

# TE OGH 2008/4/3 1Ob128/07s

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 03.04.2008

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Gerstenecker als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Univ.-Prof. Dr. Bydlinski, Dr. Fichtenau, Dr. E. Solé und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. Axel Reckenzaun, Rechtsanwalt in Graz, Annenstraße 10, als Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der B\*\*\*\*\* AG, vertreten durch Graf & Pitkowitz Rechtsanwälte GmbH in Graz, gegen die (viert-)beklagte Partei T\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Heinz Stöger, Rechtsanwalt in Wien, wegen 5.000.000 ATS (= 363.364,17 EUR) sA, infolge Revision der (viert-)beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht vom 6. März 2007, GZ 5 R 244/06a-119, womit das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Graz vom 29. September 2006, GZ 11 Cg 215/01p-102, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben. Dem Erstgericht wird eine neuerliche Urteilsfällung nach Verfahrensergänzung aufgetragen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Begründung:

Über das Vermögen der Gemeinschuldnerin (im Folgenden: AG) wurde mit Beschluss vom 13. 12. 1999 das Konkursverfahren eröffnet. Zum Masseverwalter wurde der Kläger bestellt. Über das Vermögen der alleinigen Aktionärin - einer weiteren AG (im Folgenden: Muttergesellschaft) - war bereits am 12. 10. 1999 das Konkursverfahren eröffnet worden.

In der am 19. 9. 1996 abgehaltenen Hauptversammlung der AG wurde die Erhöhung des Grundkapitals von 1.000.000 ATS um 49.000.001 ATS auf 50.000.001 ATS beschlossen, wobei die neuen Aktien von der Muttergesellschaft übernommen werden und ihre Bezahlung durch Aufrechnung mit einer Forderung der Muttergesellschaft gegen die AG in Höhe von 49.071.612 ATS zuzüglich 20 % USt erfolgen sollten.

Die (Viert-)Beklagte (im Folgenden nur mehr: Beklagte) wurde mit Beschluss des Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz als Handelsgericht vom 10. 10. 1996 „zum Gründungsprüfer gemäß § 25 AktG zum Zwecke der Prüfung der beabsichtigten Kapitalerhöhung durch Kompensation gemäß § 60 AktG bestellt“. Eine zwischenzeitig von der Hauptversammlung der AG beschlossene Kapitalerhöhung durch Sacheinlage (Einbringung der bei der

Muttergesellschaft aufgelaufenen „Projektkosten“ aus dem Generalunternehmervertrag) lehnte das Firmenbuchgericht (informell) ab. Der Bericht der Beklagten vom 9. 1. 1997, der keine Ausführungen zur aktuellen wirtschaftlichen Lage der AG enthält, lautet auszugsweise wie folgt: Die (Viert-)Beklagte (im Folgenden nur mehr: Beklagte) wurde mit Beschluss des Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz als Handelsgericht vom 10. 10. 1996 „zum Gründungsprüfer gemäß Paragraph 25, AktG zum Zwecke der Prüfung der beabsichtigten Kapitalerhöhung durch Kompensation gemäß Paragraph 60, AktG bestellt“. Eine zwischenzeitig von der Hauptversammlung der AG beschlossene Kapitalerhöhung durch Sacheinlage (Einbringung der bei der Muttergesellschaft aufgelaufenen „Projektkosten“ aus dem Generalunternehmervertrag) lehnte das Firmenbuchgericht (informell) ab. Der Bericht der Beklagten vom 9. 1. 1997, der keine Ausführungen zur aktuellen wirtschaftlichen Lage der AG enthält, lautet auszugsweise wie folgt:

#### „1. Auftrag und Auftragsdurchführung

...

Am 11. November 1996 wurde von uns ein schriftlicher Bericht über die Prüfung einer Kapitalerhöhung durch Sacheinlage iSd § 150 AktG erstattet, da davon ausgegangen wurde, dass im vorliegenden Fall der Tatbestand der oa Rechtsnorm erfüllt ist. Am 16. Dezember 1996 wurden wir vom zuständigen Firmenbuchgericht informiert, dass das Gericht diese Ansicht nicht teilt, da es sich im gegenständlichen Fall um eine Kapitalerhöhung durch Kompensation gemäß § 60 AktG handelt. Am 11. November 1996 wurde von uns ein schriftlicher Bericht über die Prüfung einer Kapitalerhöhung durch Sacheinlage iSd Paragraph 150, AktG erstattet, da davon ausgegangen wurde, dass im vorliegenden Fall der Tatbestand der oa Rechtsnorm erfüllt ist. Am 16. Dezember 1996 wurden wir vom zuständigen Firmenbuchgericht informiert, dass das Gericht diese Ansicht nicht teilt, da es sich im gegenständlichen Fall um eine Kapitalerhöhung durch Kompensation gemäß Paragraph 60, AktG handelt.

Der nun vorliegende Bericht gemäß § 25 AktG über die Prüfung der beabsichtigten Kapitalerhöhung durch Kompensation gemäß § 60 AktG entspricht zur Gänze dem Gerichtsbeschluss vom 10. Oktober 1996. Der nun vorliegende Bericht gemäß Paragraph 25, AktG über die Prüfung der beabsichtigten Kapitalerhöhung durch Kompensation gemäß Paragraph 60, AktG entspricht zur Gänze dem Gerichtsbeschluss vom 10. Oktober 1996.

Die Prüfung hat sich gemäß § 26 Abs 1 namentlich darauf zu erstrecken, ob die Angaben der „Gründer“ über die Übernahme der Aktien, über die Einlagen auf das Grundkapital und über die in den §§ 19 und 20 vorgesehenen Festsetzungen richtig und vollständig sind, und ob der Wert der Sacheinlagen oder Sachübernahmen den Ausgabebetrag der dafür zu gewährenden Aktien oder den Wert der dafür zu gewährenden Leistungen erreicht. Die Prüfung hat sich gemäß Paragraph 26, Absatz eins, namentlich darauf zu erstrecken, ob die Angaben der „Gründer“ über die Übernahme der Aktien, über die Einlagen auf das Grundkapital und über die in den Paragraphen 19, und 20 vorgesehenen Festsetzungen richtig und vollständig sind, und ob der Wert der Sacheinlagen oder Sachübernahmen den Ausgabebetrag der dafür zu gewährenden Aktien oder den Wert der dafür zu gewährenden Leistungen erreicht.

...

#### 3.3. Wichtige Vertragsbeziehungen

Zwischen der [AG] als Auftraggeber und der [Muttergesellschaft] als Auftragnehmer wurde am 9. August 1996 ein Generalunternehmervertrag abgeschlossen (Anlage V). Zwischen der [AG] als Auftraggeber und der [Muttergesellschaft] als Auftragnehmer wurde am 9. August 1996 ein Generalunternehmervertrag abgeschlossen (Anlage römisch fünf).

Wesentlicher Inhalt dieses Vertrages ist die Übertragung nachstehender Leistungen sowie die Regelung gegenseitiger Rechte und Pflichten:

##### a) Büroleistung (Planung) - Vorentwurf

Entwurf

Einreichung

Kostenberechnungsgrundlage

Ausführungs- und Detailzeichnungen

Künstlerische Oberleitung der Bauausführung

Technische und geschäftliche Oberleitung der Bauausführung

Innenraumgestaltung, Entwurf, Formgebung und Auswahl von Möbeln, Beleuchtungskörper, Elektrogeräte, Vorhänge, Teppiche und dgl

b) Örtliche Bauaufsicht

c) Sonstige Leistungen - Preopening

Finanzierungskonzept und dessen Durchführung

Vertrieb von Aktien und stillen Beteiligungen

Werbung

Unter Pkt 4.1. bzw 4.2. des Generalunternehmervertrages werden folgende Fixpreisgarantien abgegeben:

Baukosten.....334,247.000 ATS

Einrichtung..... 38,580.000 ATS

Honorare (Planung, Haustechnik, Statik,

Bodenuntersuchungen,Vermessungsarbeiten). 58,076.000 ATS

Die Kosten für die sonstigen Leistungen werden laut Pkt 4.3. nach dem tatsächlichen Aufwand berechnet. Für die Preopening-Kosten sind 21,000.000 ATS und für die Finanzierungs- und Vertriebskosten 30,675.000 ATS veranschlagt. Diese beiden Summen werden mit insgesamt maximal 65,000.000 ATS limitiert.

