

Titel:

Haftung des GmbH-Geschäftsführers nach Eintritt der Insolvenzreife

Normenkette:

GmbHG § 43 Abs. 2, § 64 S. 1

EGV Nr. 1346/2000 Art. 3 Abs. 1

ZPO § 167, § 185

BGB § 204 Abs. 1 Nr. 1

Leitsätze:

1. Die in Art. 3 Abs. 1 EGV Nr. 1346/2000 erfolgte Regelung der internationalen Zuständigkeit der Gerichte des Mitgliedsstaats, in dem das Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Gesellschaft eröffnet wurde, gilt auch für Klagen des Insolvenzverwalters der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer auf Rückzahlung von Beträgen, die nach Eintritt der Insolvenzreife geleistet wurden (Anschluss EuGH BeckRS 2014, 82509). (Rn. 29) (redaktioneller Leitsatz)

2. Eine Zahlung i.S.v. § 64 Abs. 1 GmbHG liegt auch vor, wenn der Geschäftsführer nicht verhindert, dass ein Dritter auf ein debitorisches Konto der Gesellschaft einzahlt (Anschluss BGH BeckRS 2016, 09241). (Rn. 33) (redaktioneller Leitsatz)

3. Wenn die Verzögerung der Zustellung allein durch den gerichtlichen Betrieb verursacht wurde und dem Kläger nicht zuzurechnen ist, kann eine Zustellung auch dann noch "demnächst" i.S.v. § 167 ZPO sein, wenn sie mehr als 3 Jahre nach Eintritt der Verjährung erfolgt ist. (Rn. 63) (redaktioneller Leitsatz)

4. Der Schadensersatzanspruch gegen Geschäftsführer einer GmbH aus § 43 Abs. 2 GmbHG umfasst nicht den Schaden, der dadurch entstanden ist, dass sich die Überschuldung in Folge einer verspäteten Insolvenzantragsstellung vertieft hat (entgegen BGH BeckRS 2013, 11310) (Rn. 72) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Insolvenzverwalter, Insolvenzverfahren, Geschäftsführer, Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung, Insolvenzreife, Zahlungen, debitorisches Konto, Haftung, Insolvenzverschleppungsschaden

Vorinstanz:

LG Traunstein, Endurteil vom 21.07.2017 – 2 HK O 1623/13

Fundstellen:

GmbHR 2020, 372

GmbH-Stpr 2020, 127

GmbH-StB 2020, 172

BeckRS 2019, 24353

LSK 2019, 24353

Tenor

1. Auf die Berufung des Beklagten wird das Endurteil des Landgerichts Traunstein vom 21.07.2017, Az. 2 HK O 1623/13, abgeändert wird folgt:

Das Versäumnisurteil des Landgerichts Traunstein vom 18.02.2016 wird aufgehoben, soweit der Beklagte zur Zahlung von mehr als 440.323,20 Euro nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 29.03.2019 verurteilt wurde. Die Klage wird insoweit abgewiesen.

Dem Beklagten wird vorbehalten, nach Erstattung des Verurteilungsbetrages an die Masse seine Gegenansprüche, die sich nach Rang und Höhe mit den Beträgen decken, welche die durch die verbotswidrigen Zahlungen begünstigten Gesellschaftsgläubiger im Insolvenzverfahren erhalten hätten, gegen den Kläger als Insolvenzverwalter zu verfolgen.

2. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger 10%, der Beklagte 90%. Von den Kosten der Nebenintervention trägt der Kläger 10%, die Nebenintervenientin 90%.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Vollstreckungsschuldner kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aus diesem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Entscheidungsgründe

I.

1

Der Kläger macht als Insolvenzverwalter über das Vermögen der ESB S. GmbH Ansprüche gegen den Beklagten als früheren Geschäftsführer der Insolvenzschriftnerin geltend.

2

Das Insolvenzverfahren wurde mit Beschluss vom 01.09.2011 eröffnet.

3

Der Kläger behauptet, die Insolvenzschriftnerin sei seit 2010 zahlungsunfähig und spätestens seit 31.12.2010 überschuldet gewesen. Der Beklagte habe als Geschäftsführer der Insolvenzschriftnerin Zahlungen an die Fa. PKE O. im Zeitraum vom 10.06.2011 bis 27.06.2011 in Höhe von insgesamt 36.500,00 Euro, an weitere diverse Gläubiger im Zeitraum vom 21.04.2011 bis 06.05.2011 in Höhe von insgesamt 71.712,51 Euro, an die ESB S. O. im Zeitraum von 20.10.2010 bis 20.04.2011 in Höhe von insgesamt 209.900,00 Euro geleistet. Des Weiteren habe der Beklagte Zahlungseingänge mit dem Sollsald des Geschäftskontos der Insolvenzschriftnerin im Zeitraum vom 23.03.2011 bis 31.05.2011 in Höhe von insgesamt 122.210,69 Euro verrechnet. Im Umfang der geleisteten bzw. verrechneten Zahlungen bestehe ein Anspruch gegen den Beklagten aus § 64 GmbHG.

4

Zudem habe der Beklagte für die Insolvenzschriftnerin im Jahr 2011 neue Verbindlichkeiten in Höhe von 44.187,72 Euro begründet. Der Beklagte hafte in dieser Höhe nach § 43 Abs. 2 GmbHG wegen Vertiefung der Insolvenz.

5

Das Landgericht Traunstein hat den Beklagten mit Versäumnisurteil vom 18.02.2016 zur Zahlung von 484.510,92 Euro nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 27.10.2014 verurteilt. Nachdem die Nebenintervenientin hiergegen Einspruch eingelegt hat, hat der Kläger zuletzt beantragt,

das Versäumnisurteil aufrechtzuerhalten.

6

Die Nebenintervenientin hat zuletzt beantragt,

unter Aufhebung des Versäumnisurteils die Klage in vollem Umfang abzuweisen.

