

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VERSÄUMNISURTEIL

III ZR 18/97

Verkündet am:
7. Mai 1998
F r e i t a g
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB § 652

- a) Zur Frage der wirtschaftlichen Identität zwischen dem zustande gekommenen und dem nach dem Maklervertrag beabsichtigten Hauptvertrag, wenn der Maklerkunde, statt ein nachgewiesenes Grundstück zu kaufen, sämtliche Geschäftsanteile der GmbH, der das Grundstück gehört, übernimmt.
- b) Zur Darlegungs- und Beweislast in einem solchen Fall.

BGH, Versäumnisurt. v. 7. Mai 1998 - III ZR 18/97 - OLG München
LG München I

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Mai 1998 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Rinne, die Richter Dr. Werp, Streck, Schlick und die Richterin Ambrosius

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 31. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 2. Dezember 1996 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die als Maklerin tätige Klägerin bot der Beklagten, einer Bauträgerfirma, mit Schreiben vom 13. Dezember 1994 ein 1.140 m² großes, zur Bebauung für Wohn- und gewerbliche Nutzung geeignetes - teilweise noch mit abzubrechender Bausubstanz versehenes -, Grundstück in M., das der Firma L. mbH gehörte, für einen Kaufpreis von "DM 2.950 pro m² anrechenbarer Netto-Wohn-/Nutzfläche, entspricht bei 2.800 m² DM 8.260.000 und bei 3.235 m² DM 9.543.250" an. Auf der Grundlage des Angebots, das eine Provisionspflicht des Käufers für den Nachweis oder die Vermittlung der Kaufgelegenheit in Höhe von 3,45 % des Kaufpreises (einschließlich Mehrwertsteuer) vorsah, kam es zwischen den Parteien zum Abschluß eines Maklervertrages. Schon bei dem ersten Gespräch über einen Kauf zwischen der Beklagten und der L. GmbH, das am 30. Januar 1995 unter Beteiligung der Klägerin stattfand, wurde auch die Möglichkeit einer Übernahme der Geschäftsanteile der L. GmbH statt des Erwerbs des Grundstücks durch die Beklagte aus steuerlichen Gründen erörtert. An den weiteren Verhandlungen mit der L. GmbH beteiligte die Beklagte die Klägerin nicht mehr, gab ihr jedoch ein Schreiben vom 7. Februar 1995 zur Kenntnis, mit dem die Beklagte der L. GmbH die Übernahme der Geschäftsanteile der Besitz-GmbH alternativ zu einem ab 7,5 Mio DM aufsteigenden Preis je nach erzielbarer Geschoßfläche oder zu einem Pauschalpreis von 8 Mio DM ungeachtet der tatsächlich erzielbaren Geschoßfläche anbot. Anschließend bat die Beklagte die Klägerin, sich wegen der Höhe ihrer Provision mit dem Mitgesellschafter Lehmann der L.



GmbH, die die Provision übernehmen wolle, in Verbindung zu setzen. Zu einer Einigung der Klägerin mit Lehmann kam es jedoch nicht.

Am 11. April 1995 verkauften die vier Gesellschafter der L. GmbH ihre jeweils 25 % Geschäftsanteile für einen Kaufpreis von insgesamt 234.283 DM an die Beklagte.

Die Klägerin, die behauptet, das Baugrundstück in M. habe das gesamte Aktivvermögen der L. GmbH dargestellt, nimmt die Beklagte auf Zahlung der vereinbarten Maklerprovision in Anspruch. Ihre auf einen Teilbetrag von 70.000 DM nebst Zinsen gerichtete Klage haben das Landgericht und das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Dies ist, da die Revisionsbeklagte im Verhandlungstermin nicht vertreten war, durch Versäumnisurteil auszusprechen, das inhaltlich auf einer Sachprüfung beruht (BGHZ 37, 79).

I.