Für die Bauausführung sind 24 Monate vorgesehen. Wird dieser Zeitraum, aus Gründen, die der Auftragnehmer nicht zu vertreten hat, um mehr als drei Monate überschritten, sind Kostenanpassungen eingeplant.

Unter Pkt 4.5. des Generalunternehmervertrages wird festgesetzt, dass die [AG] für erbrachte Leistungen sowie Teil- und Schlussrechnungen innerhalb von 30 Tagen zu bezahlen hat. Für verspätete Zahlungen werden bankmäßige Zinsen verrechnet.

### 3.4. Kapitalerhöhung durch Kompensation

Am 31. Oktober 1996 wurde von der [Muttergesellschaft] eine Anzahlungsrechnung über 49,071.612 ATS zuzüglich 20 % MwSt iHv 9,814.322,40 ATS, gesamt somit 58,885.934,40 ATS an die [AG] gelegt.

Diese Anzahlungsrechnung wurde von der [Muttergesellschaft] an die [AG] in ihrer Eigenschaft als Generalunternehmer für das Bauvorhaben „Therme ...“ gelegt. Die Art der Leistungserbringung und der Zahlungsmodalitäten ergeben sich aus dem zwischen diesen Gesellschaften abgeschlossenen Generalunternehmervertrag vom 9. August 1996 (Anlage V).Diese Anzahlungsrechnung wurde von der [Muttergesellschaft] an die [AG] in ihrer Eigenschaft als Generalunternehmer für das Bauvorhaben „Therme ...“ gelegt. Die Art der Leistungserbringung und der Zahlungsmodalitäten ergeben sich aus dem zwischen diesen Gesellschaften abgeschlossenen Generalunternehmervertrag vom 9. August 1996 (Anlage römisch fünf).

Die Anzahlungsrechnung vom 31. Oktober 1996 entspricht vollinhaltlich dem Pkt 4.5. des Generalunternehmervertrages; sie ist innerhalb von 30 Tagen zu bezahlen.

Eine von uns im Rahmen der Prüfung der Kapitalerhöhung durch Kompensation durchgeführte inhaltliche Überprüfung der Anzahlungsrechnung hat ergeben, dass es sich bei der Anzahlungsrechnung um die Akontierung bereits angelaufener Projektkosten der [Muttergesellschaft] als Generalunternehmer für das Projekt „Therme ...“ handelt, die im Punkt 4.1. des Generalunternehmervertrages bezeichnet sind. Im Einzelnen entspricht die Anzahlungsrechnung Baukosten iHv TS 22.579 und Planungs- und Bodenuntersuchungshonoraren, sowie Honoraren für Haustechnik, Statik und Vermessungsarbeiten iHv TS 26.492.

Die aus obiger Anzahlungsrechnung resultierende Forderung der [Muttergesellschaft] gegen die [AG] ist demnach vollwertig, dem Bestand nach und der Höhe nach unbestritten und fällig.

In den Hauptversammlungen vom 19. September 1996 und vom 2. Jänner 1997 wurde beschlossen, das Grundkapital der Gesellschaft von 1.000.000 ATS um 49.001.001 ATS auf 50.000.001 ATS zu erhöhen.

Die gesamten neuen Aktien werden von der [Muttergesellschaft] übernommen, die ihre Einzahlung durch Aufrechnung mit ihrer Forderung gegen die [AG] leistet. Die Aufrechnung bedeutet nicht eine Befreiung von der Einlageverpflichtung der [Muttergesellschaft], sie dient nur der Abkürzung sinnlosen Hin- und Herschiebens desselben Leistungsgegenstandes.

Zur Kapitalerhöhung durch Kompensation gemäß § 60 AktG kann als Ergebnis unserer Prüfung festgehalten werden, dass die mit der Kapitalerhöhung aufzurechnende Forderung vollwertig und fällig ist und kein Grund vorliegt, der gegen die Kompensation sprechen würde. Zur Kapitalerhöhung durch Kompensation gemäß Paragraph 60, AktG kann als Ergebnis unserer Prüfung festgehalten werden, dass die mit der Kapitalerhöhung aufzurechnende Forderung vollwertig und fällig ist und kein Grund vorliegt, der gegen die Kompensation sprechen würde.

#### 4. Hergang der Kapitalerhöhung durch Kompensation

...

In der Hauptversammlung vom 2. Jänner 1997 wurde festgehalten, dass seitens des Firmenbuchgerichtes die Kapitalerhöhung durch Sacheinlage abgelehnt wurde. Es wurde daher beschlossen, die Kapitalerhöhung, wie im Hauptversammlungsbeschluss vom 19. September 1996 beurkundet, durch Kompensation vorzunehmen. Seitens des Aktionärs wurde aus dem bestehenden Generalunternehmervertrag zum 31. Oktober 1996 mit einer Anrechnungsrechnung ein Betrag von 49.071.612 ATS zuzüglich 20 % MwSt fällig gestellt. Der am 31. Oktober 1996 errichtete Sacheinlagevertrag ist somit gegenstandslos geworden.

...

#### 4.2. Feststellungen über die zu kompensierende Forderung

Bezüglich des Inhaltes der zu kompensierenden Forderung verweisen wir auf unsere Ausführungen in Kapitel 3.4.

Aufgrund unserer Prüfung haben sich keine Umstände ergeben, die gegen eine Kapitalerhöhung durch Kompensation mit dieser Forderung gemäß § 60 AktG sprechen würde. Aufgrund unserer Prüfung haben sich keine Umstände ergeben, die gegen eine Kapitalerhöhung durch Kompensation mit dieser Forderung gemäß Paragraph 60, AktG sprechen würde.

#### 4.3. Sacheinlagen/Sachübernahmen und Sondervorteile

Bei der gegenständlichen Kapitalerhöhung handelt es sich um eine Kapitalerhöhung durch Kompensation gemäß § 60 AktG. Sacheinlagen bzw Sachübernahmen waren über die Kompensation hinaus nicht Gegenstand dieser Kapitalerhöhung. Bei der gegenständlichen Kapitalerhöhung handelt es sich um eine Kapitalerhöhung durch Kompensation gemäß Paragraph 60, AktG. Sacheinlagen bzw Sachübernahmen waren über die Kompensation hinaus nicht Gegenstand dieser Kapitalerhöhung.

Weder ein Mitglied des Vorstands noch des Aufsichtsrates der [Muttergesellschaft] hat sich einen besonderen Vorteil oder eine Entschädigung für die Vorbereitung der Kapitalerhöhung mit Sacheinlage ausbedungen.

