

Handbuch Personengesellschaften • Fortsetzungsbezug

Verträge und Formulare

von

Prof. em. Dr. Harm Peter Westermann, Prof. Dr. Johannes Wertenbruch

Grundwerk mit 61. Ergänzungslieferung

Dr. Otto Schmidt Köln

Verlag C.H. Beck im Internet:
www.beck.de

ISBN 978 3 504 33152 8

Leseprobe zu



Westermann

Handbuch Personengesellschaften

(Grundwerk mit Fortsetzungsbezug für mindestens 2 Jahre)

Gesellschaftsrecht – Steuerrecht – Sozialversicherungsrecht - Verträge und Formulare

Grundwerk in 2 Bänden, Ordner Leinen, Handbuch, 14,5 x 20,5cm

ISBN 978-3-504-33152-8

119,00 €

§ 28 Das Kapital- und Gewinnentnahmerecht

§ 28 Das Kapital- und Gewinnentnahmerecht des Gesellschafters

	Rz. I		Rz. I
I. Die gesetzlichen Entnahmeregelungen	632	2. Negativer Kapitalanteil und Gesellschafter ohne Kapital- anteil	634a
1. Kapitalentnahmerecht und Gewinnentnahme	632	a) Negativer Kapitalanteil (negatives Kapitalkonto) ..	634a
2. Verhältnis des § 122 HGB zu §§ 120, 121 HGB	632a	b) Gesellschafter ohne Kapi- talanteil	634b
3. Zweck und praktische Bedeu- tung der gesetzlichen Entnah- merechte	632b	3. Die Einrede des „offenbaren Schadens“	634c
II. Keine Anwendung des § 122 Abs. 1 Alt. 1 HGB auf Kommanditisten und GbR- Gesellschafter	632c	VI. Anspruchsgegner und Durchsetzung der Entnah- merechte	635
1. Gesetzliches Entnahmerecht des Kommanditisten (§ 169 HGB)	632c	1. Praktische Durchführung der Entnahme	635
2. GbR-Gesellschafter	632d	2. Buchung des Kapitalentnah- mebetrags auf Gesellschafter- Privatkonten (Darlehenskoten)	635a
III. Der Kapitalanteil als Be- rechnungsgrundlage für die Entnahmen	632e	3. Anspruchsgegner und Klage- gegner	635b
1. Der Kapitalanteil als Rech- nungsziffer – Kapitalkonten- systeme	632e	4. Beweislast	635c
2. Berechnungsgrundlage bei festem Kapitalanteil mit vari- ablen Kapitalkonten	632f	5. Vorschüsse	635d
3. Kein Kapitalentnahmerecht (§ 122 Abs. 1 Alt. 1 HGB) des Gesellschafters ohne Kapi- talanteil	632g	6. Erlöschen der Entnahme- rechte durch nachfolgenden Jahresabschluss	635e
IV. Die Voraussetzungen der Entnahmen nach § 122 Abs. 1 Alt. 1 HGB und § 122 Abs. 1 Alt. 2 HGB	633	VII. Abtretung, Verpfändung und Pfändung der Entnah- merechte	636
1. Kein Nachweis eines konkre- ten Geldbedarfs	633	1. Trennung zwischen Stamm- recht und konkreten Entnah- meansprüchen	636
2. Festgestellter Jahresabschluss .	633a	2. Abtretung von Entnahme- rechten	636a
3. Fälligkeit des konkreten Ent- nahmeanspruchs durch Abruf	633b	3. Pfändung und Verpfändung der Entnahmerechte aus § 122 Abs. 1 HGB (Kapital- und Gewinnentnahme)	636c
V. Die Besonderheiten des Gewinnentnahmerechts (§ 122 Abs. 1 Alt. 2 HGB) ..	634	VIII. Steuerentnahmerecht	637
1. Gesellschaftsgewinn, Ge- winnanteil und „Mehr- gewinn“	634	1. Kein gesetzliches Steuerent- nahmerecht neben § 122 Abs. 1 HGB	637
		2. Steuerentnahmerecht kraft Treuepflicht	637a
		3. Vertragliches Steuerentnah- merecht	637b

	Rz. I		Rz. I
IX. Abweichende vertragliche Gestaltung der Entnahmerechte	637c	X. Entnahmen von Gesellschafter-Privatkonten (Darlehenskonten), Abtretung und Pfändung	638
1. Gestaltungsmöglichkeiten	637c		
2. Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen	637d	XI. Vom Gesellschaftsvertrag abweichende Entnahmepaxis	638a

I. Die gesetzlichen Entnahmeregungen

1. Kapitalentnahmerecht und Gewinnentnahme

632 § 122 Abs. 1 Alt. 1 HGB regelt das **nicht gewinngedeckte Kapitalentnahmerecht** und § 122 Abs. 1 Alt. 2 HGB das Gewinnentnahmerecht. Nach § 122 Abs. 1 Alt. 1 HGB ist jeder Gesellschafter berechtigt, bis zum Betrag von 4 % seines für das letzte Geschäftsjahr festgestellten Kapitalanteils (vgl. zum Kapitalanteil Rz. I 574 ff. und den Gesellschafterkonten Rz. I 582 ff.) zu seinen Lasten Geld aus der Gesellschaftskasse zu *erheben*, und zwar unabhängig vom Vorliegen eines Gesellschaftsgewinns. Dieses gewinnunabhängige Kapitalentnahmerecht ist zu unterscheiden vom **Gewinnentnahmerecht** des § 122 Abs. 1 Alt. 2 HGB. Durch dieses besonders geregelte Gewinnentnahmerecht wird klargestellt, dass der Gesellschafter bei Vorliegen eines Gesellschaftsgewinns auch seinen über den Betrag von 4 % des Kapitalanteils (Umfang des Kapitalentnahmerechts) hinausgehenden Anteil am Gesellschaftsgewinn verlangen kann, soweit dies nicht zu einem offenbaren Schaden der Gesellschaft führt. Es wird damit das **Prinzip der „Vollausschüttung“** (Entnahmefähigkeit des Gewinnanteils) statuiert.¹ Die Entnahme nach § 122 Abs. 1 Alt. 2 HGB ist damit nichts anderes als die Auszahlung des dem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag ohnehin zustehenden Gewinnanteils (**„gewinngedeckte Entnahme“**). Ohne die Regelung des § 122 Abs. 1 Alt. 2 HGB könnte die Auffassung vertreten werden, dass auch bei Feststellung eines Gesellschaftsgewinns nur ein Betrag in Höhe von 4 % des Kapitalanteils entnommen werden könne und im Übrigen Rücklagen zu bilden seien.

¹ BGH v. 29.3.1996 – II ZR 263/94, BGHZ 132, 263 (276) = NJW 1996, 1678 (1681); OLG Karlsruhe v. 28.2.2003 – 4 U 8/02, DB 2003, 935; MünchKomm.HGB/Priester, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 1; *Ebricke* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 1; *Oetker/Weitemeyer*, 3. Aufl. 2013, § 122 HGB Rz. 1; *Finckh* in Henssler/Strohn, GesR, 2. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 29.

Auch die Vorschrift des § 122 Abs. 2 HGB, nach der eine Verminderung des Kapitalanteils über die sich nach § 122 Abs. 1 HGB ergebenden Entnahmebeträge hinaus der **Zustimmung der anderen Gesellschafter** bedarf, hat nur eine klarstellende Funktion. Denn bereits aus dem für die Personengesellschaft geltenden Gesamthandsprinzip folgt, dass über das Gesellschaftsvermögen nur mit gesamtter Hand, d.h. nur mit Zustimmung der anderen Gesellschafter verfügt werden darf (zur Zulässigkeit eines Mehrheitsbeschlusses über Entnahmerechte vgl. Rz. I 637d). § 122 Abs. 2 HGB verhindert auch Veränderungen des Verhältnisses der Kapitalanteile zueinander.¹ Das Verbot des § 122 Abs. 2 HGB schützt allerdings nicht die Gläubiger der Gesellschaft.²

2. Verhältnis des § 122 HGB zu §§ 120, 121 HGB

Die Entnahmeregelung des § 122 HGB steht in Zusammenhang mit den §§ 120, 121 HGB. Nach § 120 Abs. 2 HGB wird der Gewinn der Gesellschaft dem Kapitalanteil des Gesellschafters zugeschrieben (vgl. zum Kapitalanteil Rz. I 574 ff.). Der **Gewinnanteil** des Gesellschafters ergibt sich bei Fehlen einer abweichenden Regelung im Gesellschaftsvertrag aus § 121 HGB. Gemäß § 121 Abs. 1 Satz 1 HGB steht jedem Gesellschafter vom Jahresgewinn zunächst ein Anteil in Höhe von 4 % seines Kapitalanteils zu (sog. **Vorabdividende**). Trotz des übereinstimmenden Prozentsatzes ist zwischen den Entnahmerechten nach § 122 Abs. 1 HGB und der Vorabdividende nach § 121 Abs. 1 HGB zu unterscheiden³ (vgl. Rz. I 574). Das Entnahmerecht nach § 122 Abs. 1 Alt. 1 HGB (Kapitalentnahme) und die Vorabdividende nach § 121 Abs. 1 Satz 1 HGB stimmen nur insoweit überein, als der Kapitalanteil die Berechnungsgrundlage ist (vgl. Rz. I 575b). Die **Kapitalentnahme** nach § 122 Abs. 1 Alt. 1 HGB geht zu Lasten des Kapitalanteils, und zwar unabhängig von der Gestaltung der Kapital- und sonstigen Gesellschafterkonten (zu den Gesellschafterkonten vgl. Rz. I 582 ff.). Bei der **Gewinnentnahme** nach § 122 Abs. 1 Alt. 2 HGB geht es, wie bereits dargelegt (vgl. Rz. I 632), nicht um eine Entnahme zu Lasten der Substanz des Kapitalanteils, sondern um die Auszahlung des gesamten Gewinnanteils. Beträgt bei Fehlen einer besonderen gesellschaftsvertraglichen Regelung der Gewinnanteil eines Gesellschafters im konkreten Geschäftsjahr bspw. 7 % seines Kapitalanteils, so stellt § 122 Abs. 1 Alt. 2 HGB klar, dass nicht nur 4 %, sondern 7 % entnommen werden können.

632a

1 MünchKomm.HGB/*Priester*, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 42.

2 MünchKomm.HGB/*Priester*, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 42.

3 *Roth* in *Baumbach/Hopt*, 36. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 2; MünchKomm.HGB/*Priester*, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 2.

