

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 Ehrlicke, 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 Ehrlicke, 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

*Inhaltsverzeichnis*

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

*Inhaltsverzeichnis*

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-Kontenmodell	100
cc. Fester Kapitalanteil und Mehr-Kontenmodell	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. Regelin Insolvenzverfahren 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