#### 5. Prüfungsergebnis

Nach dem abschließenden Ergebnis unserer Prüfung aufgrund der vorgelegten Unterlagen und der zusätzlich eingeholten Auskünfte stellen wir die Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen des Aktiengesetzes fest.

a) Die gemäß § 26 Abs 1 Z 1 AktG in den Hauptversammlungsbeschlüssen über die Kapitalerhöhung durch Kompensation gemäß § 60 AktG gemachten Angaben über die Übernahme der Aktien, über die Einlagen auf das Grundkapital und über die in den §§ 19 und 20 AktG vorgesehenen Festsetzungen sind vollständig und richtig. a) Die gemäß Paragraph 26, Absatz eins, Ziffer eins, AktG in den Hauptversammlungsbeschlüssen über die Kapitalerhöhung durch Kompensation gemäß Paragraph 60, AktG gemachten Angaben über die Übernahme der Aktien, über die Einlagen auf das Grundkapital und über die in den Paragraphen 19, und 20 AktG vorgesehenen Festsetzungen sind vollständig und richtig.

b) Sondervorteile gemäß § 19 AktG wurden nicht eingeräumt. Es wurden keine Sacheinlagen bzw Sachübernahmen gemäß § 20 AktG getätigt; es erfolgte lediglich im Rahmen der Kapitalerhöhung eine Kompensation mit

einer bestehenden Forderung gemäß § 60 AktG.b) Sondervorteile gemäß Paragraph 19, AktG wurden nicht eingeräumt. Es wurden keine Sacheinlagen bzw Sachübernahmen gemäß Paragraph 20, AktG getätigt; es erfolgte lediglich im Rahmen der Kapitalerhöhung eine Kompensation mit einer bestehenden Forderung gemäß Paragraph 60, AktG.

c) Die zu kompensierende Forderung ist vollwertig und fällig. Es besteht kein Grund, der gegen die Kompensation sprechen würde.

d) Die [Beklagte] wurde am 10. Oktober 1996 vom Landes- als Handelsgericht Graz zum Gründungsprüfer gemäß § 25 AktG bestellt.d) Die [Beklagte] wurde am 10. Oktober 1996 vom Landes- als Handelsgericht Graz zum Gründungsprüfer gemäß Paragraph 25, AktG bestellt.

e) Die Gründungsprüfung gemäß § 25 Abs 4 AktG wurde durch einen beeideten Wirtschaftsprüfer und Steuerberater durchgeführt. Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates sowie Angestellte der Gesellschaft wurden gemäß § 25 Abs 5 AktG nicht zum Gründungsprüfer bestellt.e) Die Gründungsprüfung gemäß Paragraph 25, Absatz 4, AktG wurde durch einen beeideten Wirtschaftsprüfer und Steuerberater durchgeführt. Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates sowie Angestellte der Gesellschaft wurden gemäß Paragraph 25, Absatz 5, AktG nicht zum Gründungsprüfer bestellt.

f) Die gegenständliche Gründungsprüfung erstreckt sich hinsichtlich ihres Umfangs auf die unter § 26 AktG angeführten Angaben.f) Die gegenständliche Gründungsprüfung erstreckt sich hinsichtlich ihres Umfangs auf die unter Paragraph 26, AktG angeführten Angaben.

Es sind daher die Voraussetzungen für die Eintragung der Kapitalerhöhung durch Kompensation gemäß § 60 AktG als erfüllt anzusehen."Es sind daher die Voraussetzungen für die Eintragung der Kapitalerhöhung durch Kompensation gemäß Paragraph 60, AktG als erfüllt anzusehen."

Die Durchführung der Kapitalerhöhung wurde am 5. 2. 1997 im Firmenbuch eingetragen.

Soweit für das Revisionsverfahren noch relevant, brachte der Kläger zur Begründung seines gegenüber der Beklagten geltend gemachten Anspruchs von 5 Mio ATS (= 363.364,17 EUR) im Wesentlichen vor, die AG sei mit 31. 12. 1996 zahlungsunfähig gewesen und hätte die Forderung der Muttergesellschaft zum Zeitpunkt der Kompensation nicht mehr bezahlen können. Die am 19. 9. 1996 beschlossene Kapitalerhöhung durch Kompensation sei somit nicht zulässig gewesen, weil die Forderung der Muttergesellschaft an die AG nicht vollwertig gewesen und überdies ihre Einbringlichkeit außer Acht gelassen worden sei. Für einen Teilbetrag von 26,000.000 ATS der angesprochenen Forderung seien die Leistungen der Muttergesellschaft an die AG zum Zeitpunkt der Kapitalerhöhung noch gar nicht erbracht gewesen; die Rechnungsforderung der Muttergesellschaft sei auch sonst überhöht gewesen und halte einem Drittvergleich nicht stand. Das Prüfungsgutachten der Beklagten sei mit erheblichen Mängeln behaftet, weil sie bei gewissenhafter Prüfung nicht zu dem Ergebnis kommen hätte dürfen, dass die Forderung der Muttergesellschaft gegen die AG vollwertig gewesen wäre. Da die Forderung gegen die AG keinen Wert repräsentiert habe, weil letztere konkursreif gewesen sei, würde (auch) die Beklagte grundsätzlich bis zur Höhe des Gesamtbetrags der Kapitalerhöhung von 49,000.001 ATS, jedenfalls aber für die nicht durch Kompensation getilgte und daher noch offene, weder bei der Aktionärin, noch bei den Vorständen der AG einbringliche Einlagenschuld haften. Die AG sei schadenersatzrechtlich nämlich so zu stellen, wie sich ihre Vermögenslage bei ordnungsgemäß durchgeführter Kapitalerhöhung, also bei gehöriger Wahrnehmung der Prüfungs- und Aufsichtspflicht des Gründungsprüfers darstellen würde. Die Gesellschaft sei so zu stellen, als wäre es tatsächlich zur Kompensation mit einer vollwertigen Forderung gekommen. Die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, bei rechtmäßigem Alternativverhalten wäre die Kapitalerhöhung nicht oder nur in einem geringeren Ausmaß durchgeführt worden. Die Haftung der Beklagten sei aber gemäß § 42 Abs 2 AktG auf 5,000.000 ATS beschränkt.Soweit für das Revisionsverfahren noch relevant, brachte der Kläger zur Begründung seines gegenüber der Beklagten geltend gemachten Anspruchs von 5 Mio ATS (= 363.364,17 EUR) im Wesentlichen vor, die AG sei mit 31. 12. 1996 zahlungsunfähig gewesen und hätte die Forderung der Muttergesellschaft zum Zeitpunkt der Kompensation nicht mehr bezahlen können. Die am 19. 9. 1996 beschlossene Kapitalerhöhung durch Kompensation sei somit nicht zulässig gewesen, weil die Forderung der Muttergesellschaft an die AG nicht vollwertig gewesen und überdies ihre Einbringlichkeit außer Acht gelassen worden sei. Für einen Teilbetrag von 26,000.000 ATS der angesprochenen Forderung seien die Leistungen der Muttergesellschaft an die AG zum Zeitpunkt der Kapitalerhöhung noch gar nicht erbracht gewesen; die

Rechnungsforderung der Muttergesellschaft sei auch sonst überhöht gewesen und halte einem Drittvergleich nicht stand. Das Prüfungsgutachten der Beklagten sei mit erheblichen Mängeln behaftet, weil sie bei gewissenhafter Prüfung nicht zu dem Ergebnis kommen hätte dürfen, dass die Forderung der Muttergesellschaft gegen die AG vollwertig gewesen wäre. Da die Forderung gegen die AG keinen Wert repräsentiert habe, weil letztere konkursreif gewesen sei, würde (auch) die Beklagte grundsätzlich bis zur Höhe des Gesamtbetrags der Kapitalerhöhung von 49.000.001 ATS, jedenfalls aber für die nicht durch Kompensation getilgte und daher noch offene, weder bei der Aktionärin, noch bei den Vorständen der AG einbringliche Einlagenschuld haften. Die AG sei schadenersatzrechtlich nämlich so zu stellen, wie sich ihre Vermögenslage bei ordnungsgemäß durchgeführter Kapitalerhöhung, also bei gehöriger Wahrnehmung der Prüfungs- und Aufsichtspflicht des Gründungsprüfers darstellen würde. Die Gesellschaft sei so zu stellen, als wäre es tatsächlich zur Kompensation mit einer vollwertigen Forderung gekommen. Die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, bei rechtmäßigem Alternativverhalten wäre die Kapitalerhöhung nicht oder nur in einem geringeren Ausmaß durchgeführt worden. Die Haftung der Beklagten sei aber gemäß Paragraph 42, Absatz 2, AktG auf 5.000.000 ATS beschränkt.

