

BS LEGAL Rechtsanwälte · Dürener Str. 270 · 50935 Köln

An das
Landgericht Konstanz
Postfach 10 12 43

78412 Konstanz

Köln, [REDACTED].2019
Unser Zeichen: [REDACTED]

In dem Berufungsverfahren

[REDACTED] GmbH ./. Hotel [REDACTED]

C 11 S 25/19

beziehen wir uns auf unsere Berufungsschrift vom 27.02.2019 gegen das Urteil des Amtsgerichts Überlingen vom 01.02.2019, Az. 1 C 175/18, der Klägerin zugestellt am [REDACTED], und beantragen:

Aufhebung des Urteils und Verurteilung der Beklagten gemäß den erstinstanzlich gestellten und im Tatbestand des Urteils ausgewiesenen Klageanträgen;

Hilfsweise: Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung an das Erstgericht;

Zulassung der Revision nach § 543 I Nr. 1 ZPO.

Die Berufungsanträge sind in dieser vereinfachten Form zulässig, (vgl. Musielak, ZPO-Kommentar, 12. Aufl. 2005, § 520, Rn. 20) und zielen auf eine Aufhebung des Ersturteils wegen zu Unrecht erfolgter Klageabweisung ab, weswegen das Ersturteil zur vollständigen Überprüfung durch das Berufungsgericht gestellt wird.

Fachanwaltskanzlei
Familienrecht & Strafrecht

Veit Strittmatter
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Strafrecht

Ewelina Balcerak
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Familienrecht

Anschrift

BS LEGAL Rechtsanwälte
Dürener Str. 270
50935 Köln

Tel. +49 (0) 221 94 336 530
Fax. +49 (0) 221 94 336 531

info@bs-legal.de
www.bs-legal.de

Ust.-IdNr. DE 288 244 307

Bankverbindung:
Sparkasse KölnBonn

Geschäftskonto:
IBAN: DE21 3705 0198 1934 6260 43
SWIFT-BIC: COLSDE33XXX

Anderkonto:
IBAN: DE08 3705 0198 1934 6284 11
SWIFT-BIC: COLSDE33

Begründung:

I.

Einleitung

Die Parteien streiten über das Bestehen von Schadensersatzansprüchen aus abgetretenem Recht. Streitgegenständlichen sind insoweit Schadensersatzansprüche des Herrn [REDACTED] in Höhe von 499,98 € und des Herrn [REDACTED] in Höhe von 379,99 €.

1.) Unstreitiger Sachverhalt

Dem vorliegenden Verfahren liegt folgender unstreitiger Sachverhalt zugrunde:

a)

Die Klägerin ist gewerblich mit dem Verkauf von Hotelgutscheinen befasst, welche das Recht beinhalten, Beherbergungsverträge mit bestimmten Hotels abzuschließen, mit welchen die Klägerin zuvor Verträge über die Einlösung der Gutscheine abgeschlossen hat. Am [REDACTED].2016 hat die Klägerin mit der [REDACTED] GmbH einen Vertrag abgeschlossen, nachdem die Klägerin die Gutscheine vertreibt und die Kundengelder einzieht und an den Vertragspartner weiterleitet nach Abzug einer Agenturprovision von [REDACTED] % zuzüglich Umsatzsteuer (vgl. S. 2 UA).

b)

Das zuvor von der [REDACTED] GmbH betriebene Hotel betreibt nunmehr seit dem 01.08.2018 die Beklagte nach Abschluss eines neuen Pachtvertrages mit dem Verpächter [REDACTED]. Dabei firmiert die Beklagte unter der Bezeichnung [REDACTED] UG. Die Beklagte betreibt ebenfalls ein Hotel und Restaurantbetrieb in denselben Räumlichkeiten wie zuvor die [REDACTED] GmbH.

Von der [REDACTED] GmbH hat die Beklagte das komplette Inventar des Hotel- und Restaurantbetriebs, weitere Anlagegüter, die Geschäftsräume so wie die Köchin übernommen.

Das Firmenlogo sowie das Firmenschild, die Telefonnummer und die E-Mail-Adresse sind im Nachgang zum Erwerb des Handelsgewerbes geändert worden. Lieferanten und Kunden sind nicht übernommen worden.

c)

Die Herren [REDACTED] und Arno [REDACTED] haben bei der Klägerin Hotelgutscheine im Wert von 499,98 € bzw. 379,99 € gekauft. Die Einlösung der Gutscheine wurde durch die Beklagte verweigert. Die Ansprüche auf Schadensersatz wegen schuldhafter Nichterfüllung in Höhe der vorgenannten Kaufpreise wurden an die Klägerin abgetreten.

2.) Streitiger Sachverhalt

Entscheidungserheblicher streitiger Sachverhalt ist lediglich insoweit vorhanden, als die Beklagte behauptet, sämtliche Kunden von dem Betreiberwechsel und einer haftungsausschließenden Abrede in Kenntnis gesetzt zu haben. Dies ist seitens der Klägerin bestritten worden (vgl. S. 3 UA). Ein Beweisangebot der Beklagten ist dahingehend nicht erfolgt.

