

## § 128 [Haftung der Gesellschafter]

**Die Gesellschafter haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern als Gesamtschuldner persönlich. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam.**

## Übersicht

	Rz		Rz
1. Allgemeines	1	6. Haftungserweiterung bei der	
2. Voraussetzungen für § 128	2	GmbH & Co KG	17
a) Schuld der Gesellschaft	2	7. Haftungserweiterung bei Beteiligung	
b) Zeitpunkt der Begründung der		einer OHG	18
c) Eintritt in das Geschäft eines	3	8. Das Verhältnis der Gesellschafter	
Einzelkaufmannes	4	untereinander	19
3. Anwendung der §§ 421 ff BGB im		9. Ansprüche des Gesellschafters als	
Verhältnis Gesellschaft – Gesellschafter	5	Gläubiger der Gesellschaft	20
4. Inhalt des Anspruchs gegen den		a) Individualansprüche	20
Gesellschafter	6	b) Drittgläubigeransprüche	21
a) Erfüllungs- und Haftungstheorie	6	c) Nicht ausreichendes	
b) Unterlassungsansprüche	7	Gesellschaftsvermögen	22
c) Auskunftsansprüche	8	d) Ausgleichsanspruch des zahlenden	
d) Ansprüche auf Duldung einer		Mitgesellschafters	23
Handlung	9	10. Prozessuale Folgen von § 128	24
e) Abgabe einer Willenserklärung	10	11. Vereinbarung über Inanspruchnahme	
5. Die Haftung des ausgeschiedenen		bestimmter Gesellschafter (Abs 2)	25
Gesellschafters	11	12. Konzernhaftung	26
a) Grundsatz der Weiterhaftung	11	Steuerrecht	
b) Kein Gesamtschuldverhältnis	12	13. Haftung für Steuerschulden der	
c) Unzulässigkeit von Erlassverträgen	13	Gesellschaft	28
d) Haftungsbegrenzungen des		14. Nachträgliche Inanspruchnahme des	
ausgeschiedenen Gesellschafters	14	ausgeschiedenen Gesellschafters	29

## 1. Allgemeines

§ 128 ist **Haftungserweiterungsnorm**, nicht Anspruchsgrundlage. Ein Gläubiger soll die Gesellschafter in Anspruch nehmen können, obwohl nicht diese seine Vertragspartner sind, sondern die Gesellschaft. § 128 ist damit die Folge aus § 124. § 128 ist **zwingendes** Recht. Obwohl die Gesellschafter über § 128 für eine fremde Schuld haften, können sie ihrerseits gegen den Dritten gem §§ 387 ff BGB **aufrechnen**. Gegenseitigkeit der Forderung liegt vor.

§ 128 gilt in gleicher Weise für Komplementär und Kommanditisten.

§§ 171 ff beschränken die Haftung nur der Höhe nach. §§ 128 ff kommen auch zur Anwendung, wenn jemand gegenüber einem Geschäftspartner wie ein Gesellschafter einer Handelsgesellschaft auftritt (*BGH NJW 1973, 1691*).

## 2. Voraussetzungen für § 128

**a) Schuld der Gesellschaft.** Ohne Schuld der Gesellschaft keine Haftung der Gesellschafter. Die Haftung des Gesellschafters kann auch nicht weiter gehen, als die der Gesellschaft. Die Anspruchsgrundlage gegen die Gesellschaft darf nur selbständig geprüft werden, wenn sie noch nicht rechtskräftig festgestellt wurde. Dies folgt aus § 129, wo-

nach der Gesellschafter mit solchen Einwendungen ausgeschlossen ist, die auch die Gesellschaft nicht mehr geltend machen kann (§ im Einzelnen § 129 Rz 2). Anders, wenn der Anspruch gegen den ausgeschiedenen Gesellschafter geltend gemacht wird, da § 425 BGB analog gilt, wenn Klageerhebung bzw Einleitung des Mahnverfahrens nach dem Ausscheiden liegen.

