft überlassenen Gelder eine dem Eigenkapital vergleichbare finanzielle Ausstattung darstellten. Dies ist aufgrund des dem Gesellschafter regelmäßig eröffneten Einflusses auf die Geschäfte der Gesellschaft gerechtfertigt. Dem Fremdkapitalgeber fehlen im allgemeinen vergleichbare Einflussmöglichkeiten.

- 26 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; vom 14. Februar 2019 - IX ZR 149/16, ZIP 2019, 666 Rn. 50). Die Finanzierungsfolgenverantwortung des Gesellschafters ist bei der Auslegung von § 135 Abs. 1 InsO weiterhin beachtlich (vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 2013, aaO Rn. 18; vom 7. März 2013 - IX ZR 7/12, NZI 2013, 483 Rn. 9; vom 14. Februar 2019, aaO).

27 bb) Die Anfechtungstatbestände des § 135 InsO sorgen dafür, dass die Verteilungsregel über den Nachrang im Insolvenzfall nicht unterlaufen wird. Es geht nach der Gesetzesbegründung um fragwürdige Auszahlungen an den Gesellschafter in einer typischerweise kritischen Zeitspanne, die einem konsequenten Anfechtungsregime unterworfen werden sollen (BT-Drucks. 16/6140, S. 26; BGH, Urteil vom 21. Februar 2013, aaO). Es ist die Insolvenznähe, welche die Rückzahlungen des Gesellschafterdarlehens aus Sicht des Gesetzgebers kritisch werden lässt (BT-Drucks. 16/6140, S. 42 zu § 30 GmbHG nF). Auf eine besondere Qualifizierung des Darlehens im letzten Jahr vor dem Insolvenzantrag ist verzichtet worden, weil dies aus Sicht des Gesetzgebers der Vereinfachung dient (BT-Drucks. 16/6140, S. 26).

28 Dass die Anfechtung im Insolvenzfall gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO rückwirkend Befriedigungen im Zeitraum von bis zu einem Jahr vor dem Insolvenzantrag erfasst, beruht auf der gesetzlichen Wertung, bei diesem Zeitraum bestehe regelmäßig ein hinreichender Zusammenhang zwischen dem Abzug des der Gesellschaftsfinanzierung dienenden Geldes des Gesellschafters und der späteren Insolvenz. Hingegen geht das Gesetz bei längeren Zeiträumen davon aus, dass ein solcher Zusammenhang nicht mehr mit hinreichender Sicherheit angenommen werden kann.

- 29 b) Nach diesen Maßstäben steht einer Einordnung der Forderungen der F. als einem Darlehen gleichstehende Forderungen nicht entgegen, wenn die Darlehensvereinbarungen wegen Verstoßes gegen die guten Sitten gemäß § 138 Abs. 1 BGB oder als Scheingeschäft gemäß § 117 Abs. 1 BGB nichtig sein sollten. Ob die Angriffe der Revision auf die Würdigung des Berufungsgerichts durchgreifen, bei den Darlehensverträgen handele es sich nicht um ein nach § 117 Abs. 1 BGB nichtiges Scheingeschäft, kann daher dahinstehen.
- 30 aa) Jede Forderung eines Gesellschafters auf Rückzahlung eines von ihm aus seinem Vermögen der Gesellschaft zur Verfügung gestellten Geldbetrags ist darlehensgleich, sofern ein solcher Rückzahlungsanspruch durchgängig seit der Überlassung des Geldes bestand und sich Gesellschafter und Gesellschaft von vornherein einig waren, dass die Gesellschaft das Geld zurückzuzahlen habe. So stellen Ansprüche eines Gesellschafters auf Rückgewähr des auf der Grundlage eines unwirksamen Darlehensvertrags gewährten Geldbetrags eine einem Darlehen wirtschaftlich gleichstehende Forderung dar (vgl. MünchKomm-InsO/Gehrlein, 3. Aufl., § 135 Rn. 18; MünchKomm-InsO/Behme, 4. Aufl., § 39 Rn. 51; Ahrens in Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, InsO, 3. Aufl., § 39 Rn. 35). Entscheidend ist, dass der Gesellschafter seiner Gesellschaft einen ohne seine Handlung sonst im Vermögen der Gesellschaft nicht vorhandenen Geldbetrag verschafft hat und die Gesellschaft hierdurch über zusätzliche finanzielle Mittel verfügt. Für eine Einordnung als darlehensgleiche Forderung genügt der von Anfang an vorliegende Wille beider Vertragsparteien, diese zusätzlichen finanziellen Mittel der Gesellschaft von vornherein nur auf Zeit zu überlassen. Unter diesen Umständen tritt der Nachrang der Forderungen ein, sobald der Gesellschafter der Gesellschaft die Darlehensmittel tatsächlich verschafft und die Gesellschaft über die zusätzlich erhaltenen Gelder verfügt, ohne

dass es auf ein weiteres Stehenlassen der Forderung ankäme ("unmittelbarer Geldzufluss aus dem Gesellschaftervermögen").

31 Dies ergibt sich aus dem Vergleich mit dem typischen Fall einer Darlehensforderung. Diese liegt vor, wenn der Gesellschafter dem Schuldner einen Geldbetrag in einer vereinbarten Höhe zur Verfügung gestellt hat (§ 488 Abs. 1 Satz 1 BGB) und der Schuldner verpflichtet ist, das zur Verfügung gestellte Darlehen zurückzuzahlen (§ 488 Abs. 1 Satz 2 BGB). Bei einem solchen Darlehensvertrag im Sinne des § 488 Abs. 1 BGB kommt es nicht auf die Dauer der Kreditgewährung an. Nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO anfechtbar ist auch die Tilgung kurzfristiger Überbrückungskredite (BGH, Urteil vom 7. März 2013 - IX ZR 7/12, WM 2013, 708 Rn. 14; vom 4. Juli 2013 - IX ZR 229/12, BGHZ 198, 77 Rn. 29), weil der Gesellschafter der Gesellschaft damit tatsächlich zusätzliche Mittel von vornherein auf Zeit verschafft.

32 bb) Die Einordnung als darlehensgleiche Forderung hängt nicht davon ab, welche Rechtsgrundlage für den Rückforderungsanspruch der F. besteht. Für eine gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO anfechtbare Befriedigung genügt es, dass die Gesellschaft einen Rückzahlungsanspruch des Gesellschafters erfüllt hat; ob ihr eine Einwendung oder Einrede gegen den Rückzahlungsanspruch zugestanden hätte, ist unerheblich.

33 Unerheblich ist weiter, welchen Zweck der Gesellschafter mit der Auszahlung der rückzahlbaren Gelder verfolgt. Überlässt der Gesellschafter der Gesellschaft aus seinem Vermögen finanzielle Mittel zur freien Verfügung, spielt es keine Rolle, ob die Schuldnerin die Mittel tatsächlich für ihren Geschäftsbetrieb benötigt und einsetzt. Nach dem Gesetz hängt die Behandlung des Rück-

zahlungsanspruchs als darlehensgleiche Forderung nicht davon ab, zu welchem Zweck die Gesellschaft die Gelder verwendet.

34 cc) Der F. standen im Streitfall solche darlehensgleichen Forderungen zu. Sie verschaffte der Schuldnerin mit den 610 Zahlungen zusätzliche, ohne diese Handlungen der F. sonst nicht vorhandene liquide Geldbeträge. Hierüber konnte die Schuldnerin verfügen. Die Schuldnerin war - unabhängig von der rechtlichen Durchsetzbarkeit - nach den mit der F. getroffenen Abreden von vornherein verpflichtet, der F. die mit den 610 Zahlungen erhaltenen Beträge zurückzuzahlen.

35 Daran ändert sich nichts, soweit - was das Berufungsgericht unterstellt hat - die Abreden wegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig gewesen sein sollten. Unter welchen Voraussetzungen die Verpflichtung der Gesellschaft, einen tatsächlich von ihrem Gesellschafter erhaltenen Geldbetrag zurückzuzahlen, eine darlehensgleiche Forderung im Sinne des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO darstellt, hängt nicht davon ab, ob ein wirksamer Parteiwille zur Gewährung eines Darlehens vorliegt oder dieser Parteiwille mit den guten Sitten vereinbar ist, sondern ob die Gesellschaft nach dem übereinstimmenden Willen von vornherein verpflichtet ist, dem Gesellschafter die erhaltenen Geldbeträge zurückzuzahlen. Eine solche Übereinkunft bestand nach den Feststellungen des Berufungsgerichts. Da für die rechtliche Einordnung die willensgetragene Rückzahlungsverpflichtung maßgeblich ist, kommt es auch nicht darauf an, ob die Auszahlung - wie der Beklagte geltend macht - eine sittenwidrige Schädigung der Gläubiger des Gesellschafters bezweckt.

36 Aus den gleichen Gründen ist es unerheblich, wenn die Darlehensabreden als Scheingeschäft nichtig wären. Auch wenn in diesem Fall ein vertragli-

cher Rückzahlungsanspruch gefehlt haben sollte, bliebe es nach dem übereinstimmenden Willen der Schuldnerin und der F. bei einer von vornherein als Kapitalüberlassung auf Zeit gewollten Finanzierung der Schuldnerin durch Mittel ihrer Gesellschafterin, der F. . Der Beklagte zeigt nicht auf, dass Schuldnerin und F. ein verdecktes Rechtsgeschäft (§ 117 Abs. 2 BGB) vorgenommen haben, das eine endgültige Überlassung des Geldes an die Schuldnerin zum Inhalt hatte. Dass die Zahlungen nach der Behauptung des Beklagten nicht den Zweck hatten, der Schuldnerin ein Kapitalnutzungsrecht zu verschaffen, sondern lediglich wirtschaftliche Aktivitäten und Gewinnerzielung der F. vortäuschen sollten, ändert nichts an dem bestehenden, übereinstimmenden Willen von Schuldnerin und F. , die erhaltenen Gelder in jedem Fall - gegebenenfalls nach Ablauf einiger Zeit - der F. zurückzuzahlen. Bis zur Rückzahlung standen die Gelder uneingeschränkt der Schuldnerin zur Verfügung.

37

3. Auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts lässt sich jedoch nicht feststellen, in welchem Umfang die Zahlungen der F. einem Darlehen vergleichbare Forderungen begründet haben. Es muss ein den Zahlungen der F. entsprechender Geldbetrag der Schuldnerin tatsächlich zugeflossen sein und zur Verfügung gestanden haben. Daran fehlt es, soweit es sich um taggleiche Hin- und Herzahlungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter im Rahmen des gleichen darlehensähnlichen Verhältnisses ohne wirksamen anderen Rechtsgrund handelt. Denn dies führt wirtschaftlich zu keiner zusätzlichen Kreditierung, zumal sämtliche Zahlungen sich nach der Rahmenvereinbarung vom 29. Dezember 2005 richten sollten und die "Darlehensbedingungen" stets identisch waren. Maßgeblich ist nur, ob die an einem Tag vorgenommenen wechselseitigen Zahlungen den bestehenden Saldo erhöht haben.

