

# 1. Vorbemerkung

## 1.1. Stellung und Aufgabe des Sachverständigen

**Sachverständige** sind Personen, die wegen ihrer besonderen Sach- und Fachkunde dem Gericht Erkenntnis von Erfahrungssätzen vermitteln und auf dieser Basis aus einem feststehenden Sachverhalt Schlussfolgerungen ziehen und streit-erhebliche Tatsachen feststellen.<sup>1</sup> Das Neue, das der Sachverständige in den Prozess einbringt, ist der Erfahrungssatz, dessen Vermittlung und Anwendung den Mittelpunkt seiner Tätigkeit bilden.<sup>2</sup>

**Aufgabe des Sachverständigen** ist es, das Gericht bei Feststellung des rechts-erheblichen Sachverhalts dadurch zu unterstützen,<sup>3</sup> indem er in das Verfahren die erforderliche Sachkunde einbringt, sodass die richterliche Entscheidung auf der Tatsachenebene an Überzeugungskraft gewinnt.<sup>4</sup> Die (**Beweis-**)**Würdigung** obliegt genauso ausschließlich dem Gericht<sup>5</sup> wie die **Beurteilung von Rechtsfragen**, die – von Ausnahmen abgesehen<sup>6</sup> – nicht zu den Aufgaben des Sachverständigen zählen, sondern allein in die Zuständigkeit des Gerichts fallen.<sup>7</sup>

Die ZPO regelt das Sachverständigengutachten im Abschnitt der **Beweismittel**.<sup>8</sup> Trotz dieser Einordnung führen die Aufgaben des Sachverständigen sowie die teilweise gesetzlich vorgesehene Gleichstellung des Sachverständigen mit dem Richter zur weit verbreiteten Ansicht, dass der Sachverständige „mehr“ ist als ein Beweismittel; er wird auch als **Hilfsorgan**,<sup>9</sup> als (**Richter-**)**Gehilfe**,<sup>10</sup> als **Helfer**<sup>11</sup>

1 *Jelinek*, Der Sachverständige im Zivilprozess, in *Aicher/Funk* (Hrsg), Der Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 49; *Spitzer*, Der Sachverständigenbeweis im österreichischen Zivilprozess, ZZZ 2018, 27; *Rechberger*, in *Fasching/Konezny*, ZPO<sup>2</sup> Vor §§ 351 ff ZPO Rz 1; *Seyer*, Anforderung an Sachverständigengutachten im Zivilprozess, Zak 2014, 227.

2 *Jelinek* in *Aicher/Funk* 52.

3 Vgl *Spitzer*, ZZZ 2018, 27.

4 *Tanczos*, Von alternativen Fakten zum Wahrspruch Tatsachenfeststellung im Zivilprozess, SV 2019, 149.

5 *Seyer*, Zak 2014, 227.

6 Vgl dazu *Konezny*, Bekämpfung fehlerhafter Gutachten im Zivilverfahren, in diesem Band, Abschnitt 5.1.

7 Statt vieler *Spitzer*, in *Spitzer/Wilfinger* (Hrsg), Beweisrecht (2020) § 351 ZPO Rz 3.

8 Diese Vorschriften entsprechen, von wenigen Modifikationen abgesehen, der Stammfassung der ZPO, vgl *Rechberger*, Die Rechtsstellung der Beteiligten beim Sachverständigenbeweis, SV 2012, 24.

9 So etwa *Guggenbichler*, Fehlerhafte Gutachten im Fokus des Standesrechts für Sachverständige, in diesem Band, Abschnitt 2.

10 OGH 18.2.1992, 5 Ob 1006/92; *Seyer*, Zak 2014, 227; *Schiller*, Rollenverteilung zwischen Richtern und Sachverständigen, in *Krammer/Schiller/Schmidt/Tanczos* (Hrsg), Sachverständige und ihre Gutachten<sup>3</sup> (2020) 63; krit zu diesem Begriff *Stein*, Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse (1893) 69: „Denn aus dem Namen, der Nichts gibt als den Niederschlag seiner gesetzlichen Stellung, kann kein Satz über die Behandlung des Sachverständigen im Prozess abgeleitet werden: in allen praktischen Zweifelsfragen schlägt der Gesetzbefehl, die Sachverständigen als Beweismittel zu behandeln, durch.“

11 *Fasching*, Die Ermittlung von Tatsachen durch den Sachverständigen im Zivilprozess, in *Ballon/Hagen* (Hrsg), Verfahrensgarantien im nationalen und internationalen Prozessrecht – FS Franz Matschner (1993) 102 mwN.

oder auch als *Mitarbeiter*<sup>12</sup> oder als *fachkundiger Berater*<sup>13</sup> des Gerichts<sup>14</sup> gesehen.<sup>15</sup> Ein vermittelnder Ansatz sieht den Sachverständigen in einer Doppelrolle, nämlich als Beweismittel einerseits und als *Gehilfe des Richters* andererseits.<sup>16</sup>

