



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

II ZR 311/14

Verkündet am:

3. Mai 2016

Stoll

Justizhauptsekretärin

als Urkundsbeamtin

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 823 Abs. 2 Be; StGB § 266a Abs. 1

Der Sozialversicherungsträger, der den Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung wegen Vorenthaltung von Sozialversicherungsbeiträgen aus § 823 Abs. 2 BGB, § 266a Abs. 1 StGB in Anspruch nimmt, trägt für den Vorsatz des Beklagten die Darlegungs- und Beweislast auch dann, wenn die objektive Pflichtwidrigkeit des beanstandeten Verhaltens feststeht.

BGB § 204 Abs. 1 Nr. 1; ZPO § 185 Nr. 1

Durch eine öffentliche Zustellung der Klageschrift, die unwirksam ist, weil ihre Voraussetzungen - für das bewilligende Gericht erkennbar - nicht vorgelegen haben, wird die Verjährung nicht gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehemmt (Anschluss an BGH, Urteil vom 19. Dezember 2001 - VIII ZR 282/00, BGHZ 149, 311, 324).

BGH, Urteil vom 3. Mai 2016 - II ZR 311/14 - KG  
LG Berlin

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Mai 2016 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bergmann, die Richterin Caliebe sowie die Richter Prof. Dr. Drescher, Born und Sunder

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 25. Zivilsenats des Kammergerichts vom 13. Oktober 2014 aufgehoben.

Die Sache 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 zuständige Einzugsstelle einen Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten wegen des Nichtabführens der für mehrere Arbeitnehmer der U. GmbH für den Monat September 2002 geschuldeten Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung geltend. Der Beklagte war (jedenfalls) seit Anfang September 2002 - nach seinen Angaben als Lagerarbeiter und Fahrer - für die GmbH tätig. Er erwarb von dem Schwager seiner Ehe-

frau, N. D. , der Mehrheitsgesellschafter blieb, einen zehnprozentigen Geschäftsanteil an der GmbH. Auf der Grundlage eines Gesellschafterbeschlusses vom 19. September 2002 wurde der Beklagte am 18. November 2002 anstelle des N. D. als Geschäftsführer der U. GmbH im Handelsregister eingetragen. Am 28. Februar 2003 wurde er als Geschäftsführer wieder abberufen; am gleichen Tag veräußerten der Beklagte und N. D. ihre Geschäftsanteile an J. D. .

2 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 Klägerin abzuführen. Am 15. März 2003 stellte sie ihren Geschäftsbetrieb nach vorangegangener Beschlagnahme ihrer Geschäftskonten ein. Am 10. April 2003 wurde die vorläufige Insolvenzverwaltung über das Vermögen der Gesellschaft angeordnet.

3 Die Klägerin hat die Klageschrift am 23. August 2005 beim Landgericht eingereicht und deren öffentliche Zustellung beantragt, da der Aufenthaltsort des Beklagten unbekannt sei. Zum Beleg hat sie zwei Mitteilungen der Stadt St. vom 27. Mai und 8. Juli 2004 beigefügt, wonach der Beklagte mit unbekannter Anschrift nach S. in Bosnien-Herzegowina verzogen sei. Ferner hatte die Klägerin den Aufenthaltsort des Beklagten vergeblich durch Auskunftersuchen an das Bundeszentralregister und die Creditreform zu ermitteln versucht. Das Landgericht 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. Januar 2006. Durch Versäumnisurteil vom 24. Februar 2006 hat das Landgericht den Beklagten antragsgemäß zur Zahlung von 28.730,43 € nebst Zinsen verurteilt und festgestellt, dass die Forderung auf einer vorsätzlich begangenen unerlaub-

ten Handlung beruhe. Des Weiteren hat das Landgericht die öffentliche Zustellung des Versäumnisurteils angeordnet.

4 Der Beklagte hat am 12. November 2013 Einspruch gegen das Versäumnisurteil eingelegt und geltend gemacht, die öffentliche Zustellung des Versäumnisurteils sei unwirksam. Das Landgericht hat den Einspruch wegen Versäumung der Einspruchsfrist als unzulässig verworfen. Auf die Berufung des Beklagten hat das Berufungsgericht in der Sache entschieden und das Versäumnisurteil aufrechterhalten. Dagegen wendet sich der Beklagte mit seiner vom Senat zugelassenen Revision.