1. Das Berufungsgericht meint, für einen Provisionsanspruch des Klägers gegen die Beklagte aus dem Maklervertrag fehle es an der erforderlichen wirtschaftlichen Gleichwertigkeit zwischen dem zustande gekommenen Hauptvertrag (Übernahme der Geschäftsanteile der L. GmbH durch die Beklagte) und dem nach dem Maklervertrag beabsichtigten Hauptvertrag (Kauf des Grundstücks). Zwar habe die Beklagte mit dem Kauf aller Geschäftsanteile der L. GmbH ihr wirtschaftliches Ziel, ein baureifes Grundstück zu erwerben, um es als Bauträgerin zu verwerten, erreicht, weil sie nunmehr als alleinige Gesellschafterin über das sich im Gesellschaftsvermögen befindliche Grundstück frei verfügen könne. Der gewählte Weg des Unternehmenskaufs mittels Erwerbs der Geschäftsanteile aller Gesellschafter habe jedoch gleichzeitig wesentlich andere und drückendere Pflichten für die Beklagte mit sich gebracht, als dies beim reinen Grundstückskauf der Fall gewesen wäre. Die Beklagte habe mit dem Erwerb der Geschäftsanteile nicht nur die Mitgliedschaftsrechte der bisherigen vier Gesellschafter, sondern auch alle hiermit verbundenen Verpflichtungen übernommen; sie hafte nunmehr für alle zum Übernahmezeitpunkt bestehenden Verbindlichkeiten der GmbH gegenüber Dritten. Damit habe die Beklagte ein erhebliches wirtschaftliches Risiko übernommen, das auch nicht durch die Art der Vertragsgestaltung gänzlich auszuschließen sei. Darauf, ob sich das Risiko im konkreten Fall tatsächlich verwirklicht habe, könne es hierbei nicht ankommen. Allein dieser grundlegende Unterschied zum bloßen Grundstückskauf stehe der Annahme einer

wirtschaftlichen Gleichwertigkeit entgegen, ohne daß es darauf ankomme, ob das Grundstück tatsächlich das gesamte Aktivvermögen der GmbH gebildet habe oder ob auch noch nicht unerhebliches Umlaufvermögen vorhanden gewesen sei.

Der ursprüngliche Maklervertrag sei nicht - auch nicht stillschweigend im Zusammenhang mit dem Gespräch vom 30. Januar 1995 - dahin abgeändert worden, daß die Beklagte die Maklerprovision auch für den Fall des Erwerbs der Geschäftsanteile an der L. GmbH zahlen sollte. Schließlich habe darin, daß die Beklagte die Klägerin gebeten habe, sich wegen ihrer Provision mit einem Gesellschafter der L. GmbH in Verbindung zu setzen, kein deklaratorisches Schuldanerkenntnis gegenüber der Klägerin gelegen.

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung jedenfalls nicht stand, soweit das Berufungsgericht die wirtschaftliche Gleichwertigkeit des zustande gekommenen mit dem nach dem Maklervertrag beabsichtigten Hauptvertrag verneint hat. Da das angefochtene Urteil schon deshalb keinen Bestand haben kann, braucht im Revisionsverfahren auf die weiteren vom Berufungsgericht erörterten Gesichtspunkte nicht eingegangen zu werden; das Berufungsgericht hat gegebenenfalls im Rahmen der erneuten Verhandlung Gelegenheit, sich mit dem hiergegen gerichteten Revisionsvorbringen der Klägerin auseinanderzusetzen.

a) Ausgangspunkt (auch des Berufungsgerichts) ist, daß zwischen den Parteien im Anschluß an das Angebot der Klägerin vom 13. Dezember 1994 ein Maklervertrag und aufgrund des