3. Zweck und praktische Bedeutung der gesetzlichen Entnahmerechte

632b Zentrale **Grundlage** für die Ratio und die praktische Bedeutung des Kapitalentnahmerechts nach § 122 Abs. 1 Alt. 1 HGB ist das bei den Personengesellschaften geltende **Prinzip der Selbstorganschaft** (zur Selbstorganschaft vgl. Rz. I 234 ff.). Daraus folgt, dass grundsätzlich jeder Gesellschafter zur Geschäftsführung und organschaftlichen Vertretung der Gesellschaft nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist (vgl. Rz. I 406a). Für den **Kommanditisten** ist die Beteiligung an der organschaftlichen Vertretung durch § 170 HGB ausgeschlossen. Folgerichtig hat der Kommanditist gemäß § 169 Abs. 1 HGB auch kein Entnahmerecht nach § 122 HGB (vgl. Rz. I 632c und zur Nichtanwendung des § 122 HGB auf GbR-Gesellschafter vgl. Rz. I 632d). Die Rechtfertigung für diese Ungleichbehandlung besteht darin, dass der Aufwand des einzelnen Gesellschafters für die Beteiligung an der Geschäftsführung und Vertretung – insbesondere also seine Arbeitskraft – bei Fehlen einer besonderen Vereinbarung (vgl. dazu Rz. I 371) **nicht besonders vergütet**, sondern durch den gesetzlichen Gewinnanteil abgegolten wird. Das Entnahmerecht des § 122 Abs. 1 Alt. 1 HGB sichert damit in ertraglosen Jahren den Lebensunterhalt des Gesellschafters.¹ Aus dem Zusammenhang mit der Selbstorganschaft folgt auch, dass bei Vereinbarung eines besonderen **Geschäftsführergehalts** (vgl. Rz. I 406a) i.d.R. kein praktisches Bedürfnis für ein zusätzliches Entnahmerecht nach § 122 Abs. 1 Alt. 1 HGB besteht und daher eine Abbedingung dieses Rechts durch den Gesellschaftsvertrag nahe liegt. Eine weitere Rechtfertigung für das Entnahmerecht nach § 122 Abs. 1 Alt. 1 HGB besteht darin, dass dem einzelnen Gesellschafter nach Auffassung des BGH² bei Fehlen einer gesellschaftsvertraglichen Regelung **kein gesondertes Steuerentnahmerecht** zusteht (vgl. Rz. I 637). Da die Einkünfte aus Gewerbebetrieb gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG nicht von der Gesellschaft als solcher, sondern von den einzelnen Gesellschaftern zu versteuern sind, besteht diese Steuerpflicht auch dann, wenn die Gesellschaft den Gewinn thesauriert, also durch Buchung auf den Kapitalkonten (vgl. dazu Rz. I 582 ff.) Rücklagen bildet (vgl. Rz. II 240 f.). Das Entnahmerecht nach § 122 Abs. 1 HGB dient daher auch dazu, dem Gesellschafter die Zahlung der Einkommensteuer einschließlich der Vorauszahlungen zu ermöglichen.³ Der Zweck des § 122 Abs. 1 Alt. 1 HGB besteht aufgrund des dispositiven Charakters der Vorschrift letztlich nur darin, eine

1 *Rotb* in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 8; Großkomm.HGB/Schäfer, 5. Aufl. 2009, § 122 HGB Rz. 2; MünchKomm.HGB/Priester, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 1; *Ebricke* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 1; *Haas* in Röhricht/Graf von Westphalen/Haas, 4. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 1; *Finckh* in Henssler/Strohn, GesR, 2. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 21; *Psaroudakis* in Heidel/Schall, 2011, § 122 HGB Rz. 1.

2 BGH v. 29.3.1996 – II ZR 263/94, BGHZ 132, 263 (277) = NJW 1996, 1678 (1681 f.).

3 MünchKomm.HGB/Priester, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 1; *Ebricke* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 1.

Grundregel für den Fall aufzustellen, dass die Gesellschafter bei Abschluss des Gesellschaftsvertrags die Problematik der **Versorgung der Gesellschafter** in ertraglosen Geschäftsjahren und die Problematik der persönlichen Steuerpflicht der Gesellschafter nicht geregelt haben.

II. Keine Anwendung des § 122 Abs. 1 Alt. 1 HGB auf Kommanditisten und GbR-Gesellschafter

1. Gesetzliches Entnahmerecht des Kommanditisten (§ 169 HGB)

Nach § 169 Abs. 1 Satz 1 HGB findet § 122 HGB auf den Kommanditisten keine Anwendung. Das nicht durch einen Gewinn gedeckte Kapitalentnahmerecht nach § 122 Abs. 1 Alt. 1 HGB steht dem Kommanditisten daher nicht zu (vgl. Rz. I 2429). § 169 HGB stellt allerdings eine dispositive Regelung dar.¹ Das **Gewinnentnahmerecht** des Kommanditisten ist in § 169 Abs. 1 Satz 2 HGB abweichend vom Gewinnentnahmerecht der persönlich haftenden Gesellschafter aus § 122 Abs. 1 Alt. 2 HGB geregelt (vgl. Rz. I 2429). Auch für den Kommanditisten gilt allerdings in Bezug auf den Gewinnanteil grundsätzlich das **Prinzip der „Vollausschüttung“ (Entnahmefähigkeit)**. Anders als beim Gewinnentnahmerecht des persönlich haftenden Gesellschafter nach § 122 Abs. 1 Alt. 2 HGB kann allerdings gegenüber dem Anspruch des Kommanditisten auf Entnahme des Gewinnanteils nicht geltend gemacht werden, dass ein Schaden der Gesellschaft drohe (vgl. zu Einzelfragen dieser Einrede gegenüber den OHG-Gesellschaftern und Komplementären Rz. I 634c). Zu den Einzelheiten des Entnahmerechts des Kommanditisten vgl. Rz. I 2429 und zu den Gesellschafterkonten des Kommanditisten vgl. Rz. I 588b, I 2242 ff.

632c

2. GbR-Gesellschafter

Die §§ 705 ff. BGB enthalten keine dem § 122 HGB entsprechende Regelung. Nach § 721 Abs. 2 BGB haben der Rechnungsabschluss und die Gewinnverteilung im Zweifel am Schluss jedes Geschäftsjahres zu erfolgen. Auch bei der BGB-Gesellschaft gilt das **Prinzip der Entnahmefähigkeit des Gewinnanteils**, sofern die Gesellschafter nichts anderes vereinbart haben.² Die in Bezug auf das Gewinnentnahmerecht nach § 122 Abs. 1 Alt. 2 HGB zulässige Einrede des drohenden offenbaren Schadens der Gesellschaft ist grundsätzlich nicht auf den

632d

1 OLG Hamm v. 27.4.2009 – 8 U 115/08, juris – Rz. 21.

2 MünchKomm.BGB/*Schäfer*, 6. Aufl. 2013, § 721 BGB Rz. 15; *Palandt/Sprau*, 74. Aufl. 2015, § 721 BGB Rz. 4; *Staudinger/Habermeier*, 13. Bearb. 2003, § 721 BGB Rz. 10; *Kilian* in *Henssler/Strohn*, GesR, 2. Aufl. 2014, § 721 BGB Rz. 9.

Gewinnanspruch des GbR-Gesellschafters anwendbar.¹ Im konkreten Fall kann sich aber bei der BGB-Gesellschaft aus der gesellschaftlicherlichen **Treuepflicht** eine Beschränkung des Gewinnentnahmerechts ergeben.² Ein gewinnunabhängiges Kapitalentnahmerecht nach dem Vorbild des § 122 Abs. 1 Alt. 1 HGB steht dem GbR-Gesellschafter nur dann zu, wenn die Gesellschafter dies besonders vereinbart haben.³

III. Der Kapitalanteil als Berechnungsgrundlage für die Entnahmen

1. Der Kapitalanteil als Rechnungsziffer – Kapitalkontensysteme

632e Der Kapitalanteil ist eine Rechnungsziffer, die den gegenwärtigen Stand der Einlage wiedergibt⁴ (vgl. Rz. I 575 ff.). Ein Anspruch des einzelnen Gesellschafters gegen die Gesellschaft oder die anderen Gesellschafter wird durch den Kapitalanteil als solchen nicht begründet (vgl. Rz. I 576). Im Übrigen stellt er ebenso wenig wie der sog. Anteil am Gesellschaftsvermögen (vgl. dazu Rz. I 558) eine unmittelbare dingliche Berechtigung an den Gegenständen des Gesellschaftsvermögens dar (vgl. Rz. I 576). Nach der gesetzlichen Grundregel des § 120 Abs. 2 HGB werden **Gewinn- und Verlustanteile** dem durch die Leistung der Einlage begründeten Kapitalanteil des Gesellschafters zugeschrieben bzw. abgeschrieben. Für den Kapitalanteil als Berechnungsgrundlage für die Entnahmen ist es, sofern dieses **Prinzip des variablen Kapitalanteils** nicht – wie häufig – durch den Gesellschaftsvertrag abgeändert wird (vgl. dazu Rz. I 577a), unerheblich, wie die Gesellschaft die Kapitalkonten gestaltet. Denn insoweit gilt der Grundsatz der **Einheitlichkeit des Kapitalanteils** (vgl. dazu Rz. I 580). Eine andere Frage ist, ob bei Vereinbarung eines sog. **festen Kapitalanteils** nur dieser oder auch gesell-

1 Vgl. *Erman/Westermann*, 14. Aufl. 2014, § 721 BGB Rz. 3; MünchKomm.BGB/*Schäfer*, 6. Aufl. 2013, § 721 BGB Rz. 16; im Ergebnis auch *Palandt/Sprau*, 74. Aufl. 2015, § 721 BGB Rz. 4; a.A. *K. Schmidt*, GesR, 4. Aufl. 2002, S. 1722 (generelle Anwendung des § 122 HGB auf die Mitunternehmer-GbR).

2 MünchKomm.BGB/*Schäfer*, 6. Aufl. 2013, § 721 BGB Rz. 16; *Palandt/Sprau*, 74. Aufl. 2015, § 721 BGB Rz. 4; *Staudinger/Habermeier*, 13. Bearb. 2003, § 721 BGB Rz. 10.

3 BGH v. 30.5.1994 – II ZR 205/93, NJW-RR 1994, 996; *Erman/Westermann*, 14. Aufl. 2014, § 721 BGB Rz. 3; MünchKomm.BGB/*Schäfer*, 6. Aufl. 2013, § 721 BGB Rz. 15; *Palandt/Sprau*, 74. Aufl. 2015, § 721 BGB Rz. 4; *Staudinger/Habermeier*, 13. Bearb. 2003, § 721 BGB Rz. 10; für eine entsprechende Anwendung des § 122 Abs. 1 Alt. 1 HGB wohl auch *K. Schmidt*, GesR, 4. Aufl. 2002, S. 1722 aufgrund der von ihm vertretenen generellen Anwendung des § 122 HGB auf die Mitunternehmer-GbR.

4 Großkomm.HGB/*Schäfer*, 5. Aufl. 2009, § 120 HGB Rz. 50; MünchKomm.HGB/*Priester*, 3. Aufl. 2011, § 120 HGB Rz. 84; *Ebricke* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 120 HGB Rz. 58; *Pсарoudakis* in Heidel/Schall, 2011, § 120 HGB Rz. 2; *U. Huber*, Vermögensanteil, 1970, S. 228; *U. Huber*, ZGR 1988, 1 (4); *K. Schmidt*, GesR, 4. Aufl. 2002, S. 1383.

schaftsvertraglich vereinbarte variable Kapitalkonten als Berechnungsgrundlage für das Entnahmerecht anzusehen sind (vgl. Rz. I 632f).

