

Schriften zum europäischen, internationalen und
vergleichenden Unternehmensrecht

23

Katharina Kapp

Das Entnahmerecht der Gesellschafter einer OHG in der Unternehmenskrise und im eröffneten Insolvenzverfahren



Nomos

Schriften zum europäischen, internationalen und
vergleichenden Unternehmensrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Ulrich Ehricke, Universität zu Köln

Prof. Dr. Jessica Schmidt, LL.M., Universität Bayreuth

Prof. Dr. Christoph H. Seibt, LL.M., Freshfields Bruckhaus
Deringer LLP

Band 23

Katharina Kapp

Das Entnahmerecht der Gesellschafter einer OHG in der Unternehmenskrise und im eröffneten Insolvenzverfahren



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-8078-5 (Print)

ISBN 978-3-7489-2496-8 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln im Sommersemester 2020 zur Promotion angenommen. Rechtsprechung und Literatur sowie Gesetzesänderungen konnten bis einschließlich Januar 2021 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Ulrich Ehricke, der die Idee zu dieser Dissertation lieferte. Weitergehend bedanke ich mich für die exzellente Betreuung und Unterstützung während meiner Arbeit an der Dissertation.

Des Weiteren danke ich meiner Zweitgutachterin Frau Prof. Dr. Barbara Grunewald für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie das angenehme Prüfungsgespräch.

Einen weiteren Dank möchte ich Herrn Prof. Dr. Dr. Thomas Schmidt und Herrn Ingo Grunewald aussprechen, die mir während meiner Tätigkeit in der Kanzlei zeitliche Freiräume für die Arbeit an der Dissertation ermöglichten und Herrn Ingo Grunewald insbesondere für das jederzeitige zur Verfügung stehen für fachliche Diskussionen.

Danken möchte ich zudem meinen Eltern, die mir die Freiheit gelassen haben, meinen Weg eigenständig zu finden und mich dabei jederzeit unterstützt haben. Zudem möchte ich auch Gaby und Lothar Nast für Ihr Interesse und Ihre Unterstützung danken.

Der letzte Dank gilt meinem Lebensgefährten Thorben. Die Sicherheit deiner jederzeitigen Unterstützung, gibt mir die Kraft alle Hindernisse zu überwinden.

Katharina Kapp

Trier, den 24.01.2021

Inhaltsverzeichnis

Erstes Kapitel. Einführung, Problemaufriss und Gang der Untersuchung	13
A. Einleitung	13
B. Problemaufriss	14
C. Gang der Untersuchung	21
Zweites Kapitel. Grundlagen des Entnahmerechts	23
A. Kapitalentnahmerecht und -anspruch	24
I. Entstehungsvoraussetzungen	24
II. Einschränkung des Kapitalentnahmerechts und -anspruchs	26
1. Zeitliche Einschränkung	26
2. Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht als Einschränkung der Kapitalentnahme	27
3. Zusammenfassung	29
B. Gewinnentnahmerecht und -anspruch	29
I. Entstehungsvoraussetzungen	30
II. Einschränkung des Gewinnentnahmerechts und -anspruchs	30
1. „Offenbarer Schaden“ als Grenze	31
2. Bestimmung des Vorliegens eines offenbaren Schadens	32
a. Schaden	32
b. Offenbar	36
3. Vorgehen bei Unklarheit über das Vorliegen eines offenbaren Schadens	38
4. Zusammenfassung	40
C. Kapitalanteil und Gesellschafterkonten	40
I. Kapitalanteil	41
1. Begriff des Kapitalanteils und seine Bedeutung	41
2. Negativer Kapitalanteil	44
II. Gesellschafterkonten	45
1. Kapitalkonto	46
2. Gewinn- und Verlustkonten	47
a. Kapitalkonto II	47
b. Verlustsonderkonto	48