Nachweises der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrags durch die Klägerin zwischen der Beklagten und den bisherigen Gesellschaftern der L. GmbH (Grundstücksbesitzgesellschaft) ein Hauptvertrag über den Kauf der Geschäftsanteile zustande gekommen ist. Der mit dem Maklervertrag beabsichtigte Hauptvertrag wäre allerdings ein Grundstückskaufvertrag gewesen. Indessen verdient der Makler seine Provision, wie auch das Berufungsgericht im Ansatz nicht verkannt hat, nicht nur bei vollständiger Identität des zustande gekommenen mit dem beabsichtigten Hauptvertrag hinsichtlich der rechtlichen Ausgestaltung; entscheidend ist vielmehr, ob durch den Hauptvertrag der vom Auftraggeber des Maklers erstrebte wirtschaftliche Erfolg eintritt (vgl. BGH, Urteile vom 5. April 1978 - IV ZR 37/77 - WM 1978, 393, 30. November 1983 - IVa ZR 58/82 - WM 1984, 342 und 14. Oktober 1992 - IV ZR 9/92 - WM 1993, 302, 304). Ob diese Voraussetzung vorliegt, ist eine Frage der tatrichterlichen Beurteilung, bei der es stets auf die Umstände des Einzelfalles ankommt (BGH, Urteil vom 28. Januar 1987 - IVa ZR 45/85 - WM 1987, 510, 511).

b) Das angefochtene Urteil läßt, wie die Revision zutreffend rügt, die für die Beurteilung der wirtschaftlichen Identität erforderliche umfassende (konkrete) Würdigung vermissen. Es stellt zwar dem Gesichtspunkt, daß die Beklagte ihr wirtschaftliches Ziel, ein baureifes Grundstück zu erwerben, mit dem Kauf der Geschäftsanteile der L. GmbH erreicht hat, gegenüber, daß der gewählte Weg des Unternehmenskaufs zugleich "wesentlich andere und drückendere Pflichten" für die Beklagte mit sich gebracht habe, als dies beim reinen

Grundstückskauf der Fall gewesen wäre. Letztere Aussage macht das Berufungsgericht jedoch im Kern nur im Sinne eines abstrakten Vergleichs der in Frage kommenden Geschäftsarten (Grundstückskauf oder Übernahme der Besitz-GmbH), ohne nähere Feststellungen über den konkreten Umfang der von der Beklagten im Zusammenhang mit der Übernahme der Geschäftsanteile der L. GmbH eingegangenen Verpflichtungen und übernommenen Risiken - und deren Einschätzung durch die Partner des Übernahmegegeschäfts, so wie sie möglicherweise in bestimmten vertraglichen Vereinbarungen ihren Niederschlag gefunden hat - zu treffen. Der Würdigung des Berufungsgerichts liegt ersichtlich die Vorstellung zugrunde, zwischen dem Kauf eines Grundstücks und dem Erwerb der Verfügungsmacht über dasselbe durch Übernahme der Geschäftsanteile der Besitz-GmbH bestehe regelmäßig - wegen typischerweise im letzteren Falle gegebener wesentlich anderer und drückenderer Pflichten des Übernehmers - ein solcher Unterschied, daß die Annahme wirtschaftlicher Gleichwertigkeit ausscheide. Dem kann nicht gefolgt werden.

Das Berufungsgericht läßt offen, ob, wie die Klägerin behauptet, das Grundstück das gesamte Aktivvermögen der L. GmbH darstellte. Im Revisionsverfahren ist mithin zugunsten der Klägerin zu unterstellen, daß dies so war. Weiterhin ist davon auszugehen, daß das Grundstück nach der damaligen Einschätzung der Partner des Vertrages vom 11. April 1995 keinen grundlegend anderen (geringeren) Wert hatte, als dies in dem Maklerangebot der Klägerin gegenüber der Beklagten vom 13. Dezember 1994 bzw. in den Angeboten der Beklagten an die Firma LEHA GmbH, wie sie sich aus dem Schreiben vom 7. Febru-