Aufgrund des eindeutigen Wortlauts des § 122 Abs. 1 HGB („seines für das **letzte Geschäftsjahr festgestellten Kapitalanteils**“) beeinflussen Veränderungen des Kapitalanteils im laufenden Geschäftsjahr nicht die Berechnungsgrundlage.¹ Der Gesellschafter kann also durch vereinbarte neue Einlagen im laufenden Geschäftsjahr den Umfang des Entnahmerechts nicht bereits grundsätzlich für dieses Geschäftsjahr erweitern (zum Jahresabschluss als Anspruchsvoraussetzung vgl. Rz. I 633a und zum Erlöschen des Entnahmerechts vgl. Rz. I 635e). Bei der Berechnung der **Kapitaldividende** i.S. des § 121 Abs. 1 HGB erfolgt aber insoweit gemäß § 121 Abs. 2 Satz 1 HGB eine zeitanteilige Berücksichtigung (vgl. Rz. I 632a).²

2. Berechnungsgrundlage bei festem Kapitalanteil mit variablen Kapitalkonten

Sieht der Gesellschaftsvertrag abweichend von § 120 Abs. 2 HGB einen festen Kapitalanteil (i.d.R. Kapitalkonto I) und ein oder mehrere variable Kapitalkonten (vgl. dazu Rz. I 585 ff.) vor, so stellt sich die Frage, ob der feste Kapitalanteil oder die Summe aller Kapitalkonten als einheitlicher Kapitalanteil der Berechnung der Entnahmebeträge zugrunde zu legen ist. Der **Zweck des festen Kapitalanteils** besteht darin, anstelle eines variablen und damit schwankenden Kapitalanteils eine **unveränderliche Rechnungsziffer** für die Berechnung von Ansprüchen und den Umfang von Verwaltungsrechten (insbesondere Stimmrechten) des Gesellschafters zu erhalten (s. zu den Einzelheiten des festen Kapitalanteils Rz. I 586 ff.). Da die gesamte Regelung des § 122 HGB dispositives Recht ist, können die Gesellschafter auch **frei darüber bestimmen**, ob bei Einführung fester Kapitalanteile nur diese oder die gesamten Kapitalkonten die Berechnungsgrundlage für Kapital- und Gewinnentnahmen darstellen. Fehlt eine ausdrückliche Regelung im Gesellschaftsvertrag, so hängt die Bestimmung der Berechnungsgrundlage von einer **Auslegung des Gesellschaftsvertrages** ab.³ Aus dem dargelegten Zweck eines abweichend von § 120 HGB vereinbarten festen Kapitalanteils ist im Zweifel zu folgern, dass die Gesellschafter für alle Berechnungen,

632f

1 MünchKomm.HGB/*Priester*, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 18; *Ebricke* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 26; *Schlegelberger/Martens*, 5. Aufl. 1992, § 122 HGB Rz. 10.

2 MünchKomm.HGB/*Priester*, 3. Aufl. 2011, § 121 HGB Rz. 19; *Roth* in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 121 HGB Rz. 1.

3 Großkomm.HGB/*Schäfer*, 5. Aufl. 2009, § 122 HGB Rz. 14; MünchKomm.HGB/*Priester*, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 19.

die vom „Kapitalanteil“ abhängen, den festen Kapitalanteil zugrunde legen wollen.¹

3. Kein Kapitalentnahmerecht (§ 122 Abs. 1 Alt. 1 HGB) des Gesellschafters ohne Kapitalanteil

- 632g Der Gesellschafter ohne Kapitalanteil leistet **keine Einlage** und ist demzufolge am Gesellschaftsvermögen nicht wertmäßig beteiligt (vgl. Rz. I 581).² Er hat damit keinen Kapitalanteil i.S. des § 122 Abs. 1 HGB mit der Folge, dass ihm auch **kein Kapitalentnahmerecht** zusteht.³ Für eine analoge Anwendung des § 122 HGB besteht weder eine Grundlage noch ein Bedürfnis; denn der Gesellschafter ohne Kapitalanteil ist i.d.R. ein geschäftsführender Gesellschafter, der für die Geschäftsführertätigkeit eine besondere Vergütung erhält. Das **Gewinnentnahmerecht** steht dem Gesellschafter ohne Kapitalanteil zu, sofern er neben dem Geschäftsführergehalt (überhaupt) einen Gewinnanteil beanspruchen kann (vgl. Rz. I 634b).

IV. Die Voraussetzungen der Entnahmen nach § 122 Abs. 1 Alt. 1 HGB und § 122 Abs. 1 Alt. 2 HGB

1. Kein Nachweis eines konkreten Geldbedarfs

- 633 Die Geltendmachung des **Kapitalentnahmerechts** nach § 122 Abs. 1 Alt. 1 HGB setzt nicht voraus, dass der Gesellschafter einen konkreten Geldbedarf nachweist.⁴ Die Gesellschaft kann sich daher nicht einredeweise darauf berufen, dass der Gesellschafter über genügend Finanzmittel für die Bestreitung des Lebensunterhalts verfüge. Der Gesellschafter muss auch nicht offenlegen, für welche Zwecke er die entnommenen Beträge verwenden will. Die entnommenen Beträge können daher auch für **Luxusanschaffungen und Kapitalanlagezwecke** eingesetzt werden. Das fehlende Erfordernis eines konkreten Geldbedarfs des

1 Großkomm.HGB/*Schäfer*, 5. Aufl. 2009, § 122 HGB Rz. 14; MünchKomm.HGB/*Priester*, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 19; *Ebricke* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 27; *Finckh* in Henssler/Strohn, GesR, 2. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 23.

2 *Roth* in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 120 HGB Rz. 23; Großkomm.HGB/*Schäfer*, 5. Aufl. 2009, § 120 HGB Rz. 75; MünchKomm.HGB/*Priester*, 3. Aufl. 2011, § 120 HGB Rz. 91; *U. Huber*, Vermögensanteil, 1970, S. 289 ff., 305; *K. Schmidt*, GesR, 4. Aufl. 2002, S. 1381.

3 *Roth* in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 8; MünchKomm.HGB/*Priester*, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 18; *Ebricke* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 26; *Psaroudakis* in Heidel/Schall, 2011, § 122 Rz. 1.

4 Großkomm.HGB/*Schäfer*, 5. Aufl. 2009, § 122 HGB Rz. 2; MünchKomm.HGB/*Priester*, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 17; *Ebricke* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 1. A.A. *Wiedemann*, WM 1992, Sonderbeil. 7 S. 33.

Gesellschafters ist ein Umstand, der eine entscheidende Rolle für die umstrittenen Fragen der Abtretung (vgl. Rz. I 636a) und Pfändung (vgl. Rz. I 636c) des Kapitalentnahmerechts sowie für die Frage der Buchung der entnommenen Beträge auf Gesellschafter-Privatkonten (Darlehenskonten) (vgl. Rz. I 635a) spielt.

2. Festgestellter Jahresabschluss

Nach dem Wortlaut des § 122 Abs. 1 HGB setzen die Entnahmerechte für das laufende Geschäftsjahr voraus, dass der **Kapitalanteil** des betreffenden Gesellschafters für das letzte Geschäftsjahr **festgestellt** ist. Die Feststellung des Kapitalanteils als Rechnungsziffer und Bestandteil der Bilanz (vgl. Rz. I 632e) setzt ihrerseits die Feststellung des gesamten Jahresabschlusses (vgl. dazu Rz. I 592 ff.) voraus.¹ Befindet sich die Gesellschaft nach der Gründung in ihrem **ersten Geschäftsjahr**, so besteht bis zur Feststellung des ersten Jahresabschlusses **kein Entnahmerecht**.² Eine schuldhaft verzögerte Aufstellung des Jahresabschlusses durch geschäftsführende Gesellschafter lässt zwar das Erfordernis der Feststellung des Jahresabschlusses als Voraussetzung für das Entnahmerecht nicht entfallen, die anspruchsberechtigten Gesellschafter können aber u.U. einen Anspruch aus § 280 BGB auf Ersatz des durch die verzögerte Auszahlung entstandenen Schadens haben.³

633a

3. Fälligkeit des konkreten Entnahmeanspruchs durch Abruf

Der Entnahmeanspruch nach § 122 Abs. 1 HGB wird nicht kraft Gesetzes unmittelbar mit der Feststellung des Jahresabschlusses und des Gewinnanteils fällig. Es handelt sich vielmehr um einen sog. **verhaltenen Anspruch**, d.h., der Anspruch wird **erst mit der Geltendmachung** durch den Gesellschafter fällig (vgl. zur Fälligkeit des Gewinnentnahmeanspruchs aus § 122 Abs. 1 Alt. 2 HGB Rz. I 585a).⁴ Ein **Verzug** i.S. des § 286 BGB setzt daher voraus, dass der Gesellschafter nicht nur den Entnahmebetrag abrufte, sondern im Falle der Nichterfüllung auch eine **Mahnung** ausspricht. Dass die Durchsetzung des Entnahmerechts einen vorherigen Abruf erfordert, hat auf den ersten Blick keine große praktische Bedeutung, weil ein Gesellschafter wohl kaum eine Leistungsklage vor einer außergericht-

633b

1 Roth in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 4; Großkomm.HGB/Schäfer, 5. Aufl. 2009, § 122 HGB Rz. 4; MünchKomm.HGB/Priester, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 7; Ebricke in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 6.

2 MünchKomm.HGB/Priester, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 1; Ebricke in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 6.

3 MünchKomm.HGB/Priester, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 7.

4 Großkomm.HGB/Schäfer, 5. Aufl. 2009, § 122 HGB Rz. 5; Ebricke in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 6; in der Sache, nicht aber im Hinblick auf den Begriff „verhaltener Anspruch“ ausdrücklich zustimmend MünchKomm.HGB/Priester, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 8.

lichen Geltendmachung des Entnahmerechts erheben wird. Mit einem Entnahmeverlangen im laufenden Geschäftsjahr verhindert der Gesellschafter aber, dass der Anspruch mit der Feststellung des nächsten Jahresabschlusses erlischt (zum Erlöschen des Anspruchs vgl. Rz. I 635e). Eine Zahlungsklage ist gegen die Gesellschaft als solche zu richten (vgl. Rz. I 635b). Ein geschäftsführender Gesellschafter kann allerdings ohne Verstoß gegen § 181 BGB den ihm zustehenden Betrag entnehmen (vgl. Rz. I 635).

V. Die Besonderheiten des Gewinnentnahmerechts (§ 122 Abs. 1 Alt. 2 HGB)

1. Gesellschaftsgewinn, Gewinnanteil und „Mehrgewinn“

634 Die Gesellschafter einer GmbH haben gemäß § 29 Abs. 1 GmbHG einen unmittelbaren Anspruch auf ihren Anteil am Jahresüberschuss, soweit er nicht kraft Gesetzes, Gesellschaftsvertrags oder Gesellschafterbeschlusses von der Verteilung an die Gesellschafter ausgeschlossen ist.¹ Ein besonderes Entnahmerecht sieht das GmbH-Recht daher nicht vor. Das Gleiche gilt gemäß § 58 Abs. 4 AktG für den Gewinnanspruch der Aktionäre.

