

110

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

AktG 1965 §§ 9, 27, 34, 46, 49

- a) Ein Gründungsprüfer, der Sacheinlagen fahrlässig überbewertet hat, kann einem hierauf gestützten Schadensersatzanspruch nicht entgegenhalten, die Gesellschaft wäre bei richtiger Bewertung gar nicht entstanden.
- b) Ein Gründer, dessen Sacheinlage in der Satzung erheblich überbewertet ist, muß der Gesellschaft - unabhängig von einer etwaigen Haftung nach § 46 AktG - den Unterschied zum Aktiennennbetrag in bar nachzahlen.
- c) Soweit gegen einen Gründer ein solcher Nachzahlungsanspruch besteht und liquide ist, entfällt ein vom Gründungsprüfer zu ersetzender Schaden, der darin zu sehen wäre, daß die Gesellschaft infolge der Überbewertung der Sacheinlage mit einem zu geringen Grundkapital ins Leben getreten ist und deshalb Verbindlichkeiten nicht erfüllen kann.
- d) Ein Gründungsprüfer hat im allgemeinen weder die persönliche Eignung von Vorstandsmitgliedern noch die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des Unternehmens noch die Tauglichkeit eines von diesem auszuwertenden technischen Verfahrens zu beurteilen. Hängt aber von der Brauchbarkeit eines solchen Verfahrens die richtige Bewertung einer Sacheinlage ab und mußte sich ihm bei sorgfältiger Durchführung seiner Aufgabe die Erkenntnis der Unzulänglichkeit des Verfahrens aufdrängen, so muß er die Gesellschaft darauf hinweisen. Gegenüber einem auf die Verletzung dieser Hinweispflicht gestützten Schadensersatzanspruch kann er sich aber gegebenenfalls auf ein nach der Eintragung liegendes Mitverschulden des Vorstands berufen.

BGH, Urt. v. 27. Februar 1975 - II ZR 111/72 - OLG Hamm
LG Münster

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 111/72

URTEIL

Verkündet am

27. Februar 1975

Kaufmann,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der I [REDACTED] Kunststoffwerk AG, I [REDACTED],
vertreten durch den gerichtlich bestellten Abwickler,
Rechtsanwalt und Notar Hans K [REDACTED], I [REDACTED],
M [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. Dr. [REDACTED]
und Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

den Wirtschaftsprüfer Willi I h [REDACTED], Le [REDACTED] [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 18. November 1974
durch den Vorsitzenden Richter Stimpel und die Richter
Dr. Schulze, Fleck, Dr. Bauer und Dr. Tidow

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das
Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandes-
gerichts Hamm vom 18. Mai 1972 im Kosten-
punkt und insoweit aufgehoben, als die
Schadensersatzforderung der Klägerin wegen
der Notvorstands- und Notaufsichtsrats-
vergütungen sowie wegen der Ansprüche der
Kunststoffhandlung Ke- KG abgewiesen
worden ist. In diesem Umfang wird die Sache
zur anderweiten Verhandlung und Entschei-
dung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

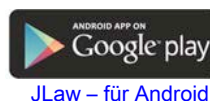
Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Die Kosten der Revisionsinstanz fallen zu 3/10
der Klägerin zur Last. Im übrigen bleibt die
Kostenentscheidung dem Berufungsgericht vor-
behalten.

Von Rechts wegen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Tatbestand:

Die klagende Aktiengesellschaft, die sich nach Ablehnung der Konkursöffnung mangels Masse in Liquidation befindet, nimmt den Beklagten als Gründungsprüfer auf Schadensersatz in Anspruch.

Die Klägerin wurde am 27. September 1966 durch die Bankiers Dr. Jack R. [REDACTED] und Harry R. [REDACTED], die in Z. [REDACTED] ein Bankgeschäft betrieben, den zum alleinigen Vorstand der Klägerin bestellten Fabrikanten Ri. [REDACTED] aus Z. [REDACTED] und zwei weitere Personen als Unternehmen zur Herstellung und zum Vertrieb von Kunststoffen aller Art mit einem Grundkapital von 20 Mio. DM gegründet. Der Gründer Ri. [REDACTED] hatte 1 Mio. DM in bar einzubringen, während die übrigen vier Gründer als Sacheinlagen Schuldverschreibungen der "Et. [REDACTED] In. [REDACTED] V. [REDACTED]" im Nennbetrage von insgesamt 19 Mio. DM leisten und für je 1.000 DM Schuldverschreibung eine Aktie im gleichen Betrag erhalten sollten.