ar 1995 ergaben, zum Ausdruck kam; dem steht - schon im Hinblick auf die in Betracht gezogenen Bebauungsmöglichkeiten - nicht ohne weiteres entgegen, daß nach dem Vortrag der Beklagten das Gesamtanwesen einschließlich ausstehender Gebäude zum Bilanzstichtag 31. März 1994 mit lediglich 6.659.109,20 DM verzeichnet gewesen sein soll. Nimmt man den - unstreitigen - Umstand hinzu, daß für die tatsächlich zustande gekommene Vertragsgestaltung im Sinne einer Übernahme der Besitz-GmbH anstelle eines Grundstückskaufs allein steuerliche Gründe - nämlich der Wunsch der Verkäuferseite, den Veräußerungsgewinn nicht versteuern zu müssen - ausschlaggebend waren, so spricht bei einem solchen Sachverhalt die tatsächliche Vermutung für die wirtschaftliche Identität zwischen dem nach dem Maklervertrag beabsichtigten und dem tatsächlich durchgeführten Geschäft. Eine derartige tatsächliche Vermutung könnte zwar im Einzelfall durch die Feststellung entkräftet werden, daß der Maklerkunde sein wirtschaftliches Ziel - den Grundstückserwerb - nur unter Inkaufnahme wesentlich weitergehender und schwerwiegenderer Haftungsrisiken als bei einem Kauf des Grundstücks erreichen konnte. Dafür reicht jedoch der bloße Hinweis auf die allgemeinen Rechtsfolgen bei einem Unternehmenskauf durch Erwerb sämtlicher GmbH-Anteile - also das Einrücken des Erwerbers in die (Allein-)Gesellschafterstellung und die Haftung der übernommenen juristischen Person für Verbindlichkeiten aus der Vergangenheit - nicht aus. Maßgeblich ist vielmehr, ob und mit welchem Gewicht besondere konkrete Risiken einer Einstandspflicht der zu übernehmenden GmbH für Vorgänge aus der zurückliegenden Zeit - und damit die Gefahr einer wesentlichen Schmälerung der mit der GmbH übernommenen Vermögenswerte - Gegenstand der

Kaufpreiskalkulation waren oder sonstwie in die Vertragsverhandlungen und gegebenenfalls in bestimmte vertragliche Regelungen eingeflossen sind. Feststellungen in dieser Richtung hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Die Tatsache, daß die L. GmbH zu dem für den Vertrag vom 11. April 1995 maßgeblichen Stichtag mit bestimmten Verbindlichkeiten belastet war und der Kaufpreis für die Geschäftsanteile unter Berücksichtigung dieser Verbindlichkeiten ermittelt wurde, ist allein noch kein gegen die wirtschaftliche Gleichartigkeit der Geschäfte sprechender Gesichtspunkt; das ist - für sich genommen - nichts anderes, als wenn der Grundstückskäufer, statt ein unbelastetes Grundstück zu bekommen und voll zu bezahlen, das Grundstück kaufweise unter Übernahme der bestehenden Belastungen und entsprechender Verringerung des Kaufpreises erwirbt.

c) Eine andere Beurteilung ergibt sich - nach dem Sachstand des Revisionsverfahrens - nicht schon daraus, daß die Beklagte der Behauptung der Klägerin, bei der Firma L. GmbH habe es sich um eine reine Besitzgesellschaft gehandelt, deren einziger Vermögenswert das Grundstück gewesen sei, entgegengesetzt hat, im Umlaufvermögen der L. GmbH hätten sich zum Bilanzstichtag 31. März 1994 "weitere Vermögenswerte und Gegenstände mit einem aktivierten Gesamtwert von DM 44.867,31" befunden. Dieser Vortrag ist in seiner jetzigen Form unsubstantiiert und schon deshalb unerheblich, so daß hier offenbleiben kann, ob ein zusätzlicher Wert in dieser Größenordnung im Vergleich zum Grundstückswert, wirtschaftlich gesehen, überhaupt ein maßgeblicher Gesichtspunkt für

die Annahme einer wesentlichen Abweichung im Vergleich zu einem reinen Grundstückserwerb sein kann.