- 38 Ein bloßes taggleiches Hin- und Herzahlen ohne Begründung (zusätzlicher) darlehensgleicher Forderungen der F. liegt auch dann vor, wenn die Schuldnerin der F. die erhaltenen Gelder am selben Tag etwa - wie der Beklagte behauptet hat - als Vorauszahlungen auf Gewinnabführungsansprüche zurückzahlte, solche Gewinnabführungsansprüche aber in Wirklichkeit nicht bestanden haben, weil es sich um Scheingewinne handelte. In diesem Fall fehlt es an der für eine Behandlung als darlehensgleiche Forderung notwendigen tatsächlichen Überlassung von zusätzlichen Geldmitteln. Da ausschlaggebend der tatsächliche Finanzierungsbeitrag der F. ist, kommt es für die Ermittlung des jeweiligen Zahlungssaldos an einem Tag nicht auf die nach dem Vortrag des Beklagten zu Verschleierungszwecken angegebenen Gründe für die Zahlungen der Schuldnerin an. Vielmehr sind sämtliche wechselseitigen Zahlungen in den jeweiligen Tagessaldo einzustellen, die tatsächlich und rechtlich keinen über das Hin- und Herzahlen hinausgehenden Zweck erfüllen. Anders wäre dies nur, wenn Zahlungen der Schuldnerin gesetzliche oder tatsächlich vereinbarte, rechtlich bindende und rechtswirksame andere Ansprüche der F. zugrunde lagen, als die beabsichtigte Rückführung der bislang ausgezahlten Gelder.
- 39 4. Auch die Annahme des Berufungsgerichts, die Rückzahlungen der Schuldnerin hätten zu einer in Höhe von 73.127.064,50 € anfechtbaren Befriedigung der F. geführt, hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.
- 40 a) Dabei nimmt die Revision des Beklagten die ihr günstige Würdigung des Berufungsgerichts hin, dass die wechselseitigen Hin- und Herzahlungen im Rahmen eines kontokorrentähnlichen Verhältnisses erfolgten. Unter dieser Voraussetzung ist der höchste innerhalb des Anfechtungszeitraums erreichte Stand des Darlehens für den Umfang der Anfechtung maßgeblich, soweit dieser

endgültig zurückgeführt worden ist (vgl. BGH, Urteil vom 7. März 2013 - IX ZR 7/12, WM 2013, 708 Rn. 16, 26; vom 4. Juli 2013 - IX ZR 229/12, BGHZ 198, 77 Rn. 38). Zwischenzeitlich niedrigere Darlehensstände sind hingegen unerheblich, wenn der Gesellschafter im Rahmen der kontokorrentähnlichen Handlungen das Darlehen innerhalb des Anfechtungszeitraums wieder ausgereicht hat.

41 Rechtsfehlerhaft meint das Berufungsgericht, es müsse auf den niedrigsten Stand des Darlehens innerhalb des Anfechtungszeitraums abgestellt werden. Solange die kontokorrentähnliche Handhabung eingehalten wird, kommt es allein auf den Vergleich zwischen dem Höchststand des Darlehens und dem Stand am Ende des Anfechtungszeitraums an. Der Umfang der Anfechtung richtet sich maßgeblich nach dem vom Gesellschafter übernommenen Insolvenzrisiko (vgl. BGH, Urteil vom 7. März 2013, aaO Rn. 26; vom 4. Juli 2013, aaO). Reicht der Gesellschafter bereits zurückgeführte Zahlungen im Rahmen des einheitlichen kontokorrentähnlichen Verhältnisses wieder aus, erhöht er damit jedoch das von ihm übernommene Insolvenzrisiko nicht. Solche erneuten und später nicht mehr zurückgeführten Auszahlungen vermindern den Umfang des Anfechtungsanspruchs. Demgemäß hat der Bundesgerichtshof in seinen bisherigen Entscheidungen darauf abgestellt, inwiefern der Masse Mittel im Umfang des höchsten zurückgeführten Darlehensstandes wieder entzogen worden sind (vgl. BGH, Urteil vom 7. März 2013, aaO; vom 4. Juli 2013, aaO), nicht hingegen, auf welchen niedrigsten Stand das Darlehen innerhalb des Anfechtungszeitraums gefallen war.

42 b) Zu Unrecht bezieht das Berufungsgericht die am 27. März 2013 offenen Zinsen in Höhe von 709.969,67 € in den von ihm ermittelten Höchststand ein.

43 aa) Bezahlte der Schuldner vertraglich vereinbarte Darlehenszinsen, sind diese Leistungen grundsätzlich nicht nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO anfechtbar (Scholz/Bitter, GmbHG, 12. Aufl., Anh. § 64 Rn. 129; Bork/Schäfer/Thiessen, GmbHG, 4. Aufl., Anh. § 30 Rn. 66; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, 2017, § 135 Rn. 43; Uhlenbrück/Hirte, InsO, 15. Aufl., § 135 Rn. 7, anders aber Rn. 11; Roth/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl., Anh. § 30 Rn. 142; Mylich, ZGR 2009, 474, 494 ff; Ganter, ZIP 2019, 1141, 1149; aA HK-InsO/Kleindiek, 9. Aufl., § 135 Rn. 26; MünchKomm-InsO/Gehrlein, 3. Aufl., § 135 Rn. 18; Wagner in Kummer/Schäfer/Wagner, Insolvenzanfechtung, 3. Aufl., Rn. H73; Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, 21. Aufl., Anh. § 64 Rn. 108; unentschieden Schmidt/Schmidt, InsO, 19. Aufl., § 135 Rn. 19; Preuß in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2013, § 135 Rn. 22). Anfechtbar gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO ist eine Rechtshandlung, die Befriedigung für eine Forderung auf Rückgewähr eines Darlehens oder für eine einem Darlehen gleichgestellte Forderung gewährt hat. Vertraglich vereinbarte Darlehenszinsen oder vertraglich geschuldete Zinsen für eine gleichgestellte Forderung sind keine Befriedigung einer Forderung auf Rückgewähr eines Darlehens.

44 Eine Gleichbehandlung von Darlehen und Zins ist nicht gerechtfertigt. Darlehenszinsen führen dazu, dass die mit der Überlassung des Darlehenskapitals auf Zeit eingeräumte Kapitalnutzung eine entgeltliche Leistung darstellt (vgl. BGH, Urteil vom 15. November 2018 - IX ZR 229/17, ZIP 2019, 233 Rn. 25). Sie stellen in erster Linie ein Entgelt für die Nutzung dar. Für die Überlassung eines Gegenstandes zum Gebrauch oder zur Ausübung hat der Bundesgerichtshof bereits entschieden, dass keine Grundlage besteht, die Tilgung eines Nutzungsentgelts einer Darlehensrückzahlung gleichzustellen (BGH, Urteil vom 29. Januar 2015 - IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 Rn. 69 zu Mietzinsen). Sie kann

mithin nur noch im Falle eines vorherigen Stehenlassens oder einer Stundung des Nutzungsentgelts als Befriedigung einer darlehensgleichen Forderung gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO angefochten werden (BGH, aaO mwN). Für die Zinsen eines Gesellschafterdarlehens gilt nichts Anderes.

- 45 Aus § 39 Abs. 3 InsO folgt nur, dass die Forderungen eines nachrangigen Gläubigers auf Zahlung von Zinsen im Insolvenzfall ebenfalls nachrangig sind. Dies genügt nicht, um eine Bezahlung von vertraglich vereinbarten Zinsen als eine Befriedigung einer einem Darlehen gleichstehenden Forderung zu rechtfertigen. § 135 Abs. 1 InsO ordnet nicht an, dass eine Befriedigung jeder im Insolvenzfall nachrangigen Forderung anfechtbar ist. Ausschlaggebend für § 135 Abs. 1 InsO ist eine Finanzierungshandlung des Gesellschafters, welche in einer solchen Art oder unter solchen Umständen erfolgt, die es rechtfertigen, die Forderung des Gesellschafters als eine Rückforderung einer Finanzierungshilfe mit einem dem Darlehen vergleichbaren Charakter einzuordnen. Reicht der Gesellschafter ein Darlehen aus, liegt die Finanzierungshandlung im Darlehenskapital. Dass er für die Überlassung des Darlehenskapitals ein Entgelt verlangt, stellt hingegen weder eine Finanzierungshandlung zugunsten der Gesellschaft noch eine Forderung auf Rückführung des geleisteten Finanzierungsbeitrags dar. Der vertragliche Anspruch des Gesellschafters auf marktübliche Zinsen hat keine Finanzierungsfunktion für die Gesellschaft, weil der Gesellschaft damit keine zusätzlichen finanziellen Mittel verschafft werden. Marktübliche Zinsen stellen das Entgelt dar, das der Schuldner einem Gläubiger als Gegenleistung für die vorübergehend eingeräumte Nutzungsmöglichkeit des Kapitals zahlt.

- 46 bb) Anders ist dies, soweit die Zinsen vereinbart oder gezahlt werden, um die damit in Wirklichkeit beabsichtigte (teilweise) Rückzahlung des ausge-

reichten Darlehens zu verschleiern. Dies ist der Fall, soweit es sich bei den vereinbarten Zinsen um ein Scheingeschäft im Sinne des § 117 Abs. 1 BGB handelt, welche die gewollte Rückführung des Darlehens verdeckt. Dabei genügt es für eine Behandlung der Zinszahlungen als Befriedigung einer einem Darlehen gleichstehenden Forderung auch, wenn der Gesellschafter sich von der Gesellschaft höhere als marktübliche Zinsen versprechen lässt. In diesem Fall kommt es nicht darauf an, ob die Voraussetzungen eines Scheingeschäfts erfüllt sind. Zahlt die Gesellschaft im Vergleich zu einem marktüblichen Zinssatz überhöhte Zinsen, führt dies wirtschaftlich dazu, dass der Gesellschafter teilweise eine Rückzahlung seiner Finanzierungsleistung erhält. Aus diesem Grund handelt es sich bei überhöhten Zinszahlungen um die Befriedigung wirtschaftlich einem Darlehen gleichstehender Forderungen. Feststellungen hierzu hat das Berufungsgericht nicht getroffen.

47

cc) Schließlich können die Zinsforderungen des Gesellschafters eine einer Darlehensforderung gleichstehende Finanzierungsfunktion erfüllen, wenn der Gesellschafter seine Zinsforderung in darlehensgleicher Weise stehenlässt oder stundet. Unabhängig von einer Stundung oder einem Stehenlassen kann es hierfür auch genügen, wenn die Parteien die Fälligkeit der Zinszahlungen in einer außerhalb jeder verkehrsüblichen Handhabung liegenden Weise hinausschieben. Unter diesen Umständen kann die Forderung auf Darlehenszinsen einem Darlehen wirtschaftlich gleichstehen.