Die zum 15. November 1966 ausgestellten, von Ri. [REDACTED] als Verwaltungsrat unterzeichneten Schuldverschreibungen waren mit 6 % zu verzinsen und einschließlich der Zinsen bis zum 31. Dezember 1971 dadurch zu tilgen, daß die Ausstellerin dem Inhaber nach ihrer Wahl entweder Kunststoffabfälle "ohne Garantie und Nachwährschaft für Beschaffenheit und Qualität, nach branchenüblichen Usancen" zu Tagesmarktpreisen oder Kunststoff-Fertigprodukte, aus ihrem Lieferungsprogramm aus Regenerat hergestellt (wie Rohre, Eimer, Stangen usw.), ebenfalls "ohne Garantie und Nachwährschaft", zu ihren Listenpreisen zur Verfügung zu

stellen hatte. Es sollten deutsches Recht gelten und Gerichtsstand der deutsche Sitz der Klägerin sein. Eine zwischen der "Et [REDACTED] In [REDACTED]" und Dr. Jack R [REDACTED] getroffene Vereinbarung sieht "für alle Streitigkeiten, die sich aus der Bewertung des jeweiligen Tilgungs-Gegenwertes ("Tagesmarktpreise") ergeben", die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts vor. Für die Erfüllung der Schuldverschreibungen verbürgte sich die K [REDACTED] AG in St [REDACTED], ein Unternehmen, dessen Inhaber Pa [REDACTED] ein Verfahren zur Herstellung neuer Kunststoffware aus Kunststoffabfällen entwickelt hatte und das auch die "Et [REDACTED] In [REDACTED]" belieferte.

Der am 20. Januar 1967 zum Gründungsprüfer bestellt, Beklagte erstattete unter dem 28. Februar 1967 seinen Gründungsbericht, nachdem er sich mit den Verhältnissen der "Et [REDACTED] In [REDACTED]" wie auch der K [REDACTED] AG befaßt, deren Status aber nicht geprüft hatte. Er kam zu dem Ergebnis, der Wert der Sacheinlagen entspreche dem Nennwert der dafür an die Gründer ausgegebenen Aktien. Daraufhin wurde die Klägerin am 20. März 1967 in das Handelsregister eingetragen.

Im Mai und Juni 1967 legten sämtliche Aufsichtsratsmitglieder der Klägerin und anschließend auch ihr Alleinvorstand Ri [REDACTED] ihre Ämter nieder. Das Amtsgericht bestellt einen Notaufsichtsrat und einen Notvorstand, der bald danach Konkursantrag stellte.

Die Klägerin wirft dem Beklagten vor, er habe den Wert der Schuldverschreibungen nicht sorgfältig genug geprüft. Insbesondere habe er es versäumt, die Tauglichkeit

des Verfahrens zur Regeneration von Kunststoffabfällen und die Brauchbarkeit nach diesem Verfahren hergestellter Ware, die von der "Et [REDACTED] In [REDACTED]" zu einem weit übersetzten Rechnungsbetrag von mehreren Millionen D-Mark bereits nach Br [REDACTED] ausgeliefert worden und zum Teil "fast unverkäuflicher Schund" gewesen sei, zu untersuchen. Auch habe er sich nur unzureichend mit den Verhältnissen der "Et [REDACTED] In [REDACTED]" und der K [REDACTED] AG befaßt und verkannt, daß der Vorstand Ri [REDACTED] schon wegen der in seiner Person bestehenden Interessenkollision für sein Amt ungeeignet gewesen sei. Bei genügender Sorgfalt hätte er die Wertlosigkeit der Schuldverschreibungen, die geringe Bedeutung der dahinter stehenden Betriebe, die organisatorischen und personellen Mängel des Unternehmens und die Schwäche seiner Gesamtplanung erkennen und in seinem Prüfungsbericht beanstanden müssen.