Der Sachverständige ist ungeachtet dieser Einordnung niemals Richter, sondern stets dessen Leitung und Kontrolle unterworfen. Der Richter hat daher bereits im Stadium der Bestellung sowie im weiteren Verlauf des Verfahrens laufend die Tätigkeit des Sachverständigen zu leiten sowie zu kontrollieren und kann dabei dem Sachverständigen erforderlichenfalls auch Weisungen erteilen.<sup>17</sup>

### 1.2. Regelungen der Anforderungen und der Pflichten

**Regelungen zu den inhaltlichen Anforderungen** an ein Gutachten sind der ZPO ebenso fremd wie detaillierte Aussagen zu den (Verhaltens-)Pflichten der Sachverständigen; sie enthält nur vereinzelt Vorschriften zur Regelung des Sachverständigen.<sup>18</sup> Nähere Anhaltspunkte dazu ergeben sich aus allgemeinen Verfahrensprinzipien sowie aus jenen Bestimmungen der ZPO, die vom Gericht zu beachten sind. Zwar ist der Sachverständige nicht Richter, doch folgt die Ableitung der für den Sachverständigen geltenden Pflichten aus der entsprechenden Anwendung der für das Gericht geltenden Verfahrensvorschriften bereits aus seiner Einordnung als Hilfsorgan des Gerichts für den Bereich der Tatsachenfeststellung. „Delegiert“ das Gericht die Erlangung der Entscheidungsgrundlagen (wenn auch nur teilweise) an den Sachverständigen, hat im Hinblick auf die Verpflichtung zur Wahrung der Parteienrechte und der Verfahrensgrundsätze für ihn grundsätzlich nichts anderes zu gelten als für den, der diese Aufgaben delegiert.

---

12 OLG Graz, 25.4.2018, 7 Rs 13/18p (SV 2019, 11); *Schneider in Fasching/Konecny*, ZPO<sup>3</sup> Vor §§ 351 ff ZPO Rz 9; schon der historische Gesetzgeber betrachtete den Sachverständigen als einen Gehilfen oder Helfer des Gerichts, vgl *Rechberger*, SV 2012, 24.

13 *Krammer*, Zur Beweiskraft des Sachverständigenbeweises – Möglichkeit und Grenzen richterlicher Überprüfung in *Rant* (Hrsg), Sachverständige in Österreich (2012) 274.

14 *Krammer*, SV 3/2013, 130.

15 Vgl auch das Verständnis von *Krammer in Rant* 274, der Sachverständige als einen „die Sprache der Dinge als ein Dolmetscher besonderer Art versteht und dem Gericht (der Verwaltungsbehörde) die aus den Spuren zu gewinnenden Erkenntnisse in objektiver und unparteilicher Weise vermittelt“, versteht, wodurch „Gerichte (Verwaltungsbehörden), denen für die Auswertung der in der Wirklichkeit vorhandenen Spuren der notwendige Sachverhalt fehlt, in kontrollierbarer Weise sichere, weitgehend objektive Anhaltspunkte über den Gegenstand des verfahrensbildenden Sachverhalts gewinnen.“

16 So ausdrücklich *Spitzer* in Beweisrecht § 351 ZPO Rz 1; zur Entstehungsgeschichte, *derselbe*, ZZZ 2018, 26 f.

17 *Seyer*, Zak 2014, 228.

18 Vgl etwa §§ 359 Abs 2 und 362 ZPO; *Fasching in Ballon/Hagen* – FS Matschner 98; *Rassi* (Intimes, Privates und Geheimes – Fragen zur Zulässigkeit und zum Umfang von selbständigen Ermittlungstätigkeiten des Sachverständigen im Zivilprozess, SV 2014, 5) spricht von einem „dürren Regelwerk“. Das Fehlen detaillierter Vorschriften mag ihren Grund in der Vorstellung des historischen Gesetzgebers haben, der davon ausging, dass das Gutachten mündlich im Anschluss an die Beweisaufnahme in der Verhandlung der Regelfall sei, *Rassi*, SV 2014, 2, mwN.

## 1. Einleitung

Rechtsgutachten sind heute<sup>1</sup> längst etablierter Bestandteil der Rechtspraxis. Eine Stichwortsuche im RIS mit dem Schlagwort „Rechtsgutachten“ ergibt nicht weniger als 289 Treffer in RIS-Justiz; weitere 233 Treffer werden für den VfGH und weitere 80 Treffer für den VfGH ausgewiesen. Die Bandbreite der durch Rechtsgutachten behandelten Themen ist äußerst vielfältig. Sogar in das RIS fand ein von *Heinz Mayer* erstattetes Gutachten zur Zulässigkeit universitätsautonomer Studiengebühren Eingang.<sup>2</sup> In neuerer Zeit werden Rechtsgutachten zur Frage der Auswirkungen der Covid-19-Krise auf die Mietzinszahlungspflicht auch außerhalb von Fachpublikationen in Tageszeitungen erörtert.<sup>3</sup>