Die Beklagte wandte im Wesentlichen ein, dem Kläger sei es nicht gelungen, den Nachweis zu erbringen, dass sie irgendwelche Fehler begangen habe. Sie habe die zu kompensierende Forderung zu Recht als vollwertig und fällig bestätigt. Die Rechnung der Muttergesellschaft an die AG vom 31. 10. 1996 über rund 49.000.000 ATS sei aufzuschlüsseln in etwa 19.600.000 ATS für bereits von der Muttergesellschaft an Fremdfirmen geleistete Zahlungen, in rund 23.000.000 ATS für teilweise bereits erbrachte Eigenleistungen und in etwa 6.400.000 ATS Generalunternehmerzuschlag. Die Planungsarbeiten des Thermenprojekts seien zum Zeitpunkt der Rechnungslegung abgeschlossen gewesen, am 10. 12. 1996 habe die Gemeinde die Baubewilligung erteilt. Ein Steuerberater und Wirtschaftstreuhänder habe im Auftrag des Vorstands der AG zum Wert des Projekts Stellung genommen und einen Unternehmenswert zum 31. 12. 1996 von rund 193.000.000 ATS ermittelt. Die AG sei daher zum damaligen Zeitpunkt nicht überschuldet, Zahlungsschwierigkeiten seien aus der Bilanz nicht erkennbar gewesen. Wenn die Beklagte keinen positiven Bericht über die Kapitalerhöhung durch Kompensation abgegeben hätte, wäre die beschlossene Kapitalerhöhung durch einen weiteren Hauptversammlungsbeschluss wieder rückgängig gemacht und demnach nicht eingetragen worden, sodass die AG mit einem Fortbestehen der Schuld oder einer (teilweisen) Zahlung belastet und somit schlechter gestellt gewesen wäre. Kein Gläubiger oder Anleger habe glauben können, dass sich die wirtschaftliche Situation der AG durch die Kapitalerhöhung verbessert habe, weil der Eintragung ins Firmenbuch zu entnehmen gewesen sei, dass die Kapitalerhöhung durch Kompensation erfolgte.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Es stellte über den eingangs dargestellten Sachverhalt hinaus fest, dass der Beklagten zum Zeitpunkt der Prüfung der Zulässigkeit der Kapitalerhöhung durch Kompensation alle wesentlichen, relevanten Unterlagen vorgelegen seien, die für die Abgabe eines Prüfungsurteils maßgebend gewesen seien und ein einigermaßen zutreffendes Urteil über die wirtschaftliche Lage der AG und der Muttergesellschaft ermöglicht hätten. Die Vermögens- und Finanzierungslage der AG sei im Zeitpunkt des Beschlusses der Kapitalerhöhung angespannt gewesen, die Teilrechnung der Muttergesellschaft gegenüber der AG vom 31. 10. 1996 in Höhe von 49.071.612 ATS zuzüglich 20 % USt hätte die AG aus eigenem Vermögen nicht bezahlen können; diese Forderung der Muttergesellschaft sei daher nicht einbringlich gewesen. Allenfalls hätten geringfügige Beträge in der Größenordnung von 1.000.000 ATS bis 1.500.000 ATS aufgebracht werden können. Ohne Einbeziehung der Leistungsverbindlichkeit an die Muttergesellschaft vom 31. 10. 1996 sei die AG auch unter Berücksichtigung der laufenden Verrechnungsverbindlichkeiten in der Zeit der Durchführung der Kapitalerhöhung noch liquide, unter Ansatz dieser Leistungsverbindlichkeit sei sie jedoch schon zahlungsunfähig gewesen. Der AG wäre es auch nicht möglich gewesen, die Leistungsverbindlichkeit gegenüber der Muttergesellschaft fremd zu finanzieren. Die AG sei zum Zeitpunkt der Kompensation nicht mehr kreditwürdig gewesen, weil sie aufgrund ihrer wirtschaftlichen Situation keinen Kredit zu marktüblichen Bedingungen bekommen hätte. Tatsächlich sei die Zahlungsunfähigkeit der AG in der Folge Ende 1997/erstes Halbjahr 1998 eingetreten. Die Beklagte habe zum Prüfungszeitpunkt eine angemessene Einsicht in die wirtschaftliche Lage der AG gehabt, um die Kernfrage der Vollwertigkeit, Einbringlichkeit und Fälligkeit der Rechnung der Muttergesellschaft vom 31. 10. 1996 auch substantiell zu überprüfen. Das positive Ergebnis ihrer Überprüfung mit der Kernaussage, dass die zu kompensierende Forderung vollwertig und fällig sei, habe die Beklagte nicht näher begründet. Bei Einhaltung der gebotenen Prüfungshandlungen hätte sich ergeben, dass die AG für sich allein zwar noch nicht überschuldet bzw noch in gewisser Weise zahlungsfähig gewesen sei, die Rechnung der Muttergesellschaft aber jedenfalls für mehrere Jahre nicht hätte zahlen können. Das sei für die Beklagte ebenso

erkennbar gewesen wie die (angespannte) Liquiditätslage und die Kreditwürdigkeit der AG zum Zeitpunkt der Kompensation. Hätte die Beklagte in ihrem Prüfbericht die „Vollwertigkeit“ der Kompensationsforderung verneint, wäre die Kapitalerhöhung nicht im Firmenbuch eingetragen worden; überhaupt sei anzunehmen, dass die Hauptversammlungsbeschlüsse wieder storniert worden wären. Die dann bestehenden Möglichkeiten im Umgang mit der Leistungsverbindlichkeit gegenüber der Muttergesellschaft hätten liquiditätsmäßig keine Änderung zum tatsächlich abgelaufenen IST-Zustand ergeben. Vielmehr habe sich durch den Wegfall der Gesellschaftsverbindlichkeit durch Kapitalerhöhung der Haftungsfonds für die anderen Gläubiger erweitert, weil ein großer Gläubiger weggefallen sei.