Mit ihrem hieraus hergeleiteten Schadensersatzanspruch hat die Klägerin bis zu einem Gesamtbetrag von 500.000 DM unter anderem Notvorstands- und Notaufsichtsratsvergütungen mit 78.800,40 DM zuzüglich noch anfallender Gebühren von 10.000 bis 20.000 DM, 30.472,60 DM Eintragungskosten sowie 125.000 DM angezahlte Kapitalverkehrssteuer geltend gemacht und dem Beklagten außerdem zur Last gelegt, daß die Kunststoffhandlung Ke [REDACTED] KG Schadensersatzforderungen aus nicht durchgeführten Verträgen gegen sie erhoben habe, die in Höhe von 150.000 bis 200.000 DM gerechtfertigt seien. Die Klägerin hat beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 500.000 DM mit Zinsen zu verurteilen.

Der Beklagte hat bestritten, sich unsorgfältig verhalten zu haben, und geltend gemacht, der wirkliche Grund für den Zusammenbruch der Klägerin liege in dem spekulativen Charakter ihrer Gründung. Die Gründer hätten nämlich von vornherein die Aktien der Klägerin alsbald mit Gewinn an die Preußag weiter veräußern wollen. Als das fehlgeschlagen sei, hätten sie die Klägerin einfach fallenlassen. Das Vorgehen gegen ihn verstoße gegen Treu und Glauben, weil die allein geschädigten Bankiers R. damit nur die Folgen ihrer verfehlten Spekulation auf ihn abwälzen wollten.

Das Landgericht hat die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, soweit die Klägerin Schadensersatz wegen der Notvorstands- und Notaufsichtsratsgebühren fordert, und sie im übrigen abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und auf die Berufung des Beklagten die Klage ganz abgewiesen. Mit der Revision, die der Beklagte zurückzuweisen beantragt, verfolgt die Klägerin ihren Schadensersatzanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß der Beklagte seine Pflichten als Gründungsprüfer schuldhaft verletzt habe. Zwar sei es nicht seine Aufgabe gewesen, die Zuverlässigkeit und Eignung der Beteiligten, insbesondere des Alleinvorstands R., oder die technische Durchführbarkeit der von der Klägerin geplanten Produktion zu prüfen. Der

Beklagte habe aber nicht gewissenhaft genug untersucht, ob der Wert der als Sacheinlagen vereinbarten Schuldverschreibungen den Nennbetrag der dafür zu gewährenden Aktien erreicht habe (§ 34 Abs. 1 Nr. 2 AktG). Offensichtlich sei dies bei weitem nicht der Fall gewesen. Die Schuldverschreibungen hätten einen erst in knapp fünf Jahren fälligen Darlehensanspruch verbrieft, dessen Verzinsung mit 6 % verhältnismäßig bescheiden und auch erst Ende 1971 fällig gewesen sei. Überdies hätten sie dem Inhaber nur einen Anspruch auf gewisse Warenlieferungen nach Wahl der Schuldnerin und zu ungünstigen Bedingungen gegeben. Es sei unvorstellbar, daß ein Kaufmann auch nur eine der Schuldverschreibungen zum Preis von 1 Mio. DM übernommen hätte, um dafür in knapp fünf Jahren irgendwelche Kunststoffabfälle zum "Tagesmarktpreis" von 1 Mio. DM zuzüglich 6 % Jahreszinsen zu erhalten; bei einem Gesamtbetrag von 19 Mio. DM hätte sich kaum ein Unternehmen finden lassen, das auch nur die Hälfte dieses Betrages zu zahlen bereit gewesen wäre. Hinzu komme die unzureichende Sicherung der Ansprüche. Die Bürgschaft der K. AG sei von zweifelhaftem Wert gewesen, da der Beklagte den ihm vorgelegten Status nicht geprüft habe. Schließlich hätten auch hinsichtlich der Gewährleistungsansprüche zumindest Unklarheiten bestanden, die den Wert des Anspruchs gemindert hätten. Indem der Beklagte alle diese auf der Hand liegenden Gesichtspunkte übersehen habe, habe er durch die Bewertung der Schuldverschreibungen zum Nennwert seine Pflicht zur gewissenhaften Gründungsprüfung fahrlässig verletzt.

Diese einleuchtende, im wesentlichen auf den un-
streitigen Sachverhalt gestützte tatrichterliche Beur-
teilung greift die Revisionserwiderung mit Verfahrensrügen an. Die Rügen sind unbegründet, wie nicht weiter
ausgeführt zu werden braucht (Art. 1 Nr. 4 BGHEntlG).