Das für die OHG/KG geltende besondere Gewinnentnahmerecht des § 122 Abs. 1 Alt. 2 HGB beruht darauf, dass bei diesen Gesellschaften die auf die Gesellschafter entfallenden **Gewinnanteile** bei Fehlen einer modifizierenden Regelung im Gesellschaftsvertrag gemäß § 120 Abs. 2 HGB **dem Kapitalanteil des Gesellschafters zugeschrieben** werden² (vgl. dazu Rz. I 574, I 578). Nach dem dispositiven gesetzlichen Grundmodell der OHG/KG besteht also ein **variabler Kapitalanteil** (vgl. dazu Rz. I 577 und zu abweichenden Kapitalkonten-Modellen vgl. Rz. I 582 ff.). Es erfolgt somit bei Fehlen einer abweichenden gesellschaftsvertraglichen Regelung oder eines besonderen Gesellschafterbeschlusses **keine unmittelbare „Gewinnausschüttung“ durch Überweisung des Gewinnanteils** auf ein Bankkonto oder ein Gesellschafter-Privatkonto (Darlehenskonto). Werden im Gesellschaftsvertrag **von § 120 Abs. 2 HGB abweichende Kapitalkonten sowie Fremdkapitalkonten** vorgesehen (vgl. dazu Rz. I 582 ff. bzw. I 590 ff.), so geht dies i.d.R. einher mit der **Abbedingung der Entnahmerechte** **aus § 122 Abs. 1 HGB**. Inwieweit die auf den Fremdkapitalkonten verbuchten

1 Vgl. zur dogmatischen Einordnung des Gewinnanspruchs des GmbH-Gesellschafters BGH v. 14.9.1998 – II ZR 172/97, BGHZ 139, 299 (302 f.) = NJW 1998, 3646 (3647); BGH v. 30.6.2004 – VIII ZR 349/03, NJW-RR 2004, 1343 (1344); Münch-Komm.GmbHG/*Ekkeenga*, 2. Aufl. 2015, § 29 GmbHG Rz. 1, 68 ff.; *Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, 20. Aufl. 2013, § 29 GmbHG Rz. 49.

2 *Roth* in *Baumbach/Hopt*, 36. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 2; *Ebricke* in *E/B/J/S*, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 35.

Gewinnanteile entnommen werden können, ist eine Frage des Gesellschaftsvertrags und seiner Auslegung (zur Entnahmefähigkeit von Guthaben auf solchen Konten vgl. Rz. I 590c). Das Entnahmerecht nach § 122 Abs. 1 Alt. 2 HGB ist im Hinblick auf die Gesellschafter-Privatkonten (Darlehenskonten) von vornherein nicht anwendbar (vgl. Rz. I 638).

Das **Gewinnentnahmerecht** geht zwar ebenso wie das Kapitalentnahmerecht zu Lasten des Kapitalanteils. Die Besonderheit des Gewinnentnahmerechts besteht aber darin, dass nach § 120 Abs. 1 Alt. 2 HGB nur der gerade erst durch den letzten Jahresabschluss zugeschriebene Gewinnanteil entnommen und damit die bisherige **Substanz des Kapitalanteils** – anders als beim Kapitalentnahmerecht – **nicht tangiert** wird. § 122 Abs. 1 Alt. 2 HGB stellt letztlich nur klar, dass bei der OHG/KG bei Fehlen einer abweichenden Regelung das Prinzip der Entnahmefähigkeit des aktuellen Gewinnanteils gilt (vgl. Rz. I 632). Nach § 122 Abs. 1 Alt. 2 HGB kann der Gesellschafter neben der Vorabdividende in Höhe von 4 % des Kapitalanteils nach § 121 Abs. 1 Satz 1 HGB auch den darüber hinausgehenden sog. **Mehrgewinn** verlangen (vgl. Rz. I 574).¹

2. Negativer Kapitalanteil und Gesellschafter ohne Kapitalanteil

a) Negativer Kapitalanteil (negatives Kapitalkonto)

Da die Gewinnentnahme nach § 122 Abs. 1 Alt. 2 HGB durch die im Jahresabschluss ausgewiesenen Gewinnanteile der einzelnen Gesellschafter finanziert wird, besteht dieses Entnahmerecht – anders als das Kapitalentnahmerecht nach § 122 Abs. 1 Alt. 1 HGB – u.U. auch zu Gunsten von Gesellschaftern mit einem zurzeit negativen Kapitalanteil und auch für Gesellschafter ohne Kapitalanteil, sofern ihnen ein Gewinnanteil zusteht (vgl. zum Gesellschafter ohne Kapitalanteil Rz. I 581).² Beim Gesellschafter mit einem negativen Kapitalanteil kommt es darauf an, ob der Gewinn nach dem Gesellschaftsvertrag auf der Grundlage des Kapitalanteils oder aber nach Köpfen verteilt wird. Denn der Anspruch auf **Vorabdividende** nach § 121 Abs. 1 HGB und das darauf beruhende **Gewinnentnahmerecht** nach § 122 Abs. 1 Alt. 2 HGB bestehen **nicht, solange der Kapitalanteil negativ ist** (zu den Einzelheiten vgl. Rz. I 579d). Eine mangels abweichender Regelung im Gesellschaftsvertrag Platz greifende **Gewinnverteilung nach Köpfen** (§ 121 Abs. 3 HGB) wird demgegenüber durch einen negati-

634a

1 *Roth* in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 12; Großkomm.HGB/*Schäfer*, 5. Aufl. 2009, § 122 HGB Rz. 16; MünchKomm.HGB/*Priester*, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 26; *Ebricke* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 35; *Haas* in Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, 4. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 7.

2 *Roth* in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 12; MünchKomm.HGB/*Priester*, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 26; *Ebricke* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 35; *Finckh* in Henssler/Strohn, GesR, 2. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 29.

ven Kapitalanteil grundsätzlich nicht berührt mit der Folge, dass insoweit auch ein Gewinnentnahmerecht nach § 122 Abs. 1 Alt. 2 HGB besteht.¹ S. zur Frage der Verpflichtung zum Ausgleich des negativen Kapitalanteils in der Liquidation oder im Falle des Ausscheidens des Gesellschafters Rz. I 579c.

b) Gesellschafter ohne Kapitalanteil

- 634b Ist der Gesellschafter ohne Kapitalanteil durch eine gesellschaftsvertragliche Regelung an der **Gewinnverteilung nach Köpfen** oder nach einem sonstigen kapitalunabhängigen Prinzip beteiligt, so steht ihm bei Fehlen einer abweichenden Regelung im Gesellschaftsvertrag in Höhe des gesamten Gewinnanteils das Entnahmerecht nach § 122 Abs. 1 Alt. 2 HGB zu.² Insoweit gilt dann für ihn auch das Prinzip der Entnahmefähigkeit. Häufig wird aber auch für den Gesellschafter ohne Kapitalanteil das Entnahmerecht nach § 122 Abs. 1 Alt. 2 HGB dadurch **modifiziert**, dass die Gewinnanteile auf einem besonderen Gesellschafter-Privatkonto (Darlehenskonto) verbucht werden, für das dann **vertragliche Entnahmeregelungen** gelten (vgl. dazu Rz. I 590d).

3. Die Einrede des „offenbaren Schadens“

- 634c Die Einrede des drohenden „offenbaren Schadens“ steht der Gesellschaft nicht gegenüber dem Kapitalentnahmerecht nach § 122 Abs. 1 Alt. 1 HGB, sondern **nur gegenüber dem Gewinnentnahmerecht** nach § 122 Abs. 1 Alt. 2 HGB zu, **soweit** der über den Betrag von 4 % hinausgehende **Mehrgewinn beansprucht wird**. Die Einrede des „offenbaren Schadens“ kann also nicht gegenüber dem „Mindestgewinn“ in Höhe von 4 % geltend gemacht werden.

Durch die Formulierung „**offenbarer Schaden**“ bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass Streitigkeiten über die Notwendigkeit einer Thesaurierung vermieden werden sollen. Es muss also für den Gesellschafter ebenso wie für einen Dritten, der über die Umstände informiert ist, **offensichtlich** sein, dass die Entnahme des Mehrgewinns wegen eines drohenden Schadens der Gesellschaft unzulässig ist.³ Daher kann es für die Erhebung der Einrede nicht auf eine umfassen-

1 Roth in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 12; Ebricke in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 35; a.A. wohl MünchKomm.HGB/Priester, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 18, 20.

2 Roth in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 12; MünchKomm.HGB/Priester, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 26; Ebricke in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 35.

3 Großkomm.HGB/Schäfer, 5. Aufl. 2009, § 122 HGB Rz. 20; MünchKomm.HGB/Priester, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 37; Ebricke in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 44; Haas in Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, 4. Aufl. 2014, § 120 HGB Rz. 9.

de Interessenabwägung ankommen.¹ Bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals „offenbarer Schaden“ ist zu berücksichtigen, dass bei der OHG/KG grundsätzlich das Prinzip der Entnahmefähigkeit gilt (vgl. Rz. I 632) und die Gesellschafter bei Fehlen einer besonderen Vereinbarung für die Geschäftsführungstätigkeit keine gesonderte Vergütung erhalten (vgl. Rz. I 406a, I 632b).

Zu Recht bejaht wird ein offenbarer Schaden, wenn die vom Gesellschafter beanspruchten Beträge **zur Erhaltung der Lebens- und Widerstandsfähigkeit der Gesellschaft erforderlich** sind.² Eine Notwendigkeit zum Zwecke der Erhaltung der Lebens- und Widerstandsfähigkeit der Gesellschaft ist aber nur dann anzunehmen, wenn die Gesellschaft auch nicht in der Lage ist, die Entnahmeansprüche des Gesellschafters unter Aufnahme eines Darlehens zu erfüllen.³ Ein offenbarer Schaden kann auch dann drohen, wenn die von einem Gesellschafter geltend gemachten „Mehrgewinn“-Entnahmebeträge nicht unbedingt zur Erhaltung der Lebens- und Widerstandsfähigkeit der Gesellschaft erforderlich sind. Insoweit kann die **Wahrung günstiger Geschäftschancen** als Einredegrund ausreichen, sofern die Möglichkeit der Aufnahme von Fremdkapital jedenfalls nicht zu zumutbaren Bedingungen besteht.⁴ Ein offenbarer Schaden kann daher auch dann vorliegen, wenn eine Expansion des Geschäftsbetriebes der Gesellschaft durch einen Unternehmenskauf oder sonstige Strukturveränderungen bei Auszahlung des Mehrgewinns scheitern würde. In einem solchen Fall dürfte auch die allgemeine gesellschaftlerliche **Treuepflicht** der Entnahme entgegenstehen, soweit anzunehmen ist, dass der Gesellschaftszweck die Wahrung der Geschäfts- und Ent-

1 Großkomm.HGB/*Schäfer*, 5. Aufl. 2009, § 122 HGB Rz. 21; MünchKomm.HGB/*Priester*, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 38; a.A. *Ebricke* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 45.