#### Entscheidungsgründe:

5 Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

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

7 Der Einspruch des Beklagten sei nicht verfristet, da die wegen der öffentlichen Zustellung des Versäumnisurteils nach § 339 Abs. 2 ZPO erforderliche Bestimmung der Einspruchsfrist unterblieben sei. In der Sache sei das Versäumnisurteil aber zu Recht ergangen. Der Beklagte sei in Höhe der im September 2002 angefallenen und von der U. GmbH nicht abgeführten Sozialversicherungsbeiträge gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266a StGB zum Schadensersatz verpflichtet.

8 Der Beklagte sei am 19. September 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. Oktober 2002 belege vielmehr, dass es am 19. September 2002 unter Beteiligung des Beklagten zu Beurkundungen gekommen sei, die zu seiner Eintragung als Geschäftsführer im Handelsregister geführt hätten. Sollte der Beklagte 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. Februar 2003 gesorgt.

9 Weiter sei davon auszugehen, dass der Beklagte mit dem für die Verwirklichung von § 266a 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 Beklagten im Streitfall nicht gelungen. Es sei weder ersichtlich, dass dem Beklagten 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 Beklagte 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 N. D. wahrgenommen worden sei. Denn die Verantwortlichkeit nach § 266a StGB bestehe unabhängig von der gesellschaftsinter-

nen Zuständigkeitsverteilung oder einer Delegation auf andere Personen und treffe auch den formellen Geschäftsführer.

10 Die Behauptung des Beklagten, er habe erst am 5. Februar 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 Beklagte 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 Beklagte mit „nicht hinreichenden Sprachkenntnissen“ meine, derentwegen er die Beurkundung seiner Bestellung zum Geschäftsführer am 19. September 2002 angeblich inhaltlich nicht erfasst habe. Immerhin habe der Beklagte 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. Februar 2003 keine dahingehende Feststellung gemäß § 16 Abs. 1 BeurkG enthalte.

11 Schließlich sei der Anspruch der Klägerin auch nicht, wie vom Beklagten geltend gemacht, verjährt. Die Verjährungsfrist habe nach Kenntnis der Klägerin von der Verletzungshandlung erst mit dem Ende des Jahres 2003 begonnen und sei vor ihrem Ablauf am 31. Dezember 2006 rechtzeitig durch die Erhebung der vorliegenden Klage gehemmt worden. Die öffentliche Zustellung der Klage im Januar 2006 sei wirksam gewesen. Der Aufenthaltsort des Beklagten bei Klageerhebung müsse schon deshalb als unbekannt gelten, weil der Beklagte einerseits vorgetragen habe, sich am 8. Juli 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 Berufungsgericht gegebenen Begründung kann Vorsatz des Beklagten nicht bejaht werden. Durchgreifenden rechtlichen Bedenken begegnet außerdem die Ansicht des Berufungsgerichts, die Verjährung der Klageforderung sei im Januar 2006 durch Klageerhebung gehemmt worden.

13 1. Das Berufungsgericht ist noch zutreffend davon ausgegangen, dass eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266a StGB zumindest bedingten Vorsatz erfordert und dass die Klägerin als Geschädigte grundsätzlich die Beweislast für das Verschulden trägt. Die nachfolgende Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte 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 Berufungsgericht aus der Feststellung der objektiven Pflichtwidrigkeit gefolgert, es sei Sache des Beklagten, darzulegen und ggf. zu beweisen, dass er nicht zumindest bedingt vorsätzlich gehandelt habe. Damit hat das Berufungsgericht die für Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266a 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 Klägerin 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, Urteil vom 18. Dezember 2012 - II ZR 220/10, ZIP 2013, 412 Rn. 14; Urteil vom 11. Dezember 2001 - VI ZR 350/00, ZIP 2002, 524, 525 f. mwN). Die Darlegungs- und Beweislast des klagenden Sozialversicherungsträgers erstreckt sich auch auf den Vorsatz des Beklagten (BGH, Urteil vom 18. Dezember 2012 - II ZR 220/10, ZIP 2013, 412 Rn. 14 mwN).

16 Die vom Berufungsgericht angeführten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 4. April 1967 - VI ZR 98/65, VersR 1967, 685; Urteil vom 26. November 1968 - VI ZR 212/66, BGHZ 51, 91, 103 f.; Urteil vom 13. Dezember 1984 - III ZR 20/83, WM 1985, 590 f. = VersR 1985, 452 f.) stehen dem nicht entgegen. Diesen Entscheidungen kann zwar zu der Vorschrift des § 823 Abs. 2 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 Abs. 1 Satz 2 BGB) angelehnte Grundsatz gilt jedoch nicht, wenn der Schadensersatzanspruch - wie im Streitfall - Vorsatz voraussetzt (vgl. BGH, Urteil vom 18. Dezember 2012 - II ZR 220/10, ZIP 2013, 412 Rn. 15; Urteil vom 1. Juli 2008 - XI ZR 411/06, ZIP 2008, 1673 Rn. 23; Urteil vom 23. März 2010 - VI ZR 57/09, ZIP 2010, 1122 Rn. 38).

