

---

**Datum:** 20.08.2009  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 27. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 27 U 34/09  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2009:0820.27U34.09.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Paderborn, 7 O 79/08

---

**Tenor:**

Die Berufung der Klägerin gegen das am 9. Dezember 2008 verkündete Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Paderborn wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin darf die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Gläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

---

**Gründe:**

**A.**

Die Klägerin betreibt in I in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG ein Windrad. Sie macht vorliegend Gewährleistungsansprüche als Schadensersatz gegenüber den Beklagten aus abgetretenem Recht geltend. Am 1. April 2008 traten ihre fünf Kommanditisten ihr die Gewährleistungsansprüche ab, die sie aus dem Kauf ihrer Kommanditanteile durch

1

2

3

"Übernahme"vertrag vom 10. Juni 2005 herleiten.

Die Beklagten zu 2) und 3) gründeten im Oktober 2000 F GmbH und im Mai 2003 die Klägerin. F GmbH wurde deren Komplementärin, und die Beklagten zu 2) und 3) beteiligten sich mit einer Einlage von je 1.000,00 € als Kommanditisten. Gegenstand des Unternehmens ist die Errichtung und der Betrieb von Windkraftanlagen. Die Klägerin plante gemeinsam mit der Fa. X2, die Windkraftanlagen produziert, die Errichtung einer Windkraftanlage in I-12 und holte zu diesem Zweck zwei Windertragsgutachten ein. Unter dem 09.02.2005 erstellte die Beklagte zu 1), deren alleiniger Geschäftsführer der Beklagte zu 2) ist, eine zwei Seiten umfassende "finanzielle Projektbeschreibung" mit einer "Liquiditätsberechnung vor Steuern", die auf die in den beiden Gutachten prognostizierten Erträge Bezug nimmt. Am 20.04.2005 bot die Beklagte zu 1) Herrn S die Übernahme der Klägerin an und fügte die finanzielle Projektbeschreibung bei. Herr S hatte bereits einige Jahre zuvor eine Beteiligung an einer Windkraftanlage bei den Beklagten zu 2) und 3) abgeschlossen und suchte für die Übernahme der Klägerin weitere Mitkäufer. Am 10.06.2005 kam es zum Abschluss des Vertrages über die Übernahme des Windkraftprojektes. Vertragsgegenstand war die schlüsselfertige Erstellung der Windkraftanlage einschließlich Lieferung, Errichtung, Inbetriebnahme und Übertragung der notwendigen Nutzungsrechte. Beteiligte waren die Klägerin als Betreibergesellschaft, die Beklagte zu 1) als Planungsgesellschaft sowie fünf Privatpersonen als Käufer. Vorgesehen war, dass die Käufer die Klägerin übernehmen und die Geschäftsanteile an sie als neue Kommanditisten übertragen werden. Wegen der weiteren Einzelheiten der vertraglichen Regelung wird auf den im erstinstanzlichen Urteil vom 09.12.2008 zitierten Vertragstext Bl. 119 - 126 d.A. Bezug genommen. Vor dem Abschluss des Vertrages vom 10.06.2005 standen den fünf Privatpersonen die finanzielle Projektbeschreibung, die Gutachten, die Kaufverträge sowie die Nutzungs- und Netzanbindungsverträge zur Verfügung. Durch notarielle Urkunde vom 01.07.2005 wurde zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet, dass die W GmbH die Geschäftsanteile der F GmbH an der Klägerin übernimmt, die Beklagten zu 2) und 3) als Kommanditisten der Klägerin ausgeschieden und die fünf im Vertrag vom 10.06.2005 aufgeführten Käufer als neue Kommanditisten eingetreten sind. Zur Umsetzung des ursprünglichen Plans, die Kommanditanteile zunächst auf die Beklagte zu 1) zu übertragen, die sie anschließend weiterveräußern sollte, kam es nicht. Ein gesonderter Übernahmevertrag zur Übertragung der Kommanditanteile wurde nicht geschlossen. Am 18.05.2005 wurde die Windkraftanlage in Betrieb genommen. Eine seitens der Fa. X2 durchgeführte Revision der Anlage Ende 2006 ermittelte keine technischen Mängel.