Rechtlich führte das Erstgericht aus, dass gemäß § 42 Abs 1 AktG in der hier relevanten Fassung die gemäß § 25 Abs 3 AktG vom zuständigen (Firmenbuch-)Gericht zu bestellenden Gründungsprüfer unter anderem zur gewissenhaften und unparteiischen Prüfung verpflichtet seien. Wer seine Obliegenheiten verletze, sei der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet. Nach Abs 2 sei die Ersatzpflicht von Personen, die fahrlässig gehandelt haben, auf 363.364,17 EUR für eine Prüfung beschränkt. Diese Bestimmungen würden sinngemäß bei im Zuge von Kapitalerhöhungen notwendigen Prüfungen gelten. Im Falle ihres Konkurses habe der Gründungsprüfer eine Schädigung gegenüber dem gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft in diesen Belangen, dem Masseverwalter, zu verantworten. Daher sei der Kläger zur Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs legitimiert. Nach einhelliger Rechtsprechung und Lehre könne die Gesellschaft trotz des Verbots des § 63 Abs 3 GmbHG einseitig aufrechnen oder auch einen Aufrechnungsvertrag schließen; nur dem Gesellschafter sei die einseitige Aufrechnung verboten. Die Zulässigkeit dieser Aufrechnung setze aber insbesondere voraus, dass die Gesellschaft dadurch eine vollwertige Leistung erhalte; ein sinnloses Hin- und Herschieben von Geldbeträgen werde nämlich nicht verlangt. Reiche aber das Gesellschaftsvermögen zur Befriedigung sämtlicher Gesellschaftsschulden nicht aus, sei die Gesellschaft überschuldet oder zahlungsunfähig, so sei die Vollwertigkeit der Forderung des Gesellschafters nicht gegeben und eine Aufrechnung durch die Gesellschaft ausgeschlossen. Hier habe die Beklagte das Vorliegen der Voraussetzungen für die Eintragung der Kapitalerhöhung durch Kompensation bejaht, obwohl mangels einer Willenserklärung der AG noch gar kein Aufrechnungstatbestand (Aufrechnungserklärung der Gesellschaft oder Aufrechnungsvereinbarung) vorgelegen sei, es der AG - für die Beklagte erkennbar - zu diesem Zeitpunkt nicht mehr möglich gewesen sei, sämtliche Gesellschaftsschulden zu befriedigen, und die AG unter Berücksichtigung auch der zu prüfenden Forderung der Muttergesellschaft - für die Beklagte erkennbar - zahlungsunfähig gewesen sei. Diese als schuldhaft zu qualifizierende Fehlleistung mache die Beklagte schadenersatzpflichtig. Konsequenz der fehlenden Werthaltigkeit der Gegenforderung sei, dass die Einlagenschuld der Muttergesellschaft bei der AG (jedenfalls im Umfang des Klagebegehrens) noch bestehe. Diese sei aber zufolge der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Muttergesellschaft nicht einbringlich. Für diesen Ausfall hafte die Beklagte. Sie könne sich aufgrund des Zwecks der Schadenersatzbestimmung des § 42 AktG nicht darauf berufen, dass die Kapitalerhöhung im Fall des Nichtabgebens der unrichtigen Erklärung, also bei gehöriger Wahrnehmung der Prüfungspflicht, nicht durchgeführt worden wäre. Rechtlich führte das Erstgericht aus, dass gemäß Paragraph 42, Absatz eins, AktG in der hier relevanten Fassung die gemäß Paragraph 25, Absatz 3, AktG vom zuständigen (Firmenbuch-)Gericht zu bestellenden Gründungsprüfer unter anderem zur gewissenhaften und unparteiischen Prüfung verpflichtet seien. Wer seine Obliegenheiten verletze, sei der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet. Nach Absatz 2, sei die Ersatzpflicht von Personen, die fahrlässig gehandelt haben, auf 363.364,17 EUR für eine Prüfung beschränkt. Diese Bestimmungen würden sinngemäß bei im Zuge von Kapitalerhöhungen notwendigen Prüfungen gelten. Im Falle ihres Konkurses habe der Gründungsprüfer eine Schädigung gegenüber dem gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft in diesen Belangen, dem Masseverwalter, zu verantworten. Daher sei der Kläger zur Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs legitimiert. Nach einhelliger Rechtsprechung und Lehre könne die Gesellschaft trotz des Verbots des Paragraph 63, Absatz 3, GmbHG einseitig aufrechnen oder auch einen Aufrechnungsvertrag schließen; nur dem Gesellschafter sei die einseitige Aufrechnung verboten. Die Zulässigkeit dieser Aufrechnung setze aber insbesondere voraus, dass die Gesellschaft dadurch eine vollwertige Leistung erhalte; ein sinnloses Hin- und Herschieben von Geldbeträgen werde nämlich nicht verlangt. Reiche aber das Gesellschaftsvermögen zur Befriedigung sämtlicher Gesellschaftsschulden nicht aus, sei die Gesellschaft überschuldet oder zahlungsunfähig, so sei die Vollwertigkeit der Forderung des Gesellschafters nicht gegeben und eine Aufrechnung durch die Gesellschaft ausgeschlossen. Hier habe die Beklagte das Vorliegen der Voraussetzungen für die Eintragung der Kapitalerhöhung durch Kompensation bejaht, obwohl mangels einer Willenserklärung der AG noch gar kein Aufrechnungstatbestand (Aufrechnungserklärung der Gesellschaft oder Aufrechnungsvereinbarung) vorgelegen sei, es der AG - für die Beklagte

erkennbar - zu diesem Zeitpunkt nicht mehr möglich gewesen sei, sämtliche Gesellschaftsschulden zu befriedigen, und die AG unter Berücksichtigung auch der zu prüfenden Forderung der Muttergesellschaft - für die Beklagte erkennbar - zahlungsunfähig gewesen sei. Diese als schuldhaft zu qualifizierende Fehlleistung mache die Beklagte schadenersatzpflichtig. Konsequenz der fehlenden Werthaltigkeit der Gegenforderung sei, dass die Einlagenschuld der Muttergesellschaft bei der AG (jedenfalls im Umfang des Klagebegehrens) noch bestehe. Diese sei aber zufolge der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Muttergesellschaft nicht einbringlich. Für diesen Ausfall hafte die Beklagte. Sie könne sich aufgrund des Zwecks der Schadenersatzbestimmung des Paragraph 42, AktG nicht darauf berufen, dass die Kapitalerhöhung im Fall des Nichtabgebens der unrichtigen Erklärung, also bei gehöriger Wahrnehmung der Prüfungspflicht, nicht durchgeführt worden wäre.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten nicht Folge und erklärte die ordentliche Revision für zulässig. Der Kläger sei aus Gläubigerschutzgründen so zu stellen, wie sich seine Vermögenslage bei materieller Richtigkeit der Kapitalerhöhung dargestellt hätte. Der Fehlbetrag bestehe in voller Höhe der Kapitalerhöhung von 49,000.001 ATS, weil die im Gegenzug zur Aktienübernahme zur Kompensation heranzuziehende Forderung der Muttergesellschaft nicht werthaltig gewesen sei. Zuzufolge § 42 Abs 2 AktG in der hier anzuwendenden Fassung sei die Haftung der Beklagten auf 5,000.000 ATS beschränkt. Der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens sei nicht zulässig, weil andernfalls die in § 42 Abs 1 AktG bzw § 6a Abs 4 GmbHG iVm § 42 AktG normierte Haftung des Gründungsprüfers stets dann nicht zur Anwendung kommen könnte, wenn man feststellte, dass die Gründung oder Kapitalerhöhung der Gesellschaft unterblieben wäre, wenn die dazu führende Fehlleistung nicht erbracht worden wäre, womit diese Schadenersatzbestimmung wohl gänzlich unanwendbar sein würde. In der Entscheidung 6 Ob 39/06p habe der Oberste Gerichtshof ausgeführt, dass der Bericht des Prüfers bei einer Sacheinlage auch dem Schutz der Gläubiger diene, weil eine Eintragung im Firmenbuch nur erfolge, wenn der Wert der Sacheinlage mindestens den kumulierten Ausgabebetrag aller Aktien erreiche. Hier sei dies zufolge fehlender Werthaltigkeit der im Gegensatz zur Übernahme von Aktien zu kompensierenden Forderung nicht der Fall gewesen; für die Gläubiger sei somit ein Haftungsfonds in Höhe des Ausgabebetrags der neuen Aktien tatsächlich nicht vorhanden gewesen, wofür die Beklagte aufgrund ihrer Fehlleistung einzustehen habe. Die ordentliche Revision sei zulässig, weil die maßgeblichen Rechtsfragen vom Obersten Gerichtshof noch nicht gelöst worden seien. Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten nicht Folge und erklärte die ordentliche Revision für zulässig. Der Kläger sei aus Gläubigerschutzgründen so zu stellen, wie sich seine Vermögenslage bei materieller Richtigkeit der Kapitalerhöhung dargestellt hätte. Der Fehlbetrag bestehe in voller Höhe der Kapitalerhöhung von 49,000.001 ATS, weil die im Gegenzug zur Aktienübernahme zur Kompensation heranzuziehende Forderung der Muttergesellschaft nicht werthaltig gewesen sei. Zuzufolge Paragraph 42, Absatz 2, AktG in der hier anzuwendenden Fassung sei die Haftung der Beklagten auf 5,000.000 ATS beschränkt. Der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens sei nicht zulässig, weil andernfalls die in Paragraph 42, Absatz eins, AktG bzw Paragraph 6 a, Absatz 4, GmbHG in Verbindung mit Paragraph 42, AktG normierte Haftung des Gründungsprüfers stets dann nicht zur Anwendung kommen könnte, wenn man feststellte, dass die Gründung oder Kapitalerhöhung der Gesellschaft unterblieben wäre, wenn die dazu führende Fehlleistung nicht erbracht worden wäre, womit diese Schadenersatzbestimmung wohl gänzlich unanwendbar sein würde. In der Entscheidung 6 Ob 39/06p habe der Oberste Gerichtshof ausgeführt, dass der Bericht des Prüfers bei einer Sacheinlage auch dem Schutz der Gläubiger diene, weil eine Eintragung im Firmenbuch nur erfolge, wenn der Wert der Sacheinlage mindestens den kumulierten Ausgabebetrag aller Aktien erreiche. Hier sei dies zufolge fehlender Werthaltigkeit der im Gegensatz zur Übernahme von Aktien zu kompensierenden Forderung nicht der Fall gewesen; für die Gläubiger sei somit ein Haftungsfonds in Höhe des Ausgabebetrags der neuen Aktien tatsächlich nicht vorhanden gewesen, wofür die Beklagte aufgrund ihrer Fehlleistung einzustehen habe. Die ordentliche Revision sei zulässig, weil die maßgeblichen Rechtsfragen vom Obersten Gerichtshof noch nicht gelöst worden seien.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die dagegen erhobene Revision der Beklagten ist zulässig und mit ihrem Aufhebungsantrag berechtigt.

