

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Vizepräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende und durch die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei *****krankenkasse, *****, vertreten durch die Rechtsanwälte Dr. Amhof & Dr. Damian GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei Ing. M***** S*****, vertreten durch Dr. Rudolf Schaller, Rechtsanwalt in Oberpullendorf, wegen 422.186,44 EUR sA, über den Rekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 29. Juni 2012, GZ 2 R 233/11s-23, womit das Teilurteil des Landesgerichts Wiener Neustadt als Handelsgericht vom 8. September 2011, GZ 24 Cg 50/11k-19, aufgehoben wurde, den

B e s c h l u s s

gefasst:

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

B e g r ü n d u n g :

Der Beklagte war vom 1. 2. 2008 bis 23. 6. 2008 gewerberechtl. Geschäftsführer einer Bau GmbH mit Sitz in Wien. Deren Alleingesellschafter war gleichzeitig ihr handelsrechtl. Geschäftsführer. Am 2. 10. 2008 wurde über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet.

Die Klägerin begehrt vom Beklagten Zahlung der ihr von der gemeinschuldnerischen Bau GmbH vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von 422.186,44 EUR, in eventu die Feststellung der Haftung des Beklagten für alle zukünftigen Schäden daraus, dass die Klägerin für konkret genannte Personen Versicherungsleistungen aufgrund deren tatsächlicher Beschäftigung durch die Bau GmbH zu erbringen haben werde. Der Beklagte habe sich entgegen seinen gesetzlichen Verpflichtungen um den Geschäftsbetrieb der Bau GmbH nicht gekümmert. Die Pflicht zur Versicherungsleistung treffe die Klägerin aufgrund des mit der Beschäftigung begründeten Zwangsversicherungsverhältnisses, unabhängig davon, ob die Anteile der vom Dienstgeber und/oder vom Dienstnehmer zu bezahlenden, vom Dienstgeber einzubehaltenden und abzuführenden Sozialversicherungs-Beiträge auch tatsächlich bezahlt werden. Diese (Zwangs-)Leistungspflichten haben die Klägerin in den vergangenen Jahren zum Opfer zahlreicher Fälle von „Sozialbetrug“ mit einem Schaden in der Höhe vieler Millionen EUR gemacht. Allen diesen deliktischen Schädigungen, in deren Schema auch der vorliegende Sachverhalt passe, liege folgendes Handlungsmuster zu Grunde:

Ein zumeist ausländischer Staatsbürger gründe eine GmbH oder erwerbe alle Geschäftsanteile einer bereits

bestehenden Gesellschaft, sodass er zu deren geschäftsführenden handelsrechtlichen Geschäftsführer und Alleingesellschafter avanciere. Diese Gesellschaft übernehme unmittelbar danach - üblicherweise als Sub-Sub-Unternehmer - Bauaufträge größeren und kleineren Umfangs, vor allem im Bau-Nebengewerbe. Zur Ausführung dieser Werkleistungen erhöhe sie den Stand der legal und illegal beschäftigten Dienstnehmer explosionsartig um ein Vielfaches. Die Gesellschaft, die grundsätzlich nicht einmal über ein reguläres Büro als Firmensitz verfüge, entrichte die Dienstnehmer- und Dienstgeberbeiträge an die Klägerin nicht, obwohl Werklohn-Zahlungen von den Auftraggebern durchaus nachweisbar geleistet würden. Wenige Monate später werde über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet, was ohne den in der Regel von der Klägerin erlegten Kostenvorschuss nicht der Fall wäre. Die Masseverwalter fänden keine Buchhaltungsunterlagen, geschweige denn verwertbares Vermögen vor. Der handelsrechtliche Geschäftsführer sei in Österreich nicht auffindbar. Folgerichtig sei das Konkursverfahren einzustellen, die Arbeitnehmer würden ihre nicht bezahlten Löhne bei der entsprechenden Insolvenz-Entgeltsicherungseinrichtung anmelden, zu der sich dieser Schaden verlagere. Die Klägerin sei um die Sozialversicherungs-Beiträge geschädigt. Für dieses (deliktische) Verhalten der handelsrechtlichen Geschäftsführer der gemeinschuldnerischen (Bau-)Unternehmen sei das Vorliegen einer Gewerbeberechtigung Voraussetzung. Da die handelsrechtlichen Geschäftsführer und Alleingesellschafter - wie auch im gegenständlichen Fall - nicht darüber verfügten, seien sie auf die Mitwirkung eines Dritten angewiesen, der ihnen die Gewerbeberechtigung entgeltlich zur Verfügung stelle und als gewerberechtigter

Geschäftsführer auftrete. Ohne diese Gewerbeberechtigung kämen die gemeinschuldnerischen Unternehmen nicht in den Genuss von Aufträgen aus der (Bau-)Wirtschaft, weil die Bau-Auftraggeber auf dieses Formerfordernis achteten. Sie könnten keine Dienstnehmer beschäftigen, sodass für die Klägerin als Sozialversicherer und Opfer keine Zwangsversicherungsverhältnisse entstünden und sie keine Sozialversicherungsleistungen an die Dienstnehmer erbringen müsste; jedenfalls aber nicht, ohne für die Beschäftigten die entsprechenden Beiträge zu erhalten. Die Tätigkeit des gewerberechlichen Geschäftsführers und der Nachweis seiner Bestellung bildeten daher eine *conditio sine qua non* für den beim Opfer in allen diesen Fällen manifestierten Schaden.

