
Datum: 04.06.2009
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 158/08
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2009:0604.21U158.08.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 3 O 187/08

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 22.08.2008 verkündete Teilaner-kennntnis- und Schlussurteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels dahin abgeändert, dass auch die Widerklage abgewiesen wird.

Die Gerichtskosten des Rechtsstreits sowie die außergerichtlichen Kosten des Klägers und des Beklagten zu 1) tragen der Kläger zu 31% und der Beklagte zu 1) zu 69%. Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2) werden dem Kläger auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen. Unter Berücksichtigung des weiteren Vorbringens der Parteien stellt sich der Sachverhalt wie folgt dar:

1

2

3

Der Beklagte zu 1) wurde gemäß Beschluss des Amtsgerichts Dortmund (Aktz. 257 IN 67/07) vom 01.09.2007 zum Insolvenzverwalter über das Vermögen der S2 S mbH bestellt.	4
Die Insolvenzschuldnerin hatte seit dem Jahre 2003 in zahlreichen deutschen Städten Niederlassungen zur Etablierung einer bundesweit tätigen Rechtsanwalts-gesellschaft unter einem gemeinsamen Markenauftritt gegründet. Bestimmte Verwaltungsleistungen wurden am Hauptsitz in E erledigt. Das Stammkapital der Gesellschaft betrug 26.000 €.	5
Die dem System beitretenden Rechtsanwälte verpflichteten sich in sog. Partnerschaftsverträgen, der Gesellschaft "als Gegenleistung" für die Überlassung von Kanzleiräumen, technischer Infrastruktur, Verwaltung, Marketing etc. ein zinsloses Darlehen von 50.000 € zur Verfügung zu stellen.	6
Die Vertragsparteien erklärten unter Abschnitt I. der Verträge:	7
<i>Die Beteiligten werden die gebotenen und zweckdienlichen Maßnahmen einleiten, damit der Partner unverzüglich geschäftsführender Gesellschafter der GmbH wird. Die Beteiligung am Stammkapital der GmbH wird sich dabei wegen der Vielzahl der im gemeinsamen Interesse an der Durchsetzung des Konzeptes in Deutschland gewünschten Partner auf € 100,00 belaufen.</i>	8
Unter Abschnitten V. und VI. der Verträge war Folgendes geregelt:	9
<i>V. Konten des Partners</i>	10
<i>1. Für den Partner werden im Rechnungswesen der GmbH ein festes Einlagenkonto, ein Verrechnungskonto und ein Darlehenskonto geführt.</i>	11
<i>2. Auf dem Darlehenskonto wird das Darlehen des Partners verbucht. Das Darlehen ist gegenüber den Forderungen außenstehender, gesellschaftsfremder Gläubiger nachrangig (kapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen).</i>	12
<i>3. Auf dem Verrechnungskonto werden die im nachfolgenden geregelten Umsatzbeteiligungen und Entnahmen verbucht. Das Konto ist im Haben mit 2% p.a. zu verzinsen.</i>	13
<i>4. Der Partner erhält nach Maßgabe der beigefügten Anlage (Anlage 1) eine Umsatzbeteiligung aus den von ihm erzielten Honorarumsätzen. Darüber hinaus wird er in dem aus der Anlage ersichtlichen Umfang an den Gesamtumsätzen beteiligt, die innerhalb der Zweigniederlassung erzielt werden, in der er seine berufliche Tätigkeit ausübt.</i>	14
<i>VI. Entnahmen</i>	15
<i>Der Partner ist berechtigt als Gewinnvorab bis zu 1.666,67 € monatlich zu Lasten seines Verrechnungskontos zu tätigen. Dieses Entnahmerecht erlischt, wenn der Saldo der Konten des Partners nicht mehr positiv ist. Das Recht auf den Gewinnvorab entfällt ferner mit der Beendigung der rechtsanwaltlichen Tätigkeit. ...</i>	16
Der Kläger schloss mit der Insolvenzschuldnerin am 24./25.10.2005 einen entsprechenden Partnerschaftsvertrag (K 2). Er stellte der Gesellschaft mittels einer am 01.11.2005 vom Konto seiner Mutter getätigten Überweisung (K 3) den vorgesehenen Darlehensbetrag von 50.000 € zur Verfügung. Seit dem 15.12.2005 war er in der Niederlassung in G a.M. als Rechtsanwalt für die Insolvenzschuldnerin tätig.	17