Vorweg ist festzuhalten, dass die Vorinstanzen den Inhalt des Berichts der Beklagten, aus dem die Klageforderung abgeleitet wird, nicht explizit festgestellt haben. Da die betreffende, im Verfahren vorgelegte Urkunde jedoch ihrem Inhalt nach unstrittig ist, ist sie der Entscheidung des Revisionsgerichts ohne weiteres zugrunde zu legen (vgl auch § 267 Abs 1 ZPO), wobei zum besseren Verständnis die wesentlichen Passagen bereits eingangs wiedergegeben wurden. Vorweg ist festzuhalten, dass die Vorinstanzen den Inhalt des Berichts der Beklagten, aus dem die



Klageforderung abgeleitet wird, nicht explizit festgestellt haben. Da die betreffende, im Verfahren vorgelegte Urkunde jedoch ihrem Inhalt nach unstrittig ist, ist sie der Entscheidung des Revisionsgerichts ohne weiteres zugrunde zu legen (vergleiche auch Paragraph 267, Absatz eins, ZPO), wobei zum besseren Verständnis die wesentlichen Passagen bereits eingangs wiedergegeben wurden.

Weiters ist vor auszuschicken, dass sich der erkennende Senat den wesentlichen Ausführungen der Vorinstanzen zur Frage der Zulässigkeit der Aufrechnung einer Einlageforderung der AG gegen Gegenforderungen des betreffenden Aktionärs sowie zu den Rechtsfolgen einer gesetzlich unzulässigen Aufrechnung grundsätzlich anschließt. Diese sind wie folgt zusammenzufassen:

Das Aktiengesetz kennt lediglich zwei Arten von Einlagen, nämlich Bareinlagen und Sacheinlagen, wobei Letztere auch in Forderungen bestehen können, die in das Vermögen der AG übertragen werden. Für die spezielle Konstellation, in der der AG zur Abgeltung der Einlageforderung zukommende Wert darin besteht, dass durch Aufrechnung eine Verbindlichkeit der AG gegenüber dem Aktionär erlischt, gibt es keine eigene gesetzliche „Einlagenkategorie“. Ist - wie hier - von vornherein die Aufbringung der Einlage des Aktionärs durch Aufrechnung mit einer diesem gegen die AG zustehenden Forderung vorgesehen, liegt zweifellos keine Bareinlage vor, weil ja kein Bargeld in die freie Verfügungsmöglichkeit des Vorstands gelangt. Eine solche Art der Kapitalaufbringung kann ebenso wie die Einbringung von Forderungen gegen Dritte in das Gesellschaftsvermögen nur als Sacheinlage behandelt werden (vgl. nur Doralt/Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 60 Rz 24; Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG4, § 60 Rz 20 ua). Da - anders als bei Bareinlagen - der tatsächliche Wert der eingebrachten Sache nicht feststeht, hat bei der Kapitalerhöhung mittels Sacheinlagen stets eine Prüfung gemäß § 150 Abs 3 AktG stattzufinden, für die die §§ 25 Abs 3 bis 5, 26, 27, 42 und 44 AktG sinngemäß anzuwenden sind. Handelt es sich bei der eingebrachten Sache um eine Forderung, hat sich diese Prüfung nicht darauf zu beschränken, ob die eingebrachte Forderung tatsächlich besteht, sondern ist darüber hinaus zu ermitteln, ob sie auch insoweit „vollwertig“ ist, als der Schuldner in der Lage ist, diese vollständig zu erfüllen. Im (hier zu beurteilenden) Fall der Aufrechnung bezieht sich die Vollwertigkeitsprüfung insoweit eben auch auf die (hypothetische) Zahlungsfähigkeit der AG bei einem Wegdenken der Aufrechnung, was sich aus dem aktienrechtlichen Gebot der realen Kapitalaufbringung, die insbesondere dem Gläubigerschutz dient, ergibt (vgl. dazu etwa Doralt/Winner aaO Rz 20; Artmann aaO Rz 13).

Das Aktiengesetz kennt lediglich zwei Arten von Einlagen, nämlich Bareinlagen und Sacheinlagen, wobei Letztere auch in Forderungen bestehen können, die in das Vermögen der AG übertragen werden. Für die spezielle Konstellation, in der der AG zur Abgeltung der Einlageforderung zukommende Wert darin besteht, dass durch Aufrechnung eine Verbindlichkeit der AG gegenüber dem Aktionär erlischt, gibt es keine eigene gesetzliche „Einlagenkategorie“. Ist - wie hier - von vornherein die Aufbringung der Einlage des Aktionärs durch Aufrechnung mit einer diesem gegen die AG zustehenden Forderung vorgesehen, liegt zweifellos keine Bareinlage vor, weil ja kein Bargeld in die freie Verfügungsmöglichkeit des Vorstands gelangt. Eine solche Art der Kapitalaufbringung kann ebenso wie die Einbringung von Forderungen gegen Dritte in das Gesellschaftsvermögen nur als Sacheinlage behandelt werden (vergleiche nur Doralt/Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, Paragraph 60, Rz 24; Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG4, Paragraph 60, Rz 20 ua). Da - anders als bei Bareinlagen - der tatsächliche Wert der eingebrachten Sache nicht feststeht, hat bei der Kapitalerhöhung mittels Sacheinlagen stets eine Prüfung gemäß Paragraph 150, Absatz 3, AktG stattzufinden, für die die Paragraphen 25, Absatz 3, bis 5, 26, 27, 42 und 44 AktG sinngemäß anzuwenden sind. Handelt es sich bei der eingebrachten Sache um eine Forderung, hat sich diese Prüfung nicht darauf zu beschränken, ob die eingebrachte Forderung tatsächlich besteht, sondern ist darüber hinaus zu ermitteln, ob sie auch insoweit „vollwertig“ ist, als der Schuldner in der Lage ist, diese vollständig zu erfüllen. Im (hier zu beurteilenden) Fall der Aufrechnung bezieht sich die Vollwertigkeitsprüfung insoweit eben auch auf die (hypothetische) Zahlungsfähigkeit der AG bei einem Wegdenken der Aufrechnung, was sich aus dem aktienrechtlichen Gebot der realen Kapitalaufbringung, die insbesondere dem Gläubigerschutz dient, ergibt (vergleiche dazu etwa Doralt/Winner aaO Rz 20; Artmann aaO Rz 13).