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

18           bb) Dieser Rechtsirrtum des Berufungsgerichts erweist sich nicht deshalb ohne weiteres als unschädlich, weil den Geschäftsführer einer GmbH, der wegen des Nichtabführens von Sozialversicherungsbeiträgen gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266a StGB auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird, grundsätzlich eine sekundäre Darlegungslast trifft (BGH, Urteil vom 18. Dezember 2012 - II ZR 220/10, ZIP 2013, 412 Rn. 14).

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. BGH, Urteil vom 7. Dezember 1998 - II ZR 266/97, BGHZ 140, 156, 158; Urteil vom 22. März 2004 - II ZR 75/02, juris Rn. 12; Urteil vom 8. Januar 2014 - I ZR 169/12, BGHZ 200, 76 Rn. 17 - BearShare; Urteil vom 10. Februar 2015 - VI ZR 343/13, ZIP 2015, 790 Rn. 11; Urteil vom 1. März 2016 - VI ZR 34/15, juris Rn. 47; Beschluss vom 3. März 2016 - IX ZB 65/14, WM 2016, 753 Rn. 22). Eine sekundäre Darlegungslast besteht nicht, soweit für die primär darlegungsbelastete Partei eine weitere Sachverhaltsaufklärung möglich und zumutbar ist (vgl. BGH, Urteil vom 8. Januar 2014 - I ZR 169/12, BGHZ 200, 76 Rn. 17 - BearShare; Urteil vom 10. Februar 2015 - VI ZR 343/13, ZIP 2015, 790 Rn. 11; Urteil vom 1. März 2016 - VI ZR 34/15, juris 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,

Beschluss vom 17. Januar 2012 - XI ZR 254/10, WM 2012, 746 Rn. 4 mwN; Urteil vom 8. Januar 2015 - VII ZR 6/14, WM 2015, 1073 Rn. 29). An die Erfüllung der sekundären Darlegungslast dürfen keine die Verteilung der Vortragslast umkehrenden Anforderungen gestellt werden (vgl. BGH, Urteil vom 18. April 2005 - II ZR 61/03, ZIP 2005, 1026, 1028). Diesen Vorgaben gerecht werdende Feststellungen hat das Berufungsgericht nicht getroffen.

21            b) Ein vorsätzliches Handeln des Beklagten 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 Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang, wie die Revision zu Recht rügt, Beweisangebote des Beklagten verfahrensfehlerhaft übergangen.

22            aa) Das Berufungsgericht hat allerdings von der Revision unbeanstandet festgestellt, dass der Beklagte am 19. September 2002 unter seiner Beteiligung zum Geschäftsführer bestellt worden ist.

23            Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, von der auch das Berufungsgericht 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, Urteil vom 18. Dezember 2012 - II ZR 220/10, ZIP 2013, 412 Rn. 16 mwN). Dem Einwand des Beklagten, er habe von Geschäftsführungsangelegenheiten und der Beschäftigung von Schwarzarbeitern keine Kenntnis gehabt, weil er durchgängig nur als Fahrer und Lagerarbeiter eingesetzt worden sei, während N.    D.            die Geschäfte der GmbH de facto weitergeführt habe, hat das Berufungsgericht entgegengehalten, dass den Geschäftsführer, der

die Erfüllung seiner Aufgaben anderen überlasse, eine Überwachungspflicht treffe, der der Beklagte im Streitfall nicht nachgekommen sei. Diese Erwägungen sind zwar im rechtlichen Ausgangspunkt zutreffend, berücksichtigen das Vorbringen des Beklagten 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, Urteil vom 2. Juni 2008 - II ZR 27/07, ZIP 2008, 1275 Rn. 11; Urteil vom 18. Dezember 2012 - II ZR 220/10, ZIP 2013, 412 Rn. 17; Urteil vom 9. Januar 2001 - VI ZR 407/99, 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 Beklagte 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 aus-

reichender Deutschkenntnisse nicht wahrgenommen. Erst am 5. Februar 2003 habe er durch ein Schreiben erfahren, dass er (formell) zum Geschäftsführer bestellt worden sei.

