



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VII ZR 228/12

vom

10. Oktober 2013

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 10. Oktober 2013 durch den Richter Dr. Eick, die Richterin Safari Chabestari und die Richter Kosziol, Dr. Kartzke und Prof. Dr. Jurgeleit

beschlossen:

Der Antrag des Beklagten auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Revisionsverfahren unter Beiordnung von Rechtsanwältin Dr. A. wird abgelehnt.

Gründe:

I.

- 1 Das Landgericht hat entsprechend dem Antrag des Klägers die ursprüngliche Beklagte und spätere Insolvenzschuldnerin verurteilt, an den Kläger 1 Mio. € nebst Zinsen zu zahlen. Deren Berufung ist erfolglos geblieben. Das Berufungsgericht hat die Revision zugelassen.
- 2 Die ursprüngliche Beklagte hat gegen das Urteil des Berufungsgerichts Revision eingelegt.
- 3 Mit Beschluss des Amtsgerichts - Insolvenzgericht - B. vom 20. Dezember 2012 ist - vor Ablauf der verlängerten Frist zur Begründung der Revision - das Insolvenzverfahren über das Vermögen der ursprünglichen Beklagten eröffnet und der Beklagte zum Verwalter in dem Insolvenzverfahren über deren Vermögen bestellt worden. Dieser beantragt nunmehr, ihm für das Revisions-

verfahren Prozesskostenhilfe unter Beiordnung einer beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwältin zu bewilligen.

II.

4 Die Voraussetzungen für die Bewilligung der beantragten Prozesskostenhilfe liegen nicht vor, weil die beabsichtigte Rechtsverteidigung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet (§ 116 Satz 2, § 114 Satz 1 letzter Halbsatz ZPO).

5 1. Grundsätzlich kommt im Streitfall die Aufnahme des unterbrochenen Revisionsverfahrens durch den Beklagten als Verwalter nach § 180 Abs. 2 i.V.m. § 179 Abs. 2 InsO in Betracht, wobei sich das Rechtsschutzziel des Klägers in die Feststellung der ausgeurteilten Forderung zur Tabelle verwandeln (vgl. BGH, Beschluss vom 17. Juli 2008 - IX ZR 150/05, NZI 2008, 681 Rn. 12) und die beabsichtigte Rechtsverteidigung seitens des Beklagten dahingehen müsste, die Feststellung der ausgeurteilten Forderung zur Tabelle abzuwehren.

6 2. Die Ausführungen des Berufungsgerichts zur liquidationslosen Vollbeendigung der M. AG & Co. KG infolge der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Treuhandkommanditistin, der G. GmbH, und deren insolvenzbedingten Ausscheidens aus der genannten Kommanditgesellschaft lassen entgegen der Auffassung des Beklagten keine Rechtsfehler erkennen. Die Ausführungen des Berufungsgerichts zur liquidationslosen Vollbeendigung der M. AG & Co. KG infolge der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Treuhandkommanditistin und deren insolvenzbedingten Ausscheidens aus der genannten Kommanditgesellschaft stehen im Einklang mit dem vom Berufungsgericht zitierten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts

(BVerwGE 140, 142 Rn. 12-20), das sich mit der liquidationslosen Vollbeendigung gerade der M. AG & Co. KG befasst. Im Streitfall kann offenbleiben, wie zu entscheiden ist, wenn gleichzeitig über das Vermögen sämtlicher Gesellschafter das Insolvenzverfahren eröffnet wird, so dass bei einschränkungsloser Anwendung des § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 HGB kein Gesellschafter mehr vorhanden wäre, der als Gesamtrechtsnachfolger der Gesellschaft neuer Unternehmensträger werden könnte. Denn ein solcher Fall einer Simultaninsolvenz liegt hier nicht vor (vgl. BVerwGE 140, 142 Rn. 20).

7 3. Auch im Übrigen bietet die beabsichtigte Rechtsverteidigung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg.