II. Gleichwohl verneint das Berufungsgericht einen
Schadensersatzanspruch der Klägerin gemäß §§ 49, 168 AktG,
weil die Klägerin nicht dargetan habe, daß ihr durch die
Pflichtverletzung des Beklagten ein Schaden entstanden
sei.

1. Dem ist hinsichtlich der Kosten für die Handels-
registereintragung und der Kapitalverkehrssteuer zuzu-
stimmen. Insoweit greift die Erwägung des Berufungs-
gerichts durch, daß diese Kosten nach § 28 der Satzung
der Klägerin nicht zu ihren Lasten, sondern zu Lasten
der Gründergesellschaft gegangen sind. Die Klägerin hat
auch nicht vorgetragen, daß sie die Kosten und Steuern
tatsächlich bezahlt habe. Nach ihrer Darstellung haben
vielmehr die beiden Gründer Reiss sie "vorgestreckt"
(Schriftsätze v. 5. 11. 1970 S. 11; v. 7. 12. 1970 S. 2;
v. 7. 12. 1971 S. 3/4). Ein etwaiger (anteiliger) Er-
stattungsanspruch wegen dieses Gründungsaufwands kann
allenfalls gegenüber den Mitgründern, aber nicht gegenüber
der Klägerin bestehen.

2. Zu den Notvorstands- und Notaufsichtsratsgebühren
meint das Berufungsgericht, aus diesen Aufwendungen könne
die Klägerin ebenfalls keinen Schadensersatzanspruch gegen
den Beklagten herleiten. Hätte der Beklagte nämlich die

Schuldverschreibungen als wertlos bezeichnet, wäre die Klägerin mangels Eintragung nicht entstanden; in diesem Fall. würde sie ihre Entstehung der Pflichtverletzung des Beklagten verdanken. Hätte der Beklagte die Schuldverschreibungen niedriger bewertet, so wäre die Klägerin entweder nicht entstanden, oder ihr Grundkapital wäre niedriger festgesetzt worden. Daß die Entwicklung im letzteren Fall anders als geschehen verlaufen wäre, sei nicht dargetan.

Diese Ausführungen sind rechtlich nicht haltbar.

a) Durch die Haftungsvorschriften der §§ 46 - 49 AktG, die den Rechtsverkehr vor Gründungsschwindel und dessen Folgen schützen, hat der Gesetzgeber die Möglichkeit einer Schädigung der Aktiengesellschaft gerade auch für den Fall anerkannt, daß sie zu dem Zeitpunkt, in dem der haftungsbegründende Tatbestand durch eine Verfehlung erfüllt wird, noch nicht besteht (v. Godin/Wilhelmi, AktG 4. Aufl. Vorbem. zu §§ 46 - 49 Anm. 1). Diese Regelung wäre weitgehend entwertet, wenn sich ein Gründungsprüfer, durch dessen Nachlässigkeit die Gesellschaft einen Vermögensnachteil erlitten hat, damit verteidigen könnte, die Gesellschaft "verdanke" seiner Pflichtverletzung ihre Entstehung und könne ihn deshalb nicht auf Schadensersatz in Anspruch nehmen. Denn bei einer fehlerhaften Bewertung von Sacheinlagen, wie sie für die Haftung des Prüfers oder anderer Personen in der Praxis eine besonders große Rolle spielen kann und auch hier in Frage steht, wird es sich vielfach so verhalten, daß bei richtiger Bewertung die Gründung gescheitert wäre. In einem solchen

Fall die Verantwortlichen von ihrer Haftung freizustellen, widerspräche dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung, die, wie die Haftungsvorschriften der §§ 46 ff AktG insgesamt (vgl. zur Gründerhaftung: Barz in Großkomm. AktG 3. Aufl. § 46 Anm. 2; zur Haftung des Aufsichtsrats: RGZ 144, 348, 356), die Aufbringung und Erhaltung des satzungsmäßigen Grundkapitals sichern soll.

b) Das Berufungsgericht bezweifelt allerdings, daß die fehlerhafte Bewertung der Waren-Schuldverschreibungen die Entwicklung der Klägerin nach deren Eintragung überhaupt beeinflußt habe. Trotz gerichtlicher Auflage habe die Klägerin einen solchen Einfluß nicht dargetan, sondern im ersten Rechtszug ihr Scheitern im wesentlichen auf die Mängel des Pa[REDACTED]-Verfahrens zurückgeführt, das nicht im Verantwortungsbereich des Beklagten liege.