- In der Spitze hatten sich dem System 140 Anwälte angeschlossen. Rechtsanwalt S, der zunächst Alleingesellschafter gewesen war, übertrug 71 Partnern Gesellschaftsanteile. Die anderen Partner, zu denen auch der Kläger gehörte, wurden keine Gesellschafter und auch nicht zu Geschäftsführern bestellt. 18
- Der Kläger kündigte den Partnerschaftsvertrag mit Schreiben vom 05.10.2006 (K 6), das die Insolvenzschuldnerin mit Schreiben vom 18.10.2006 bestätigte (K 7), zum 15.12.2006. Er erhielt von der Insolvenzschuldnerin, letztmalig ausgezahlt am 19.02.2007, Zuwendungen, die überwiegend mit dem Verwendungszweck "Entnahme" oder "Honorarabrechnung" versehen waren. Die "Entnahmen" beliefen sich für die Zeit vom 19.07.2006 bis zum 19.02.2007 auf insgesamt 11.186,62 € (Aufstellungen S. 35f. des Schriftsatzes vom 20.06.08, Bl. 72f. GA und Anlage zum Schriftsatz vom 16.04.09, Bl. 231f. GA). Dabei handelte es sich um Beträge, durch die die monatlichen Einkünfte des Klägers auf 1.667,00 € aufgestockt wurden. 19
- Darüber hinaus stellte der Kläger der Insolvenzschuldnerin für Dezember 2005, Juli bis September 2006 und Oktober bis Dezember 2006 Umsatzbeteiligungen in Höhe von insgesamt 974,13 € in Rechnung (K 8 -10). 20
- Mit Schreiben vom 29.10.2007 (K 12) meldete er im Insolvenzverfahren diese 974,13 € und eine Forderung auf Rückzahlung des über 50.000 € gewährten Darlehens, insgesamt also 50.974,13 €, an. Die Forderungen wurden ausweislich eines Auszuges aus der Insolvenztabelle vom 30.11.2007 (K 14) von dem Beklagten zu 1) und der Beklagten zu 2), deren Forderung in Höhe von 956.744,41 € zur Insolvenztabelle festgestellt wurde, bestritten. Insolvenzgläubiger haben nach einem Bericht des Beklagten zu 1) vom 30.11.2007 eine Quote von 62,75% zu erwarten (K 13). Inzwischen rechnet er mit einer geringeren Quote, die nach den Angaben seines Prozessbevollmächtigten im Senatstermin gegenwärtig nur schwer absehbar sei, allenfalls aber bei etwa 10% liegen dürfe. 21
- Der Kläger hat gemeint, gegenüber beiden Beklagten sei gemäß § 179 Abs. 1 InsO festzustellen, dass ihm eine – nicht nachrangige – Insolvenzforderung von 52.771,35 € zustehe. Der Betrag setze sich aus Umsatzbeteiligungen von 974,13 €, einer Darlehensforderung von 50.000 € und aus bis zur Insolvenzeröffnung angefallenen Zinsen in Höhe von insgesamt 1.824,22 € (Berechnung K 11) zusammen, die er auf die zum 15.02., 15.03. und 15.04.2007 fälligen Darlehensrückzahlungsraten (jeweils 16.666,66 €) beanspruchen könne. 22
- Der Kläger hat die Ansicht vertreten, seine Darlehensforderung habe den Rang des § 38 InsO. Es habe sich entgegen der Formulierung unter Abschnitt V. des Partnerschaftsvertrages nicht um ein kapitaleretzendes Gesellschafterdarlehen i.S.v. §§ 32a GmbHG, 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO gehandelt, weil er das Darlehen ausweislich des Vertrages als Gegenleistung für von der Insolvenzschuldnerin zu erbringende Leistungen gewährt habe und er im Übrigen niemals Gesellschafter geworden sei, so dass der Betrag nicht als kapitaleretzend habe angesehen werden können. 23
- Eine Nachrangigkeit folge auch nicht aus einer Rangrücktrittserklärung i.S.v. § 39 Abs. 2 InsO. Er habe diese nur für den Fall abgegeben, dass er Gesellschafter werde. 24
- Etwaige Auslegungszweifel gingen gemäß § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten der Insolvenzschuldnerin. Halte man den Passus dennoch für eine Rangrücktrittsvereinbarung, sei er als überraschende Klausel i.S.v. § 305c Abs. 1 BGB unwirksam. Schließlich stellte eine solche Klausel eine unangemessene Benachteiligung i.S.v. § 307 BGB dar. 25

Der Kläger hat beantragt,	26
festzustellen, dass ihm in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der S2 S mbH eine Insolvenzforderung in Höhe von 52.771,35 € zusteht.	27
Die Beklagten haben die von dem Kläger begehrte Feststellung einer Forderung auf eine Umsatzbeteiligung von 974,13 € anerkannt und im Übrigen beantragt,	28
die Klage abzuweisen.	29
Sie haben gemeint, abgesehen von dem anerkannten Betrag stünden dem Kläger nur gemäß § 39 InsO nachrangige Forderungen zu. Die von den Partnern gewährten Darlehen seien deshalb als kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen bezeichnet worden, weil jedenfalls in der Aufbauphase mit Verlusten zu rechnen gewesen sei und angesichts des sehr niedrigen Stammkapitals eine insolvenzrechtlich relevante Überschuldung habe vermieden werden müssen. Die Regelung habe nach ihrem Zweck und ihrem Wortlaut unabhängig davon gelten sollen, ob ein Partner später geschäftsführender Gesellschafter werde. Ihm hätten im Gegenzug auch die Vorteile der mitunternehmerischen Tätigkeit, nämlich eine umsatzabhängige Erfolgsbeteiligung, von vorneherein zugestanden.	30
Der Beklagte zu 1) hat zudem gemeint, der Kläger sei zur Rückzahlung ihm gewährter Entnahmen verpflichtet. Da die Partner zu Beginn ihrer Tätigkeit noch nicht damit hätten rechnen können, auskömmliche erfolgsabhängige Vergütungen zu erwirtschaften, seien sie gemäß Abschnitt VI. des Partnerschaftsvertrages zwar berechtigt gewesen, Entnahmen bis zu 1.667,67 € monatlich zu tätigen. Diese Entnahmen, die im Falle des Klägers, wie unstrittig ist, 11.186,62 € betragen, stellten sich jedoch als teilweise Rückzahlungen des Darlehens dar, das nach der vertraglichen Konstruktion nicht nur der Finanzierung der Insolvenzschuldnerin, sondern auch des Partners selbst gedient habe. Die Finanzstruktur habe zuletzt der eines Schneeballsystems geglichen.	31
Der Kläger habe die Beträge zu erstatten, weil sie der Gesellschaft als kapitalersetzendes Darlehen hätten verbleiben müssen. Jedenfalls folge der Anspruch aus §§ 135 Nr. 2, 143 Abs. 1 InsO. Schließlich seien die Darlehensrückzahlungen gemäß § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO anfechtbar. Die Liquiditätskrise habe spätestens ab März 2006 bestanden.	32
Widerklagend hat der Beklagte zu 1) beantragt,	33
den Kläger zu verurteilen, an ihn 11.186,62 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.09.2007 zu zahlen.	34
Der Kläger hat beantragt,	35
die Widerklage abzuweisen.	36
Er hat gemeint, bei den Auszahlungen habe es sich um unter Abschnitt VI. des Vertrages geregelt Gewinnvorabentnahmen und nicht um Darlehensrückzahlungen gehandelt, wie auch daraus folge, dass die Überweisungen auf den Kontobelegen (K 20, Bl. 118f. GA) ausdrücklich als Entnahmen gekennzeichnet worden seien. Im Übrigen habe er nach der Einstellung seiner Tätigkeit am 15.04.2006 von wirtschaftlichen Schwierigkeiten erst im Anschluss an die Teilnahme seines erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten an einer Partnerversammlung vom 04.06.2007 erfahren.	37