Die Art der Verbindlichkeit ist unerheblich. § 128 erweitert die Haftung auch bei Verbindlichkeiten aus ungerechtfertigter Bereicherung, Geschäftsführung ohne Auftrag, unerlaubter Handlung (ständige Rspr seit *BGHZ* 45, 311; dagegen unter Hinweis auf die Rspr zu § 176 *Altmeppen* NJW 1996, 1017), für öffentliche Lasten, Steuerschulden, Gerichtskosten, Vertragsstrafen, Zwangsgeld das zB gem § 888 ZPO gegen die Gesellschaft verhängt wird.

- 3 **b) Zeitpunkt der Begründung der Verbindlichkeit.** § 128 kommt unmittelbar zur Anwendung, wenn die Verbindlichkeit während der Zugehörigkeit des Gesellschafters zur Gesellschaft begründet wurde. Maßgeblich ist dabei der Zeitpunkt, zu dem die rechtsgeschäftlichen Erklärungen, aus denen der jeweilige Anspruch hergeleitet wird, mit bindender Wirkung abgegeben wurden (*BGHZ* 73, 217, 220 = WM 1979, 457).

Die Haftung gem § 128 beginnt mit dem Anfang der Gesellschaft im Außenverhältnis gem § 123, bzw dem Wirksamwerden des Eintritts des Gesellschafters im Außenverhältnis (§ 123 analog) und endet mit seinem Ausscheiden. Wurde die Verbindlichkeit vor diesem Zeitpunkt begründet, gilt § 128 über § 130. Vom Ausscheiden des Gesellschafters bis zur Eintragung dieser Tatsache kommt § 128 über § 15 zur Anwendung. Nicht auf § 15 kann sich das Finanzamt berufen, da die Vorschrift nur für den Geschäftsverkehr gilt (*BFH* NJW 1978, 1944 = DB 1978, 1675). Der Gesellschafter haftet daher für Steuerschulden nur bis zu seinem tatsächlichen Ausscheiden.

- 4 **c) Tritt jemand** als persönlich haftender Gesellschafter oder als Kommanditist in das Geschäft eines Einzelkaufmanns ein, so haftet zunächst die neu entstandene Gesellschaft nach § 28 und damit auch ihre Gesellschafter über § 128 für alle im Betriebe des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers.

Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Begründung und nicht der Fälligkeit der Verbindlichkeit. Die Verbindlichkeit ist begründet, wenn ohne Hinzutreten weiterer rechtsgeschäftlicher Akte die Verbindlichkeit entsteht.

**Beispiel:** Abschluss des Vertrages; Eintritt des schädigenden Ereignisses; es genügt, wenn zumindest ein Teil der Begründung der Verbindlichkeit in die Zeit der Zugehörigkeit des Gesellschafters zur Gesellschaft fällt.

Bei **Novation** (zB Kontokorrent) kommt es auf die Begründung der ursprünglichen Verbindlichkeit und nicht auf den Zeitpunkt der Novation an.

Anders bei Abschluss eines **Vergleiches**. Er begründet ein eigenes Schuldverhältnis, das vom Vergleichsgegenstand losgelöst zu sehen ist (*BGH* WM 1982, 584).

### 3. Anwendung der §§ 421 ff BGB im Verhältnis Gesellschaft-Gesellschafter

- 5 Unerheblich ist, ob die anspruchsbegründeten Tatsachen in der Person des in Anspruch genommenen Gesellschafters vorliegen oder nicht, (zB Verschulden; Mahnung bei Verzug). Da zwischen Gesellschaft und Gesellschafter kein Gesamtschuldverhältnis vor-

liegt, kommen insoweit §§ 422–425 BGB nicht zur Anwendung. Erlischt die Schuld der Gesellschaft, kann auch der Gesellschafter nicht mehr in Anspruch genommen werden. Dies ergibt sich bereits aus dem Wesen der Haftungserweiterung, ohne dass §§ 422, 423 BGB zur Begründung herangezogen werden müssen. Str ist, inwieweit ein Erlassvertrag zwischen Gläubiger und Gesellschaft auch die übrigen Gesellschafter betrifft. § 423 BGB gibt für die Lösung des Problems nichts her, da er sowohl Einzelwirkung als auch Gesamtwirkung des Erlasses zulässt. Nach der Rspr (*BGHZ* 47, 376ff) ist ein Erlassvertrag zwischen Gesellschaft und Gläubiger des Inhalts unzulässig, dass eine oder mehrere Gesellschafter weiterhin über § 128 in Anspruch genommen werden können. Die gleichen Grundsätze gelten bei einem Vergleich zwischen der Gesellschaft und einem Dritten.