7

Die Nebenintervenientin ist der Ansicht, die Klage sei dem Beklagten nicht wirksam zugestellt worden. Die Forderungen gegen den Beklagten seien verjährt.

8

Das Landgericht, auf dessen tatsächliche Feststellungen nach § 540 Abs. 1 ZPO Bezug genommen wird, hat das Versäumnisurteil aufrechterhalten und damit der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Der Beklagte habe sich auf die wirksam erhobene und schlüssige Klage nicht eingelassen. Die Ansprüche des Klägers beständen aus §§ 64 und 43 GmbHG und seien nicht verjährt. Die Klage sei dem Beklagtem am 27.10.2014 im Rechtshilfeweg wirksam zugestellt und die Verjährung mithin unterbrochen worden.

9

Dagegen wendet sich die Nebenintervenientin mit der von ihr eingelegten Berufung, in der sie ihren erstinstanzlichen Vortrag wiederholt und vertieft. Die von einer finnischen Behörde ausgestellte Bescheinigung über eine Klagezustellung am 27.10.2014 in Helsinki sei nicht geeignet, den Nachweis einer

wirksamen Klagezustellung zu erbringen. Aus dem Dokument sei nicht erkennbar, ob und wie eine Zustellung an den Beklagten erfolgt sei und von welcher Behörde die Bescheinigung erstellt wurde. Zudem sei die Zustellung schon mangels Mitübersendung der Anlagen zur Klageschrift unwirksam. Die vom Senat im Jahr 2019 veranlasste erneute Zustellung der Klageschrift im Rechtshilfeweg sei nicht mehr „demnächst“ i.S. des § 167 ZPO und daher zur Verjährungsunterbrechung nicht geeignet.

10

Die Nebenintervenientin beantragt daher, unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils das Versäumnisurteil vom 18.02.2016 aufzuheben und die Klage vollständig abzuweisen;

hilfsweise im Unterliegensfall die Revision zuzulassen und dem Beklagten nachzulassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung (Bank- oder Sparkassenbürgschaft) abzuwenden.

11

Der Kläger beantragt,

die Berufung der Nebenintervenientin zurückzuweisen.

12

Der Kläger verteidigt das landgerichtliche Urteil. Der Zustellungsbescheinigung im Rechtshilfeweg komme die Beweiskraft nach § 418 ZPO zu, die Verjährung sei mithin am 27.10.2014 wirksam unterbrochen worden.

13

Der Anspruch gegen den Beklagten bestehe auch aus § 43 GmbHG. Aus den vom Kläger vorgelegten Bilanzen der Gemeinschuldnerin zum 31.12.2010 und zum 31.08.2011 ergebe sich, dass sich die Überschuldung der Insolvenzschuldnerin um mindestens 44.187,72 Euro vertieft habe.

14

Der Senat hat die Klageschrift dem Kläger im Rechtshilfeweg erneut zustellen lassen. In der mündlichen Verhandlung vom 06.06.2019 (Protokoll S. 2, Bl. 280 d.A.) hat der Senat darauf hingewiesen, dass der Nachweis der Zustellung am 27.10.2014 nicht geführt werden konnte und daher maßgeblich erscheine, ob die Zustellung durch den Senat noch als „demnächst“ i.S. des § 167 ZPO anzusehen sei.

15

Ergänzend wird auf die gewechselten Schriftsätze der Parteien und die Protokolle der mündlichen Verhandlungen vom 06.06.2019 und vom 19.07.2018 Bezug genommen.

II.

16

Die zulässige Berufung hat nur zum Teil Erfolg.

17

1. Die Berufung ist zulässig.

18

1.1. Das Landgericht hat den Beklagten durch Endurteil zur Zahlung verurteilt. Hiergegen kann der Beklagte Berufung einlegen, unabhängig davon, ob ihm die Klage selbst zuvor wirksam zugestellt wurde.

19

1.2. Die Berufung ist fristgerecht eingelegt und begründet, § 517, § 520 Abs. 2 ZPO.

20

Vorliegend hat nur die Nebenintervenientin die Berufung eingelegt und begründet. Damit erhält allein der Beklagte die Stellung des Rechtsmittelklägers, auch wenn er selbst völlig untätig bleibt (Hüßtege in Thomas/Putzo, ZPO, 40. Aufl., § 67 Rz. 4, 6 und 10). Maßgeblich sind insoweit allein die Rechtsmittelfristen, die für die unterstützte Partei laufen (BGH, NJW-RR 2012, S. 1042 Rz. 3).

21

Vorliegend hat das Landgericht die öffentliche Zustellung des am 21.07.2017 verkündeten Endurteils an den Beklagten veranlasst. Danach gilt das Endurteil als am 26.08.2017 zugestellt (nach Bl. 217 d.A.). Die Berufungsschrift der Nebenintervenientin ist am 28.08.2017 (Bl. 224 d.A.), die Berufungsbegründung am

26.10.2017 (Bl. 231 d.A.) bei Gericht und damit in jedem Fall rechtzeitig eingegangen. Ob die öffentliche Zustellung an den Beklagten wirksam war, bedarf daher keiner Entscheidung.

22

1.3. Die Nebenintervenientin setzt sich mit ihrer Berufung auch nicht in Widerspruch zum Willen der Hauptpartei. Der Beklagte ist im Berufungsverfahren untätig geblieben, obwohl ihm (u.a.) die Berufungsschrift, die Berufungsbegründung, die Berufungserwiderung und die Ladung zum Termin vom 19.07.2018 in finnischer Übersetzung im Rechtshilfeweg nach Art. 7 EuZVO durch persönliche Übergabe zugestellt wurden (s. u.a. Zustellungsbescheinigung nach Bl. 254 d.A. sowie Rechtshilfeheft 86/18).