2 RG v. 11.2.1927 – II 94/26, RGZ 116, 119 (133); BGH v. 29.3.1996 – II ZR 263/94, BGHZ 132, 263 (276) = NJW 1996, 1678 (1681); OLG Karlsruhe v. 28.2.2003 – 4 U 8/02, NZG 2003, 429 (430); *Roth* in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 13; Großkomm.HGB/*Schäfer*, 5. Aufl. 2009, § 122 HGB Rz. 20; MünchKomm.HGB/*Priester*, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 37; *Ebricke* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 41; *Wertenbruch*, NZG 2006, 408 (410).

3 So zutreffend Großkomm.HGB/*Schäfer*, 5. Aufl. 2009, § 122 HGB Rz. 20; MünchKomm.HGB/*Priester*, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 37; *Ebricke* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 43.

4 Für die Annahme eines offenbaren Schadens bei Verlust günstiger Geschäftsmöglichkeiten *A. Hueck*, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 1971, S. 250; *Heymann/Emmerich*, 2. Aufl. 1996, § 122 Rz. 15; zurückhaltender *Ebricke* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 42, 43 (erhebliche Hemmung der Fortentwicklung der Gesellschaft, nicht aber das Entgehen besonders guter Geschäftschancen); a.A. *Roth* in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 13; MünchKomm.HGB/*Priester*, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 37.

wicklungsmöglichkeit deckt, die gerade durch die Einbehaltung des Mehrgewinns finanziert werden soll.¹

VI. Anspruchsgegner und Durchsetzung der Entnahmerechte

1. Praktische Durchführung der Entnahme

- 635 Die in § 122 Abs. 1 HGB enthaltene Formulierung „ist berechtigt, aus der Gesellschaftskasse zu erheben“ bedeutet nicht, dass jeder Gesellschafter durch einen „Griff in die Gesellschaftskasse“ seinen Anspruch selbst durchsetzen könnte.² Die Vorschrift begründet nur einen Anspruch gegen die Gesellschaft (vgl. Rz. I 635b). Die **geschäftsführungs- und vertretungsberechtigten Gesellschafter** können allerdings mit Wirkung für und gegen die Gesellschaft ihre eigenen Entnahmeansprüche „selbst“ erfüllen, ohne gegen § 181 BGB zu verstoßen.³ Denn das **Insichgeschäft** besteht lediglich darin, eine bestehende Verbindlichkeit i.S. des § 181 Halbs. 2 BGB zu erfüllen.

2. Buchung des Kapitalentnahmebetrags auf Gesellschafter-Privatkonten (Darlehenskonto)

- 635a Nach einer in der **Literatur** vertretenen Auffassung⁴ kann der Gesellschafter auf Grundlage des § 122 Abs. 1 Alt. 1 HGB nicht anstelle einer Barauszahlung des Entnahmebetrags eine Buchung auf einem Privatkonto (Darlehenskonto) verlangen. Diese Auffassung ist **abzulehnen**. Das Entnahmerecht soll zwar dem Gesellschafter die Möglichkeit geben, auch in ertraglosen Jahren den Lebensunterhalt zu bestreiten (Rz. I 632b). Ein konkreter Geldbedarf ist aber gleichwohl keine tatbestandliche Entnahmevoraussetzung (vgl. Rz. I 633). Es wäre also widersprüchlich, einerseits auf den Nachweis eines konkreten Geldbedarfs zu verzichten und andererseits die Buchung auf Privatkonten (Darlehenskonto) unter Hinweis auf den Regelungszweck des § 122 Abs. 1 HGB abzulehnen.

1 *Schlegelberger/Martens*, 5. Aufl. 1992, § 122 HGB Rz. 7 (Treuepflicht als generelle Grenze für die Durchsetzbarkeit beider Zahlungsansprüche des § 122 HGB); offenlassend *MünchKomm.HGB/Priester*, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 41.

2 *Roth* in *Baumbach/Hopt*, 36. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 5; *Großkomm.HGB/Schäfer*, 5. Aufl. 2009, § 122 HGB Rz. 7; *MünchKomm.HGB/Priester*, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 11; *Ebricke* in *E/B/J/S*, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 14.

3 *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, 36. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 5; *Großkomm.HGB/Schäfer*, 5. Aufl. 2009, § 122 HGB Rz. 7; *MünchKomm.HGB/Priester*, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 11; *Ebricke* in *E/B/J/S*, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 14; *Haas* in *Röhricht/Graf von Westphalen/Haas*, 4. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 1.

4 *Ebricke* in *E/B/J/S*, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 8; *Haas* in *Röhricht/Graf von Westphalen/Haas*, 4. Aufl. 2014, 122 HGB Rz. 3.

3. Anspruchsgegner und Klagegegner

Der Entnahmeanspruch richtet sich als **Sozialanspruch** des Gesellschafters gegen die Gesellschaft.¹ Auch für den Anspruch aus § 122 Abs. 1 HGB haften die anderen Gesellschafter nicht gemäß § 128 HGB persönlich (vgl. Rz. I 422, I 897). Eine **Klage ist gegen die Gesellschaft** zu richten.²

635b

Die Auffassung³, nach der die Klage auch **gegen einen Geschäftsführer** auf Zahlung aus der Gesellschaftskasse gerichtet werden kann, ist abzulehnen, weil sie mit der Rechts- und Parteifähigkeit der Personengesellschaften sowie dem Prinzip der organschaftlichen Vertretung nicht vereinbar ist.⁴ Dies gilt nicht nur für den Entnahmeanspruch aus § 122 HGB, sondern generell für alle Gesellschaftsschulden (vgl. Rz. I 720 f., I 806 ff.). Denn aufgrund des organschaftlichen Charakters der Vertretung handelt die Gesellschaft immer durch ihre vertretungsberechtigten Geschäftsführer (vgl. Rz. I 807 f.). Im Falle der **Weigerung eines Geschäftsführers**, Gesellschaftsverbindlichkeiten zu erfüllen, muss **gegen die Gesellschaft geklagt** und vollstreckt werden. Die von der älteren Rspr. entwickelte Klage gegen den Geschäftsführer auf Vornahme einer Leistungshandlung für die Gesellschaft ist in Wirklichkeit eine überholte Hilfskonstruktion aus einer Zeit, zu der die Parteifähigkeit der OHG/KG noch nicht anerkannt war⁵. Klarheit schaffte insoweit erst die Entscheidung BGHZ 62, 131⁶ aus dem Jahre 1974 (vgl. zur OHG/KG im Prozess Rz. I 731 ff.). Der Geschäftsführer kann nur verklagt werden, wenn ihm gegenüber eine persönliche Haftung nach § 128 HGB geltend gemacht wird. Dies ist aber bei Sozialverbindlichkeiten gerade nicht möglich.

1 *Roth* in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 5; Großkomm.HGB/Schäfer, 5. Aufl. 2009, § 122 HGB Rz. 6; MünchKomm.HGB/Priester, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 10; *Ebricke* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 14; *Haas* in Röhricht/Graf von Westphalen/Haas, 4. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 1a; *Kindler* in Koller/Kindler/Roth/Morck, 8. Aufl. 2015, § 122 HGB Rz. 2.

2 *Roth* in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 5; *Ebricke* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 15; MünchKomm.HGB/Priester, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 11; *Heymann/Emmerich*, 2. Aufl. 1996, § 122 HGB Rz. 8; *Kindler* in Koller/Kindler/Roth/Morck, 8. Aufl. 2015, § 122 HGB Rz. 2.

3 RG v. 4.3.1943 – II 113/42, RGZ 170, 392 (395); BGH v. 23.6.2003 – II ZR 46/02, NJW-RR 2003, 1392 f.; *Roth* in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 5; Großkomm.HGB/Schäfer, 5. Aufl. 2009, § 122 HGB Rz. 7; MünchKomm.HGB/Priester, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 11; *Haas* in Röhricht/Graf von Westphalen/Haas, 4. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 1a; *Oetker/Weitemeyer*, 3. Aufl. 2013, § 122 HGB Rz. 12.

4 So im Ergebnis auch *Ebricke* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 15; *Kindler* in Koller/Kindler/Roth/Morck, 8. Aufl. 2015, § 122 HGB Rz. 2.

5 Vgl. dazu *Wertenbruch*, Haftung von Gesellschaften, 2000, S. 58 ff.

6 BGH v. 13.2.1974 – VIII ZR 147/72, BGHZ 62, 131.

4. Beweislast

635c Für die Beweislast hinsichtlich der Entnahmerechte aus § 122 Abs. 1 HGB gilt die allgemeine Beweisregel (Rosenbergsche Formel), nach der der Anspruchsteller die Tatbestandsvoraussetzungen der für ihn günstigen Norm beweisen muss.¹ Der einzelne **Gesellschafter** muss daher grundsätzlich die Tatbestandsvoraussetzungen des § 122 Abs. 1 HGB nachweisen.² Umstritten ist, ob der Beschluss über die **Feststellung des Jahresabschlusses** (vgl. dazu Rz. I 592 ff.) eine **Tatbestandswirkung** zu Gunsten des entnahmewilligen Gesellschafters in der Weise entfaltet, dass der Gesellschafter die Rechtmäßigkeit dieses Jahresabschlusses nicht mehr nachweisen muss.³ Im Fall des BGH⁴ ging es allerdings um den Mehrheitsbeschluss einer Publikums-KG mit 34 Kommanditisten. Auch die Ausführungen des BGH zur Beweislast in Bezug auf die Frage der Wirksamkeit des Gesellschafterbeschlusses beziehen sich auf Mehrheitsbeschlüsse. Im Hinblick auf **Mehrheitsbeschlüsse** ist dem BGH und der ihm folgenden Literaturauffassung zuzustimmen. Bei einstimmig gefassten Gesellschafterbeschlüssen ist aber eine Tatbestandswirkung zu bejahen; die Gesellschaft muss also beweisen, dass der Beschluss unwirksam ist. Auf einen Verstoß gegen den Gesellschaftsvertrag kann sich die Gesellschaft von vornherein nicht berufen, weil die Gesamtheit der Gesellschafter ihn jederzeit auch konkludent abändern kann.

5. Vorschüsse

635d Ein Recht auf Auszahlung eines Vorschusses sieht § 122 Abs. 1 HGB nicht vor. Gleichwohl können „in angemessenem Rahmen“ Vorschüsse verlangt werden.⁵ Dies gilt insbesondere für geschäftsführende Gesellschafter, die für ihre Geschäftsführungstätigkeit keine besondere Vergütung erhalten.

1 Vgl. allgemein zu dieser Beweisregel BGH v. 13.7.1983 – VIII ZR 107/82, NJW 1983, 2944; MünchKomm.ZPO/Priütting, 4. Aufl. 2013, § 286 ZPO Rz. 110 ff.; Reichold in Thomas/Putzo, 35. Aufl. 2014, Vorbem. § 284 ZPO Rz. 23.