Rechtlich stützte die Klägerin ihr Begehren auf folgende Anspruchsgrundlagen:

1. Verletzung der als Schutzgesetze zu qualifizierenden Bestimmungen der §§ 13, 16, 19 und 87 GewO: Der Beklagte habe die ihm darin auferlegten Anwesenheitspflichten und umfassenden Anordnungsbefugnisse verletzt. Er hätte die Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge aus den Werklöhnen veranlassen bzw der Bau GmbH sofort die Gewerbeberechtigung entziehen und deren Auftraggeber warnen müssen. Dies habe er vorsätzlich bzw zumindest grob fahrlässig unterlassen. Die Bau GmbH habe im gemeinsamen Zusammenwirken mit dem handelsrechtlichen Geschäftsführer die nach § 13 Abs 1 Z 1a GewO verpönten Delikte der §§ 156 ff StGB bzw die diesen Straftatbeständen gleichwertigen Delikte der §§ 153c und 153d StGB begangen. Der Beklagte habe dazu als gewerberechlicher Geschäftsführer iSd § 12 StGB beigetragen. Aus § 16 Abs 2 GewO sei ableitbar, dass der Beklagte für ein ordnungsgemäßes Rechnungswesen der Bau GmbH und für die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge

Sorge tragen hätte müssen. Nach § 39 GewO sei der gewerberechtliche Geschäftsführer gegenüber den Gewerbebehörden für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften verantwortlich. Die Anordnung des § 39 Abs 2 Z 2 GewO, wonach der gewerberechtliche Geschäftsführer zumindest 20 Wochenstunden im Betrieb tätig sein müsse, solle die Einhaltung seiner Pflichten sicher stellen. Auch die die Entziehung der Gewerbeberechtigung regelnde Bestimmung des § 87 GewO lege dem gewerberechtlichen Geschäftsführer Verhaltensgebote und Unterlassungspflichten auf, die den Zweck verfolgten, Dritte, die durch die Verletzung der Gewerbeordnung gefährdet würden, vor den schädlichen Folgen solcher Verstöße zu schützen. Die in diesem Zusammenhang ausdrücklich normierte „Hintanhaltung der illegalen Beschäftigung“ verfolge auch den Zweck der Verhinderung der Hinterziehung von Finanzabgaben und der Nichtentrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen. Aus der bezughabenden Bestimmung der Gewerbeordnung sei die Verpflichtung des gewerberechtlichen Geschäftsführers abzuleiten, die Handlungen der Gesellschaft auf Verletzungen in diese Richtung zu überwachen und sofort steuernd oder sonst zum Schutz der gefährdeten Dritten einzugreifen. Die Haftung des gewerberechtlichen Geschäftsführers orientiere sich an § 1299 ABGB. Der Beklagte hätte angesichts der bedenklichen Begleitumstände die Unzuverlässigkeit der Bau GmbH erkennen müssen und ihr die Gewerbeberechtigung gar nicht übertragen dürfen.

2. Haftung des Beklagten als faktischer Geschäftsführer: Die Stellung des Beklagten als gewerberechtlicher Geschäftsführer im Betrieb der Bau GmbH sei mit einer Organstellung vergleichbar. Als faktischer Geschäftsführer sei er über die finanzielle Situation der Bau

GmbH informiert gewesen. Er hätte entweder von der Beschäftigung und Anmeldung der zahlreichen Dienstnehmer zur Sozialversicherung Abstand nehmen, oder diese Dienstverhältnisse nach Erkennen der fehlenden Möglichkeit zur Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge auflösen müssen.

3. Verletzung von Verkehrssicherungspflichten/ Ingerenz: Als gewerberechtl. Geschäftsführer sei der Beklagte dazu verpflichtet gewesen, alle notwendigen und zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um die Schädigung von Personen oder Sachen zu vermeiden, auch wenn er dazu nicht durch ausdrückliche Schutznormen (der Gewerbeordnung) verhalten gewesen wäre. Er hafte, weil er den gefährlichen Zustand, nämlich das In-Verkehr-Bringen einer unzuverlässigen Gesellschaft, erkennen hätte können und nichts dagegen unternommen habe. Den Beklagten habe auch eine Handlungspflicht aus Ingerenz getroffen. Er habe eine (sogar strafrechtliche) Gefahrenlage herbeigeführt, es aber dann unterlassen, die eintretende Schädigung bei der Klägerin durch das ihm erkennbar gebotene Verhalten abzuwenden.

4. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter: Der Vertrag des Beklagten mit der Bau GmbH über die Überlassung der Gewerbeberechtigung und die Ausübung der Funktion des gewerberechtl. Geschäftsführers entfalte Schutzwirkungen zugunsten der Klägerin. Durch die Überlassung der Gewerbeberechtigung und die Übernahme der Aufgaben als gewerberechtl. Geschäftsführer habe der Beklagte das Auftreten der Bau GmbH am Markt erst ermöglicht; ohne diese Voraussetzungen hätte die Bau GmbH weder Bauaufträge lukrieren, noch zu deren Realisierung Dienstnehmer beschäftigen können. Die Klägerin gehöre hinsichtlich der Zwangsversicherung und der sozialversicherungsrechtlich geschuldeten Beiträge der

Interessenssphäre der Bau GmbH, mit welcher der Beklagte kontrahiert habe, an. Der Beklagte sei aufgrund seiner Vereinbarung mit der Bau GmbH gegenüber der Klägerin zur Fürsorge verpflichtet gewesen, er hätte verhindern müssen, dass der Klägerin aus der Nichtentrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen finanzielle Schäden entstehen. Der Beklagte habe für die Einhaltung gewerberechtlicher Vorschriften, und somit auch für die Hintanhaltung der illegalen Beschäftigung zu sorgen.

5. Haftung gemäß § 69 IO: Die Bau GmbH habe von Beginn an den Tatbestand der Insolvenz erfüllt. Der handelsrechtliche Geschäftsführer sei nicht willens oder nicht in der Lage gewesen, die sich daraus ergebende Pflicht zur Stellung eines Konkursantrags zu erkennen oder im Fall der Kenntnis diesen Schritt zu ergreifen. Dies habe der Beklagte erkannt bzw hätte er dies bei gehöriger, in der Gewerbeordnung geforderter Betätigung erkennen müssen. Als faktischer Geschäftsführer hätte der Beklagte nicht nur darauf hinwirken müssen, dass das Organ der Bau GmbH einen Insolvenzantrag stellt, sondern im Falle des Unterbleibens selbst einen Antrag stellen müssen. Bei pflichtgemäßem Verhalten des Beklagten wäre der klagsgegenständliche Schaden nicht eingetreten.

6. Deliktische Haftung wegen Garantenstellung: Gemäß § 153c StGB (Vorenthalten von Dienstnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung) sei mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen, wer als Dienstgeber Beiträge zur Sozialversicherung dem berechtigten Versicherungsträger vorenthalte. Treffe die Pflicht zur Einzahlung der Beiträge eine juristische Person, so sei Abs 1 auf alle natürlichen Personen anzuwenden, die dem zur Vertretung befugten Organ angehören. Wer als Dienstgeber Beiträge zur Sozialversicherung dem berechtigten Versicherungsträger

betrügerisch vorenthalte, sei gemäß § 153d Abs 1 StGB (Betrügerisches Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen und Zuschlägen nach dem Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz) mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen. Den Beklagten treffe in Ansehung dieser Delikte eine Garantenpflicht nach § 2 StGB, da er durch die Gewerbeordnung dazu verhalten gewesen sei, den Erfolg, der sich in Form des klagsgegenständlichen Schadens im Vermögen der Klägerin manifestiert habe, abzuwenden. Diese Rechtspflicht treffe ihn „im Besonderen“ aufgrund der freiwilligen Übernahme der Funktion als gewerberechtliche Geschäftsführer. Sie ergebe sich aus den angeführten Normen der Gewerbeordnung, aus freiwilliger Pflichtenübernahme und aus Ingerenz aufgrund der Schutzlosigkeit und Schutzbedürftigkeit der Klägerin.

7. Haftung des Beklagten als Beitragstäter nach den §§ 153c und 153d StGB iVm § 12 StGB: Gemäß § 12 StGB begehe nicht nur der unmittelbare Täter die strafbare Handlung, sondern auch jeder, der einen anderen dazu bestimme, sie auszuführen, oder der sonst zu ihrer Ausführung beitrage. Die Handlung des Beitragstäters müsse für den Tatablauf kausal sein. In diesem Sinne sei schon die geringste Hilfe, welche die Tat fördere, ein ausreichend kausaler Beitrag. Der bedingte Vorsatz des Beitragenden müsse sich nur auf eine ausreichend individualisierte Tat beziehen, die aber noch nicht in allen Einzelheiten feststehen müsse. Der Beklagte hafte als Beitragstäter, weil er einen kausalen Tatbeitrag zur Ausführung strafrechtlich verpönten Verhaltens im Sinn dieser Bestimmungen geleistet habe. Er habe im Einverständnis mit der Bau GmbH gehandelt, und zwar „sowohl durch Zurverfügungstellung der Gewerbeberechtigung, als auch durch sonstige Handlungen“.