#### 4. Inhalt des Anspruchs gegen den Gesellschafter

Macht ein Dritter gegen die Gesellschaft einen Anspruch geltend, der nicht in Geld besteht (zB Nachbesserungsanspruch gem § 633 BGB), so ist str, welchen Inhalt der Anspruch gegen den Gesellschafter hat. 6

a) Nach der **Erfüllungstheorie** muss der Gesellschafter in eigener Person die gleiche Leistung erbringen, wie die Gesellschaft. Nach der **Haftungstheorie** muss er dafür einstehen, dass die Gesellschaft ihre Leistungen erbringt.

Nach der Rspr des BGH, der iE zu folgen ist, kann weder eine generelle Pflicht des Gesellschafters angenommen werden, die gleiche Leistung wie die Gesellschaft zu erbringen, noch besteht der gegen ihn über § 128 gerichtete Anspruch immer in einer Geldschuld (*BGH NJW* 1979, 1362) – modifizierte Erfüllungstheorie. Besteht der Anspruch gegen die Gesellschaft in einer vertretbaren Leistung (zB Mängelbeseitigungsanspruch), kann ihre Erbringung auch vom Gesellschafter verlangt werden.

Bei unvertretbaren Leistungen oder wenn ein „unzumutbarer Eingriff in den außergesellschaftlichen Bereich des Gesellschafters“ vorliegt, kann von ihm nur Zahlung eines gleichwertigen Geldbetrages, der das Interesse des Gläubigers deckt, verlangt werden (*BGHZ* 73, 217).

Soweit über § 128 eine **Haftungserweiterung auf den Kommanditisten** stattfindet, geht dessen Haftung nur auf eine Geldschuld, es sei denn, er haftet gem § 176 unbeschränkt.

b) Bei **Unterlassungsansprüchen** gegen die Gesellschaft (zB Wettbewerbsverbot) ist eine Haftungserweiterung auf die Gesellschafter deswegen problematisch, weil diese dadurch auch in ihrer Privatsphäre (und nicht nur gesellschaftsrechtlichen Sphäre) gebunden werden. Nach hier vertretener Ansicht findet auch bei Unterlassungsansprüchen eine Haftungserweiterung statt, ohne Rücksicht darauf, ob der Gesellschafter auch seine „Privatsphäre eingebracht hat“ oder nicht (aA *Kornblum BB* 1971, 1440). Die Gesellschafter dürfen insbesondere nicht durch ein Handeln außerhalb der Gesellschaft deren Unterlassungspflichten durchkreuzen (*BGH NJW* 1971, 1421). 7

c) **Auskunftsansprüche** und Ansprüche auf Rechnungslegung können ebenfalls über § 128 gegen einen Gesellschafter geltend gemacht werden (*BGHZ* 23, 302). 8

- 9 **d) Bei Ansprüchen auf Duldung einer Handlung** (zB Duldung der Zwangsvollstreckung) kommt eine Haftungserweiterung nur in Betracht, wenn der Gesellschafter Widerstand leisten kann und zur Aufgabe des Widerstands verpflichtet ist (*LG Hamburg NJW 1952, 826*). Sonst nur Interessenersatz.
- 10 **e) Bei Abgabe einer Willenserklärung** scheidet eine Haftungserweiterung aus, da im Hinblick auf § 894 ZPO die Erklärung mit Rechtskraft der Entscheidung als abgegeben gilt, ohne, dass es eines Mitwirkens des Gesellschafters bedarf. Dies muss auch dann gelten, wenn die Erklärung zur Ausführung einer Leistung gehört (zB Auffassung), da dann die Gesellschaft, vertreten durch ihre Gesellschafter, die Erklärung abgeben muss (Folge aus § 124; *aA Baumbach/Hopt § 128 Rz 18*).