48

Ob die Rückführung der nach den Feststellungen des Berufungsgerichts am 27. März 2013 offenen Zinsen in Höhe von 709.969,67 € auf am 16. Oktober 2013 in Höhe von 110.905,17 € offene Zinsen gestundete, stehengelassene oder erst nach einem hinausgeschobenen Fälligkeitstermin gezahlte Zinsen betrifft, hat das Berufungsgericht von seinem Standpunkt aus folgerichtig nicht

geklärt. Nach den bisherigen Feststellungen ist hierfür nichts ersichtlich. Aus den vom Berufungsgericht in Bezug genommenen unstreitigen Zahlungsaufstellungen ergibt sich, dass die Schuldnerin die Zinsen stets bei der jeweiligen Rückzahlung und damit im Einklang mit § 488 Abs. 2 BGB geleistet hat; der Zinsbetrag folgt aus der jeweiligen Dauer der Geldüberlassung gemessen zwischen Aus- und Rückzahlung der einander zugeordneten Beträge. Angesichts von Zeiträumen zwischen 5 und höchstens 94 Tagen genügt dies im Hinblick auf die gesetzgeberische Wertung des § 488 Abs. 2 BGB jedenfalls im Rahmen einer kontokorrentähnlichen Handhabung nicht, um eine von üblichen Vereinbarungen abweichende Fälligkeitsregelung, eine Stundung oder ein Stehenlassen der Zinsforderungen annehmen zu können. Im Rahmen eines Kontokorrents ist auch eine quartalsweise Zahlung der Zinsen üblich.

49 5. Ebenso wenig lässt sich mit der Begründung des Berufungsgerichts die vom Beklagten gegenüber dem Anfechtungsanspruch der Klägerin aus § 143 Abs. 1, § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO erhobene Einrede der Anfechtbarkeit der Darlehensgewährung verneinen.

50 a) In der Doppelinsolvenz von Gesellschafter und Gesellschaft begründet die anfechtbare Darlehensgewährung eine Einrede gegen den auf § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO gestützten Anfechtungsanspruch hinsichtlich der Befriedigung der Forderung auf Rückgewähr des jeweiligen Darlehens oder der darlehensgleichen Forderung.

51 aa) Verschafft der Gesellschafter aus seinem Vermögen der Gesellschaft zusätzliche Mittel mit einer Rückzahlungsabrede, besteht die für die Anfechtung maßgebliche Rechtshandlung in der Darlehensgewährung. Eine isolierte Anfechtung des für den Anspruch auf Rückforderung im Insolvenzfall eintretenden

Nachrangs scheidet aus. Anfechtbar sind nur Rechtshandlungen (§ 129 Abs. 1 InsO), also die gläubigerbenachteiligende Wirkung, die durch die Rechtshandlung verursacht wird (BGH, Urteil vom 9. Juli 2009 - IX ZR 86/08, ZIP 2009, 1674 Rn. 29). Maßgebliche Rechtshandlung ist im Streitfall die Überlassung der Mittel durch den Gesellschafter. Der Anspruch auf Rückforderung ist - ohne dass weitere Umstände hinzutreten müssten - gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO im Insolvenzfall stets nachrangig. Für eine anfechtungsrechtliche Sonderbehandlung von Gesellschafterdarlehen besteht von diesem Ausgangspunkt aus keine rechtliche Grundlage (vgl. BGH, Urteil vom 13. Oktober 2016 - IX ZR 184/14, BGHZ 212, 272 Rn. 19 f). Inwieweit dies auch zutrifft, wenn der im Insolvenzfall eintretende Nachrang allein darauf beruht, dass der Gesellschafter die ihm zustehende, ursprünglich nicht nachrangige Forderung hat stehen lassen, kann im Streitfall dahinstehen.

52 bb) Gleichwohl kann der Insolvenzverwalter in der Insolvenz über das Vermögen des Gesellschafters im Falle der Doppelinsolvenz einer Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO einredehalber entgegenhalten, dass die der Rückzahlung vorhergehende Darlehensgewährung ihrerseits anfechtbar sei.

53 (1) Gemäß § 146 Abs. 2 InsO kann der Insolvenzverwalter die Erfüllung einer Leistungspflicht verweigern, die auf einer anfechtbaren Handlung beruht. Insoweit enthält § 146 Abs. 2 InsO eine allgemeine Regel, dass der Rückgewähranspruch als Einrede wirkt (vgl. Jacoby in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2017, § 143 Rn. 13). Eine solche Einrede begründet der anfechtungsrechtliche Rückgewähranspruch für ein gewährtes Darlehen gegenüber dem Anfechtungsanspruch aus der gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO anfechtbaren Befriedigung des Darlehensanspruchs.

54 (2) Im Ausgangspunkt führen wechselseitige Anfechtungsansprüche in der Insolvenz zweier Parteien nur dazu, dass die jeweiligen Anfechtungsansprüche als Insolvenzforderungen zur Tabelle anzumelden sind (vgl. BGH, Urteil vom 24. Juni 2003 - IX ZR 228/02, BGHZ 155, 199, 202 f unter IV.3.). Anders liegt der Fall, wenn die wechselseitigen Anfechtungsansprüche zwei rechtlich aufeinander bezogene Rechtshandlungen betreffen, von denen die eine in anfechtbarer Weise einen Vermögenswert verschafft und die andere diesen Vermögenswert in anfechtbarer Weise wieder zurückführt. Dies ergibt sich aus folgenden Gründen: Wechselseitige Anfechtungsansprüche, welche einerseits die Leistung und andererseits die Rückgewähr dieses Vermögenswertes erfassen, beziehen sich in der Sache auf den gleichen Gegenstand. Der erste Erwerb ist haftungsrechtlich mit einer möglichen Anfechtung belastet. Wenn die eine Seite den ihr gewährten Vorteil bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens uneingeschränkt erstattet und damit zugleich die gläubigerbenachteiligenden Wirkungen beseitigt, stellt sich dies als vorweggenommene Befriedigung des Anfechtungsanspruchs der anderen Seite dar (vgl. BGH, Urteil vom 25. Januar 2018 - IX ZR 299/16, WM 2018, 328 Rn. 11 mwN). Die Rückforderung dieser Befriedigung als ihrerseits anfechtbar würde den Anfechtungsanspruch bezüglich der Gewährung des Vorteils erneut begründen.

55 Insoweit ist zu berücksichtigen, dass ein Anfechtungsanspruch grundsätzlich Aussonderungskraft besitzt. Der anfechtbar erhaltene Gegenstand zählt - solange er unterscheidbar vorhanden ist - nicht zu dem den Gläubigern des Schuldners haftenden Vermögen (vgl. BGH, Urteil vom 23. Oktober 2003 - IX ZR 252/01, BGHZ 156, 350, 359 f unter IV.3.; vom 9. Oktober 2008 - IX ZR 138/06, BGHZ 178, 171 Rn. 15). Soweit der Wertersatzanspruch nach § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO eine gewöhnliche Geldforderung darstellt, die sich gegen das gesamte Vermögen des Anfechtungsgegners richtet und deshalb keine

Aussonderungskraft außerhalb oder innerhalb einer Insolvenz des Anfechtungsgegners mehr hat (BGH, Urteil vom 24. Juni 2003 - IX ZR 228/02, BGHZ 155, 199, 203), spricht dies nicht gegen die Einrede der Anfechtbarkeit im Falle wechselseitiger Anfechtungsansprüche für rechtlich miteinander verknüpfte Rechtshandlungen, soweit die zeitlich nachfolgende Rechtshandlung zugleich dazu diente, die durch die vorhergehende Rechtshandlung eingetretene Gläubigerbenachteiligung dauerhaft und uneingeschränkt zu beseitigen. Typischerweise ist dies der Fall, wenn die eine Rechtshandlung die Auszahlung betrifft und die andere jene Auszahlung endgültig wieder zurückführt, wie insbesondere im Falle einer anfechtbaren Darlehensgewährung.

56

Gegenstände, die aufgrund einer in den §§ 129 ff InsO genannten Rechtshandlung aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden sind, werden damit als ein dem Zugriff der Gläubigergesamtheit zur Verfügung stehendes Objekt der Vermögensmasse des insolventen Schuldners behandelt (BGH, Urteil vom 23. Oktober 2003 - IX ZR 252/01, BGHZ 156, 350, 360). Dieses Ergebnis bei einer anfechtbaren Darlehenshingabe wiederherzustellen, gehört zu den Aufgaben des Insolvenzverwalters über das Vermögen des Gesellschafters, dessen Vermögen zu Lasten seiner Gläubigergesamtheit durch die Rechtshandlungen zu Gunsten der Gesellschaft und deren Gläubiger gemindert worden ist (ebenso BGH, Urteil vom 9. Oktober 2008 - IX ZR 138/06, BGHZ 178, 171 Rn. 15 zur Frage, wem Anfechtungsansprüche aufgrund der Erfüllung von Haftungsansprüchen zustehen). Stellt die Hingabe eines Gesellschafterdarlehens eine anfechtbare Rechtshandlung dar, sind die Darlehensvaluta haftungsrechtlich den Gläubigern des Gesellschafters zugeordnet. Dabei kann nicht darauf abgestellt werden, der bei einer Anfechtung der Darlehenshingabe in der Gesellschafterinsolvenz entstehende Rückgewähranspruch sei als Insolvenzforderung gleichsam als Forderung "aus dem Darlehen" im Sinne des § 39

Abs. 1 Nr. 5 InsO zu verstehen (aA Thole in Festschrift Kübler, 2015, S. 681, 693; ders., WuB 2017, 216, 218). Im Falle der Doppelinsolvenz sind die Voraussetzungen eines jeweiligen Anfechtungsanspruchs nach den rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen zu dem Zeitpunkt zu beurteilen, in dem die rechtlichen Wirkungen der angefochtenen Rechtshandlung eintreten (§ 140 Abs. 1 InsO). Entscheidend ist nicht die zeitliche Abfolge der Insolvenzen im Falle der Doppelinsolvenz von Gesellschaft und Gesellschafter, sondern die Frage, ob die anfechtbaren Rechtshandlungen einander zugeordnete Vermögenswerte betreffen und mit der Rückführung der Vermögenswerte die eingetretene Gläubigerbenachteiligung beseitigt und damit die haftungsrechtliche Zuordnung für die Gläubiger des Gesellschafters wiederhergestellt ist. Der mit der Zuführung der Darlehensvaluta verbundene Wert ist für die Gläubiger der Gesellschaft von vornherein in diesem Sinn "belastet".

57

cc) Diese Voraussetzungen sind im Streitfall erfüllt, soweit es sich bei der Gewährung der Darlehen um eine anfechtbare Rechtshandlung der F. handelte und die Darlehensgewährung mit der nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO angefochtenen Befriedigung durch die Schuldnerin gerade zurückgeführt werden sollte. Indem die Schuldnerin die Darlehensvaluta der F. bereits vor Insolvenzeröffnung zurückgewährte, beseitigte dies zugleich die gläubigerbenachteiligenden Wirkungen des anfechtbaren Darlehens und stellte somit eine vorweggenommene Befriedigung des Anfechtungsanspruchs dar. Die F. überließ die Gelder von vornherein unter dem Vorbehalt der Rückforderung, so dass die Schuldnerin mit der Rückzahlung der Gelder die vor der Auszahlung bestehende Vermögenslage und Zugriffsmöglichkeiten der Gläubiger der F. endgültig und uneingeschränkt wiederherstellte. Erst die spätere Insolvenz der Schuldnerin führt dazu, dass der Nachrang gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO eingriff. Die Rückforderung dieser Befriedigung als ihrerseits anfechtbar würde den

Anfechtungsanspruch erneut begründen und kann daher vom Beklagten einredeweise abgewehrt werden.