8 a) Soweit das Berufungsgericht die ursprüngliche Beklagte als Handelsvertreterin eingestuft hat, lässt dies unter Berücksichtigung der vom Berufungsgericht herangezogenen Bestimmung in § 4 Abs. 1 des Emissionsdienstleistungsvertrags vom 15. März 2004 keine Rechtsfehler erkennen.

9 b) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht eine objektiv feststehende, mindestens hälftige Nichtausführung der vermittelten Geschäfte (§ 87a Abs. 3 HGB), auf die sich das Provisionsrückzahlungsverlangen bezieht, im Hinblick auf die vorgesehene Mindestbeteiligungsdauer der Treugeber angenommen. Es kann dahinstehen, ob von einer derartigen Nichtausführung der vermittelten Geschäfte bereits wegen der - nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bestandskräftigen - Verfügung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (im Folgenden: BaFin) vom 15. Juni 2005 auszugehen ist, mit der der M. AG & Co. KG untersagt worden ist, auf der Grundlage von Verträgen über treuhänderische Beteiligungen Gelder von Anlegern entgegenzunehmen, und mit der die unverzügliche Abwicklung der unerlaubt betriebenen Finanzkommissionsgeschäfte angeordnet worden ist. Das Berufungsurteil wird insoweit jeden-

falls durch die Ausführungen zur liquidationslosen Vollbeendigung der M. AG & Co. KG infolge insolvenzbedingten Ausscheidens der Treuhandkommanditistin, der G. GmbH, getragen.

10 c) Keine Rechtsfehler lässt auch die Würdigung des Berufungsgerichts erkennen, dass die genannte Nichtausführung der vermittelten Geschäfte auf Umständen beruht, die weder von der M. AG & Co. KG noch vom Kläger zu vertreten sind.

11 aa) Zu vertreten hat der Unternehmer die Umstände, auf denen die Nichtausführung des Geschäfts beruht, wenn ihm oder seinen Erfüllungsgehilfen insoweit persönliches Verschulden zur Last fällt (§§ 276, 278 BGB), darüber hinaus auch solche Umstände, die seinem unternehmerischen oder betrieblichen Risikobereich zuzuordnen sind (vgl. BGH, Urteil vom 5. März 2008 - VIII ZR 31/07, NJOZ 2008, 2449 Rn. 18 m.w.N.). Nicht zu vertreten hat der Unternehmer Umstände, die nicht seinem unternehmerischen oder betrieblichen Risikobereich zuzuordnen sind, wie etwa unvorhersehbare Betriebsstörungen oder (rechtswidrige) Eingriffe von hoher Hand (vgl. Küstner/Thume, Handbuch des gesamten Vertriebsrechts, Band 1, 4. Aufl., Kap. V, Rn. 461; Emde, Vertriebsrecht, 2. Aufl., § 87a Rn. 78). Maßgebend sind die jeweiligen Umstände des Einzelfalls (vgl. Löwisch in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 87a Rn. 23; MünchKommHGB/von Hoyningen-Huene, 3. Aufl., § 87a Rn. 53).

12 bb) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts liegt der Grund für die Nichtausführung der vermittelten Geschäfte in den an die M. AG & Co. KG und die G. GmbH gerichteten Untersagungsverfügungen der BaFin vom 15. Juni 2005, die unter anderem zur liquidationslosen Vollbeendigung der M. AG & Co. KG infolge insolvenzbedingten Ausscheidens der Treuhandkomman-