Erweist sich ein Rechtsgutachten später als unzutreffend, stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen. Diese richten sich grundsätzlich nach allgemeinem Schadenersatzrecht,<sup>4</sup> wobei hervorzuheben ist, dass bei Unbrauchbarkeit des Gutachtens aus dem Titel des Schadenersatzes nicht nur für allfällige Folgeschäden gehaftet wird, sondern auch das Honorar für das Gutachten zurückverlangt werden kann.<sup>5</sup> Anders als in anderen Fällen steht hier nicht die Haftung des Sachverständigen gegenüber Dritten,<sup>6</sup> sondern gegenüber dem eigenen Auftraggeber im Mittelpunkt. Diese Überlegungen sind keineswegs bloß theoretischer Natur: Eine jüngst ergangene Entscheidung betrifft erstmals ausdrücklich Schadenersatzansprüche gegen (Rechts-)Berater einer Gesellschaft.<sup>7</sup> Im Zuge eines Sanierungsplans waren Ansprüche gegen „Berater der Kommanditgesellschaft, wie insbesondere Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Notare und Rechtsanwälte, insbesondere aus den Umgründungsvorgängen“ abgetreten worden, die in der Folge gegen einen Wirtschaftstreuhand geltend gemacht wurden.<sup>8</sup>

Der Schwerpunkt der Darstellung liegt im Folgenden auf jenen Fällen, in denen Rechtsgutachten zur Orientierung einer Partei im Vorfeld, etwa zur gesellschafts- oder kartellrechtlichen Zulässigkeit einer Transaktion oder zu deren steuerrechtlichen Konsequenzen, eingeholt werden. Hier drohen – wird der Standpunkt des Rechtsgutachtens in der Folge von den Behörden bzw Gerichten nicht geteilt – nicht „nur“ das Scheitern der Transaktion, sondern uU auch empfindliche Strafen

---

1 Zu historischen Beispielen instruktiv *König*, Gedanken zu privaten Rechtsgutachten und Rechtsgutachtern, RZ 2013, 206.

2 *Mayer*, Zulässigkeit universitätsautonomer Studiengebühren, zfhr 2011, 193 (im RIS als Indextdokument angeführt).

3 Vgl etwa *Kary*, Neues Rechtsgutachten im Streit um Mieten, Die Presse 7.9.2021.

4 Allgemein zur Haftung des Privatsachverständigen vgl RIS-Justiz RS0124312, zum Gerichtsgutachter RIS-Justiz RS0026360.

5 OGH 19.9.1984, 1 Ob 605/84 = SZ 57/140 (Schriftgutachten zur Vorbereitung eines Prozesses).

6 Dazu RIS-Justiz RS0017178.

7 OGH 18.2.2021, 6 Ob 207/20i.

8 Die Entscheidung enthält auch Ausführungen zur Auslegung des Sanierungsplans. ISd (wohl herrschenden) „Urteilstheorie“ können hier nicht die §§ 914 ff ABGB angewendet werden, sondern sind die für die Auslegung von Urteilen entwickelten Grundsätze heranzuziehen. Im konkreten Fall ließ der OGH die Frage freilich offen (OGH 18.2.2021, 6 Ob 207/20i Rz 22 f).

bzw Geldbußen für die Beteiligten. Daher wird auf die Anforderungen besonderes Augenmerk gelegt, die die Rechtsprechung für Rechtsgutachten entwickelt hat, wenn diese einen (vorwerfbaren) Rechtsirrtum ausschließen sollen. Dies betrifft nicht nur den Inhalt des Gutachtens selbst, sondern auch die Auswahl des Gutachters und die Auftragserteilung. Nach einer kurzen Erörterung des Begriffs und der Anwendungsbereiche von Rechtsgutachten (Kapitel 2.) werden anschließend Rechtsgutachten im Prozess (Kapitel 3.) sowie standesrechtliche Aspekte (Kapitel 4.) behandelt. Anschließend wird der Ausschluss von Rechtsirrtum durch Rechtsgutachten untersucht (Kapitel 5.).

## 2. Begriff und Anwendungsbereiche

Weder der Begriff des Privatgutachtens noch derjenige des Sachverständigen ist gesetzlich definiert.<sup>9</sup> Der OGH definiert Rechtsgutachten als „*schriftlich ausgearbeitete Lösungen komplizierter Rechtsfragen unter Heranziehung von Literatur und Judikatur*“.<sup>10</sup> Hinsichtlich der Ausführlichkeit und Bearbeitungstiefe bestehen allerdings in der Praxis vielfältige Unterschiede; die Palette reicht vom Kurzgutachten mit einer bloßen (begründeten) Ersteinschätzung bis zu umfangreichen Monographien.<sup>11</sup> Im Einzelfall können die Grenzen zu laufender begleitender Beratung verschwimmen. Im letzteren Fall kann sich die Ausgestaltung einem Dienstvertrag annähern; idR wird freilich der Gutachtensauftrag als Werkvertrag zu qualifizieren sein.<sup>12</sup>

