
Datum: 29.01.2009
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 12. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 U 20/08
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2009:0129.12U20.08.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 22 O 442/07

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 15. April 2008 verkündete Urteil des Landgerichts Köln - 22 O 442/07 - wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin wird nachgelassen, die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des nach diesem Urteil zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe: 1

I. 2

Der Beklagte war alleiniger Gesellschafter der O.U. GmbH (im Folgenden: O.), die sich im wesentlichen mit Herstellung und Vertrieb polygraphischer Maschinen befasste. Die Produktion erfolgte in einer Werkshalle mit zugehörigen Ausstellungs- sowie Sozialräumen. Zu diesem Gebäudekomplex gehört auch ein Bürotrakt, in dem Räume an mehrere andere 3

Firmen vermietet sind. Das gesamte Gebäude ist mit einem Flachdach bedeckt.

Die Klägerin erwarb mit notariell beurkundetem Vertrag vom 22. April 2005 alle Gesellschaftsanteile der GmbH. Bei den Verkaufsverhandlungen lag den Parteien ein Wertgutachten des Sachverständigen Q. vom 4.1.2004 vor, der das Firmengrundstück mit einem Verkehrswert von 3.000.000,00 € und einem Ertragswert von 2.250.000,00 € bewertete. Der Sachverständige bescheinigte dem Gebäude einen "normalen Gesamtzustand".

4

Als Kaufpreis für die Gesellschaftsanteile war im Kaufvertrag ein Betrag von 2.390.900,00 € vereinbart, der sich aus einer Zahlung von 401.000,00 € sowie übernommenen, durch Grundschulden gesicherten Verbindlichkeiten von 1.989.900,00 € zusammensetzte. Die Gewährleistung des Verkäufers sollte nach § 4 Nr. 4 des Vertrages den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches folgen. Zur Beschaffenheit des Kaufobjektes wurde auf ein von den Parteien erstelltes Protokoll vom 22. April 2005 Bezug genommen, das der notariellen Urkunde als Anlage beigelegt war. Die Übergabe des Unternehmens erfolgte am selben Tag. Wegen der Einzelheiten des Vertragstextes und des in Bezug genommenen Protokolls wird auf die Anlagen 1 und 2 zur Klageschrift, Bl. 34 ff. d.A., verwiesen; wegen des Gutachtens Q. auf die Anlage B 1 (Bl. 1 ff. Anlagenband).

5

Die Klägerin macht nun Schadensersatz wegen mangelhafter Ausführung der Bedachung des Firmengebäudes geltend. Das Firmengebäude wurde im Jahr 1971 erbaut und 1984 erweitert. In dem Teil des Gebäudes, der als Bürofläche an die Fa. T. Maschinenhandels-GmbH vermietet war, hatte es im Winter 2004/2005 durchgeregnet. Der Beklagte ließ eine Notreparatur durch die Fa. T. durchführen; zu einer sachgemäßen Behebung der Ursachen kam es jedoch wegen der winterlichen Witterungsverhältnisse während der Besitzzeit des Beklagten nicht mehr. Ob die Klägerin während der Kaufverhandlungen von dem Wassereinbruch Kenntnis erhielt, ist zwischen den Parteien streitig. Der der Fa. T. vom Beklagten bereits erteilte Reparaturauftrag wurde von der Klägerin nach ihrer Übernahme des Unternehmens storniert. Im Herbst 2005 kam es sodann zu einem erneuten Wassereinbruch an derselben Dachfläche. Die Klägerin ließ den Schaden beseitigen sowie eine Wärmedämmung aufbringen und bezahlte hierfür insgesamt 38.870,10 €; hiervon entfielen 29.358,10 € auf die Abdichtung und 9.512,00 € auf die Wärmedämmung. Wegen der Einzelheiten wird auf die Rechnungen der Fa. B. GmbH, Anlagen 4 und 5 zur Klageschrift, Bl. 57 ff. d.A. verwiesen.

6

Das Dach im übrigen, d.h. die Dachfläche über den von der O. selbst als Werkshalle, Ausstellungs- und Sozialräume genutzten Räumen, soll laut den Feststellungen eines von der Klägerin privat eingeholten Sachverständigengutachtens mangelhaft konstruiert sein. Die Herstellung eines ordnungsgemäßen Zustandes soll nach den Berechnungen des Sachverständigen V.I. 163.474,17 € kosten. Wegen der Einzelheiten wird auf das als Anlage 3 zur Klageschrift, Bl. 42 ff. zur Akte gereichte Gutachten verwiesen.

7

Mit anwaltlichem Schreiben vom 15.5.2007 forderte die Klägerin den Beklagten zur Zahlung von 38.870,10 € Reparaturkosten auf. Zugleich erklärte sie, auch das Dach an der Lagerhalle sei massiv beschädigt und müsse repariert werden; hierfür werde ein Betrag von ca. 60.000,00 € erforderlich sein. Der Beklagte lehnte die Zahlung mit Schreiben vom 6.6.2007 ab, da die Klägerin vom Schaden im Bürotrakt Kenntnis gehabt habe, im übrigen ein Mangel bestritten werde und keine Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben worden sei.