#### 5. Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters

- 11 **a) Grundsatz der Weiterhaftung.** Da der Zeitpunkt der Begründung der Verbindlichkeit für die Haftung maßgeblich ist, haftet der ausgeschiedene Gesellschafter trotz seines Ausscheidens weiter für alle Schulden, die während seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft begründet wurden, gleich ob diese ungewiss sind (*BGH NZG 2000, 135*); eine Verbindlichkeit aus einem Mietvertrag, der vor dem Ausscheiden abgeschlossen wurde, fällt also darunter, aus einem Mietvertrag, der vor seinem Ausscheiden endete und nur aufgrund einer Verlängerungsklausel sich fortsetzte, also quasi neu in Kraft trat, nicht (*KG NZG 2001, 164*). Das Ausscheiden beendet nicht seine Haftung (hins Dauerschuldverhältnisse s Rz 14; *BGHZ 36, 224; 48, 203; 50, 232*). Unerheblich ist dabei, ob die OHG aus zwei oder mehreren Gesellschaftern bestand (*BGHZ 50, 232*).
- 12 **b) Auch zwischen ausgeschiedenem Gesellschafter und Gesellschaft besteht kein Gesamtschuldverhältnis.** §§ 422–425 BGB können nur analog zur Anwendung kommen, weil ein sog gesamtschuldähnliches Verhältnis vorliegt. Dabei sind stets die Gläubigerinteressen und die Interessen des ausgeschiedenen Gesellschafters gegeneinander abzuwägen.

Analog zur Anwendung kommen im Allgemeinen §§ 422, 424 BGB.

- 13 **c) § 423 BGB. Unzulässig ist ein Erlassvertrag** zwischen Gesellschaft und einem Gläubiger zu Lasten des ausgeschiedenen Gesellschafters (*BGHZ 47, 376 ff*). Differenziert ist eine analoge Anwendung von § 425 BGB zu sehen.

**Beispiele:** Verschulden: § 425 BGB nicht analog. Obwohl der Gesellschafter nicht mehr auf das Verhalten der Gesellschaft einwirken kann, geht das Interesse der Gläubiger vor, die sich auf die Haftungsverpflichtung der Gesellschafter verlassen dürfen (*BGHZ 36, 224*).

Mahnung, Fristsetzung, Kündigung wirken auch gegenüber dem ausgeschiedenen Gesellschafter, wenn sie nicht die Erfüllung einer Geldschuld betreffen. Anders bei Geldschulden. Bei diesen gilt § 425 BGB analog mit der Folge, dass der ausgeschiedene Gesellschafter zB angemahnt werden muss (*BGHZ 44, 229, 233 f*).

- 14 **d) Haftungsbegrenzungen des ausgeschiedenen Gesellschafters.** Am 26. 3. 1994 ist das Nachhaftungsbegrenzungs-gesetz in Kraft getreten (s §§ 159, 160 Rz 1). Es regelt sowohl die Verjährung von Ansprüchen aufgrund der nach Auflösung der Gesellschaft weiter fortdauernden Haftung als auch die Enthftung des ausgeschiedenen Gesellschafters. Unter der Geltung des alten Rechts hatte die Rspr bereits Grundsätze zur Enthftung entwickelt, wobei die Enthftung von der Verjährung zu unterscheiden war.

Nunmehr gilt § 160 (die Kündigungstheorie des BGH ist damit erledigt, *BGH NZG* 2000, 137). Da nach den Übergangsregelungen die alte Rechtslage tlw weiter gilt (vgl §§ 159, 160 Rz 4), werden die von der Rspr entwickelten Grundsätze nachfolgend dargestellt. Nach dieser Rspr war zwischen Dauerschuldverhältnissen und Wiederkehrschuldverhältnissen zu unterscheiden.