Allgemein werden als Verwendungsgebiete von Privatgutachten Orientierung des Auftraggebers über Tatsachen und Zusammenhänge, Begleitung und Kontrolle ablaufender Prozesse, zB eines Bauvorhabens, Prüfung der Erfolgsaussichten zur Vorbereitung einer Auseinandersetzung, Abschätzung der Höhe geltend zu machender Ansprüche, Kontrolle der Tätigkeit von Gerichtssachverständigen und Vorbereitung der Befragung von Gerichtssachverständigen genannt.<sup>13</sup> Entsprechend vielfältig sind auch die Einsatzmöglichkeiten von Rechtsgutachten. Diese können der Orientierung des Auftraggebers im Vorfeld dienen,<sup>14</sup> etwa zur generellen Fest-

9 Zur Wortbedeutung vgl Deutsches Wörterbuch von Jacob Grimm und Wilhelm Grimm Bd XIV Sp 1609: „*SACHVERSTÄNDIG, adj. und adv., von eindringender, von specialkenntnis, von berufsmässiger fertigkeit auf einem bestimmten gebiete: eine sachverständige darstellung; sachverständig über etwas urtheilen. besonders substantiviert der sachverständige: in einem zeitraum von nicht mehr als eilf tagen war diese unternehmung ausgeführt, zu welcher nach dem urtheil der sachverständigen eben so viele wochen erforderlich geschiene. SCHILLER 9, 37. SACHVERSTÄNDNIS, f. einsicht, die auf specialkenntnis oder specieller fertigkeit auf einem besonderen gebiete beruht.*“

10 1 Ob 630/90; zust König, Gedanken zu privaten Rechtsgutachten und Rechtsgutachtern, in FS Stürner (2013) 1625 ff (auch abgedruckt in RZ 2013, 206 ff).

11 Vgl etwa *Krejci*, Die Aktiengesellschaft als Stifter (2004).

12 RIS-Justiz RS0021664.

13 *Schmidt*, Privatgutachten im Spannungsfeld von Standesregeln, Wirtschaftlichkeit, Beweismaß und Rechtsrahmen, Sachverständige 2010, 1.

14 Hierzu gehört das im Auftrag einer Landesregierung erstattete Gutachten von *Kodek/Potacs*, Insolvenz eines Bundeslandes (2015).

### 2.1.7. Begründungspflicht und Angaben der Quellen

Gem § 362 Abs 1 S 1 ZPO erfordert das Gutachten eine Begründung, in der der Sachverständige den Weg zu seinen Schlussfolgerungen skizziert.<sup>84</sup> Damit wird es dem Gericht – das den Wert des Gutachtens in der Entscheidung zu würdigen hat – und den Parteien möglich gemacht, die Schlüsse des Sachverständigen zu hinterfragen und zu überprüfen. Ein Gutachten muss nicht „wissenschaftlich begründet“ sein, weil seine Aufgabe darin besteht, dem Gericht die fehlende Fachkunde zu vermitteln.<sup>85</sup> Er muss eine geeignete (und in der Wissenschaft anerkannte) Methode einsetzen, ist aber nicht verpflichtet, in seinem Gutachten auf sämtliche unterschiedlichen Methoden, Strömungen und Argumentationslinien, die in der Wissenschaft vertreten werden, einzugehen.<sup>86</sup> Um die Überprüfbarkeit zu gewährleisten, soll das Gutachten jedoch möglichst erkennen lassen, wieweit es auf Information oder gesicherten Erkenntnissen aufbaut, und wieweit es sich um subjektive Urteile des Gutachters handelt.<sup>87</sup>

### 2.1.8. Bestellung eines weiteren Sachverständigen?

Da die Bestellung eines Sachverständigen nicht abgesondert anfechtbar ist,<sup>88</sup> fehlt es auch an veröffentlichter Rsp zu dem Problem, wann ein Gericht einen weiteren Sachverständigen zu der Frage zu bestellen hat, die bereits den Gegenstand eines früheren Gutachtens bildete. Erscheint dem Gericht ein Sachverständigengutachten als ungenügend, darf es gem § 362 Abs 2 ZPO – als Ausdruck der freien Beweiswürdigung – ein weiteres Gutachten einholen.<sup>89</sup> Widersprechen die beiden Gutachten einander, besteht nach Ansicht des OGH keine Verpflichtung des Gerichts, einen dritten Sachverständigen zu bestellen; vielmehr kann es sich einem der beiden Gutachten anschließen.<sup>90</sup>

Zur Auseinandersetzung mit Privatgutachten siehe 3.1.