23

2. Die Berufung hat in der Sache zum Teil Erfolg.

24

2.1. Die Klage ist zulässig.

25

2.1.1. Die Klageschrift wurde dem Beklagten jedenfalls im Rechtshilfeweg nach Art. 7 EuZVO in finnischer Übersetzung nebst (deutscher) Anlagen am 28.03.2019 durch persönliche Übergabe zugestellt (s. Zustellungsbescheinigung vom 28.03.2019, Rechtshilfeheft 53/19).

26

2.1.2. Das OLG München ist international zuständig.

27

2.1.2.1. Soweit der Kläger Ansprüche aus § 64 GmbHG gegen den Beklagten geltend macht, folgt die internationale Zuständigkeit aus Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29.05.2000 über Insolvenzverfahren.

28

Die Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.05.2015 über Insolvenzverfahren findet nach deren Art. 84 noch keine Anwendung, da vorliegend das Insolvenzverfahren bereits im Jahr 2011 eröffnet wurde.

29

Nach Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29.05.2000 über Insolvenzverfahren sind für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens die Gerichte des Mitgliedstaats zuständig, in dessen Gebiet der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat. Bei juristischen Personen wird vermutet, dass dies der Ort des satzungsgemäßen Sitzes ist. Nach der Rechtsprechung des EuGH folgt hieraus auch, dass die Gerichte des Mitgliedstaats, in dem das Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Gesellschaft eröffnet wurde, auch zuständig sind für die Entscheidung über eine Klage, die der Insolvenzverwalter dieser Gesellschaft gegen den Geschäftsführer auf die Rückzahlung von Beträgen erhebt, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Feststellung der Überschuldung geleistet wurden (EuGH, Urteil vom 04.12.2014, C-295/13, juris Tz. 26).

30

2.1.2.2. Soweit der Kläger die Ansprüche auf § 43 Abs. 2 GmbHG stützt, ergibt sich die internationale Zuständigkeit jedenfalls aus Art. 7 Nr. 1a EuGVVO: Danach kann eine Person, die ihren Wohnsitz im Gebiet eines Mitgliedstaats hat, in einem anderen Mitgliedstaat vor dem Gericht des Orts verklagt werden, an dem die streitgegenständlichen Ansprüche aus einem Vertrag zu erfüllen wären. Dies gilt auch für Klagen des Insolvenzverwalters einer GmbH gegen deren Geschäftsführer, wenn der Anspruch aus dem Organverhältnis abgeleitet wird (Hüßtege in Thomas / Putzo, ZPO, 40. Aufl, EuGVVO Art. 7 Rz. 3; OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.12.2009, I - 17 U 152/08, juris Tz. 29 und Tz. 31).

31

2.2. Die Klage ist aber nur in Höhe von 440.323,20 Euro nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 29.03.2019 begründet. Im Übrigen verbleibt die Klage in der Sache ohne Erfolg, so dass insoweit das Endurteil des Landgerichts sowie das Versäumnisurteil aufzuheben und die Klage abzuweisen war.

32

2.2.1. Dem Kläger steht der eingeklagte Anspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG zu.

33

2.2.1.1. Der Kläger hat dargetan, dass die Insolvenzschuldnerin seit 2010 zahlungsunfähig war. Des Weiteren hat der Kläger im einzelnen dargestellt, welche konkreten Zahlungen der Beklagte als Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin nach Zahlungsunfähigkeit veranlasst hat. Es handelte sich um Überweisungen an die PKE O. in Höhe von insgesamt 36.500,00 Euro (zu den einzelnen Überweisungen s. Klageschrift S. 5), um Auszahlungen vom Geschäftskonto der Insolvenzschuldnerin bei der C.bank an verschiedene Empfänger in Höhe von insgesamt 71.712,51 Euro (zu den einzelnen Überweisungen s. Klageschrift S. 6 f), sowie um Zahlungen an die ESB S. O. in Höhe von insgesamt 209.900,00 Euro (zu den einzelnen Überweisungen s. Klageschrift S. 10 f). Des Weiteren hat der Kläger ausgeführt, der Beklagte habe als Geschäftsführer nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit Zahlungseingänge auf einem debitorischen Konto mit dem Sollsaldo verrechnet in Höhe von insgesamt 122.210,69 Euro (zu den Zahlungseingängen im einzelnen s. Klageschrift S. 7- 9). Eine Zahlung i.S. des § 64 Satz 1 GmbHG liegt auch vor, wenn der Geschäftsführer nicht verhindert, dass ein Dritter auf ein debitorisches Konto der Gesellschaft einzahlt. Infolge der Verrechnung des Zahlungseingangs und der damit einhergehenden vorrangigen Befriedigung der Bank mindert sich die den übrigen Gläubigern zur Verfügung stehende Vollstreckungsmasse (BGH NZG 2016, S. 668, 661; BGH NZG 2015, S. 998, 999; Haas in Baumbach / Hueck, GmbHG, 21. Aufl, § 64 Rz. 78).

34

Der Beklagte hat sich weder in erster noch in zweiter Instanz zum klägerischen Vortrag geäußert. Die Nebenintervenientin hat nur pauschal mit Nichtwissen bestritten, dass die Voraussetzungen für eine Geschäftsführerhaftung aus Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung bestünden und daraus ein Schaden in Höhe der Klageforderung entstanden sei. Angesichts des konkreten Vortrags des Klägers unter Vorlage entsprechender Anlagen (insb. Kontoauszüge, s. Anlagen K 9, K 13, K 14, K 16) genügt das pauschale Bestreiten nicht. Zudem war der Nebenintervenientin ein Bestreiten mit Nichtwissen verwehrt. Die Nebenintervenientin hat keine weitergehenden Rechte als die von ihr unterstützte Hauptpartei, darf die Angriffs- und Verteidigungsmittel daher nur in dem Umfang geltend machen, in dem sie der Hauptpartei zustehen (Weth in Musielak / Voit, ZPO, 16. Aufl, § 67 Rz. 4; Schultes in Münchener Kommentar ZPO, 5. Aufl, § 67 Rz. 5; Hüßtege in Thomas / Putzo, ZPO, 40. Aufl, § 67 Rz. 6). Dem Beklagten als ehemaligen Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin war aber ein pauschales Bestreiten des klägerischen Sachvortrags mit Nichtwissen verwehrt.