8

Mit der am 19. September 2007 bei dem Landgericht Köln eingegangenen Klage macht die Klägerin insgesamt 202.344,81 € als Schadensersatz geltend. Sie behauptet, von den

9

Konstruktionsmängeln sowie dem Wassereinbruch im Bürotrakt keine Kenntnis gehabt zu haben. Insbesondere sei ihr Stiefvater, der Zeuge G., auf dessen Kenntnis der Beklagte auch abstelle, nicht ihr Verhandlungsführer gewesen, so dass sie sich sein Wissen nicht zurechnen lassen müsse. Im übrigen habe auch der Zeuge keine Kenntnis vom mangelhaften Zustand des Daches gehabt.

Eine Nachfristsetzung wegen des Schadens am Bürotrakt sei wegen der Eilbedürftigkeit der Reparaturmaßnahmen nach dem Wassereinbruch entbehrlich gewesen. Hinsichtlich der Konstruktionsmängel habe der Beklagte im vorgerichtlichen Schriftverkehr jede Nachbesserung eindeutig abgelehnt. 10

Die Klägerin hat beantragt, 11

den Beklagten zu verurteilen, an sie 202.344,81 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 2. November 2007 sowie vorgerichtliche Kosten in Höhe 1.507,84 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 2. November 2007 zu zahlen. 12

Der Beklagte hat beantragt, 13

die Klage abzuweisen. 14

Er hat einen Konstruktionsmangel an der Dachfläche bestritten. Der technische Zustand entspreche dem altersgerechten Zustand eines 30 Jahre alten Flachdaches. Sollten Konstruktionsmängeln vorliegen, so habe der Beklagte jedenfalls hiervon keine Kenntnis gehabt. Im übrigen hat sich der Beklagte auf eine unterbliebene Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung berufen. Die Beschreibung im vorgerichtlichen Schreiben vom 15.5.2007, in welchem nur von "massiven Schäden" die Rede sei, sei nicht hinreichend konkret gewesen. Der Beklagte habe nicht erkennen können, welche Mängel er nach Auffassung der Klägerin beseitigen sollen. 15

Von der Undichtigkeit des Daches im Bürotrakt habe die Klägerin aufgrund des vorhergehenden Wasserschadens Kenntnis gehabt, da in diesen Räumen ihr Stiefvater, der zugleich ihr Verhandlungsführer gewesen sei, gearbeitet habe. Dies habe während der Kaufvertragsverhandlungen zu einer Verringerung des Kaufpreises um 10.000,00 € geführt. Betreffend den Schaden am Bürogebäude sei auch keine Aufforderung zur Nachbesserung erfolgt. Die Schadenshöhe hat der Beklagte bestritten. 16

Daneben hat er noch hilfsweise die Aufrechnung mit Gegenansprüchen erklärt. 17

Mit dem am 15. April 2008 verkündeten Urteil hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Dabei hat es entscheidend darauf abgestellt, die Klägerin habe dem Beklagten keine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt. Zum einen sei auch hinsichtlich der Abdichtung nach dem Wassereinbruch eine Notreparatur, die ausnahmsweise ein Nacherfüllungsverlangen entbehrlich machen könne, nicht dargelegt. Hinsichtlich der Wärmedämmung und der noch nicht durchgeführten Arbeiten am Dach über der Produktionshalle handele es sich von vornherein nicht um Notmaßnahmen. Insoweit sei der Mangel von der Klägerin unzureichend beschrieben worden, so dass für den Beklagten nicht erkennbar gewesen sei, welche Arbeiten er durchführen solle. Letztlich sei auch die Lebensdauer eines Flachdaches mit 30 Jahren grundsätzlich erreicht, so dass das Dach ohnehin erneuerungsbedürftig gewesen sei. 18

In der Berufung und Berufungserwiderung haben die Parteien zunächst im Wesentlichen ihren erstinstanzlichen Vortrag wiederholt. Der Senat hat sodann darauf hingewiesen, dass vorliegend ein Unternehmenskauf vorliegen dürfte, und deshalb sowohl die Mangelhaftigkeit in Bezug auf das Unternehmen als Ganzes begründet werden müsse, als auch der Schaden als Wertminderung des Unternehmens infolge des Mangels zu berechnen sein dürfte. Wegen der Einzelheiten wird auf die Verfügung vom 11.8.2008, Bl. 328 d.A. sowie die Terminsladung vom 17.10.2008, Bl. 353 f. d.A. verwiesen.