**aa) Dauerschuldverhältnisse** beinhalten Leistungspflichten, die während eines längeren Zeitraumes fortlaufend oder in bestimmten Zeitabständen zu erbringen sind. Sie enden idR mit Zeitablauf oder Kündigung. Nach BGH (*BGHZ* 70, 132 ff = *NJW* 1979, 636 ff) muss die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters begrenzt werden. Der ausgeschiedene Gesellschafter haftet nur bis zum ersten auf sein Ausscheiden möglichen Kündigungstermin, *BGH BB* 1985, 80. Für Verbindlichkeiten, die auf erst danach erbrachten Teilleistungen beruhen, braucht er nicht einzustehen (**aA** *BAG NJW* 1978, 391 ff = *DB* 1978, 303; *Budde NJW* 1979, 1637). Diese zeitliche Grenze muss auch für Arbeitnehmeransprüche gelten (*Völlmer DB* 1978, 921; **aA** *BAG aaO*). Eine analoge Anwendung von § 613a BGB ist nicht gerechtfertigt (**aA** *Beitzke SAE* 1978, 199 f). Der ausgeschiedene Gesellschafter haftet nur bis zu dem Zeitpunkt, bis zu dem die Gesellschaft die Arbeitsverhältnisse durch Massenkündigung hätte beenden können (*Völlmer aaO*).

Zu den Arbeitnehmeransprüchen gehören auch alle Versorgungsverpflichtungen der Gesellschaft, insbesondere Verbindlichkeiten aus betrieblicher Altersversorgung. Der ausgeschiedene Gesellschafter muss **dem Grunde nach** für alle Versorgungsleistungen für Empfänger aufkommen, die schon vor seinem Ausscheiden Versorgungsempfänger waren (*Binz GmbHR* 1978, 145 ff). Nach dem Ausscheiden einsetzende Renten werden nur erfasst, wenn schon eine unverfallbare Anwartschaft bestand (*Binz aaO*; *Hüffer BB* 1978, 454). Der **Höhe** nach haftet er für später einsetzende Zahlungen nur in bis zu seinem Ausscheiden verdienster Höhe (*Hüffer BB* 1978, 454). **Zeitlich** gilt die für die Arbeitnehmeransprüche genannte Grenze in Verfolgung der Rspr des BGH (aber **aA** *BAG aaO*). Im Hinblick auf die gegenteilige Ansicht des *BAG* empfehlen sich Abreden mit den Gesellschaftsgläubigern (dazu im Einzelnen *Höfer/Kemper DB* 1978, 1644).

Bei befristeten (auch langfristigen) Verträgen haftet der ausgeschiedene Gesellschafter unbeschränkt weiter. Die zeitliche Grenze bildet § 159 aF.

Als Ausgleich für erbrachte Leistungen erhält der ausgeschiedene Gesellschafter einen Anspruch nach § 738 BGB. Bei **Kontokorrentverträgen** haftet der ausgeschiedene Gesellschafter für die Kontokorrentschuld bis zu der bei seinem Ausscheiden begründeten Höhe, jedoch nicht über den nach seinem Ausscheiden gezogenen niedrigsten Saldo hinaus (*BGHZ* 50, 277 ff = *NJW* 1968, 2100; *BGH NJW* 1974, 100).

**bb)** Beim **Wiederkehrschuldverhältnis** findet ein sich ständig neu wiederkehrender Vertragsabschluss nach Ablauf bestimmter Zeitabstände statt (Beispiel: Kleinabnehmerverträge bei Abnahme von Wasser, Gas, Strom). Der ausgeschiedene Gesellschafter haftet bis zum Ende des Zeitabschnittes nach seinem Ausscheiden. Der Zwangsvergleich im Gesellschaftskonkurs nach altem Recht begrenzte gleichfalls die Haftung der Gesellschafter (*BGH NJW* 1974, 1482; *WM* 1970, 967 = *NJW* 1970, 1921).

**6. Haftungserweiterung bei der GmbH & Co KG**

- 17 a) **Grundsatz, Systematik der Haftungserweiterung.** Zunächst findet gem § 128 lediglich die Haftung der Komplementär-GmbH für die Verbindlichkeiten der GmbH & Co KG Anwendung. Die GmbH haftet mit ihrem Vermögen, die Gesellschafter und Geschäftsführer haften mit ihrem Privatvermögen nicht (§ 13 II GmbHG).