3. Privatkonto	49
4. Abgrenzung von Privat- und Kapitalkonto	49
5. Zusammenfassung	50
D. Nicht-Entnahme und Entnahmepflicht	51
I. Nichtentnahme	51
1. Variable Kapitalanteile	51
2. Feste Kapitalanteile	53
3. Zusammenfassung	53
II. Entnahmepflicht	54
III. Zusammenfassung	56
Drittes Kapitel. Steuerentnahmerecht/-anspruch	58
A. Erforderlichkeit eines außerordentlichen Steuerentnahmerechts/-anspruchs	58
I. Ausgangslage	58
II. Problematik	58
III. Zusammenfassung	59
B. (Gesetzliche) Grundlage eines Steuerentnahmerechts/-anspruchs	60
I. § 110 Abs. 1 HGB	60
1. Voraussetzungen des § 110 Abs. 1 HGB	60
2. Literaturmeinung zum Vorliegen der Voraussetzungen	61
3. Stellungnahme	62
II. § 110 Abs. 1 HGB analog	64
1. Planwidrige Regelungslücke	64
2. Vergleichbare Interessenlage	65
3. Zwischenergebnis	66
III. § 122 Abs. 1 HGB	66
IV. Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht	67
V. Konkludente Vertragsabrede	69
VI. Zusammenfassung	70
C. Ausweitung auf sämtliche Steuern	71
D. Vergleich der Steuerzahlungsverpflichtung der Gesellschafter zu deren Haftung nach § 128 HGB	72
I. Vergleichbarkeit der Situationen	72
II. Vergleich zwischen der Haftung aus § 128 HGB und der Gewinnversteuerung	74
III. Zwischenergebnis	75
E. Zusammenfassung	75

Viertes Kapitel. Entnahmerecht in der Krise	77
A. Begriff der Krise	78
I. Betriebswirtschaftlicher Krisenbegriff	78
II. Rechtlicher Krisenbegriff	79
1. Insolvenzrecht	79
2. (Kapital-)Gesellschaftsrecht	80
3. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	80
4. Zusammenfassung	81
III. Maßgeblicher Krisenbegriff	82
B. Stadien der Krise	82
I. Modell zur Darstellung der Stadien	82
II. Stadiengerechte Bewältigung der Krise	84
III. Darstellung der Stadien sowie deren Bewältigung	84
1. Stakeholderkrise	84
a. Charakteristik	84
b. Überwindung	85
2. Strategiekrise	85
a. Charakteristik	85
b. Überwindung	86
3. Produkt- und Absatzkrise	87
a. Charakteristik	87
b. Überwindung	87
4. Erfolgskrise	88
a. Charakteristik	88
b. Überwindung	88
5. Liquiditätskrise	89
a. Charakteristik	89
b. Überwindung	90
6. Insolvenzlage	90
IV. Zusammenfassung	90
C. Einschränkung des Entnahmerechts in der Krise	91
I. Gewinnentnahme	91
1. Festlegung des maßgeblichen Zeitpunktes	91
2. Einschränkung der Gewinnentnahme	92
a. Verhältnis zwischen Krise und offenbarem Schaden	93
b. Abhängigkeit von Kapitalanteil und Kontomodell	96
3. Zusammenfassung	96
II. Kapitalentnahme	97
1. Festlegung des maßgeblichen Zeitpunktes	97

2. Einschränkung der Kapitalentnahme	97
a. Die Treuepflicht während der Krise	98
b. Abhängigkeit von Kapitalanteil und Kontomodell	99
aa. Variabler Kapitalanteil und Ein-Kontomodell	100
bb. Fester Kapitalanteil und Zwei-Kontomodell	100
cc. Fester Kapitalanteil und Mehr-Kontomodell	100
3. Zusammenfassung	101
D. Steuerentnahme in der Krise	102
E. Zusammenfassung	102
 Fünftes Kapitel. Entnahmerecht im eröffneten Insolvenzverfahren	106
A. Insolvenzgläubigerstellung des Gesellschafters	106
I. Problem/Ausgangspunkt	108
1. Mitgliedschaftsrechte	109
2. Gläubigerrechte	110
II. Gewinnentnahme	111
1. Anspruch auf Gewinnentnahme als Insolvenzforderung	111
2. Korrektur aufgrund der Kontenstruktur	113
3. Umfang der Insolvenzforderung	115
4. Nachrangigkeit der Insolvenzforderung	116
a. Guthaben auf Privat-/Darlehenskonten	117
b. Guthaben auf Kapitalkonten sowie Buchungen auf Verbindlichkeitskonten	119
5. Feststellung des Gewinnentnahmeanspruchs zur Insolvenztabelle	121
6. Zusammenfassung	123
III. Kapitalentnahme	124
IV. Zusammenfassung	125
B. Massegläubigerstellung des Gesellschafters	126
I. Masseverbindlichkeiten	129
II. Liquidation	129
1. Ablauf des Liquidationsverfahrens	130
2. Unterhaltsgewährung nach §§ 100, 101 InsO	130
3. Einordnung als sonstige Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 1 InsO	131
4. Zusammenfassung	134
III. Sanierung	135
1. Regelinsolvenzverfahren mit Insolvenzplan	136
a. Ausgangssituation	136