Hierauf hat die Klägerin erklärt, zu einer solchen Berechnung noch nicht imstande zu sein, da die Reparatur der größeren Dachfläche über den von der O. genutzten Räumlichkeiten noch nicht durchgeführt worden sei. Im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 11.12.2008 hat die Klägerin darüber hinaus eine kurze Stellungnahme der Wirtschaftsprüfer und Steuerberater P. & C. zu den bilanziellen Konsequenzen des Gutachtens des Sachverständigen I. vorgelegt. Wegen der Einzelheiten wird auf die Anlage zum Terminprotokoll, Bl. 385f. d.A. verwiesen.

Die Klägerin beantragt, 21

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln vom 15.4.2008 – 22 O 442/07 – ~~den~~ Beklagten zu verurteilen, an sie 202.344,81 € nebst Zinsen in Höhe von 5% Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 2. November 2007 zu zahlen.

Der Beklagte beantragt, 23

die Berufung zurückzuweisen. 24

Er wiederholt seinen erstinstanzlichen Sachvortrag. Daneben erhebt er nunmehr auch die Einrede der Verjährung. Er ist der Ansicht, dass eine Mangelhaftigkeit des Unternehmens als solchem nicht dargelegt sei. Hierzu sei erforderlich, dass sich der Mangel auf die Funktionstüchtigkeit des Unternehmens auswirke; dies sei hier nicht der Fall. 25

Wegen aller weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der von den Parteien in beiden Rechtszügen bis zum Verhandlungstermin am 11. Dezember 2008 gewechselten Schriftsätze einschließlich der mit diesen Schriftsätzen als Anlagen (in Kopie) vorgelegten Unterlagen Bezug genommen. 26

II. 27

Die Berufung der Klägerin ist zulässig, in der Sache jedoch unbegründet. Ein Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 437 Nr. 3, 440 S. 1, 281 Abs. 1 und 2, 280 Abs. 1 BGB aus dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Kaufvertrag steht ihr nicht zu. 28

Weder wegen der (als bestehend unterstellten) allgemeinen Konstruktionsfehler an der Dachfläche über der Produktionshalle noch wegen der akut undicht gewordenen Dachfläche über den Büroräumen im mittleren Gebäude des Komplexes besteht ein Gewährleistungsanspruch. 29

1. 30

Soweit die Klägerin wegen der Konstruktionsmängel an den Dachflächen über der Produktionshalle Schadensersatz fordert, hat sie weder einen Mangel der Kaufsache noch den daraus folgenden Schaden hinreichend dargelegt. Darüber hinaus ist der Anspruch jedenfalls verjährt. 31

a)	32
Mit dem Vertrag vom 22.04.2005 hat die Klägerin vom Beklagten einen GmbH-Geschäftsanteil, also ein Recht, erworben. Jedoch entspricht bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise der Erwerb einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung dem Erwerb des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens selbst jedenfalls dann, wenn Anteile an der Gesellschaft in einem Umfang erworben werden, welcher dem Erwerber eine beherrschende Stellung im Unternehmen verschafft. Unter dieser Voraussetzung – die bei einem 100%igen Anteilskauf ohne weiteres zu bejahen ist - wird nach der allgemeinen, auch vom Senat geteilten Ansicht ein Anteilserwerb dem Kauf des Unternehmens gleichgestellt (vgl. nur Prütting/Wegen/Weinreich-Schmidt, BGB, 3. Aufl. 2008, § 453 Rdnr. 28 mit zahlreichen weiteren Nachweisen).	33
Gegenstand des Kaufvertrages war demnach hier das von der O.U. GmbH betriebene Unternehmen als eine Gesamtheit von Sachen und Rechten. Dies bringt es mit sich, dass zugleich der Erwerb der Anteilsrechte der Sachmängelhaftung unterstellt wird (vgl. BGHZ 65, 246, 249; Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, Unternehmenskauf – Unternehmensverkauf, § 9 Rdnr. 42; MüKo-Westermann, BGB, 5. Aufl. 2008, § 453 Rdnr. 24), soweit sich Mängel nicht an dem rechtlichen Bestand der Gesellschaftsanteile, sondern am Unternehmen zeigen.	34
b)	35
In der Literatur wird unterschiedlich beurteilt, unter welchen Voraussetzungen beim Erwerb einer Sachgesamtheit, wie ein Unternehmen sie darstellt, ein Sachmangel anzunehmen ist. Neben den Fällen, in welchen das Unternehmen als solches nicht den vertraglichen Vereinbarungen entspricht, etwa hinsichtlich seiner Ertragskraft, ist dabei vor allem streitig, wann bei Mangelhaftigkeit eines einzelnen zum Unternehmen gehörenden Gegenstandes auch das Unternehmen insgesamt als mangelhaft anzusehen ist, und ob in einem solchen Fall die Gewährleistung auch hinsichtlich einzelner mangelhafter Gegenstände gesondert oder nur hinsichtlich des Unternehmens als Ganzes geltend gemacht werden kann.	36
Streitig ist des weiteren, nach welchen Vorschriften sich die Verjährung des Gewährleistungsanspruchs richtet, und ob daneben auch eine Haftung aus § 311 BGB in Betracht kommt.	37
aa)	38
Auf den einzelnen Gegenstand stellen für die Mängelgewährleistung z.B. ab Staudinger/Matusche-Beckmann, Neubearbeitung 2004, § 434 Rdnr. 145; Knott, NZG 2002, 249, 251; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 15 Rdnr. 7; Erman/Grunewald, BGB, 12. Aufl. 2008, § 434 Rdnr. 43. Folgte man dieser Auffassung, wäre die Folge, dass jeder mangelhafte Einzelgegenstand zugleich einen Mangel des verkauften Unternehmens darstellt (vgl. Staudinger/ Matusche-Beckmann, a.a.O., Rdnr. 145). Begründet wird diese Auffassung damit, dass nach der Schuldrechtsreform der Grund für die bisherige Zurückhaltung bei der Annahme eines Mangels des Unternehmens entfallen sei. Während nach früherem Recht sogleich eine (praktisch kaum durchführbare) Wandlung des gesamten Vertrages möglich gewesen sei, sei nunmehr der Nachbesserungsanspruch vorgeschaltet, der vom Verkäufer auch bei einem nur einzelnen Gegenständen anhaftenden Mangel unproblematisch erfüllt werden könne (Staudinger/ Matusche-Beckmann, a.a.O.; Knott. a.a.O.).	39
Dagegen vertreten Rödder/ Hötzel/ Mueller-Thuns, Unternehmenskauf – Unternehmensverkauf § 9 Rdnrn. 33, 70; Bamberger/ Roth, BeckOK BGB, § 453 Rdnr. 27	40

