

**Zur Einbeziehung Dritter im Recht der Gesellschafterdarlehen,
insbesondere bei Treuhandkonstellationen**

Vortrag auf der KTS-Tagung der Insolvenzrechtslehrer
am 14. Oktober 2011 in Köln

Thesenpapier

1. Im Recht der Gesellschafterdarlehen war und ist bei der Darlehensgewährung für fremde Rechnung in jedem Fall auf die „wirtschaftliche“ Lage abzustellen. Sind Gesellschafter und Darlehensgeber „wirtschaftlich“ identisch, aber „formal“ verschieden, sind §§ 39 I Nr. 5, 135 I InsO anwendbar. Sind Gesellschafter und Darlehensgeber zwar „formal“ identisch, aber „wirtschaftlich“ verschieden, sind §§ 39 I Nr. 5, 135 I InsO unanwendbar.
2. Jedenfalls nach neuem Recht ist auch bei der Treuhand am Gesellschaftsanteil nur die „wirtschaftliche“ Lage relevant.
3. Treuhand ist Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung. Sie ist maßgeblich durch zwei Elemente gekennzeichnet: Erstens durch den schuldrechtlichen Anspruch auf Übertragung des Rechts und zweitens durch eine Trennung von Rechtsträgerschaft und Gefahrtragung.
4. Der schuldrechtliche Anspruch des Treugebers auf Übertragung des Treuguts führt in Verbindung mit der Gefahrtragung des Treugebers zu einer vermögensmäßigen Zuordnung des Treuguts zu seiner Person: Die durch die Gefahrtragung gekennzeichnete „wirtschaftliche“ Rechtsträgerschaft des Treugebers rechtfertigt es, ihn im Rahmen einer funktionell-teleologischen Interpretation diverser Vorschriften einem tatsächlichen Rechtsinhaber gleichzustellen.
5. Die Haftungsbeschränkung soll die Risikoaversität der Gesellschafter mindern, damit riskante Projekte mit positivem Erwartungswert im Interesse der Gesamtwohlfahrt unternommen werden (Investitionsanreiz). Gesellschafter, deren Haftung beschränkt ist, können allerdings Kosten auf die Gläubiger externalisieren, wenn die Verlagerung ökonomischer Risiken von der Gesellschafter- auf die Gläubigerebene nicht kompensiert wird. Diese Gefahr der Risikoverlagerung sinkt, wenn die Gesellschafter angemessen mit Eigenkapital beteiligt sind.
6. Der Gesellschafter kann im Gegensatz zu gewöhnlichen Gläubigern auch in Bezug auf sein Darlehensengagement variabel am Erfolg teilhaben, weil er die Rendite stets über seine Eigenkapitalposition abschöpfen kann. Um das Ungleichgewicht zwischen einem stets auf den Festbetragsanspruch beschränkten gewöhnlichen Gläubiger und dem nur scheinbar auf den Festbetragsanspruch beschränkten, in Wahrheit aber vollumfänglich variabel am Gewinn beteiligten Gesellschafter auszugleichen, ist es gerechtfertigt, die Darlehen derjenigen Personen, die zugleich Gesellschafter sind, im Rang hinter den Forderungen der gewöhnlichen Gläubiger gemäß § 39 I Nr. 5 InsO zurückzustufen.