Der Beklagte bestritt das Klagebegehren dem Grunde und der Höhe nach und wendete ein, dass ein gegen ihn wegen §§ 146, 147, 148 und 153d StGB eingeleitetes Strafverfahren von der Staatsanwaltschaft eingestellt worden sei. Den Antrag der Klägerin auf Fortführung des Verfahrens habe das Strafgericht abgewiesen. Für den von der Klägerin geforderten Schadenersatz fehle es an einer Anspruchsgrundlage. Der gewerberechtliche Geschäftsführer habe nicht für die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge. Der Beklagte habe die ihm durch die Gewerbeordnung auferlegten Pflichten anstandslos erfüllt. Er sei niemals faktischer Geschäftsführer der Bau GmbH gewesen.

Das Erstgericht wies das Hauptbegehren ohne Durchführung eines Beweisverfahrens ab. Die dem Beklagten zur Last gelegten Handlungen und Unterlassungen seien für den bei der Klägerin behauptetermaßen eingetretenen Schaden, nämlich die nicht geleisteten Sozialversicherungsbeiträge, nicht kausal gewesen. Wenn sich der Beklagte so wie von der Klägerin gefordert verhalten hätte - indem er einen Insolvenzantrag eingebracht, sie von dubiosen Vorgängen verständigt, die Zurverfügungstellung seiner Gewerbeberechtigung unterlassen bzw die bereits zur Verfügung gestellte Gewerbeberechtigung der Bau GmbH entzogen hätte -, dann wären die von der Klägerin schließlich zwangsversicherten Arbeiter nicht beschäftigt und auch nicht angemeldet worden. In diesem Fall hätte die Klägerin jedoch keinen Anspruch auf die Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen gegen wen auch immer gehabt. Ihr Vermögensstatus wäre daher ident mit jenem gewesen, der nun nach ihrem Vorbringen bei ihr eingetreten sei, nämlich, dass sie die auf diese Arbeitsverhältnisse entfallenden Sozialversicherungsbeiträge im Ausmaß des Hauptbegehrens

der Klage nicht erhalten habe. Der alternative Kausalverlauf hätte daher nach ihrem eigenen Vorbringen zum selben Ergebnis geführt. Im Übrigen finde die Klagsforderung in den Bestimmungen der Gewerbeordnung keine Grundlage, weil der gewerberechtliche Geschäftsführer nach der GewO nur für die „Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften“ hafte. Ob der Beklagte als Beitragstäter einer Straftat gehandelt habe, werde bei der Entscheidung über das Eventualbegehren zu prüfen sein.

Das Berufungsgericht hob das Ersturteil auf, verwies die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurück und erklärte den Rekurs an den Obersten Gerichtshof für zulässig. Die Auffassung des Erstgerichts, wonach der Vermögensstatus der Klägerin auch bei alternativem Kausalverlauf derselbe geblieben wäre, sei nicht stichhältig. Vielmehr seien die dem Beklagten zur Last gelegten Handlungen und Unterlassungen für den Eintritt des Schadens der Klägerin (vorenthaltene Sozialversicherungsbeiträge) kausal gewesen, weil es bei pflichtgemäßem Verhalten nicht zur Begründung von Zwangsversicherungsverhältnissen zu den Diensthemern der Bau GmbH und Nichtzahlung der dem gewährten Versicherungsschutz äquivalenten Sozialversicherungsbeiträge gekommen wäre.

Zu den von der Klägerin bezogenen Anspruchsgrundlagen führte das Berufungsgericht Folgendes aus:

1. Verletzung der Bestimmungen der GewO: Die Voraussetzungen des § 13 GewO, der darauf abziele, natürliche Personen von der Ausübung eines Gewerbes fernzuhalten, sofern sie fremde Gläubiger geschädigt, betrügerische Krida begangen, einen Gläubiger begünstigt, grob fahrlässig Gläubigerinteressen beeinträchtigt oder sonst

strafbar gehandelt und dabei eine mehr als dreimonatige Freiheitsstrafe oder eine Geldstrafe von mehr als 180 Tagessätzen erhalten haben, seien schon mangels entsprechenden Klagsvorbringens beim Beklagten nicht gegeben.

Unzutreffend sei auch, dass aus der Bestimmung des § 16 GewO über den Befähigungsnachweis abzuleiten sei, dass der Beklagte für ein ordnungsgemäßes Rechnungswesen der Bau GmbH und die Abführung der Beiträge durch diese sorgen hätte müssen. Der Befähigungsnachweis diene primär dem Schutz der Kunden und Konsumenten. Seine Bedeutung liege darin, einen gewissen Standard der Leistungen des Gewerbes zu sichern.