4

Die Klägerin hat behauptet, in der Zeit seit Inbetriebnahme im Mai 2005 bis Ende 2007 sei der tatsächlich von der Windkraftanlage erzielte und von der Firma e.on zu vergütende Gesamtertrag deutlich geringer gewesen als in der finanziellen Projektbeschreibung prognostiziert. Dadurch sei ein Schaden von 198.749,22 € entstanden. Ferner hat sie die Meinung vertreten, das durch Übertragung der Gesellschaftsanteile übertragene Unternehmen sei vorliegend wegen der Abweichung der tatsächlichen von den prognostizierten Erträgen mangelhaft. Die Ertragsprognose auf der Basis der Gutachten stelle eine Beschaffenheitsvereinbarung der Parteien dar. Ihr, der Klägerin, stehe daher gegenüber der Beklagten zu 1) ein Schadensersatzanspruch gerichtet auf das positive Interesse zu. Die Klägerin hat zudem die Auffassung vertreten, die Übernahme der Gewährleistung seitens der Beklagten zu 1) nach § 8 des Übernahmevertrages vom 10.06.2005 für die Leistungen außerhalb des Lieferumfangs der Fa. X2 für den Zeitraum von drei Jahren nach Inbetriebnahme beinhalte die Gewährleistung für sämtliche über die reinen Sachmängel der Anlage als solche hinausgehenden Leistungen. Dies bedeute auch eine Gewährleistung für Leistungsdaten wie die prognostizierten Erträge. Die Klägerin hat des

5

Weiteren gemeint, die Beklagten zu 2) und 3) seien ihr gegenüber zum Schadensersatz aus Prospekthaftung verpflichtet. Die für die Fälle der Beteiligung an einer Q2 KG, Immobilienfonds und Bauherren- und Bauträgermodellen entwickelte Rechtsprechung sei auf den vorliegenden Fall übertragbar. Für ihre Kommanditisten sei der Erwerb und Betrieb der Windkraftanlage eine Finanzanlage gewesen und diese hätten als einzige Informationsquelle die finanzielle Projektplanung, die Liquiditätsberechnung und die Gutachten zur Verfügung gehabt. Dabei handele es sich um einen Prospekt. Darüber hinaus hafteten die Beklagten zu 2) und 3) aus dem Gesichtspunkt der uneigentlichen Prospekthaftung. Die Beklagten zu 2) und 3) seien zu behandeln wie aus culpa in contrahendo haftende organschaftliche Vertreter einer kapitalsuchenden Gesellschaft, die gegenüber Anlageinteressenten falsche Angaben machten. Sie hätten im Rahmen der Vertragsverhandlung besonderes persönliches Vertrauen der Erwerber in Anspruch genommen.

Die Klägerin hat beantragt,

6

1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie einen Betrag in Höhe von 198.749,22 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen, 7
2. festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, ihr sämtliche weiteren Schäden, die dadurch entstehen, dass die Windenergieanlage des Typs ##### am Standort in ##### I (12) nicht den prognostizierten Windertrag bringt, insbesondere die hierdurch entgangenen Einspeisungsvergütungen nach EEG-Konditionen, zu ersetzen.

Die Beklagten haben beantragt,

8

die Klage abzuweisen.

9

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, gegen die Beklagten zu 2) und 3) komme allenfalls ein Schadensersatzanspruch aus Prospekthaftung in Betracht. Ein solcher sei gerichtet auf das negative Interesse. Einen derartigen Anspruch auf Rücknahme der Windkraftanlage und Ersatz des Finanzierungsschadens habe die Klägerin aber nicht einmal hilfsweise geltend gemacht. Ein Anspruch gegen die Beklagte zu 1) sei nicht gegeben, da diese der Klägerin aus dem Übernahmevertrag keine bestimmte Gesamtstromproduktion schulde. Der Annahme einer derartigen Sollbeschaffenheit stehe entgegen, dass sich Wind und Wetter nicht beeinflussen ließen und selbst die Prognosen mit Unsicherheiten behaftet seien. Eine Haftung aus einer Nebenpflichtverletzung könne allenfalls gegeben sein, wenn die Gutachten fehlerhaft seien und die Beklagte zu 1) dafür einzustehen habe. Eine solche Einstandspflicht führe jedoch auch nur zu einer Rückabwicklung, die die Klägerin nicht beantragt habe. 10

Mit der Berufung rügt die Klägerin die Verletzung materiellen Rechts und wiederholt ihr erstinstanzliches Vorbringen.

11

Darüber hinaus vertritt sie die Auffassung, das Landgericht habe sich bei seiner Klageabweisung rechtsfehlerhaft darauf gestützt, dass sie das positive und nicht das negative Interesse begehrt habe. Es handele sich um einen identischen Streitgegenstand, dem lediglich zwei abweichende Begründungen des Anspruchs zugrunde lägen. Klagegegenstand sei hier die Forderung von Schadensersatz, unabhängig von der Schadensberechnung. Außerdem sei die Ersatzpflicht im Rahmen der Prospekthaftung nicht auf das negative Interesse beschränkt. Sie habe das Recht, an dem Vertrag festzuhalten und den zu ersetzenden Vertrauensschaden auf ihre berechtigten Erwartungen zu reduzieren, die durch 12

den Vertrag nicht befriedigt worden seien. Des weiteren meint sie, ihr Schadensersatzanspruch ergebe sich aus einer Verletzung eines konkludent mit den Beklagten geschlossenen Beratungsvertrages. Die Parteien hätten einen solchen neben dem Kaufvertrag geschlossen.