b. Erforderlichkeit einer Masseforderung	137
c. Masseforderung aus § 55 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 InsO	138
d. Stellungnahme	141
2. Eigenverwaltungsverfahren mit Insolvenzplan	142
a. Ausgangssituation	142
b. Erforderlichkeit einer Masseforderung	144
c. Masseforderung aus § 55 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 InsO	144
C. Gesellschafterkonten im eröffneten Insolvenzverfahren	147
D. Steuerentnahme im eröffneten Insolvenzverfahren	148
E. Zusammenfassung	152
Sechstes Kapitel. Zusammenfassung der Dissertation in Thesenform	156
Literaturverzeichnis	161

Erstes Kapitel. Einführung, Problemaufriss und Gang der Untersuchung

A. Einleitung

Möchte eine natürliche Person in Deutschland gewerblich tätig werden, bietet der Gesetzgeber dazu grundsätzlich zwei Möglichkeiten. Einerseits kann die Betätigung als Einzelkaufmann gewählt werden oder die Beteiligung an einer Gesellschaft. An Gesellschaftsformen stellt der Gesetzgeber in Oberbegriffen zusammengefasst die Personenhandelsgesellschaft und die Kapitalgesellschaft zur Verfügung. Grundlegende Unterschiede bestehen in der Art der Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten sowie in der Anzahl an Gründungsmitgliedern. Eine Personenhandelsgesellschaft setzt zwingend den Zusammenschluss von mindestens zwei Personen zur Verwirklichung eines gemeinsamen Zwecks voraus.¹ Die Grundform der Personenhandelsgesellschaft stellt die offene Handelsgesellschaft dar, die in den §§ 105ff. HGB geregelt ist. Vornehmlich entschließen sich die Gesellschafter aus wirtschaftlichen Erwägungen zur Gründung einer offenen Handelsgesellschaft.² Der Gesellschaftszweck kann grundsätzlich durch die jeweiligen Einzelpersonen eigenständig als Kaufmann erreicht werden, meist ist alleinige Zweckerreichung jedoch aus Kapitalaufbringungsgesichtspunkten nicht realisierbar, sodass eine Gesellschaft zur Zweckerreichung gegründet wird. Entscheidendes Wesensmerkmal der offenen Handelsgesellschaft ist die unbeschränkte und persönliche Haftung der Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen für Verbindlichkeiten der Gesellschaft.³ Aufgrund der Verpflichtung der Gesellschafter zur Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten muss in der offenen Handelsgesellschaft kein Mindestkapital vorgehalten werden.⁴ Daher steht den Gesellschafter mit § 122 Abs. 1 HGB ein gewinnunabhängiges sowie gewinnabhängiges Entnahmerecht zu.⁵ Die Entnahmerechte des

1 S. statt aller *Wertenbruch*, in: E/B/J/S, HGB, § 105 Rn. 22.

2 *Hueck*, in: FS-Hübner, 72 (78).

3 *Steitz*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 128 HGB Rn. 1.

4 *Boesche*, in: Oetker, HGB, § 128 Rn. 2; *Hillmann*, in: E/B/J/S, HGB, § 128 Rn. 1.