und Baumbach/Hopt, HGB, 33. Aufl. 2008, Einleitung vor § 1 Rdnr. 46 ff. die Auffassung, dass eine Gewährleistung nur dann eingreift, wenn ein Mangel eines Einzelgegenstandes auf das Unternehmen durchschlägt, indem er z.B. dessen wirtschaftliche Grundlage erschüttert, seine Marktstellung gefährdet oder sonst seine Tauglichkeit als Unternehmen beeinträchtigt. Bamberger/ Roth, a.a.O. führt hierzu aus: "Würde man auf die Gegenmeinung abstellen, würde in einem Großunternehmen jeder mangelhafte Bürostuhl, jede einredebehaftete Kundenforderung Ansprüche auf Nacherfüllung und "kleinen" Schadensersatz und ein Minderungsrecht begründen. Dies wäre weder praktikabel noch würde es dem Wesen des Unternehmenskaufs gerecht". Rödder/ Hötzel/ Mueller-Thuns a.a.O. begründen ihre Auffassung damit, dass bei einer Rechts- und Sachgesamtheit und insbesondere bei einem Unternehmen Gegenstand des Kaufvertrages – jedenfalls wirtschaftlich – nicht die einzelne Sache sei; sie sei vielmehr nur als untrennbarer Bestandteil der Sach- und Rechtsgesamtheit mitverkauft und dürfe aus dieser Verknüpfung nicht herausgelöst werden.

Der Senat folgt der zweiten Meinung. Für die Frage der Sachmängelhaftung ist darauf abzustellen, ob dem Unternehmen als Ganzes ein Mangel anhaftet. Nicht ohne weiteres ausreichend ist hierfür die Darlegung der Mangelhaftigkeit einzelner zum Unternehmen gehörender Gegenstände. Es liegt in diesen Fällen nur dann ein Sachmangel des Unternehmens vor, wenn ein Einzelmangel auf das Unternehmen durchschlägt in der Weise, dass der normale Betriebsablauf gestört und die weitere Verfolgung der wirtschaftlichen Zielsetzung des Unternehmens beeinträchtigt wird. Dabei ist zu berücksichtigen, dass in einem komplexen Gebilde wie einem lebenden Unternehmen kleinere Störungen niemals ganz ausgeschlossen werden können. 41

Gegen die Argumentation der ersten Auffassung spricht, dass zwar nach der Schuldrechtsmodernisierung eine Gewährleistung auch wegen einzelner mangelbehafteter Gegenstände leichter praktisch umsetzbar sein mag als nach dem zuvor geltenden Gewährleistungsrecht. Dies allein ist jedoch kein ausreichender Grund, auch so zu verfahren. Nach Auffassung des Senats wird hierdurch die in §§ 433 ff. BGB vorgegebene Anknüpfung der Gewährleistung an den Kaufgegenstand verlassen. Die Gewährleistung setzt eine Mangelhaftigkeit der gekauften Sache voraus, nicht aber genügt eine Mangelhaftigkeit einzelner Bestandteile dieser Sache, die sich auf den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Vertragsgegenstandes im Ganzen nicht auswirken. 42

bb) 43

Dieser Gedankengang setzt sich fort bei der Frage, welcher Verjährungsfrist die Gewährleistungsansprüche bei einem Unternehmenskauf unterliegen, wenn der mangelhafte Einzelgegenstand, wie hier, ein Gebäude ist. Auch diese Frage ist in der Literatur streitig. 44

