

Schön und Reinecke, Ebertplatz 10, 50668 Köln

Hanseatisches Oberlandesgericht  
Sievekingplatz 2

20355 Hamburg

**- vorab per Telefax: 040/4 28 43-4097 -**

Datum: 24.04.2019

Unser Zeichen: 315-611/11 r-sj

**- 7 U 44/13 -**

In Sachen

**AMARITA Bremerhaven GmbH ./.. Schälike**

erhebe ich für den Beklagten die Anhörungsrüge gemäß § 321a ZPO mit dem Antrag,

**das Verfahren fortzusetzen und eine neue mündliche Verhandlung durchzuführen.**

Mit seinem Urteil vom 09.04.2019 – zugestellt am 11.04.2019 – hat der Senat in rechtserheblicher Weise den Anspruch des Beklagten auf rechtliches Gehör verletzt. Da der Senat die Revision nicht zugelassen hat und angesichts des Streitwertes von 20.000 €– eine höhere Beschwer des Beklagten ist auch nicht ersichtlich – ein weiteres Rechtsmittel gegen die Entscheidung nicht gegeben ist, ist die Anhörungsrüge zulässig.

Die Anhörungsrüge wird darauf gestützt, dass der Senat in überraschenderweise den Inhalt des Verbotes völlig anders gedeutet hat als im bisherigen Verfahren und dadurch eine

**Eberhard Reinecke  
Sven Tamer Forst**

Fachanwälte für  
Miet- und Wohnungseigentumsrecht  
Urheber- und Medienrecht

In Bürogemeinschaft mit:

Reinhard Schön  
Fachanwalt für Familienrecht  
Fachanwalt für Strafrecht

Elisa Catic  
Rechtsanwältin

Talayeh Bagheri  
Rechtsanwältin

Lucia Alfonso  
Rechtsanwältin

Ebertplatz 10  
50668 Köln

Telefon: (0221) 921513-0  
Telefax: (0221) 921513-9

kanzlei@rechtsanwael.de

www.rechtsanwael.de

LG Fach: 1647

Überraschungsentscheidung zulasten des Beklagten getroffen hat, ohne zuvor auf die Änderung des rechtlichen Gesichtspunktes hinzuweisen und damit sowohl dem Beklagten keine Gelegenheit gegeben hat, zu dieser Rechtsauffassung Stellung zu nehmen wie aber auch den tatsächlichen Vortrag auf diese Rechtsauffassung auszurichten.

1.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes liegt eine Verletzung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs bei Überraschungsentscheidungen vor:

*Art 103 Abs 1 GG schützt ua vor Überraschungsentscheidungen (vgl BVerfG, 27.11.2008, 2 BvR 1012/08, BVerfGK 14, 455 <456>; stRspr). Ein Verstoß gegen Art 103 Abs 1 GG ist demnach dann anzunehmen, wenn das Gericht ohne vorherigen Hinweis Anforderungen an den Sachvortrag stellt oder auf rechtliche Gesichtspunkte abstellt, mit denen eine gewissenhafte und kundige Partei auch unter Berücksichtigung der Vielfalt vertretbarer Rechtsauffassungen nach dem bisherigen Prozessverlauf nicht zu rechnen braucht (vgl BVerfG, 14.07.1998, 1 BvR 1640/97, BVerfGE 98, 218 <263>; stRspr). (Rn.16)  
(BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 05. März 2018 – 1 BvR 1011/17 –, juris)*

Das gegen den Beklagten gerichtete Verbot bezieht besteht aus drei Teilen. Zunächst heißt es:

*Im Rahmen der Wiedergabe des Artikels aus der „Nordsee-Zeitung“ vom 07.05.2011 mit der Überschrift „Pflegerfehler im Amarita?“ als Teil einer Berichterstattung über das Verfahren vor dem LG Hamburg zum Az. 324 O 312/11 ...*

Hier wird also der konkrete Zusammenhang dargestellt, in dem das folgende Verbot gelten soll. Der zweite Teil des Verbotstenors lautet dann:

*...durch Verbreiten und/oder Verbreitenlassen der Behauptung, die Eheleute Anke und Klaus Kraemer hätten auf dem Zimmer der Frau Irmgard Krämer bemerkt, dass diese ihre Getränke nicht angerührt habe, sie hätten das Personal gebeten, eine Flüssigkeitsbilanz zu führen, beim Nachmittagsbesuch am nächsten Tag jedoch feststellen müssen, dass die Getränke wieder nicht angerührt worden seien,..*

(Dieser Teil des Verbotes wird im Folgenden als „Nordsee-Zeitung Zitat“ bezeichnet). Sodann heißt es im Verbot abschließend:

*„den Verdacht zu erwecken und/oder erwecken zu lassen, Frau Irmgard Krämer habe während ihres Aufenthaltes in der Senioren- und Pflegeeinrichtung „Amarita Bremerhaven“ an zwei aufeinanderfolgenden Tagen auf ihrem Zimmer nicht getrunken“.*

Dieser Teil des Verbotes wird im Folgenden als „Verdachterweckung“ bezeichnet.