Die Klägerin beantragt, 13

unter Abänderung des am 09.12.2008 verkündeten Urteils des Landgerichts Paderborn, Az14 7 O 79/08,

1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie 198.749,22 € nebst Zinsen in 15  
Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen,
2. festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, ihr sämtliche  
weiteren Schäden, die dadurch entstehen, dass die Windenergieanlage des Typs  
##### am Standort in ##### I (I2) nicht den prognostizierten Windertrag bringt,  
insbesondere die hierdurch entgangenen Einspeisevergütungen nach dem EEG, zu ersetzen.

Die Beklagten beantragen, 16

die Berufung zurückzuweisen. 17

Sie verteidigen das angefochtene Urteil. 18

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivortrags wird auf den Inhalt der wechselseitigen 19  
Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

**B.** 20

Die Berufung ist zulässig, aber unbegründet. 21

**I. Zahlungsanspruch** 22

Die Klägerin hat gegen die Beklagten als Gesamtschuldner keinen Anspruch auf Zahlung von 23  
198.749,22 €.

**1) Anspruch gegen die Beklagte zu 1)** 24

**a) gesetzlicher Anspruch auf Gewährleistung aus Kauf** 25

Die Klägerin hat gegen die Beklagte zu 1) keinen Schadensersatzanspruch aus §§ 453, 437 26  
BGB. Es ist bereits zweifelhaft, ob überhaupt der Kauf eines Unternehmens vorliegt. Zwar  
sind den fünf Zedenten, die im Übernahmevertrag vom 10.06.2005 als Käufer aufgeführt sind,  
die Kommanditanteile an der Klägerin nach Errichtung der notariellen Urkunde vom  
01.07.2005 über die Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister letztlich verschafft  
worden. Es war jedoch ursprünglich nach dem Übernahmevertrag vorgesehen, dass die  
Kommanditanteile auf die Beklagte zu 1) übertragen werden und diese sie anschließend an  
die Käufer weiter überträgt. Eine derartige Übertragung auf die Beklagte zu 1) und der  
Abschluss eines gesonderten Übernahmevertrages hat jedoch nicht stattgefunden. Selbst  
wenn man das Vorliegen eines Unternehmenskaufs bejahen sollte und davon ausgehen  
sollte, dass die künftige Ertragsfähigkeit eines Unternehmens eine Gewährleistungspflicht  
auslösen kann, besteht vorliegend kein Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen die  
Beklagte zu 1). Letztere hat was Voraussetzung für einen Mängelgewährleistungsanspruch

wäre einen bestimmten zu erzielenden Ertrag nicht zugesichert. Die Klägerin selbst hat die Gutachten zur Ertragsprognose eingeholt und diese standen den fünf späteren Kommanditisten vor Abschluss des Vertrages vom 10.06.2005 zur Verfügung. Die Beklagte zu 1) hat ihrem Angebot vom 20.04.2005 die finanzielle Projektplanung beigelegt, die auf die Gutachten Bezug nimmt. Dieses Angebot ist lediglich eine Modellrechnung, aber keine Zusicherung bestimmter Erträge. Über die Gutachten und die Ertragsprognose ist während der Vertragsverhandlungen nicht gesprochen worden, und sie sind auch an keiner Stelle Gegenstand des Übernahmevertrages vom 10.06.2005.

Ohnehin setzt eine Schadensersatzhaftung nach §§ 453, 437 Nr. 3, 280 BGB ein Verschulden des Verkäufers voraus, welches hier nicht gegeben sein dürfte. Die finanzielle Projektbeschreibung der Beklagten zu 1) zitiert die Zahlen aus den Windgutachten, die auch den Kommanditisten der Klägerin bekannt waren, und gibt sogar einen noch etwas geringeren Windertrag als gutachterlich prognostiziert an. Wie die Beklagte zu 1) hätte wissen können, dass die dort ermittelten Erträge, die sich an Naturgegebenheiten wie Windhäufigkeit und -stärke orientieren und Unsicherheiten unterliegen, in den ersten Jahren nach der Inbetriebnahme nicht erreicht werden, trägt auch die Klägerin nicht vor.