Für eine zweijährige Verjährungsfrist nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB sprechen sich aus Baumbach/Hopt, a.a.O., Einl. v. § 1, Rdnr. 46c, Prütting/ Wegen/Weinreich-Schmidt, a.a.O., § 453 Rdnr. 35, MüKo-Westermann, a.a.O., § 453 Rdnr. 56. Sie knüpfen an daran an, dass das Unternehmen als solches Kaufgegenstand sei und nicht dessen einzelne Bestandteile. 45

Auf den einzelnen mangelhaften Gegenstand stellen dagegen offenbar Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 13. Aufl.2008, Rdnr. 818 ab, die somit bei Mangelhaftigkeit eines Gebäudes im Rahmen eines Unternehmenskaufs eine fünfjährige Verjährungsfrist annehmen. 46

Der Senat schließt sich der erstgenannten Auffassung an. Kaufgegenstand und damit Gegenstand der Gewährleistung ist das Unternehmen, nicht aber das dazu gehörende 47

Gebäude. Die Gewährleistung für den Kaufgegenstand "Unternehmen" unterliegt somit der kürzeren Verjährungsfrist für "sonstige Sachen" selbst dann, wenn sich der Mangel im Einzelfall an einem zum Unternehmen gehörigen Gebäude zeigt. Dem steht nicht entgegen, dass die in § 453 Abs. 1 BGB angeordnete entsprechende Geltung der Gewährleistungsvorschriften an sich durchaus Raum lässt für die Erwägung, bei Unternehmensmängeln, die ihre Grundlage in einem Mangel an einem Gebäude haben, die fünfjährige Verjährungsfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 2a BGB zum Tragen zu bringen. Eine Rechtfertigung hierfür könnte in der typischerweise späteren und schwereren Erkennbarkeit von Gebäudemängeln zu erblicken sein (so für den Werkvertrag u.a. Palandt-Sprau § 634a, Rdnr. 10). Dennoch ist die Anwendbarkeit der Norm auf den Unternehmenskauf zu verneinen, weil die Auswirkungen eines Gebäudemangels auf das laufende Unternehmen in Anbetracht der von dem Erwerber zu treffenden unternehmerischen Entscheidungen nach Ablauf der zweijährigen Verjährungsfrist von deren Tragweite in der Regel kaum noch abgrenzbar sind und außerdem in Fällen, in denen der Mangel des Unternehmens nur teilweise auf Gebäudemängeln beruht, die Frage der Verjährung bei entsprechender Geltung des § 438 Abs. 1 Nr. 2a BGB zumindest aus praktischer Sicht nicht mehr mit der gebotenen Klarheit zu beantworten wäre.

cc) 48

Fraglich ist weiter, ob neben der Gewährleistung nach §§ 438 ff. BGB auch eine Haftung aus §§ 311, 280 BGB in Betracht kommt (so z.B. Baumbach/Hopt, HGB, 33. Aufl. 2008, Einleitung vor § 1, Rdnr. 46; sowie Knott, NZG 2002, 249, 253 und Bamberger/Roth-Faust, BeckOK, § 453 Rdnr. 30 jedenfalls für solche Zusicherungen, die nicht die sächliche Beschaffenheit des Unternehmens betreffen, sondern zukünftige Entwicklungen wie z.B. Gewinnerwartungen). Eine Anwendung der §§ 311, 280 hinsichtlich solcher Fehler des Unternehmens, die in der Beschaffenheit seiner sächlichen Substanz liegen, neben der Mängelgewährleistung ist indes abzulehnen. 49

Die Rechtsprechung ist vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes vor allem deshalb häufig auf eine Haftung aus – damals noch – *culpa in contrahendo* oder positiver Vertragsverletzung ausgewichen, weil das Sachgewährleistungsrecht den Besonderheiten des Unternehmenskaufs nicht gerecht wurde. Insbesondere die 6-monatige Verjährungsfrist wurde als für den Unternehmenskauf zu kurz empfunden. Das war verständlich, weil der Käufer eines Unternehmens zunächst eine gewisse Zeit zur Orientierung brauchte, um z.B. Fehler im Warenbestand, in den Betriebsabläufen, in den Bilanzen etc. überhaupt entdecken zu können. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz sollte jedoch ausdrücklich der Behebung der bisherigen Schwierigkeiten der Rechtsprechung auch und gerade beim Unternehmenskauf dienen, vgl. die Gesetzesbegründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drs. 14/6040, S. 209. Demnach sollte das Nebeneinander unterschiedlicher Haftungssysteme gerade beseitigt werden; für Ansprüche aus dem Erwerb einer fehlerhaften Kaufsache nur noch das Mängelgewährleistungsrecht gelten. Der Senat sieht daher auch wegen Mängeln an Einzelgegenständen, die nicht auf das Unternehmen durchschlagen, für eine Anwendung der §§ 311 Abs. 2, 280 BGB neben dem Sachgewährleistungsrecht keinen Anwendungsraum, da die §§ 434ff. BGB nach dem Willen des Gesetzgebers insoweit *lex specialis* und abschließende Regelung sind. 50