2 BGH v. 11.1.1960 – II ZR 69/59, MDR 1960, 377 f.; BGH v. 21.1.1982 – II ZR 134/80, NJW 1982, 2065 f.; MünchKomm.HGB/Priester, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 12; Ehricke in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 23; Haas in Röhricht/Graf von Westphalen/Haas, 4. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 11.

3 Verneinend: BGH v. 21.1.1982 – II ZR 134/80, NJW 1982, 2065; Ehricke in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 23; MünchKomm.HGB/Priester, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 12 (Beweislast des Gesellschafters und u.U. Pflicht der Gesellschaft zu einem substantiierten Bestreiten); bejahend: Schlegelberger/Martens, 5. Aufl. 1992, § 122 HGB Rz. 19; Haas in Röhricht/Graf von Westphalen/Haas, 4. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 11.

4 BGH v. 21.1.1982 – II ZR 134/80, NJW 1982, 2065.

5 Roth in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 11; MünchKomm.HGB/Priester, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 13.

Nicht erforderlich ist, dass der Gesellschafter einen dringenden, nicht anders zu deckenden Finanzbedarf hat.¹ Stellt sich nach Feststellung des Jahresabschlusses heraus, dass der Gesellschafter mit dem Vorschuss einen **über den Entnahmeanspruch hinausgehenden Betrag** erhalten hat, so besteht ein **Rückzahlungsanspruch** aus dem durch den Gesellschaftsvertrag begründeten Gesellschaftsverhältnis.² Bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung ist der Gesellschaftsvertrag dahingehend auszulegen. Der zur Rückzahlung verpflichtete Gesellschafter kann sich nicht auf eine Entreicherung nach § 818 Abs. 3 BGB berufen. Es ist vielmehr Inhalt der Abrede über die Auszahlung eines Vorschusses, dass dieser zurückzuzahlen ist, wenn die erwarteten Anspruchsvoraussetzungen nicht oder nicht in vollem Umfang eintreten.

6. Erlöschen der Entnahmerechte durch nachfolgenden Jahresabschluss

Das aufgrund eines Jahresabschlusses für das letzte Geschäftsjahr bestehende Entnahmerecht erlischt mit der Feststellung des nächsten Jahresabschlusses.³ Diese Rechtsfolge tritt dagegen nicht schon unmittelbar mit Ablauf eines Geschäftsjahres ein, für das noch kein Jahresabschluss festgestellt wurde. Da der Jahresabschluss für ein Geschäftsjahr i.d.R. erst eine gewisse Zeit im folgenden Geschäftsjahr festgestellt wird, kann der Gesellschafter nach der gesetzlichen Regelung **innerhalb eines Geschäftsjahres u.U. zweimal das Entnahmerecht** geltend machen. Wird also der Jahresabschluss bspw. am 31.3. für das letzte, mit dem Kalenderjahr übereinstimmende Geschäftsjahr festgestellt, so kann der Gesellschafter im April von seinem Entnahmerecht auch dann Gebrauch machen, wenn er es im Februar desselben Jahres auf Grundlage des vorletzten Jahresabschlusses bereits ausgeübt hat.

635e

Das Entnahmerecht erlischt dann nicht mit Feststellung des nächsten Jahresabschlusses, wenn es vom Gesellschafter **geltend gemacht** wurde mit der Folge, dass aus dem verhaltenen Anspruch ein **fälliger Zahlungsanspruch** entstanden ist (vgl. Rz. I 633b). Nicht erforderlich ist dagegen die Erhebung einer Zahlungsklage. Entsteht der Anspruch durch Abruf des Gesellschafters, so wird die Forderung durch den nachfolgenden Jahresabschluss nicht mehr berührt; die **Verjäh-**

635f

¹ Vgl. MünchKomm.HGB/*Priester*, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 13; strenger *Ebricke* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 16; *Schlegelberger/Martens*, 5. Aufl. 1992, § 122 HGB Rz. 9.

² RG v. 14.12.1940 – II 68/40, RGZ 166, 65 (72); *Roth* in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 11; MünchKomm.HGB/*Priester*, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 14; *Ebricke* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 17.

³ BGH v. 3.11.1975 – II ZR 87/74, MDR 1976, 123; *Roth* in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 10; MünchKomm.HGB/*Priester*, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 29; *Ebricke* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 7; *Haas* in Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, 4. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 2.

rung richtet sich mangels Eingreifens einer Spezialbestimmung nach §§ 195, 199 BGB.¹ Der BGH² hat auf Grundlage des alten Verjährungsrechts auch die (damalige) Regelverjährung als einschlägig angesehen.

VII. Abtretung, Verpfändung und Pfändung der Entnahmerechte

1. Trennung zwischen Stammrecht und konkreten Entnahmeansprüchen

- 636 Für die umstrittene Frage der Zulässigkeit von Abtretung, Verpfändung und Pfändung des Entnahmerechts ist auch beim Kapitalentnahmerecht nach § 122 Abs. 1 Alt. 1 HGB zwischen dem mitgliedschaftlichen Stammrecht und dem mit Feststellung des Jahresabschlusses auf das abgeschlossene Geschäftsjahr bezogenen konkreten Entnahmerecht (Entnahmeanspruch) zu trennen. Über das **mitgliedschaftliche Entnahme-Stammrecht** kann der Gesellschafter ebenso wie über das Gewinnstammrecht als unabspaltbaren Bestandteil der Mitgliedschaft (§ 717 Satz 1 BGB) **nicht verfügen**. Die Frage der Abtretung, Verpfändung und Pfändung stellt sich daher von vornherein nur im Hinblick auf die durch Feststellung des Jahresabschlusses entstandenen konkreten **Entnahmeansprüche**. Wird ein „Entnahmerecht“ für mehrere Jahre abgetreten, so handelt es sich, wenn man die Zulässigkeit einmal unterstellt (vgl. dazu Rz. I 636a), in Wirklichkeit um eine Vorausabtretung.

Die konkreten Entnahmeansprüche entstehen auch im Falle einer Abtretung zunächst in der Hand des Gesellschafters mit der Folge, dass aufgrund des **Vorrangs der Stammrechtsverfügung** (vgl. Rz. I 657) spätere Verfügungen über den gesamten Gesellschaftsanteil (Mitgliedschaft) vorrangig sind. Insoweit gilt für das gewinnunabhängige Kapitalentnahmerecht das Gleiche wie bei Vorausverfügungen über den Gewinnanteil.

2. Abtretung von Entnahmerechten

- 636a Die Zulässigkeit einer Abtretung von Entnahmerechten ist sowohl in Bezug auf die **Kapitalentnahme** (§ 122 Abs. 1 Alt. 1 HGB) als auch in Bezug auf die **Gewinnentnahme** (§ 122 Abs. 1 Alt. 2 HGB) uneingeschränkt zu bejahen.³ Die

1 MünchKomm.HGB/*Priester*, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 31; *Ebricke* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 7; *Haas* in Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, 4. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 2; *Heymann/Emmerich*, 2. Aufl. 1996, § 122 HGB Rz. 5.

2 BGH v. 6.4.1981 – II ZR 186/80, BGHZ 80, 357 (359).

3 So auch *Heymann/Emmerich*, 2. Aufl. 1996, § 122 HGB Rz. 13; *Wertenbruch*, Haftung von Gesellschaften, 2000, S. 562 f.; *Ganßmüller*, DB 1967, 1531 (1534); *von Godin*, JR 1948, 61 (63); *Muth*, DB 1986, 1761 ff.; *Wertenbruch* in FS W. Gerhardt, 2004, S. 1077 (1086 f.); *Winnefeld*, DB 1977, 897 (900).

überwiegend vertretene Gegenauffassung bejaht nur eine Abtretbarkeit des Anspruchs auf Gewinnentnahme nach § 122 Abs. 1 Alt. 2 HGB.¹ Diese Auffassung verweist in Bezug auf das Kapitalentnahmerecht auf die **Versorgungsfunktion** des § 122 Abs. 1 Alt. 1 HGB und die Vorschrift des § 717 Satz 2 BGB, nach der nur der Gewinnanspruch abtretbar sei. Der Zweck des Kapitalentnahmerechts besteht zwar darin, den Gesellschaftern die Mittel für die Bestreitung ihres Lebensunterhalts zur Verfügung zu stellen (vgl. Rz. I 632b). Der entnahmewillige Gesellschafter muss aber keinen konkreten Finanzbedarf nachweisen (vgl. Rz. I 633). Er kann das Kapitalentnahmerecht auch dann geltend machen, wenn er über genügend sonstige Finanzmittel verfügt und den Betrag für eine Kapitalanlage oder Luxusanschaffungen verwenden will. Diesem **Prinzip der freien Verfügbarkeit über den Kapitalentnahmebetrag** entspricht die unbeschränkte Verfügbarkeit über **den Anspruch** und damit auch die freie Abtretbarkeit. Auch das Argument, § 717 Satz 2 BGB sehe nur die Abtretung eines Gewinnanspruchs vor, ist nicht überzeugend. Denn § 717 BGB regelt nicht die Zulässigkeit der Abtretung eines konkreten Gewinnanspruchs, sondern stellt nur klar, dass die mitgliederschaftlichen Verwaltungsrechte nicht abtretbar sind (vgl. Rz. I 660). Nicht die Regelung des § 717 Satz 2 BGB, sondern die aus § 122 HGB folgende unbeschränkte Verfügungsbefugnis des Gesellschafters über den Entnahmebetrag ist Grundlage für die unbeschränkte Zulässigkeit der Abtretbarkeit des Entnahmeanspruchs. Dass die Gesellschaft dem Zessionar Einreden aus dem Mitgliedschaftsverhältnis entgegenhalten kann, folgt aus der allgemeinen Bestimmung des § 404 BGB. Wenn also im konkreten Einzelfall die **gesellschafterliche Treuepflicht** einer Entnahme entgegensteht, so muss auch der Zessionar diese Einwendung gegen sich gelten lassen.

Als Ergebnis ist damit festzuhalten, dass ein durch Jahresabschluss entstandenes konkretes **Kapitalentnahmerecht** ebenso wie ein **Gewinnentnahmerecht unbeschränkt abtretbar** ist und auch im Voraus abgetreten werden kann. In Bezug auf die Vorausabtretung gelten die allgemeinen Grundsätze über den Vorrang der Stammrechtsverfügung (vgl. Rz. I 657). S. zur Pfändung und Verpfändung von Entnahmerechten Rz. I 636c.