### 2.1.9. „Prüfung“ des Sachverständigengutachtens durch die erste und die zweite Instanz

Die fehlende Sachkunde des Gerichts, die den Anlass für die Sachverständigenbestellung bildet, ist verführerisch in die Richtung, das Sachverständigengutach-

84 Braun in Höllwerth/Ziehensack, ZPO § 362 Rz 1.

85 Vgl zum Strafverfahren RIS-Justiz RS0097317: „Aufgabe eines Sachverständigen ist es, durch Befunderstellung und Gutachtenerstellung an der Feststellung von Tatsachen und deren Auswertung mitzuwirken und dabei seine besondere, dem jeweils aktuellen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis entsprechenden Sachkenntnis einzusetzen. Es kann jedoch nicht Ziel und Zweck eines Sachverständigenbeweises im Strafverfahren sein, längerfristige Forschungsprojekte zu initiieren und Langzeitversuche anzustellen, welche vom Beweisführer gewünschte neue wissenschaftliche Erkenntnisse erst erbringen sollen.“

86 OGH 22.4.2021, 3 Ob 60/21a.

87 RIS-Justiz RS0021761.

88 RIS-Justiz RS0040607.

89 RIS-Justiz RS0040588 (T3).

90 OGH 22.10.2002, 10 ObS 316/02x; RIS-Justiz RS0040588; siehe auch Schumacher, RdM 2017/102, 170 (172).

ten nicht mehr auf seinen Beweiswert zu prüfen, sondern mit oft leerformelartigen Begründungen („schlüssig und nachvollziehbar“) seinem Inhalt zu folgen.<sup>91</sup> Um zu verhindern, dass der Richter sich und die Parteien dem Sachverständigen „ausliefert“, hat der Richter das Gutachten nachzuvollziehen und nachzuprüfen.<sup>92</sup> Selbstverständlich wird damit nicht eine Prüfung der Richtigkeit des Inhalts verlangt – gerade damit wäre der Richter ja überfordert. Bei der Prüfung sind drei Kriterien zu beachten:

- Das Gutachten muss vollständig sein: Der Gutachtensauftrag muss erfüllt und die gestellten Fragen müssen beantwortet worden sein.
- Das Gutachten muss schlüssig sein: Es muss in Form einer Begründungskette ein auch für den Laien nachvollziehbarer Weg von den befundeten Tatsachen zu den Schlussfolgerungen führen.<sup>93</sup>
- Das Gutachten muss widerspruchsfrei sein: Aus derselben Tatsache dürfen nicht verschiedene Schlussfolgerungen gezogen werden. Darunter fällt nicht, dass der Sachverständige offenlegt, dass eine eindeutige Ableitung nicht möglich ist und sowohl eine Variante A als auch eine Variante B in Betracht kommen.

Fehlt es dem Gutachten an einer dieser zentralen Eigenschaften, muss das Gericht von Amts wegen dafür sorgen, dass Mängel beseitigt werden.<sup>94</sup> Sind die genannten Kriterien erfüllt, hat das Gericht das Gutachten seiner freien Beweiswürdigung zu unterziehen, spricht zu beurteilen, ob es aus einer Laienperspektive von der Richtigkeit des Inhalts des Gutachtens überzeugt ist. In der in die Entscheidung aufzunehmenden Beweiswürdigung hat das Gericht auch anzugeben, warum es vom Gutachten überzeugt ist – andernfalls würde das Gerichtsgutachten zum „säkularisierten Gottesbeweis“ hochstilisiert.<sup>95</sup> Diese Offenlegung kann umso kürzer ausfallen, je weniger die Parteien gegen das Gutachten opponiert haben; je heftiger Kritik daran geübt wurde, umso ausführlicher muss der Richter seine Entscheidung begründen. Wie erwähnt geht es hier nicht um eine fachliche Prüfung des Gutachtens, sondern um die Darlegung der Gründe, warum das Gutachten überzeugend ist.<sup>96</sup>

91 *Hule*, Privat-Sachverständigengutachten im Bauprozess. Notwendigkeit, Hilfestellung zur Bekämpfung des Gerichtsgutachtens und Haftung, in FS Karasek 321 (331); *Pochmarski/Kober*, „Das Gutachten des Sachverständigen ist schlüssig und nachvollziehbar“. Anmerkungen zu OGH 25.2.2021, 2 Ob 208/20g, bau aktuell 2021, 230 (232).

92 *Tanczos*, Von alternativen Fakten zum Wahrspruch. Tatsachenfeststellung im Zivilprozess, Sachverständige 2019, 141 (144).

93 Aufschlussreich *Pochmarski/Kober*, „Das Gutachten des Sachverständigen ist schlüssig und nachvollziehbar“, bau aktuell 2021, 230 (231 f).

94 RIS-Justiz RS0040604.

95 *Tanczos*, Von alternativen Fakten zum Wahrspruch. Tatsachenfeststellung im Zivilprozess, Sachverständige 2019, 141 (149).

96 *Pochmarski/Kober*, „Das Gutachten des Sachverständigen ist schlüssig und nachvollziehbar“, bau aktuell 2021, 230 (232 f).