5 *Martens*, in: Schlegelberger, HGB, § 122 Rn. 2; *Priester*, in: MüKo, HGB, § 122 Rn. 1.

§ 122 Abs. 1 HGB gewähren dem Gesellschafter dabei die Möglichkeit, schon vor einem Ausscheiden oder der Auflösung der Gesellschaft auf das in der Gesellschaft angesammelte Vermögen zugreifen zu können.⁶ Möglich ist die gewinnunabhängige Kapitalentnahme in Höhe von vier Prozent des im Jahresabschluss ausgewiesenen Kapitalanteils (§ 122 Abs. 1 Hs. 1 HGB) sowie die Gewinnentnahme des darüber hinausgehenden Gewinnanteils (§ 122 Abs. 1 Hs. 2 HGB).

Sofern die Gesellschafter nicht gleichzeitig einen Anstellungsvertrag mit der Gesellschaft geschlossen haben, aber dennoch Vollzeit für die beziehungsweise in der Gesellschaft arbeiten, sind die Entnahmerechte des § 122 Abs. 1 HGB ihre einzige Möglichkeit, Gelder aus der Gesellschaft zu erlangen, ohne dass dafür ihr vorzeitiger Austritt aus der Gesellschaft erforderlich ist. Demnach haben die Gesellschafter ein substantielles Interesse daran, ihren Lebensunterhalt durch die Ausübung der Entnahmerechte bestreiten zu können. Dabei steht das Interesse der Gesellschafter an einer Auszahlung dem Interesse der Gesellschaft eine ausreichende Kapitalbasis aufzubauen und vorzuhalten entgegen. Das Spannungsverhältnis zwischen dem Interesse der einzelnen Gesellschafter am Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen sowie das gegenläufige gebündelte Interesse aller Gesellschafter am Erhalt des Gesellschaftsvermögens zur Sicherung der Bestandsfähigkeit der Gesellschaft zieht sich dabei durch das gesamte Wirtschaftsleben der Gesellschaft. Das Wirtschaftsleben der Gesellschaft ist dabei geprägt durch wirtschaftlich gute Jahre wie auch Krisenzeiten, die in der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft enden können. Gegenstand dieser Arbeit ist die Reichweite der Entnahmerechte der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft in Krisenzeiten sowie im eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft.

B. Problemaufriss

Die Entnahmerechte des § 122 Abs. 1 HGB sind für die Gesellschafter von besonderer Bedeutung, da durch diese ein Mindestunterhalt gewährt wird, der den uneingeschränkten Arbeitseinsatz der Gesellschafter zur Verwirk-

⁶ *Ehrlicke*, in: E/B/J/S, HGB, § 122 Rn. 1; *Priester*, in: MüKo, HGB, § 122 Rn. 1; *Schickerling*, in: Haag/Löffler, HGB, § 122 Rn. 1.

lichung des Gesellschaftszwecks ermöglicht.⁷ Daher müssen die Grenzen der Entnahmerechte klar bestimmt und bestimmbar sein. Das Kapitalentnahmerecht ist grundsätzlich grenzenlos konzipiert, soll jedoch der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht als Einschränkung unterliegen.⁸ Eine Gewinnentnahme soll solange möglich sein, wie eine Entnahme nicht zum offenbaren Schaden bei der Gesellschaft führen würde, § 122 Abs. 1 Hs. 2 HGB. Neben dem generellen Interesse der Gesellschafter an einer Entnahme, gilt dies auch für die Entnahme von Kapital zur Begleichung von Steuerverpflichtungen, die im Rahmen der Gewinnversteuerung als Teil der Einkommensteuer zu zahlen sind. Der Bundesgerichtshof lehnt ein außerordentliches Steuerentnahmerecht außerhalb von gesellschaftsvertraglichen Regelungen ab,⁹ die Literatur stimmt dieser Auffassung nur in Teilen zu.¹⁰