Mit am 22.08.2008 verkündetem Teilerkenntnis- und Schlussurteil, wegen dessen näheren Inhaltes auf Bl. 138ff. GA verwiesen wird, hat das Landgericht gemäß dem Anerkenntnis der Beklagten festgestellt, dass dem Kläger im Insolvenzverfahren über das Vermögen der S2 S mbH eine Insolvenzforderung in Höhe von 974,13 € zusteht. Im Übrigen hat die Kammer die Klage abgewiesen. Auf die Widerklage hat die Kammer den Kläger verurteilt, an den Beklagten zu 1) 11.186,62 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.09.2007 zu zahlen. Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen Folgendes ausgeführt: Der Klage sei gemäß dem Anerkenntnis der Beklagten in Höhe von 974,13 € stattzugeben. Wegen des Darlehens sei die Klage jedoch abzuweisen, weil dem Kläger insoweit keine Insolvenzforderung nach § 38 InsO, sondern nur eine nachrangige Forderung nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO zustehe. Gemäß Wortlaut und Zweck des Partnerschaftsvertrages hätten der Kläger und die Insolvenzschuldnerin für das Darlehen unter Abschnitt V. den Rang eines kapitaleretzenden Gesellschafterdarlehens vereinbart. Der Rangrücktritt habe nicht unter der Bedingung gestanden, dass der Kläger geschäftsführender Gesellschafter werde. Der Kläger habe das Darlehen mit dem vorgesehenen Rang nämlich unmittelbar nach dem Vertragsschluss zu einem Zeitpunkt leisten sollen, zu dem er noch kein geschäftsführender Gesellschafter habe sein können. Angesichts der unter Abschnitt I. des Partnerschaftsvertrages konkret vorgesehenen Ausgestaltung sei die angestrebte Stellung in der Gesellschaft auch von eher untergeordneter Bedeutung gewesen. Die Insolvenzschuldnerin sei zudem keine Verpflichtung zur Übertragung eines Gesellschaftsanteils eingegangen.

Als atypischer stiller Gesellschafter der Insolvenzschuldnerin habe der Kläger den Grundsätzen zur Erhaltung des Stammkapitals ebenso wie ein GmbH-Gesellschafter unterlegen und vereinbaren können, dass seine Leistung eigenkapitaleretzenden Charakter haben solle. Mit Abschluss des Partnerschaftsvertrages sei gemäß § 230 HGB eine stille Gesellschaft im Sinne einer atypischen stillen Beteiligung vereinbart worden. Der Rangrücktritt, der auch außerhalb einer Krise vereinbart werden könne, sei schon deshalb nicht unwirksam nach §§ 305c ff. BGB, weil es sich bei dem Partnerschaftsvertrag um einen Gesellschaftsvertrag i.S.v. § 310 Abs. 4 BGB handele.

39

Die Widerklage sei gemäß § 143 Abs. 1 InsO begründet, weil ein Anfechtungsgrund nach § 135 Nr. 2 InsO bestehe. Die an den Kläger vom 19.07.2006 bis zum 19.02.2007 erbrachten Zahlungen seien im letzten Jahr vor dem am 07.05.2007 gestellten Insolvenzantrag erfolgt. Trotz eines gerichtlichen Hinweises habe der Kläger nicht substantiiert dargelegt, dass er die Beträge nicht auf seinen Darlehensrückzahlungsanspruch, sondern als Entnahmen nach Abschnitt VI. des Vertrages erhalten habe. Gegen Entnahmen spreche auch, dass ihm nach der Einstellung seiner Tätigkeit, die er selbst für den 15.04.2006 angebe, keine Gewinnvorabentnahmen mehr zugestanden hätten.

40

Ein weiterer Anfechtungsgrund ergebe sich aus § 133 Abs. 1 BGB. Die Zahlungen stellten eine inkongruente Deckung dar, weil eine Darlehensrückforderung noch nicht fällig gewesen sei. Nach Abschnitt VIII. des Partnerschaftsvertrages sei das Auseinandersetzungsguthaben in drei gleichen Monatsraten, beginnend zwei Monate nach Beendigung der gesellschaftsrechtlichen Mitgliedschaft, zu zahlen. Da die Kündigung zum 15.12.2006 erfolgt sei, sei die erste Rate erst am 15.02.2007 fällig geworden, so dass bis auf die letzte Zahlung vom 19.02.2007 alle Zahlungen verfrüht erfolgt seien. Damit sei von einer Benachteiligungsabsicht der Insolvenzschuldnerin und einer entsprechenden Kenntnis des Klägers auszugehen. Da alle Zahlungen im engen zeitlichen Zusammenhang erfolgt seien, bestehe der Anfechtungsgrund des § 133 Abs. 1 InsO auch für die letzte an sich nicht verfrühte Zahlung.