Gleichwohl kommt in verschiedenen Fallgruppen eine Inanspruchnahme des Privatvermögens der Gesellschafter bzw Geschäftsführer der Komplementär-GmbH, die meist auch Kommanditisten der GmbH & Co KG sind, in Betracht. Zu unterscheiden sind:

**aa)** Die **Kommanditistenstellung** allein begründet lediglich die beschränkte Haftung gem §§ 128, 171 ff. Dies gilt auch in Sonderfällen (vgl E vor § 171 Rz 6f). Dieser Grundsatz erfährt eine Ausnahme, soweit der Kommanditist aufgrund Bestimmung im Gesellschaftsvertrag oder faktisch geschäftsführender Gesellschafter der KG ist. Der geschäftsführende Kommanditist haftet ebenso wie der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH gegenüber dem Vertragspartner der KG (dazu § 114 Rz 17 bb) und bei Insolvenzverschleppung (§ 130a Rz 2, 4). Schließlich kommt bei Mehrheits-Gesellschaftern und vergleichbaren Situationen die Konzernhaftung (s unten Rz 26, 27) in Betracht.

**bb)** Eine Inanspruchnahme des **Gesellschafters der Komplementär-GmbH** kommt nur in den sog Durchgriffs-Fällen in Betracht, dh, auch bei der Ein-Mann-GmbH nur ausnahmsweise, wenn **schwerwiegende** Gesichtspunkte aus Treu und Glauben es erfordern (*BGHZ* 22, 226, 230; 31, 258, 271; *BSG GmbHR* 1985, 294). Andernfalls würde die Rechtsfigur der juristischen Personen ausgehöhlt. Es kommt auf den objektiven Missbrauch der Rechtsform, nicht auf Missbrauchsabsicht an (*BGHZ* 20, 13; *BGH DB* 1977, 1246). Bloße Unterkapitalisierung der GmbH (gesetzlicher Mindestbetrag des Stammkapitals reicht für den angestrebten Gesellschaftszweck nicht aus) begründet grds keine Durchgriffshaftung (*OLG Hamburg* BB 1973, 1231; *BGH DB* 1977, 1247). Zur Haftung bei Rückzahlung der Stammeinlagen bzw Auszahlung von Vermögen, welches zur Erhaltung der Stammeinlagen nötig wäre, s § 172 Rz 11 und § 172a Rz 4. Neben den Missbrauchsfällen kommt bei Mehrheits-Gesellschaftern der GmbH wiederum die Konzernhaftung in Betracht (s unten Rz 26, 27).

**cc)** Die **Geschäftsführer der Komplementär-GmbH** haften in folgenden Fallgruppen:

**(1)** Aus dem Gesichtspunkt der **Rechtsscheinhaftung** haften sie persönlich mit ihrem Privatvermögen, wenn sie bei Vertragsabschluss einen **Firmennamen** benutzen, der keinen Hinweis darauf enthält, dass es sich bei der Gesellschaft um eine GmbH & Co KG handelt (*BGH DB* 1978, 1684 in Ergänzung zu *BGHZ* 62, 216; *OLG Oldenburg* DB 1977, 1310). § 4 II GmbHG gilt analog und hat Vorrang vor § 15 II (s dazu *OLG Hamm* DB 1977, 2273). Zur Haftung einer unechten Vorgesellschaft mit Grundhandels-gewerbe nach § 128 s *BFH/NV* 1988, 477.

**(2)** **Gegenüber dem Vertragspartner der Gesellschaft** haftet der Geschäftsführer aus culpa in contrahendo, aus § 823 II BGB iVm § 263 StGB und aus § 826 BGB (s § 114 Rz 17 bb). Des weiteren haftet der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH bei Insolvenzverschleppung gem § 823 II BGB iVm §§ 177a, 130a (s § 130a Rz 4). Für die

Konzernhaftung ist die Geschäftsführerstellung in der Komplementär-GmbH sekundär (s unten Rz 26, 27).