Mit der Abtretung eines konkreten Entnahmerechts geht auch das **Recht auf Abruf** auf den **Zessionar** über (zum Abruf vgl. Rz. I 633b). Insoweit wäre es eine

636b

1 RG v. 23.10.1907 – I 30/07, RGZ. 67, 13 (17 f.); Roth in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 4; Großkomm.HGB/Schäfer, 5. Aufl. 2009, § 122 HGB Rz. 15; Kindler in Koller/Kindler/Roth/Morck, 8. Aufl. 2015, § 122 HGB Rz. 2. Nach Ansicht von MünchKomm.HGB/Priester, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 23; Ebriicke in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 30 und Finckeb in Henssler/Strohn, GesR, 2. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 26 soll das Kapitalentnahmerecht ausnahmsweise dann abtretbar sein, wenn die anderen Gesellschafter nicht mehr schützenswert sind.

mehr oder weniger sinnlose „Förmelei“, wenn der Gesellschafter als Zedent den Abruf mit Wirkung für den Zessionar vornehmen müsste. Dies würde nur dazu führen, dass in den Abtretungsvertrag eine Bestimmung aufgenommen werden müsste, nach der vom Zedenten auf Verlangen des Zessionars der Abruf erfolgen muss oder der Zessionar dazu nach §§ 164, 167 BGB bevollmächtigt ist.

3. Pfändung und Verpfändung der Entnahmerechte aus § 122 Abs. 1 HGB (Kapital- und Gewinnentnahme)

636c Unproblematisch ist die Pfändung und Verpfändung des Entnahmerechts, sofern der Gesellschafter den entnehmbaren Betrag bereits abgerufen hat mit der Folge, dass aus dem verhaltenen Anspruch (vgl. dazu Rz. I 633b) ein **fälliger Auszahlungsanspruch** entstanden ist. Die **h.M.** steht auf dem Standpunkt, dass nur das Recht auf Gewinnentnahme (§ 122 Abs. 1 Alt. 2 HGB), nicht aber das Kapitalentnahmerecht nach § 122 Abs. 1 Alt. 1 HGB pfändbar sei.¹ Diese Auffassung ist zwar im Hinblick auf die ebenfalls von der h.M. verneinte Abtretung des Kapitalentnahmerechts folgerichtig, sie verstößt aber gegen den zivilrechtlichen **Grundsatz der unbeschränkten Schuldnerhaftung** mit dem verfügbaren Vermögen und ist daher abzulehnen.² Da der einzelne Gesellschafter ohne Nachweis eines konkreten Geldbedarfs das Kapitalentnahmerecht nach § 122 Abs. 1 Alt. 1 HGB geltend machen kann (vgl. Rz. I 633 f.), ist auch eine Pfändung als Zwangsverfügung unbeschränkt zulässig. Insoweit ist die Zwangsvollstreckung als Zwangsverfügung nur das prozessuale Spiegelbild der materiellrechtlichen Verfügungsbefugnis des Gesellschafters. Der Hinweis des Reichsgerichts³, das Entnahmerecht diene der Deckung des laufenden Lebensunterhalts des Gesellschafters, kann ein Pfändungsverbot nicht rechtfertigen, weil der Gesellschafter ohne Nachweis eines konkreten Versorgungsbedarfs den Betrag entnehmen und für beliebige Zwecke – auch für Luxusausgaben – verwenden kann. Das Gleiche gilt für die Argumentation⁴, nach der das Entnahmerecht dem Gesellschafter eine „angemessene Lebensführung“ ermöglichen soll. Das von der h.M. vertretene Pfändungsverbot führt in unzulässiger Weise zur Bildung eines haftungsfreien Vermögens

1 RG v. 23.10.1907 – I 30/07, RGZ 67, 13 (17); *Roth* in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 4; Großkomm.HGB/*Schäfer*, 5. Aufl. 2009, § 122 HGB Rz. 15; Münch-Komm.HGB/*Priester*, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 23; *Ebricke* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 30; *Kindler* in Koller/Kindler/Roth/Morck, 8. Aufl. 2015, § 122 HGB Rz. 2.

2 So auch *Heymann/Emmerich*, 2. Aufl. 1996, § 122 HGB Rz. 13; *Brehm* in Stein/Jonas, 22. Aufl. 2004, § 851 ZPO Rz. 14; *Wertenbruch*, Haftung von Gesellschaften, 2000, S. 562 f.; *Ganssmüller*, DB 1967, 1531 (1534); *von Godin*, JR 1948, 61 (63); *Muth*, DB 1986, 1761 ff.; *Wertenbruch* in FS W. Gerhardt, 2004, S. 1077 (1086 f.); *Winnefeld*, DB 1977, 897 (900).

3 RG v. 23.10.1907 – I 30/07, RGZ 67, 13 (18).

4 Vgl. dazu *Schlegelberger/Martens*, 5. Aufl. 1992, § 122 HGB Rz. 13.

des Schuldners, weil mit der **uneingeschränkten Verfügungsbefugnis des Gesellschafters** kein Vollstreckungszugriff seiner Gläubiger korrespondiert. Dass das von der h.M. vertretene Pfändungsverbot auch überhaupt nicht geeignet ist, den Lebensunterhalt des Gesellschafters zu sichern, folgt aus der ohne Weiteres gegebenen Möglichkeit der **Pfändung des Geldbetrags** beim Gesellschafter **nach Auszahlung**.¹ Im Übrigen zwingt die h.M. den Gläubiger eines Gesellschafters dazu, anstelle der Pfändung des Entnahmerechts mit der Pfändung des Gesellschaftersanteils und der Kündigung der Gesellschaft einen erheblich gravierenderen Vollstreckungszugriff durchzuführen.

Nach **Pfändung und Überweisung** des Kapitalentnahmerechts ist der Gläubiger ebenso wie bei der Pfändung des Gewinnentnahmerechts ohne Mitwirkung des Gesellschafters **zum Abruf des Entnahmebetrags berechtigt**.² Der Gläubiger ist daher nicht auf einen Abruf durch den Gesellschafter angewiesen. Aufgrund der Bejahung der Abtretbarkeit des Kapitalentnahmerechts ist gemäß § 1274 Abs. 2 BGB auch die **Verpfändbarkeit** dieses Rechts ohne Weiteres gegeben.

636d

VIII. Steuerentnahmerecht

1. Kein gesetzliches Steuerentnahmerecht neben § 122 Abs. 1 HGB

Die umstrittene Frage eines eigenständigen Steuerentnahmerechts beruht auf dem Umstand, dass die Personengesellschaft zwar rechtsfähig, nicht aber Schuldnerin der Einkommensteuer ist (vgl. Rz. II 1). Der Gesellschaftsgewinn wird vielmehr gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG unmittelbar den einzelnen Gesellschaftern, die insoweit sog. Mitunternehmer sind, als Einkünfte aus Gewerbebetrieb zugewiesen³ (vgl. Rz. II 10 ff.). Nach Auffassung des BGH und eines Teils der Literatur besteht im Grundsatz kein eigenständiges Steuerentnahmerecht neben der Entnahmeregelung des § 122 Abs. 1 HGB.⁴ Ein besonderes Steuerentnahmerecht setzt danach grundsätzlich eine **gesellschaftsvertragliche Rege-**

637

¹ Vgl. *Wertenbruch*, Haftung von Gesellschaften, 2000, S. 563.

² *Wertenbruch*, Haftung von Gesellschaften, 2000, S. 564 zur Kündigung von Guthaben auf Gesellschafterkonten.

³ *Blümich/Bode*, EStG, KStG, GewStG, Stand: 124. Lg. 08/2014, § 15 EStG Rz. 239; *Schmidt/Wacker*, 33. Aufl. 2014, § 15 EStG Rz. 160; *Roth* in *Baumbach/Hopt*, 36. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 17; *MünchKomm.HGB/Priester*, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 58.

⁴ BGH v. 29.3.1996 – II ZR 263/94, BGHZ 132, 263 (277) = NJW 1996, 1678 (1681 f.); zustimmend *Roth* in *Baumbach/Hopt*, 36. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 17; *Ebricke* in *E/B/J/S*, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 55; *Finckh* in *Henssler/Strohn*, GesR, 2. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 45; *Haas* in *Röhricht/Graf von Westphalen/Haas*, 4. Aufl. 2014, § 120 HGB Rz. 16; *Oetker/Weitemeyer*, 3. Aufl. 2013, § 122 HGB Rz. 38; *Hopt* in *FS Odersky*, 1996, S. 799 (804).

lung voraus. Die von der Gegenansicht¹ für ein Steuerentnahmerecht angeführten Gründe sind letztlich nicht überzeugend. Der Hinweis auf die fehlende Verpflichtung des Gesellschafters zur Erhöhung der vereinbarten Beiträge (§ 707 BGB) kann ein Steuerentnahmerecht deshalb nicht rechtfertigen, weil es sich nicht um eine Einkommensteuerschuld der Gesellschaft als solcher, sondern um eine **persönliche Steuerverpflichtung des Gesellschafters** handelt.² Die Personengesellschaft ist eben trotz genereller Rechtsfähigkeit im Hinblick auf die Einkommensteuer nicht Träger der Steuerschuld. Der gleiche Einwand richtet sich gegen die Auffassung³, die das Steuerentnahmerecht aus § 110 HGB ableitet. § 110 HGB ist hier wegen Fehlens einer Gesellschaftsverbindlichkeit weder direkt noch analog anwendbar.⁴ Es handelt sich damit nicht um eine Aufwendung i.S. des § 110 HGB in Gesellschaftsangelegenheiten (zu Voraussetzungen und Anwendungskreis des § 110 HGB vgl. Rz. I 401 ff.), sondern um die Erfüllung einer persönlichen Steuerschuld.⁵

2. Steuerentnahmerecht kraft Treuepflicht

637a Im konkreten Einzelfall kann sich aber aus der gesellschaftlicher Treuepflicht ein Anspruch auf Entnahme der für die Entrichtung der Einkommensteuer einschließlich der **Vorauszahlungen** benötigten Beträge ergeben.⁶ Im Fall BGHZ 132, 263 hat der BGH zwar ein gesetzliches Steuerentnahmerecht ausdrücklich abgelehnt, es sei aber, so der BGH, der Entscheidung des Einzelfalles durch den Tatrichter vorbehalten, ob den Gesellschaftern auch ohne eine entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag ein Anspruch in Höhe der aus thesaurierten Gewinnen anfallenden Steuern zuerkannt werden kann. In einer Folgeentscheidung aus dem Jahre 2010⁷ wurde vom BGH klargestellt, dass die Gerichte im Falle eines Rechtsstreits über die Zulässigkeit von Entnahmen prüfen müssen, ob der betreffende Gesellschafter auch ohne ausdrückliche Regelung im Gesellschaftsvertrag berechtigt ist, in Höhe der von ihm persönlich zu zahlenden Ertragssteuern Beträge zu entnehmen.

1 Großkomm.HGB/*Schäfer*, 5. Aufl. 2009, § 122 HGB Rz. 30 f.; MünchKomm.HGB/*Priester*, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 59 ff.; *Kindler* in Koller/Kindler/Roth/Morck, 8. Aufl. 2015, § 122 HGB Rz. 4; *Binz/Sorg*, DB 1996, 969 (971 f.); *Schön* in FS Beisse, 1997, S. 471 (487); *Schön*, StuW 1988, 253 (258 f.); *Schulze-Osterloh*, BB 1997, 1783 (1786); *P. Ulmer* in FS Lutter, 2000, S. 935 (951 f.).