2.

Während der Beklagte wie auch der Senat zu früheren Zeiten (siehe dazu unten) der Auffassung war, dass Kern des Verbotes gerade in der Verdachterweckung bestehe, geht nunmehr der Senat davon aus, dass Kern des Verbotes das Nordsee-Zeitung Zitat sei. Auf UA Seite 4 heißt es:

*„Der Beklagte geht zwar zutreffend davon aus, dass er eine Äußerung so, wie die Klägerin sie im zweiten und dritten Absatzes Ihres das zu untersagende Verhalten beschreibenden Teils ihres Verbotsantrages und das Landgericht in den entsprechenden Absätzen des Unterlassungstenors der angefochten Entscheidung wiedergegeben haben, wörtlich nicht getätigt hat. Er erkennt dabei indessen grundlegend, dass das Unterlassungsgebot, wie sich aus dem ersten Absatz des das zu untersagen der Verhalten beschreibenden Teil des Tenors ergibt, als Äußerung die zu unterlassen ist, primär die Wiedergabe des im Tenor bezeichneten Artikels aus der Nordseezeitung nennt; ... Die folgenden Absätze des Unterlassungsgebotes geben nicht den Wortlaut der untersagten Äußerung wieder; in ihnen wird vielmehr das im ersten Absatz enthaltene Verbot dadurch näher spezifiziert dass angegeben wird unter welchen einschränkenden Voraussetzungen der Beklagte den betreffenden Zeitungsartikel nicht erneut verbreiten oder verbreiten lassen darf: Dem Beklagten ist dadurch nicht schlechthin verboten worden den Zeitungsartikel erneut wiederzugeben er darf ihn nur nicht in der Weise wiedergeben das durch die Art der Wiedergabe der im Tenor beschriebene Verdacht erweckt wird.“*

Mit keinem Wort geht der Senat hier darauf ein, dass bereits der erste Teil des Tenors den Zusammenhang herstellt, in dem die Äußerung gefallen ist, in dem sie zu bewerten ist. Auf UA Seite 5 heißt es sodann weiter

*„Das Begehren eines Klägers, dem Beklagten das Erwecken eines Eindrucks zu untersagen, hat zwar formal mit dem Begehren ihm die Erweckung eines Verdachtes zu verbieten, gemeinsam, dass der Antrag sich in der Regel nicht in der Wiedergabe der zu unterlassenen Äußerung erschöpft, sondern weitere Merkmale zur genauen Beschreibung des Verbotsinhaltes umfasst. Dennoch handelt es sich um unterschiedliche Fallgruppen, die rechtlich unterschiedlich zu behandeln sind. Welche Art von Äußerung angegriffen werden soll bestimmt sich nach dem im Zivilprozess geltenden Grundsatz der Dispositionsmaxime die klagenden Partei. (BGH U.v.26.10.1999, NJW 2000, S.656ff., 657). Wenn sie – wie hier die Klägerin – eine Äußerung aus dem Gesichtspunkt der unzulässigen Verdachtsberichterstattung angreift, hat das Gericht anhand der beiderseitigen Parteivortrags zu prüfen, ob die Voraussetzungen vorliegen unter denen die Verbreitung einer Äußerung als unzulässige Verdachtsberichterstattung untersagt werden kann oder nicht. Ob die Verbreitung der Äußerung bei Zugrundelegung der für andere Äußerungstypen geltenden Grundsätze zulässig wäre oder nicht spielt dann keine Rolle. „*

Selbst die Klägerin hatte allerdings bisher keineswegs dieses vom Senat postulierte Klageziel formuliert.

Der Senat geht danach in dem jetzigen Urteil davon aus, dass es ein grundsätzlich anderes Klageziel ist, ob Kern des Verbotes die Verdachterweckung (wie in anderen Fällen die Erweckung eines Eindruckes) ist, oder ob Kern des Verbotes die Wiedergabe eines Artikels ist, der bereits aus sich heraus die Voraussetzungen einer unzulässigen Verdachtsberichterstattung erfüllt.

Dass der Senat damit eine vollständig neue Sichtweise in das Verfahren eingeführt, wird schon an der Geschichte des Verfahrens deutlich.