58 Soweit die Klägerin die jeweiligen Rückzahlungen der Schuldnerin nicht angefochten hat, begründet die Anfechtbarkeit der vorhergehenden Darlehensgewährung durch den Beklagten keine Einrede der Anfechtbarkeit gegenüber anderen Anfechtungsansprüchen der Klägerin. Die Anfechtung sämtlicher Darlehensauszahlungen der F. in der Zeit ab dem 12. November 2011 verschafft dem Beklagten daher keine weitergehenden Rechte. Diese Anfechtungsansprüche könnten nur Insolvenzforderungen begründen, welche der Beklagte den Anfechtungsansprüchen der Klägerin - wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat - nicht entgegen halten kann.

59 b) Rechtlicher Überprüfung nicht stand hält die Überlegung des Berufungsgerichts, die Auszahlungen der F. an die Schuldnerin könnten nicht als unentgeltliche Leistung angefochten werden.

60 aa) Zutreffend hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, dass eine Anfechtung der darlehensgleichen Gesellschafterleistung als unentgeltliche Leistung im Hinblick auf den für den Fall einer späteren Insolvenz eintretenden Nachrang ausscheidet, ohne dass es näherer Feststellungen zur wirtschaftlichen Lage der Schuldnerin im Zeitpunkt der Ausreichung der Darlehensbeträge bedarf (vgl. BGH, Urteil vom 13. Oktober 2016 - IX ZR 184/14, BGHZ 212, 272 Rn. 12, 19 ff). Aus der voraussetzunglosen Anordnung des Nachrangs für Rückzahlungsansprüche des Gesellschafters aus Gesellschafterdarlehen und diesen gleichgestellten Leistungen durch § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO folgt nicht, dass diese im Geschäftsleben durchaus übliche Handlung als im Grundsatz bemerkelt anzusehen wäre (BGH, aaO Rn. 20). Ob zu diesem

Zeitpunkt eine wirtschaftliche Krise der Schuldnerin bestand, ist unerheblich. Insbesondere ist kein Raum für eine Ersetzung des Krisenbegriffs durch die Rechtsbegriffe der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung (§§ 17 bis 19 InsO), weil dies dem gesetzlichen Regelungskonzept des MoMiG zuwiderrufe (BGH, aaO Rn. 16). Für den Fall einer einem Darlehen gleichgestellten Forderung, die - wie im Streitfall - dadurch begründet wird, dass der Gesellschafter der Gesellschaft tatsächlich Geldmittel verschafft und zur Verfügung stellt, welche die Gesellschaft von vornherein zurückzuzahlen hat, gilt nichts Anderes. Damit kann dahinstehen, ob das Stehenlassen einer entgeltlich begründeten, nicht darlehensgleichen Forderung, das zu einem Nachrang gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO führt, als unentgeltliche Leistung anfechtbar wäre.

61 bb) Entgegen der Revision des Beklagten ist weiter unerheblich, ob der Rückzahlungsanspruch der F. wirtschaftlich wertlos gewesen ist. Unentgeltlichkeit - etwa als verlorener Zuschuss - kann im Streitfall schon deshalb nicht angenommen werden, weil die F. die ihr rechtlich geschuldete ausgleichende Gegenleistung von der Schuldnerin - soweit diese die Auszahlungen zurückgeführt hat - tatsächlich in voller Höhe erhalten hat. Da der Beklagte den von der Klägerin verfolgten Anfechtungsansprüchen hinsichtlich der Rückzahlungen nur insoweit eine Einrede der Anfechtbarkeit entgegenhalten kann, als gerade die Auszahlung, welche mit der angefochtenen Befriedigung zurückgeführt wurde, anfechtbar gewesen sei, kommt es nicht darauf an, ob es sich bei anderen Auszahlungen der F. um eine verschleierte Schenkung handelt.

62 Eine Zuwendung des Schuldners ist nicht schon deshalb unentgeltlich, weil die vereinbarte angemessene Gegenleistung ausbleibt (vgl. BGH, Urteil vom 21. Januar 1999 - IX ZR 429/97, ZIP 1999, 316, 317 unter I.1.b.; Schmidt/Ganter/Weinland, InsO, 19. Aufl., § 134 Rn. 24; MünchKomm-InsO/Kayser,

3. Aufl., § 134 Rn. 17c; Kayser, ZIP 2019, 293, 297). Die Unentgeltlichkeit einer Leistung ist vielmehr nach den rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen in dem Zeitpunkt zu beurteilen, in dem die jeweilige Leistung vorgenommen wurde (BGH, Urteil vom 6. Dezember 2018 - IX ZR 143/17, WM 2019, 592 Rn. 12 mwN). Auf eine später eintretende insolvenzrechtliche Anfechtbarkeit der ausgleichenden Gegenleistung kommt es nicht an. Demgemäß richtet sich die Unentgeltlichkeit bei einer Darlehensgewährung oder einer Leistung ohne Rechtsgrund im Zwei-Personen-Verhältnis danach, ob sich die Zahlung nach den objektiven Umständen zum Zeitpunkt der Zuwendung als verlorener Zuschuss darstellt (vgl. BGH, Urteil vom 13. Oktober 2016 - IX ZR 184/14, BGHZ 212, 272 Rn. 14). Der Senat hat bereits entschieden, dass § 134 Abs. 1 InsO dann nicht einschlägig ist, wenn beide Vertragsteile nach den objektiven Umständen der Vertragsanbahnung, der Vorüberlegungen der Parteien und des Vertragschlusses selbst von einem Austauschgeschäft - auch einem Darlehensvertrag - ausgehen und zudem in gutem Glauben von der Werthaltigkeit der dem Schuldner gewährten Gegenleistung überzeugt sind, die sich erst aufgrund nachträglicher Prüfung als wertlos erweist (vgl. BGH, Urteil vom 15. September 2016 - IX ZR 250/15, WM 2016, 2312 Rn. 22; vom 13. Oktober 2016, aaO).

63

Es kann offenbleiben, ob die Würdigung des Berufungsgerichts, die zwischen der F. und der Schuldnerin vorgenommenen Hin- und Herzahlungen seien in diesem Sinn als Austausch-Marktgeschäft anzusehen, den Angriffen der Revision des Beklagten standhält. Jedenfalls ist eine Zuwendung im Zwei-Personen-Verhältnis nicht schon deshalb als verschleierte Schenkung anzusehen, weil objektiv zweifelhaft ist, ob der zur Rückzahlung verpflichtete Empfänger wirtschaftlich leistungsfähig ist, wenn die rechtlich geschuldete und vereinbarte ausgleichende Gegenleistung später tatsächlich erbracht wird. Im Hinblick auf die Werthaltigkeit eines Rückzahlungsanspruchs im Zwei-Personen-

Verhältnis ist zwischen der durch die Auszahlung eingetretenen Gläubigerbenachteiligung und der Unentgeltlichkeit der Auszahlung zu unterscheiden. Unentgeltlich ist die Auszahlung nur, soweit bereits im Zeitpunkt der Rechtshandlung feststeht, dass der Schuldner keine ausgleichende Gegenleistung erhalten wird. Dies kann sich aus einer entsprechenden - stillschweigenden - Willensübereinkunft der Vertragsparteien ergeben, etwa aufgrund eines Verzichts oder einer verschleierten Schenkung. Zahlt der Empfänger bei einem Darlehen - hier die Schuldnerin - die erhaltenen Gelder tatsächlich zurück, rechtfertigt bei einem Zwei-Personen-Verhältnis die zum Zeitpunkt der Auszahlung bestehende Insolvenzreife des Empfängers allein nicht, die Auszahlung als unentgeltliche Leistung einzuordnen (aA Bork, NZI 2018, 1, 5). Insoweit liegt der Fall anders als bei einer tatsächlich erbrachten, aber von Anfang an wirtschaftlich wertlosen Gegenleistung, die nicht zur Entgeltlichkeit führt (vgl. BGH, Urteil vom 28. Februar 1991 - IX ZR 74/90, BGHZ 113, 393, 397 f.).

64

cc) Eine Anfechtung als unentgeltliche Leistung kommt jedoch in Betracht, wenn der F. zu keinem Zeitpunkt ein rechtlich durchsetzbarer Anspruch auf Rückzahlung der gewährten Darlehen oder darlehensgleichen Zahlungen gegen die Schuldnerin zustand. So liegt bei verschleierten Schenkungen - etwa einem formal in die Form eines Darlehens gekleideten verlorenen Zu- schuss - eine unentgeltliche Leistung vor (vgl. BGH, Urteil vom 13. Oktober 2016 - IX ZR 184/14, BGHZ 212, 272 Rn. 14).

65

(1) Im Streitfall können diese Voraussetzungen - wie das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang gesehen hat - erfüllt sein, wenn der Schuldnerin hinsichtlich der Rückforderungsansprüche der F. von vornherein eine dauernde Einrede oder Einwendung zustand und es auch sonst für die Auszahlung der Darlehen an einer ausgleichenden Gegenleistung der Schuldnerin fehl-

te. Zwar ist die Annahme des Berufungsgerichts, ein ausgleichender Bereicherungsanspruch der F. - eine Nichtigkeit der Darlehensabrede wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 Abs. 1 BGB unterstellt - sei nicht nach § 814 BGB ausgeschlossen, rechtlich nicht zu beanstanden. Die Revision des Beklagten greift die Würdigung des Berufungsgerichts nicht an, die F. habe aus den ihr bekannten Tatsachen nicht die erforderliche rechtliche Folgerung gezogen.

66

Jedoch liegt danach eine unentgeltliche Leistung vor, sofern der Darlehensvertrag - was das Berufungsgericht unterstellt - gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig war, der F. als Leistender ebenfalls ein Verstoß gegen die guten Sitten vorzuwerfen ist und damit ihr Rückforderungsanspruch gemäß § 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen wäre und sich dieser Ausschluss auf die Darlehensvaluta erstreckte. § 817 Satz 2 BGB steht auch einer Bereicherungsklage des Insolvenzverwalters entgegen (vgl. BGH, Urteil vom 7. Dezember 1988 - IVb ZR 93/87, BGHZ 106, 169, 174 ff, 178). Feststellungen, ob das vom Beklagten behauptete betrügerische Geschäftsmodell der F. eine solche rechtliche Einordnung der Rückforderungsansprüche der F. rechtfertigen könnte, hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Dass der F. andere, in rechtlicher Weise mit den Auszahlungen verknüpfte, ausgleichende Gegenleistungen zugeflossen sind, ist nicht ersichtlich.

67

(2) Hingegen kann dahinstehen, ob die Angriffe der Revision des Beklagten auf die Würdigung des Berufungsgerichts durchgreifen, die Darlehensabreden stellten ein nichtiges Scheingeschäft dar. Sollte es sich bei den behaupteten Darlehensverträgen um gemäß § 117 Abs. 1 BGB nichtige Scheingeschäfte gehandelt haben, könnte die Auszahlung der Darlehensvaluta nur dann eine unentgeltliche Leistung darstellen, wenn der F. weder für die Leistungen

auf das Scheingeschäft noch aus dem verdeckten Rechtsgeschäft (§ 117 Abs. 2 BGB) ein Rückforderungsanspruch zustand. Dabei kann zugunsten des Beklagten unterstellt werden, dass die F. wusste, dass es sich bei dem Darlehensgeschäft um ein Scheingeschäft handelte und sie daher gegenüber der Schuldnerin nicht zu Darlehenszahlungen verpflichtet war. Der Beklagte zeigt jedoch keine Umstände auf, aus denen angesichts des tatsächlichen Verhaltens der Vertragsparteien geschlossen werden könnte, dass der F. kein Rückzahlungsanspruch aus einem verdeckten Rechtsgeschäft zustand.