Damit sind jedoch die nach dem Sachverhalt gegebenen Möglichkeiten einer vom Beklagten verursachten Schädigung der Klägerin nicht erschöpfend erörtert.

aa) Ein vom Beklagten zu vertretender Schaden könnte zunächst darin zu sehen sein, daß der Klägerin über die Vergütungen für ihre ordentlichen Organe hinaus, die sie auch bei normaler Entwicklung hätte zahlen müssen, infolge der Bestellung von Notorganen zusätzliche Aufwendungen entstanden sind. Eine weitere Voraussetzung wäre hierbei, daß es bei pflichtgemäßem Verhalten des Beklagten nicht zum Rücktritt von Vorstand und Aufsichtsrat gekommen wäre, was namentlich dann der Fall wäre,

wenn der Grund für den Rücktritt gerade in der Erkenntnis gelegen hätte, daß die eingebrachten Schuldverschreibungen zu hoch bewertet waren. Hierzu ist freilich bislang nichts vorgetragen.

bb) Weiterhin könnte aber eine Schädigung der Klägerin durch den Beklagten, dem eigentlichen Zweck der Haftungsvorschriften entsprechend (vgl. RGZ 144, 348, 356), vor allem auch dann vorliegen, wenn die Gesellschaft mit einem unzureichenden Kapital ins Leben getreten und infolgedessen außerstande gewesen wäre, die mit der Klage geltend gemachten Kosten aus eigenen Mitteln - einschließlich des Erlöses aus einer etwa möglichen Verwertung der Sacheinlagen - aufzubringen. Unter diesem materiellrechtlichen Gesichtspunkt hat das Berufungsgericht den Sachverhalt nicht geprüft. Das Urteil kann daher in diesem Punkt nicht bestehen bleiben. Es bedarf hierzu einer erneuten Erörterung mit den Parteien, die damit auch Gelegenheit haben werden, ihren Vortrag im Hinblick auf die insoweit wohl bisher nicht klar erkannte Rechtslage zu ergänzen.

3. Das Berufungsgericht sieht auch keinen ursächlichen Zusammenhang zwischen den Versäumnissen des Beklagten und den Ersatzansprüchen, die nach dem Vortrag der Klägerin die Kunststoffhandlung Ke[REDACTED] KG aus nicht erfüllten Verträgen gegen sie erhoben hat. Für den Abschluß dieser Verträge habe die Klägerin allein einzustehen. Mit der Falschbewertung der Schuldverschreibungen habe er nicht erkennbar zu tun.

Auch diese Begründung trägt insoweit nicht die Abweisung der Klage.

a) Richtig ist allerdings, daß die Prüfungs- und Berichtspflicht des Beklagten weder die richtige Auswahl noch die kaufmännische Tätigkeit des Vorstands umfaßte. Das erstere folgt entgegen der Auffassung der Revision schon daraus, daß § 38 AktG keine Handhabe bietet, die Eintragung der Gesellschaft von der Bestellung eines anderen Vorstands abhängig zu machen.

b) Das Berufungsgericht hätte aber auch hier unter dem Gesichtspunkt, daß die Haftungsvorschrift des § 49 AktG vor allem der Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals dienen will, erörtern müssen, ob die Klägerin infolge zu schmaler Kapitalgrundlage berechnigte Ersatzansprüche der Ke[REDACTED] KG nicht aus eigener Kraft erfüllen kann. Einen solchen Schaden hätte der Beklagte unter Umständen zu vertreten.

c) Darüber hinaus bot der Sachverhalt Anlaß zu prüfen, ob schon die Nichterfüllung der Verträge mit Ke[REDACTED] (auch) auf die unzulängliche Kapitalausstattung zurückzuführen ist; daß diese - neben den Mängeln des Pa[REDACTED]-Verfahrens - für den Zusammenbruch des Unternehmens ursächlich gewesen sei, hat die Klägerin insbesondere in der Berufungsbegründung (S. 3, 11, 12) vorgetragen. Nach ihrer Darstellung (vgl. insbesondere den Schriftsatz vom 5. 11. 1970 S. 7 ff) beruhen die Forderungen der Ke[REDACTED] KG darauf, daß die Klägerin

umfangreiche und langfristige Abnahmeverpflichtungen, die sie gegenüber Keining eingegangen war, nicht einhalten konnte.