## 6. Mitverschuldenseinwand

Hat ein Geschädigter zu der Entstehung des Schadens schuldhaft beigetragen, so ermöglicht es § 1304 ABGB dem Schädiger, durch Erhebung eines Mitverschuldenseinwands den Umfang seiner Schadenersatzverpflichtung zu verringern.<sup>117</sup> Der Schaden ist gegebenenfalls zwischen Schädiger und Geschädigtem in dem Verhältnis zu teilen, das dem Verschulden des Schädigers und der Sorglosigkeit des Geschädigten entspricht.

Das wirft die Frage auf, ob auch Umgründungsprüfern bei einem Fehlverhalten der Organe der geprüften Gesellschaft der Mitverschuldenseinwand nach § 1304 ABGB zusteht, werden sie von ihr wegen mangelhafter Prüfung auf Schadenersatz in Anspruch genommen. Das ist nicht der Fall; denn es ist gerade die Aufgabe der Umgründungsprüfer, die von der Geschäftsführung bereitgestellten Unterlagen (zB den Spaltungs-, Verschmelzungs- oder Umwandlungsplan) oder die von ihr in Aussicht genommene Gründung oder Kapitalerhöhung bzw das verbleibende Restvermögen kritisch zu prüfen, um (auch) die Gesellschaft vor Schaden zu bewahren.<sup>118</sup> Ganz in diesem Sinne lehnt der OGH den Mitverschuldenseinwand des Abschlussprüfers ab; er kann sich von seiner Haftung wegen schuldhafter Verletzung der Prüfpflicht des § 275 Abs 1 UGB nicht darauf berufen, dass die Geschäftsführung der Gesellschaft bei der Aufstellung des zu prüfenden Jahresabschlusses ihre rechnungslegungsrechtlichen Pflichten verletzt hat.<sup>119</sup> Aufgabe des Abschlussprüfers ist gerade die Kontrolle der Geschäftsführung in diesem Bereich. So, wie dem Abschlussprüfer auch, ist es dem Umgründungsprüfer allenfalls möglich, bei den Geschäftsführungsmitgliedern im Innenverhältnis Regress zu nehmen.

Etwas anders ist die Situation bei der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen durch die Gesellschafter. Haben Gesellschafter bei einer Spaltung, Verschmelzung oder Umwandlung Anspruch auf eine Barabfindung, können sie diese gerichtlich prüfen lassen.<sup>120</sup> Bei der Verschmelzung und der Spaltung zur Aufnahme besteht diese Möglichkeit gem § 225c AktG auch in Bezug auf das Umtauschverhältnis oder allfällige bare Zuzahlungen. Übt der Gesellschafter dieses Recht nicht fristgerecht aus, kann ihn ein Mitverschulden an dem Schaden treffen, den er durch die Unangemessenheit der Barabfindung, des Umtauschverhältnisses oder der baren Zuzahlung erleidet. Darin liegt möglicherweise eine Sorglosigkeit des Gesellschafters in eigenen Angelegenheiten, was den Mitverschuldenseinwand des Umgründungsprüfers rechtfertigt. Voraussetzung dafür ist freilich, dass die

---

117 Vgl dazu im Einzelnen etwa *Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkomentar zum ABGB<sup>6</sup> § 1304 ABGB Rz 1.

118 Vgl *Nowotny in Bertl/Hirschler/Aschauer*, Handbuch Wirtschaftsprüfung, Verantwortung und Haftung des Jahresabschlussprüfers (2019) 926.

119 OGH 29.3.2016, 8 Ob 76/15g.

120 Siehe zur Spaltung §§ 9 Abs 2, 11 Abs 1 SpaltG; siehe zur Verschmelzung § 225c AktG; siehe zur Umwandlung § 2 Abs 3 UmwG, der auf § 225c Abs 1 und 2 AktG verweist.

einmonatige Frist des § 225e Abs 2 AktG für die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens zu dem Zeitpunkt, zu dem der geschädigte Gesellschafter von der Fehlerhaftigkeit der Prüfung Kenntnis erlangt, noch nicht abgelaufen war.

## 7. Verteilung des Haftungsfonds

Ist der Schaden eines Gesellschafters, den er durch eine falsche Prüfung eines Spaltungs-, Verschmelzungs- oder Umwandlungsprüfers erleidet, nicht nur ein reiner Reflexschaden, also die bloße Folge des Nachteils, der im Vermögen der Gesellschaft eingetreten ist (zu denken ist etwa an den Fall eines Spaltungsberichts der aus mehreren, zum Teil den Gesellschafter und zum Teil die Gesellschaft betreffenden Gründen unrichtig ist), und stehen Gesellschaft und Gesellschafter deshalb gegen den Umgründungsprüfer wegen fahrlässiger Pflichtverletzung Schadenersatzansprüche in einer den Haftungshöchstbetrag laut § 275 Abs 2 UGB übersteigenden Höhe zu, fragt sich, wie der gesetzliche Haftungsfonds auf die Geschädigten aufzuteilen ist. Obwohl diese Frage von großer praktischer Bedeutung ist, ist sie bis heute für den Abschlussprüfer nicht eindeutig geklärt.