**dd)** Schließlich kann sich eine Inanspruchnahme der Genannten **indirekt** dadurch ergeben, dass der Gläubiger Ansprüche der Gesellschaft gegen den Gesellschafter bzw Geschäftsführer pfändet und aus den gepfändeten Ansprüchen gegen den Gesellschafter bzw Geschäftsführer vorgeht. In Betracht kommt bspw eine Pfändung der nicht erfüllten Ansprüche aufgrund der Beitrags- oder einer gesellschaftsvertraglichen Nachschussverpflichtung. Weiter kommt in Betracht die Pfändung von Ansprüchen, welche sich zugunsten der Gesellschaft gegen den Gesellschafter im Zusammenhang mit der Abgabe von Rangrücktrittserklärungen durch die Gesellschafter ergeben (s dazu *BGH* BB 1987, 728). Schließlich kommt in Betracht die Pfändung von Ansprüchen gegen den Geschäftsführer aus schuldhaft fehlerhafter Geschäftsführung (s zu diesen Ansprüchen sowie dazu, ob sie der KG oder der Komplementär-GmbH zustehen und demgemäß aufgrund eines Vollstreckungstitels gegen die KG oder die GmbH zu pfänden sind § 114 Rz 17 lit aa).

### 7. Haftungserweiterung bei Beteiligung einer OHG

Eine OHG kann im Hinblick auf § 124 ihrerseits wieder Gesellschafterin sein. Ist sie an einer Handelsgesellschaft beteiligt, so findet eine Haftungserweiterung gem § 128 auf sie und damit ihr Gesellschaftsvermögen statt. Weiter haften über § 128 auch die Gesellschafter der beteiligten OHG (doppelstöckige Haftung). Sowohl für die Haftung der beteiligten Gesellschafter-OHG als auch ihrer Gesellschafter gilt hinsichtl des Inhalts die „modifizierte Erfüllungstheorie“ (s Rz 6). **18**

### 8. Das Verhältnis der Gesellschafter untereinander

Die mehreren gem § 128 persönlich haftenden Gesellschafter sind im Verhältnis untereinander **Gesamtschuldner**, so dass §§ 421 ff BGB zur Anwendung kommen. Befindet sich zB ein Gesellschafter, der von einem Dritten über § 128 in Anspruch genommen wird in Verzug oder trifft ihn ein Verschulden, so kann der Dritte einen evtl Verzugsschaden nur gegen ihn, nicht aber gegen seine Mitgesellschafter geltend machen, da die in § 425 BGB genannten Tatsachen nur „Einzelwirkung“ haben. Ebenso wenig kann der Verzugsschaden von der Gesellschaft verlangt werden, da § 128 nur eine Schuldenerweiterung für Gesellschaftsschulden, nicht aber auch für Gesellschafterschulden beinhaltet. **19**

### 9. Ansprüche des Gesellschafters als Gläubiger der Gesellschaft

**a) Individualansprüche.** Es handelt sich um Ansprüche, die im Gesellschaftsverhältnis ihre Grundlage haben (sie sind für die Gesellschaft Sozialverpflichtungen). Beispiele: Ansprüche auf Auszahlung des Gewinnanteils: § 122; Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben: § 155; Aufwendungsersatz für Geschäftsführertätigkeit. **20**

**§ 128 findet keine Anwendung**, da er nur für das Rechtsverhältnis der Gesellschaft zu Dritten gilt. In Anspruch genommen werden kann nur die Gesellschaft mit ihrem Vermögen (*BGHZ* 37, 299).

Str ist der Anspruch auf Aufwendungsersatz nach § 110. Insoweit steht einer Anwendung des § 128 die Regelung des § 707 BGB entgegen. Die Mitgesellschafter müssen

davon ausgehen können, dass sie über die vereinbarten Beiträge hinaus, weitere Leistungen nicht erbringen müssen (**aA** Wiedemann, der eine „antizipierte Zuschusspflicht“ annimmt). Vielfach wird eine Haftung der Mitgesellschafter angenommen, wenn das Gesellschaftsvermögen nicht ausreicht (zB Mü-Ko/*Ulmer* § 707 Rz 3; RGRK-HGB § 110 Anm 23); in diesem Fall können die Mitgesellschafter nur anteilmäßig in Anspruch genommen werden, da ein vorweggenommener Innenausgleich vorliegt.