41

- Mit seiner Berufung richtet sich der Kläger gegen die teilweise Abweisung seiner Klage und gegen seine auf die Widerklage hin erfolgte Verurteilung. Er meint, die gebotene Auslegung des Vertrages führe vor dem Hintergrund des anwaltlichen Berufsrechtes dazu, dass seine Darlehensrückzahlungsforderung als Insolvenzforderung nach § 38 InsO zu qualifizieren sei. Die berufliche Zusammenarbeit von Rechtsanwälten in einer stillen Gesellschaft sei rechtlich nicht möglich. Die Annahme einer stillen Gesellschaft durch das Landgericht sei auch deshalb verfehlt, weil er nach außen habe in Erscheinung treten sollen. 42
- Richtigerweise handele es sich bei dem geschlossenen Partnerschaftsvertrag um einen freien Mitarbeitervertrag in der Form eines partiarischen Darlehens bzw. eines partiarischen Dienstvertrages. 43
- Die Kammer habe nicht beachtet, dass er nur eine Kleinbeteiligung habe erwerben sollen, damit ihm zwecks einer Erleichterung des Berufseinstiegs das Haftungsprivileg des § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG a.F. zugute komme. 44
- Die Widerklage sei unbegründet, weil kein Anfechtungsgrund gegeben sei. Die Zahlungen seien nicht auf das Darlehen, sondern als Entnahmen nach Abschnitt VI. des Vertrages erfolgt (Kontoumsatzbescheinigung Anlage zum Schriftsatz vom 27.12.08, Bl. 203-205 GA). Auch nach Verlassen der Niederlassung in G habe das Vertragsverhältnis mit dem Recht zum Gewinnvorab bis zum Wirksamwerden der Kündigung am 15.12.2006 fortbestanden. 45
- Die Beklagten treten der Berufung entgegen. 46
- Der Beklagte zu 1) meint, die Nachrangigkeit der Darlehensforderung des Klägers nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 oder sogar § 39 Abs. 2 InsO folge unabhängig davon, ob man das Rechtsverhältnis des Klägers und der Insolvenzschuldnerin entsprechend der Meinung der Kammer als (atypische) stille Gesellschaft qualifiziere, aus dem gemäß Abschnitt V. des Partnerschaftsvertrages vereinbarten Rangrücktritt. Der Wirksamkeit des vereinbarten Rangrücktritts stehe nicht entgegen, dass der Kläger nur Kleingesellschafter i.S.v. § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG a.F. habe werden sollen. Unbeschadet davon, dass der gesetzliche Rangrücktritt nach § 32a Abs. 1 GmbHG a.F. für den Kleingesellschafter nicht gelte, könne er, wie auch ein Nichtgesellschafter, mit der GmbH einen Rangrücktritt vereinbaren. 47
- Der Beklagte zu 1) hält die Berufung auch insoweit für unbegründet, wie sie sich gegen die auf die Widerklage erfolgte Verurteilung des Klägers richtet. Ihm, dem Beklagten zu 1), stehe entweder ein vertraglicher oder ein gesetzlicher Erstattungsanspruch zu. Unstreitig sei zwar, dass die von dem Kläger in Höhe von 11.186,62 € vereinnahmten Beträge "Entnahmen" darstellten. Streitig sei aber, ob die "Entnahmen" als Honorarzahungen oder – richtigerweise – als Darlehensrückzahlungen zu qualifizieren seien. Die Entnahmen seien zu Lasten des Darlehenskontos erfolgt. Dies habe für die Partner den Vorteil gehabt, dass sie auf die Zahlungen weder Einkommens- noch Umsatzsteuer hätten abführen müssen. Abweichend von Abschnitt V. des Partnerschaftsvertrages habe es sich nicht um einen "Gewinnvorab" i.S. einer Ergebnisbeteiligung gehandelt, die dem Kläger als Nichtgesellschafter auch nicht zugestanden habe. Soweit ein Partner einen Honoraranspruch erwirtschaftet habe, sei dieser zuzüglich Umsatzsteuer ausgekehrt worden. Habe das Honorar unter 1.667 € gelegen, sei die Differenz durch eine "Entnahme" – also eine Darlehensrückzahlung – aufgefüllt worden, auf die keine Umsatzsteuer gezahlt worden sei. Dies habe auch der Rechnungsstellung des Klägers entsprochen. 48
- Der Kläger habe mit den Zahlungen eine inkongruente Deckung erhalten. Er habe schon vor der Beendigung seiner Tätigkeit durch die e-mails vom 24.03.2006 (K4 = B I-2; Bl. 26f. AnlBd. 49

B) und 31.03.2006 (Bl. 28 AnlBd. B) von der beginnenden Liquiditätskrise der Insolvenzschuldnerin erfahren.

Die Beklagte zu 2) hält die Berufung des Klägers gegen das klageabweisende Urteil ebenfalls für unbegründet. Die Forderung des Klägers sei schon deshalb nachrangig, weil es im Partnerschaftsvertrag ausdrücklich so geregelt worden sei. Die Frage, ob und wenn ja welche gesellschaftsrechtliche Verbindung vereinbart worden sei, sei demgemäß ohne Bedeutung. 50

II. 51

Die zulässige Berufung des Klägers ist unbegründet, soweit sie sich gegen die teilweise Abweisung der Klage richtet, jedoch begründet, soweit mit dem Rechtsmittel die auf die Widerklage erfolgte Verurteilung angegriffen wird. 52

A. Klage 53

Die auf die Darlehensrückzahlungsforderung nebst Zinsen gerichtete Klage ist zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg. 54