Der OGH spricht sich für eine Anwendung des allgemeinen Prioritätsprinzips aus.<sup>121</sup> Zurecht weist *Nowotny* darauf hin, dass Vieles in der Praxis damit offenbleibt. So ist etwa unklar, ob für die Priorität der Zeitpunkt der außergerichtlichen Geltendmachung der Ansprüche, der Einbringung der Klage oder der exekutiven Durchsetzung des Ersatzanspruchs gilt.<sup>122</sup>

Bedeutende Stimmen in der Lehre treten demgegenüber für eine vorrangige Befriedigung der Ansprüche der geschädigten Gesellschaft vor Ansprüchen Dritter ein.<sup>123</sup> Durch § 275 UGB sei eine gewisse Bevorzugung der Gesellschaft gesetzlich indiziert. Gläubiger, bei deren Schäden es sich typischerweise bloß um Reflexschäden handle, könnten ohnehin auf das Gesellschaftsvermögen greifen.<sup>124</sup> Andere Autoren wiederum plädieren für die Anwendung eines Quotenmodells, das dem Deckungskonkurs des § 156 Abs 3 VersVG nachgebildet ist<sup>125</sup> und das laut

121 OGH 29.6.2017, 8 Ob 94/16f; ÖBA 2018/2475 mit kritischer Anmerkung von *Warto*; kritisch dazu auch *Völkl*, Abwicklung von Dritthaftungsansprüchen gegen Abschlussprüfer – OGH 29.6.2017, 8 Ob 94/16f und 27.9.2017, 9 Ob 70/16h, RdW 2018, 80; des Weiteren *Gruber*, Neues zur Haftung des Abschlussprüfers, Aufsichtsrat aktuell 2017, H5, 34.

122 *Nowotny* in *Bertl/Hirscher/Aschauer*, Handbuch Wirtschaftsprüfung, Verantwortung und Haftung des Jahresabschlussprüfers (2019) 938.

123 *Baumgartner/Torggler/U. Torggler* in FS Koppensteiner, Zur Haftungsbegrenzung bei der „Dritthaftung“ des Abschlussprüfers, 19 (33); *Dellinger/Told* in *Zib/Dellinger*, Unternehmensgesetzbuch (2015) § 275 UGB Rz 71; *Völkl* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB II<sup>3</sup> § 275 Rz 93/10.

124 In diesem Sinne *Dellinger/Told* in *Zib/Dellinger*, Unternehmensgesetzbuch (2015) § 275 UGB Rz 71; *Völkl* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB II<sup>3</sup> § 275 Rz 93/10.

125 *Eckert/Gröhs/Kalss/Stöger* in IWP, Wirtschaftsprüfer-Jahrbuch 2003, 69 ff, 97 f; *Karollus*, Die Haftungshöchstgrenzen bei der Dritthaftung des Abschlussprüfers de lege lata und de lege ferenda, RdW 2006, 389 ff.

## 1. Vorbemerkungen

In Insolvenzverfahren und Restrukturierungen ist die Einholung eines Sachverständigengutachtens teilweise gesetzlich geboten. Aufgabe des Sachverständigen ist es, Tatsachen festzustellen und auf dieser Grundlage Schlussfolgerungen im Gutachten zu ziehen. In der Praxis ist in Gutachten oft fälschlicherweise auch bereits eine rechtliche Beurteilung enthalten. Diese ist für den Insolvenzverwalter unbeachtlich und er hat in seiner eigenen Verantwortung gem §§ 81, 81a IO anhand der vom Sachverständigen festgestellten Tatsachen und Schlussfolgerungen die rechtliche Beurteilung selbständig vorzunehmen. Es empfiehlt sich daher, im Vorfeld den Aufgabenbereich und die Fragestellung an den Sachverständigen genau zu definieren.

## 2. Gutachten zur Frage des Zeitpunkts des Eintritts der materiellen Insolvenz (Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung)

Zu den Aufgaben des Insolvenzverwalters in einem Insolvenzverfahren zählt ua die Prüfung des Vorliegens von Ansprüchen gegenüber Organen sowie dem Abschlussprüfer oder sonstigen Dritten. In diesem Zusammenhang ist oftmals ganz wesentlich die Beurteilung des Zeitpunkts des Eintritts der materiellen Insolvenz (Zahlungsunfähigkeit bzw Überschuldung). Insb ist der Schuldner gem § 69 Abs 2 IO verpflichtet, ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber 60 Tage nach dem Eintritt der materiellen Insolvenz die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu beantragen. Auch für die Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen (insb §§ 30, 31 IO) kommt es darauf an, wann materielle Insolvenz eingetreten ist. Weiters ist der Zeitpunkt des Eintritts der materiellen Insolvenz für die Haftungsbestimmungen gem § 25 GmbHG und § 84 AktG festzustellen. Gem § 2 Abs 1 EKEG befindet sich eine Gesellschaft ua in der Krise, wenn sie zahlungsunfähig oder überschuldet ist. Für Ansprüche nach dem EKEG wird daher ebenso auf den Zeitpunkt des Eintritts der materiellen Insolvenz Bezug genommen. Auch für diverse Delikte im Strafrecht (§§ 158 ff StGB) ist die Beurteilung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit als Tatbestandsmerkmal wesentlich.