Freilich könnte die Klägerin den Beklagten für einen Mangel an flüssigem Anfangskapital insoweit nicht verantwortlich machen, als dieser Mangel darauf zurückzuführen sein sollte, daß ihre Satzung eine im Verhältnis zum Gesamtkapital und den Sacheinlagen zu geringe Erstaussstattung mit Barkapital vorsieht. Denn ein Gründungsprüfer hat nach §§ 32 ff AktG nur den "Hergang der Gründung", aber ebenso wie das Registergericht, für dessen Entscheidung über die Eintragung sein Bericht die Grundlage bildet, grundsätzlich nicht die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des Unternehmens zu untersuchen (Barz aaO § 38 Anm. 5; Kraft in Kölner Komm. z. AktG § 38 Anm. 5). Eine Haftung des Beklagten käme aber in Betracht, soweit ein Mangel an flüssigen Mitteln zur Erfüllung der Verträge mit Keining darauf zurückzuführen sein sollte, daß die als Sacheinlage eingebrachten Warenschuldverschreibungen als Quelle laufender Einkünfte oder auch als Kreditgrundlage wesentlich hinter dem zurückblieben, was nach ihrer vom Beklagten bestätigten Bewertung in der Satzung zu erwarten war.

d) Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob der Beklagte gehalten war, die in Br[REDACTED] liegende, nach dem Pa[REDACTED]-Verfahren hergestellte Kunststoffware auf ihre Brauchbarkeit und ihren Wert zu untersuchen. Diese Frage könnte für eine Haftung des Beklagten nach § 49 AktG

ebenfalls erheblich sein. Zwar ist es richtig, daß die Verpflichtung des Beklagten, den Hergang der Gründung und namentlich die Bewertung der Sacheinlagen zu überprüfen (§§ 32 ff, § 34 Abs. 1 Satz 2 AktG), nicht unmittelbar auch die technische Tauglichkeit des Pa[REDACTED]-Verfahrens umfaßte, das die Klägerin für ihre Produktion auswerten wollte. Gleichwohl könnte dem Beklagten ein schuldhaftes Versäumnis vorzuwerfen sein, wenn sich ihm bei pflichtgemäßer Durchführung seines Prüfungsauftrags die Erkenntnis hätte aufdrängen müssen, das Verfahren entspreche technisch nicht den Erwartungen der Klägerin. In diesem Fall hätte er die Klägerin hierauf hinweisen müssen (vgl. zur Warnpflicht eines Abschlußprüfers bei erkannter Gefährdung der Gesellschaft: BGHZ 16, 17, 24 ff).

Die Eignung des genannten Verfahrens für eine wirtschaftlich lohnende Produktion stand hier im engen Zusammenhang mit den vom Beklagten zu bewertenden Warenschuldverschreibungen, die, wirtschaftlich gesehen, Lieferverpflichtungen der "Et[REDACTED] In[REDACTED]" verkörperten. Der Beklagte mußte daher, um den Wert der Sacheinlagen richtig beurteilen zu können, im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren auch die Qualität der an die Klägerin zu liefernden Waren in seine Untersuchungen einbeziehen. Hierfür bot sich ihm eine gute Gelegenheit, wenn es zutreffen sollte, daß die in Br[REDACTED] liegenden Kunststofferzeugnisse mit einem Rechnungsbetrag von rd. 10 Mio. DM teilweise schon auf die Schuldverschreibungen geliefert worden waren und der Beklagte hiervon gewußt hat. Hätte der Beklagte diese Gelegenheit genutzt, die

Minderwertigkeit der Ware festgestellt und den Vorstand der Klägerin hiervon unterrichtet, so hätte diese sich möglicherweise nicht oder nicht in diesem Ausmaß gegenüber Keining vertraglich gebunden.