I. Die Klage ist gemäß §§ 179 Abs. 1, 181 InsO gegenüber dem Beklagten zu 1) als Insolvenzverwalter und gegenüber der Beklagten zu 2) als Insolvenzgläubigerin, die die vom Kläger angemeldete Forderung bestritten haben, zulässig. 55

Der Senat legt den Klageantrag, wie im Senatstermin erörtert, entsprechend dem Streitstand der Parteien dahin aus, dass nicht das Bestehen der Insolvenzforderung an sich, sondern lediglich die Frage im Streit steht, ob es sich um eine Forderung im Rang des § 38 InsO oder um eine nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 bzw. Abs. 2 InsO nachrangige Forderung handelt. 56

II. Der Kläger und die Insolvenzschuldnerin haben für den Darlehensrückzahlungsanspruch des Klägers unter Abschnitt V. 2. des Partnerschaftsvertrages wirksam den Rang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO (in der bis zum 31.10.2008 gültigen Fassung; nun § 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4 und 5 InsO n.F.) festgelegt. Das Landgericht hat die Klage deshalb insoweit zurecht abgewiesen. 57

Nach dem Wortlaut der Vertragsklausel sollte die Forderung "gegenüber den Forderungen außenstehender, gesellschaftsfremder Gläubiger nachrangig" sein, wobei der Rang durch den in Klammern gesetzten Begriff "kapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen", für das der Rang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a.F. gilt, konkretisiert worden ist. 58

Daraus folgt zugleich, dass keine von diesem Rechtsbegriff unabhängige Nachrangigkeit vereinbart worden ist, die gemäß § 39 Abs. 2 InsO dazu geführt hätte, dass die Forderung sogar erst im Anschluss an die in § 39 Abs. 1 InsO a.F. genannten Forderungen zu begleichen wäre. 59

Eine Nachrangigkeit im Umfang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a.F. kann grundsätzlich unter zwei Gesichtspunkten bestehen. Einerseits bestimmt sich der Rang nach der Vorschrift, wenn ihre gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind, wenn es sich also um "Forderungen auf Rückgewähr" eines "kapitalersetzenden Darlehens eines Gesellschafters oder gleichgestellte Forderungen" handelt. Andererseits gilt der Rang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a.F. aber unabhängig von der Art der betroffenen Forderung auch dann, wenn die Vertragsparteien wirksam vereinbart haben, dass die Forderung im Insolvenzfall nur entsprechend diesem Rang berichtigt werden soll. 60

1) Der Kläger hat damit Recht, dass die oben erwähnte erste Möglichkeit, aus der eine Nachrangigkeit seiner Forderung folgen könnte, nicht einschlägig ist. Die gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a.F., die ohne weiteres eine entsprechende Nachrangigkeit begründen würden, sind hinsichtlich seines Darlehensrückzahlungsbegehrens nicht gegeben.

Es handelt sich weder um die Forderung eines *Gesellschafters auf Rückgewähr des kapitalersetzenden Darlehens* noch um eine *gleichgestellte Forderung* i.S. der Vorschrift.

62

a) Entgegen § 39 Abs. 1 Nr. 5 Alt. 1 InsO a.F. geht es nicht um die Forderung eines Gesellschafters. Der Kläger ist unstreitig kein GmbH-Gesellschafter geworden. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a.F. können entgegen der Ansicht des Landgerichts auch nicht mit dem Argument bejaht werden, ausreichend sei, dass zwischen der GmbH und dem Kläger eine Innengesellschaft in Form einer atypischen stillen Gesellschaft bestanden habe. Selbst wenn der Kläger stiller Gesellschafter geworden wäre, würden für ihn nicht ohne weiteres die Kapitalersatzregeln eingreifen. Es müsste sich um eine atypische stille Gesellschaft handeln, bei der der Gesellschafter ähnlich einem GmbH-Gesellschafter die Geschicke der Gesellschaft bestimmen könnte und am Vermögen und Ertrag beteiligt wäre (siehe dazu BGH NJW 1989, 982; Ehrlicke in Münchener-Kommentar, InsO, 2. Aufl., § 39 Rn. 42). Mangels substantieller Einflussnahmemöglichkeiten und Beteiligungen an der Gesellschaft war der Kläger jedenfalls nicht atypischer stiller Gesellschafter. Er hat gemäß dem Partnerschaftsvertrag lediglich ein Darlehen gewährt und quasi im Gegenzug die Möglichkeit erhalten, für die Gesellschaft gegen Zahlung bestimmter Beträge zu arbeiten. Es kann deshalb offen bleiben, ob das anwaltliche Berufsrecht eine typische oder atypische stille Beteiligung an der Gesellschaft zugelassen hätte.

63

b) Die von dem Kläger verfolgte Forderung stellt auch keine *gleichgestellte Forderung* im Sinne von § 39 Abs. 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO a.F. dar. Eine solche käme insbesondere in Betracht, wenn zwischen dem Kläger als Dritten, der der Gesellschaft ein Darlehen zur Verfügung gestellt hat, und einem Gesellschafter ein Zurechnungszusammenhang hergestellt werden könnte, der die Leistung des Klägers an die Gesellschaft wirtschaftlich wie ein eigenkapitalersetzendes Darlehen des Gesellschafters erscheinen ließe (Ehrlicke, a.a.O., § 39 Rn. 35). Die Darlehensgewährung durch den Kläger kann jedoch keinem Gesellschafter zugerechnet werden. Zwar können auch neu in die Gesellschaft eingetretene Gesellschafter von der Regelung erfasst werden, soweit sie vorweg Darlehen schon im Hinblick auf den Gesellschaftsbeitritt gewährt haben (Ehrlicke, a.a.O., § 39 Rn. 37). Dies kann aber ohne Hinzutreten weiterer hier nicht vorliegender Umstände nicht auf Gläubiger übertragen werden, bei denen es – wie hier beim Kläger – nicht (mehr) zu einer Gesellschafterstellung kommt.