b) 51

Ausgehend von den vorstehenden Grundsätzen hat die Klägerin eine Mangelhaftigkeit der Dachfläche über der Produktions- und Ausstellungshalle nicht dargelegt. Dass und inwieweit die konstruktiven Mängel sich auf den Betriebsablauf und die Produktion ausgewirkt haben, 52

ist ihrem Vortrag nicht zu entnehmen, ebenso wenig eine Auswirkung auf den Wert oder die Ertragskraft des Unternehmens. Hierzu reichen auch die Darlegungen in der Stellungnahme der Steuerberater P. & C. nicht aus. Abgesehen davon, dass die dort aufgestellte Behauptung einer notwendigen Teilwertabschreibung in Höhe von über 711.000 € in der Sache nicht nachvollziehbar ist (vgl. hierzu die Ausführungen unter Ziff. 3), fehlt es auch an Angaben dazu, wie sich diese Abschreibung auf den Wert des Unternehmens als Ganzem ausgewirkt hätte. Solange nicht feststeht, dass sich der Fehler überhaupt auswirkt und wenn ja, in welcher Weise, kann aber auch der hieraus folgende Nacherfüllungsanspruch bzw. der Schadensumfang nicht bestimmt werden.

c) 53

Darüber hinaus wäre ein aus den Konstruktionsmängeln folgender Gewährleistungsanspruch zwischenzeitlich verjährt. Die Verjährungszeit beträgt hier grundsätzlich 2 Jahre nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB, s.o. Dieser Zeitraum war bei Klageerhebung bereits verstrichen: die Übergabe der Kaufsache erfolgte am 22. April 2005; die Klage wurde jedoch erst am 19. September 2007 bei Gericht eingereicht. 54

d) 55

Es kann demnach dahinstehen, ob dem Beklagten die nach § 439 Abs. 1 BGB erforderliche Frist zur Nachbesserung in gehöriger Form gesetzt war oder ob der Beklagte die Nachbesserung bereits vorgerichtlich ernsthaft und endgültig verweigert hat. Die Klägerin hat die Arbeiten bisher nicht durchgeführt, sondern rechnet fiktiv die von ihr als notwendig behaupteten Aufwendungen ab. Eine Nachbesserung wäre damit dem Beklagten immer noch möglich gewesen; er hat jedoch im vorliegenden Prozess eine solche nicht angeboten, sondern jede Gewährleistungsverpflichtung verneint. Es könnte daher angenommen werden, dass spätestens durch seinen Prozessvortrag der Beklagte eine Nacherfüllung eindeutig und ernsthaft abgelehnt hat; dies braucht indes hier nicht entschieden zu werden. 56

e) 57

Soweit ungeachtet der vorstehenden Ausführungen ein – unverjährter – Gewährleistungsanspruch vorliegen sollte, hat die Klägerin jedenfalls den daraus resultierenden Schaden nicht hinreichend dargelegt. Hierzu wird auf die Ausführungen unter Ziff. 3 verwiesen. 58

2. 59

Auch wegen der Aufwendungen zur Renovierung der Dachfläche über dem Bürotrakt steht der Klägerin ein Schadensersatzanspruch nicht zu. Soweit hier von einem grundsätzlich gewährleistungspflichtigen Mangel auszugehen sein sollte, hat die Klägerin jedenfalls dem Beklagten nicht die notwendige Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben; zudem fehlt es an der hinreichenden Darlegung der Schadenshöhe. 60

a) 61

Bei dem undichten Dach über dem Bürogebäude, das einen Wassereinbruch in die vermieteten Räumlichkeiten zur Folge hatte, dürfte wohl von einem Mangel auszugehen sein. Denn ein Wassereinbruch in vermieteten Gebäuden stört den Betriebsteil "Vermietung von Büroräumen" erheblich. Daher schlägt insoweit der dem Betriebsgebäude anhaftende Mangel auf das Gesamtunternehmen durch und begründet zugleich einen Mangel des Unternehmens 62

selbst.