- 21 b) Drittgläubigeransprüche.** Ein Gesellschafter kann seiner eigenen Gesellschaft auch wie ein Dritter gegenüberreten, zB indem er ihr ein Darlehen gewährt oder eine Sache verkauft. Es handelt sich um Ansprüche, die nicht im Gesellschaftsverhältnis ihre Grundlage haben. Maßgeblich ist der Entstehungsgrund. Bestehen Zweifel, so gilt eine „Vermutung“ für den gesellschaftsrechtlichen Charakter des Anspruchs (Mü-Ko/*Ulmer* § 706 Rz 4).

Es gilt der Grundsatz, dass zwar über § 128 der Anspruch auch gegen die Mitgesellschafter besteht, seine Geltendmachung aber eingeschränkt ist. Nach **hL** gilt der **Grundsatz der Subsidiarität**. Der Gesellschaftergläubiger kann sich nur dann an seine Mitgesellschafter halten, wenn keine Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen möglich ist (*Schlegelberger/K. Schmidt* § 128 Rz 12, 20).

Zur Begründung wird auf die Treuepflicht des Gesellschaftergläubigers gegenüber seinen Mitgesellschaftern verwiesen.

- 22 c) Ist kein ausreichendes Gesellschaftsvermögen** vorhanden, so kann der Gesellschaftergläubiger die Mitgesellschafter nur in Höhe des auf sie entfallenden Verlustanteils in Anspruch nehmen (pro rata) (so *Weipert* in RGRK-HGB, § 128 Anm 32; **aA** *RGZ* 120, 135; 153; 305; *Schlegelberger/Geßler* § 128 Anm 26; *Baumbach/Hopt* § 128 Rz 27); nach der Gegenmeinung, die als **hL** anzusehen ist, kann der Gesellschaftergläubiger die Mitgesellschafter als Gesamtschuldner in voller Höhe vermindert um seinen Schuldanteil in Anspruch nehmen (sog Haftung minus rata, *BGH JZ* 1983, 258).

- 23 d) Ausgleichsanspruch des zahlenden Mitgesellschafters.** Leistet ein Gesellschafter aufgrund der ihm nach § 128 obliegenden Pflicht, so stünde ihm ein Ausgleichsanspruch gegen die Mitgesellschafter nach § 426 BGB zu, da zwischen mehreren Mitgesellschaftern ein Gesamtschuldverhältnis besteht (nicht dagegen zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft; Folge aus § 129). Gegen die Gesellschaft besteht ein Anspruch nach § 110.

Die **hL** nimmt an, dass der Anspruch gegen die Mitgesellschafter gem § 426 BGB **subsidiär** ist (*BGHZ* 37, 299). Aus der durch den Gesellschaftsvertrag begründeten Treuepflicht folgt, dass die Begleichung von Gesellschaftsschulden zunächst aus der Gesellschaftskasse zu erfolgen hat. Steht bereits vor Erfüllung der Gesellschaftsverbindlichkeit fest, dass eine Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen nicht zu erreichen ist, so kann der Ausgleichsanspruch gem § 426 BGB sofort geltend gemacht werden (zu den Voraussetzungen – erfolglose Aufforderung genügt – s *BGH NJW-RR* 2002, 455). Der zahlende Gesellschafter kann dann seine Mitgesellschafter nur anteilmäßig in der Höhe ihrer Verlustbeteiligung in Anspruch nehmen (*BGHZ* 37, 299; *BGH NJW* 1980, 340; *Prediger BB* 1970, 869). Der Mitgesellschafter kann auch Befreiung von der Schuld verlangen, wenn der Anspruch, von dem befreit werden soll, fällig ist (*BGH NJW* 1986, 978).