§ 39 GewO normiere die Haftung des gewerberechlichen Geschäftsführers sowohl gegenüber dem Gewerbeinhaber als auch gegenüber der Behörde. Eine Haftung Dritten gegenüber sehe das Gesetz nicht vor. Aber auch wenn § 39 GewO als Schutzgesetz zu qualifizieren sei, werde nur für Schäden im Rechtswidrigkeitszusammenhang gehaftet. Schutzzweck der Bestimmung, dass der gewerberechliche Geschäftsführer entsprechend im Betrieb tätig sein müsse, sei es, die Geschäftspartner der Gesellschaft vor den nachteiligen Folgen des Fehlens eines sich entsprechend im Betrieb betätigenden gewerberechlichen Geschäftsführers zu bewahren. Dessen Haftung beziehe sich aber nur auf die „gewerberechlichen Vorschriften“. Die kaufmännische Führung des Betriebs einschließlich der Abführung der Sozialversicherungsbeiträge fielen nicht in seinen Verantwortungsbereich. Der geltend gemachte Schaden sei nicht aus der Verletzung gewerberechlicher Vorschriften entstanden.

§ 87 GewO über die Entziehung der Gewerbeberechtigung sei eine abstrakte Schutznorm, die pro

futuro von der Ausübung eines Gewerbes ausschlieÙe und keine geeignete Haftungsgrundlage für den von der Klägerin geltend gemachten Schaden bilde.

2. Faktischer Geschäftsführer: Nach der Rechtsprechung sei faktischer Geschäftsführer eine Person, die - ohne förmlich bestellt zu sein - maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung nehme, wobei es nicht darauf ankomme, ob es sich um einen Angestellten, Gesellschafter, Angehörigen oder Außenstehenden handle. Die Qualifizierung des Beklagten als faktischen Geschäftsführer der Bau GmbH stehe in diametralem Widerspruch zum Vorbringen der Klägerin. Danach habe der Beklagte zwar die Gewerbeberechtigung der Gesellschaft entgeltlich zur Verfügung gestellt, sich jedoch sonst gerade nicht um deren Geschäfte gekümmert. Schon nach dem Klagsvorbringen könne der Beklagte daher nicht als faktischer Geschäftsführer angesehen werden.

3. Verletzung von Verkehrssicherungspflichten/ Ingerenz und deliktische Haftung wegen Garantenstellung: Dem Argument der Klägerin, der Beklagte sei aufgrund seines Vertrags mit der Bau GmbH sowie durch Ingerenz - nämlich durch seine Stellung als gewerberechtlicher Geschäftsführer - dazu verhalten gewesen, den Schaden von der Klägerin abzuwenden, hielt das Berufungsgericht entgegen, dass der Beklagte aufgrund der GewO keine Garantenstellung innehatte. Da die GewO bereits aufgrund des fehlenden Rechtswidrigkeitszusammenhangs als Grundlage für eine zivilrechtliche Haftung ausscheide, könne sie für den gewerberechtlichen Geschäftsführer auch keine Garantenstellung iSd § 2 StGB bezüglich sozialversicherungsrechtlicher Zahlungen begründen.

4. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter: Eine Haftung des Beklagten scheitere unter anderem schon

daran, dass Gegenstand des Vertrags nur die Einhaltung der gewerberechlichen Vorschriften sei. Im Übrigen sei Grundvoraussetzung für die Einbeziehung in den Schutzbereich eines Vertrags das schutzwürdige Interesse des Dritten. Ein solches sei zu verneinen, wenn der Dritte kraft eigener rechtlicher Sonderverbindung mit einem Vertragspartner einen deckungsgleichen Anspruch auf Schadenersatz habe. Da die Klägerin einen deckungsgleichen Anspruch gegen die Bau GmbH habe, könne sie sich auch aus diesem Grund nicht erfolgreich auf Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter berufen.

5. Haftung gemäß § 69 IO: Eine Haftung nach Abs 3 dieser Bestimmung scheitere schon daran, dass der Beklagte nicht faktischer Geschäftsführer sei und als gewerberechlicher Geschäftsführer den handelsrechtlichen im handels-, insolvenz- und sozialversicherungsrechtlichen Bereich nicht verdränge.

6. Haftung als Beitragstäter nach den §§ 153c und 153d StGB iVm § 12 StGB: Bei den genannten Bestimmungen handle es sich um unrechtsgeprägte Sonderdelikte: Zufolge § 14 Abs 1 iVm § 12 StGB könne sich auch jeder Extraneus strafbar machen. Erfasst werde daher auch jede Person, die - ohne selbst Dienstgeber zu sein oder dem zur Vertretung befugten Organ anzugehören - das verantwortliche Mitglied des vertretungsbefugten Organs zum Vorenthalten von Dienstnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung bestimme oder dazu beitrage. Die Klägerin habe ausreichend schlüssiges Vorbringen zur Verwirklichung der Straftatbestände der §§ 153c und 153d StGB durch den Beklagten als Beitragstäter erstattet, welche eine mögliche Haftungsgrundlage für das Klagebegehren bildeten. Dazu werde das Erstgericht im fortgesetzten Verfahren Beweise aufzunehmen und Feststellungen zu treffen und danach neuerlich über das

Hauptbegehren zu entscheiden haben. Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof sei zulässig, weil oberstgerichtliche Rechtsprechung zu der in ihrer Bedeutung über den Einzelfall hinausgehenden Frage fehle, ob und unter welchen Voraussetzungen der gewerberechtliche Geschäftsführer einer GmbH zur Haftung für von der Gesellschaft nicht abgeführte Sozialversicherungsbeiträge herangezogen werden könne.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der Rekurs der Klägerin. Sie strebt eine Stattgebung des Klagebegehrens an.