35

Dementsprechend geht das Landgericht zutreffend von dem entsprechenden Tatsachenvortrag des Klägers aus. Hiergegen wendet sich die Nebenintervenientin in zweiter Instanz nicht, sondern beschränkt sich auf die Rüge, die zugesprochenen Ansprüche seien verjährt.

36

2.2.1.2. Die Darlegung, dass die konkreten Zahlungen nicht zu einer Benachteiligung der Gläubigergesamtheit geführt haben, obliegt dem Geschäftsführer (Haas in Baumbach / Hueck, GmbHG, 21. Aufl, § 64 Rz. 119). Hierzu fehlt jeglicher Vortrag. Die Pflichtwidrigkeit und das Verschulden einschließlich der Erkennbarkeit der Insolvenzreife werden vermutet (BGH ZIP 2012, S. 1557, 1558; BGH, ZIP 2012 S. 1174, 1175).

37

2.2.1.3. Entgegen der Ansicht der Nebenintervenientin ist der Anspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG nicht verjährt.

38

Die Nebenintervenientin kann nach § 67 ZPO die Einrede der Verjährung erheben (BGH, Beschluss vom 23.10.1984, III ZR 230/82, juris Tz. 19).

39

Der Anspruch verjährt gemäß § 64 Satz 4, § 43 Abs. 4 GmbHG in fünf Jahren. Die Frist beginnt gemäß § 200 Satz 1 BGB mit der Entstehung des Anspruchs. Vorliegend erfolgte die früheste der geltend gemachten Zahlungen am 20.10.2010, die letzte am 27.06.2011. Mithin verjährten die eingeklagten Ansprüche aus § 64

Satz 1 GmbH im Zeitraum zwischen dem 20.10.2015 und dem 27.06.2016. Mit Ablauf des 27.06.2016 wären mithin sämtliche geltend gemachte Ansprüche aus § 64 Satz 1 GmbHG verjährt.

40

Allerdings wurde die Verjährung am 29.04.2013 nach § 204 Ziff. 1 BGB gehemmt. Zu diesem Zeitpunkt wurde die Klage eingereicht. Die Zustellung an den Beklagten am 28.03.2019 ist noch als demnächst i.S. des § 167 ZPO anzusehen:

41

2.2.1.3.1. Die mit Beschluss des Landgerichts vom 23.12.2013 (Bl. 54 ff d.A.) veranlasste öffentliche Zustellung der Klageschrift nebst Anlagen hat zu keiner Hemmung der Verjährung nach § 204 Ziff. 1 BGB geführt, da die Voraussetzungen für eine öffentliche Zustellung nach § 185 ZPO für das Landgericht erkennbar nicht vorlagen. Eine unter Verstoß gegen § 185 ZPO angeordnete öffentliche Zustellung löst die Zustellungsfiktion des § 188 ZPO nicht aus und bewirkt keine Hemmung der Verjährung (BGH, Urteil vom 03.05.2016, II ZR 311/14, juris Tz. 33 f; BGH, Urteil vom 08.12.2016, III ZR 89/15, juris Tz. 11, jeweils m.w.N.). Am 23.12.2013 lagen die Voraussetzungen für eine öffentliche Zustellung nicht vor.

42

§ 185 Nr. 3 ZPO ist im Anwendungsbereich der EuZustVO nicht anwendbar (Hüßtege in Thomas / Putzo, ZPO, 40. Aufl, § 185 Rz. 9).

43

An die Feststellung der Voraussetzungen für eine öffentliche Zustellung sind wegen der besonderen Bedeutung der Zustellung für die Gewährung des rechtlichen Gehörs hohe Anforderungen zu stellen (BGH, Urteil vom 31.10.2018, I ZR 20/18, juris Tz. 16; BGH, NJW 2012, S. 3582 Tz. 17). Dementsprechend ist eine öffentliche Zustellung nach § 185 Nr. 1 ZPO nur dann zulässig, wenn der Aufenthaltsort der Partei nicht nur dem Gegner und dem Gericht, sondern allgemein unbekannt ist. Dabei hat die 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, Urteil vom 03.05.2016, II ZR 311/14, juris Tz. 37; BGH NJW 2012, S. 3582 Tz. 16). Die begünstigte Partei ist daher beispielsweise gehalten, durch persönliche Nachfragen beim ehemaligen Arbeitgeber bzw. Mitarbeitern, beim letzten Vermieter, beim Nachmieter, bei Hausgenossen oder Verwandten den Aufenthalt des Zustellungsadressaten zu ermitteln. Eine unergiebig gebliebene Anfrage beim Einwohnermeldeamt genügt hingegen nicht (BGH, Urteil vom 03.05.2016, II ZR 311/14, juris Tz. 40 f; BGH NJW 2012, S. 3582 Tz. 17).

44

Nach diesen Grundsätzen fehlte es im Dezember 2013 für das Landgericht erkennbar an ausreichenden Nachforschungen des Klägers. Der Kläger hat nur vorgetragen (Schriftsatz vom 19.11.2013, S. 1 f, Bl. 47 d.A.), unter der früheren Adresse K. 2, ... K., Finnland, sei ein Schreiben am 14.12.2011 nicht zustellbar gewesen. Eine Anfrage bei der deutsch-finnischen Handelskammer habe ergeben, dass der Beklagte nun unter der Adresse A. 16 A 3, ... H., Finnland, wohnhaft sei. An diese in der Klageschrift angegebene Adresse sei eine Zustellung der Klageschrift nicht möglich gewesen. Auf erneute Anfrage bei der deutsch-finnischen Handelskammer habe diese mit Schreiben vom 05.11.2013 mitgeteilt, dass beim finnischen Einwohnerregister eine Adressauskunft eingeholt worden sei und wiederum die Adresse A. 16 A 3, ... H., angegeben worden sei. Auf Anfrage der finnischen Handelskammer habe das Registergericht mitgeteilt, dass keine Möglichkeit bestehe, die aktuelle Adresse über das finnische Einwohnerregister zu ermitteln.