## **b) vertraglich übernommene Gewährleistung**

Die Übernahme der Gewährleistung seitens der Beklagten zu 1) für die Leistungen außerhalb des Lieferumfangs der Fa. X2 für den Zeitraum von drei Jahren nach Inbetriebnahme in § 8 des Übernahmevertrages beinhaltet nicht die Gewährleistung für Leistungsdaten wie prognostizierte Erträge. Sie beinhaltet ausschließlich die Gewährleistung für die nicht von X2 zu erbringenden Leistungen, also z.B. für die Netzanbindung sowie die Bausstelleneinrichtung und -überwachung. Gegenstand des Vertrages vom 10.06.2005 ist nämlich nach § 1 die schlüsselfertige Erstellung der von der Fa. X2 hergestellten Windkraftanlage einschließlich Lieferung, Errichtung und Inbetriebnahme sowie die Übertragung von Nutzungsrechten, also mehr als was bereits bei X2 in Auftrag gegeben war. Nach § 4 Nr. 2 des Vertrages sichert die Beklagte die schlüsselfertige Lieferung und Installation mit dem Anschluss an das öffentliche Netz zu. Nach § 4 Nr. 5 übernimmt die Beklagte zu 1) die Realisierung des Projekts, gibt Arbeiten in Auftrag und überwacht sie. Weiter heißt es dort, dass im Gesamtpreis sämtliche Kosten für die Baustelleneinrichtung, Verkehrssicherung, Windkraftanlage, Standort, Fundament, Wegebau, Telefoneinrichtung und Netzanbindung enthalten sind. Damit besteht Regelungsbedarf für zusätzliche Gewährleistung. Nur diesen erfüllt § 8. Von Leistungsdaten wie prognostizierten Erträgen ist in dem Übernahmevertrag vom 10.06.2005 an keiner Stelle die Rede, und über die beiden Windgutachten und die Ertragsprognose ist auch, wie bereits oben ausgeführt, in den vorhergehenden Verhandlungen nicht gesprochen worden. Lediglich die finanzielle Projektplanung wird in § 3 erwähnt, und dort geht es um Kosten, nicht um Erträge.

## **2) Anspruch gegen die Beklagten zu 2) und 3)**

### **a) Prospekthaftung**

Die Klägerin hat gegen die Beklagten zu 2) und 3) keinen Schadensersatzanspruch

aus Prospekthaftung gemäß §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB oder uneigentlicher

Prospekthaftung gemäß §§ 311 Abs. 2, 3, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB.

Wie das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung zutreffend ausgeführt hat, scheitert ein solcher Schadensersatzanspruch daran, dass er auf das negative Interesse gerichtet ist und die Klägerin einen derartigen Anspruch auch nicht hilfsweise geltend macht. Der Schadensersatzanspruch aus Prospekthaftung richtet sich grundsätzlich auf Rückzahlung des im Vertrauen auf die Richtigkeit des Prospekts aufgewandten Betrages und auf Ersatz etwaiger Folgeschäden Zug um Zug gegen Übertragung der Anlage. Sind nicht die Risiken der Anlage, sondern die Konstruktion der Finanzierung betroffen, beschränkt sich die Ersatzpflicht auf die insoweit entstandenen Mehrkosten (Palandt, BGB, 68. Aufl. 2009, § 311 Rdn. 72, § 280 Rdn. 50). Vorliegend begehrt die Klägerin nicht eine Rückabwicklung des Übernahmevertrages (Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Übertragung der Anlage/der Gesellschaftsanteile) und auch nicht den Ersatz von Mehrkosten für die Finanzierung, sondern die Differenz zwischen prognostizierten und erreichten Erträgen. Entgegen der Auffassung der Klägerin handelt es sich bei dem von ihr begehrten Schadensersatz und dem auf Rückabwicklung des Vertrages/ Ersatz von Mehrkosten für die Finanzierung gerichteten Schadensersatz auch nicht um einen identischen Streitgegenstand. Dieser wird durch den Klageantrag bestimmt (Zöller, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 253 Rdn. 13). Der Antrag auf Zahlung der Differenz zwischen den prognostizierten und tatsächlich erreichten Erträgen unterscheidet sich grundlegend von einem Antrag auf Rückabwicklung eines Vertrages und der Geltendmachung von Finanzierungsmehrkosten. Hätte das Landgericht die Klage nicht abgewiesen, hätte es gegen § 308 Abs. 1 Nr. 1 ZPO verstoßen, wonach nicht zugesprochen werden darf, was nicht beantragt ist, das Gericht also nicht mehr oder ein "Aliud" zusprechen darf. Ein Hinweis des Landgerichts dazu war nicht erforderlich. Der Beklagte zu 3) hatte bereits in seiner Klageerwidern vom 28.07.2008 darauf hingewiesen, dass die gestellten Anträge der Klägerin nicht den aus Prospekthaftung resultierenden Ansprüchen entsprechen. Außerdem ist dies im Termin vom 09.12.2008 erörtert worden.