64

2) Dass die Tatbestandsvoraussetzungen des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a.F., die schon von Gesetzes wegen zu einer Nachrangigkeit der Forderung führen würden, nicht gegeben sind, ist aber letztlich unerheblich, weil der Kläger und die Insolvenzschuldnerin für den Darlehensrückzahlungsanspruch unabhängig von der Art des Darlehens gemäß Abschnitt V. des Partnerschaftsvertrages einen entsprechenden Rang wirksam vereinbart haben.

65

a) Einem Gläubiger der GmbH steht es frei, einen Nachrang nicht nur im Rang des § 39 Abs. 2 InsO, sondern auch innerhalb des § 39 Abs. 1 InsO zu vereinbaren, soweit es dabei nicht zu einer Verbesserung des gesetzlich vorgesehenen Rangs kommt (Ehrlicke a.a.O. § 39 Rn. 45; siehe auch BT-Drucks. 12/2443, 123). Dies gilt für Gesellschafter, Kleingesellschafter und auch für gesellschaftsfremde Personen. Abschnitt V. Nr. 2. des Vertrages stellt keine Rechtsgrundverweisung, sondern eine Rechtsfolgenverweisung auf den insolvenzrechtlichen

66

Rang kapitalersetzender Darlehen dar. Zum Zeitpunkt des Abschlusses der Verträge haben die Partner angesichts der von ihnen angestrebten beruflichen Zukunft bei der Insolvenzschuldnerin deren Situation offensichtlich positiv bewertet. Sie sind deshalb ersichtlich nicht davon ausgegangen, dass sich die Insolvenzschuldnerin in einer kritischen finanziellen Lage befand, die die Zuführung des von ihnen zu gewährenden Darlehens als Kapitalersatz unabdingbar machte. Ansonsten wären die Partner die Verträge unter Berücksichtigung ihrer Interessenlage in der Regel gar nicht erst eingegangen. Wenn im Zusammenhang mit ihrem Darlehen gleichwohl der Begriff kapitalersetzend verwandt wurde, diente er ersichtlich nicht der Qualifizierung des Darlehens, sondern im Wege einer Rechtsfolgenverweisung der Bestimmung des Rangs für den Fall, dass es doch einmal zu einer Notlage der Gesellschaft kommen würde.

b) Entgegen der Ansicht des Klägers steht dem Nachrang seiner Forderung das Kleingesellschafterprivileg des § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG (in der bis zum 31.10.2008 gültigen Fassung; siehe nun § 39 Abs. 5 InsO n.F.) schon deshalb nicht entgegen, weil auch ein Kleingesellschafter den Nachrang einer Forderung mit der Gesellschaft vereinbaren kann. 67

c) Die von den Vertragsparteien getroffene Vereinbarung eines § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO entsprechenden Ranges ist von ihrem Wortlaut und ihrem Zweck her dahin auszulegen, dass sie unmittelbar mit der Darlehensgewährung und nicht erst mit dem Erwerb einer geschäftsführenden Gesellschafterstellung gelten sollte. Die Pflicht zur Darlehensgewährung ergab sich grundsätzlich unabhängig von einer späteren Beteiligung an der GmbH bereits aus dem Partnerschaftsvertrag. Wenngleich das Darlehen im Vertrag teilweise als Gesellschafterdarlehen bezeichnet ist, sollte es gemäß Abschnitt III. des Vertrages als Gegenleistung für die unter Abschnitt II. bestimmten Leistungen der GmbH zur Verfügung gestellt werden. Damit war es schon vor der angestrebten Gesellschafterstellung der Partner zu gewähren, die auch bereits vor Übertragung eines Gesellschaftsanteils mit den von der GmbH zur Verfügung gestellten Sachleistungen als Rechtsanwälte für die GmbH tätig werden sollten. Dies entspricht dem übereinstimmenden Verständnis der Parteien. 68

Die Gleichstellung von "einfachen" Partnern mit an der Gesellschaft beteiligten Partnern gilt nach dem Vertrag prinzipiell nicht nur für die Pflicht zur Gewährung des Darlehens, sondern auch für den Rang der Rückforderung. Soweit die Nachrangigkeit unter Abschnitt V. des Vertrages in Abgrenzung zu Forderungen "außenstehender, gesellschaftsfremder Gläubiger" bestimmt worden ist, kann ein Partner, der (noch) kein Gesellschafter ist, nicht als außenstehend und gesellschaftsfremd angesehen werden. Wenngleich er nicht in den Gesellschafterverbund eingegliedert ist, steht er nicht außerhalb der Organisation, sondern ist ein zur Darlehensgewährung verpflichteter Partner, für dessen Rückzahlungsanspruch Abschnitt V. des Vertrages konzipiert ist. Der Klammerzusatz "kapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen" bedeutet ebenfalls nicht, dass es sich um das Darlehen eines Gesellschafters handeln muss. Wie oben bereits ausgeführt, stellte dies im Sinne eines Rechtsfolgenverweises lediglich eine Bezugnahme auf den Rang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a.F. dar. 69

Auch nach Sinn und Zweck des Partnerschaftsvertrages ist ein ungleicher Rang der Forderungen von Partnern, die (bereits) Gesellschafter geworden sind, und "einfachen Partnern" nicht gerechtfertigt. Eine Kleinbeteiligung von 100 € bei einem Stammkapital von 26.000 € verschaffte einem Partner trotz des Umstands, dass er geschäftsführender Gesellschafter werden sollte, angesichts der Vielzahl der Partner keinen maßgeblichen Einfluss auf die Führung der GmbH. Ebenso wie die Stellung eines Nichtgesellschafter richtete sich die Stellung eines Gesellschafters im Wesentlichen nach den Regelungen des 70