68 c) Ebenso wenig kann eine Anfechtung nach § 133 Abs. 2 InsO aF mit der Begründung des Berufungsgerichts verneint werden. Nach der unangebrüf-fenen Würdigung des Berufungsgerichts handelt es sich bei der Schuldnerin um eine der F. gemäß § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO nahestehende Person. Es lässt sich nicht ausschließen, dass die Darlehensauszahlungen der F. einen entgeltlichen Vertrag darstellen, durch den die Insolvenzgläubiger der F. unmittelbar benachteiligt worden sind.

69 aa) Die Auszahlung des Darlehensbetrags stellt einen entgeltlichen Vertrag im Sinne des § 133 Abs. 2 InsO aF dar. Der Vertragsbegriff des § 133 Abs. 2 InsO ist weit auszulegen (BGH, Urteil vom 1. Juli 2010 - IX ZR 58/09, NZI 2010, 738 Rn. 9). Hierfür genügt jeder auf einer Willensübereinstimmung beruhende Erwerbsvorgang (BGH, Urteil vom 9. Juni 2016 - IX ZR 153/15, ZIP 2016, 1491 Rn. 13; Jaeger/Henckel, InsO, § 133 Rn. 59; Schmidt/Ganter/Weinland, InsO, 19. Aufl., § 133 Rn. 93). Auch reine Erfüllungsgeschäfte werden zu den entgeltlichen Verträgen gerechnet (BGH, Urteil vom 10. Juli 2014 - IX ZR 192/13, BGHZ 202, 59 Rn. 47; vom 9. Juni 2016, aaO Rn. 15; vom 22. Dezember 2016 - IX ZR 94/14, ZIP 2017, 582 Rn. 17). Entgeltlich ist der Vertrag, wenn die nahestehende Person eine wie auch immer geartete Gegen-

leistung erbringt (BGH, Urteil vom 9. Juni 2016, aaO Rn. 14; Bork in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2017, § 133 Rn. 76). Bei Erfüllungsgeschäften besteht das Entgelt in der Befreiung von der Schuld (BGH, Urteil vom 10. Juli 2014, aaO Rn. 47 mwN). Soweit der Bundesgerichtshof ausgesprochen hat, dass § 133 Abs. 2 Satz 1 InsO aF nicht vorliege, wenn der Schuldner eine bestehende Verbindlichkeit erfüllt hat (BGH, Urteil vom 15. November 2012 - IX ZR 205/11, BGHZ 195, 358 Rn. 7), ist dies überholt.

70 Gleiches gilt, wenn die Darlehensverträge unwirksam gewesen sein sollten. Die Leistung des Schuldners auf einen nicht rechtsbeständigen Anspruch stellt ebenfalls einen auf einer Willensübereinstimmung beruhenden Erwerbsvorgang dar (vgl. BGH, Urteil vom 6. April 1995 - IX ZR 61/94, BGHZ 129, 236, 247 ff zu § 10 Abs. 1 Nr. 2 GesO). Sollten die Darlehensverträge unwirksam gewesen sein, genügt für die Entgeltlichkeit der Auszahlungen, dass im Streitfall unabhängig von der Wirksamkeit der Darlehensabrede eine Rückzahlungsverpflichtung der Schuldnerin bestand.

71 bb) Rechtsfehlerhaft verneint das Berufungsgericht eine unmittelbare Benachteiligung durch die Auszahlungen an die Schuldnerin.

72 (1) Unmittelbar ist eine Benachteiligung, die ohne Hinzukommen späterer Umstände schon mit der Vornahme der angefochtenen Rechtshandlung selbst eintritt. Maßgeblicher Zeitpunkt dafür ist derjenige der Vollendung der Rechtshandlung (BGH, Urteil vom 12. Juli 2007 - IX ZR 235/03, WM 2007, 2071 Rn. 9; vom 20. Dezember 2012 - IX ZR 130/10, WM 2013, 333 Rn. 27; vom 10. Juli 2014 - IX ZR 192/13, BGHZ 202, 59 Rn. 48; vom 9. Juni 2016 - IX ZR 153/15, ZIP 2016, 1491 Rn. 17). Der Eintritt einer Gläubigerbenachteiligung ist isoliert mit Bezug auf die konkret angefochtene Minderung des Aktivvermögens zu be-

urteilen. Dabei sind lediglich solche Folgen zu berücksichtigen, die an die anzufechtende Rechtshandlung selbst anknüpfen. Erhält der Schuldner für das, was er aus seinem Vermögen weggibt, unmittelbar eine vollwertige Gegenleistung, liegt keine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung vor (BGH, Urteil vom 12. Juli 2007 aaO Rn. 11; vom 9. Juni 2016, aaO). Eine aus mehreren Teilen bestehende Rechtsübertragung ist gemäß ihrer wirtschaftlichen Bedeutung als ein einheitliches Ganzes zu erfassen; die Gläubiger werden durch den Abschluss unmittelbar benachteiligt, wenn der rechtsgeschäftliche Vorgang insgesamt die Zugriffsmöglichkeit für die Gläubiger verschlechtert (BGH, Urteil vom 15. Dezember 1994 - IX ZR 153/93, BGHZ 128, 184, 187; vom 1. Juli 2010 - IX ZR 58/09, ZIP 2010, 1702 Rn. 9).

73

Bei Erfüllungsgeschäften tritt eine unmittelbare Benachteiligung der Insolvenzgläubiger nur ein, wenn der Schuldner keine gleichwertige Gegenleistung erhalten hat oder der erfüllte Anspruch rechtlich nicht mehr durchsetzbar war (vgl. BGH, Urteil vom 6. April 1995 - IX ZR 61/94, BGHZ 129, 236, 240 f; vom 10. Juli 2014, aaO Rn. 48; vom 22. Dezember 2016 - IX ZR 94/14, ZIP 2017, 582 Rn. 17; MünchKomm-InsO/Kayser, 3. Aufl., § 133 Rn. 44 mwN). Durch einen Vertrag, auf Grund dessen der Schuldner für das, was er aufgibt, eine vollwertige Gegenleistung erhält, werden die Gläubiger auch dann nicht unmittelbar benachteiligt, wenn diese Gegenleistung infolge eines weiteren, nicht zu dem Gesamttatbestand des Rechtsgeschäfts gehörenden Umstandes in dem Zeitpunkt nicht mehr in dem Vermögen des Schuldners vorhanden ist, in dem die von ihm zu erbringende Leistung endgültig aus seinem Vermögen herausgeht (BGH, Urteil vom 9. Februar 1955 - IV ZR 173/54, WM 1955, 404, 406).

74 (2) Nach diesen Maßstäben führt die Ausreichung eines Darlehens für sich genommen nicht zu einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung. An die Stelle des beim Schuldner vorhandenen Geldes tritt als gleichwertige Gegenleistung der Darlehensrückzahlungsanspruch. Ein solcher Anspruch ist grundsätzlich pfändbar und unterliegt damit in gleicher Weise dem Zugriff der Gläubiger. Der Schuldner mindert sein Aktivvermögen nicht. Es liegt ein Aktivatausch vor, der für sich genommen nicht zu einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung führt. Gleiches gilt für einen Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB, falls die Darlehensverträge unwirksam gewesen sein sollten.

75 Anders ist dies hingegen dann, wenn die Forderung gegen den Empfänger des Darlehens für einen Pfändungsgläubiger aus Rechtsgründen nicht durchsetzbar ist oder wenn die pfändbare Forderung gegen den Darlehnse nehmer aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht als gleichwertige Ge genleistung angesehen werden kann. Maßgeblich für eine unmittelbare Gläubi gerbenachteiligung sind dabei stets nur die Verhältnisse im Zeitpunkt der Rechtshandlung (BGH, Urteil vom 9. Juni 2016 - IX ZR 153/15, ZIP 2016, 1491 Rn. 17 mwN); spätere Veränderungen führen allenfalls zu einer mittelbaren Gläubigerbenachteiligung.

76 (3) Zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, dass der im Insolvenzfall gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO eintretende Nachrang des Anspruchs auf Rückgewähr des Darlehens nicht genügt, um eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung bejahen zu können. Er begründet nur eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung.

77 Zwar verliert der Gesellschafter in der Insolvenz der Gesellschaft im Regelfall den vollen wirtschaftlichen Wert seiner Rückzahlungsforderung, weil eine

auch nur anteilige Befriedigung seiner nachrangigen Darlehensansprüche die vorherige Befriedigung der übrigen Insolvenzgläubiger voraussetzt. Diese Folge ergibt sich aber weder allein aus der Darlehensgewährung noch tritt sie bereits im Zeitpunkt der Darlehensauszahlung ein. Die Abwertung des Rückzahlungsanspruchs beschränkt sich vielmehr in tatsächlicher und zeitlicher Hinsicht auf Fälle, in denen das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet worden ist. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO enthält lediglich eine für den Fall der Insolvenz der Gesellschaft eingreifende Regelung (BGH, Urteil vom 13. Oktober 2016 - IX ZR 184/14, BGHZ 212, 272 Rn. 20). Ob der Nachrang gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO sich verwirklicht, hängt von der weiteren Entwicklung ab, nämlich der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens. Soweit der im Insolvenzfall eintretende Nachrang ebenso für einen Erwerber der Forderung gilt (vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 2013 - IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 Rn. 24 ff), kommt auch dies erst im Insolvenzfall zum Tragen. Im für die unmittelbare Gläubigerbenachteiligung gemäß § 140 Abs. 1 InsO allein maßgeblichen Zeitpunkt der Darlehensausreichung ist ein Gesellschafterdarlehen uneingeschränkt durchsetzbar.

78

(4) Ebenso zutreffend verneint das Berufungsgericht eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung im Hinblick auf die möglicherweise hinausgeschobene Fälligkeit des Darlehens. Soweit dem Schuldner die Nutzungsmöglichkeit der Darlehensvaluta entgeht, fehlt es an einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung, wenn der Insolvenzmasse ein ausgleichender Wert für die Überlassung der Kapitalnutzung auf Zeit zufließt. Dies ist der Fall bei einem gegen marktübliche Zinsen ausgereichten Darlehen (vgl. BGH, Urteil vom 21. April 1988 - IX ZR 71/87, ZIP 1988, 725, 726 unter III.; Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 99; MünchKomm-InsO/Kayser, 3. Aufl., § 129 Rn. 115). Der für die Gläubigerbenachteiligung darlegungs- und beweisbelastete Beklagte zeigt nicht auf,

dass der Verlust der Nutzungsmöglichkeit für die F. zu einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung (vgl. BGH, Urteil vom 15. November 2018 - IX ZR 229/17, ZIP 2019, 233 Rn. 15 ff) geführt hat.