2 A.A. MünchKomm.HGB/*Priester*, 3. Aufl. 2011, § 122 HGB Rz. 59.

3 *Schön* in FS Beisse, 1997, S. 471 (487 f.); *Schön*, StuW 1988, 253 (258 f.); *P. Ulmer* in FS Lutter, 2000, S. 935 (952).

4 Zutreffend *Ebricke* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 56.

5 *Ebricke* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 56.

6 *Roth* in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 17; *Ebricke* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 55; *Hopt* in FS Odersky, 1996, S. 799 (804 f.).

7 BGH v. 26.4.2010 – II ZR 69/09, ZIP 2010, 1232 – Rz. 5.

3. Vertragliches Steuerentnahmerecht

Steht einem Gesellschafter ein Steuerentnahmerecht zu, so wird der Entnahmeanspruch spätestens mit **Erllass des Steuerbescheids** und nicht erst mit Ablauf der im Bescheid genannten Zahlungsfrist fällig.¹ Denn der steuerpflichtige Gesellschafter ist ab diesem Zeitpunkt berechtigt und verpflichtet, die vom Finanzamt festgestellten Beträge zu zahlen; der Zahlungstermin regelt nur den Beginn des Verzugs und u.U. der Zwangsvollstreckung.² Die Durchführung einer Entnahme kann im Fall eines vertraglichen Steuerentnahmerechts auch darin bestehen, dass die Gesellschaft die Steuern unmittelbar an das Finanzamt abführt und dann aufgrund des ihr zustehenden Erstattungsanspruchs das betreffende Gesellschafterkonto belastet.³ Der Geltendmachung eines vertraglichen Steuerentnahmerechts kann die gesellschaftlerliche Treuepflicht entgegenstehen.⁴ Der Gesellschaft muss ein schwerer, nicht wieder gutzumachender Schaden drohen und der Verzicht muss dem Gesellschafter zumutbar sein.⁵

637b

IX. Abweichende vertragliche Gestaltung der Entnahmerechte

1. Gestaltungsmöglichkeiten

Gesellschaftsvertragliche Abweichungen von der dispositiven Entnahmeregung des § 122 HGB sind in der Praxis häufig anzutreffen. Sie stehen im Zusammenhang mit der Gewährung einer besonderen **Vergütung für die Geschäftsführertätigkeit eines Gesellschafters** (vgl. Rz. I 406a). Wird nämlich die Geschäftsführertätigkeit durch eine besondere Vergütung abgegolten, so ist der Gesellschafter bei Zugrundelegung der Ratio des § 122 Abs. 1 HGB (vgl. Rz. I 632b) für die Bestreitung seines Lebensunterhalts nicht auf die Geltendmachung des gesetzlichen Entnahmerechts angewiesen. I.d.R. geht die Abbedingung des § 122 Abs. 1 HGB auch einher mit einer vom gesetzlichen Kapitalanteil abweichenden Bildung mehrerer Kapitalkonten neben einem festen Kapitalanteil sowie durch Einrichtung von Gesellschafter- Darlehenskonten (s. zur Aufteilung des Kapitalanteils auf mehrere Kapitalkonten Rz. I 586 ff. und zur Bildung der Darlehenskonten Rz. I 590d ff.). Durch die Bildung von **Darlehenskonten** mit eigenstän-

637c

1 LG Düsseldorf v. 16.4.2010 – 39 O 200/09, juris – Rz. 32.

2 LG Düsseldorf v. 16.4.2010 – 39 O 200/09, juris – Rz. 32.

3 OLG Hamm v. 7.7.2010 – 8 U 106/09, NZG 2010, 1298 (1299).

4 LG Düsseldorf v. 16.4.2010 – 39 O 200/09, juris – Rz. 35.

5 LG Düsseldorf v. 16.4.2010 – 39 O 200/09, juris – Rz. 35; *Ebricke* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 122 HGB Rz. 34. Im Fall des LG Düsseldorf wurde von vornherein die Zumutbarkeit abgelehnt, weil der Gesellschafter eine sechsstellige Steuerschuld zu begleichen und keine sonstigen Einkünfte in nennenswerter Höhe hatte. Im Fall des OLG Karlsruhe v. 28.2.2003 – 4 U 8/02, NZG 2003, 429, ging es dagegen nur um einen Betrag von ca. 1 802 € für zwei Jahre.

digen gesellschaftsvertraglichen Entnahmeregelungen besteht i.d.R. auch kein Bedürfnis für ein Gewinnentnahmerecht nach § 122 Abs. 1 Alt. 2 HGB (vgl. Rz. I 590c ff.). Die zur Entnahme durch die Gesellschafter vorgesehenen Gewinne werden bei einem solchen Kontensystem nicht einem Kapitalkonto, sondern einem Darlehenskonto zugeschrieben. Die Modalitäten der Entnahme richten sich dann ausschließlich nach dem Gesellschaftsvertrag (vgl. Rz. I 590c). Eine vom Gesetz abweichende Gestaltung kann bspw. so aussehen, dass vom Gewinn eines jeden Geschäftsjahres 50 % als entnahmefähig auf einem Darlehenskonto und 50 % als nicht entnahmefähig auf einem variablen Kapitalkonto gebucht werden, wobei Entnahmen vom variablen Kapitalkonto eines mit drei Vierteln aller Stimmen zu fassenden Zustimmungsbeschlusses bedürfen (vgl. zur Vertragsgestaltung Teil V M 1, M 30, M 31, M 40, M 60).

2. Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen

- 637d Die vom BGH mit Urteil v. 21.10.2014¹ bestätigte **Aufgabe des Bestimmtheitsgrundsatzes** und ausgesprochene **Ablehnung der Kernbereichslehre** führt dazu, dass eine Abbedingung von Entnahmerechten und eine damit zusammenhängende Rücklagenbildung von einer **allgemeinen Mehrheitsklausel** erfasst wird, sofern sich nicht aus dem Gesellschaftsvertrag oder dem Gesetz etwas Abweichendes ergibt.² Für die Prüfung der materiell-rechtlichen Wirksamkeit des Mehrheitsbeschlusses auf der zweiten Stufe der Beschlusskontrolle kommt es nicht (mehr) darauf an, ob die Beschränkung des Entnahmerechts einen Eingriff in den „Kernbereich“ der Mitgliedschaft darstellt.³ Entscheidend ist vielmehr, ob der Eingriff in das Entnahmerecht im Interesse der Gesellschaft geboten und dem betroffenen Gesellschafter unter Berücksichtigung seiner eigenen Belange zumutbar ist.⁴

X. Entnahmen von Gesellschafter-Privatkonten (Darlehenskonten), Abtretung und Pfändung

- 638 Die Regelung des § 122 Abs. 1 HGB findet von vornherein keine Anwendung auf Entnahmen von Darlehenskonten als Fremdkapitalkonten der Gesellschaft. Insofern richtet sich die **Entnahmefähigkeit**, wie bereits dargelegt (vgl. Rz. I 635a),

1 BGH v. 21.10.2014 – II ZR 84/13, ZIP 2014, 2231; vgl. dazu *Wertenbruch*, DB 2014, 2875.

2 BGH v. 21.10.2014 – II ZR 84/13, ZIP 2014, 2231 – Rz. 13 ff.; *Wertenbruch*, DB 2014, 2875 (2876 €).

3 BGH v. 21.10.2014 – II ZR 84/13, ZIP 2014, 2231 – Rz. 19; *Wertenbruch*, DB 2014, 2875 (2876 €).

4 BGH v. 21.10.2014 – II ZR 84/13, ZIP 2014, 2231 – Rz. 19; *Wertenbruch*, DB 2014, 2875 (2876 €).

allein **nach dem Gesellschaftsvertrag**. Die **Abtretbarkeit und Pfändbarkeit** der Guthaben auf diesen Fremdkapitalkonten ist grundsätzlich gegeben.¹ Dies gilt aber nicht uneingeschränkt. Kann der Gesellschafter wie ein Bankkunde im Rahmen eines Dispositionskredits sein Gesellschafters-Darlehenskonto überziehen, so ist wegen der grundsätzlich gegebenen Erstattungspflicht insoweit keine Pfändbarkeit gegeben.² Insoweit ist also die Rspr. des BGH³, nach der der Gläubiger nicht in eine Kreditlinie „hineinpfänden“ kann, auf **überziehbare Gesellschafterkonten** übertragbar.⁴

XI. Vom Gesellschaftsvertrag abweichende Entnahmepaxis

Eine vom Gesellschaftsvertrag abweichende einvernehmliche Entnahmepaxis kann zu einer konkludenten Abänderung des Gesellschaftsvertrages führen.⁵ Voraussetzung dafür ist aber neben einer tatsächlichen Übung der **Wille der Gesellschafter**, den Gesellschaftsvertrag abzuändern und damit einen unmittelbaren fortdauernden Entnahmeanspruch der Gesellschafter zu begründen.⁶ Auch wenn die Gesellschafter über Jahre hinweg auf der Grundlage von **konkludenten Einzelbeschlüssen** eine vom Gesellschaftsvertrag abweichende Entnahmeregulation praktizieren, ist im Zweifel davon auszugehen, dass die abweichende Entnahmepaxis jedes Jahr neu beschlossen werden muss und nicht zu einem unmittelbaren fortdauernden Anspruch der Gesellschafter wegen konkludenter Abänderung des Gesellschaftsvertrages führt.⁷ Dies gilt insbesondere dann, wenn wie in einem Fall des BGH⁸, der Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vorsieht, dass durch **Gesellschafterbeschluss** eine anderweitige Entnahmeregulation beschlossen werden kann.

638a

1 BGH v. 21.10.2014 – II ZR 84/13, ZIP 2014, 2231 – Rz. 28 (zur Abtretung); *Roth* in Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014 § 122 HGB Rz. 4; *Ebricke* in E/B/J/S, 3. Aufl. 2014, § 120 HGB Rz. 83; MünchKomm.HGB/*Priester*, 3. Aufl. 2011, § 120 HGB Rz. 98; vgl. dazu *Wertenbruch* in FS W. Gerhardt, 2004, S. 1077 (1090).

2 *Wertenbruch* in FS W. Gerhardt, 2004, S. 1077 (1091).

3 BGH v. 29.3.2001 – IX ZR 34/00, BGHZ 147, 193 (195) = ZIP 2001, 825.

4 *Wertenbruch* in FS W. Gerhardt, 2004, S. 1077 (1091).

5 BGH v. 18.4.2005 – II ZR 55/03, NZG 2005, 625; *Wertenbruch*, NZG 2005, 665 (666); *Erman/H.P. Westermann*, 14. Aufl. 2014, § 705 BGB Rz. 35.

6 BGH v. 18.4.2005 – II ZR 55/03, NZG 2005, 625 f.; *Wertenbruch*, NZG 2005, 665 (666).

7 BGH v. 18.4.2005 – II ZR 55/03, NZG 2005, 625 f.

8 BGH v. 18.4.2005 – II ZR 55/03, NZG 2005, 625.