Die Klägerin vertritt erneut den Standpunkt, die Bestimmungen der GewO - insbesondere die mit der Gewerbeordnungsnovelle 2004 aufgenommene Bestimmung des § 87 GewO - könnten als Schutzgesetze auch zugunsten der Sozialversicherungsträger angesehen werden. Der Ausführung des Berufungsgerichts, wonach die Haftung aus dem Titel des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter wegen der eigenen rechtlichen Sonderverbindung der Klägerin zur Bau GmbH scheitere, hält die Rekurswerberin ihre besondere Schutzbedürftigkeit wegen des Zwangspflichtversicherungsverhältnisses entgegen. Im Übrigen sei der Anspruch nicht deckungsgleich, weil ein solcher gegenüber der Scheinfirma wegen der (beabsichtigten) Insolvenz ausscheide. Die Haftung als „faktischer Geschäftsführer“ werde schon durch die Übernahme der gewerberechtlichen Geschäftsführerschaft begründet, ohne dass es auf sonstige Einflussnahmen auf die Geschäftsführung ankomme. Der Beklagte hafte daher auch gemäß § 69 IO wegen pflichtgemäß gebotener, aber unterlassener Beantragung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Bau GmbH. Schließlich böten die Garantienstellung des Beklagten sowie die ihn treffende Verkehrssicherungspflicht weitere Haftungsgrundlagen.

Der Beklagte beantragt in seiner Rekursbeantwortung, das Rechtsmittel der Klägerin zurück- bzw abzuweisen.

Der Rekurs ist zulässig, aber nicht berechtigt.

1. Der Oberste Gerichtshof erachtet die Begründung des Berufungsgerichts im angefochtenen Beschluss zur Stellung des gewerberechlichen Geschäftsführers für zutreffend, sodass zunächst darauf verwiesen werden kann.

2. Der gewerberechliche Geschäftsführer ist für die Einhaltung der gewerberechlichen Vorschriften, nicht aber für die Einhaltung grundsätzlich aller im Zusammenhang mit der Ausübung eines Gewerbes relevanten Rechtsvorschriften verantwortlich (*Grabler/Stolzlechner/Wendl*, GewO³ § 39 Rz 6). Regelungen, die zwar zur Gewerbeausübung in Beziehung stehen, jedoch nicht auf dem Kompetenztatbestand „Angelegenheit des Gewerbes und der Industrie“ gemäß Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG fußen, scheiden für die Verantwortlichkeit des gewerberechlichen Geschäftsführers aus, darunter unter anderem arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Vorschriften (*Hanusch*, GewerbeO [2012] § 39 Rz 24).

3. Wenn sich die Klägerin darauf beruft, dass § 87 Abs 1 Z 3 GewO in der Fassung der 2. GewONov 2004 als Schutzinteresse unter anderem die „Hintanhaltung der illegalen Beschäftigung“ nennt, so steht dies in keinem Zusammenhang mit den von der Klägerin behaupteten Handlungen bzw Unterlassungen des Beklagten. Das Pflichtversicherungsverhältnis zwischen Dienstnehmer und Sozialversicherungsträger besteht nämlich meldeunabhängig. Es kommt nicht darauf an, ob dem zuständigen Versicherungsträger die Erfüllung des die Pflichtversicherung

begründenden Tatbestands rechtzeitig oder überhaupt gemeldet wurde (6 Ob 190/04s).

4. Aus den von der Klägerin genannten gewerberechtlichen Vorschriften ergibt sich keine ausdrückliche Verpflichtung des gewerberechtlichen Geschäftsführers zur Abführung der Krankenkassenbeiträge. Es stellt sich daher die Frage, ob nicht dennoch die GewO aufgrund ihres allgemeinen Schutzzwecks - somit als Schutzgesetz gemäß § 1311 ABGB - zur Begründung des gegenständlichen Schadenersatzanspruchs herangezogen werden kann. Zu fragen ist, ob die gewerberechtlichen Bestimmungen - wie von der Klägerin in zahlreichen Abwandlungen und Wendungen versucht wurde zu begründen - als Schutzgesetze den hier geltend gemachten Schäden vorzubeugen suchen (arg. § 1311 ABGB: „... hat er ein Gesetz, das den zufälligen Beschädigungen vorzubeugen sucht, übertreten ... so haftet er für allen Nachteil, welcher außer dem nicht erfolgt wäre“).