79 Auch im Hinblick auf den Rückzahlungsanspruch zeigt der Beklagte nicht auf, dass eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung eingetreten ist. Dies wäre der Fall, wenn die an die Stelle der Darlehensvaluta tretende Forderung des Schuldners auf Rückzahlung der Darlehensvaluta angesichts einer auch den Pfändungsgläubiger bindenden Laufzeit des Darlehens nicht in gleicher Weise verwertbar ist. Hingegen liegt keine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung vor, wenn das Darlehen jederzeit zur Rückzahlung fällig ist oder jederzeit fällig gestellt werden kann. Hierzu kann es genügen, wenn die Vertragsparteien sich über eine Rückzahlung auf Abruf einig sind oder wenn - auch stillschweigend - ein Recht zu einer jederzeitigen fristlosen Kündigung vereinbart ist. So liegt der Fall nach den bindenden und von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts, weil die Laufzeit vertraglich nicht vereinbart worden ist, es sich um "Kurzdarlehen" handelte und die Rückzahlungen aufgrund eines jederzeit möglichen Abrufs nach fünf bis 94 Tagen erfolgten.

80 (5) Hingegen hält die Begründung des Berufungsgerichts, mit der es eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung im Hinblick auf die Werthaltigkeit des Rückforderungsanspruchs der F. verneint, rechtlicher Überprüfung nicht stand. Ob die Zugriffsmöglichkeiten der Gläubiger durch die Auszahlungen beeinträchtigt werden, hängt davon ab, inwieweit der dem Schuldner zustehende Rückzahlungsanspruch durchsetzbar ist.

81 Sofern bereits im Zeitpunkt der jeweiligen Darlehensausreichung die Schuldnerin - was das Berufungsgericht unterstellt - überschuldet und deshalb

insolvenzreif gewesen sein sollte, hätte die F. als Gegenleistung für die Darlehensausreichung einen Rückzahlungsanspruch erworben, bei dem angesichts der zum Auszahlungszeitpunkt bestehenden Insolvenzreife ernsthaft zweifelhaft war, ob die Schuldnerin diesen erfüllen konnte. Soweit das Berufungsgericht meint, hierauf käme es im Hinblick auf die bestellten Sicherheiten nicht an, rügt die Revision des Beklagten zu Recht, dass sich das Berufungsgericht weder mit der Frage auseinandergesetzt hat, ob die Sicherheitsabtretung hinreichend bestimmt war noch ob die mit der Abtretung der Provisionsansprüche gewährten Sicherheiten überhaupt werthaltig waren.

II.

82 Die Voraussetzungen einer unentgeltlichen Leistung der Schuldnerin gemäß § 134 Abs. 1 InsO können mit der Begründung des Berufungsgerichts nicht bejaht werden.

83 1. Unentgeltlich ist im Zwei-Personen-Verhältnis eine Leistung, wenn ein Vermögenswert des Verfügenden zugunsten einer anderen Person aufgegeben wird, ohne dass dem Verfügenden ein entsprechender Vermögenswert vereinbarungsgemäß zufließen soll (BGH, Urteil vom 20. April 2017 - IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 Rn. 10 mwN).

84 a) Die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit beurteilt sich bei Erfüllungs-handlungen nach dem Grundgeschäft (BGH, Urteil vom 13. Oktober 2016 - IX ZR 184/14, BGHZ 212, 272 Rn. 13). Auch dies richtet sich entsprechend der Zielrichtung des § 134 Abs. 1 InsO im Zwei-Personen-Verhältnis danach, inwieweit der leistende Schuldner eine dem von ihm aufgegebenen Vermö-

genswert entsprechende Gegenleistung erhalten soll oder nicht (vgl. BGH, Urteil vom 20. April 2017 - IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 Rn. 11 mwN). Die Erfüllung einer eigenen, rechtsbeständigen, infolge einer entgeltlichen Gegenleistung begründeten Verbindlichkeit stellt eine entgeltliche Leistung dar (BGH, Urteil vom 12. Juli 1990 - IX ZR 245/89, BGHZ 112, 136, 138 zu § 32 KO; vom 9. Dezember 2010 - IX ZR 60/10, WM 2011, 364 Rn. 10; vom 4. Februar 2016 - IX ZR 77/15, BGHZ 209, 8 Rn. 15; BAGE 154, 28 Rn. 13; MünchKomm-InsO/Kayser, 3. Aufl., § 134 Rn. 26; Uhlenbrück/Borries/Hirte, InsO, 15. Aufl., § 134 Rn. 41). Ausschlaggebend ist, dass die eingegangene Schuld ihrerseits als entgeltlich anzusehen ist, weil der Schuldner eine entsprechende, seinem Vermögen zufließende Gegenleistung erhalten hat oder soll (vgl. MünchKomm-InsO/Kayser, 3. Aufl., § 134 Rn. 26; Bork in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2016, § 134 Rn. 47).

85

Entgeltlich ist aber auch die Erfüllung von Ansprüchen aus gesetzlichen Schuldverhältnissen (BGH, Urteil vom 18. März 2010 - IX ZR 57/09, ZIP 2010, 841 Rn. 9; vom 29. Oktober 2015 - IX ZR 123/13, ZIP 2015, 2484 Rn. 8; vom 4. Februar 2016 - IX ZR 77/15, BGHZ 209, 8 Rn. 15). Bei solchen Ansprüchen kommt es nicht darauf an, ob dem Schuldner im Einzelfall ein ausgleichender Gegenwert zufließt. Die Entgeltlichkeit folgt aus der Schuldbefreiung. Die Bestimmungen über gesetzliche Schuldverhältnisse beruhen auf der gesetzlichen Wertung, dass mit ihnen stets ein Ausgleich verfolgt wird, so dass sich ein Schuldner bei der Erfüllung solcher Verbindlichkeiten nicht auf Kosten seiner Gläubiger objektiv freigiebig zeigt.

86

b) Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn der Schuldner die Erfüllung des Anspruchs im Hinblick auf eine ihm zustehende Einrede oder Einwendung hätte verweigern können. Erfüllungsleistungen, die ihrer Art nach inkongruent

sind, sind entgeltlich, wenn ihnen eine rechtswirksam begründete entgeltliche Verbindlichkeit zugrunde liegt (vgl. MünchKomm-InsO/Kayser, 3. Aufl., § 134 Rn. 26; Bork in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2016, § 134 Rn. 48; Jaeger/Henckel, InsO, § 134 Rn. 12; vgl. auch BGH, Urteil vom 21. Mai 1987 - IX ZR 77/86, WM 1987, 986, 988 unter 2.c.cc.). Denn die entgeltlich begründete Verbindlichkeit setzt voraus, dass der Gläubiger einen objektiv gleichwertigen Gegenwert für die Begründung der Verbindlichkeit erbracht hat oder erbringen soll. Ist dem Schuldner ein solcher Gegenwert zugeflossen, ist es nicht gerechtfertigt, die Erfüllung der entgeltlichen Verbindlichkeit als unentgeltlich anzusehen, weil dem Schuldner eine Einrede zustand. Gleiches gilt, sofern dem Schuldner ein ausgleichender Gegenwert zufließen soll. Soweit dem Schuldner bei dauerhaften Einreden ein Bereicherungsanspruch gemäß § 813 Abs. 1 BGB zusteht, führt schon dies zur Entgeltlichkeit seiner Leistung (vgl. BGH, Urteil vom 20. April 2017 - IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 Rn. 13). Anders ist dies bei entgeltlich begründeten Verbindlichkeiten dann, wenn die ausgleichende Gegenleistung noch aussteht, der Gläubiger die Erfüllung des Anspruchs auf die Gegenleistung aufgrund einer ihm zustehenden Einrede oder Einwendung dauernd verweigern kann und der Schuldner daran gehindert ist, seine gleichwohl erbrachte Leistung zurückzufordern.

87

Die Erfüllung von Ansprüchen aus unvollkommenen Verbindlichkeiten ist - jedenfalls sofern diese entgeltlich begründet worden sind - entgeltlich (vgl. BGH, Urteil vom 29. November 1990 - IX ZR 29/90, BGHZ 113, 98, 101 unter II.2.a.; vom 29. November 1990 - IX ZR 55/90, WM 1991, 331, 332 unter II.2.a. zum Termin- und Differenzeinwand; MünchKomm-InsO/Kayser, 3. Aufl., § 134 Rn. 26; Bork in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2016, § 134 Rn. 81; Jaeger/Henckel, InsO, § 134 Rn. 12; aA Uhlenbrück/Borries/Hirte, InsO, 15. Aufl., § 134 Rn. 49). Auch die Erfüllung einer verjährten Verbindlichkeit ist entgeltlich, sofern die

Verbindlichkeit entgeltlich war (vgl. MünchKomm-InsO/Kayser, 3. Aufl., § 134 Rn. 26; Bork in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2016, § 134 Rn. 48; Jaeger/Henckel, InsO, § 134 Rn. 12).

88 Ebenso wie im Fall einer Leistung ohne Rechtsgrund gebietet der Schutzzweck des § 134 InsO bei einer Leistung trotz bestehender Einrede keine uneingeschränkte Anfechtung als unentgeltliche Leistung. Kann sich der Schuldner gegenüber einem Anspruch des Gläubigers mit einer Einrede oder Einwendung verteidigen, stellt eine Leistung des Schuldners trotz bestehender Einrede eine Leistung dar, die der Empfänger nicht, nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hat und die deshalb inkongruent ist. Mithin ist diese Rechtshandlung unter den Voraussetzungen des § 131 InsO und gegebenenfalls des § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar. Die Erweiterung des Begriffs der Unentgeltlichkeit in § 134 InsO auf sämtliche einredebehaftete Leistungen würde regelmäßig alle insoweit inkongruenten Leistungen erfassen und damit die Möglichkeit ihrer Anfechtbarkeit in sachlicher und zeitlicher Hinsicht deutlich ausdehnen. Dies würde die Abgrenzung der Anfechtungswürdigkeit eines Verhaltens nach § 131 InsO unterlaufen (vgl. auch BGH, Urteil vom 22. Juli 2004 - IX ZR 183/03, WM 2004, 1837, 1839 unter III.1.d; vom 18. März 2010 - IX ZR 57/09, WM 2010, 851 Rn. 10; vom 20. April 2017 - IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 Rn. 17).

89 2. Nach diesen Maßstäben stellen die angefochtenen 610 Rückzahlungen der Schuldnerin keine unentgeltlichen Leistungen dar.

90 a) Unstreitig lag den Zahlungen zugrunde, dass die F. die bei ihr vorhandenen Einlagegelder in einen Geldkreislauf einzahlen wollte. Schuldnerin und F. beabsichtigten von Anfang an, die Gelder an die F. zurückflie-

ßen zu lassen. Es bestand jedenfalls eine Willensübereinstimmung zwischen den Vertragsparteien, wonach die Schuldnerin verpflichtet war, die erhaltenen Gelder zurückzuzahlen. Das Berufungsgericht hat - wenngleich in anderem Zusammenhang - angenommen, dass kein Scheingeschäft im Sinne des § 117 Abs. 1 BGB vorlag. Unabhängig davon waren sich Schuldnerin und F. jedenfalls in rechtlich bindender Weise darüber einig, dass die Schuldnerin die von der F. im Rahmen der Hin- und Herzahlungen erhaltenen Zahlungen der F. auf deren Verlangen zurückzuzahlen hatte. Beide Vertragsparteien handhabten die wechselseitigen Zahlungen auf diese Weise. Anhaltspunkte, dass die Vertragsparteien die Auszahlungen etwa als verdecktes Geschäft (§ 117 Abs. 2 BGB) mit dem Willen vorgenommen haben, dass die Gelder endgültig bei der Schuldnerin verbleiben sollten, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

91 b) Danach handelt es sich bei den angefochtenen Zahlungen der Schuldnerin um entgeltliche Leistungen.