II.

Wesentliche Entscheidungsgründe des Erstgerichts

Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen, und zwar im Wesentlichen aus folgenden Gründen:

Es liege zwar eine Firmenfortführung im Sinne des § 25 Abs. 1 HGB vor. Gleichwohl fehle es vorliegend am Merkmal der Unternehmensfortführung. Mithin fehle es an der Fortführung des Unternehmens in seinem wesentlichen Bestand. Hierfür maßgeblich ist nach den Ausführungen des Amtsgerichts, dass

- Lieferanten und Kundenbeziehung nicht fortgeführt wurden (S. 4 UA)
- keinerlei Hotelpersonal übernommen worden ist (S. 4 UA)
- Kunden und Hotelpersonal (in der Vergangenheit bis zu 10 Personen) seien für die Führung eines Hotels wesentlich und stellen dessen Kern dar, sodass der maßgebliche Verkehr von einer Unternehmensfortführung nicht ausgehe (S. 5 UA)

Ferner führt das Amtsgericht aus, dass weder das Beibehalten des Unternehmensgegenstandes, der Räumlichkeiten noch des Inventars ausreichend dafür sei, dass der maßgebliche Verkehr von einer Unternehmensfortführung ausgehe.

III.

Wesentliche Punkte im erstinstanzlichen Verfahren

Es wird diesseits bewusst darauf verzichtet, den kompletten erstinstanzlichen Vortrag zu wiederholen. Denn es wird sich das Berufungsgericht mit dem kompletten Prozessstoff der ersten Instanz umfassend auseinandersetzen müssen (vgl. Musielak, ZPO-Kommentar, 12. Aufl. 2005, § 520, Rn. 28).

Für die Beurteilung wichtig sind insbesondere folgende wesentliche Punkte und Geschehnisse aus dem erstinstanzlichen Verfahren und werden daher voranstehend erwähnt:

1.)

Die Beklagte führte im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom ■■■■■.2019 aus, dass sowohl die Räumlichkeiten, die Anschrift, der Unternehmensgegenstand als auch die Köchin bei Erwerb des Handelsgewerbes übernommen worden sind (Protokoll der öffentlichen Sitzung vom ■■■■■.2019, S. 2). Betreffend die von dem Vorbesitzer übernommenen Güter führte die Beklagte weiter aus, dass es sich hierbei um einen Autoanhänger, mehrere Weinschränke sowie das komplette Inventar des Hotels und des Restaurants gehandelt habe (Protokoll öffentlichen Sitzung vom ■■■■■.2019, S. 2).

2.)

Im Rahmen der Sitzung vom ■■■■■.2019 hat das Gericht die Parteien lediglich darauf hingewiesen, dass eine Firmenfortführung wohl vorliegt. Einen Hinweis darauf, dass aufgrund der von den Parteien geschilderten Sachlage nicht von einer Unternehmensfortführung auszugehen sei, wurde nicht erteilt (Protokoll der öffentlichen Sitzung vom ■■■■■.2019).

IV.

Rechtsverletzung, § 520 Abs. 3 S.2 Nr. 2 ZPO

Die angegriffene Entscheidung des Amtsgerichts gibt sowohl materiell-rechtlich als auch aus verfahrensrechtlicher Sicht Anlass zur Beanstandung.

1.) Verletzung materiellen Rechts

a) Fehlerhafte Auslegung des § 25 Abs. 2 HGB

aa)

Das Amtsgericht hat in der angegriffenen Entscheidung u.a. folgendes ausgeführt:

„Hier fehlt es an der Fortführung des Unternehmens in seinem wesentlichen Bestand, da es an der Beibehaltung der Lieferanten- und Kundenbeziehungen fehlt und keinerlei Hotelpersonal übernommen wurde.

[...]

Lieferanten, Kunden und Hotelpersonal, in der Vergangenheit unbestritten bis zu 10 Personen, sind aber für die Führung eines Hotels wesentlich und stellen dessen Kern da, sodass der maßgebliche Verkehr von einer Unternehmensfortführung nicht ausgeht, auch wenn der Unternehmensgegenstand, die Räumlichkeiten und das Inventar dieselben geblieben sind.“

(S. 4 f. UA)

bb)

Die Beklagte hat im Rahmen der Parteianhörung u.a. vorgetragen, sowohl die Räumlichkeiten, die Anschrift, der Unternehmensgegenstand als auch die Köchin bei Erwerb des Handelsgewerbes übernommen worden sind (Protokoll der öffentlichen Sitzung vom ■■■■■.2019, S. 2). Betreffend die von dem Vorbesitzer übernommenen Güter führte die Beklagte weiter aus, dass es sich hierbei um einen Autoanhänger, mehrere Weinschränke sowie das komplette Inventar des Hotels und des Restaurants gehandelt habe (Protokoll öffentlichen Sitzung vom ■■■■■.2019, S. 2).