5. Nach der Rechtsprechung sind Schutzgesetze abstrakte Gefährdungsverbote, die bestimmte Personen oder Personengruppen vor einer Verletzung ihrer Rechtsgüter schützen sollen. Nicht nur Gesetze im staatsrechtlichen Sinn, sondern jede Rechtsnorm kann ein Schutzgesetz sein (*Harrer* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar § 1311 Rz 9). Die Vorschriften der GewO können grundsätzlich als Schutzgesetze iSv § 1311 ABGB erachtet werden (vgl 1 Ob 173/02a; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1311 Rz 4). Der Verstoß gegen ein Schutzgesetz begründet aber eine Haftung nur für jene Schäden, welche die Schutznorm verhindern sollte. Im Einzelfall ist daher zu prüfen, ob das Gesetz überhaupt den Schutz Einzelner bezweckt, ob es gerade den entstandenen Schaden verhindern wollte und jene

Interessen verletzt wurden, deren Schutz im Zweckbereich der Norm liegt (*Harrer* aaO Rz 10).

6. Der Oberste Gerichtshof führte in der Entscheidung 4 Ob 236/02p, die über den Anspruch eines Werkbestellers gegen den gewerberechtlichen Geschäftsführer des Werkunternehmers wegen mangelhafter Vertragserfüllung abzusprechen hatte, aus, der Anspruch der Klägerin scheitere nicht daran, dass § 39 GewO kein Schutzgesetz wäre, sondern am fehlenden Rechtswidrigkeitszusammenhang. Die Gewerbeordnung enthalte nämlich keine Bestimmung, die den Gewerbeinhaber verpflichtete, Aufträge fachgerecht auszuführen. Aus ihr könne daher auch nicht eine Verpflichtung des gewerberechtlichen Geschäftsführers abgeleitet werden, die fachgerechte Ausführung von Aufträgen zu überwachen. Damit entfalle aber auch jede Haftung des gewerberechtlichen Geschäftsführers für Schäden, die der Auftraggeber des Gewerbeinhabers dadurch erleide, dass der Gewerbeinhaber den Auftrag nicht fachgerecht ausführte. Eine Haftung für derartige Schäden könne auch nicht aus dem Vertrag zwischen dem Gewerbeinhaber und dem gewerberechtlichen Geschäftsführer abgeleitet werden. Gegenstand des Vertrags seien auf Seiten des gewerberechtlichen Geschäftsführers die Verpflichtungen, die dieser mit der Übernahme seiner Funktion eingehe. Sie bestünden allein in der Haftung für die Einhaltung gewerberechtlicher Vorschriften. Hafte der gewerberechtliche Geschäftsführer damit seinem Vertragspartner nur für die Einhaltung gewerberechtlicher Vorschriften, so könnten auch gegenüber Dritten Schutzpflichten nur in diesem Bereich bestehen. Aus demselben Grund scheitere auch eine Haftung des gewerberechtlichen Geschäftsführers aus dem Titel des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.

7. Ähnlich verhält es sich im Zusammenhang mit dem hier gegebenen Sachverhalt: Der Zweckbereich der von der Klägerin herangezogenen Bestimmungen der GewO liegt in der fachlich einwandfreien Gewerbeausübung. Nur diese liegt im Verantwortungsbereich des gewerberechtl. Geschäftsführers (vgl. *Filzmoser*, Die Haftung des gewerberechtl. Geschäftsführers, RdW 1992, 98). Gemäß § 39 Abs 1 GewO ist der vom Gewerbeinhaber bestellte gewerberechtl. Geschäftsführer dem Gewerbeinhaber gegenüber für die fachlich einwandfreie Ausübung des Gewerbes und der Behörde gegenüber für die Einhaltung der gewerberechtl. Vorschriften verantwortlich. Seine Aufgabe ist es demnach (nur), auf die Einhaltung der gewerberechtl. Vorschriften zu achten. Sein Verantwortungsbereich ist dabei auf die gewerberechtl. Vorschriften begrenzt, die die Ausübung des Gewerbes betreffen (4 Ob 137/06k). Eine Haftung gegenüber Dritten kommt nur dann in Betracht, wenn eine drittschützende gewerberechtl. Vorschrift verletzt wird (*Koppensteiner* in *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 15 Rz 4).

Daraus folgt, dass eine Haftung des Beklagten aus Schutzgesetzverletzung gemäß § 1311 ABGB im Zusammenhang mit der GewO im vorliegenden Fall ausscheidet.

8. Zum Haftungsgrund des „faktischen Geschäftsführers“: Faktischer Geschäftsführer ist, wer - ohne förmlich bestellt zu sein - maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung nimmt, womit es nicht darauf ankommt, ob es sich um einen Angestellten, Gesellschafter, Angehörigen oder Außenstehenden handelt (RIS-Justiz RS0119794). Dem (bloß) faktischen Geschäftsführer einer GmbH, zu dessen tatsächlich übernommenem Agendenkreis das Einbehalten und die Abführung von Dienstnehmeranteilen an

Sozialversicherungsbeiträgen zählt, kommt Subjektqualität nach § 114 ASVG (nunmehr [seit 1. 3. 2006] § 153c StGB) zu (RIS-Justiz RS0084661).