27 Das Berufungsgericht durfte nicht ohne Erhebung der von dem Beklagten angebotenen Beweise zu der Annahme gelangen, der Beklagte habe bereits durch die Beurkundungen vom 19. September 2002 von seiner Bestellung zum Geschäftsführer erfahren. Zwar spricht der Umstand, dass der Notar in der von dem Beklagten vorgelegten Urkunde vom 28. Februar 2003 keine Feststellung nach § 16 Abs. 1 BeurkG getroffen und offenbar keine Übersetzung der Urkunde veranlasst hat, dafür, dass der Beklagte jedenfalls zu diesem Zeitpunkt, gut fünf Monate nach dem 19. September 2002, nach der Einschätzung des Notars der deutschen Sprache hinreichend kundig war. Auch der vorherige Aufenthalt des Beklagten in Österreich mag ausreichende Sprachkenntnisse nahelegen; nach den vorgelegten Meldebescheinigungen war der Beklagte vom 25. Januar bis zum 23. Juli 2002 in S. (Österreich) gemeldet. Derartige Indiztatsachen, die gegen die Darstellung des Beklagten sprechen können, rechtfertigen jedoch keine vorweggenommene Beweiswürdigung unter Übergehung der Beweisangebote des Beklagten. Es ist als mögliches Ergebnis der noch vorzunehmenden Beweisaufnahme jedenfalls nicht von vornherein auszuschließen, dass dem Beklagten seine Bestellung zum Geschäftsführer verheimlicht werden sollte und erfolgreich verheimlicht wurde.

28 c) Die Annahme des Berufungsgerichts, es entlaste den Beklagten nicht, wenn er erst am 5. Februar 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 Berufungsgericht hat zur Begründung ausgeführt, es sei nichts dafür dargetan, dass der Beklagte davon habe ausgehen können, dass in der Zeit, in der er formal die Position des Geschäftsführers der GmbH bekleidet habe, keine Schwarzarbeiter für diese tätig gewesen seien. Damit ist das Berufungsgericht erneut von einer unzutreffenden Verteilung der Darlegungs- und Beweislast ausgegangen, indem es dem Beklagten auferlegt hat, sich von dem Vorwurf vorsätzlichen Handelns umfassend zu entlasten. Im Übrigen hat das Berufungsgericht lediglich als unstreitig festgehalten, dass die U.            GmbH von April bis September 2002 in erheblichem Umfang Schwarzarbeiter beschäftigt habe. Zum nachfolgenden Zeitraum hat das Berufungsgericht keine entsprechenden Feststellungen getroffen. Auf dieser Grundlage kann nicht ohne weiteres angenommen werden, der Beklagte habe aufgrund im Februar 2003 vorliegender Anhaltspunkte gewusst oder damit gerechnet, dass seit Mitte Oktober 2002 bzw. den in § 23 Abs. 1 SGB IV a.F. anderweitig genannten Terminen fällige Sozialversicherungsbeiträge nicht abgeführt worden waren.
- 30            Die weitere Erwägung des Berufungsgerichts, es sei nicht ersichtlich, dass dem Beklagten 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 Beklagte 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 Berufungsgerichts, 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 öffent-

lichen Zustellung kann auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen nicht bejaht werden.

- 32 a) Gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB wird die Verjährung durch die Erhebung der Klage, mithin durch Zustellung der Klageschrift (§ 253 Abs. 1 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 Bundesgerichtshofs - 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 (BGH, Urteil vom 19. Dezember 2001 - VIII ZR 282/00, BGHZ 149, 311, 321 f.; Urteil vom 6. Oktober 2006 - V ZR 282/05, WM 2007, 276 Rn. 12; Urteil vom 4. Juli 2012 - XII ZR 94/10, NJW 2012, 3582 Rn. 19; Beschluss vom 6. Dezember 2012 - VII ZR 74/12, NJW-RR 2013, 307 Rn. 21; Beschluss vom 18. November 2013 - AnwZ (B) 3/13, NJW-RR 2014, 377 Rn. 5).
- 34 Eine (erkennbar) unzulässige öffentliche Zustellung der Klage bewirkt zudem keine Hemmung der Verjährung (BGH, Urteil vom 19. Dezember 2001 - VIII ZR 282/00, BGHZ 149, 311, 324 f. zur Verjährungsunterbrechung nach § 209 BGB a.F.; Staudinger/Peters/Jacoby, BGB, Neubearb. 2014, § 204 Rn. 33; MünchKommBGB/Grothe, 7. Aufl., § 204 Rn. 24; Palandt/Ellenberger, BGB, 75. Aufl., § 204 Rn. 6; a.A. Zöller/Stöber, ZPO, 31. Aufl., § 187 Rn. 9; s.a. MünchKommZPO/Häublein, 4. Aufl., § 185 Rn. 17). Dem stehen die - als obiter dictum zu wertenden - Ausführungen des V. Zivilsenats im Urteil vom 6. Oktober 2006 (V ZR 282/05, WM 2007, 276 Rn. 13) zur teilweisen Wirksam-

keit 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 zugrunde, 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 (MünchKommBGB/Grothe, 7. Aufl., § 204 Rn. 3; s.a. zu § 209 BGB aF: BGH, Urteil vom 20. November 1997 - IX ZR 136/97, BGHZ 137, 193, 198 mwN). Diese Warnfunktion wird verfehlt, wenn eine Klage öffentlich zugestellt wird, obwohl der Aufenthaltsort des Beklagten 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 (BGH, Urteil vom 19. Dezember 2001 - VIII ZR 282/00, BGHZ 149, 311, 325).

36 b) Die danach maßgebende Frage, ob die Voraussetzungen der öffentlichen Zustellung gemäß § 185 Nr. 1 ZPO hier vorlagen, hat das Berufungsgericht zu Unrecht bejaht.

37 aa) Eine öffentliche Zustellung gemäß § 185 Nr. 1 ZPO ist nur dann zulässig, wenn der Aufenthaltsort des Beklagten 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 (BGH, Urteil vom 19. Dezember 2001 - VIII ZR 282/00, BGHZ 149, 311, 314; Urteil vom 4. Juli



stellung 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 Nachforschung nicht dargetan worden. Aufgrund der wenigen Angaben der Klägerin in der Klageschrift hätte die öffentliche Zustellung nicht bewilligt werden dürfen. Die Klägerin hat zwei Auskünfte des Einwohnermeldeamtes eingeholt, die zum Zeitpunkt der Klageeinreichung mehr als ein Jahr zurücklagen und schon deshalb nicht als zeitnahe Nachweise für einen unbekanntem Aufenthalt genügen (vgl. BGH, Urteil vom 19. Dezember 2001 - VIII ZR 282/00, BGHZ 149, 311, 315). Im Übrigen ist eine unergiebig gebliebene Anfrage beim Einwohnermeldeamt grundsätzlich nicht ausreichend (BGH, Urteil vom 4. Juli 2012 - XII ZR 94/10, NJW 2012, 3582 Rn. 17). Die ergebnislose Recherche der Klägerin 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 Klägerin, den Aufenthaltsort des Beklagten zu ermitteln, hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen.

41 Die Klägerin 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, Urteil vom 4. Juli 2012 - XII ZR 94/10, NJW 2012, 3582 Rn. 17). Solche Bemühungen sind hier weder festgestellt, noch von der Klägerin 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 Beklagten haben oder jedenfalls in der Lage sein konnte, den Kontakt zu anderen Mitarbeitern oder Geschäftsführern der Gesellschaft herzustellen, bei denen die Klägerin dann hätte nachfragen können. Die Klägerin hat auch unter der ehemaligen Wohnanschrift des Beklagten 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 Klägerin und das Landgericht ohne weiteres erkennbar, dass die bisher dargelegten Nachforschungen der Klägerin nicht genügten, um die Bewilligung der öffentlichen Zustellung zu rechtfertigen.

43 III. Die Berufungsentscheidung ist danach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist, da sie nicht entscheidungsreif ist, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 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 Klägerin den Aufenthaltsort des Beklagten hätte ausfindig machen können, wenn sie die gebotenen Nachforschungen unternommen hätte. In diesem Zusammenhang wird die Klägerin auch zu erläutern haben, wie sie - nach dem Erlass des Versäumnisurteils - die aus dem vom Beklagten vorgelegten Forderungsschreiben vom 16. August

2007 ersichtliche Kenntnis der zutreffenden Wohnanschrift des Beklagten erlangt hat und warum ihr dies zwei Jahre zuvor noch nicht möglich gewesen ist.

Strohn

Caliebe

Drescher

Born

Sunder

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 26.02.2014 - 24 O 513/05 -

KG, Entscheidung vom 13.10.2014 - 25 U 30/14 -