Sofern sich die Gesellschaft in einer Krise befindet, ist zu beachten, dass nicht allein vom Vorliegen einer Krise auf das Vorliegen eines Schadens im Sinne des § 122 Abs. 1 Hs. 2 HGB geschlossen werden kann. Eine Krise beschreibt nicht nur einen einzelnen Zeitpunkt, die Krise stellt vielmehr einen Verlauf dar, der durch unterschiedliche Stadien geprägt ist.¹¹ Die Stadien unterscheiden sich in ihrer Ausprägung in Bezug auf ihre Dauer und in ihrer Intensität als Bedrohung für den Fortbestand der Gesellschaft.¹² Da die Gesellschaft nicht in jedem Krisenstadium zugleich auch in ihrem Fortbestand bedroht ist, kann nicht pauschal vom Vorliegen der Krise auf einen Schaden im Sinne des § 122 Abs. 1 Hs. 2 HGB geschlossen werden. Vor diesem Hintergrund muss differenziert untersucht werden, in welchem Krisenstadium ein Schaden im Sinne des § 122 Abs. 1 Hs. 2 HGB durch eine Gewinnentnahme zu bejahen ist und ab welchem Zeitpunkt

7 *Ehrliche*, in: E/B/J/S, HGB, § 122 Rn. 1; *Lieder*, in: Oetker, HGB, § 122 Rn. 2; *Priester*, in: MüKo, HGB, § 122 Rn. 1.

8 S. statt aller: *Lieder*, in: Oetker, HGB, § 122 Rn. 32; *Schäfer*, in: Staub, HGB, § 122 Rn. 12.

9 BGH Urt. v. 29.3.1996 - II ZR 263/94, BGHZ 132, 263 (277) = NJW 1996, 1678 (1682).

10 Zustimmend: *Haas*, in: R/G.v.W./H, HGB, § 122 Rn. 16; *Wertenbruch*, in: W/W, HPersG, I § 28 Rn. 637; *Kruth*, DStR 2013, 2224 (2226); Ablehnend: *Priester*, in: MüKo, HGB, § 122 Rn. 60; *Schäfer*, in: Staub, HGB, § 122 Rn. 31; *Binz/Sorg*, DB 1996, 969 (972); *Schön*, in: FS-Beisse, 471 (473, 487); *Ulmer*, in: FS-Lutter, 935 (951f.).

11 *Blum*, in: Hdb. Unternehmensrestrukturierung, 163 (165); *Niemann*, in: Hdb. InsR, Kap. 28 Rn. 11; IDW S 6, Rn. 32; IDW, Sanierung in Insolvenz, Kap. A Rn. 9; *Müller*, Krisenmanagement, S. 54.

12 *Blum*, in: Hdb. Unternehmensrestrukturierung, 163 (165).

eine Einschränkung des Kapitalentnahmerechts aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht vorzunehmen ist.

Wird über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet, kommt es zu einer Kompetenzverschiebung von den Gesellschaftern hin zum Insolvenzverwalter.¹³ Eine Durchsetzbarkeit der Entnahmeansprüche wird unter Verweis auf § 199 InsO abgelehnt, ohne eine weitergehende Begründung dafür zu liefern.¹⁴ Ob den Gesellschaftern dennoch im eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft die Entnahmerechte, möglicherweise auch nur eingeschränkt, zustehen, wird nicht weiter thematisiert. Neben der Anwendbarkeit der Entnahmerechte im eröffneten Insolvenzverfahren stellt sich zudem die Frage, ob die Gesellschafter aus unbefriedigten Entnahmeansprüchen Insolvenzforderungen im Sinne des § 38 InsO zur Insolvenztabelle anmelden können. Zu dieser Thematik steht nur fest, dass sich aus Mitgliedschaftsrechten keine Insolvenzforderungen ableiten lassen.¹⁵ Eine Charakterisierung als Insolvenzforderungen im Sinne des § 38 InsO ist denkbar, wenn die Entnahmerechte nicht den Mitgliedschaftsrechten zugeordnet werden oder aber zu Gläubigerrechten erstarken, was eine Insolvenzforderungsfähigkeit nach sich ziehen würde.¹⁶

Die sich mit der Anwendung der Entnahmerechte ergebenden Fragestellungen und Probleme werden in nachfolgenden Themenschwerpunkten zusammengefasst und beschrieben.