3.

Vorausgegangen war dem vorliegenden Verfahren das einstweilige Verfügungsverfahren 324 O 487/11. Die Klägerin hatte in diesem Verfahren beantragt, dem Beklagten zu verbieten, durch das Nordseezeitung Zitat einen **Eindruck** zu erwecken. In der entsprechenden Antragschrift (S.4 Anlage K12) heißt es nach dem Nordseezeitung Zitat

*„Der jedenfalls dadurch erweckte Eindruck, die Mutter des Herrn Krämer hätte an zwei aufeinanderfolgenden Tagen auf ihrem Zimmer nichts getrunken, ist unwahr.“*

Aus dem als

- **Anlage BF 1** -

überreichten Auszug aus dem Verfahren 324 O 487/11 ergibt sich, dass es der damalige Vorsitzende der Pressekommission und jetziger Vorsitzender des Senates war, der handschriftlich den Antrag der Klägerin dahin veränderte, dass es nun hieß

*„Den Verdacht zu verbreiten“*

Da der zweite Teil des Verbotes nicht angepasst wurde, hieß es in dem Beschluss vom 28.09.2011:

*„Den Verdacht zu verbreiten und/oder erwecken zu lassen.“*

Zwar lässt § 938 ZPO eine gewisse Änderung eines Verbotstenors zu, dies aber nur im Rahmen der Antragstellung. Geht man davon aus, dass es sich bei dem jetzigen Verbot um ein anderes Rechtsschutzziel handelt als bei einem Verbot, einen Eindruck zu erwecken, so durfte die Pressekammer seinerzeit nicht von sich aus das Rechtsschutzziel der Klägerin im Verfügungsverfahren ändern da auch insoweit § 308 ZPO gilt.

4.

Dass zu einem früheren Zeitpunkt der Kern des Verbotes gerade im Verdacht erwecken gesehen wurde, macht das Ordnungsmittelverfahren im Rahmen des einstweiligen Verfügungsverfahrens 324 O 487/11 deutlich. Der Beklagte hatte seinerzeit von der einstweiligen Verfügung berichtet und dabei mitgeteilt, es werde ihm untersagt,

*durch verbreiten und oder verbreiten lassen der Behauptung XXXX den Verdacht zu verbreiten und oder erwecken zu lassen ...*

Der Beklagte hatte also ganz bewusst das Nordsee-Zeitung Zitat nicht wiedergegeben, allerdings die Verdachtserwekung. Mit der Begründung, es handele sich gerade bei der Verdachtserwekung um den Kern des Verbotes, – also nicht etwa bei dem Nordsee-Zeitung Zitat – hatte der Senat in der Entscheidung 7W 88/13 folgendes ausgeführt:

*„Stellt der Unterlassungsschuldner eine Behauptung, die er im ursprünglichen zum Verbot der Äußerung führenden Artikel verdeckt aufgestellt hat, im veränderten Artikel ausdrücklich auf, so wird dieser Verstoß vom Schutzzumfang des Verbotes umfasst. Das Verbotsbegehren der Gläubigerin, dass zur Ermittlung des Schutzzumfanges heranzuziehen ist, ist regelmäßig gerade auf die Untersagung dieser rechtsverletzenden Behauptung richtet. Für eine Verdachtsäußerung gelten dieselben Maßstäbe. Die Gläubigerin hat in ihrem Verbotsantrag vom 01.09.2011 deutlich gemacht, dass es hier um ein Verbot der rufschädigenden unwahren Äußerung gehe, dass Frau Kremer an zwei aufeinanderfolgenden Tagen in ihrem Zimmer nichts getrunken hat“.*

#### **Beweis für diese Zitate: Beiziehung der Akte 324 O 487/11**

Damit hat der Senat deutlich gemacht, dass gerade nicht der Kern des Verbotes die Wiedergabe des Nordseezeitungzitates ist, sondern Kern des Verbotes – auch nach der Zielrichtung der Gläubigerin - die Behauptung, Frau Irmgard Krämer habe an zwei aufeinanderfolgenden Tagen auf ihrem Zimmer nichts getrunken.