Allerdings hat grundsätzlich der Makler das Zustandekommen des Hauptvertrages zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten und mithin auch zu beweisen, daß der Hauptvertrag mit dem ursprünglich in Aussicht genommenen Geschäft identisch ist oder diesem nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zumindest gleichkommt (Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privatrecht Bd. 1 2. Aufl. § 652 Rn. 5; Dehner NJW 1997, 18, 21 - jeweils m.w.N.). Das schließt aber nicht aus, je nach Sachlage, dem Makler zu diesem Fragenkreis Darlegungs- und Beweiserleichterungen zuzubilligen, und zwar zumindest im Sinne einer sog. sekundären Behauptungslast der Gegenseite, wie sie insbesondere dann in Betracht gezogen wird, wenn eine darlegungspflichtige Partei außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt, während der Prozeßgegner sie hat und ihm nähere Angaben zumutbar sind (Zöllner/Greger ZPO 20. Aufl. § 138 Rn. 8a). Es liegt nahe, diese Grundsätze im vorliegenden Zusammenhang zu Lasten der Beklagten anzuwenden, die sich hiergegen - im Verhältnis zur Klägerin - auch nicht mit Erfolg auf eine Geheimhaltungspflicht gegenüber ihren Vertragspartnern vom 11. April 1995 berufen kann. Der Beklagten ist unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag in der erneuten Verhandlung vor dem Tatrichter zu geben.

d) Falls durch den Hauptvertrag der von der Beklagten erstrebte wirtschaftliche Erfolg eingetreten ist, läßt sich

die wirtschaftliche Identität hier auch nicht mehr mit dem von der Revisionserwiderung angeführten Argument in Zweifel ziehen, es fehle im Hinblick darauf, daß auf der Veräußererseite statt der L. GmbH die einzelnen Gesellschafter derselben Vertragspartner der Beklagten wurden, an der "persönlichen Kongruenz". Das war nur die notwendige Konsequenz der gewählten Gestaltung.

3. Das klageabweisende Urteil des Berufungsgerichts stellt sich auch nicht aus anderen Gründen, nämlich was die Schlüssigkeit der Höhe des geltend gemachten Maklerlohnanspruchs angeht, (teilweise) als richtig dar. Unterstellt, die Klägerin hat gegen die Beklagte wegen wirtschaftlicher Gleichwertigkeit des abgeschlossenen mit dem im Maklervertrag beabsichtigten Hauptvertrag einen Anspruch auf die vertragliche Maklerprovision, so geht dieser Anspruch auf den vereinbarten Prozentsatz des "Kaufpreises" für das Grundstück, das heißt, er richtet sich nach den von der Beklagten in dem Vertrag vom 11. April 1995 der Sache nach für das Grundstück zu erbringenden Gegenleistungen, im Zweifel also nach dem bei Abschluß dieses Vertrages von den Vertragspartnern zugrunde gelegten Grundstückswert. Bei Grundstücken gehören zum Kaufpreis auch solche Leistungen des Käufers, die üblicherweise als dessen Teil gelten, so etwa auch die Übernahme von Belastungen (Palandt/Sprau BGB 57. Aufl. § 652 Rn. 41). Der in dem Vertrag vom 11. April 1995 vereinbarte Kaufpreis von 234.283 DM für die Geschäftsanteile der L. GmbH ist für die Berechnung der Maklerprovision nach Maßgabe des vorliegenden Maklervertrages nicht ausschlaggebend. Aus dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 15. März 1995 - IV ZR 25/94 - WM 1995, 905 ergibt sich

nichts Gegenteiliges. Ein vergleichbarer Fall liegt hier nicht vor.

II.

Mithin ist das angefochtene Urteil aufzuheben und, da Entscheidungsreife im Revisionsverfahren noch nicht gegeben ist, die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Das Berufungsgericht wird - gegebenenfalls auf der Grundlage ergänzenden Vortrags insbesondere der Beklagten - eine umfassende neue Beurteilung der Frage der wirtschaftlichen Identität zwischen dem nach dem Maklervertrag beabsichtigten Grundstückskauf und der tatsächlich erfolgten Übernahme sämtlicher GmbH-Anteile der Besitzgesellschaft vorzunehmen haben.

Rinne

Werp

Streck

Schlick

Ambrosius