92 aa) Sofern die Abreden zwischen der F. und der Schuldnerin wirksam waren, stand der F. ein - entgeltlicher - Anspruch auf Rückzahlung der Gelder zu. Beruht eine Verbindlichkeit darauf, dass der Gläubiger dem Schuldner seinerseits zuvor Geld mit der Maßgabe überlassen hat, dieses Geld binnen einer bestimmten Frist zurückzuzahlen, so stellt die entsprechende Leistung des Schuldners im Hinblick auf diese Rückzahlungsverpflichtung eine entgeltliche Leistung dar. Die F. ihrerseits erbrachte mit den Auszahlungen aufgrund der Rückzahlungspflicht der Schuldnerin entgeltliche Leistungen (vgl. BGH, Urteil vom 13. Oktober 2016 - IX ZR 184/14, BGHZ 212, 272 Rn. 14 zur Ausreichung eines Darlehens). Demgemäß ist auch die Rückzahlung des Darlehens entgeltlich. Entgeltlich ist die Rückzahlung des erhaltenen Darlehenska-

pitals auch dann, wenn der Darlehensvertrag unwirksam ist, sofern dadurch ein entsprechender Bereicherungsanspruch des Gläubigers erfüllt wird.

93 bb) Entgeltlich ist die Rückzahlung schließlich, wenn die Verbindlichkeit des Schuldners einredebehaftet ist. Auch wenn der Schuldner sich gegen seine Zahlungspflicht verteidigen kann, diese Verteidigung jedoch nicht wahrnimmt, bleibt es dabei, dass die Zahlung - sofern eine entsprechende entgeltliche Verbindlichkeit bestand - entgeltlich ist.

94 Dass der Gläubiger keinen durchsetzbaren Anspruch auf Rückzahlung der Darlehensvaluta besitzt, macht die Rückzahlung nicht zu einer unentgeltlichen Leistung des Schuldners. Dies gilt auch für die Erfüllung der Rückzahlungsansprüche des Darlehensgebers aus einem wegen Sittenwidrigkeit nichtigen Darlehensvertrag. Zum einen steht § 817 Satz 2 BGB bei einer Nichtigkeit eines Darlehensvertrags gemäß § 138 BGB oder wegen eines Gesetzesverstoßes dem Rückforderungsanspruch des Darlehensgebers hinsichtlich des Darlehenskapitals grundsätzlich nicht entgegen (vgl. BGH, Urteil vom 15. März 1990 - III ZR 248/88, ZIP 1990, 915, 917 f unter 3.a.; vom 12. September 2006 - XI ZR 296/05, ZIP 2006, 2119 Rn. 15). Als Leistung im Sinne des § 817 Satz 2 BGB sind nur solche Zuwendungen anzusehen, die nach dem - nichtigen - Vertragsverhältnis endgültig in das Vermögen des Empfängers übergehen sollten (BGH, Urteil vom 17. Januar 1995 - XI ZR 225/93, ZIP 1995, 453, 454 unter II.2. mwN). Feststellungen des Berufungsgerichts, die zu einem Ausschluss auch des Anspruchs auf Rückzahlung der Darlehensvaluta führen können, fehlen.

95 Im Übrigen ordnet § 817 Satz 2 BGB nicht an, dass die jeweiligen Bereicherungsansprüche erloschen, sondern nimmt den Bereicherungsansprüchen die gerichtliche Durchsetzbarkeit (vgl. BGH, Urteil vom 21. Dezember 1955

- IV ZR 36/55, BGHZ 19, 338, 340 f; vom 7. März 1962 - V ZR 132/60, BGHZ 36, 395, 399 f; vom 14. Dezember 2016 - IV ZR 7/15, WM 2017, 1573 Rn. 42 mwN; Palandt/Sprau BGB, 78. Aufl., § 817 Rn. 11). Es handelt sich um eine Konditionssperre, die eine rechtshindernde Einwendung begründet (vgl. MünchKomm-BGB/Schwab, 7. Aufl., § 817 Rn. 87). Eine solche Konditions- sperre führt - wie nach § 814 BGB bei einer Leistung in Kenntnis des fehlenden Rechtsgrundes - dazu, dass der Leistende, der seine Leistung aufgrund der Konditionssperre nicht zurückfordern kann, eine unentgeltliche Leistung im Sinne des § 134 Abs. 1 InsO erbringt. Soweit der Bereicherungsschuldner hingegen eine erhaltene Leistung trotz eines ihm zustehenden Leistungsverweige- rungsrechts erstattet, führt dies zwar zu einer inkongruenten, nicht jedoch zu einer unentgeltlichen Leistung im Sinne des § 134 Abs. 1 InsO. Der Schuldner, der auf einen nach § 817 Satz 2 BGB ausgeschlossenen Rückforderungsan- spruch leistet, erfüllt eine bestehende, aber nicht durchsetzbare Verbindlichkeit. Sie ist entgeltlich, sofern dem Schuldner im rechtlichen Zusammenhang mit dieser Verbindlichkeit eine ausgleichende Gegenleistung zugeflossen ist. Eine hierfür ausreichende rechtliche Verknüpfung liegt vor, wenn die Verbindlichkeit darauf beruht, dass der Schuldner zuvor von Anfang an rückzahlbare Darle- hensvaluta erhalten hat. Damit kann dahinstehen, ob - wie der Beklagte geltend macht - die F. ein Schneeballsystem betrieben hat und dieses Schneeball- system einer Rückzahlungssperre aus § 817 Satz 2 BGB entgegenstünde (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 13. März 2008 - III ZR 282/07, NJW 2008, 1942 Rn. 8 ff).

III.

96 Ohne Erfolg macht die Revision des Beklagten geltend, die klägerische Anfechtung sei treuwidrig. Die Würdigung des Berufungsgerichts, der Beklagte könne einem Anfechtungsanspruch der Klägerin weder die Sittenwidrigkeit des Darlehensgeschäfts entgegenhalten noch sich auf § 242 BGB berufen, ist rechtsfehlerfrei. § 242 BGB hindert die Geltendmachung eines Rückgewähranspruchs aus § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO nur in Extremfällen (BGH, Urteil vom 11. Dezember 2008 - IX ZR 195/07, BGHZ 179, 137 Rn. 21; vom 18. Juli 2013 - IX ZR 198/10, WM 2013, 1504 Rn. 31). Die Behauptung des Beklagten, dass die F. ein betrügerisches Schneeballsystem zu Lasten der Anleger betrieben und die Schuldnerin kollusiv mit der F. zusammengearbeitet habe, genügt hierzu nicht. Dem steht schon entgegen, dass sich die Anfechtungsansprüche nicht gegen die Anleger richten.

D.

97 Die Revision der Klägerin ist nur hinsichtlich eines Teils der angefochtenen Zinszahlungen der Schuldnerin begründet. Überwiegend hält das Berufungsurteil den Revisionsangriffen der Klägerin stand.

I.

98 Soweit das Berufungsgericht einen Anfechtungsanspruch der Klägerin aus § 143 Abs. 1, § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO bejaht, kann die Klägerin jedenfalls nicht mehr als die vom Berufungsgericht zugesprochenen 73.127.064,50 € ver-

langen. Die Befriedigungshandlungen der Schuldnerin erfolgten im Rahmen eines kontokorrentähnlichen Kreditverhältnisses zur F. . Damit kommt eine Anfechtung nicht in Höhe der gesamten Zahlungen der Schuldnerin, sondern nur in Betracht, soweit die Schuldnerin den höchsten Sollsaldo des bestehenden Kreditengagements zurückgeführt hat.

99

1. Ein echtes Kontokorrentverhältnis liegt nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht vor. Der Streitfall ist jedoch ebenso zu behandeln, wie das Berufungsgericht in rechtlich nicht zu beanstandender Weise angenommen hat. Erforderlich ist, dass mehrere Gesellschafterdarlehen, mit denen der Gesellschaft fortlaufend Kredit gewährt wird, durch ihre gleichbleibenden Bedingungen, den mit ihrer Ausreichung verfolgten Zweck und das zwischen den Vertragspartnern bestehende Gesellschaftsverhältnis nach der Art eines Kontokorrentkredits miteinander verbunden sind (BGH, Urteil vom 7. März 2013 - IX ZR 7/12, WM 2013, 708 Rn. 17; vom 4. Juli 2013 - IX ZR 229/12, BGHZ 198, 77 Rn. 34 f; Beschluss vom 16. Januar 2014 - IX ZR 116/13, WM 2014, 329 Rn. 4). Eine einheitlich angelegte Vermögenszuwendung darf wegen des Gebots, den wirtschaftlichen Vorgang vollständig und richtig zu erfassen, nicht mangels formaler Führung einer laufenden Rechnung und einer dauernden Kreditlinie sinnwidrig in voneinander unabhängige Einzeldarlehen zerlegt werden (BGH, Urteil vom 7. März 2013, aaO). Hierbei fällt entscheidend ins Gewicht, ob die Vertragsparteien das Kreditverhältnis durch wechselseitige Ein- und Auszahlungen in der Art eines Kontokorrents handhaben, insbesondere wenn der Gesellschafter über die wechselseitigen Ein- und Auszahlungen der Gesellschaft mehr Mittel zuführt als er von ihr erhält (vgl. BGH, Urteil vom 4. Juli 2013 - IX ZR 229/12, BGHZ 198, 77 Rn. 35).

100 2. Diese Voraussetzungen sind im Streitfall nach der rechtsfehlerfreien
Würdigung des Berufungsgerichts erfüllt.

101 a) Die F. hat der Schuldnerin mit ihren Zahlungen fortlaufend Kredite
gewährt. Jede Zahlung sollte den gleichbleibenden Bedingungen der Rahmen-
vereinbarung vom 29. Dezember 2005 unterliegen. Wirtschaftlich spricht schon
die Vielzahl der über 600 wechselseitigen, oft mehrmals täglich erfolgten Ein-
und Auszahlungen innerhalb eines Jahres für einen in laufender Rechnung ge-
währten dauernden Kreditrahmen. Dass sich aus der Zuordnung der Rückzah-
lungen der Schuldnerin eine schwankende Dauer der Geldüberlassung zwi-
schen Auszahlung und Rückzahlung bis zu 94 Tagen ergibt, steht einem kontokor-
rentähnlichen Verhältnis nicht entgegen, weil Aus- und Rückzahlungen inei-
nander übergingen und sämtliche Zahlungen nach dem tatsächlichen Ablauf
miteinander verknüpft waren. Wirtschaftlich war allein ausschlaggebend, ob die
Summe der Ein- und Auszahlungen des jeweiligen Tages den offenen Saldo
erhöhte oder verminderte. Das zwischen der F. und der Schuldnerin be-
stehende Gesellschaftsverhältnis rechtfertigt daher eine Behandlung nach Art
eines Kontokorrentkredits.