Abgesehen davon ist ein Anspruch aus Prospekthaftung schon vom rechtlichen Ansatz her fernliegend. Die Rechtsprechung zur Prospekthaftung ist für die Fälle der Beteiligung an einer Q2 KG, Immobilienfonds, Spekulationsfonds und Bauherren- und Bauträgermodellen entwickelt worden (Palandt, BGB, 68. Aufl. 2009, § 311 Rdn. 67 ff) und auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar. Typisch für diese Fälle ist, dass an Finanzanlagen Interessierte keinen Einblick in den Geschäftsbetrieb und die Geschäftsunterlagen haben und ihnen ausschließlich der Emissionsprospekt als Informationsquelle für ihre Anlageentscheidung zur Verfügung steht. Auch in dem von der Klägerin genannten Urteil des Oberlandesgerichts Hamm vom 29.03.2007; Az. 27 O 121/05; entschiedenen Fall ging es um die Beteiligung in einer Q2 KG. Vorliegend haben sich die Kommanditisten der Klägerin nicht an einer Q2 KG oder einem Fonds beteiligt, sondern das Unternehmen selbst erworben, indem sie alle Kommanditanteile und eine von ihnen bestimmte Komplementär-GmbH die Gesellschaftanteile der bisherigen übernahmen. Sie hatten den Standort ausgesucht. Sie hatten ferner sämtliche Unterlagen zur Verfügung, nämlich die Gutachten, die finanzielle Projektbeschreibung, die Liquiditätsberechnung, die Finanzierungsunterlagen sowie laut § 6 des Übernahmevertrages vom 10.06.2005 alle Verträge betreffend die Errichtung und den Betrieb der Windkraftanlage.

Vor diesem Hintergrund stellt auch die finanzielle Projektbeschreibung keinen Prospekt dar. Es handelt sich nicht um eine an eine Vielzahl von Anlegern gerichtete umfassend über eine Investitionsanlage unterrichtende und aufklärende Informationsschrift. Vielmehr handelt es sich um eine inkl. der Liquiditätsberechnung zweiseitige Tabelle, die gefertigt wurde, nachdem der jetzige Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Klägerin zur Geschäftsanbahnung die Beklagten zu 2) und 3) im Nachgang zu einer Gesellschafterversammlung, die ein anderes Windkraftprojekt betraf, angesprochen und

36

37

diese sich bereit erklärt hatten, für ihn ein Angebot zu erstellen.

## **b) Verletzung eines Beratungsvertrages**

38

Die Klägerin hat gegen die Beklagten zu 2) und 3) des Weiteren keinen Schadensersatzanspruch aus der Verletzung eines konkludent geschlossenen Beratungsvertrages gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB.

39

Die Klägerin hat den Abschluss eines solchen Beratungsvertrages neben dem Übernahmevertrag nicht schlüssig dargelegt. Den Übernahmevertrag schloss sie mit der Beklagten zu 1). Es sind keine greifbaren Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Beklagten zu 2) und 3) besonderes persönliches Vertrauen gegenüber den fünf späteren Kommanditisten der Klägerin in Anspruch nahmen. Inwieweit die Beklagten zu 2) und 3) konkret Rat erteilten, für Zahlen einstanden und eine dahingehende Beratung schuld falsch gewesen sein soll, hat die Klägerin nicht dargelegt.

40

## **II. Feststellungsanspruch**

41

Die Klägerin hat gegen die Beklagten keinen Anspruch auf Feststellung, dass diese ihr weitere Schäden zu ersetzen haben, die dadurch entstehen, dass die Windkraftanlage nicht den prognostizierten Ertrag bringt.

42

Es kann dahin gestellt bleiben, ob der auf Feststellung gerichtete Klageantrag zu 2) nicht hinreichend bestimmt ist, weil die Klägerin keine konkrete Zahl dazu nennt, welche Leistung sie als prognostizierten Windertrag zugrundelegt. Denn die auf Feststellung gerichtete Klage ist jedenfalls unbegründet, da der Klägerin gegen die Beklagten kein Schadensersatzanspruch zusteht, wie sich aus den obigen Ausführungen unter Ziffer I. ergibt.

43

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

44

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

45