



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

II ZR 389/12

Verkündet am:

11. Juni 2013

Stoll

Justizhauptsekretärin

als Urkundsbeamtin

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: \_\_\_\_\_ ja

BGB § 823 Abs. 2 Be; StGB §§ 266a, 14, 3; EGBGB Art. 40 Abs. 1 Satz 2

Dass sich die Eigenschaft des Organs oder des Beauftragten bei der Tat des § 266a StGB auf eine ausländische Gesellschaft bezieht, steht einer Einordnung als Täter nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB oder § 14 Abs. 2 StGB nicht entgegen.

BGH, Urteil vom 11. Juni 2013 - II ZR 389/12 - OLG Dresden  
LG Dresden

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Juni 2013 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bergmann, den Richter Dr. Strohn, die Richterinnen Caliebe und Dr. Reichart sowie den Richter Sunder

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 29. August 2012 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin macht als die zuständige Einzugsstelle einen Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten wegen Nichtabführens von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung geltend.

2 Der Beklagte war laut Eintragung im Handelsregister des Kantons Tessin in der Zeit vom 29. September 2004 bis zum 15. September 2008 Vorsitzender der Direktion (presidente della direzione) der nach schweizerischem Recht gegründeten F. AG (im Folgenden: F. ) mit Sitz in der Schweiz. Er hat dieses Amt nach seiner Behauptung am 6. Februar 2008 niedergelegt. Die Gesellschaft beschäftigte Arbeitnehmer in Deutschland, für die sie Beitragsnachweise bei der Einzugsstelle einreichte.

3 Die Klägerin hat behauptet, für den Zeitraum von Februar 2007 bis Januar 2009 seien fällige Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung in Höhe von 33.862,49 € nicht gezahlt worden. Mit ihrer Klage nimmt sie den Beklagten auf Zahlung dieses Betrages in Anspruch.

4 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Dagegen wehrt sich die Klägerin mit der vom erkennenden Senat zugelassenen Revision.

#### Entscheidungsgründe:

5 Die Revision hat Erfolg und führt unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

6 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

7 Die Klägerin habe die haftungsbegründenden Tatsachen eines Schadensersatzanspruchs gegen den Beklagten nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 266a, 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht hinreichend dargelegt. Entgegen der Auffassung der Klägerin folge die Verantwortlichkeit des Beklagten für die

Abführung der Beiträge nicht aus seinem Amt als „Präsident der Direktion“. Die Klägerin habe nicht schlüssig dargelegt, dass die Abführung der Beiträge zur Sozialversicherung zu den Aufgaben des Beklagten gehörte. Sie verkenne bereits, dass haftungsrechtlicher Anknüpfungspunkt nicht die Vertretungsbefugnis des Beklagten, sondern allein seine Geschäftsführungsaufgaben sein könnten, weil sich nur aus diesen eine individuelle Handlungspflicht ergeben könne. Dem bestellten Direktor einer schweizerischen Aktiengesellschaft komme kraft Gesetzes nicht die Funktion eines Organs der Gesellschaft zu. Bereits deshalb bestünden Zweifel, ob außerhalb der Grundsätze der sog. faktischen Geschäftsführung für die Anwendung des § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB, der ausdrücklich das Handeln eines vertretungsberechtigten Organs fordere, Raum bleibe. Dies könne aber letztlich dahinstehen. Die Geschäftsführung und Vertretung oblägen nach schweizerischem Recht grundsätzlich dem Verwaltungsrat, der sie, sofern er im Gesellschaftsstatut hierzu ermächtigt worden sei, ganz oder teilweise an Dritte übertragen dürfe. Zu einer haftungsbegründenden, organähnlichen Allzuständigkeit des Direktors einer Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht könne man daher nur über den konkreten Bestellungsakt und die damit übertragenen Geschäftsführungsaufgaben gelangen. Zur Reichweite des Bestellungsakts habe die Klägerin aber nicht vorgetragen. Die - gegebenenfalls infolge der Eintragung im Handelsregister auf einen Rechtsschein gegründete - unbeschränkte Vertretungsmacht des Beklagten besage nichts über seinen gesellschaftsrechtlichen Pflichtenkreis im Rahmen der Geschäftsführung.

- 8            Selbst wenn man annähme, die Klägerin habe vortragen wollen, dass dem Beklagten die unbeschränkte Geschäftsführungsmacht übertragen worden sei, wäre dieser Vortrag unsubstanziert und die beantragte Vernehmung von Mitgliedern des Verwaltungsrats als Zeugen abzulehnen, da es sich dabei um einen unzulässigen Ausforschungsbeweis handeln würde. Die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Klägerin habe lediglich insoweit nicht aussagekräf-

tige, veraltete - und zudem nur in italienischer Sprache abgefasste - Auskünfte aus dem elektronischen Handelsregister vorgelegt. Dass sich aus der vom Beklagten eingeräumten Funktion als Leiter des Geschäftsbereichs Marketing und Vertrieb die eigenverantwortliche Pflicht zur Abführung der Arbeitnehmerbeiträge ergebe, sei weder der arbeitsvertraglichen Formulierung noch den sonstigen Umständen zu entnehmen.

9 Die Klägerin habe auch keine Tatsachen vorgetragen, welche die Annahme einer Verantwortlichkeit des Beklagten wegen einer sog. faktischen Geschäftsführung rechtfertigen könnten.

10 II. Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsfehlern. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe die haftungsrechtliche Verantwortung des Beklagten für das nicht rechtzeitige Abführen der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung nicht schlüssig dargelegt, hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

11 1. Zu Recht ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass ein Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen den Beklagten nach § 823 Abs. 2 BGB, § 266a Abs. 1 StGB in Betracht kommt, wenn der Beklagte ein vertretungsberechtigtes Organ der F. im Sinne des § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB war.

12 a) Der aus einer Unterlassung (Vorenthalten von Beiträgen) folgende deliktische Schadensersatzanspruch richtet sich - unabhängig von der Frage, wo zu handeln gewesen wäre - gemäß Art. 40 Abs. 1 Satz 2 EGBGB, § 3 StGB nach deutschem Recht. Der Verletzte einer unerlaubten Handlung kann nach Art. 40 Abs. 1 Satz 2 EGBGB verlangen, dass das Recht des Staates angewendet wird, in dem der Erfolg eingetreten ist, hier also das Recht des Staates, in dem der ersetzt verlangte Vermögensschaden entstanden ist. Der Vermö-

gensschaden der Klägerin ist in Deutschland entstanden. Die Klägerin hat die Wahl des deutschen Rechts dadurch getroffen, dass sie sich zur Begründung ihres Anspruchs auf die Vorschriften des deutschen Rechts berufen hat.

13           b) Nach § 823 Abs. 2 Satz 1 BGB ist zum Schadensersatz verpflichtet, wer gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. § 266a StGB ist ein solches Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB. Handelt es sich bei dem Schutzgesetz wie hier um ein Strafgesetz, so kommt als Schadensersatzpflichtiger in Betracht, wer als Täter oder Teilnehmer gegen die entsprechende Strafvorschrift verstoßen kann. Eine Haftung des Beklagten als Teilnehmer an der Straftat eines anderen hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei verneint; die Revision erhebt insoweit auch keine Rügen. Eine Ersatzpflicht des Beklagten kann also nur dann bestehen, wenn er Täter ist. Täter einer Straftat nach § 266a StGB können nur der Arbeitgeber (Abs. 1) und die ihm nach § 266a Abs. 5 StGB gleichgestellten Personen sowie die im Sinne von § 14 StGB für den Arbeitgeber handelnden Personen sein (vgl. Fischer, StGB, 60. Aufl., § 266a Rn. 3, Schönke/Schröder/Perron, Strafgesetzbuch, 28. Aufl., § 266a Rn. 20 mwN).

14           Nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist, wenn jemand als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs handelt, ein Gesetz, nach dem besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände (besondere persönliche Merkmale) die Strafbarkeit begründen, auch auf den Vertreter anzuwenden, wenn diese Merkmale zwar nicht bei ihm, aber bei dem Vertretenen vorliegen.

15           Aber auch ohne eine Organstellung im Sinne des § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB kann der Beklagte Täter im Sinne des § 266a StGB sein. Nach § 14 Abs. 2 Satz 1 und 2 StGB ist auf denjenigen, der beauftragt ist, einen Betrieb oder ein

Unternehmen ganz oder zum Teil zu leiten, oder der ausdrücklich beauftragt ist, in eigener Verantwortung Aufgaben wahrzunehmen, die dem Inhaber des Betriebs oder Unternehmens obliegen, und der aufgrund dieses Auftrags handelt, ein Gesetz, nach dem besondere persönliche Merkmale die Strafbarkeit begründen, anzuwenden, wenn diese Merkmale zwar nicht bei ihm, aber bei dem Inhaber des Betriebs oder Unternehmens vorliegen. Danach ist der Beklagte jedenfalls dann Täter nach § 14 Abs. 2 StGB, wenn ihm eine umfassende Geschäftsführungsmacht übertragen worden ist und er diese Geschäftsführungsmacht auch ausgeübt hat.

16 Dass sich die - mögliche - Eigenschaft des Beklagten als Organ oder als Beauftragter auf eine ausländische Gesellschaft bezieht, steht seiner Einordnung als Täter im Sinne des § 226a Abs. 1, § 14 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Satz 1, 2 StGB nicht entgegen (vgl. Rönna, ZGR 2005, 832, 842 ff. in Bezug auf den Director einer Limited). Für die Strafbarkeit und damit auch die zivilrechtliche Haftung kommt es entscheidend auf das Tätigkeitsbild der betreffenden Person an. Das ist im Anwendungsbereich des § 14 Abs. 2 StGB nicht abhängig von dem Sitz der Gesellschaft, und auch im Anwendungsbereich des § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB hat das Berufungsgericht nicht festgestellt, dass sich die Aufgaben der Direktion einer schweizerischen Aktiengesellschaft notwendig von denen eines Vorstands einer deutschen Aktiengesellschaft unterscheiden würden. Ob sie sich hier tatsächlich unterschieden haben, ist eine Frage tatrichterlicher Würdigung.

17 c) Dabei hat das Berufungsgericht aber die Anforderungen an den Vortrag der Klägerin zu der Tätoreigenschaft des Beklagten überspannt.

- 18 Nach schweizerischem Recht sind die Generalversammlung, der Verwaltungsrat und die Revisionsstelle nur die "zwingenden Organe" einer Aktiengesellschaft. Daneben ist die Bildung weiterer "Organe" möglich (Wagner, Gesellschaftsrecht in der Schweiz und in Liechtenstein, 3. Aufl., S. 36). So können Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse auf die Mitglieder einer Direktion übertragen werden (Meier-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., § 16 Rn. 576).
- 19 Vor diesem Hintergrund hat die Klägerin ihrer Darlegungslast genügt, indem sie vorgetragen hat, der Beklagte sei "vertretungsberechtigtes Geschäftsführungsorgan" der F. gewesen, er sei mit Veröffentlichung im Handelsregister zum vertretungsberechtigten Direktor bestellt worden. Das Berufungsgericht stellt zu eng auf die Handelsregistereintragung ab und nimmt an, diese gebe nur Auskunft über die Vertretungsmacht, nicht aber auch über die Geschäftsführungsbefugnis. Die Übertragung einer unbeschränkten Vertretungsbefugnis an den Vorsitzenden der Direktion ohne gleichzeitige Übertragung einer zumindest weitgehenden Geschäftsführungsbefugnis könnte sich nach schweizerischem Recht als ein Ausnahmefall darstellen, der nach deutschem Zivilprozessrecht vom Beklagten darzulegen und zu beweisen wäre. Wenn das Berufungsgericht insoweit Bedenken hatte, hätte es das schweizerische Recht im Einzelnen nach § 293 ZPO feststellen müssen (vgl. BGH, Urteil vom 30. April 2013 - VII ZB 22/12, juris Rn. 39). Dass es über entsprechende eigene Kenntnisse verfügt, hat es nicht dargelegt. Damit konnte sich die Klägerin darauf beschränken vorzutragen, dass der Beklagte zum vertretungsberechtigten Geschäftsführungsorgan bestellt worden sei.

20           Selbst wenn das Berufungsgericht Zweifel in Bezug auf die Organstellung des Beklagten gehabt haben sollte, hätte es den Vortrag der Klägerin jedenfalls im Hinblick auf seine mögliche Strafbarkeit als Beauftragter im Sinne des § 14 Abs. 2 StGB würdigen müssen. Dass die Klägerin keine Einsicht in die schweizerischen Handelsregisterakten genommen hat und deshalb zu dem daraus möglicherweise ersichtlichen Umfang der übertragenen Geschäftsführungsbefugnis nicht vortragen konnte, macht ihren Vortrag entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts noch nicht unsubstanziert. Wenn sich aus der Handelsregisterakte eine umfassende Übertragung der Geschäftsführungsbefugnis ergeben sollte, würde das eine Beweisaufnahme insoweit möglicherweise überflüssig machen. Die Klägerin ist aber nicht gehindert, auch ohne Einsicht in die Handelsregisterakte eine umfassende Übertragung der Geschäftsführungsbefugnis auf den Beklagten zu behaupten. Diese Behauptung ist angesichts der im schweizerischen Handelsregister eingetragenen unbeschränkten Vertretungsbefugnis des Beklagten auch nicht nur "ins Blaue hinein" aufgestellt.

21           Das Berufungsgericht wird in der neuen Verhandlung durch Vernehmung der angebotenen Zeugen festzustellen haben, ob dem Beklagten eine umfassende Geschäftsführungsbefugnis übertragen worden ist oder zumindest eine Geschäftsführungsbefugnis, von der auch die Abführung von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung umfasst war. Dass sich der Beklagte auf einen Arbeitsvertrag mit der F. vom 2. Mai 2005 berufen hat, in dem ihm (nur) die Aufgabenbereiche Marketing und Vertrieb übertragen worden sind, steht seiner weitergehenden Geschäftsführungs- oder jedenfalls Überwachungsbefugnis und -pflicht als Vorsitzender der Direktion nicht zwingend entgegen, zumal die im Handelsregister schon am 5. Oktober 2004 erfolgte Eintragung des Beklagten als Vorsitzender der Direktion trotz des Arbeitsvertrages nicht gelöscht oder eingeschränkt worden ist.

22            2. Auch die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Eigenschaft des  
Beklagten als faktisches Organ der F. sind nicht frei von Rechtsfehlern.

23            Faktischer Geschäftsführer oder faktischer Vorstand ist nach der von den  
Strafsenaten des Bundesgerichtshofs in ständiger Rechtsprechung vertretenen  
Definition derjenige, der die Geschäftsführung mit Einverständnis der Gesell-  
schafter ohne förmliche Bestellung faktisch übernommen hat, tatsächlich ausübt  
und gegenüber dem formellen Geschäftsführer eine überragende Stellung ein-  
nimmt oder zumindest das deutliche Übergewicht hat (BGH, Urteil vom 22. Sep-  
tember 1982 - 3 StR 287/82, BGHSt 31, 118, 122; Urteil vom 10. Mai 2000  
- 3 StR 101/00, BGHSt 46, 62, 64 f.; Urteil vom 13. Dezember 2012  
- 5 StR 407/12, ZIP 2013, 313 Rn. 7 f.; s. auch BGH, Urteil vom 21. März 1988  
- II ZR 194/87, BGHZ 104, 44, 47 f.; Beschluss vom 11. Februar 2008  
- II ZR 291/06, ZIP 2008, 1026 Rn. 5). Wer diese Merkmale erfüllt, kann Täter  
des § 266a StGB sein (BGH, Beschluss vom 28. Mai 2002 - 5 StR 16/02,  
BGHSt 47, 318, 324 f.; Beschluss vom 7. März 2007 - 1 StR 301/06, BGHSt 51,  
224 Rn. 27). Das Berufungsgericht hat auch insoweit die Anforderungen an die  
Darlegung dieser Voraussetzungen durch die Klägerin überspannt.

24            a) Die Klägerin hat vorgetragen, der Beklagte habe die Unternehmenspo-  
litik bestimmt, das Unternehmen organisiert, die Mitarbeiter K. , H.  
und He. eingestellt, Gehaltshöhen mit den Mitarbeitern besprochen,  
Arbeitsanweisungen erteilt, alle wichtigen Fragen und Probleme der Mitarbeiter  
entschieden, Geschäftsbeziehungen zu Vertragspartnern gestaltet, die Ver-  
tragsverhandlungen mit den jeweiligen Auftraggebern geführt, Entscheidungen  
in Steuerangelegenheiten durchgeführt und die Buchhaltung gesteuert. Außer-  
dem sei er in einem Telefongespräch mit einem Mitarbeiter der Klägerin als ver-  
tretungsberechtigter Direktor bzw. als Chef aufgetreten.

25           Das Berufungsgericht hat diesen Vortrag als ungenügend angesehen, weil er eine bloße Aufzählung der von der Rechtsprechung definierten klassischen Merkmale des Kernbereichs einer Geschäftsführung darstelle. Damit hat es, worauf die Revision zu Recht hinweist, gegen § 286 ZPO verstoßen. Wenn der Beklagte die genannten Tätigkeiten tatsächlich sämtlich ausgeübt hat, hätte das Berufungsgericht bei einer Gesamtwürdigung durchaus zu dem Ergebnis kommen können, er sei als faktischer Vorstand der F. anzusehen gewesen und hafte damit wie ein förmlich bestellter Vorstand. Deshalb musste das Berufungsgericht diesem Vortrag der Klägerin nachgehen und die angebotenen Beweise erheben.

26           b) Der Vortrag der Klägerin ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht deshalb unschlüssig, weil die Klägerin nicht dargelegt hat, dass diese Tätigkeiten "in Abstimmung mit den Gesellschaftern und der formalen Geschäftsführung" vorgenommen worden sind.

27 Das Berufungsgericht hat nicht beachtet, dass die Klägerin an anderer Stelle vorgetragen hat, der Verwaltungsrat habe dem Beklagten die umfassende Geschäftsführungsbefugnis erteilt. Damit ist für das Revisionsverfahren zu unterstellen, dass dem maßgeblichen Organ der F. das Tätigwerden des Beklagten - wenn nicht als Organ, so doch jedenfalls als faktischer Geschäftsführer - bekannt gewesen ist.

Bergmann

Strohn

Caliebe

Reichart

Sunder

Vorinstanzen:

LG Dresden, Entscheidung vom 27.05.2011 - 5 O 1244/10 -

OLG Dresden, Entscheidung vom 29.08.2012 - 1 U 901/11 -