Partnerschaftsvertrages. Danach konnten die Partner Honorar abrechnen und gemäß Abschnitt VI. hinsichtlich eines dadurch nicht abgedeckten Betrages "als Gewinnvorab Entnahmen bis zu 1.666.67 € monatlich" beanspruchen. Wenngleich die Partner bei Vertragsschluss grundsätzlich von einer geordneten finanziellen Lage der Gesellschaft ausgingen, musste ihnen doch bewusst sein, dass jedenfalls in der Anfangs- und Wachstumsphase die von ihnen zur Verfügung gestellten Darlehensbeträge zum Bestreiten der Entnahmen und sonstiger Verpflichtungen der Gesellschaft erforderlich werden konnten. Unabhängig davon, ob eigenkapitalersetzende Leistungen in der Überschuldungsbilanz zu passivieren sind (siehe dazu BGH NJW 2001, 1280), konnte auch die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft davon abhängen, ob die Darlehensrückzahlungsansprüche der Partner im Rang nach außenstehenden Darlehensgebern, Lieferanten oder sonstigen Drittgläubigern zu befriedigen sein würden. Der zunächst mit nicht unerheblichen Kosten verbundene Aufbau einer bundesweit tätigen Rechtsanwalts-gesellschaft konnte es notwendig machen, dass die von den Partnern eingebrachten Darlehensbeträge unabhängig von einer Gesellschafterstellung im Ernstfall zum Ausgleich von Verbindlichkeiten zur Verfügung stehen und erst nachrangig zu bedienen sein würden. Ein sachlicher Grund, "einfache Partner" und Gesellschafter insoweit unterschiedlich zu behandeln und Abschnitt V. 2. des Vertrages insoweit differenziert auszulegen, besteht nicht.

3) Eine andere Auslegung hinsichtlich des Rangs des von dem Kläger geleisteten Darlehens ist auch nicht wegen § 305c Abs. 2 BGB gerechtfertigt. 71

Zwar dürften §§ 305 ff. BGB entgegen der Meinung des Landgerichts auf den Partnerschaftsvertrag anwendbar sein. Es handelt sich nicht um einen Vertrag auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts i.S.v. § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB. Der Vertrag sollte prinzipiell unabhängig davon gelten, ob es zu der angestrebten Gesellschafterstellung des Partners kommen würde. Vor der Übertragung eines Gesellschafteranteils hatte der Partner, wie oben bereits angesprochen, auch keine Stellung, die als atypische stille Gesellschaft und wohl auch nicht als einfache stille Gesellschaft qualifiziert werden könnte (zur Anwendbarkeit des § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB auf die stille Gesellschaft siehe Palandt-Grüneberg, BGB, 68. Aufl., § 310 Rn. 50). 72

Die Auslegung, dass ein Darlehensrückzahlungsanspruch auch schon vor der Übernahme eines Gesellschaftsanteils den Rang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a.F. hat, ist jedoch auch nach dem gemäß § 305c Abs. 2 BGB anzulegenden Maßstab nicht zweifelhaft. Bei der Auslegung von allgemeinen Geschäftsbedingungen sind die Verständnismöglichkeiten der sich typischerweise an Geschäften der jeweiligen Art beteiligenden Durchschnittskunden zu berücksichtigen (Palandt-Grüneberg, a.a.O., § 305c Rn. 15). Die Partnerschaftsverträge sind allein mit Volljuristen geschlossen worden, die als Rechtsanwälte tätig werden wollten. Sie konnten die oben erörterten maßgeblichen Auslegungskriterien erkennen. Die Klausel des Abschnitts V. 2. des Vertrages ist hinsichtlich der Nachrangigkeit eindeutig formuliert. 73

Für die Partner stellte der vorgesehene Rangrücktritt angesichts des äußeren Erscheinungsbildes und der wirtschaftlichen Hintergründe des Vertrages auch keine überraschende Klausel i.S.v. § 305c Abs. 1 BGB dar. 74

Schließlich handelte es sich auch nicht um eine unangemessene Benachteiligung i.S.v. § 307 Abs. 1 BGB, sondern um eine angemessene Beteiligung der Partner an dem Risiko einer Rechtsanwalts-gesellschaft, für die sie beruflich tätig sein wollten und an der sie auch einen Gesellschaftsanteil übernehmen sollten. 75

B. Widerklage 76

Soweit sich der Kläger mit seiner Berufung gegen seine auf die Widerklage des Beklagten zu 1) erfolgte Verurteilung wendet, hat sein Rechtsmittel dagegen Erfolg. 77

Dem Beklagten zu 1) steht die geltend gemachte Forderung auf Rückzahlung der von dem Kläger in Höhe von 11.186,62 € vereinnahmten Beträge nicht zu. 78

I. Ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB scheidet aus, weil die Zahlungen nicht ohne Rechtsgrund erfolgt sind. Die an den Kläger geleisteten Beträge sind auf der Grundlage von Abschnitt VI. des Partnerschaftsvertrages gewährt worden. Die Klausel sah ausdrücklich monatliche Entnahmen von bis zu 1.666,67 € vor, soweit der Betrag nicht bereits durch andere ihm zustehende Einnahmen gedeckt war. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass der Vertrag entsprechende Zahlungen vorsah und der Betrag, den der Kläger in Höhe von insgesamt 11.186,62 € erhalten hat, vollumfänglich auf dieser Rechtsgrundlage geleistet worden ist. Der Beklagte zu 1) stellt auch nicht infrage, dass dem Kläger – anders als die Kammer gemeint hat – noch über den Tag seiner Arbeitsbeendigung (15.04.2006) hinaus für die Zeit bis zur Beendigung des Vertragsverhältnisses die getätigten Entnahmen zustanden. Es steht somit fest, dass es sich nicht um von der Honorarregelung unabhängige, eventuell rechtsgrundlose noch nicht fällige Rückzahlungen auf das Darlehen gehandelt hat. Streitig ist zwischen den Parteien lediglich, ob die von der Insolvenzschildnerin vertraglich geschuldeten Entnahmen auf das Verrechnungs- oder auf das Darlehenskonto zu verrechnen waren. 79

II. Ein Erstattungsanspruch steht dem Kläger auch nicht unter insolvenzrechtlichen Gesichtspunkten zu. Der Beklagte macht insoweit zu Unrecht geltend, wegen einer Verrechnung auf das Darlehenskonto habe es sich um eine angesichts der Krise unzulässige Rückzahlung eines kapitaleretzenden Darlehens und um eine auch wegen anderer Gesichtspunkte anfechtbare Erstattung des Darlehens gehandelt. 80

1) Diese Argumentation überzeugt schon deshalb nicht, weil die streitigen Zahlungen – wie im Senatstermin eingehend erörtert worden ist – nicht auf den Darlehensrückzahlungsanspruch zu verrechnen sind. Unter Abschnitt VI. des Partnerschaftsvertrages ist ausdrücklich geregelt, dass eine Verrechnung der hier in Rede stehenden bis zur Höhe von 1.667,67 € als "Gewinnvorab" möglichen Entnahmen zu Lasten des Verrechnungskontos und nicht des daneben geführten Darlehenskontos zu erfolgen hat. Es handelte sich demgemäß um eine Art Mindestvergütung bzw. Vorschuss, die auf die von den Partnern zukünftig zu erwirtschaftende Ergebnisbeteiligung verrechnet werden sollte. Soweit dem Kläger Beträge überwiesen wurden, konnte er davon ausgehen, dass die Insolvenzschildnerin diese vertragsgemäß auf dem Verrechnungskonto buchte. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn die Parteien Abschnitt VI. des Vertrages geändert oder die Insolvenzschildnerin für den Kläger erkennbar bei den Leistungen abweichende Tilgungsbestimmung getroffen hätte. Beides ist nicht ersichtlich. Es mag zwar sein, dass die Honorarabrechnungen steuerlich anders behandelt worden sind als die Entnahmen. Dies musste der Kläger aber nicht ohne weiteres als von der Insolvenzschildnerin gewünschte Abweichung vom Vertrag verstehen. Auch wenn die steuerliche Handhabung der vertraglichen Qualifizierung der Zahlungen nicht entsprochen haben sollte, ist nicht ersichtlich, dass der Kläger dies erkennen und zudem daraus den Schluss hätte ziehen müssen, die Insolvenzschildnerin wolle zivilrechtlich nicht mehr am Vertrag festhalten. Das Darlehen ist demnach als solches unangetastet geblieben, so dass die Entnahmen weder nach §§ 135, 143 InsO a.F. anfechtbar sind noch ein vertraglicher Anspruch auf Wiederauffüllung des Darlehens bestehen kann. 81

Die Gewährung des Gewinnvorabs ist auch nicht nach § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar. Ein Benachteiligungsvorsatz auf Seiten der Insolvenzschuldnerin und eine entsprechende Kenntnis des Klägers lassen sich nicht feststellen. Dem Kläger ist entgegen der Ansicht des Landgerichts keine inkongruente Deckung gewährt worden. Ihm standen nach Abschnitt VI. des Vertrages fällige Forderungen auf Gewinnvorab als monatliche Mindestvergütung bzw. Vorschuss zu.

2) Soweit im Senatstermin eine Forderung des Beklagten zu 1) wegen eines möglicherweise negativen Saldos des Verrechnungskontos erörtert worden ist, hat er diese letztlich nicht in den Rechtsstreit eingeführt. Dabei würde es sich um einen anderen Streitgegenstand handeln, der dem Senat somit prozessual nicht angefallen ist und deshalb auch nicht zu prüfen ist. Wegen der Einstellung in das Verrechnungskonto haben die einzelnen Rechnungspositionen grundsätzlich ihre rechtliche Selbständigkeit verloren, so dass der Beklagten zu 1) im Prinzip ein Anspruch allenfalls in Höhe des Saldos des Verrechnungskontos zustehen kann. In ein Kontokorrent eingestellte Positionen verlieren ihre rechtliche Selbständigkeit (siehe Palandt-Sprau, a.a.O., § 676f Rn. 7). Eine Abrechnung des Verrechnungskontos, auf dem gemäß Abschnitt V. 3. des Partnerschaftsvertrages neben Entnahmen auch Umsatzbeteiligungen zu buchen waren, ist, wie im Senatstermin erörtert worden ist, bisher noch nicht erfolgt. Es ist deshalb nach Aktenlage nicht ersichtlich, dass der Stand des Verrechnungskontos der von dem Beklagten zu 1) mit der Widerklage geltend gemachten Summe entspricht. Da ein auf einen negativen Saldo des Verrechnungskontos gestützter Anspruch auf einem Lebenssachverhalt beruht, der eine umfassende Abrechnung unterschiedlicher Positionen erfordert, zu denen die Entnahmen lediglich als unselbständige Rechnungsposten gehören, geht es gemäß dem zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff (siehe dazu z.B. Zöller-Vollkommer, ZPO, 27. Aufl., Einl. Rn. 71ff.) um unterschiedliche Streitgegenstände.

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision sind nicht gegeben.