I Generelle Einschränkungen der Entnahmerechte

Aufgrund des dispositiven Charakters des § 122 Abs. 1 HGB ist die Möglichkeit der Regelungsvarianten in Gesellschaftsverträgen unbegrenzt. Für

13 *Kroth*, in: Braun, InsO, § 80 Rn. 16; *Stephan*, in: MüKo, InsO, § 101 Rn. 21; *Vuia*, in: MüKo, InsO, § 80 Rn. 111; *Müller*, Der Verband in der Insolvenz, S. 166; *Haas*, NZG 2012, 961 (963); *Ott/Brauckmann*, ZIP 2004, 2117 (2118f.); *Weber*, KTS 1970, 73 (78); *Wellensiek/Flitsch*, in: FS-Fischer, 579 (584).

14 *Schüppen/Stürner*, WPg 2014, 281 (286).

15 BGH, Urt. v. 10.10.2017 - II ZR 353/15, Rn. 24 = NZG 2018, 100 (101); OLG Hamburg, Urt. v. 14.8.2015 - 11 U 42/15 = NZI 2015, 987 (988); OLG Nürnberg, Beschl. v. 22.3.2011 - 14 W 508/11 = ZIP 2011, 1015 (1016); *Butzer/Knof*, in: MHG, Bd. 1, § 85 Rn. 50; *Ehrlicke*, in: MüKo, InsO, § 38 Rn. 63; *Lüdtkke*, in: HamKo, InsO, § 38 Rn. 10; für Aktionäre: BGH, Beschl. v. 30.06.2009 - IX ZA 21/09.

16 OLG Hamburg, Urt. v. 14.8.2015 - 11 U 42/15 = NZI 2015, 987 (988); *Seibt*, in: Scholz, GmbHG, § 14 Rn. 25.

den Fall der Nichtregelung sowie der Unwirksamkeit, muss für die Gesellschafter klar definiert sein, welchen Einschränkungen die Entnahmerechte aus § 122 Abs. 1 HGB unterliegen. Das Vorliegen eines Schadens im Sinne des § 122 Abs. 1 Hs. 2 HGB soll durch einen sachkundigen Dritten in Kenntnis der finanziellen Situation der Gesellschaft bestimmt werden können.¹⁷ Problematisch sind dabei zum einen die Bestimmung, wann ein Schaden durch Entnahme entsteht und was einen „sachkundigen Dritten“ als solchen qualifiziert. Demnach ist insbesondere der weiten Definition des offenbaren Schadens weitere Kontur zu verleihen, um eine rechtssichere Anwendung zu gewährleisten.

Eine unentschiedene Diskussion besteht zudem zu der Frage, ob aus einem Entnahmerecht auch eine Entnahmepflicht resultieren kann.¹⁸ Dies ist vor dem Hintergrund relevant, dass der Gesellschafter nicht nur schädigenden Mittelabfluss, sondern auch andere, die Gesellschaft schädigende Handlungen unterlassen muss. Solche zu unterlassenden Handlungen könnten in dem Stehenlassen von Gewinn zu sehen sein, der einer hohen Verzinsung seitens der Gesellschaft unterliegt. Durch die hohe Verzinsung wird Kapital der Gesellschaft gebunden und führt im Fall der Auszahlung zu einem erhöhten Mittelabfluss.

II Gewährung eines außerordentlichen Steuerentnahmerechts

Im Unterschied zu Kapitalgesellschaften wird bei Personenhandelsgesellschaften der Gewinn bei den Gesellschaftern als Einkünfte aus Gewerbebetrieb im Rahmen der Einkommenssteuer veranlagt. Problematisch ist dabei, dass der gesamte erwirtschaftete Gewinn der Gesellschaft als Bemessungsgrundlage dient und nicht derjenige im Rahmen des Jahresabschlusses durch die Gesellschafter festgestellte, der schon durch thesaurierten Gewinn bereinigt ist.¹⁹ Es besteht demnach die Gefahr, dass die Gesellschafter einen höheren Betrag an Steuern zahlen müssen, als sie an Gewinn entnehmen können. Mitunter kann diese Situation den finanzschwachen Gesellschafter vor ernsthafte finanzielle Probleme stellen. Aufgrund des Ausein-