102 Hierfür spricht zudem, dass die F. zwischen dem 25. September
2013 und dem 1. November 2013 weitere 48 Auszahlungen an die Schuldnerin
in einem Gesamtvolumen von 28.506.000 € vornahm, welche die Schuldnerin
ausweislich der Feststellungen des Berufungsgerichts nicht mehr zurückführte.
Es wäre sinnwidrig, diese einheitlich angelegte - teilweise als Hin- und Herzah-
lung erfolgte - Finanzierungshandlung mangels formaler Führung einer laufen-
den Rechnung oder mangels einer ausdrücklich vereinbarten dauernden Kredit-
linie in voneinander unabhängige Einzeldarlehen zu zerlegen.

103 b) Anders als die Revision der Klägerin meint, kommt es insoweit nicht darauf an, ob ein konkretes Kreditlimit oder eine Darlehensobergrenze vereinbart worden ist. Ebenso wenig ist erforderlich, dass die Schuldnerin einen Anspruch auf weitere Darlehen innerhalb einer kontokorrentartigen Vereinbarung hatte oder ein konkreter Verwendungszweck vereinbart worden ist. Es genügt, dass die wechselseitigen Zahlungen nach der Art einer Kreditlinie in einem Kontokorrent miteinander verknüpft waren und gehandhabt worden sind. Die Interessen der Gläubiger der Schuldnerin werden dadurch nicht beeinträchtigt, weil jede faktische Ausweitung der Darlehensgewährung zu einer Verschiebung der anfechtbaren Obergrenze führt. § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO stellt nicht schematisch auf die Summe der einzelnen dem Schuldner überlassenen Geldbeträge ab, sondern stellt in den Vordergrund die Frage der Darlehensgewährung. Eine durch sich ständig erneuernde, einander überlappende und in der Art eines Hin- und Herzahls der Geldbeträge durchgeführte Überlassung von Geldmitteln zwischen Schuldner und Gesellschafter stellt nach der § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO zugrundeliegenden gesetzlichen Interessenbewertung nur eine Darlehensgewährung in Form des höchsten innerhalb des letzten Jahres vor dem Insolvenzantrag erreichten Sollsaldos dar.

II.

104 Soweit das Berufungsgericht mit seiner alternativen Begründung die Zahlungen der Schuldnerin als unentgeltliche Leistungen im Sinne des § 134 Abs. 1 InsO ansieht, hält das Berufungsurteil hinsichtlich der Zahlungen der Schuldnerin auf die Hauptforderung der F. nur im Ergebnis rechtlicher Überprüfung stand. Hinsichtlich der Zinszahlungen über 3.106.568,83 € ist die Revision der Klägerin in Höhe von 2.507.504,33 € begründet.

- 105 1. Steht der Klägerin ein Anfechtungsanspruch aus § 143 Abs. 1, § 134 Abs. 1 InsO hinsichtlich der von der Schuldnerin vorgenommenen 610 Rückzahlungen zu, kann dieser Anfechtungsanspruch - soweit die Schuldnerin unentgeltliche Zahlungen erbracht hat - nicht mit der Begründung verneint werden, zwischen Schuldnerin und F. habe ein kontokorrentähnliches Kreditverhältnis bestanden, welches durch die unentgeltlichen Zahlungen nur in Höhe von 73.127.064,50 € zurückgeführt worden sei. Selbst bei einem echten Kontokorrentverhältnis ist eine unentgeltliche Leistung des Schuldners, die in dieses Kontokorrentverhältnis eingestellt wird, in voller Höhe anfechtbar. Es besteht kein Grund, unentgeltliche Leistungen des Schuldners, deren Anfechtbarkeit gerade darauf beruht, dass dem schuldnerischen Vermögen keine ausgleichende Gegenleistung zufließt, deshalb zu privilegieren, weil die Leistung innerhalb eines Kontokorrentverhältnisses mit anderen Ansprüchen verrechnet werden kann. Für ein kontokorrentähnliches Kreditverhältnis im Rahmen von Gesellschafterdarlehen gilt nichts Anderes.
- 106 Sollten - wie das Berufungsgericht bei seiner alternativen Begründung unterstellt - die einzelnen Rückzahlungen der Schuldnerin in der Gesamthöhe von 359.407.568,83 € eine unentgeltliche Leistung darstellen, kommt eine Beschränkung der Höhe des Anfechtungsanspruchs daher nur in Betracht, sofern die F. durch erneute Auszahlungen innerhalb des kontokorrentähnlichen Kreditverhältnisses, welche der jeweiligen unentgeltlichen Leistung der Schuldnerin nachfolgten, die bei der Schuldnerin eingetretene Gläubigerbenachteiligung wieder beseitigt haben sollte (vgl. BGH, Urteil vom 25. Januar 2018 - IX ZR 299/16, WM 2018, 328 Rn. 10 ff) oder sofern sich die F. auf eine fehlende Bereicherung gemäß § 143 Abs. 2 InsO berufen kann (vgl. BGH, Urteil vom 27. Oktober 2016 - IX ZR 160/14, WM 2016, 2319 Rn. 11 ff). Ob dies auf-

grund der Handhabung der Hin- und Herzahlungen zwischen der Schuldnerin und der F. der Fall ist, kann mangels tatrichterlicher Feststellungen nicht beurteilt werden.

107 2. Die Entscheidung erweist sich in diesem Punkt jedoch aus anderen Gründen überwiegend als richtig. Eine Anfechtung als unentgeltliche Leistung kann lediglich wegen eines Teils der Zinszahlungen über noch 2.507.504,33 € nicht ausgeschlossen werden.

108 a) Für die Rückgewähr der Darlehensvaluta sind die Voraussetzungen einer Schenkungsanfechtung bereits dem Grunde nach nicht erfüllt. Die Rückzahlungen der Schuldnerin erfolgten - wie sich aus den Ausführungen zur Revision des Beklagten ergibt (oben unter C.II.2.) - jedenfalls im Hinblick auf die zuvor in rechtlicher Verknüpfung erhaltenen Zahlungen der F. entgeltlich.

109 b) Hingegen lässt sich für die im Gesamtbetrag enthaltenen Zinszahlungen der Schuldnerin in Höhe von 3.106.568,83 € eine Anfechtung als unentgeltliche Leistung nicht ausschließen. Davon hat das Berufungsgericht 2.507.504,33 € aberkannt.

110 aa) Die Zinszahlungen können bereits dann als unentgeltliche Leistung gemäß § 134 Abs. 1 InsO anfechtbar sein, wenn die Darlehensabreden - wie das Berufungsgericht unterstellt - gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig gewesen sein sollten, ohne dass es darauf ankäme, ob § 817 Satz 2 BGB einem Bereicherungsanspruch der Schuldnerin entgegenstünde. Waren die Darlehensabreden nichtig, bestand keine vertragliche Grundlage für Zinsansprüche der F. . Zu anderen Anspruchsgrundlagen für eine Verzinsung fehlen Feststellungen des Berufungsgerichts.

111 Die auf der Grundlage nichtiger Darlehensabreden gezahlten Zinsen stellen eine unentgeltliche Leistung der Schuldnerin dar, wenn diese gewusst haben sollte, dass sie die Zinsen ohne Rechtsgrund zahlt. In diesem Fall wäre ein Bereicherungsanspruch hinsichtlich der gezahlten Zinsen gemäß § 814 BGB ausgeschlossen, so dass eine Anfechtung der Zinszahlungen als unentgeltliche Leistung im Sinne des § 134 Abs. 1 InsO in Betracht käme (vgl. BGH, Urteil vom 20. April 2017 - IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 Rn. 16). Tatrichterliche Feststellungen zur Kenntnis der Schuldnerin fehlen; ebenso fehlen tatrichterliche Feststellungen zu einem - sich auch gegenüber § 814 BGB durchsetzenden (vgl. BGH, Urteil vom 9. Februar 1961 - VII ZR 183/59, WM 1961, 530, 531; vom 7. Dezember 1988 - IVb ZR 93/87, BGHZ 106, 169, 171) - etwaigen Bereicherungsanspruch der Schuldnerin gemäß § 817 Satz 1 BGB.

112 bb) Dies führt in Höhe von 2.507.504,33 € zur Aufhebung des Berufungsurteils. Von den von der Klägerin angefochtenen Zinszahlungen der Schuldnerin über insgesamt 3.106.568,83 € hat das Berufungsgericht der Klägerin bereits einen Betrag von 599.064,50 € zugesprochen. Das Berufungsgericht stellt in seine Berechnung des Anfechtungsanspruchs für den am 23. März 2013 erreichten Höchststand Zinsen in Höhe von 709.969,67 € ein und erhöht den Tiefstand am 16. Oktober 2013 um offene Zinsen in Höhe von 110.905,17 €. Die Differenz beträgt 599.064,50 € zurückgeführte Zinsen, welche mithin im Verurteilungsbetrag bereits enthalten sind.

III.

113 Nach dem zugrunde zu legenden Sachverhalt bestehen keine Anfechtungsansprüche der Klägerin aufgrund sonstiger Anfechtungstatbestände.

114 1. Aus § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO folgt kein weitergehender Anfechtungsanspruch. Auch wenn die Zahlungen der Schuldnerin im letzten Monat vor dem Insolvenzantrag inkongruent gewesen sein sollten, weil dem Rückzahlungsanspruch der F. die Einrede des § 817 Satz 2 BGB entgegengestanden haben sollte, können die Zahlungen der Schuldnerin im letzten Monat vor dem Insolvenzantrag angesichts des kontokorrentähnlichen Verhältnisses nur insoweit angefochten werden, als sie dazu geführt haben, den Saldo bis zur Insolvenzeröffnung endgültig zurückzuführen.

115 2. Für andere Anfechtungstatbestände - etwa nach §§ 130, 133 InsO - ist nichts ersichtlich. Die Revision der Klägerin erhebt insoweit keine Rügen und zeigt insbesondere keine Umstände auf, die für einen Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin sprechen könnten.

E.

116 Die Revision der Klägerin ist - mit Ausnahme der Zinszahlungen der Schuldnerin in Höhe von 2.507.504,33 € - zurückzuweisen. Im Übrigen ist die Sache nicht zur Endentscheidung reif.

117 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf folgendes hin: Soweit der Beklagte gegenüber einem Anfechtungsanspruch der Klägerin aus § 135 Abs. 1

Nr. 2 InsO die Anfechtbarkeit der Darlehensgewährung der F. einwenden kann, kommt es im Rahmen eines kontokorrentähnlichen Kreditverhältnisses zwischen Gesellschafter und Gesellschaft nicht darauf an, welche konkreten Ein- und Auszahlungen die Vertragsparteien einander zugeordnet haben. In einem kontokorrentähnlichen Rechtsverhältnis ist der für die Vollendung der Rechtshandlung gemäß § 140 Abs. 1 InsO maßgebliche Zeitpunkt die Handlung des Gesellschafters, die zum letzten Anstieg des offenen Saldos vor der jeweiligen gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO anfechtbaren endgültigen Rückführung des offenen Saldos geführt hat. Frühere Erhöhungen des Saldos durch anfechtbare Rechtshandlungen des Gesellschafters, welche die Gesellschaft

nur vorübergehend wieder zurückgeführt hat, sind hingegen für die Einrede der Anfechtbarkeit der Darlehensgewährung unerheblich.

Kayser

Gehrlein

Grupp

Schoppmeyer

Röhl

Vorinstanzen:

LG Dresden, Entscheidung vom 08.02.2017 - 10 O 2339/15 -

OLG Dresden, Entscheidung vom 30.05.2018 - 13 U 393/17 -