45

Dies genügt nicht als ausreichende Nachforschungen zur Aufenthaltsermittlung. Zwar war tatsächlich eine Zustellung der Klageschrift im Rechtshilfeweg an die Adresse A. 16 A 3, ... H., nicht möglich. Ausweislich der Bescheinigung über die Zustellung bzw. Nichtzustellung von Schriftstücken vom 15.10.2013 (Bl. 40 f d.A.) waren der Wohnsitz und der Empfänger nicht bekannt. Jedoch hätte der Kläger schon vor der öffentlichen Zustellung im Dezember 2013 weitere Nachforschungen z.B. bei weiteren früheren Geschäftspartnern, dem Insolvenzverwalter der ESB S. O., dem früheren Geschäftsführer der ESB S. GmbH durchführen können und müssen. Nachfragen bei Nachbarn an der Adresse A. 16 A 3, ... H., sind ebenfalls unterblieben.

46

2.2.1.3.2. Eine Verjährung ist auch nicht am 27.10.2014 gehemmt worden. Insoweit ist nicht feststellbar, dass am 27.10.2014 eine wirksame Zustellung der Klage im Rechtshilfeweg erfolgte.

47

2.2.1.3.2.1. Eine solche lässt sich nicht mit Hilfe der Bescheinigung über die Zustellung bzw. Nichtzustellung von Schriftstücken vom 27.10.2014 (nach Bl. 21 d.A.) nachweisen.

48

Ausweislich dieser Bescheinigung wurde am 27.10.2014 die Klage in folgender besonderer Art und Weise zugestellt „OK II : 7 §“ (nach Bl. 21 d.A.). Einem von einer ausländischen Behörde ausgestellten Zustellungszeugnis kommt die Beweiskraft des § 418 Abs. 1 ZPO zu (BGH, Urteil vom 12.12.2012, VIII ZR 307/11, Tz. 25; BGH, Urteil vom 15.01.2013, VI ZR 241/12, juris Tz. 12; BAG, NJW 2013, S. 252, 255). Indessen begründen öffentliche Urkunden nach § 418 Abs. 1 ZPO nur den vollen Beweis der darin bezeugten „Tatsachen“. Die Beweiskraft reicht nur soweit, wie gewährleistet ist, dass die zur Beurkundung berufene Amtsperson die Tatsachen selbst verwirklicht oder aufgrund eigener Wahrnehmung festgestellt hat. Sie erfasst keine außerhalb dieses Bereichs liegenden Umstände (BGH, Beschluss vom 11.07.2018, XII ZB 138/18, juris Tz. 5).

49

Vorliegend sind aus der Zustellungsbescheinigung keinerlei Tatsachen über die konkrete Art und Weise der Zustellung erkennbar. Auf Nachfrage des Landgerichts hat der District Court of Helsinki mit Schreiben vom 16.07.2015 mitgeteilt (Bl. 100 d.A.), dass OK 11:7 § die Möglichkeit eröffne, tätig zu werden, wenn eine Person es zu vermeiden suche, die fraglichen Dokumente zugestellt zu erhalten. Es werde versucht, den Empfänger an der bekannten Adresse, am Geschäftssitz oder an der Arbeitsstelle und über bekannte Telefonnummern zu kontaktieren. Wenn ausreichend deutlich sei, dass die betroffene Partei es vermeide, die Dokumente zugestellt zu bekommen, werde ein Schreiben an die bekannte Adresse geschickt. Das Schreiben umfasse eine Kopie der Zustellungsurkunde, in der die Vorgehensweise und die Gründe genannt würden. Darin sei auch die Person genannt, bei der die eigentlichen Dokumente hinterlegt seien. Könne solch eine Person nicht gefunden werden, werde die örtliche Polizeistelle verwendet. Das Datum der Zustellung sei das Datum, an dem das Schreiben verschickt werde.

50

Konkrete Angaben dazu, auf welche Weise und wann im konkreten Fall versucht worden sei, den Beklagten zu kontaktieren, weshalb die finnischen Zustellungsbehörden davon ausgingen, dass der Beklagte es vermeide, die Klage zugestellt zu erhalten, und wo die eigentlichen Dokumente hinterlegt wurden, finden sich in dem Schreiben vom 16.07.2015 ebenfalls nicht.

51

Mithin lassen sich der Zustellungsbescheinigung auch vor dem Hintergrund der Auskunft vom 16.07.2015 keine Tatsachen entnehmen, auf die sich die Beweiskraft der öffentlichen Urkunde erstrecken könnte. Die Angabe, die Zustellung sei am 27.10.2014 erfolgt, ist lediglich die rechtliche Schlussfolgerung. Eine solche ist von der formellen Beweiskraft der öffentlichen Urkunde aber gerade nicht umfasst (Huber in Musielak / Voit, ZPO, 14. Aufl, § 418 Rz. 3; OLG München, Urteil vom 09.05.2012, 7 U 2640/10, juris Tz. 13 - keine Beweiskraft nach § 418 Abs. 1 ZPO, wenn nur Zustellungsdatum ausgefüllt).

52

Entgegen der Ansicht des Klägers begründet die Bescheinigung vom 27.10.2014 auch kein Beweisanzeichen dafür, dass eine wirksame Ersatzzustellung vorlag.

53

Nach Ansicht des BGH (Entscheidungen vom 11.07.2018, XII ZB 138/18, juris Tz. 5, und vom 06.05.2004, IX ZB 43/03, juris Tz. 12) vermag eine Urkunde über eine Ersatzzustellung nach § 178 ZPO zwar nicht den Urkundsbeweis dafür zu erbringen, dass der Adressat an der Zustellungsanschrift wohnt oder eine Person, die in den Geschäftsräumen zur Entgegennahme des Schriftstücks bereit war, dort auch tatsächlich beschäftigt war. Sie begründet hierfür jedoch ein erhebliches Beweisanzeichen.