## 5.

Daran hat sich im vorliegenden Hauptverfahren auch nichts geändert, außer dass an die Stelle des früher benutzten Wortes Eindruck nunmehr Verdacht tritt. So heißt es an der entsprechenden Stelle der Klage (GA S.4):

*Der jedenfalls dadurch erweckte Verdacht, die Mutter des Herrn Krämer hätte an zwei aufeinanderfolgenden Tagen auf ihrem Zimmer nichts getrunken, ist unwahr.*

Es ist also offensichtlich erkennbar, dass die Klägerin nicht plötzlich ein anderes Rechtsschutzziel verfolgte, sondern dass sie auch selbst einfach nur den Begriff Eindruck durch Verdacht ersetzt hat. Auch das Landgericht hat den Kern des Verbotes auf Seite 9 seines Urteils die folgt umschrieben:

*„Der Verdacht, dass eine Bewohnerin während ihres Aufenthaltes in der Senioren – und Pflegeeinrichtungen der Klägerin an zwei aufeinanderfolgenden Tagen auf ihrem Zimmer nichts getrunken habe, betrifft ... Die Behauptung, eine ältere Person habe an zwei aufeinanderfolgenden Tagen in dem Zimmer der Pflegeeinrichtungen nichts getrunken, ist ehrenrührig, ...*

*Die Berichterstattung erweckt den Verdacht, dass Frau Irmgard Krämer während ihres Aufenthaltes in einer Pflegeeinrichtungen der Klägerin an zwei aufeinanderfolgenden Tagen auf ihrem Zimmer nichts getrunken habe.“*

Die Klägerin hat weder in der ersten noch in der zweiten Instanz ihr Rechtsschutzziel so formuliert, wie es der Senat jetzt verstehen will. Damit ist hinreichend deutlich, dass der Beklagte mit der jetzigen Wendung des Senates zur Auslegung des Klagezieles nicht rechnen musste.

## 6.

Ein Hinweis auf diese Wendung des Senates erfolgte nicht einmal in der mündlichen Verhandlung. Dies ergibt sich bereits aus dem Protokoll im Übrigen bezog sich die Erörterung der Sach- und Rechtslage ausschließlich darauf, dass das Gericht erklärte, es handele sich um eine unzulässige Verdachtsberichterstattung. Über das Klageziel – wie es der Senates im Urteil verstanden hat – wurde in der mündlichen Verhandlung nicht gesprochen, auch nicht darüber, dass die Klägerin nach Meinung des Senates im vorliegenden Verfahren ein anderes Klageziel verfolgt, als in den Verfahren gegen die Eheleute Krämer.

7.

Wäre der Beklagte auf diese Wendung in der Auffassung des Gerichtes hingewiesen worden, hätte er nicht nur – wie vorstehend – darauf hingewiesen, dass diese Wendung nicht einmal dem Klagevortrag entspricht und im Widerspruch zu früheren Entscheidungen des Senates in dieser Sache steht, er hätte dann insbesondere auch zu dem angeblichen Kern des Verbotes – Nordsee-Zeitung Zitat) in der Nordseezeitung Stellung genommen. Insbesondere werden dann **die Eheleute Anke und Klaus Krämer (Anschriften wie in Anlage K6) als Zeugen dafür benannt,**

dass in der Tat die im Zimmer stehenden Getränke nicht angerührt worden waren und dass sie das Personal gebeten hatten, eine Flüssigkeitsbilanz zu führen.

Gerade hinsichtlich des letzten Halbsatzes (Bitte an das Personal) wäre das Verbot offensichtlich unberechtigt, auch die übrigen Teile des Satzes aus der Nordseezeitung wären insofern richtig, dass die jeweils auf dem Tisch stehen den Trinkflaschen nicht angerührt waren.

8.

Es ist darüber hinaus kaum nachvollziehbar, dass ein und dieselbe Äußerung – je nach dem, wie der Kläger vorträgt – einmal zulässig und einmal unzulässig sein soll.

Der Senat zitiert in seinem Urteil BGH NJW 2000, S.656ff. Diese Entscheidung weist allerdings einen anderen Weg. Ginge man tatsächlich davon aus, dass der Beklagte Wesentliches verschwiegen habe (nämlich die Tatsache, dass Irmgard Krämer tatsächlich getrunken habe, auch wenn die jeweils im Zimmer stehenden Getränkeflaschen zum Zeitpunkt des Besuches der Eheleute Krämer unberührt waren) hätte eine Verurteilung nur mit der Maßgabe erfolgen können, dass der Beklagte das Nordseezeitung Zitat nicht verbreiten darf, solange er nicht gleichzeitig mitteilt, dass Frau Irmgard Krämer getrunken habe. Wie wir die zitierte Entscheidung des BGH allerdings verstehen, könnte ein solcher Zusatz nur dann verlangt werden, wenn tatsächlich feststeht, dass getrunken worden ist. Dies ist allerdings bisher weder im vorliegenden Verfahren, noch im Verfahren gegen die Eheleute Krämer festgestellt worden.

Reinecke/Rechtsanwalt