Soweit dem Beklagten unter diesem Gesichtspunkt eine für die Ersatzansprüche der Ke[REDACTED] KG ursächliche Pflichtverletzung zur Last fallen sollte, wäre allerdings an eine Anwendung des § 254 BGB zu Lasten der Klägerin wegen Mitverschuldens ihres Vorstands zu denken. Zwar kann sich ein nach § 49 AktG in Anspruch genommener Prüfer nach der zutreffenden Auffassung des Berufungsgerichts im allgemeinen nicht damit entlasten, daß die Gründer oder Organe der Gesellschaft ebenfalls ein Verschulden treffe; seine Aufgabe besteht ja gerade in erster Linie darin, die Angaben der Gründer, des Vorstands und des Aufsichtsrats zu überprüfen. Er haftet vielmehr gesamtschuldnerisch (§ 49 mit § 168 Abs. 1 Satz 4 AktG) und kann sich lediglich nach § 426 BGB bei mitverantwortlichen Personen schadlos halten, möglicherweise auch, soweit Gesellschaftsorgane nach der Eintragung ihre Schadenminderungspflicht verletzt haben, ein Mitverschulden gemäß § 254 Abs. 2 BGB geltend machen (vgl. RGZ 154, 276, 286, 290; Barz aaO § 46 Anm. 8, § 49 Anm. 12; Kraft aaO § 46 Anm. 24, § 49 Anm. 22 m. w. N.).

Das gilt aber nur, soweit eine mangelhafte Durchführung der eigentlichen Prüfungsaufgabe und deren unmittelbare Folgen für die Gesellschaft infrage stehen.

Hier geht es dagegen um die Verletzung einer Hinweispflicht, die sich mittelbar im Zusammenhang mit der Gründungsprüfung ergeben haben könnte. Insoweit bestehen gegen eine uneingeschränkte Anwendung des § 254 BGB jedenfalls dann keine Bedenken, wenn das Mitverschulden des Vorstands in einem Verhalten nach der Eintragung der Gesellschaft liegt, wie es hier nach dem Vortrag der Klägerin der Fall wäre (vgl. RGZ 154, 276, 286 f).

e) Das Berufungsurteil läßt sich daher auch in diesem Punkt mit der bisherigen Begründung nicht halten.

III. Soweit hiernach eine Haftung des Beklagten unter dem Gesichtspunkt der unzulänglichen Kapitalausstattung in Betracht zu ziehen ist, wird freilich zu beachten sein, daß ein vom Beklagten zu ersetzender Schaden von vornherein in dem Umfang entfällt, in dem der Klägerin liquide Nachzahlungsansprüche gegen die Gründer zustehen, aus denen sie die von ihr geltend gemachten Aufwendungen hätte bestreiten können. Ist eine Sacheinlage, wie hier nach den Feststellungen des Berufungsgerichts, erheblich überbewertet, so hat der betreffende Gründer ähnlich wie bei Mängeln des Einbringungsvertrags oder nicht ordnungsmäßiger Festsetzung in der Satzung (§ 27 Abs. 1 u. 2 AktG) und unabhängig von einer etwaigen Haftung nach § 46 AktG den Unterschied zwischen dem Wert der Einlage und dem Aktiennennbetrag in bar nachzuzahlen; insofern enthält das Sacheinlageversprechen zugleich eine Kapitaldeckungszusage. Das folgt aus dem Verbot des § 9 Abs. 1 AktG, Aktien für einen geringeren Betrag als

den Nennbetrag auszugeben (Baumbach/Hueck, AktG 13. Aufl. § 9 Anm. 2; Meyer-Landrut in Großkomm. AktG 3. Aufl. § 9 Anm. 5; Barz, ebenda § 27 Anm. 15 ff, 24 e, 31; Kraft aaO § 9 Anm. 9, § 27 Anm. 56; ebenso jetzt v. Godin/Wilhelmi, AktG 4. Aufl. § 9 Anm. 3; vgl. auch BGHZ 29, 300, 307). Soweit die Klägerin imstande war, diesen Nachzahlungsanspruch gegen die Gründer durchzusetzen und sich hierdurch das satzungsmäßige Kapital zu verschaffen, kann sie nicht geltend machen, sie habe infolge einer vom Beklagten zu verantwortenden Beeinträchtigung ihrer Kapitalgrundlage eine Vermögenseinbuße erlitten.

IV. Die Sache ist hiernach zur weiteren tatsächlichen Klärung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, soweit die Klägerin Schadensersatz wegen der Notvorstands- und Notaufsichtsratsvergütungen sowie wegen der Ansprüche der Ke[REDACTED] KG verlangt. Im übrigen ist die Revision zurückzuweisen.

Stimpel Dr. Schulze Fleck Dr. Bauer Dr. Tidow