Die Vorinstanzen haben nun aus dem festgestellten Sachverhalt zutreffend die mangelnde Vollwertigkeit der Gegenforderung wegen des Fehlens der Zahlungsfähigkeit der AG - und damit die Unzulässigkeit der Aufrechnung - abgeleitet, was sie der Beklagten insoweit zum (haftungsbegründenden) Vorwurf gemacht haben, als diese in ihrem Bericht (auch) die Vollwertigkeit der Forderung der Muttergesellschaft gegen die AG und in weiterer Folge die Gesetzmäßigkeit der Kapitalerhöhung bestätigt hat. Sie haben jedoch übersehen, dass gemäß dem sinngemäß anzuwendenden § 25 Abs 3 AktG der Prüfer vom Gericht zu bestellen ist, dem es somit auch obliegt, einen klaren

Prüfungsauftrag zu erteilen, der dann vom Prüfer zu erfüllen ist. Dies ist im Revisionsverfahren im Rahmen der allseitigen rechtlichen Überprüfung (vgl nur Kodek in Rechberger3, § 503 ZPO Rz 27) aufzugreifen. Die Vorinstanzen haben nun aus dem festgestellten Sachverhalt zutreffend die mangelnde Vollwertigkeit der Gegenforderung wegen des Fehlens der Zahlungsfähigkeit der AG - und damit die Unzulässigkeit der Aufrechnung - abgeleitet, was sie der Beklagten insoweit zum (haftungsbegründenden) Vorwurf gemacht haben, als diese in ihrem Bericht (auch) die Vollwertigkeit der Forderung der Muttergesellschaft gegen die AG und in weiterer Folge die Gesetzmäßigkeit der Kapitalerhöhung bestätigt hat. Sie haben jedoch übersehen, dass gemäß dem sinngemäß anzuwendenden Paragraph 25, Absatz 3, AktG der Prüfer vom Gericht zu bestellen ist, dem es somit auch obliegt, einen klaren Prüfungsauftrag zu erteilen, der dann vom Prüfer zu erfüllen ist. Dies ist im Revisionsverfahren im Rahmen der allseitigen rechtlichen Überprüfung vergleiche nur Kodek in Rechberger3, Paragraph 503, ZPO Rz 27) aufzugreifen.

Im vorliegenden Fall hat das Gericht nicht nur einen vom Gesetz nicht vorgesehenen Prüfungsauftrag erteilt, sondern darüber hinaus auch den hier zu beurteilenden Prüfbericht akzeptiert, obwohl aus diesem klar ersichtlich war, dass die Prüfung eines wesentlichen Umstands unterblieben war. Auch ein im Ergebnis positiver Prüfbericht dürfte ja vom Gericht seiner Entscheidung nicht zugrunde gelegt werden, wenn er erkennbar unschlüssig oder unvollständig ist (vgl nur Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 151 Rz 22 mit Hinweis auf Nagele in Jabornegg/Strasser, AktG4, § 150 Rz 22). Damit stellt sich die Frage, ob die (objektive) Unrichtigkeit des Prüfergebnisses - gemessen an den Vorgaben des § 26 Abs 1 AktG - der Beklagten als schuldhaftes (und haftungsbegründendes) Fehlverhalten zuzurechnen ist, oder ob vielmehr die Verantwortung dafür, dass letztlich die Durchführung der Kapitalerhöhung zu Unrecht im Firmenbuch eingetragen wurde, das Gericht trifft. Im vorliegenden Fall hat das Gericht nicht nur einen vom Gesetz nicht vorgesehenen Prüfungsauftrag erteilt, sondern darüber hinaus auch den hier zu beurteilenden Prüfbericht akzeptiert, obwohl aus diesem klar ersichtlich war, dass die Prüfung eines wesentlichen Umstands unterblieben war. Auch ein im Ergebnis positiver Prüfbericht dürfte ja vom Gericht seiner Entscheidung nicht zugrunde gelegt werden, wenn er erkennbar unschlüssig oder unvollständig ist vergleiche nur Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, Paragraph 151, Rz 22 mit Hinweis auf Nagele in Jabornegg/Strasser, AktG4, Paragraph 150, Rz 22). Damit stellt sich die Frage, ob die (objektive) Unrichtigkeit des Prüfergebnisses - gemessen an den Vorgaben des Paragraph 26, Absatz eins, AktG - der Beklagten als schuldhaftes (und haftungsbegründendes) Fehlverhalten zuzurechnen ist, oder ob vielmehr die Verantwortung dafür, dass letztlich die Durchführung der Kapitalerhöhung zu Unrecht im Firmenbuch eingetragen wurde, das Gericht trifft.

Wie sich aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt, hat die Beklagte vorerst einen Bericht über die Prüfung einer Kapitalerhöhung durch Sacheinlage iSd § 150 AktG erstattet, da sie davon ausging, die (beabsichtigte) Kapitalerhöhung sei diesem Tatbestand zu unterstellen. Das Firmenbuchgericht gab jedoch bekannt, dass es diese Rechtsansicht nicht teile und bestellte die Beklagte schließlich zum „Gründungsprüfer gemäß § 25 AktG“ zum Zwecke der Prüfung der beabsichtigten „Kapitalerhöhung durch Kompensation gemäß § 60 AktG“. Dieser Prüfungsauftrag war vor allem deshalb unklar, weil das AktG eine „Kapitalerhöhung durch Kompensation gemäß § 60“ nicht kennt; die genannte Vorschrift enthält lediglich zwei Verbote, nämlich ein an die AG gerichtetes Erlassverbot sowie ein Aufrechnungsverbot für Aktionäre. Aus der Ablehnung der von der Beklagten ursprünglich vorgenommenen Prüfung nach den für die Kapitalerhöhung durch Sacheinlagen geltenden Regeln konnte die Beklagte den Schluss ziehen, dass ein solcher Prüfungsinhalt vom Gericht nicht gewünscht wurde. Entgegen dem Gerichtsauftrag war auch keine „Gründungsprüfung“ im eigentlichen Sinn vorzunehmen, ordnet doch § 150 Abs 3 AktG lediglich die „sinngemäße“ Geltung bestimmter die Gründungsprüfung betreffender Normen an. Wie sich aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt, hat die Beklagte vorerst einen Bericht über die Prüfung einer Kapitalerhöhung durch Sacheinlage iSd Paragraph 150, AktG erstattet, da sie davon ausging, die (beabsichtigte) Kapitalerhöhung sei diesem Tatbestand zu unterstellen. Das Firmenbuchgericht gab jedoch bekannt, dass es diese Rechtsansicht nicht teile und bestellte die Beklagte schließlich zum „Gründungsprüfer gemäß Paragraph 25, AktG“ zum Zwecke der Prüfung der beabsichtigten „Kapitalerhöhung durch Kompensation gemäß Paragraph 60, AktG“. Dieser Prüfungsauftrag war vor allem deshalb unklar, weil das AktG eine „Kapitalerhöhung durch Kompensation gemäß Paragraph 60“, nicht kennt; die genannte Vorschrift enthält lediglich zwei Verbote, nämlich ein an die AG gerichtetes Erlassverbot sowie ein Aufrechnungsverbot für Aktionäre. Aus der Ablehnung der von der Beklagten ursprünglich vorgenommenen Prüfung nach den für die Kapitalerhöhung durch Sacheinlagen geltenden Regeln konnte die Beklagte den Schluss ziehen, dass

ein solcher Prüfungsinhalt vom Gericht nicht gewünscht wurde. Entgegen dem Gerichtsauftrag war auch keine „Gründungsprüfung“ im eigentlichen Sinn vorzunehmen, ordnet doch Paragraph 150, Absatz 3, AktG lediglich die „sinngemäße“ Geltung bestimmter die Gründungsprüfung betreffender Normen an.