b)	63
Dennoch steht der Klägerin ein Schadensersatzanspruch nicht zu, da sie vor Beseitigung des Mangels dem Beklagten keine hinreichende Gelegenheit gegeben hat, den Mangel entsprechend § 439 Abs. 1, § 440 Abs. 1 BGB selbst zu beseitigen.	64
Ein solches Nacherfüllungsverlangen ist nach Ansicht des Senats auch bei Erwerb eines Unternehmens notwendig (entgegen Fischer, DStR 2004, 276). Fischer argumentiert, dass die Zulassung von Nacherfüllungsverlangen den Verkäufer benachteilige: "Eine Nacherfüllungspflicht bezüglich jedes Einzelpostens des Unternehmens könnte zur Folge haben, dass der Verkäufer letztlich mehr schuldet, als er eigentlich verkauft hat". Diese Argumentation trifft aber dann nicht zu, wenn man entsprechend der weiter oben dargelegten Rechtsauffassung als Fehler, die überhaupt nur das Nacherfüllungsverlangen rechtfertigen können, lediglich den Betriebsablauf störende Mängel zulässt. Nur diese sind dann auch vom Verkäufer zu beseitigen. Der Verkäufer hat daher mit einer so verstandenen Nachbesserungspflicht nur den vertragsgemäßen Zustand herzustellen, und keine darüber hinausgehenden Verpflichtungen.	65
Die Klägerin beruft sich hier darauf, dass der akute Wassereinbruch sofort hätte beseitigt werden müssen, und deshalb für ein Nachbesserungsverlangen keine Zeit geblieben sei; ein solches sei ihr daher nicht zumutbar gewesen. Hierauf kann sich die Klägerin aber nach Treu und Glauben nicht berufen, da sich ihr Verhalten als widersprüchlich darstellt.	66
Denn sie hat unstreitig den vom Geschäftsführer der O. bereits während der Besitzzeit des Beklagten erteilten Reparaturauftrag nach Übernahme des Unternehmens storniert, und in den folgenden Monaten weder den Beklagten zur Nachbesserung aufgefordert noch selbst einen entsprechenden Reparaturauftrag anderweitig erteilt. Unabhängig von einer Kenntnis bereits vor Vertragsabschluss musste die Klägerin jedoch spätestens bei Stornierung des der Fa. T. bereits erteilten Reparaturauftrages von der Sanierungsbedürftigkeit des Daches Kenntnis gehabt haben. Wartet sie dann jedoch zu, bis erneut durch die nur provisorisch abgedichtete Dachfläche das Regenwasser durchdringt, so hat sie den Notfall selbst herbeigeführt. Sie kann sich in der Folge nicht mehr auf eine dann wieder erforderliche "Notreparatur" und damit Unzumutbarkeit eines Nachbesserungsverlangens berufen.	67
c)	68
Ob darüber hinaus wegen dieses Schadensteils Verjährung eingetreten ist, kann nach dem Vorgesagten dahinstehen. Dass es im Bürotrakt noch während der Besitzzeit des Beklagten hereingeregnet hat, ist unstreitig. Der Beklagte kannte somit diesen Mangel, und hätte die Klägerin vor Vertragsschluss darüber aufklären müssen. Ob die Klägerin über den Mangel aufgeklärt wurde bzw. ob der Zeuge G. vom Schaden wusste und als Vertreter der Klägerin zu gelten hat, ist streitig. Zumindest nach Klägervortrag wäre ein arglistiges Verschweigen des Beklagten anzunehmen. Rechtsfolge wäre die Verjährung dieses Mangels erst nach Ablauf der allgemeinen dreijährigen Verjährungsfrist nach § 438 Abs. 3 S. 1, §195 BGB, die bei Klageerhebung noch nicht verstrichen war. Einer Beweisaufnahme über die Kenntnis der Klägerin vom Mangel bedarf es jedoch aus den oben dargestellten Gründen nicht.	69
3.	70
	71

Hinsichtlich beider oben aufgeführter Mängel fehlt es zudem an der hinreichenden Darlegung des durch sie entstandenen Schadens, so dass auch aus diesem Grund die Klageforderung nicht zugesprochen werden kann.

a)

72

Es ist nicht ausreichend, hierzu allein die von der Klägerin bereits verauslagten bzw. noch erwarteten Reparaturkosten zu beziffern. Zwar ist diese Summe als Ausgangspunkt bedeutsam zur Ermittlung des zur Herstellung eines mangelfreien Zustandes erforderlichen Geldbetrages im Sinne des § 249 Abs. 2 S. 1 BGB. Mit einzubeziehen in die Berechnung ist jedoch eine Vielzahl von weiteren Faktoren.