ditistin, der G. GmbH, geführt haben. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht die genannten Untersagungsverfügungen vom 15. Juni 2005 als materiell rechtswidrig eingestuft. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sind Tätigkeiten der beanstandeten Art keine Finanzkommissionsgeschäfte im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG (vgl. BVerwG, NVwZ-RR 2009, 980 Rn. 27 ff.). Dem hat sich der Bundesgerichtshof für das hier verfahrensgegenständliche Modell angeschlossen (vgl. BGH, Urteil vom 7. Dezember 2009 - II ZR 15/08, NJW 2010, 1077 Rn. 14 f.). Die Erwägung des Berufungsgerichts, dass ein derartiges rechtswidriges behördliches Einschreiten nicht dem allgemeinen Unternehmerrisiko zuzurechnen ist, ist nicht zu beanstanden. Der Streitfall ist entgegen der Auffassung des Beklagten signifikant anders gelagert als der dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 5. März 2008 - VIII ZR 31/07, NJOZ 2008, 2449 zugrunde liegende Fall. In dem letztgenannten Fall hatte die BaFin ein Veräußerungs- und Zahlungsverbot gegen die als Unternehmer im Sinne von § 87a Abs. 3 HGB fungierende Bank erlassen, nachdem diese in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten war. Der Bundesgerichtshof hat bei dieser Lage die vom Berufungsgericht vertretene Auffassung für rechtens erachtet, dass die Zahlungsschwierigkeiten der Bank und die daraufhin ergriffenen Zwangsmaßnahmen der genannten Anstalt, die dazu führten, dass die Sparverträge von der Bank nicht weiter ausgeführt werden konnten und die Bankkunden ihre Zahlungen einstellten, in den Risikobereich der Bank fallen und damit von ihr zu vertreten sind (vgl. BGH, Urteil vom 5. März 2008 - VIII ZR 31/07, aaO Rn. 17). Im Streitfall haben hingegen nach den Feststellungen des Berufungsgerichts erst die rechtswidrigen Untersagungsverfügungen der BaFin zur liquidationslosen Vollbeendigung der M. AG & Co. KG infolge insolvenzbedingten Ausscheidens der Treuhandkommanditistin, der G. GmbH, geführt. Es ist im Übrigen nicht ersichtlich, dass die M. AG & Co. KG oder der Kläger die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der G. GmbH, die die liqui-

dationslose Vollbeendigung der M. AG & Co. KG nach sich zog, hätten verhindern können.

- 13 d) Die tatrichterliche Auslegung der im Emissions-Dienstleistungsvertrag vom 15. März 2004 getroffenen Regelungen seitens des Berufungsgerichts, wonach etwaige Rückzahlungsansprüche nach § 87a Abs. 3 HGB nicht ausgeschlossen sind, ist revisionsrechtlich nur beschränkt überprüfbar (vgl. BGH, Urteil vom 12. November 2008 - VIII ZR 170/07, BGHZ 178, 307 Rn. 12 m.w.N.). Rechtsfehler sind insoweit nicht erkennbar. Entsprechendes gilt hinsichtlich der Beweiswürdigung des Berufungsgerichts, wonach die Parteien des Emissions-Dienstleistungsvertrags vom 15. März 2004 keine vom Vertragswortlaut abweichende Einigung hinsichtlich des Ausschlusses etwaiger Rückzahlungsansprüche nach § 87a Abs. 3 HGB getroffen haben, und hinsichtlich der Würdigung, dass dem Anspruch des Klägers nicht der Einwand der Treuwidrigkeit entgegensteht.
- 14 e) Soweit das Berufungsgericht ausgeführt hat, dass die Verjährung der Provisionsrückzahlungsansprüche durch die Klageerhebung im Jahr 2008 rechtzeitig gehemmt wurde, lässt dies ebenfalls keine Rechtsfehler erkennen.
- 15 4. Nach dem Vorstehenden kann offenbleiben, ob dem Beklagten Prozesskostenhilfe auch deshalb nicht bewilligt werden kann, weil den übrigen In-

solvenzgläubigern im Insolvenzverfahren auf Beklagtenseite als am Gegenstand des Rechtsstreits wirtschaftlich Beteiligten zuzumuten ist, die Kosten des Revisionsverfahrens aufzubringen (vgl. § 116 Satz 1 Nr. 1 ZPO).

Eick

Safari Chabestari

Kosziol

Kartzke

Jurgeleit

Vorinstanzen:

LG Braunschweig, Entscheidung vom 06.08.2009 - 21 O 3378/07 -

OLG Braunschweig, Entscheidung vom 18.07.2012 - 2 U 204/09 -