54

Indessen ist dies mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar. Vorliegend fehlen in der Zustellungsbescheinigung jegliche Angaben, welche Handlungen von den finnischen Zustellungsbehörden überhaupt vorgenommen wurden. Es bleibt völlig im unklaren, weshalb die finnischen Behörden von einer

wirksamen (Ersatz-) Zustellung am 27.10.2014 ausgehen. Damit begründet die Bescheinigung aber auch kein Beweisanzeichen für eine Zustellung an diesem Tag.

55

Desgleichen kommt es entgegen der Ansicht des Klägers nicht auf § 418 Abs. 2 ZPO an. Da es schon an „bezeugten Tatsachen“ fehlt, kommt es nicht darauf an, ob und von wem der Beweis der Unrichtigkeit bezeugter Tatsachen zu führen ist.

56

2.2.1.3.2.2. Der Nachweis einer wirksamen Zustellung an den Beklagten am 27.10.2014 konnte auch nicht auf andere Weise geführt werden.

57

Die Bescheinigung über die Zustellung dient nur dem Nachweis der Zustellung, ist aber nicht konstitutiver Bestandteil (BGH, NJW-RR 2008, S. 218, 219; Stöber in Zöller, ZPO, 32. Aufl., § 182 Rz. 2). Der Nachweis einer wirksamen Zustellung könnte daher grundsätzlich auch auf anderem Weg erbracht werden. Der Senat hat den District Court of Helsinki mit Schreiben vom 08.08.2018 (Bl. 260 f d.A.) und mit Schreiben vom Dezember 2018 (Bl. 264 d.A.) um Auskunft gebeten, auf welche konkrete Weise festgestellt worden sei, dass der Beklagte es vermeide, im vorliegenden Verfahren die Dokumente zugestellt zu bekommen, an welche „bekannte Adresse“ das Schreiben mit der Kopie der Zustellungsurkunde versendet worden sei und wo die eigentlichen Dokumente hinterlegt worden seien. Der District Court auf Helsinki hat mit Schreiben vom 14.01.2019 mitgeteilt, es sei leider nicht möglich, weitere Fragen über die Zustellung der Unterlagen zu beantworten, da die Person, welche die Unterlagen zugestellt habe, nicht mehr beim District Court of Helsinki arbeite.

58

Weitere Nachforschungsmöglichkeiten sieht der Senat nicht und wurden auch von den Parteien (etwa vom Kläger im Schreiben vom 04.07.2019) nicht aufgezeigt.

59

2.2.1.3.3. Eine wirksame Zustellung der Klage erfolgte mithin erst am 28.03.2019 im Rechtshilfeweg auf Veranlassung des Senats, also nach Eintritt der Verjährung. Die Zustellung wirkt jedoch gemäß § 167 ZPO auf den Zeitpunkt der Klageeinreichung am 29.04.2013 (Bl. 1 d.A.) zurück.

60

§ 167 ZPO findet auch bei Auslandszustellungen Anwendung (Greger in Zöller, ZPO, 32. Aufl., § 167 Rz. 2).

61

Für die Frage, ob eine Zustellung demnächst erfolgt ist, kommt es auf den Zeitraum zwischen dem Ablauf der versäumten Frist bzw. dem Eintritt der Verjährung und der tatsächlichen Zustellung an. Insoweit ist nicht der Eingang der Klageschrift maßgeblich (Hüßtege in Thomas / Putzo, ZPO, 40. Aufl., § 167 Rz. 10). Der Begriff „demnächst“ ist ohne absolute zeitliche Grenze im Wege einer wertenden Betrachtung auszulegen. Der Zustellungsbetreiber muss alles ihm Zumutbare für eine alsbaldige Zustellung getan haben, sofern es nicht ohnehin zu einer nur geringfügigen Verzögerung gekommen ist. Verzögerungen der Zustellung, die durch die Sachbearbeitung des Gerichts verursacht sind, muss sich der Kläger nicht zurechnen lassen; dies gilt selbst bei mehrmonatigen Verzögerungen (BAG, NJW 2013, S. 252, 254, Tz. 31 f; BGH NZM 2011, S. 752, 753 Tz. 6; BGH, Urteil vom 12.07.2006, IV ZR 23/05, juris Tz. 17). Desgleichen müssen Versäumnisse einer Partei, die sich auf die Dauer nicht ausgewirkt haben, außer Betracht bleiben (BGH NZM 2011, S. 752, 753 Tz. 6). Allerdings muss die Rückwirkung dem Empfänger zumutbar sein (BGH NZM 2011, S. 752, 753 Tz. 6). Unter Umständen kann auch bei einer 19 Monate nach Ablauf der Verjährungsfrist erfolgten Zustellung im Ausland noch eine Zustellung „demnächst“ anzunehmen sein (BAG, NJW 2013, S. 252, 253 ff, Tz. 26 ff.).

62

Unter Anwendung dieser Grundsätze geht der Senat noch von einer Zustellung „demnächst“ aus:

Die Ansprüche sind im Zeitraum zwischen dem 20.10.2015 und dem 27.06.2016 verjährt. Wirksam zugestellt wurde die Klage erst am 28.03.2019, mithin zwischen 2 Jahren 9 Monaten und 3 Jahren 5 Monaten später.

63

Der Senat verkennt nicht, dass es sich um einen sehr langen Zeitraum handelt. Dennoch ist bei der gebotenen wertenden Betrachtung noch eine Zustellung demnächst anzunehmen. Die Verzögerungen zwischen dem Eintritt der Verjährung und der Zustellung sind allein durch den gerichtlichen Betrieb verursacht und dem Kläger nicht zuzurechnen. Das Landgericht hat die Zustellung vom 27.10.2014 unzutreffend für wirksam erachtet und dies dem Kläger und der Nebenintervenientin mit Schreiben vom 29.07.2015 (Bl. 102 d.A.) mitgeteilt. Zu diesem Zeitpunkt waren die Ansprüche des Klägers noch nicht verjährt. Zwar hat die Nebenintervenientin schon in erster Instanz mehrfach ausgeführt, sie habe Bedenken gegen die Wirksamkeit, insbesondere enthalte die Zustellungsbescheinigung keinerlei Tatsachen. Dennoch hat das Landgericht an seiner Ansicht, die Zustellung sei wirksam, festgehalten, wie sich nicht zuletzt aus dem Versäumnisurteil vom 18.02.2016 (Bl. 122 ff d.A.) ergibt. Die sich aus der unzutreffenden Ansicht des Landgerichts ergebenden Verzögerungen können daher nicht dem Kläger zugerechnet werden.

64

Auch der fehlende Nachweis einer wirksamen Zustellung am 27.10.2014 ist nicht dem Kläger anzulasten. Für die unzureichende Ausfüllung der Zustellungsbescheinigung durch die finnischen Behörden trifft den Kläger keine Verantwortung. Bei ordnungsgemäßer Ausfüllung wäre der Nachweis einer Zustellung denkbar: Zwar hat das Landgericht die Zustellung der Klageschrift in finnischer Übersetzung, aber ohne Anlagen veranlasst. Dies ist aber nicht dem Kläger zuzurechnen, der die Anlagen mit der Klageschrift eingereicht hatte. Darüber hinaus hindert eine Zustellung nur der Klageschrift ohne Anlagen nicht deren Wirksamkeit (BGH, Urteil vom 12.12.2012, VIII ZR 307/11, juris Tz. 27 ff). Demgemäß kommt es auch nicht darauf an, dass der Kläger weder Klageschrift noch Anlagen in finnischer Übersetzung eingereicht hat. Selbst wenn dies als Versäumnis des Klägers anzusehen wäre, hätte es sich nicht ausgewirkt. Zudem kann eine Zustellung im Rechtshilfegeweg auch dann wirksam erfolgen, wenn die Dokumente nicht übersetzt sind. Nach Art. 5 und Art. 8 EuZustVO führt die fehlende Übersetzung der Klageschrift (und ggf. der Anlagen) in eine Sprache, die der Empfänger versteht oder die Amtssprache des Empfangsmitgliedstaats nicht zur Unwirksamkeit der Zustellung, sondern nur dazu, dass der Empfänger die Annahme verweigern kann und darüber zu belehren ist. Der Kläger konnte daher ab dem 29.07.2015, also noch vor Eintritt der Verjährung, darauf vertrauen, dass er das für die Wirksamkeit der Klagezustellung Erforderliche getan hatte und ausgehend von der Rechtsansicht des Landgerichts eine wirksame Klagezustellung vorlag. Grundsätzlich darf der Kläger darauf vertrauen, dass das Gericht das Zustellungsverfahren in eigener Zuständigkeit ordnungsgemäß betreibt (BGH, Urteil vom 12.07.2006, IV ZR 23/05, juris Tz. 23). Der Kläger war daher auch nicht gehalten, beim Landgericht auf einen erneuten Zustellungsversuch zu dringen. Im Übrigen wäre dies ohne Erfolg geblieben. Das Landgericht hat an der Ansicht, die Klagezustellung sei wirksam, letztlich noch im Endurteil festgehalten, obwohl die Nebenintervenientin immer wieder zutreffend auf die Bedenken hiergegen hingewiesen hat.

65

Dem Beklagten ist die Rückwirkung der Klagezustellung auch zumutbar. Zum einen war für den Beklagten ohne Weiteres erkennbar, dass etwaige Klagen mit Ansprüchen aus seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin ihm im Rechtshilfegeweg zuzustellen wären, was nach allgemeiner Erfahrung auch innerhalb der EU eine gewisse Zeitdauer in Anspruch nimmt. Zum anderen hat der Beklagte das Versäumnisurteil des Landgerichts vom 18.02.2016 (Bl. 122 ff d.A.) am 23.05.2016 erhalten. Zu diesem Zeitpunkt waren die Verjährungsfristen jedenfalls für einen Teil der Ansprüche noch nicht, für die übrigen erst seit maximal 7 Monaten abgelaufen. Der Beklagte hat ausweislich der Zustellungsbescheinigung vom 23.05.2016 (nach Bl. 125 d.A.) das Versäumnisurteil erhalten und zwar durch Übergabe an den Empfänger persönlich an seinem Wohnsitz, A. 16 A 3, ... H. Damit konnte der Beklagte jedenfalls nicht mehr uneingeschränkt darauf vertrauen, dass Ansprüche gegen ihn aus seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin verjährt wären. Zwar weist die Nebenintervenientin zutreffend darauf hin, dass das Versäumnisurteil nicht in die finnische Sprache übersetzt war und der Beklagte das deutsche Versäumnisurteil möglicherweise nicht verstehen konnte. Indessen war für den Beklagten aufgrund des Wappens ersichtlich, dass es sich um ein amtliches Schreiben handelte. Den Namen des Insolvenzverwalters und der Insolvenzschuldnerin, deren Geschäftsführer der Beklagte war, konnte er dem Dokument auch ohne Deutschkenntnisse entnehmen. Das gleiche gilt für seinen Namen, den seiner D & O Versicherung (der Nebenintervenientin) und die ausgerichtete Summe von 484.510,92 Euro.

66

Insgesamt ist daher bei wertender Betrachtung trotz der Länge der zwischen Verjährungseintritt und Zustellung verstrichenen Zeit noch von einer Zustellung demnächst auszugehen.

67

2.2.1.4. Der Vorbehalt in Ziff. 1 dritter Absatz des Tenors war von Amts wegen aufzunehmen, um eine ungerechtfertigte Bereicherung der Masse zu vermeiden (BGH, Urteil vom 19.02.2013, II ZR 296/12, juris Tz. 3; BGH, Urteil vom 11.07.2005, II ZR 235/03, juris Tz. 14).

68

2.2.1.5. Der Zinsanspruch folgt aus § 291, § 288 Abs. 1 ZPO. Da Rechtshängigkeit erst mit Klagezustellung am 28.03.2019 eingetreten ist, war der Zinsanspruch auch bezüglich des Zeitpunkts abzuändern.

69

2.2.2. Soweit das Landgericht weitergehende Ansprüche ausgeurteilt hat, war die Berufung erfolgreich. Der Kläger kann keinen Anspruch der Insolvenzschuldnerin aus § 43 Abs. 2 GmbHG geltend machen. In Höhe von 44.187,72 Euro waren daher das End- und das Versäumnisurteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

70

Ein Schadensersatzanspruch aus § 43 Abs. 2 GmbHG besteht nicht. Es fehlt bereits an einem vom Insolvenzverwalter geltend zu machenden Schaden der Insolvenzschuldnerin.

71

Ein Insolvenzverschleppungsschaden bzw. eine Vertiefung der Überschuldung hat seine Ursache zumindest auch in der durch die Weiterführung der Gesellschaft bedingten Begründung von Neuverbindlichkeiten. Ein Anspruch der Gesellschaft wegen der Belastung ihres Vermögens mit neuen Verbindlichkeiten bzw. Neugläubigerforderungen würde im Ergebnis deren Gleichstellung mit „Zahlungen“ i.S.v. § 64 GmbHG bedingen. Dies hätte zur Konsequenz, dass der Insolvenzverwalter vom Geschäftsführer Zahlungsausgleich nicht nur in Höhe der quotalen Mehrbelastung des Gesellschaftsvermögens, sondern in voller Höhe der zur Insolvenztabelle festgestellten Neugläubigerforderungen (positives Interesse) verlangen und den Betrag zur Masse ziehen könnte. Folglich käme dieser Betrag allen Insolvenzgläubigern unter Einschluss der für ihren Quotenschaden auf anderer Grundlage abzufindenden Altgläubiger zugute und der einzelne Neugläubiger ginge wegen des verbleibenden Rests seinen Vertrauensschadens womöglich leer aus. Um diese nicht gerechtfertigte Besserstellung der Altgläubiger und Gefährdung der Ansprüche der Neugläubiger zu vermeiden, kann der Insolvenzverwalter auch einen Neugläubigerschaden oder Insolvenzvertiefungsschaden nicht über § 43 Abs. 2 GmbHG als Gesellschaftsschaden geltend machen (BGH, Urteil 30.03.1998, II ZR 146/96, juris Tz. 12; Meixner in DStR 2018, S. 1025, 1026 f).

72

Soweit der IX. Senat des BGH einen vom Insolvenzverwalter geltend zu machenden Schadensersatzanspruch wegen der Insolvenzverschleppung bzw. -vertiefung bejaht (Urteil vom 06.06.2013, IX ZR 204/12, juris Tz. 28; Urteil vom 26.01.2017, IX ZR. 285/14, juris Tz. 11), betrafen diese Entscheidungen jeweils die Haftung eines Steuerberaters, nicht eines Geschäftsführers aus § 43 Abs. 2 GmbHG (worauf auch Meixner in DStR 2018, S. 1025, 1027 f hinweist). Die pauschale Aussage im Urteil des IX. Senats vom 06.06.2013, IX ZR 204/12, juris Tz. 27, wenn ein überschuldetes Unternehmen pflichtwidrig fortgeführt werde, könne es von dem verantwortlichen Organ Schadensersatz in Höhe der Steigerung seiner Überschuldung beanspruchen, beschäftigt sich nicht mit der abweichenden Ansicht des - für die Geschäftsführerhaftung zuständigen - II. Zivilsenats und stellt ohnehin nur ein obiter dictum dar.

73

Nur ergänzend sei darauf verwiesen, dass der Kläger einen etwaigen, durch die verspätete Antragstellung kausal verursachten Insolvenzverschleppungsschaden, sofern man von der Ersatzfähigkeit ausginge, auch nicht hinreichend konkret dargetan hätte. Maßgeblich ist die Differenz zwischen der Vermögenslage im Zeitpunkt rechtzeitiger Antragstellung im Vergleich zur Vermögenslage im Zeitpunkt des tatsächlich gestellten Antrags. Nachteile, die durch die gebotene Liquidation ohnedies eintreten würden, braucht der Schädiger nicht zu ersetzen. Gleiches gilt, wenn einige oder sämtliche geltend gemachte Schäden in Gestalt der behaupteten Erhöhung der unterstellten Überschuldung auch dann eingetreten wären, wenn das Insolvenzverfahren auf einen rechtzeitigen Antrag hin eröffnet worden wäre (BGH, Urteil vom 06.06.2013, IX ZR 204/12, juris Tz. 28).

74

Der bloße Verweis auf die Erhöhung des nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrags in den Bilanzen zum 31.12.2010 und zum 31.08.2011 und die Verringerung der fertigen Erzeugnisse (Schriftsatz vom 03.04.2019, S. 4, Bl. 278 d.A. und Klageschrift S. 12, Bl. 12 d.A.) genügt daher nicht.

75

3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1, § 101 Abs. 1 ZPO. Dem Beklagten waren keine zusätzlichen Kosten der Säumnis nach § 344 ZPO aufzuerlegen. Das Versäumnisurteil vom 18.02.2016 ist nicht in gesetzlicher Weise ergangen, da zu diesem Zeitpunkt die Klage dem Beklagten noch nicht wirksam zugestellt war (s.o. Ziff. 2.2.3.1).

76

4. Die Revision war nicht nach § 543 Abs. 2 ZPO zuzulassen. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung ohne grundsätzliche Bedeutung. Die zugrundeliegenden Rechtsfragen insbesondere zur Zustellung „demnächst“ sind durch höchstrichterliche Entscheidungen geklärt.