73

Nach Durchführung der Reparaturarbeiten wird das Betriebsgebäude eine Wertsteigerung erfahren haben, die in der Bilanz durch Erhöhung des Sachanlagepostens zu berücksichtigen ist. Bei der Bezifferung dieses Erhöhungsbetrages muss wiederum berücksichtigt werden, inwieweit das über 30 Jahre alte Gebäude bereits abgeschrieben ist, bzw. mit welchem Wert es derzeit noch in die Bilanz eingestellt ist. Unklar ist, ob die Bilanz für das Jahr 2004 bereits Instandhaltungsrücklagen enthielt, welche die Klägerin sodann miterworben hätte, und die vom Reparaturkostenbetrag abzuziehen wären. Dies liegt insbesondere deshalb nahe, weil sich der erste Wassereinbruch im Bürogebäude bereits im Jahr 2004 ereignete, und der Beklagte entsprechende Reparaturarbeiten bereits beauftragt hatte. Weiterhin ist nicht ausgeschlossen, dass sich die Kosten für die bereits durchgeführten Arbeiten gewinnvermindernd auf die Einnahmen aus der Vermietung ausgewirkt haben, und sich die (derzeit nur) fiktiv angesetzten Kosten für noch durchzuführende Arbeiten sich gewinnmindernd auf die Einnahmen im laufenden Geschäftsjahr auswirken werden. Inwieweit hierdurch Steuerersparnisse ermöglicht werden, hätte ebenfalls einer Darlegung bedurft.

74

Insgesamt hätte daher der Schaden in seiner Gesamtauswirkung auf den Wert und den Ertrag des Unternehmens als Ganzem dargelegt werden müssen (vgl. hierzu auch MüKo-Westermann, a.a.O., Rdnr. 50: "Der Schaden liegt im Minderwert des Unternehmens sowie in den Einbußen, die der Käufer durch die Mangelhaftigkeit des Unternehmens sonst erlitten hat...") . An einer solche Darlegung fehlt es indes.

75

b)

76

Auf die Notwendigkeit einer Schadensberechnung mit Blick auf das gesamte Unternehmen hat der Senat in dem mit der Terminladung versandten Hinweis aufmerksam gemacht und der Klägerin Gelegenheit gegeben, den Schaden neu zu berechnen. Dies ist jedoch nicht erfolgt.

77

Soweit die Klägerin geltend macht, zu einer Neuberechnung noch nicht imstande zu sein, da der Schaden derzeit nur fiktiv geltend gemacht werde, kann dieser Einwand nicht zu einer verringerten Darlegungslast führen. Denn den fiktiv berechneten Aufwendungen infolge des behaupteten Mangels müsste die Klägerin dann ebenso fiktiv die entstehenden und zu verrechnenden Vorteile aus einer noch auszuführenden Reparatur entgegen stellen. Jedenfalls hinsichtlich der bereits ausgeführten Arbeiten an der Dachfläche über dem Bürogebäude wäre ihr auch eine konkrete Berechnung möglich gewesen, da die Bilanz für das Geschäftsjahr 2005 zwischenzeitlich hätte erstellt werden können und müssen. Wie die Klägerin selbst vorträgt, hat sie den von ihr zur Behebung des akuten Wassereinbruchs verauslagten Betrag bereits "steuerlich als Betriebsausgaben" geltend gemacht.

78

79

Auch die Ausführungen in der Stellungnahme der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer P. & C. sind nicht ausreichend zur Darlegung des Schadens.

Zum einen bezieht es sich nur auf die Auswirkungen der Feststellungen des Sachverständigen I., d.h. nur auf die Konstruktionsmängel der Dachfläche über Produktions- und Ausstellungsräumen, nicht aber auf die bilanziellen Auswirkungen der bereits durchgeführten Arbeiten. Zum zweiten bleibt völlig unklar, warum aufgrund der vom Sachverständigen I. geschätzten Reparaturkosten von ca. 163.000,00 € eine Teilwertabschreibung in Höhe von 711.613,00 € hätte erforderlich werden sollen. Die Grundlagen für die in der Stellungnahme gezogenen Schlussfolgerungen, ohne welche die letzteren nicht verständlich sind, bleiben ungenannt. 80

c) 81

Eine Schätzung der Schadenshöhe nach § 287 ZPO ist dem Senat nicht möglich, da es an jeder Darlegung zu den Bilanzkennzahlen des Unternehmens und damit an jeglichem Anhaltspunkt für eine seriöse Schätzung mangelt. 82

4. 83

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 84

Die Revision war gemäß § 543 Abs. 2 ZPO zuzulassen. Auf welchen Gegenstand bei einem Unternehmenskauf für das Eingreifen der Gewährleistungsvorschriften und die Verjährung von Gewährleistungsansprüchen abzustellen ist, und wie sich demzufolge ein eventueller Schadensersatzanspruch berechnet, ist nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes für das reformierte Kaufgewährleistungsrecht noch nicht höchstrichterlich entschieden. In der Literatur sind diese Fragen umstritten. Sie haben damit grundsätzliche Bedeutung; zugleich dient ihre Entscheidung der Fortbildung des Rechts. Denn das Kaufgewährleistungsrecht ist im Wesentlichen auf den Verkauf einzelner Sachen ausgerichtet; eine gesetzliche Regelung für den Kauf von Sachgesamtheiten fehlt dagegen. 85

5. 86

Streitwert für das Berufungsverfahren: 202.344,81 € 87