Grundsätzlich hat der Insolvenzverwalter die ihm zugewiesenen Tätigkeiten selbst auszuüben. Er kann jedoch gem § 81 Abs 4 IO für einzelne Tätigkeiten, die er nicht selbst ausüben kann, Dritte mit Zustimmung des Gerichts heranziehen. Zur Beurteilung der Frage des Zeitpunkts des Eintritts der materiellen Insolvenz kann der Insolvenzverwalter daher mit Zustimmung des Gerichts einen Buchsachverständigen beiziehen.

Beurteilt ein Sachverständiger in seinem Gutachten den Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung falsch, kann dies die erfolgreiche Durchsetzung von Ansprüchen verhindern oder zu für die Insolvenzmasse belastenden Mehrkosten zum Nachteil der Gläubiger führen.

## 2.1. Beurteilung auf Basis der Fachgutachten und des Leitfadens Fortbestehensprognose

Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit ist gesetzlich nicht definiert. Nach der Rechtsprechung des OGH liegt Zahlungsunfähigkeit dann vor, wenn der Schuldner mangels bereiter Zahlungsmittel nicht in der Lage ist, alle fälligen Schulden zu bezahlen und sich die erforderlichen Mittel hierfür voraussichtlich auch nicht in angemessener Frist beschaffen kann.<sup>1</sup> In der Entscheidung 3 Ob 99/10w<sup>2</sup> hat der OGH seine bisherige Rechtsprechung dahingehend präzisiert, dass von Zahlungsfähigkeit auszugehen ist, wenn der Schuldner mindestens 95 % seiner Verbindlichkeiten bezahlen kann. Wenn aber eine Zahlungslücke von mehr als 5 % gegeben ist, liegt Zahlungsunfähigkeit vor, außer es können unter ex ante-Betrachtung mit hoher Wahrscheinlichkeit binnen (im Durchschnittsfall) drei Monaten Geldmittel beschafft werden. Dann liegt bloß eine Zahlungsstockung vor.

Zu einem einheitlichen Umgang mit dem Insolvenzeröffnungsgrund Zahlungsunfähigkeit soll das Fachgutachten des Fachsenats für Betriebswirtschaft der Kammer der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer zur Zahlungsunfähigkeit (KFS/BW 7) aus dem Jahr 2019 (in der Fassung Oktober 2021) beitragen. Der Sachverständige hat dabei aus ex ante Sicht nachzuvollziehen, ob bzw wann Zahlungsunfähigkeit vorlag.

Nach der Judikatur des OGH liegt Zahlungsunfähigkeit vor, wenn der Schuldner mangels bereiter Zahlungsmittel nicht in der Lage ist, seine fälligen Schulden zu bezahlen und er sich die erforderlichen Zahlungsmittel voraussichtlich auch nicht alsbald verschaffen kann.<sup>3</sup> Im Durchschnittsfall beträgt der Zeitraum, in dem die Zahlungsfähigkeit wiederhergestellt werden muss, drei Monate.

Zur Prüfung, ob lediglich eine Zahlungsstockung oder Zahlungsunfähigkeit vorliegt, hat der Schuldner einen Finanzplan zu erstellen. Dabei hat der Sachverständige rückblickend zu prüfen, ob der Schuldner begründet erwarten durfte, dass er zu einer pünktlichen Zahlungsweise zurückfinden wird können. Die Beurteilung erfolgt auf Basis eines Finanzplans, welcher alle im Planungszeitraum fällig werdenden Verbindlichkeiten und alle zu erwartenden Eingänge zu berücksichtigen hat. Bei der Beurteilung des Sachverständigen muss es sich um eine Ex-ante-Prüfung handeln. Zahlungsfähigkeit ist durch den Sachverständigen zu bejahen, wenn ex ante eine hohe Wahrscheinlichkeit bestand, dass der Schuldner in einer kurzen, für die Beschaffung der erforderlichen Geldmittel erforderlichen Frist alle seine Schulden pünktlich zu zahlen in der Lage sein wird.<sup>4</sup>

- 1 OGH 22.10.2007, 1 Ob 134/07y; 19.1.2011, 3 Ob 99/10w; Fachgutachten KFS/BW 7 zur Zahlungsunfähigkeit, 8.
- 2 OGH 19.1.2011, 3 Ob 99/10w ARD 6158/8/2011 = EvBl 2011/105 (*Konecny*) = ZIK 2011/152, 109 (*Widhalm-Budak*, ZIK 2011/124, 85) = OBA 2011/1747, 742 (*Bärtlma*).
- 3 OGH 22.11.2011, 8 Ob 118/11b; 19.1.2011, 3 Ob 99/10w.
- 4 Fachgutachten KFS/BW 7 zur Zahlungsunfähigkeit, 59; OGH 19.11.2011, 3 Ob 99/10w.