Das Berufungsgericht hat zutreffend ausgeführt, dass eine Haftung des Beklagten aus diesem Titel schon deswegen ausscheidet, weil die Klägerin vorbrachte, der Beklagte habe sich entgegen seinen gesetzlichen Verpflichtungen um den Geschäftsbetrieb der Bau GmbH nicht gekümmert. Somit hatte der Beklagte schon nach den Klagebehauptungen keinen maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung der Bau GmbH; aus der zitierten Strafnorm lässt sich eine zivilrechtlich relevante Verhaltenspflicht des Beklagten nicht ableiten (vgl. *Karollus*, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung [1992] 216 f).

Mangels faktischer Geschäftsführung des Beklagten haftet er auch nicht nach § 69 IO.

9. Da die gewerberechtlichen Verpflichtungen des Beklagten keine besondere Pflichtenübernahme im Hinblick auf die abzuführenden Sozialversicherungsbeiträge begründen, kann aus Bestimmungen der GewO auch keine „Garantenstellung“ des Beklagten iSd § 2 StGB abgeleitet werden.

Trifft die Pflicht zur Einzahlung der Dienstnehmerbeiträge eine juristische Person, zB eine GmbH, oder eine Personengemeinschaft ohne Rechtspersönlichkeit, kommen als Täter jene natürlichen Personen in Betracht, die dem zur Vertretung befugten Organ angehören, also zB die Geschäftsführer einer GmbH. Dies schreibt § 153c Abs 2 erster Satz StGB ausdrücklich vor (*Kirchbacher/Presslauer* in WK² StGB § 153c Rz 4). Leitende Angestellte sind nicht von § 153c Abs 2 StGB erfasst, sie können aber als Beteiligte strafbar werden (*Kirchbacher/Presslauer* aaO Rz 5). § 153d

Abs 3 StGB erfasst allerdings neben natürlichen Personen, die Dienstgeber sind, auch leitende Angestellte. Das sind Angestellte eines Unternehmens, auf dessen Geschäftsführung ihnen ein maßgeblicher Einfluss zusteht (*Kirchbacher/Presslauer* aaO § 153d Rz 5, 8).

Ein maßgeblicher Einfluss des Beklagten auf die Geschäftsführung der Bau GmbH ist aber - wie oben begründet - zu verneinen. Gleiches gilt für einen aus der unmittelbaren Täterschaft des Beklagten gemäß §§ 153c und 153d StGB abgeleiteten Zahlungsanspruchs der Klägerin.

10. Das Berufungsgericht hat jedoch eine mögliche Haftung des Beklagten als Beitragstäter nach den §§ 153c und 153d StGB angenommen. Die Klägerin habe vorgebracht, der Beklagte habe im Einverständnis mit der Gemeinschuldnerin gehandelt, und zwar sowohl durch die Zurverfügungstellung der Gewerbeberechtigung, als auch durch „sonstige aktive Handlungen“.

In der Tat wäre eine Haftung des gewerberechtigten Geschäftsführers für vorenthaltene Sozialversicherungsbeiträge dann begründbar, wenn er einen vorsätzlichen Tatbeitrag zu tatbildlichen Handlungen im Sinne der §§ 153c und 153d StGB des unternehmensrechtlichen Geschäftsführers geleistet hätte. Dieser Tatbeitrag kann auch darin liegen, dass der Beklagte der Bau GmbH seine Gewerbeberechtigung mit dem (zumindest bedingten) Vorsatz zur Verfügung stellte, an einem (betrügerischen) Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen bzw Dienstnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung durch den handelsrechtlichen Geschäftsführer mitzuwirken. An der Kausalität bestünde - entgegen der Auffassung des Erstgerichts - kein Zweifel, weil anzunehmen wäre, dass ohne seinen Tatbeitrag ein anderes Unternehmen mit der Durchführung der Arbeiten

beträut worden wäre und dieses die Sozialversicherungsbeiträge an die Klägerin abgeführt hätte.

Das umfassende Vorbringen der Klägerin im Zusammenhang mit der Darstellung des - auch hier angenommenen - Handlungsmusters eines „Sozialbetrugs“ ist in diesem Sinne zu verstehen.

Das Berufungsgericht vermisst daher zu Recht Feststellungen des Erstgerichts zu den behaupteten Handlungen bzw Unterlassungen des Beklagten als Beitragstäter iSd §§ 153c und 153d StGB.

Dem Rekurs der Klägerin ist somit nicht Folge zu geben.

Der Kostenvorbehalt gründet auf § 52 Abs 1 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 19. März 2013
Dr. S c h e n k
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: