

## **Darlegungs- und Beweislast des Sozialversicherungsträgers bei Haftungsansprüchen wegen vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträgen**

*BGB §§ 204 I Nr. 1, 823 II; StGB § 266 a I; ZPO § 185 Nr. 1*

**1. Der Sozialversicherungsträger, der den Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung wegen Vorenthaltung von Sozialversicherungsbeiträgen aus § 823 II BGB, § 266 a I StGB in Anspruch nimmt, trägt für den Vorsatz des Beklagten die Darlegungs- und Beweislast auch dann, wenn die objektive Pflichtwidrigkeit des beanstandeten Verhaltens feststeht.**

**2. Durch eine öffentliche Zustellung der Klageschrift, die unwirksam ist, weil ihre Voraussetzungen – für das bewilligende Gericht erkennbar – nicht vorgelegen haben, wird die Verjährung nicht gem. § 204 I Nr. 1 BGB gehemmt (Anschluss an BGHZ 149, 311 [324] = NJW 2002, 827).**

BGH, *Urt.* v. 3.5.2016 – II ZR 311/14 (KG)

### **Zum Sachverhalt:**

Die Kl. macht als zuständige Einzugsstelle einen Schadensersatzanspruch gegen den Bekl. wegen des Nichtabführens der für mehrere Arbeitnehmer der U-GmbH für den Monat September 2002 geschuldeten Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung geltend. Der Bekl. war (jedenfalls) seit Anfang September 2002 – nach seinen Angaben als Lagerarbeiter und Fahrer – für die GmbH tätig. Er erwarb von dem Schwager seiner Ehefrau, *N D*, der Mehrheitsgesellschafter blieb, einen zehnpromzentigen Geschäftsanteil an der GmbH. Auf der Grundlage eines Gesellschafterbeschlusses vom 19.9.2002 wurde der Bekl. am 18.11.2002 anstelle des *N D* als Geschäftsführer der U-GmbH im Handelsregister eingetragen. Am 28.2.2003 wurde er als Geschäftsführer wieder abberufen; am gleichen Tag veräußerten der Bekl. und *N D* ihre Geschäftsanteile an *J D*.

Die U-GmbH beschäftigte, wie strafrechtliche Ermittlungen ergaben, im Zeitraum von April bis September 2002 in erheblichem Umfang Arbeitnehmer, ohne die anfallenden Sozialversicherungsbeiträge an die Kl. abzuführen. Am 15.3.2003 stellte sie ihren Geschäftsbetrieb nach vorangegangener Beschlagnahme ihrer Geschäftskonten ein. Am 10.4.2003 wurde die vorläufige Insolvenzverwaltung über das Vermögen der Gesellschaft angeordnet.

Die Kl. hat die Klageschrift am 23.8.2005 beim LG eingereicht und deren öffentliche Zustellung beantragt, da der Aufenthaltsort des Bekl. unbekannt sei. Zum Beleg hat sie zwei Mitteilungen der Stadt St. vom 27.5. und 8.7.2004 beigefügt, wonach der Bekl. mit unbekannter Anschrift nach S. in Bosnien-Herzegowina verzogen sei. Ferner hatte die Kl. den Aufenthaltsort des Bekl. vergeblich durch Auskunftersuchen an das Bundeszentralregister und die Creditreform zu ermitteln versucht. Das LG hat die öffentliche Zustellung der Klage bewilligt und die Durchführung des schriftlichen Vorverfahrens angeordnet. Die für die Bewirkung der Zustellung maßgebende Frist (§ 188 ZPO) endete am 23.1.2006. Durch Versäumnisurteil vom 24.2.2006 hat das LG den Bekl. antragsgemäß zur Zahlung von 28.730,43 Euro nebst Zinsen verurteilt und festgestellt, dass die Forderung auf

einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung beruhe. Des Weiteren hat das LG die öffentliche Zustellung des Versäumnisurteils angeordnet.

Der Bekl. hat am 12.11.2013 Einspruch gegen das Versäumnisurteil eingelegt und geltend gemacht, die öffentliche Zustellung des Versäumnisurteils sei unwirksam. Das LG (LG Berlin, Entscheidung vom 26.2.2014 – 24 O 513/05) hat den Einspruch wegen Versäumung der Einspruchsfrist als unzulässig verworfen. Auf die Berufung des Bekl. hat das BerGer. (KG, Entscheidung vom 13.10.2014 – 25 U 30/14) in der Sache entschieden und das Versäumnisurteil aufrechterhalten. Dagegen wendet sich der Bekl. mit seiner vom Senat zugelassenen Revision.

Die Revision hatte Erfolg. Sie führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

### **Aus den Gründen:**

**[6]**I. Das BerGer. (KG, Entscheidung vom 13.10.2014 – 25 U 30/14) hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

**[7]**Der Einspruch des Bekl. sei nicht verfristet, da die wegen der öffentlichen Zustellung des Versäumnisurteils nach § 339 II ZPO er

BGH: Darlegungs- und Beweislast des Sozialversicherungsträgers bei Haftungsansprüchen wegen vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträgen(NZG 2016, 783)

784

forderliche Bestimmung der Einspruchsfrist unterblieben sei. In der Sache sei das Versäumnisurteil aber zu Recht ergangen. Der Bekl. sei in Höhe der im September 2002 angefallenen und von der U-GmbH nicht abgeführten Sozialversicherungsbeiträge gem. § 823 II BGB iVm § 266 a StGB zum Schadensersatz verpflichtet.

**[8]**Der Bekl. sei am 19.9.2002 durch einen notariell beurkundeten Gesellschafterbeschluss zum Geschäftsführer der Gesellschaft bestellt worden. Er habe nicht nachvollziehbar dargetan, dass er keine auf die Übernahme der Geschäftsführerposition gerichtete Erklärung abgegeben habe. Das Schreiben des Notars W vom 23.10.2002 belege vielmehr, dass es am 19.9.2002 unter Beteiligung des Bekl. zu Beurkundungen gekommen sei, die zu seiner Eintragung als Geschäftsführer im Handelsregister geführt hätten. Sollte der Bekl. eine entsprechende Erklärung nicht habe abgeben wollen, so habe er es (nach Kenntniserlangung) versäumt, die Erklärung durch Anfechtung rückwirkend zu beseitigen und stattdessen lediglich für seine Abberufung mit Gesellschafterbeschluss vom 28.2.2003 gesorgt.

**[9]**Weiter sei davon auszugehen, dass der Bekl. mit dem für die Verwirklichung von § 266 a StGB erforderlichen, zumindest bedingten, Vorsatz gehandelt habe. Für das Verschulden trage zwar grundsätzlich der Geschädigte die Beweislast. Stehe aber – wie hier – die objektive Pflichtwidrigkeit des beanstandeten Verhaltens fest, indiziere dies im Allgemeinen den Schuldvorwurf. Der das Schutzgesetz Übertretende müsse dann in aller Regel Umstände darlegen und beweisen, die geeignet seien, die Annahme seines Verschuldens auszuräumen. Dies sei dem Bekl. im Streitfall nicht gelungen. Es sei weder ersichtlich, dass dem Bekl. die allgemein bekannte Verpflichtung eines Arbeitgebers zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen unbekannt gewesen sei, noch, dass ihm verborgen geblieben sei, dass die U-GmbH im September 2002 in erheblichem Umfang Schwarzarbeiter beschäftigt habe. Der Bekl. könne sich auch nicht damit exkulpieren, dass er nur formal nach außen hin Geschäftsführer gewesen sei und keine Kenntnis von der Geschäftsführung

gehabt habe, die de facto weiterhin von dem früheren Geschäftsführer *ND* wahrgenommen worden sei. Denn die Verantwortlichkeit nach § 266 a StGB bestehe unabhängig von der gesellschaftsinternen Zuständigkeitsverteilung oder einer Delegation auf andere Personen und treffe auch den formellen Geschäftsführer.

**[10]**Die Behauptung des Bekl., er habe erst am 5.2.2003 erfahren, dass er zum Geschäftsführer bestellt worden sei, entlaste ihn schon deshalb nicht, weil er weiterhin bis zu seiner Abberufung Ende Februar 2003 untätig geblieben sei und nicht für die Abführung der für September 2002 geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge gesorgt habe. Es sei nichts dafür dargetan, dass der Bekl. hätte annehmen dürfen, es seien keine entsprechenden Rückstände bei den Sozialversicherungsträgern entstanden. Im Übrigen sei unklar und einer Beweisaufnahme durch Zeugenvernehmung nicht zugänglich, was der Bekl. mit „nicht hinreichenden Sprachkenntnissen“ meine, derentwegen er die Beurkundung seiner Bestellung zum Geschäftsführer am 19.9.2002 angeblich inhaltlich nicht erfasst habe. Immerhin habe der Bekl. nicht erst seit Anfang September 2002 im deutschsprachigen Raum gelebt, sondern sei aus Österreich nach St. zugezogen. Seiner Behauptung unzureichender Deutschkenntnisse stehe zudem entgegen, dass die vorgelegte notarielle Urkunde vom 28.2.2003 keine dahingehende Feststellung gem. § 16 I BeurkG enthalte.

**[11]**Schließlich sei der Anspruch der Kl. auch nicht, wie vom Bekl. geltend gemacht, verjährt. Die Verjährungsfrist habe nach Kenntnis der Kl. von der Verletzungshandlung erst mit dem Ende des Jahres 2003 begonnen und sei vor ihrem Ablauf am 31.12.2006 rechtzeitig durch die Erhebung der vorliegenden Klage gehemmt worden. Die öffentliche Zustellung der Klage im Januar 2006 sei wirksam gewesen. Der Aufenthaltsort des Bekl. bei Klageerhebung müsse schon deshalb als unbekannt gelten, weil der Bekl. einerseits vorgetragen habe, sich am 8.7.2003 nach Bosnien-Herzegowina abgemeldet zu haben, zugleich aber vorgetragen habe, ab April 2003 wieder in Österreich gemeldet gewesen zu sein. Wo er tatsächlich gewohnt habe, bleibe im Dunkeln. Schon gar nicht erhelle, wie irgendjemand seinen etwaigen Umzug von Bosnien-Herzegowina nach Österreich in Erfahrung hätte bringen sollen.

**[12]**II. Das Berufungsurteil hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der vom BerGer. gegebenen Begründung kann Vorsatz des Bekl. nicht bejaht werden. Durchgreifenden rechtlichen Bedenken begegnet außerdem die Ansicht des BerGer., die Verjährung der Klageforderung sei im Januar 2006 durch Klageerhebung gehemmt worden.

**[13]**1. Das BerGer. ist noch zutreffend davon ausgegangen, dass eine Haftung nach § 823 II BGB iVm § 266 a StGB zumindest bedingten Vorsatz erfordert und dass die Kl. als Geschädigte grundsätzlich die Beweislast für das Verschulden trägt. Die nachfolgende Annahme des BerGer., der Bekl. habe sich umfassend zu exkulpieren und er habe den daraus folgenden Darlegungsanforderungen nicht entsprochen, ist jedoch von Rechts- und Verfahrensfehlern beeinflusst.

**[14]**a) Rechtsfehlerhaft hat das BerGer. aus der Feststellung der objektiven Pflichtwidrigkeit gefolgert, es sei Sache des Bekl., darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, dass er nicht zumindest bedingt vorsätzlich gehandelt habe. Damit hat das BerGer. die für Ansprüche aus § 823 II BGB iVm § 266 a StGB maßgebende Verteilung der Darlegungs- und Beweislast verkannt.

**[15]**aa) Der Sozialversicherungsträger, der den Geschäftsführer einer GmbH wegen Vorenthaltens von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung in Anspruch nimmt und sich hierbei, wie die Kl. im

Streitfall, auf eine deliktische Haftung wegen Verletzung eines Schutzgesetzes stützt, hat grundsätzlich alle Umstände darzulegen und zu beweisen, aus denen sich die Verwirklichung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des Schutzgesetzes ergibt; den in Anspruch genommenen Geschäftsführer trifft lediglich eine sekundäre Darlegungslast (*BGH*, NZG 2013, 301 = NJW 2013, 1304 = ZIP 2013, 412 Rn. 14; NZG 2002, 289 = NJW 2002, 1123 = ZIP 2002, 524 [525 f.] mwN). Die Darlegungs- und Beweislast des klagenden Sozialversicherungsträgers erstreckt sich auch auf den Vorsatz des Bekl. (*BGH*, NZG 2013, 301 = NJW 2013, 1304 = ZIP 2013, 412 Rn. 14 mwN).

**[16]**Die vom BerGer. angeführten Entscheidungen des *BGH* (VersR 1967, 685; *BGHZ* 51, 91 [103 f.] = NJW 1969, 269; NJW 1985, 1774 = WM 1985, 590 = VersR 1985, 452) stehen dem nicht entgegen. Diesen Entscheidungen kann zwar zu der Vorschrift des § 823 II BGB die Aussage entnommen werden, dass bei objektiv feststehender Verletzung eines Schutzgesetzes der das Schutzgesetz Übertretende in aller Regel Umstände darlegen und beweisen müsse, die geeignet seien, die daraus folgende Annahme seines Verschuldens auszuräumen. Dieser an die Beweislastverteilung nach § 282 BGB aF (jetzt § 280 I 2 BGB) angelehnte Grundsatz gilt jedoch nicht, wenn der Schadensersatzanspruch – wie im Streitfall – Vorsatz voraussetzt (vgl. *BGH*, NZG 2013, 301 = NJW 2013, 1304 = ZIP 2013, 412 Rn. 15; NJW 2008, 2912 = NZG 2008, 747 Ls. = ZIP 2008, 1673 Rn. 23; NZG 2010, 587 = ZIP 2010, 1122 Rn. 38).

**[17]**Die danach erforderliche positive Feststellung, dass der Bekl. vorsätzlich gehandelt habe, ist im Berufungsurteil unterblieben. Das BerGer. hat stattdessen in Verkennung der Darlegungs- und Beweislast darauf abgestellt, dass der Bekl. nicht schlüssig dargetan habe, nicht zumindest bedingt vorsätzlich gehandelt zu haben.

**[18]**bb) Dieser Rechtsirrtum des BerGer. erweist sich nicht deshalb ohne Weiteres als unschädlich, weil den Geschäftsführer einer GmbH, der wegen des Nichtabführens von Sozialversicherungsbeiträgen gem. § 823 II BGB iVm § 266 a StGB auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird, grundsätzlich eine sekundäre Darlegungslast trifft (*BGH*, NZG 2013, 301 = NJW 2013, 1304 = ZIP 2013, 412 Rn. 14).

BGH: Darlegungs- und Beweislast des Sozialversicherungsträgers bei Haftungsansprüchen wegen vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträgen(NZG 2016, 783)

785

**[19]**Die Auferlegung einer sekundären Darlegungslast findet ihre Rechtfertigung darin, dass der primär darlegungsbelastete Geschädigte außerhalb des von ihm vorzutragenden Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis der maßgebenden Umstände besitzt, während der Anspruchsgegner die wesentlichen Tatsachen kennt oder unschwer in Erfahrung bringen kann und es ihm zumutbar ist, nähere Angaben zu machen (vgl. *BGHZ* 140, 156 [158] = NZG 1999, 205 = NJW 1999, 579; Urt. v. 22.3.2004 – II ZR 75/02, BeckRS 2004, 04907 Rn. 12; *BGHZ* 200, 76 = NJW 2014, 2360 Rn. 17 – BearShare; *BGH*, NZG 2015, 645 = NJW-RR 2015, 1279 = ZIP 2015, 790 Rn. 11; MMR 2016, 418 Rn. 47; NJW 2016, 1823 = WM 2016, 753 Rn. 22). Eine sekundäre Darlegungslast besteht nicht, soweit für die primär darlegungsbelastete Partei eine weitere Sachverhaltsaufklärung möglich und zumutbar ist (vgl. *BGHZ* 200, 76 = NJW 2014, 2360 Rn. 17 – BearShare; *BGH*, NZG 2015, 645 = NJW-RR 2015, 1279 = ZIP 2015, 790 Rn. 11; MMR 2016, 418 Rn. 47).

**[20]**Ob Parteivortrag der sekundären Darlegungslast genügt, hat der Tatrichter im Einzelfall zu beurteilen. Dabei ist zu beachten, dass sich der Umfang der sekundären Darlegungslast einerseits

nach der Intensität des Sachvortrags der beweisbelasteten Partei richtet und er andererseits seine Grenze in der Zumutbarkeit der den Prozessgegner treffenden Offenbarungspflicht findet (*BGH*, WM 2012, 746 = BeckRS 2012, 04378 Rn. 4 mwN; NJW-RR 2015, 469 = WM 2015, 1073 Rn. 29). An die Erfüllung der sekundären Darlegungslast dürfen keine die Verteilung der Vortragslast umkehrenden Anforderungen gestellt werden (vgl. *BGH*, NZG 2005, 600 = NJW 2005, 2546 = NZG 2005, 768 Ls. = ZIP 2005, 1026 [1028]). Diesen Vorgaben gerecht werdende Feststellungen hat das BerGer. nicht getroffen.

**[21]b)** Ein vorsätzliches Handeln des Bekl. erschließt sich auch nicht daraus, dass die *U*-GmbH unstreitig in erheblichem Umfang Schwarzarbeiter beschäftigte und dies den für die Geschäftsführung Verantwortlichen nicht verborgen bleiben konnte. Das BerGer. hat in diesem Zusammenhang, wie die Revision zu Recht rügt, Beweisangebote des Bekl. verfahrensfehlerhaft übergangen.

**[22]aa)** Das BerGer. hat allerdings von der Revision unbeanstandet festgestellt, dass der Bekl. am 19.9.2002 unter seiner Beteiligung zum Geschäftsführer bestellt worden ist.

**[23]** Nach der ständigen Rechtsprechung des *BGH*, von der auch das BerGer. ausgeht, handelt der wegen Nichtabführung der Sozialversicherungsbeiträge in Anspruch genommene Geschäftsführer mit bedingtem Vorsatz, wenn er eine für möglich gehaltene Beitragsvorenthaltung billigt und nicht auf die Erfüllung der Ansprüche der Sozialversicherungsträger hinwirkt (*BGH*, NZG 2013, 301 = NJW 2013, 1304 = ZIP 2013, 412 Rn. 16 mwN). Dem Einwand des Bekl., er habe von Geschäftsführungsangelegenheiten und der Beschäftigung von Schwarzarbeitern keine Kenntnis gehabt, weil er durchgängig nur als Fahrer und Lagerarbeiter eingesetzt worden sei, während *ND* die Geschäfte der GmbH de facto weitergeführt habe, hat das BerGer. entgegengehalten, dass den Geschäftsführer, der die Erfüllung seiner Aufgaben anderen überlasse, eine Überwachungspflicht treffe, der der Bekl. im Streitfall nicht nachgekommen sei. Diese Erwägungen sind zwar im rechtlichen Ausgangspunkt zutreffend, berücksichtigen das Vorbringen des Bekl. aber in einem entscheidenden Punkt nicht ausreichend.

**[24]bb)** Überlässt es der Geschäftsführer anderen für das Unternehmen tätigen Personen, für die Zahlung der Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung zu sorgen, muss er (jedenfalls) im Rahmen der ihm verbliebenen Überwachungspflicht tätig werden, sobald Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Erfüllung der Aufgaben durch die intern damit betrauten Personen nicht mehr gewährleistet ist. Er muss dann durch geeignete Maßnahmen die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge sicherstellen. Anlass für konkrete Überwachungsmaßnahmen bieten insbesondere eine finanzielle Krisensituation oder ungeordnete Verhältnisse im Geschäftsablauf innerhalb der Gesellschaft (vgl. *BGH*, NZG 2008, 628 = NJW-RR 2008, 1253 = ZIP 2008, 1275 Rn. 11; NZG 2013, 301 = NJW 2013, 1304 = ZIP 2013, 412 Rn. 17; NZG 2001, 320 = NJW 2001, 969 = ZIP 2001, 422 [424]).

**[25]** Eine vorsätzliche Verletzung derartiger Überwachungspflichten setzt indes voraus, dass der Geschäftsführer von seiner Bestellung Kenntnis hatte. Weiß er nichts von seiner Bestellung, entfällt auch sein Wissen um die tatsächliche Grundlage der aus der Stellung als Geschäftsführer folgenden Pflichten.

**[26]** Der Bekl. hat die Kenntnis seiner Bestellung bestritten und unter der Benennung von Zeugen vorgetragen, dass *N D* ihm versichert habe, er werde lediglich zu einem geringen Teil

Gesellschafter, nicht jedoch außerdem Geschäftsführer; die in Widerspruch hierzu (möglicherweise) erfolgte notarielle Beurkundung seiner Geschäftsführerbestellung habe er mangels ausreichender Deutschkenntnisse nicht wahrgenommen. Erst am 5.2.2003 habe er durch ein Schreiben erfahren, dass er (formell) zum Geschäftsführer bestellt worden sei.

**[27]**Das BerGer. durfte nicht ohne Erhebung der von dem Bekl. angebotenen Beweise zu der Annahme gelangen, der Bekl. habe bereits durch die Beurkundungen vom 19.9.2002 von seiner Bestellung zum Geschäftsführer erfahren. Zwar spricht der Umstand, dass der Notar in der von dem Bekl. vorgelegten Urkunde vom 28.2.2003 keine Feststellung nach § 16 I BeurkG getroffen und offenbar keine Übersetzung der Urkunde veranlasst hat, dafür, dass der Bekl. jedenfalls zu diesem Zeitpunkt, gut fünf Monate nach dem 19.9.2002, nach der Einschätzung des Notars der deutschen Sprache hinreichend kundig war. Auch der vorherige Aufenthalt des Bekl. in Österreich mag ausreichende Sprachkenntnisse nahelegen; nach den vorgelegten Meldebescheinigungen war der Bekl. vom 25.1. bis zum 23.7.2002 in S. (Österreich) gemeldet. Derartige Indiztatsachen, die gegen die Darstellung des Bekl. sprechen können, rechtfertigen jedoch keine vorweggenommene Beweiswürdigung unter Übergehung der Beweisangebote des Bekl. Es ist als mögliches Ergebnis der noch vorzunehmenden Beweisaufnahme jedenfalls nicht von vornherein auszuschließen, dass dem Bekl. seine Bestellung zum Geschäftsführer verheimlicht werden sollte und erfolgreich verheimlicht wurde.

**[28]**c) Die Annahme des BerGer., es entlaste den Bekl. nicht, wenn er erst am 5.2.2003 von seiner Bestellung zum Geschäftsführer erfahren habe, weil dies jedenfalls seine weitere Untätigkeit bis zu seiner Abberufung Ende Februar 2003 nicht entschuldige, ist gleichfalls von Rechtsirrtum beeinflusst.

**[29]**Das BerGer. hat zur Begründung ausgeführt, es sei nichts dafür dargetan, dass der Bekl. davon ausgehen können, dass in der Zeit, in der er formal die Position des Geschäftsführers der GmbH bekleidet habe, keine Schwarz

BGH: Darlegungs- und Beweislast des Sozialversicherungsträgers bei Haftungsansprüchen wegen vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträgen(NZG 2016, 783)

786

arbeiter für diese tätig gewesen seien. Damit ist das BerGer. erneut von einer unzutreffenden Verteilung der Darlegungs- und Beweislast ausgegangen, indem es dem Bekl. auferlegt hat, sich von dem Vorwurf vorsätzlichen Handelns umfassend zu entlasten. Im Übrigen hat das BerGer. lediglich als unstreitig festgehalten, dass die U-GmbH von April bis September 2002 in erheblichem Umfang Schwarzarbeiter beschäftigt habe. Zum nachfolgenden Zeitraum hat das BerGer. keine entsprechenden Feststellungen getroffen. Auf dieser Grundlage kann nicht ohne Weiteres angenommen werden, der Bekl. habe auf Grund im Februar 2003 vorliegender Anhaltspunkte gewusst oder damit gerechnet, dass seit Mitte Oktober 2002 bzw. den in § 23 I SGB IV aF anderweitig genannten Terminen fällige Sozialversicherungsbeiträge nicht abgeführt worden waren.

**[30]**Die weitere Erwägung des BerGer., es sei nicht ersichtlich, dass dem Bekl. als (unstreitig) in dem Unternehmen Tätigen verborgen geblieben sei, dass in ganz erheblichem Umfang Schwarzarbeiter beschäftigt waren, erweist sich im Kern als bloße Vermutung. Der Bekl. hat eingeräumt, seit Anfang September 2002 als Fahrer und Lagerarbeiter tätig gewesen zu sein. Eine solche Tätigkeit vermittelt nicht notwendigerweise die Kenntnis, dass das Unternehmen in erheblichem Umfang Schwarzarbeiter beschäftigte.

**[31]**2. Die Annahme des BerGer., die Klageforderung sei nicht verjährt, weil die Verjährung durch wirksame öffentliche Zustellung der Klageschrift im Januar 2006 – rechtzeitig vor dem Ablauf der Verjährungsfrist Ende 2006 – gehemmt worden sei, ist gleichfalls rechtsfehlerhaft. Die Wirksamkeit der öffentlichen Zustellung kann auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen nicht bejaht werden.

**[32]**a) Gemäß § 204 I Nr. 1 BGB wird die Verjährung durch die Erhebung der Klage, mithin durch Zustellung der Klageschrift (§ 253 I ZPO), gehemmt. Die Zustellung muss den entsprechenden Bestimmungen der ZPO genügen, eine danach unwirksame Zustellung vermag die Verjährung nicht zu hemmen (*Staudinger/Peters/Jacoby*, BGB, Neubearb. 2014, § 204 Rn. 32).

**[33]**Eine unter Verstoß gegen § 185 ZPO angeordnete öffentliche Zustellung ist nach der Rechtsprechung des BGH – zumindest wenn die Fehlerhaftigkeit der Zustellung für das Gericht erkennbar war – jedenfalls in dem Sinne unwirksam, dass sie die Zustellungsfunktion des § 188 ZPO nicht auslöst und dementsprechend keine Fristen in Lauf setzt (*BGHZ* 149, 311 [321 f.] = NJW 2002, 827; *BGH*, NJW 2007, 303 = WM 2007, 276 Rn. 12; NJW 2012, 3582 Rn. 19; NJW-RR 2013, 307 Rn. 21; NJW-RR 2014, 377 Rn. 5).

**[34]**Eine (erkennbar) unzulässige öffentliche Zustellung der Klage bewirkt zudem keine Hemmung der Verjährung (*BGHZ* 149, 311 [324 f.] = NJW 2002, 827, zur Verjährungsunterbrechung nach § 209 BGB aF; *Staudinger/Peters/Jacoby*, BGB, Neubearb. 2014, § 204 Rn. 33; *MüKoBGB/Grothe*, 7. Aufl., § 204 Rn. 24; *Palandt/Ellenberger*, BGB, 75. Aufl., § 204 Rn. 6; aA *Zöller/Stöber*, ZPO, 31. Aufl., § 187 Rn. 9; s. a. *MüKoZPO/Häublein*, 4. Aufl., § 185 Rn. 17). Dem stehen die – als obiter dictum zu wertenden – Ausführungen des V. *Zivilsenats* im Urteil vom 6.10.2006 (NJW 2007, 303 = WM 2007, 276 Rn. 13) zur teilweisen Wirksamkeit einer unter Verstoß gegen § 185 ZPO angeordneten öffentlichen Zustellung nicht entgegen, da sie sich nicht konkret auf die Hemmung der Verjährung beziehen, um die es im Streitfall geht.

**[35]**Den verjährungshemmenden Tatbeständen des § 204 BGB liegt der Rechtsgedanke zu Grunde, dass der Gläubiger durch aktives Betreiben seines Anspruchs seinen Rechtsverfolgungswillen so deutlich macht, dass der Schuldner gewarnt wird und sich auf eine Inanspruchnahme noch nach Ablauf der ursprünglichen Verjährungsfrist einstellen muss (*MüKoBGB/Grothe*, 7. Aufl., § 204 Rn. 3; s. a. zu § 209 BGB aF: *BGHZ* 137, 193 [198] = NJW 1998, 1058 mwN). Diese Warnfunktion wird verfehlt, wenn eine Klage öffentlich zugestellt wird, obwohl der Aufenthaltsort des Bekl. nicht allgemein unbekannt ist und eine Zustellung auf anderem Wege möglich gewesen wäre. Berechtigte Interessen des Gläubigers erfordern es demgegenüber nicht, einer erkennbar unzulässigen öffentlichen Zustellung der Klageschrift verjährungshemmende Wirkung beizumessen, da es dem Gläubiger oblag, die erforderlichen Nachforschungen anzustellen und so die Voraussetzungen für eine wirksame Zustellung der Klageschrift zu schaffen (*BGHZ* 149, 311 [325] = NJW 2002, 827).

**[36]**b) Die danach maßgebende Frage, ob die Voraussetzungen der öffentlichen Zustellung gem. § 185 Nr. 1 ZPO hier vorlagen, hat das BerGer. zu Unrecht bejaht.

**[37]**aa) Eine öffentliche Zustellung gem. § 185 Nr. 1 ZPO ist nur dann zulässig, wenn der Aufenthaltsort des Bekl. unbekannt ist. Der Aufenthaltsort einer Partei ist unbekannt im Sinne des Gesetzes, wenn er nicht nur dem Gegner und dem Gericht, sondern allgemein unbekannt ist (*BGHZ* 149, 311 [314] = NJW 2002, 827; *BGH*, NJW 2012, 3582 Rn. 16). Dabei ist es zunächst Sache der

Partei, die durch die Zustellung begünstigt wird, alle geeigneten und ihr zumutbaren Nachforschungen anzustellen, um den Aufenthalt des Zustellungsempfängers zu ermitteln und ihre ergebnislosen Bemühungen dem Gericht darzulegen (*BGH*, NJW 2012, 3582 Rn. 16).

**[38]**bb) Das Argument des BerGer., der Aufenthaltsort des Bekl. bei Klageerhebung müsse schon deshalb als unbekannt gelten, weil er einerseits vortrage, sich am 8.7.2003 nach Bosnien-Herzegowina abgemeldet zu haben, andererseits aber vortrage, er sei ab April 2003 wieder in Österreich gemeldet gewesen, ist nicht tragfähig. Die Revision weist zu Recht darauf hin, dass es auf den Wohnort und mögliche Wohnsitzwechsel des Bekl. im Jahr 2003 nicht ankommt, da die Klageschrift erst im August 2005 eingereicht wurde. Nach seinem durch die Vorlage entsprechender Meldebestätigungen belegten Vortrag war der Bekl. seit dem 1.9.2005 in der Ortsgemeinde T. (Österreich) und zuvor in der Ortsgemeinde S. (Österreich) gemeldet.

**[39]**Anders als die Revision meint, folgt hieraus allerdings noch nicht, dass der Wohnort des Bekl. in der maßgeblichen Zeit bekannt gewesen sei. Die Frage, ob der Aufenthaltsort des Zustellungsadressaten allgemein unbekannt ist, kann nicht ohne Berücksichtigung der einem Kl. zur Verfügung stehenden Erkenntnismöglichkeiten beantwortet werden. Dementsprechend hat sich der *BGH* in der von der Revision zur Unterstützung ihrer Ansicht zitierten Entscheidung auch – bejahend – mit der Frage befasst, ob der Kl. und das Gericht den Wohnort des dortigen Bekl. in Erfahrung bringen konnten (*BGHZ* 149, 311 [314 f.] = NJW 2002, 827). Jedenfalls rechtfertigt die ordnungsgemäße Anmeldung eines Wohnsitzes im Ausland für sich genommen noch nicht die – eine öffentliche Zustellung ausschließende – Feststellung, der Aufenthaltsort sei nicht allgemein unbekannt.

**[40]**cc) Die Voraussetzungen des § 185 Nr. 1 ZPO sind auch durch die mit der Klageschrift vorgetragene Nachfor

BGH: Darlegungs- und Beweislast des Sozialversicherungsträgers bei Haftungsansprüchen wegen vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträgen(NZG 2016, 783)

787

schungen nicht dargetan worden. Auf Grund der wenigen Angaben der Kl. in der Klageschrift hätte die öffentliche Zustellung nicht bewilligt werden dürfen. Die Kl. hat zwei Auskünfte des Einwohnermeldeamtes eingeholt, die zum Zeitpunkt der Klageeinreichung mehr als ein Jahr zurücklagen und schon deshalb nicht als zeitnahe Nachweis für einen unbekanntem Aufenthalt genügten (vgl. *BGHZ* 149, 311 [315] = NJW 2002, 827). Im Übrigen ist eine unergiebig gebliebene Anfrage beim Einwohnermeldeamt grundsätzlich nicht ausreichend (*BGH*, NJW 2012, 3582 Rn. 17). Die ergebnislose Recherche der Kl. über die Creditreform lag noch länger als ein Jahr zurück. Jüngeren Datums war lediglich die Auskunft aus dem Bundeszentralregister, die aber nur einen eingeschränkten Aussagewert hatte. Zu weiteren Bemühungen der Kl., den Aufenthaltsort des Bekl. zu ermitteln, hat das BerGer. keine Feststellungen getroffen.

**[41]**Die Kl. hätte alle der Sache nach geeigneten und ihr zumutbaren Nachforschungen anstellen müssen, um den Aufenthalt des Zustellungsadressaten zu ermitteln. Die durch die Zustellung begünstigte Partei kann beispielsweise gehalten sein, durch persönliche Nachfragen beim ehemaligen Arbeitgeber, bei dem letzten Vermieter oder bei Hausgenossen und Verwandten des Zustellungsadressaten dessen Aufenthalt zu ermitteln. Das Ergebnis ist dem Gericht darzulegen (*BGH*, NJW 2012, 3582 Rn. 17). Solche Bemühungen sind hier weder festgestellt, noch von der Kl. behauptet worden. Sie hat es – nach den bisherigen Feststellungen – unterlassen, den



Insolvenzverwalter der U-GmbH zu kontaktieren, der aus den Unterlagen der Gesellschaft Informationen über den Verbleib des Bekl. haben oder jedenfalls in der Lage sein konnte, den Kontakt zu anderen Mitarbeitern oder Geschäftsführern der Gesellschaft herzustellen, bei denen die Kl. dann hätte nachfragen können. Die Kl. hat auch unter der ehemaligen Wohnanschrift des Bekl. in St. keine Nachforschungen angestellt, obwohl der ehemalige Vermieter, Nachmieter oder Nachbarn möglicherweise Auskunft hätten geben können und sie hat schließlich auch keine Auskunft aus dem beim Bundesverwaltungsamt geführten Ausländerzentralregister eingeholt.

**[42]**dd) Angesichts der aufgezeigten Unzulänglichkeiten war für die Kl. und das LG ohne Weiteres erkennbar, dass die bisher dargelegten Nachforschungen der Kl. nicht genügten, um die Bewilligung der öffentlichen Zustellung zu rechtfertigen.

**[43]**III. Die Berufungsentscheidung ist danach aufzuheben (§ 562 I ZPO). Die Sache ist, da sie nicht entscheidungsreif ist, an das BerGer. zurückzuverweisen (§ 563 I 1 und 3 ZPO), damit dieses die noch erforderlichen Feststellungen treffen kann.

**[44]**Bei erneuter Prüfung der Frage der Verjährung ist den Parteien Gelegenheit zu geben, dazu vorzutragen, ob die Kl. den Aufenthaltsort des Bekl. hätte ausfindig machen können, wenn sie die gebotenen Nachforschungen unternommen hätte. In diesem Zusammenhang wird die Kl. auch zu erläutern haben, wie sie – nach dem Erlass des Versäumnisurteils – die aus dem vom Bekl. vorgelegten Forderungsschreiben vom 16.8.2007 ersichtliche Kenntnis der zutreffenden Wohnanschrift des Bekl. erlangt hat und warum ihr dies zwei Jahre zuvor noch nicht möglich gewesen ist.

#### **Anm. d. Schriftltg.:**

Zu der in Rn. 15 u. ö. zitierten Entscheidung *BGH*, NZG 2013, 301 = NJW 2013, 1304 = ZIP 2013, 412 (zum Vorsatznachweis des Sozialversicherungsträgers bei Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen), vgl. auch die Entscheidungsbesprechungen von *Baumert* in FD-InsR 2013, 343406, und von *Plagemann* in FD-SozVR 2013, 343745.

---

#### **Parallelfundstellen**

BeckRS 2016, 11168 ♦ FD-ZVR 2016, 379358 (Ls.) ♦ DB 2016, 1559 ♦ NWB 2016, 2020 ♦ ZInsO 2016, 1362 ♦ ZIP 2016, 1283