cc)

An dem Vorliegen einer nach außen in Erscheinung getretenen Geschäftsführung kann bereits unter diesen Umständen kein Zweifel bestehen. Die Haftung nach § 25 Abs. 1 S.1 HGB greift nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein, wenn zwar der Unternehmensträger wechselt, das Unternehmen selbst aus der Sicht des maßgeblichen

Verkehrs aber im Wesentlichen unverändert unter der alten Firmenbezeichnung fortgeführt wird (BGH, NJW 1987, 1633; NJW 1992, 911 [912]; NZG 2006, 261 = NJW 2006, 1001 [1002] Rdnr. 7; NJW-RR 2009, 820 Rdnr. 12 und NJW 2010, 236 [237] = NZG 2009, 1396 Rdnr. 13). § 25 Abs. 1 S. 1 HGB knüpft allein an die nach außen in Erscheinung tretende Kontinuität des Unternehmens als tragenden Grund für die Erstreckung der Haftung auf den Erwerber (BGH, NJW 1992, 911 [912]; NZG 2004, 715 = NJW-RR 2004, 1173; NZG 2006, 261 = NJW 2006, 1001 Rdnrn. 7 u. 14; NJW-RR 2009, 820 [821] Rdnr. 19 und NZG 2009, 1396 = NJW 2010, 236 Rdnr. 15). Von einer Unternehmensfortführung i. S. des § 25 Abs. 1 S.1 HGB geht der maßgebliche Verkehr aus, wenn ein Betrieb von einem neuen Inhaber **in seinem wesentlichen Bestand unverändert weitergeführt wird**, der Tätigkeitsbereich, die innere Organisation und die Räumlichkeiten ebenso wie Kunden- und Lieferantenbeziehungen jedenfalls im Kern beibehalten und/oder Teile des Personals übernommen werden (s. BGH, NJW 1992, 911; NZG 2006, 261 = NJW 2006, 1001 Rdnr. 9 m. w. Nachw.; NJW-RR 2009, 820 Rdnr. 13; und NZG 2009, 1396 = NJW 2010, 236 Rdnr. 18).

Erforderlich ist dabei keineswegs, dass alle vorstehend aufgezählten Kriterien erfüllt sind, sondern, dass sich bei einer Gesamtschau der nach außen erkennbaren Umstände ergibt, dass der maßgebliche Verkehrskreis von einer Unternehmenskontinuität ausgeht. Vorliegend wäre zu berücksichtigen gewesen, dass die **Geschäftsräume** (vgl. S. 3 UA) und die **Ausrichtung der geschäftlichen Tätigkeit** (Hotel- und Restaurantbetrieb) identisch geblieben sind. Ferner, auch dies gab die Beklagte im Rahmen der Parteianhörung zu Protokoll, sind neben dem gesamten **Inventar des Hotels und des Restaurants** ein **Autoanhänger** und die **Weinschränke** (vgl. S. 4 UA) übernommen worden. Schließlich, auch dies hätte das Amtsgericht nicht unberücksichtigt lassen dürfen, ist nach dem Vortrag der Beklagten zumindest auch das Personal (**Köchin**) z.T. übernommen worden (vgl. S. 3 UA).

Unter Berücksichtigung dieser Umstände haben die Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 S. 1 HGB vorgelegen.

Soweit das Amtsgericht in dem angegriffenen Urteil darauf abstellt, dass Lieferanten- und Kundenbeziehungen nicht fortgeführt worden seien und darüber hinaus das Hotelpersonal in weiten Teilen, die Speisekarte und Warenbestände sowie die Telefonnummer nicht übernommen worden sind, so steht dies einer Haftung gem. § 25 Abs. 1 S. 1 HGB vorliegend gerade nicht entgegen. Bei einem Hotelbetrieb ist nämlich zu berücksichtigen, dass dem Personal im Geschäftsverkehr kaum eine maßgeblich, das Unternehmen prägende Funktion zukommt. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung dürften Kunden bzw. potentielle Kunden eines touristisch geprägten Betriebes dem Personal kaum eine besondere Bedeutung

zumessen. Eine solche Bedeutung käme allenfalls solchen Angestellten zu, die durch ihre Tätigkeit in besonderer Art und Weise die zu erbringenden Leistungen prägen, wie dies etwa bei der Köchin der Fall ist. Diese ist aber auch unstreitig von der Beklagten übernommen worden. Demgegenüber werden Hotelleistungen gerade durch die Lage (Geschäftsräume) und Ausstattung des Hotelbetriebs (Inventar) geprägt.

Bei einer Gesamtbetrachtung der vorliegenden Umstände kommt bereits der Tatsache, dass die Geschäftsräume und der Unternehmensgegenstand (Hotel- und Restaurantbetrieb) identisch geblieben sind und auch die genutzte Firma sich lediglich durch eine geänderte Rechtsform sowie das Weglassen des Wortteils „[REDACTED]“ von der alten Firma unterscheidet, eine besonders starke nach außen dringende und das Handelsgewerbe prägende Bedeutung zu. Wenn hierzu noch die Übernahme des gesamten Inventars sowie weiterer Anlagegüter und sogar die zumindest teilweise Übernahme von Personal hinzutritt muss dies für eine Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB ausreichen.

Das Fordern weiterer Umstände würde die Anforderungen an eine Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB praktisch vollends ins Leere laufen lassen. Zur Vermeidung einer schematischen Anwendung ist es daher erforderlich die Umstände des Einzelfalles einer umfassenden Würdigung zu unterziehen.

Hierbei wäre zu berücksichtigen gewesen, dass jene Indizien, die nach der Ansicht des Amtsgerichts gegen eine Unternehmenskontinuität sprechen, gerade solche sind, die im Allgemeinen stets einer gewissen Schwankung unterliegen.

So ist etwa eine geänderte Speisekarte oder ein teilweise stattfindender Austausch von Hotelpersonal schon aufgrund saisonaler Schwankungen nicht ungewöhnlich in Gastronomie- und Tourismusbetrieben. Insbesondere erscheint auch die Annahme abwegig, potentielle Kunden würde die Inanspruchnahme von Hotelleistungen von dem vorhandenen Hotelpersonal an der Rezeption oder im Bereich der Zimmerreinigung abhängig machen, so dass diese Teile des Personals prägender Unternehmensbestandteil seien. Insoweit ist es auch erheblich zweifelhaft diese Teile des Personals als „wesentlichen Kern des Unternehmens“ zu werten. Diesen Kriterien kann daher im vorliegenden Fall allenfalls eine schwache Indizwirkung zukommen.

Der farblichen Umgestaltung des Gebäudes von grau zu weiß kann vorliegend nicht einmal eine gegen die Unternehmenskontinuität sprechende Indizwirkung zukommen. Derartige

Maßnahmen stellen sich nach der maßgeblichen Verkehrsanschauung vielmehr als im Laufe der Zeit stattfindende Renovierungsmaßnahmen dar.

Den in dem Urteil angesprochenen Kundenstamm wiederum kann im Bereich touristisch geprägter Betriebe ebenfalls nur eine – wenn überhaupt schwache – Indizwirkung zukommen. Hier wäre insbesondere die Eigenart eines Hotel- und Restaurantbetriebs zu berücksichtigen gewesen. Derartige Betriebe haben, anders als etwa Unternehmen im Produktionsgewerbe oder Dienstleister mit Kunden im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen, ohnehin eine stetig wechselnde Kundschaft, auch wenn es zuweilen sog. Stammgäste gibt.

Derartig schwache Indizien, wie sie in der angegriffenen Entscheidung aufgeführt sind, sind jedenfalls nicht geeignet den durch die Übernahme der Geschäftsräume, des Unternehmensgegenstandes, des vollständigen Inventars sowie eine nahezu identische Firma erzeugten Rechtsschein zu durchbrechen. Dementsprechend ist sowohl in der höchstrichterlichen als auch obergerichtlichen Rechtsprechung anerkannt, dass bereits das kumulative Vorliegen einzelner Kriterien den Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 HGB genügen kann.

2.) Verletzung verfahrensrechtlicher Vorschriften

Dem Urteil des Amtsgerichts liegen schließlich auch Verletzungen des formellen Rechts zugrunde.

Durch die bezeichnete Entscheidung des Amtsgerichts wurde die Klägerin in ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Weil das Gericht gegen eine ihm obliegende **Hinweispflicht** verstoßen hat und darüber hinaus **wesentlichen und unstreitigen Vortrag der Parteien unberücksichtigt gelassen hat**. Überdies verletzt die Entscheidung die Klägerin in ihrem **Anspruch auf rechtliches Gehör**, weil das Gericht **übersteigerte Anforderung an die Substantiierungslast** der Klägerin gestellt hat. Die gerügten Verletzungen sind jeweils auch entscheidungserheblich i.S.d. § 520 Abs.3 Nr.2 ZPO.

Das Amtsgericht stützt seine Entscheidung u.a. auf die Begründung, wonach „*keinerlei Hotelpersonal übernommen wurde*“ (S. 4 UA). Insoweit hat das Amtsgericht unstreitigen Parteivortrag offenkundig unberücksichtigt gelassen bzw. falsch in den Urteilsgründen wiedergegeben. Dieses Vorgehen stellt sich als Verletzung des klägerischen Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs dar.

Darüber hinaus sei nach der Auffassung des Amtsgerichts aufgrund der vorhandenen Indizien nicht davon auszugehen, dass der maßgebliche Verkehr von einer Unternehmensfortführung ausgehe. Insoweit stellt sich die Entscheidung als unzulässige Überraschungsentscheidung dar, weil das Gericht die Parteien zuvor auf die Gründe, auf die es seine Entscheidung stützt zuvor im Rahmen der ihm obliegenden Hinweispflicht nach § 139 ZPO hätte mitteilen müssen.

Im Einzelnen:

a) Verletzung des rechtlichen Gehörs wegen Nichtberücksichtigung unstreitigen Parteivortrags

Unstreitig ist, so hat es auch die Beklagte im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 08.01.2019 mitgeteilt, dass die für den vorherigen Hotelbetreiber tätige Köchin übernommen worden ist. Soweit das Amtsgericht in seiner Entscheidung darauf abstellt, dass keinerlei Hotelpersonal übernommen worden sei ist dies offenkundig unrichtig und beruht auf einer Nichtberücksichtigung des unstreitigen Parteivortrags. Ebenfalls unberücksichtigt gelassen hat das Gericht, dass neben dem Inventar des Hotel- und Restaurantbetriebs auch weitere Anlagegüter des vorherigen Betreibers übernommen worden sind. Es handelt sich hierbei um einen Autoanhänger sowie mehrere Weinschränke (vgl. Protokoll der öffentlichen Sitzung vom 08.01.2019, S. 2).

b) Verstoß gegen die Hinweispflicht

aa)

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom ■■■■■.2019 hat das Gericht die Parteien lediglich darauf hingewiesen, dass von einer Firmenfortführung im Sinne des § 25 Abs. 1 HGB auszugehen sei. Die Frage der Unternehmensfortführung wurde durch das Gericht nicht thematisiert. Dementsprechend enthält das Protokoll keinen Hinweis des Gerichts dahingehend, dass nach dem bisherigen Sachvortrag nicht von einer Unternehmensfortführung auszugehen sei (vgl. Protokoll der öffentlichen Sitzung vom ■■■■■.2019).

Bei dem angefochtenen Urteil handelt es sich somit, da das Amtsgericht keine Hinweise gemäß § 139 ZPO zu den Gründen, auf die es seine Entscheidung zu Lasten der Klägerin gestützt hat, erteilt hat, um eine **prozessual unzulässige Überraschungsentscheidung**, durch die es das Grundrecht der Klägerin auf **rechtliches Gehör** (Artikel 103 Abs. 1 GG) und

seine verfassungsrechtlichen Ansprüche auf **Gewährleistung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes** und auf ein **faies Verfahren** (Artikel 19 Abs. 4 U. Artikel 2 Abs. 1 GG i.V.m. Artikel 20 Abs. 3 GG) verletzt **und** mit der es gegen das sich aus Artikel 3 Abs. 1 GG ergebende **Willkürverbot** verstoßen hat.

vgl. statt aller: BVerfG NJW 2001, 2531 f.; 2009, 1584 f.; WuM 2007, 565, 566; BVerfGE 54, 277, 291; 55, 1, 5 f.; 60, 305, 310; 74, 220, 224; 74, 228, 233; 180, 123, 129; 84, 181, 188 f.; 85, 337, 345; 86, 139, 144 ff.; jew. m.z.w.N.

Denn in § 139 ZPO heißt es u.a.:

"Das Gericht ... **hat** dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über **alle erheblichen Tatsachen** erklären, insbesondere **ungenügende Angaben** zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen **und die sachdienlichen Anträge stellen**. Auf einen **Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf** das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, **wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat**. ...Hinweise nach dieser Vorschrift sind so früh wie möglich zu erteilen und aktenkundig zu machen. **Ihre Erteilung kann nur durch den Inhalt der Akten bewiesen werden**. Ist einer Partei eine sofortige Erklärung zu einem gerichtlichen Hinweis **nicht** möglich, soll auf ihren Antrag das Gericht **eine Frist bestimmen, in der sie die Erklärung in einem Schriftsatz nach bringen kann**."

Diese Vorschrift ist eine Ausprägung des Grundrechts der Parteien auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) und der verfassungsrechtlichen Ansprüche auf Gewährleistung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes und auf ein faies Verfahren (Artikel 19 Abs. 4 und Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) sowie des aus Artikel 3 Abs. 1 GG abgeleiteten Willkürverbotes.

Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu beispielsweise in der Entscheidung NJW 2001, 2531 f. festgestellt und hervorgehoben:

„Die angegriffene Entscheidung verletzt die Bf. in ihren Rechten aus Artikel 103 Abs. 1 GG und aus Artikel 2 Abs. 1 i.V.m. Artikel 20 Abs. 3 GG.

Diese **Verfassungsnormen** sichern den Anspruch auf **rechtliches Gehör** vor Gericht und das mit ihm im Zusammenhang stehende **Recht auf Gewährleistung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes**. Artikel 103 Abs. 1 GG gebietet ein Ausmaß an

rechtlichem Gehör, das sachangemessen ist, um den in bürgerlichen Streitigkeiten aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Erfordernissen eines wirkungsvollen Rechtsschutzes gerecht zu werden. **Insbesondere müssen die Beteiligten einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit die Möglichkeit haben. Sich im Prozess mit tatsächlichen und rechtlichen Argumenten zu behaupten** (BVerfGE). Auch gehört es zu den für einen **fairen Prozess** und einem wirkungsvollen Rechtsschutz in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten unerlässlichen Verfahrensregeln, dass **das Gericht die Richtigkeit bestrittener Tatsachen nicht ohne hinreichende Prüfung bejaht (oder verneint)** (vgl. BVerfGE ...). **Ohne** eine solche Prüfung **fehlt es an einer dem Rechtsstaatsprinzip genügenden Entscheidungsgrundlage**. Um sie zu gewährleisten, bedarf es eines Mindestmaßes an rechtlichem Gehör."

so: BVerfG NJW 2001,2531 f. m.z.w.N.

Das entspricht auch den vom Bundesgerichtshof und den von den Oberlandesgerichten zu 5 139 ZPO in ständiger Rechtsprechung vertretenen Grundsätzen:

„Mit Recht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe seiner **richterlichen Hinweispflicht** in der mündlichen Verhandlung ...**nicht** genügt. Nach § 139 ZPO **hat** das Gericht darauf hinzuwirken, dass die Parteien sich zu allen erheblichen Tatsachen vollständig erklären und sachdienliche Anträge stellen, insbesondere auch ungenügende Angaben der geltend gemachten Tatsachen ergänzen und Beweismittel bezeichnen. **Das Gericht** erfüllt seine Hinweispflicht **nicht**, indem es ...**allgemeine und pauschale** Hinweise erteilt. Vielmehr **muss** es die Parteien auf den fehlenden Sachvortrag, **den es als entscheidungserheblich ansieht, unmissverständlich hinweisen und ihnen die Möglichkeit eröffnen, ihren Vortrag sachdienlich zu ergänzen.**"

so: BGH NJW 2002, 3317, 3320; vgl. auch: BGH AnwBl. 2004,256; 2004, 426; jew. m.z.w.N.

„Sind die Bedenken des Gerichts gegen die Schlüssigkeit der Klageforderung **nach Anhörung des Klägers in der mündlichen Verhandlung** nicht ausgeräumt, muss es zur Vermeidung einer **unzulässigen Überraschungsentscheidung** diesen unmissverständlich hierauf hinweisen **und ihm Gelegenheit zum weiteren Sachvortrag geben.**"

so: BGH AnwBl 2004,256

"Außerdem beanstandet die Anschlussrevision zu Recht, dass das Berufungsgericht die Beklagten, **die ersichtlich darauf vertraut haben, ihr Vorbringen sei ausreichend, nicht darauf hingewiesen hat, es sehe dies als unsubstantiiert an, und damit den Beklagten keine Gelegenheit zur Ergänzung ihres Vortrags und zur Beibringung weiterer Unterlagen gegeben hat** (§ 139, 278 Abs. 3 ZPO; vgl. BGH ...). In diesem Fall hätten die Beklagten, wie die Anschlussrevision geltend macht, ihr Vorbringen durch Parteivernehmung von Vorstandsmitgliedern der Klägerin unter Beweis gestellt und Gelegenheit gehabt, bereits dem Berufungsgericht den erst im Revisionsverfahren eingereichten Vertrag ..."

so: BGH ZIP 2001,914, 915

"Diese Rüge hat Erfolg. Das Berufungsgericht hat seine Hinweispflicht nach § 139 ZPO verletzt. Nach dieser Vorschrift **darf** das Gericht - von Nebenforderungen abgesehen - seine Entscheidung **nicht** auf einen Gesichtspunkt stützen, **den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, wenn es nicht darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung gegeben hat** (§ 139 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Zudem **hat** das Gericht dahin zu wirken, dass die Parteien **sachdienliche Anträge stellen** (§ 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Hinweise hat das Gericht so früh wie möglich zu erteilen und aktenkundig zu machen (§ 139 Abs. 4 Satz 1 ZPO). Das Berufungsgericht hat in der mündlichen Verhandlung mit den Parteien ... erörtert, ob Ob diese Verfahrensweise den formellen Anforderungen, die an einen Hinweis nach § 139 Abs. 1 ZPO zu stellen sind, genügt, kann offen bleiben. ... Die Erteilung des erforderlichen Hinweises kann indessen **nur** durch den Inhalt der Akten bewiesen werden (§ 139 Abs. 4 Satz 2 ZPO). Im Übrigen verfolgt das Gesetz mit dem Erfordernis, den Hinweis aktenkundig zu machen, nicht nur den Zweck, Streit darüber zu vermeiden, ob eine bestimmte Frage in der mündlichen Verhandlung erörtert worden ist; das Erfordernis der Dokumentation sorgt darüber hinaus auch dafür, dass der Hinweis in einer Form erteilt wird, die der Partei, an die er sich richtet, die Notwendigkeit einer prozessualen Reaktion – und sei es nur in der Form eines Antrags nach § 139 Abs. 5 ZPO - deutlich vor Augen führt. Die Revision beanstandet zu Recht, dass das Berufungsgericht der Klägerin keine hinreichende Gelegenheit gegeben hat, ihr Klagebegehren klarzustellen. Es **musste** nach § 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO darauf hinwirken, **dass die Klägerin einen sachdienlichen Antrag stellt**. Sachdienlich war ein Antrag, der Davon ist auch das Berufungsgericht ausgegangen. **Dafür, dass das Berufungsgericht die Klägerin**

darauf hingewiesen hat, einen entsprechend formulierten Klageantrag zu stellen, ist nichts ersichtlich. Jedenfalls hätte das Berufungsgericht die mündliche Verhandlung wiedereröffnen müssen (§ 156 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Unterlässt **das Gericht den nach der Prozesslage gebotenen Hinweis nach § 139 Abs. 1 ZPO und erkennt es aus einem nicht nachgelassenen Schriftsatz der betroffenen Partei, dass diese sich offensichtlich in der mündlichen Verhandlung nicht ausreichend hat erklären können, ist gemäß § 156 Abs. 2 Nr. 1 ZPO die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen (stRspr; BGH ...)**

Gegen diese Grundsätze hat das Berufungsgericht verstoßen. ... **Zu der Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung war das Berufungsgericht nach § 156 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. 5 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO verpflichtet, weil es in der zuvor geschlossenen mündlichen Verhandlung nicht auf die Stellung eines sachdienlichen Klageantrages hingewiesen hatte.** "

so: BGH, Urt. V. 12.05.2011, I ZR 20/10

„Ein Verfahrensmangel liegt vor, wenn ein Vortrag als unsubstantiiert (unschlüssig) abgetan wird, ohne dass **vorher** Substantiierung verlangt wurde.“

so: OLG München NJW-RR 1997, 944 m.w.N.

Das Amtsgericht hat vorliegend die ihm obliegende Hinweispflicht gem. § 139 ZPO verletzt. Unter Zugrundelegung der vorstehenden Erwägungen und der Erörterung des Sach- und Streitstandes in der mündlichen Verhandlung vom ■■■■■.2019 (vgl. Protokoll vom ■■■■■.2019) ist die Klägerin erkennbar davon ausgegangen, dass ihr Vortrag ausreichend substantiiert ist. Wenn aber das Gericht noch weiteren Vortrag diesbezüglich für erforderlich gehalten hat, hätte es die Klägerin hierauf hinweisen müssen. Dies ist nicht geschehen. Vielmehr hat das Gericht die Frage der „Unternehmensfortführung“ überhaupt nicht thematisiert (vgl. Protokoll vom ■■■■■.2019). Ein solches Vorgehen ist prozess- und verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt, weil der Klägerin hierdurch die Möglichkeit genommen worden ist ihren Sachvortrag sachdienlich zu ergänzen (so: BGH NJW 2002, 3317, 3320; vgl. auch: BGH AnwBl. 2004,256; 2004, 426; jew. m.z.w.N.).

bb)

Der Verstoß gegen die Hinweispflicht durch das Amtsgericht hat sich schließlich auch zum Nachteil der Klägerin ausgewirkt. In dem angegriffenen Urteil wird die Klageabweisung durch

das Gericht ausdrücklich auf das Fehlen des Merkmals der Unternehmensfortführung gestützt (vgl. S. 4 ff. UA).

Bei Erteilung eines entsprechenden Hinweises hätte die Klägerin durch Einholung weiterer Informationen ihren Sachvortrag betreffend die Frage der Unternehmensfortführung weiter substantiiert. Tatsächlich und abweichend von den Darstellungen der Beklagten in der mündlichen Verhandlung sind Vertragsbeziehungen mit anderen Geschäftspartnern uneingeschränkt fortgeführt worden. So hat die ursprüngliche Betreiberin des Hotelbetriebs über die Verkaufsplattform „[REDACTED].com“ selbst Gutscheine für Hotelleistungen vertrieben.

Beweis: Screenshot der Website „[REDACTED].com“, **Anlage K11**

Aus dem Umstand, dass im Rahmen des vorstehenden Angebots (Anlage K11) das ursprüngliche Hotellogo verwendet worden ist, ergibt sich zweifelsfrei, dass dieses Angebot bereits von der vorherigen Betreiberin des Hotelbetriebs erstellt worden ist.

Den Vertrieb von Gutscheinen über die Plattform „[REDACTED].com“ hat die Beklagte nach Erwerb des Handelsgeschäfts uneingeschränkt fortgesetzt. Das Angebot ist auch heute noch für zukünftige Termine buchbar.

Beweis: wie vor

Bei Beachtung der dem erstinstanzlichen Gericht obliegenden Hinweispflicht hätte die Klägerin dies auch unter Bezugnahme auf die nunmehr vorgelegten Beweismittel entsprechend vorgetragen. Die erwiesene Fortführung jedenfalls eines Teils von Geschäftsbeziehungen der ursprünglichen Betreiberin des Hotelbetriebs stellt sich damit als weiteres Indiz betreffend das Merkmal der Unternehmensfortführung dar und ist daher zu berücksichtigen.

V.

Berufungsgründe nach § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 ZPO: Fehler bei der Tatsachenfeststellung

1.) Feststellungen des Amtsgerichts

Das Amtsgericht hat in der angegriffenen Entscheidung u.a. folgende Feststellung getroffen:

„Hier fehlt es an der Fortführung des Unternehmens in seinem wesentlichen Bestand, da es an der Beibehaltung der Lieferanten- und Kundenbeziehungen fehlt und keinerlei Hotelpersonal übernommen wurde.“

2.) Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der getroffenen Feststellungen

Die getroffene Feststellung, wonach es an der Beibehaltung der Lieferanten- und Kundenbeziehungen fehle und keinerlei Hotelpersonal übernommen worden ist, ist unrichtig und beruht überdies auf einem unterlassenen Hinweis des Gerichts; mithin auf einem Verstoß gegen § 139 ZPO.

a)

An der Richtigkeit der getroffenen Feststellungen bestehen aufgrund der abweichenden Darstellung durch die Beklagte („Köchin wurde übernommen“; vgl. Protokoll vom 08.01.2019) erhebliche Zweifel. Solche Zweifel sind nach der Rechtsprechung auch dann gegeben, wenn auch nur die bloße „Möglichkeit einer unterschiedlichen Wertung“ des Tatsachenmaterials durch das Berufungsgericht besteht (vgl. BVerfG NJW 2003, 2524; 2005, 1487; BGHZ 162, 313 (317) = NJW 2005, 1583 (1584); BGH NJW 2016, 713 Rn. 7; NJW 2011, 1947 (1949) mwN.). Vorliegend stehen die Feststellungen jedenfalls teilweise in einem ausdrücklichen Widerspruch zu dem übereinstimmenden Vortrag der Parteien, wie er in dem angegriffenen Urteil auch wiedergegeben ist. Die Unrichtigkeit der Feststellungen ergibt sich folglich schon aus der angegriffenen Entscheidung selbst.

b)

Konkrete Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Tatsachenfeststellungen begründen, liegen schließlich auch vor, weil das Amtsgericht seine Hinweispflicht gem. § 139 Abs. 2 ZPO verletzt hat.

Das Amtsgericht hätte die Klägerin darauf hinweisen müssen, dass nach dem derzeitigen Vortrag der Parteien nach Auffassung des Gerichts das anspruchsbegründende Merkmal der „Unternehmensfortführung“ nicht gegeben sein dürfte.

Die Klägerin hätte infolge eines solchen Hinweises sodann ergänzend vorgetragen und unter Beweis gestellt, dass auch Geschäftsbeziehungen mit Dritten unverändert fortgeführt worden sind (vgl. S. 14).

3.) Notwendigkeit einer erneuten Tatsachenfeststellung

Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellung sind durch die oben dargelegten konkreten Anhaltspunkte, nämlich die abweichende Darstellung der Beklagten und die infolge der Verletzung der richterlichen Hinweispflicht unterbliebene weitere Substantiierung durch Klägerin indiziert. Die notwendigen Zweifel liegen schon dann vor, wenn aus Sicht des Berufungsgerichtes eine gewisse - nicht überwiegende - Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass im Falle der Beweiserhebung die erstinstanzliche Feststellung keinen Bestand haben wird, sich also deren Unrichtigkeit herausstellt (vgl. Zöller-Heßler, ZPO, 30. Aufl., § 529 Rn. 3). Erforderlich sind insoweit lediglich konkrete Anhaltspunkte dafür, dass eine Unvollständigkeit und Lückenhaftigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen nicht ausgeschlossen werden kann (vgl. BGHZ 158, 269 (273) = NJW 2004, 1876 (1877)). Im Fall des Bestehens solcher konkreten Anhaltspunkte die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen gebieten ist das Berufungsgericht zu erneuten Tatsachenfeststellungen nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet (BGHZ 162, 313 (317) = NJW 2005, 1583 (1584); BGH NJW-RR 2009, 1291).

VII.

Zusammenfassung

Zusammenfassend ergibt sich aus den vorstehenden Ausführungen, dass die Berufung der Klägerin insgesamt begründet ist. Dies sowohl wegen der Verletzung formellen, als auch materiellen Rechts, sowie überdies auch wegen einer unrichtigen bzw. unvollständigen Tatsachenfeststellung des Amtsgerichts.

Strittmatter

Rechtsanwalt