Auch wenn es zutrifft, dass in einem solchen Fall grundsätzlich eine Verpflichtung des Prüfers besteht, beim Firmenbuchgericht rückzufragen und einen klareren Prüfungsauftrag einzufordern, kann doch im hier zu beurteilenden konkreten Fall nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass das Gericht eine Prüfung der Vollwertigkeit der Forderung der Muttergesellschaft im Sinne einer Beurteilung der Zahlungsfähigkeit der AG verlangt hätte. Auch wenn die Beklagte in ihrem Bericht die Vollwertigkeit der Gegenforderung als „demnach“ gegeben bezeichnet hat, war doch aus dem erstatteten Bericht auch für das Firmenbuchgericht ganz eindeutig ersichtlich, dass sie sich mit der Frage der Zahlungsfähigkeit der AG und der hypothetischen Einbringlichkeit überhaupt nicht auseinandergesetzt hat. Dieser Aspekt war von der Beklagten offenbar zur Erfüllung ihres Auftrags auf Prüfung der beabsichtigten „Kapitalerhöhung durch Kompensation gemäß § 60“ für unerheblich gehalten worden. Ob auch das Firmenbuchgericht, das einerseits schon im Vorfeld geäußert hatte, eine Prüfung nach den für Sacheinlagen geltenden Kriterien abzulehnen, und vor allem nach Vorliegen des Berichts und trotz offenkundigen Übergehens des Kriteriums der Zahlungsfähigkeit die Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung im Firmenbuch bewilligt hat, dieselbe Rechtsansicht vertreten hat, wurde bisher nicht erörtert. Im Falle eines entsprechenden Prozessvorbringens wird im fortzusetzenden Verfahren zu prüfen sein, ob eine Rückfrage durch die Beklagte, was denn genau geprüft werden soll, wenn eine Prüfung nach Sacheinlagengrundsätzen nicht gewünscht wird, dazu geführt hätte, dass das Firmenbuchgericht ihr aufgetragen hätte, doch eine Prüfung nach den für Sacheinlagen geltenden Vorschriften - und damit auch die Prüfung der (hypothetischen) Einbringlichkeit der Gegenforderung - vorzunehmen. Hätte das Gericht hingegen zu erkennen gegeben, dass im Rahmen des erteilten Prüfungsauftrags die finanzielle Situation der AG nicht beurteilt werden soll, käme eine Haftung der Beklagten nicht in Betracht. Die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass das Firmenbuchgericht bei entsprechender Rückfrage einen solchen, dem Gesetz nicht entsprechenden Auftrag erteilt hätte, trifft die Beklagte. Auch wenn es zutrifft, dass in einem solchen Fall grundsätzlich eine Verpflichtung des Prüfers besteht, beim Firmenbuchgericht rückzufragen und einen klareren Prüfungsauftrag einzufordern, kann doch im hier zu beurteilenden konkreten Fall nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass das Gericht eine Prüfung der Vollwertigkeit der Forderung der Muttergesellschaft im Sinne einer Beurteilung der Zahlungsfähigkeit der AG verlangt hätte. Auch wenn die Beklagte in ihrem Bericht die Vollwertigkeit der Gegenforderung als „demnach“ gegeben bezeichnet hat, war doch aus dem erstatteten Bericht auch für das Firmenbuchgericht ganz eindeutig ersichtlich, dass sie sich mit der Frage der Zahlungsfähigkeit der AG und der hypothetischen Einbringlichkeit überhaupt nicht auseinandergesetzt hat. Dieser Aspekt war von der Beklagten offenbar zur Erfüllung ihres Auftrags auf Prüfung der beabsichtigten „Kapitalerhöhung durch Kompensation gemäß Paragraph 60“, für unerheblich gehalten worden. Ob auch das Firmenbuchgericht, das einerseits schon im Vorfeld geäußert hatte, eine Prüfung nach den für Sacheinlagen geltenden Kriterien abzulehnen, und vor allem nach Vorliegen des Berichts und trotz offenkundigen Übergehens des Kriteriums der Zahlungsfähigkeit die Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung im Firmenbuch bewilligt hat, dieselbe Rechtsansicht vertreten hat, wurde bisher nicht erörtert. Im Falle eines entsprechenden Prozessvorbringens wird im fortzusetzenden Verfahren zu prüfen sein, ob eine Rückfrage durch die Beklagte, was denn genau geprüft werden soll, wenn eine Prüfung nach Sacheinlagengrundsätzen nicht gewünscht wird, dazu geführt hätte, dass das Firmenbuchgericht ihr aufgetragen hätte, doch eine Prüfung nach den für Sacheinlagen geltenden Vorschriften - und damit auch die Prüfung der (hypothetischen) Einbringlichkeit der Gegenforderung - vorzunehmen. Hätte das Gericht hingegen zu erkennen gegeben, dass im Rahmen des erteilten Prüfungsauftrags die finanzielle Situation der AG nicht beurteilt werden soll, käme eine Haftung der Beklagten nicht in Betracht. Die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass das Firmenbuchgericht bei entsprechender Rückfrage einen solchen, dem Gesetz nicht entsprechenden Auftrag erteilt hätte, trifft die Beklagte.

Sollte ein Fehlverhalten der Beklagten im oben aufgezeigten Sinn zu bejahen sein, ist eine weitere Verfahrensergänzung erforderlich:

Soweit der Kläger im erstinstanzlichen Verfahren weiters vorgebracht hat, die Beklagte habe in ihrem Prüfbericht unrichtigerweise nicht berücksichtigt, dass für einen Teilbetrag von 26,000.000 ATS die Leistungen der Muttergesellschaft an die AG zum Zeitpunkt der Kapitalerhöhung noch gar nicht erbracht gewesen seien, erübrigt sich

allerdings insoweit mangels Rechtserheblichkeit dieses Vorbringens eine Verfahrensergänzung. Die Frage, ob und inwieweit eine Forderung tatsächlich besteht (und fällig ist), hängt zwar häufig - jedoch keineswegs immer - von der bereits erbrachten Gegenleistung ab. Primär ist stets die jeweilige Vereinbarung der Vertragsparteien entscheidend, die durchaus auch eine Vorleistungspflicht vorsehen kann. Im vorliegenden Fall hat die Beklagte in ihrem Prüfbericht ausgeführt, dass die - der durch Aufrechnung zu tilgenden Gegenforderung entsprechende - Anzahlungsrechnung vollinhaltlich einem bestimmten Punkt des Generalunternehmervertrags entspreche und innerhalb von 30 Tagen zu bezahlen sei. Dass diese Beurteilung unrichtig wäre, hat der Kläger nie behauptet; er ist auf das erörterte Vorbringen im Rechtsmittelverfahren auch nicht mehr zurückgekommen. Entsprechendes gilt für die Behauptung, die Rechnungsforderung sei überhöht gewesen und hätte einem Drittvergleich nicht standgehalten. Entscheidend ist allein, dass die Forderung dem Vertrag entsprechend berechnet wurde, was vom Kläger nicht in Zweifel gezogen wird. Auch wenn die AG allenfalls eine ungünstige Entgeltvereinbarung getroffen haben sollte, war eine dem Vertrag entsprechende Verbindlichkeit in ihrem Vermögen entstanden, die beglichen werden musste.

Damit ist auf die Frage einzugehen, ob die Beklagte im vorliegenden Fall - was die Vorinstanzen verneint haben - einwenden kann, am maßgeblichen Sachverhalt hätte sich auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten nichts geändert, weshalb es an der Kausalität ihres Fehlverhaltens mangle. Die Beklagte hatte insoweit eingewandt, der AG wäre der im Rahmen der Kapitalerhöhung erwartete (volle) Vermögenszuwachs auch dann nicht zugekommen, wenn die Beklagte auf die mangelnde Vollwertigkeit der Werklohnforderung der Muttergesellschaft aufmerksam gemacht hätte; dann wäre die Kapitalerhöhung vielmehr rückgängig gemacht worden und der AG überhaupt kein zusätzliches Kapital zugeflossen.

Das Berufungsgericht hat dazu - schon im ersten Rechtsgang (ON 58) - die (für das Erstgericht bindende) Rechtsansicht vertreten, der Oberste Gerichtshof habe für den durchaus vergleichbaren Fall der Haftung der Bank für eine im Sinn des § 10 Abs 3 GmbHG (unrichtig) ausgestellte Bestätigung über die freie Verfügungsmacht des Geschäftsfü

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)