17 *Ebricke*, in: E/B/J/S, HGB, § 122 Rn. 44; *Haas*, in: R/G.v.W./H, HGB, § 122 Rn. 9; *Martens*, in: Schlegelberger, HGB, § 122 Rn. 16; *Priester*, in: MüKo, HGB, § 122, Rn. 37; *Schäfer*, in: Staub, HGB, § 122 Rn. 20.

18 *v. Falkenhausen/Schneider*, in: MHG, Bd. 1, § 63 Rn. 95ff.; *Priester*, in: MüKo, HGB, § 122 Rn. 16.

19 *Ebricke*, in: E/B/J/S, HGB, § 122 Rn. 1.

anderfallens von Steuersubjekt und Begünstigtem, wird diskutiert, ob den Gesellschaftern ein außerordentliches Steuerentnahmerecht zustehen solle, sofern keine gesellschaftervertraglichen Regelungen getroffen wurden. Der Bundesgerichtshof und Teile der Literatur verneinen dies.²⁰ Die ein Steuerentnahmerecht bejahenden Teile der Literatur diskutieren verschiedene Ansätze.²¹ Ziel der Arbeit ist es, einen Beitrag zu der aktuellen Diskussion zu leisten. Aufbauend auf dem Ergebnis der grundsätzlichen Frage bezüglich des Bestehens eines außerordentlichen Steuerentnahmerechts der Gesellschafter, gilt es zu ergründen, ob ein etwaiges Steuerentnahmerecht auch in der Krise der Gesellschaft und im eröffneten Insolvenzverfahren zu bejahen ist.

III Entnahmerechte in der Krise

Die Gesellschaft durchläuft in ihrem Wirtschaftsleben verschiedene Phasen, wobei dies auch Krisenzeiten miteinschließt. Abgesehen von der Etablierung der Grenzen der Entnahmerechte (offenbarer Schaden gemäß § 122 Abs. 1 Hs. 2 HGB sowie die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht), ist bisher nicht näher analysiert worden, wie und ob die Geltendmachung der Entnahmerechte oder die Durchsetzung der Entnahmeansprüche in Abhängigkeit verschiedenen Krisenstadien eingeschränkt wird. Damit rechtliche Auswirkungen einer Krise bestimmt werden können, muss jedoch der maßgebliche Krisenbegriff geklärt werden. Dabei ist anzumerken, dass die Betriebswirtschaft zwar den Krisenbegriff definiert hat, eine solche Definition für das deutsche Recht hingegen nicht vorliegt.²² Bisher wurde im gesellschaftsrechtlichen Kontext entschieden, dass eine Entnahme nicht getätigt werden darf, wenn diese zur Insolvenz der Gesellschaft führen wür-

20 BGH Urt. v. 29.3.1996 - II ZR 263/94, BGHZ 132, 263 (277) = NJW 1996, 1678 (1682); Haas, in: R/G.v.W./H, HGB, § 122 Rn. 16; Wertenbruch, in: W/W, HPersG, I § 28 Rn. 637; Kruth, DStR 2013, 2224 (2226).

21 § 110 Abs. 1 HGB: Lehmann, in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd. II, 733ff; Schön, in: FS-Beisse, 471 (487f.); Schön, StuW 1988, 253 (258f.); Schmidt, in: FS 50 Jahre AG Steuerrecht, 193 (198f.); § 110 HGB analog: Hüttemann, ZHR 171, 2007, 451 (462); Treuepflicht: Buck, DB 1995, 34 (35); Ganßmüller, Das Steuerentnahmerecht der Gesellschafter, S. 38; Großfeld, WPg 1987, 698 (707); Hueck, Das Recht der OHG, S. 247, 249; Schmidt, in: FS 50 Jahre AG Steuerrecht, 193 (198).

22 Gebde, in: MAH PersGesR, § 23 Rn. 2ff.